



PUC  
RIO

# Direito, Estado e Sociedade

Jul | Dez 2019  
ISSN 1516-6104

**55**

Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro  
Departamento de Direito

## Revista Direito, Estado e Sociedade (ISSN 1516-6104)

Publicação semestral do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio), em circulação desde 1991.

### Missão e Política Editorial

Divulgar intervenções interdisciplinares e inovadoras que tenham qualidade aprovada por pares competentes. As contribuições podem se dar por meio de artigos originais, artigos de revisão, resenhas, entrevistas, palestras, relatórios de pesquisas ou relatos específicos sobre seminários científicos. Alguns números do periódico dedicam-se a temáticas específicas, conforme deliberação do Conselho Editorial. Como o periódico está vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-Rio, espera-se que os trabalhos estejam, preferencialmente, vinculados às suas linhas de pesquisa, a saber: Transformações Constitucionais e Pensamento Constitucional Contemporâneo; Direitos Humanos, Democracia e Ordem Internacional; Teoria do Direito, Ética e Construção da Subjetividade.

### Conselho Editorial

André-Jean Arnaud † (Centre National de la Recherche Scientifique; Paris, França); Cecília Caballero Lois † (Universidade Federal do Rio de Janeiro; Rio de Janeiro - RJ, Brasil); Claudio Michelon (The University of Edinburgh; Edinburgo, Escócia); Costas Douzinas (Birkbeck – University of London; Londres, Inglaterra); Eduardo Rabenhorst (Universidade Federal da Paraíba; João Pessoa - PB, Brasil); Giuseppe Cocco (Universidade Federal do Rio de Janeiro; Rio de Janeiro – RJ, Brasil); Joaquim de Arruda Falcão (Fundação Getúlio Vargas – Rio de Janeiro; Rio de Janeiro – RJ, Brasil); José Afonso da Silva (Universidade de São Paulo; São Paulo-SP, Brasil); José Eduardo Campos de Oliveira Faria (Universidade de São Paulo; São Paulo-SP, Brasil); Luiz Moreira (Instituto Brasiliense de Direito Público; Brasília-DF, Brasil); Marcos Faro de Castro (Universidade de Brasília; Brasília-DF, Brasil); Marilena Chauí (Universidade de São Paulo; São Paulo-SP, Brasil); Oscar Vieira Vilhena (Fundação Getúlio Vargas - São Paulo; São Paulo-SP, Brasil); Pierangelo Catalano (Universidade de Roma - La Sapienza; Roma, Itália); Ronaldo Poletti (Universidade de Brasília; Brasília-DF, Brasil); Wil Waluchow (McMaster University; Hamilton, Canadá).

### Produção Editorial: PUC-Rio; Rio de Janeiro – RJ, Brasil

Noel Struchiner (Editor-Chefe); Antonio Pele (Editor-Adjunto); Fernanda Abreu (Editora-Assistente); Guilherme da Franca Couto Fernandes de Almeida (Editor-Assistente); Rafael Carrano Lelis (Editor-Assistente); Amanda Cataldo (Editora-Assistente); Nina Zur (Editora-Assistente); Glenda Vicenzi (Editora-Assistente); José Antonio Rego Magalhães (Editor-Assistente); Maíra Moreira (Editora-Assistente)

### Apoio gráfico-editorial

Editora PUC-Rio.

### Indexação e Distribuição

A revista encontra-se depositada nas principais bibliotecas do sistema nacional (COMUT) e indexada em: RVBI – Ministério da Justiça; Catálogo Coletivo Nacional de Publicações Seriadadas (CCN); EBSCO; ISI; Ulrich's Periodicals; e VLEX. A Revista é distribuída por meio de permuta e doação.

### Responsabilidade, Conflito de Interesses e Copyright

As opiniões emitidas são de absoluta e exclusiva responsabilidade de seus respectivos autores. Deve ser feito o registro de possível conflito de interesses junto com a submissão. Permite-se a reprodução total ou parcial dos trabalhos, desde que explicitamente citada a fonte.

### Notas aos Colaboradores

Os artigos a serem submetidos ao Conselho Editorial deverão ser enviados preferencialmente pelo endereço eletrônico <http://www.jur.puc-rio.br/revistades/> ou para a Secretaria do Departamento de Direito da PUC-Rio, na Rua Marques de São Vicente 225, Ala Frings – 6º andar – Gávea – Rio de Janeiro – RJ – 22453-900. As normas de publicação e diretrizes de avaliação podem ser encontradas na última página.

---

DIREITO, ESTADO E SOCIEDADE

nº 55                      Julho-Dezembro 2019

ISSN 1516-6104

Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica – Departamento de Direito.

1. Direito – Periódicos. I – PUC-Rio.

---

# Sumário

## 7 | Carta do editor/*Editorial*

### **Artigos/Papers**

- 12 | Iniciativa popular no Brasil: tendências punitivistas e dificuldades democráticas  
*Popular initiative in Brazil: punitive tendencies and democratic difficulties*  
Alessandro Soares
- 42 | O argumento de autoridade no Supremo Tribunal Federal: uma análise retórica em perspectiva histórica  
*The argument from authority on the Brazilian Supreme Court: a rhetorical analysis on a historical perspective*  
Angelo Gamba Prata de Carvalho e Claudia Rosane Roesler
- 69 | Bens Públicos Globais e sua proteção jurídica internacional: realocização epistemológica de um debate à luz de princípios de direito político  
*Global Public Goods and its international legal protection: an epistemological turn of the debate in the light of principles of political law*  
Arthur Roberto Capella Giannattasio, Luiza Nogueira Papy e Renan Freire Nigro
- 113 | Substancialismo ou procedimentalismo constitucional: o (des)velamento a partir da cultura dos modelos tradicionais racionalistas da jurisdição processual civil  
*Substantial or constitutional proceduralism: the (des) velimiento from the culture of traditional models rationalists of the civil processual jurisdiction*  
Cristiano Becker Isaia e Cleiton Lixieski Sell
- 146 | A efetividade do direito à moradia através da ampliação do ativismo judicial no neoconstitucionalismo  
*A right to housing through the effectiveness of judicial activism of expansion in neocosntitucionalism*  
Fabianne Manhães Maciel e Carla Fernandes

- 169** | El control de constitucionalidad al amparo de la Constitución cubana de 2019: una propuesta para su funcionalidad  
*The control of constitutionality under the Cuban Constitution of 2019: a proposal for its functionality*  
Harold Bertot Triana
- 197** | A judicialização do direito à saúde e a norma de proporcionalidade: o problema dos medicamentos e serviços não incorporados ao Sistema Único de Saúde e dos medicamentos sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária  
*The judicialization of the right to health and the proportionality rule: the problem of medicines and services not incorporated to the Brazilian Health System and of medicines not registered in the National Sanitary Surveillance Agency*  
Luiz Antônio Freitas de Almeida
- 231** | Problemas de gênero na jurisprudência brasileira: (Des)fazendo a Lei Maria da Penha  
*Gender troubles in Brazilian judicial decisions: (Un)doing the Maria da Penha Law*  
Márcia Nina Bernardes e Mariana Imbelloni Braga Albuquerque
- 257** | Independência como indiferença: *ne bis in idem* e múltipla incidência sancionatória em casos de corrupção  
*Independence as indifference: ne bis in idem and multiple incidence in corruption cases*  
Maíra Rocha Machado
- 296** | O desastre ambiental de Mariana: propagação das ondas da eco-filosofia  
*The environmental disaster of Mariana: spread of the waves of the pundit ecology*  
Susana Borràs Pentinat, Bleine Queiroz Caúla e Júlia Maia de Meneses Coutinho

- 321** | A difusão das sessões de julgamento do Supremo Tribunal Federal na mídia: benefícios e desafios para o exercício do controle de constitucionalidade  
*The media coverage of brazilian Supreme Court trial sessions: benefits and challenges for judicial review*  
Thiago Coelho Sacchetto
- 342** | A força normativa dos princípios e sua importância para a releitura do direito civil brasileiro: reflexões a partir dos princípios da dignidade humana e igualdade  
*The normative force of principles and their importance for the rereading of the Brazilian civil law: reflections based on the principles of human dignity and equality*  
Vinicius Silva Alves

**365** | **Notícias e Informações/News and information**

Resumos das dissertações e teses defendidas de maio a dezembro de 2019 no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Teoria do Estado e Direito Constitucional do Departamento de Direito da PUC-Rio.

**381** | **Resumos/Abstracts**



## Carta do editor

É com grande satisfação que o Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro vem apresentar o número 55 da Revista Direito, Estado e Sociedade, referente ao segundo semestre de 2019. Neste volume, contamos com artigos contendo pesquisas de vasta gama temática, sendo todas vinculadas às áreas de concentração do Programa. Esperamos que a leitura dos artigos publicados nesta edição seja de grande valia à comunidade acadêmica e jurídica, propiciando novos debates e discussões. Não podemos deixar de aproveitar a oportunidade para agradecer aos autores, pareÉ com grande satisfação que o Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro vem apresentar o número 55 da Revista Direito, Estado e Sociedade, referente ao segundo semestre de 2019. Neste volume, contamos com artigos contendo pesquisas de vasta gama temática, sendo todas vinculadas às áreas de concentração do Programa. Esperamos que a leitura dos artigos publicados nesta edição seja de grande valia à comunidade acadêmica e jurídica, propiciando novos debates e discussões. Não podemos deixar de aproveitar a oportunidade para agradecer aos autores, pareceristas e leitores da Direito, Estado e Sociedade, que permitem que a cada número sejam publicadas novas e instigantes pesquisas. Lembramos que estamos sempre abertos ao envio de novos artigos, que devem ser submetidos por meio do nosso sistema editorial online em plataforma *Open Journal System*, diretamente na página da Revista (<http://www.jur.puc-rio.br/revistades/>).

O artigo de Alessandro Soares, *Iniciativa popular no Brasil: tendências punitivistas e dificuldades democráticas*, traz uma interessante análise do instituto da iniciativa popular previsto na Constituição Federal de 1988,

apontando como esse instrumento foi recebido de modo austero na Carta. Indica o resultado em duas perspectivas: a primeira seria uma tendência de uso da iniciativa popular como instrumento para ampliar políticas repressoras nos âmbitos político e penal; o outro ponto é a insuficiência democrática do instituto, demonstrada pelas iniciativas informais realizadas anteriormente, o que provoca uma discussão acerca de novos arranjos institucionais.

Na sequência, Angelo Gamba Prata de Carvalho e Claudia Rosane Rosler, no artigo *O argumento de autoridade no Supremo Tribunal Federal: uma análise retórica em perspectiva histórica*, trazem levantamento inédito sobre o uso de argumentos de autoridade advindos da doutrina no STF. Após avaliar o que faz com que um argumento de autoridade seja racional, a pesquisa mostra a prevalência de apelos “irracionais” a precedentes nas decisões da corte. O artigo mostra a evolução dessas tendências ao longo do tempo e com relação a diferentes autores.

Em *Bens Públicos Globais e sua proteção jurídica internacional: realocalização epistemológica de um debate à luz de princípios de direito político*, de Arthur Roberto Capella Giannattasio, Luiza Nogueira Papy e Renan Freire Nigro, discute-se o conceito de “Bens Públicos Globais”. O artigo chama a atenção para o fato de que esse conceito foi pouco explorado pela academia jurídica brasileira, mas argumenta que uma avaliação da ideia a partir de uma aproximação entre direito e política pode ser enriquecedora para o debate nacional e internacional.

Por sua vez, Cristiano Becker Isaia e Cleiton Lixieski Sell, em *Substancialismo ou procedimentalismo constitucional: o (des)velamento a partir da cultura dos modelos tradicionais racionalistas da jurisdição processual civil*, apresentam importante discussão acerca das teorias processuais do substancialismo e do procedimentalismo, tendo em vista o problema da democratização processual. Partindo de pesquisa bibliográfica e documental, os autores interpelam a Constituição a partir de uma hermenêutica filosófica, que permite perceber o direito além da ideia de uma norma reguladora de conduta, alcançando princípios constitucionais que possibilitem uma decisão coerente, íntegra e coesa.

No trabalho *A efetividade do direito à moradia através da ampliação do ativismo judicial no neoconstitucionalismo*, Fabianne Maciel e Carla Fernandes traçam um panorama de diferentes correntes de compreensão do direito, destacando características do jusnaturalismo, positivismo e pós-positivismo,

até o enquadramento do fenômeno do neoconstitucionalismo. A partir daí, dedicam-se à construção jurídica do direito à moradia no Brasil e às potencialidades de sua efetivação por meio do ativismo judicial.

No artigo seguinte *El control de constitucionalidad al amparo de la Constitución cubana de 2019: una propuesta para su funcionalidad*, Harold Bertot Triana propõe uma discussão sobre o controle de constitucionalidade no âmbito da atual Constituição cubana. Em seu artigo, Triana expõe os limites legais e institucionais que impossibilitam a existência de um sistema coerente e funcional para o controle de constitucionalidade. Ao mesmo tempo, a pesquisa sinaliza possibilidades de avanços no sistema de controle de constitucionalidade por meio de futuras reformas legislativas.

Já no artigo de Luiz Antônio Freitas de Almeida – *A judicialização do direito à saúde e a norma de proporcionalidade: o problema dos medicamentos e serviços não incorporados ao Sistema Único de Saúde e dos medicamentos sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária* –, o fenômeno da judicialização da saúde é estudado a partir da análise do julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, de dois Recursos Extraordinários (n. 566.471/RN e n. 657.718/MG), em interlocução com teorias dos princípios jurídicos. O autor defende que, no caso do direito à saúde, a ponderação de princípios utilizada carece de uma estruturação formal, oferecida pela norma da proporcionalidade, e sugere como aplicar o teste de proporcionalidade para concluir em que hipótese haverá uma proteção insuficiente e, assim, syndicar o direito à saúde e à assistência sanitária integral, princípio material do Sistema Único de Saúde.

Em *Problemas de gênero na jurisprudência brasileira: (Des)fazendo a Lei Maria da Penha*, Márcia Nina Bernardes e Mariana Imbelloni Braga Albuquerque analisam a jurisprudência envolvendo a Lei Maria da Penha no âmbito do TJRJ à luz do trabalho da filósofa Judith Butler. Uma análise dos acórdãos exarados pelo tribunal sobre a aplicação da referida lei revela os pressupostos que subjazem o uso das categorias “mulher”, “sexo” e “gênero” pelas decisões. Esses pressupostos são então problematizados à luz das complicações que eles podem trazer para a proteção das mulheres.

No artigo *Independência como indiferença: ne bis in idem e múltipla incidência sancionatória em casos de corrupção*, Maíra Rocha Machado esboça um esquema teórico e metodológico capaz de pôr em questão as interfaces entre diferentes “programas jurídicos sancionatórios” em um quadro de multiplicidade institucional. Através desse marco, a autora analisa os mo-

dos como fatos ligados à corrupção podem ser identificados e sancionados no sistema brasileiro, pondo em questão os princípios da “independência das esferas” e do *ne bis in idem*.

Em seu artigo *O desastre ambiental de Mariana: propagação das ondas da eco-filosofia*, Susana Borrràs Pentinat, Bleine Queiroz Caúla e Júlia Maia de Meneses Coutinho apresentam um debate relevante e atual sobre a responsabilidade social pelos danos ambientais a partir do caso de Mariana/MG, por meio da recuperação da filosofia de Rousseau. A discussão passa pela consideração dos limites e possibilidades de o direito regular o tema, ao ponto de evitar a ocorrência de crimes ambientais dessa proporção.

Na sua contribuição, Thiago Sacchetto trata dos benefícios que a difusão midiática das sessões do Supremo Tribunal Federal traz para o controle da constitucionalidade. Em *A difusão midiática das sessões de julgamento do Supremo Tribunal Federal e os seus benefícios para o exercício do controle de constitucionalidade*, o autor aponta que a transmissão não somente amplia o número de receptores diretos, como também descomplexifica a linguagem utilizada pelos ministros e aumenta a capacidade de difusão dos princípios constitucionais.

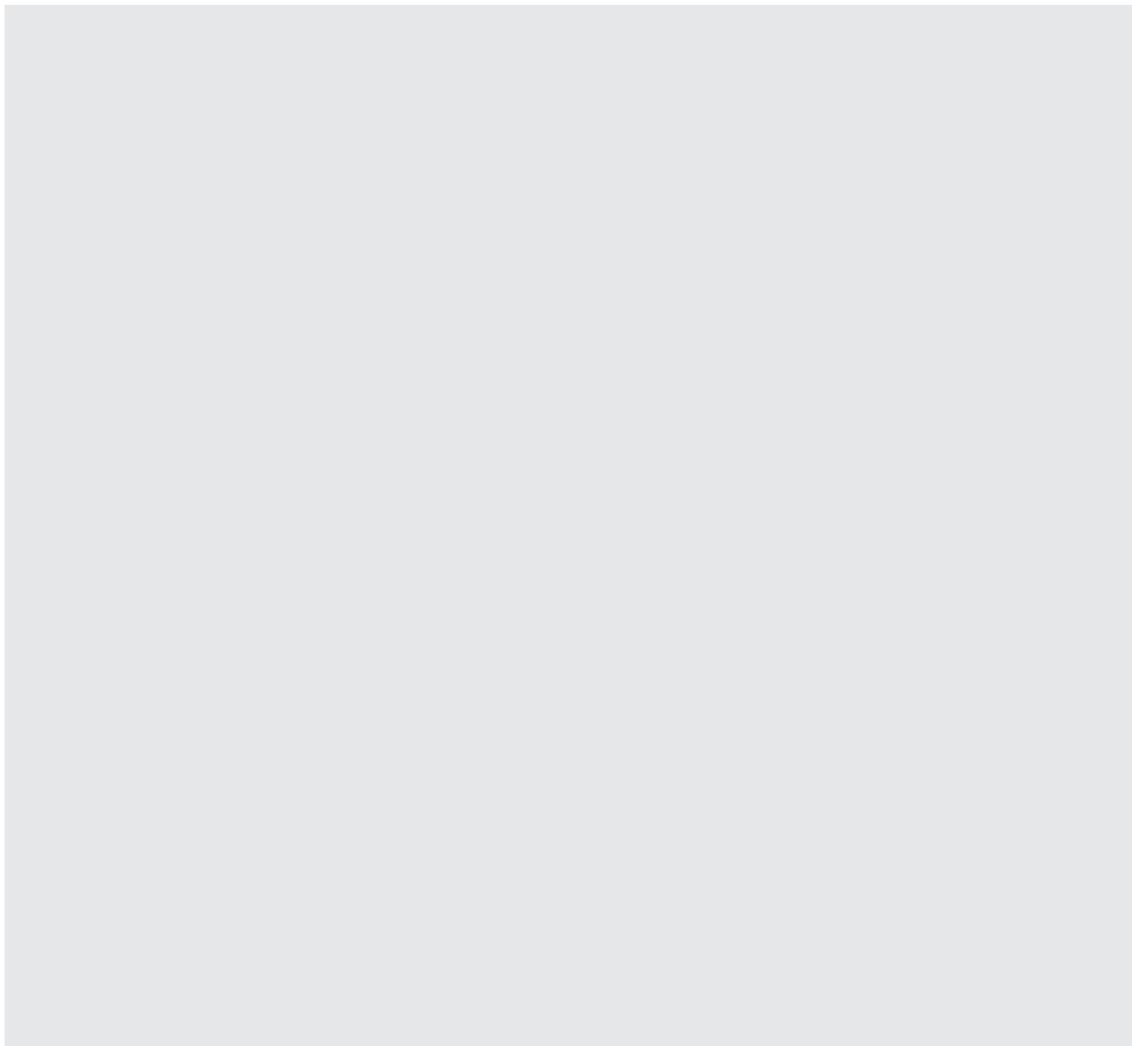
Em *A força normativa dos princípios e sua importância para a reeleitura do direito civil brasileiro: reflexões a partir dos princípios da dignidade humana e igualdade*, Vinícius Silva Alves analisa a importância dos princípios constitucionais para a interpretação e a aplicação do direito infraconstitucional no Brasil. A partir de considerações acerca da força normativa dos princípios da dignidade humana e da igualdade, o autor avalia em que medida o direito civil pode ser reconhecido como um instrumento de realização dos princípios e mandamentos insculpidos na Constituição Federal.

Por fim, na última seção da Revista, apresentamos os Resumos das Dissertações e Teses já defendidas no segundo semestre de 2019, no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Teoria do Estado e Direito Constitucional.

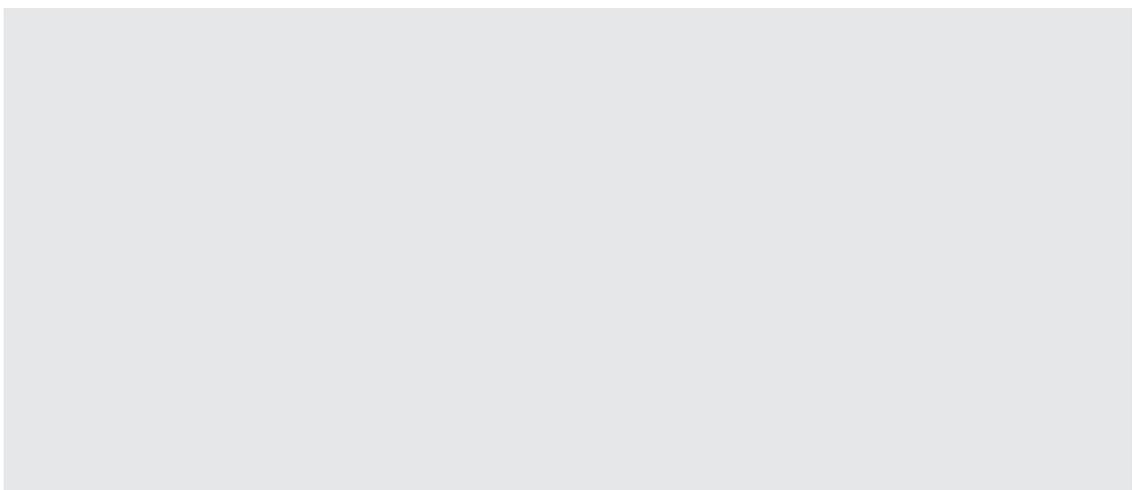
Desejamos a todos uma excelente leitura.

Noel Struchiner  
*Editor-Chefe*

Antonio Pele  
*Editor-Adjunto*



Artigos



# Iniciativa popular no Brasil: tendências punitivistas e dificuldades democráticas

*Popular initiative in Brazil: punitive tendencies and democratic difficulties*

Alessandro Soares\*

*Faculdade Escola Paulista de Direito, São Paulo – SP, Brasil*

## 1. Introdução

A Constituição brasileira de 1988 é o resultado jurídico de uma longa transição à democracia. A ditadura se instalou no país em 1964 após um golpe civil-militar desferido contra o então presidente eleito João Goulart. Em 1974, diante de uma conjuntura política e econômica difícil, os militares arquitetavam e empreendiam o início de um processo de transição que perduraria ao menos até o final da década de 1980.<sup>1</sup> Se, por um lado, ao controlar o ritmo da abertura, os militares demonstravam que estavam em uma correlação de forças favorável frente a seus opositores, por outro, mantinham sob contenção uma sociedade civil cada vez menos crente na legitimidade do regime. Nessa medida, parece-nos que as mobilizações

---

\* Doutor no programa de Administração, Fazenda e Justiça no Estado Social pela Faculdade de Direito da Universidade de Salamanca - USAL. Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP. Graduação em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie - UPM São Paulo. Professor na Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie - UPM. Professor e Diretor Acadêmico na Faculdade Escola Paulista de Direito - EPD. Professor e coordenador dos cursos de MBA em Gestão Pública e Pós-Graduação em Direito Municipal da Faculdade Escola Paulista de Direito - EPD. Professor e coordenador do curso de Pós-Graduação em Direito Público da Faculdade Damásio. Ocupou o cargo de Chefe de Gabinete do Ministro de Estado da Justiça (2012-2014). E-mail: alesong@ig.com.br

1 Consoante Linz e Stepan, essa longa transição controlada se deve ao fato de que “o regime autoritário, que embora jamais tenha sido plenamente institucionalizado, era hierarquicamente controlado por uma organização militar que detinha poder suficiente para controlar o ritmo da transição e para extrair um alto preço por se retirar do poder”. (LINZ; STEPAN, 1999, p. 205.)

políticas de massa ocorridas por todo o país entre novembro de 1983 e abril de 1984, demandando o direito de a cidadania eleger diretamente o Presidente da República (movimento das *Diretas Já*),<sup>2</sup> corresponde a um sintoma inequívoco dessa situação, uma espécie de termômetro indicando que a “panela de pressão” estava no limite.

A Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988<sup>3</sup> esteve, então, sobredeterminada por este cenário: mobilização e efervescência política por parte da sociedade civil – que requeria direitos de participação política, proteção aos direitos humanos e garantias de liberdade – e a tentativa de controle de todo o processo pelas forças conservadoras atreladas ao “antigo regime”, de modo a manter intacta a dominação política. Por óbvio, há aqui uma simplificação. Seja como for, essa perspectiva explica em larga medida aspectos contraditórios do Texto Constitucional de 1988. Pode-se afirmar que tais contradições refletem os fatores reais de poder<sup>4</sup> presentes no âmbito do debate constituinte. Quanto a esse ponto, impende notar que as instituições que demarcam o campo normativo do Estado são objetivações que conferem materialidade a uma correlação de forças cujo intuito é o de reger de maneira duradoura a vida política.<sup>5</sup> Uma Constituição não foge a essa regra.

Com efeito, os traços contraditórios da Constituição de 1988 podem dar ensejo a avaliações aparentemente opostas. Nesse sentido, Linz e Stepan destacam que teria sido “uma Constituição criada em circunstâncias altamente restritivas, refletindo o poder de facto das instituições e forças não democráticas”.<sup>6</sup> Adotando perspectiva distinta, Silva ressalta que “fez-se uma Constituição que rompeu com o passado, por isso é combatida pelas elites conservadoras”.<sup>7</sup> De fato, o que se constata é o fato de que,

2 Sobre o assunto, ver REIS, 2014, p. 106; SCHWARCZ, 2015, p. 482-484.

3 As eleições para a Assembleia Nacional Constituinte foram celebradas em 15 de novembro de 1986, elegendo 487 deputados e 72 senadores. A Constituinte é instalada em 1º de fevereiro de 1987 e termina seus trabalhos com a promulgação do Texto Constitucional em 5 de outubro de 1988.

4 Referência à clássica resposta de Lassalle, a qual aborda o que seria a essência da Constituição de um país: “... la suma de los factores reales de poder que rigen en ese país”. (LASSALLE, 2012, p. 78.)

5 LINERA, 2010, p. 281.

6 LINZ; STEPAN, 1999, p. 206.

7 SILVA, 2008, p. 110. Tal perspectiva aparece presente na atualidade: o jornal o *Estado de S. Paulo*, um dos mais tradicionais e importantes do País, em editorial duro, ataca exatamente os direitos instituídos pela Constituição, propondo uma revisão destes por uma nova Assembleia Nacional Constituinte. (O ESTADO DE S. PAULO, 2015.)

assim como o deus Janus,<sup>8</sup> a Carta Política brasileira de 1988 tem duas faces ou dois espíritos, os quais se entrelaçam e se influenciam. A estrutura dogmática constitucional, rica em direitos de igualdade e princípios de liberdade, coexiste com uma estrutura orgânica de poder com traços extremamente limitativos do ponto de vista participativo e democrático, dando preponderância às soluções entre as elites. Comungando com essa visão ambivalente, em que elementos conservadores convivem com aspectos progressistas, Pereira observa: “o fato de a transição ter sido conservadora limitou a mudança que poderia ocorrer, mas ao mesmo tempo deu mais legitimidade a uma constituição progressista e nacional como é a Constituição de 1988”.<sup>9</sup>

Nessa ordem de ideias, este artigo aborda uma das problemáticas ligadas à estrutura de poder (parte orgânica) presente na atual Constituição brasileira. Nosso objeto de análise será o modelo de iniciativa popular acolhido pela Carta Política. Em realidade, impõe-se observar que, ao consubstanciar um mecanismo de democracia direta que possibilita a atuação da cidadania no processo de tomada de decisões públicas e, ao mesmo tempo, constituir um direito político da cidadania, as iniciativas populares evidenciam um pouco das duas dimensões constitucionais citadas, manifestando-se como elementos que compõem a esfera do orgânico e do dogmático.<sup>10</sup>

Convém destacar que o Texto Constitucional brasileiro de 1988, além de estabelecer que a cidadania está habilitada a eleger os seus representantes políticos, prevê mecanismos de democracia direta, entre estes, a iniciativa popular em matéria legislativa. Neste artigo, defenderemos dois argumentos interligados, quais sejam: (i) a iniciativa popular foi acolhida de maneira austera pela Carta Política brasileira, neutralizando as suas potencialidades democráticas e de controle do poder; (ii) como resultado prático, há uma tendência clara de utilização da iniciativa legislativa popular de modo a expandir políticas repressivas no campo político e penal. Frente a esse cenário, advogaremos que reformas sejam empreendidas no intuito de alterar ambas as situações identificadas, ou seja, é necessário

---

8 Duverger utilizou essa ideia da dupla cara de Janus para evidenciar a ambivalência representada pelo Estado e refletida como instrumento de dominação de classe e, ao mesmo tempo, modelo de integração de todos os indivíduos à comunidade com vistas ao bem comum. (DUVERGER, 1970, p. 16.)

9 BRESSER-PEREIRA, 2015, p. 291.

10 UPRIMNY, 2011, p. 110-111.

gerar novos arranjos institucionais a fim de empoderar a cidadania, bem como criar bloqueios à utilização populista conservadora<sup>11</sup> do instituto.

Com o objetivo de dar sustentação aos posicionamentos ora mencionados, iremos primeiro explorar como, de um ponto de vista teórico, é possível conceber as iniciativas populares nos ambientes de democracia representativa para, na sequência, confrontar com o modelo adotado na atual Constituição brasileira, evidenciando, assim, limites participativos relevantes. A partir desse ponto, elaboraremos um breve estudo quanto a algumas experiências e intentos de implementação de iniciativas populares no Brasil.

Com efeito, verificaremos que as experiências que procuraram acionar o mecanismo de iniciativa popular a partir do cumprimento dos requisitos constitucionais tiveram um caráter populista conservador. De outra perspectiva, analisaremos também alguns impulsos populares que não tiveram qualquer pretensão de cumprir os regramentos constitucionais, mas, sim, exercer influência na determinação de pautas políticas, bem como incentivar o debate sobre temas ignorados pelo sistema representativo. Em última análise, essas experiências desafiavam a institucionalidade e, ao mesmo tempo, evidenciavam um bloqueio democrático à participação política popular.

## 2. A iniciativa popular no cenário da democracia representativa

Ao pensar em sistemas democráticos contemporaneamente, a primeira imagem que nos vem à mente é a de pessoas com direito de exercer o voto e eleger os seus governantes de forma periódica. Como lembra Bobbio, a cena que nos aparece de imediato é a de uma fila de pessoas à espera para depositar uma cédula de votação em uma urna.<sup>12</sup> Tal perspectiva reflete um verdadeiro domínio ideológico no qual se identifica a democracia com aspectos formais, isto é, com os procedimentos que procuram legitimar as decisões como reflexo direto ou indireto da vontade popular.<sup>13</sup>

---

11 Quando fazemos referência a um populismo conservador, queremos dizer que o fenômeno do populismo é passível de ser preenchido também com elementos de caráter progressista ou de esquerda. Sobre esse aspecto, o populismo apresenta-se sem uma determinação ideológica *a priori*; nesse sentido, seguimos o pensamento de Laclau (2013, p. 181). O populismo conservador é muitas vezes identificado com política de recrudescimento penal. Ver também FERRAJOLI, 2011, p. 68.

12 BOBBIO, 2003, p. 245.

13 FERRAJOLI, 2011, p. 27.

Destarte, a dinâmica da competição democrática pressupõe que poucos irão se lançar em busca de votos no mercado eleitoral objetivando tomar as posições de mando estatal. Segundo Weber, estes competidores são os que podem ser considerados efetivamente uma cidadania ativa,<sup>14</sup> pois que a maioria da população se habilitará apenas para uma participação esporádica e momentânea, elegendo representantes; nesse sentido, seriam sujeitos passivos da política. Já no que diz respeito ao cotidiano, uma vez eleitos, os representantes detêm o monopólio do fazer político, “as eleições não decidem sobre políticas concretas; estabelecem, ao invés, quem vai decidir sobre elas”.<sup>15</sup>

Ao relativizar o quadro delineado anteriormente, encontramos em diversos estatutos constitucionais a presença de instrumentos de democracia direta, isto é, mecanismos jurídicos que possibilitam que a cidadania expresse a sua opinião sobre assuntos relevantes de natureza pública, muitas vezes vinculando os órgãos representativos em face da posição adotada. Deve-se observar que a democracia direta não elimina a representação política; pelo contrário, ela se coloca como o seu complemento.<sup>16</sup> Nessa medida é que alguns falam em democracia semidireta<sup>17</sup> ou híbrida,<sup>18</sup> querendo com isso indicar a existência de um sistema político no qual há o predomínio das decisões por parte dos representantes eleitos, mas no qual há também a probabilidade de decisões diretas por parte da cidadania.

No campo dos instrumentos de democracia direta, temos as consultas e as iniciativas populares. As consultas se realizam a partir de um questionamento direto à cidadania sobre uma decisão a ser tomada, assim, por meio do exercício do voto, as eleitoras e os eleitores se posicionam sobre a pergunta ofertada. Dependendo do ordenamento jurídico estudado, as consultas populares podem receber rótulos distintos (consultas, referendos e plebiscitos), bem como conteúdos diferenciados. No caso das iniciativas populares, há uma faculdade atribuída diretamente à cidadania de dar impulso a um procedimento decisório, o que ocorre normalmente pelo recolhimento de assinaturas e apoios. Assim, por exemplo, um ordenamento

---

14 WEBER, 2011, p. 104.

15 SARTORI, 1994, p. 152.

16 WAGSCHAL, 1997, p. 224.

17 LOEWENSTEIN, 1986, p. 97; CAGGIANO, 1995, p. 95.

18 BOWLER; GLAZER, 2008, p. 01.

constitucional pode estabelecer que a coleta de determinado número de assinaturas do corpo eleitoral obriga os órgãos representativos a convocarem uma Assembleia Nacional Constituinte – nessa hipótese, estariam perante uma iniciativa popular de convocação de constituinte.<sup>19</sup>

Com base no prisma anterior, é possível prever também que uma fração da cidadania tenha em suas mãos a faculdade de decidir sobre a convocação de uma consulta popular, sendo que as suas finalidades podem ser múltiplas: o pedido de uma consulta sobre a aprovação, a revogação ou a alteração de uma lei, a revisão da constituição, a adoção de um tratado internacional ou até a revogação de um mandato eletivo. Seja como for, o que resta evidente nesse caso é o poder das eleitoras e dos eleitores em provocar a realização de consultas populares. A iniciativa popular significa competência para atuar por impulso próprio e impor a tomada de certas medidas por parte dos órgãos e agentes estatais.

Pode ocorrer, por óbvio, que, frente a determinado regramento constitucional, o impulso popular consubstancie apenas o primeiro passo de um encadeamento decisório, cabendo nessa hipótese uma atuação final discricionária dos órgãos representativos sobre a conveniência e oportunidade de se adotar a respectiva decisão. É o que acontece com a previsão de algumas iniciativas populares em matéria de legislação, pela qual uma fração do corpo eleitoral apresenta uma proposta normativa junto ao Poder Legislativo para que este a converta ou não em lei mediante os seus trâmites internos.<sup>20</sup> Caracteriza-se, assim, como uma intervenção do cidadão junto ao processo legislativo, com o intuito de fazer face a eventual inércia ou falta de vontade política dos órgãos representativos.<sup>21</sup> Se os parlamentares têm o poder de ignorar, rechaçar ou alterar completamente a proposta legislativa popular, sem que com isso ocorra qualquer outro efeito jurídico – por exemplo, gerando a convocação obrigatória de uma consulta popular –, significa que, nesse caso, a iniciativa tem pouca força decisória. Não sem motivos, Altman, diante dessa situação, sentencia que se trata mais de um poder de transformação da agenda do que uma ferramenta de mudança política.<sup>22</sup>

---

19 NÁRDIZ, 2010, p. 183.

20 BORJA, 1992, p. 217.

21 URBANO, 1998, p. 71.

22 ALTMAN, 2005, p. 215.

### 3. Iniciativa popular na Constituição brasileira de 1988

Determina *in verbis*, o art. 1º, parágrafo único, do atual Texto Constitucional brasileiro: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Procurando dar concretude a essa regra, o art. 14 da Carta Política estabelece que a “soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I – plebiscito; II – referendo; III – iniciativa popular”. Eis aqui as formas típicas de participação direta que fazem do sistema político do Brasil uma democracia semidireta. Impende constatar que a Constituição de 1988 foi a primeira na história do país a prever a iniciativa popular como forma de exercício dos direitos políticos de participação.

Vimos no tópico anterior que as iniciativas populares podem ser previstas com diversas finalidades; dessa forma, impõe-se identificar quais modalidades foram albergadas pela Constituição. Em realidade, a Carta Política apenas prevê iniciativas legislativas populares. A cidadania não está autorizada a impulsionar a convocação de plebiscitos e referendos – essa competência, a teor do art. 49, XV, da Constituição é exclusiva dos órgãos legislativos.

Com efeito, o art. 61 do Texto Constitucional estipula que a iniciativa de leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional; ao Presidente da República; ao Supremo Tribunal Federal; aos Tribunais Superiores; ao Procurador-Geral da República; e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos na Constituição.

Todos esses atores políticos estão habilitados a apresentar propostas de lei complementar ou ordinária para o devido trâmite no Poder Legislativo. Os cidadãos estão legitimados a apresentar projetos de lei; contudo, devem fazê-lo na forma e nos casos previstos na Constituição, regra que de fato serve também para os demais legitimados. A questão que se coloca é: quais são as formas e os casos previstos para que a cidadania ofereça projetos de lei? A esse respeito, o § 2º do próprio art. 61 dita que “a iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à 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”.

Observe-se que a proposta de iniciativa legislativa popular deve ser apresentada à Câmara dos Deputados, e não perante o Senado Federal. Com efeito, projetos de caráter popular iniciam o seu trâmite na Casa popular do Congresso Nacional. Para que seja aceita a proposta, será necessário conseguir o apoio de, no mínimo, 1% do eleitorado nacional; no entanto, este não pode estar concentrado em um único Estado-membro da federação, devendo ser distribuído em cinco estados pelo menos. Isso significa que é preciso haver uma articulação mais ampla para que se consiga alcançar o número mínimo de respaldos requeridos. Outro ponto importante é o de que em cada um dos cinco estados deverá haver o apoio de, ao menos, 0,3% do corpo eleitoral.

Fleury lembra que esses requisitos são muitas vezes considerados excessivamente restritivos por imporem um percentual de participação alto, perspectiva que se vê piorada em uma sociedade com déficit de informação e consciência cívica.<sup>23</sup> Em uma linha pessimista, Ferreira Filho afirma que, “sendo rigorosas essas exigências, não será fácil que sejam apresentados projetos de lei de iniciativa popular. Trata-se de instituto decorativo”.<sup>24</sup> Moisés trilha caminho similar de análise, ao ditar que: “se levarmos em consideração a longa tradição de desestímulo à participação popular na política que marca a cultura política tradicional do país, não é fácil imaginar que esses números serão alcançados sem dificuldade”.<sup>25</sup> Na eleição presidencial de 2014, por exemplo, o Tribunal Superior Eleitoral registrou 142.822.046 eleitores; isso significa que a propositura de um projeto de iniciativa popular deverá ter o respaldo de 1.428.220 eleitores para prosperar.

A Lei n. 9.709 de 1998, que regula os institutos de democracia direta, em seu art. 13, §§ 1º e 2º, estabelece que a proposta de iniciativa legislativa popular deverá tratar apenas de um assunto e não poderá ser rejeitada por vício de forma; assim, caso haja impropriedades de técnica legislativa ou redação, a própria Câmara dos Deputados providenciará as eventuais correções e adequações. Estando preenchidos os requisitos constitucionais e legais, será dado seguimento ao trâmite da proposta consoante as normas do Regimento Interno.

---

23 FLEURY, 2006, p. 97.

24 FERREIRA FILHO, 2002, p. 207; MOISÉS, 1990, p. 85.

25 BRASIL, 2014.

Importante verificar que existem matérias, isto é, conteúdos que não poderão ser tratados em propostas legislativas de iniciativa popular, uma vez que correspondem a limites materiais. Dessarte, não basta preencher os requisitos formais para que uma proposta esteja apta a tramitar e, ao fim, se transforme em lei. O primeiro ponto a ser notado é a situação de que a Carta Política não abre possibilidade de iniciativa popular em matéria constitucional, limite implícito na medida em que o art. 61 somente se refere à lei ordinária e complementar.<sup>26</sup>

Quanto aos limites materiais para as iniciativas legislativas populares, existe um conjunto de assuntos cuja competência é atribuída com exclusividade a certas autoridades públicas, excluindo, ao menos de início, a possibilidade de a cidadania apresentar projeto popular referente ao assunto.<sup>27</sup> Por exemplo, o art. 61, incs. I e II, da Constituição dispõe que são de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que fixem ou modifiquem os efetivos das Forças Armadas, bem como: (i) a criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração; (ii) a organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios; (iii) serviços públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria; (iv) organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios; (v) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI, e; (vi) militares das Forças Armadas, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para a reserva.

O Regimento Interno da Câmara dos Deputados, ao tratar das formas de participação da sociedade civil em seu Título VIII, trouxe no Capítulo 1 as formalidades a serem seguidas na propositura de uma lei de iniciativa popular; assim, o art. 252 estipula em seus incisos um conjunto de procedimentos a serem obedecidos que passaremos em revista a seguir.

---

26 Fleury ressalta que, apesar disso, algumas Constituições Estaduais e Leis Orgânicas Municipais asseguram esse direito à população. (FLEURY, 2006, p. 98.)

27 FERREIRA FILHO, 2002, p. 207; SILVA, 2007, p. 456.

No recolhimento de apoios para a iniciativa popular, deverá constar a assinatura de cada eleitor, acompanhada de seu nome completo e legível, endereço e dados identificadores de seu título eleitoral. O recolhimento das assinaturas deverá ser organizado por Município, Estado, Território e Distrito Federal, em formulários padronizados pela Mesa da Câmara. É lícito à entidade da sociedade civil patrocinar a apresentação de um projeto de iniciativa popular, responsabilizando-se pela coleta de assinaturas.

O projeto deverá ser instruído com documento hábil da Justiça Eleitoral quanto ao contingente de eleitores alistados em cada unidade da Federação, aceitando-se, para esse fim, os dados referentes ao ano anterior, se não disponíveis outros mais recentes.

O protocolo do projeto deverá ser realizado perante a Secretaria-Geral da Mesa da Câmara dos Deputados, que verificará se foram cumpridas as exigências constitucionais para a sua apresentação. Aceito o projeto, o seu trâmite será idêntico às demais propostas em andamento no Legislativo. O primeiro signatário do projeto ou quem este tiver indicado no momento de sua apresentação poderá utilizar-se da palavra por 20 minutos nas Comissões ou em Plenário com o objetivo de discutir a proposta.

Se por alguma razão um projeto em trâmite tiver como objeto mais de um assunto, a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania estará habilitada a dividi-lo em proposições autônomas para processamento em separado. Similarmente ao que indica a Lei n. 9.709 de 1998, é vedada a rejeição a projeto de lei de iniciativa popular por vícios de linguagem, lapsos ou imperfeições de técnica legislativa, cabendo à Comissão de Justiça adequar o projeto quanto a esses aspectos formais.

A Mesa da Câmara designará um dos seus membros para que este exerça em relação ao projeto de iniciativa popular os poderes e as atribuições conferidos pelo Regimento Interno ao autor de proposições, devendo a escolha recair sobre quem tenha sido, com a sua anuência, previamente indicado com essa finalidade pelo primeiro signatário do projeto.

O art. 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados impõe que, finda uma Legislatura, deverão ser arquivadas todas as proposições em trâmite que no seu decurso não tenham sido submetidas à deliberação, bem como as que abram crédito suplementar, com pareceres ou sem. Dentre as exceções a essa regra, citem-se as propostas de iniciativa popular, o que significa que estas não poderão ser arquivadas, imunes que estão ao princípio da unidade da legislatura.

A Constituição prevê prazo de quatro anos para *cada legislatura* na Câmara dos Deputados e no Senado Federal,<sup>28</sup> aplicando-se a mesma regra para os Legislativos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Note-se, entretanto, que o prazo de vigência do mandato no Senado é de oito anos, uma vez que a renovação de seus membros se dá parcialmente a cada quatro anos; assim, em uma eleição, altera-se um terço das cadeiras e, na seguinte, dois terços.<sup>29</sup> Nessa ordem de ideias, tem-se que a legislatura no Senado é de quatro anos, enquanto os mandatos nos quais são investidos os senadores têm prazo de vigência de oito anos.<sup>30</sup>

O art. 171 do Regimento Interno dita a regra de que os deputados que desejarem discutir uma proposição incluída na Ordem do Dia devem inscrever-se previamente na Mesa, antes do início da discussão. No seu § 3º, indica que, se a proposição incluída na Ordem do Dia for de iniciativa popular, o primeiro subscritor do projeto ou quem este houver indicado para defendê-lo falará anteriormente aos oradores inscritos para o seu debate, transformando-se a Câmara nesse momento, sob a direção de seu Presidente, em Comissão Geral.<sup>31</sup>

Não há na Constituição nem na legislação qualquer regra que imponha prazo para o tratamento e a decisão da iniciativa legislativa popular, menos ainda qualquer normatização específica sobre as modificações que o proje-

28 “Art. 44. O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe de Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Parágrafo único. Cada legislatura terá duração de quatro anos.”

29 “Art. 46. (...) § 1º – Cada Estado e o Distrito Federal elegerão três Senadores, com mandato de oito anos. § 2º A representação de cada Estado e do Distrito Federal será renovada de quatro em quatro anos, alternadamente, por um e dois terços.”

30 A interpretação de José Afonso da Silva é a de que “A legislatura é o período que vai do início do mandato dos membros da Câmara baixa até o seu término. Isso porque a Câmara alta é contínua – ou por ser vitalícia, como era o Senado do Império brasileiro e é a Câmara dos Lordes na Grã-Bretanha, ou por ser renovável por parte, como o atual Senado brasileiro e o norte-americano”. (SILVA, 2008, p. 262.)

31 Regimento Interno da Câmara: “Art. 91. A sessão plenária da Câmara será transformada em Comissão Geral, sob a direção de seu Presidente, para:

I – debate de matéria relevante, por proposta conjunta dos Líderes, ou a requerimento de um terço da totalidade dos membros da Câmara;

II – discussão de projeto de lei de iniciativa popular, desde que presente o orador que irá defendê-lo;

III – comparecimento de Ministro de Estado. (...)

§ 2º Na hipótese do inciso II, poderá usar da palavra qualquer signatário do projeto ou Deputado, indicado pelo respectivo Autor, por trinta minutos, sem apertes, observando-se para o debate as disposições contidas nos §§ 1º e 4º do art. 220, e nos §§ 2º e 3º do art. 222.

§ 3º Alcançada a finalidade da Comissão Geral, a sessão plenária terá andamento a partir da fase em que ordinariamente se encontrariam os trabalhos”.

to pode sofrer; dessa forma, pode-se afirmar que a decisão definitiva sobre a iniciativa está nas mãos da elite política.<sup>32</sup>

#### 4. Experiências com a iniciativa legislativa popular

Vimos que a Constituição Federal de 1988 trouxe pela primeira vez a previsão da iniciativa popular de lei como instrumento de democracia direta. Tendo em vista esse novo cenário na ordem jurídica, os movimentos de luta por moradia organizaram uma campanha de recolhimento de assinaturas para apoiar uma proposta de lei sobre a criação do Fundo Nacional de Moradia Popular e a instituição de um Conselho Gestor. Sobre a campanha, interessantes são as notas de Paz:

Milhares de pessoas de todo o país participaram da campanha de coleta de um milhão de assinaturas. Esse foi um número simbólico, definido a partir da exigência legal como meta política dos movimentos de moradia. Em São Paulo, a campanha de coleta de assinaturas se alastrou por todos os bairros, com forma e intensidade diferenciadas (...). As formas de organização surgiram dos próprios participantes que, com criatividade e empenho, mantinham a disposição e mobilização. As atividades de coleta foram as mais diversas, de casa em casa, entre os vizinhos, entre os participantes dos diversos movimentos de moradia, “mutirões” pelas feiras e comércio, plantão nas Igrejas e festas dos bairros. Criou-se um clima de “gincana” entre os grupos, de competição entre quem recolhia mais assinaturas e, ao mesmo tempo, de solidariedade em torno de um mesmo objetivo.<sup>33</sup>

Ao longo da campanha, foi muito importante o apoio da Igreja Católica, principalmente no Estado de São Paulo,<sup>34</sup> ente da federação mais populoso do País. Chegaram a ser recolhidas mais de 800 mil assinaturas em todo o território nacional, sendo a proposta apresentada à Câmara dos Deputados em 19 de novembro de 1991 durante o evento da “4ª Caravana da Moradia” com uma boa repercussão nos meios de comunicação.<sup>35</sup>

---

32 MÜLLER, 2010, p. 62.

33 PAZ, 1996, p. 122-123.

34 PAZ, 1996, p. 123.

35 PAZ, 1996, p. 96.

Sobre o contexto que envolveu esse momento, relata Paz:

A Iniciativa Popular deu visibilidade à problemática habitacional. Estimou-se que 5.000 pessoas de todo o Brasil compareceram ao ato de entrega das assinaturas, que foi noticiado pelos principais jornais, entre eles, *O Estado de S. Paulo*, *Folha de S. Paulo*, *Folha da Tarde*, *Jornal do Brasil*, *O Globo*, *Jornal de Brasília*, *Correio Brasiliense*, *Diário Popular*, *Notícias Populares*. As redes de televisão deram cobertura em seus jornais, com destaque no *Jornal Nacional*, da Rede Globo de Televisão.<sup>36</sup>

Após o protocolo da proposta, um problema de ordem técnica surgiu: como havia uma lacuna jurídica na regulamentação da matéria, a Secretaria-Geral da Câmara dos Deputados solicitou ao Tribunal Regional Eleitoral a conferência das assinaturas visando comprovar o cumprimento do número mínimo necessário para a aceitação e tramitação da proposta. O Tribunal ficou impossibilitado de fazer as verificações, uma vez que não havia cadastro unificado de todos os eleitores do país. Para resolver a questão, o Deputado Federal do Partido dos Trabalhadores (PT) do Estado de Minas Gerais, Nilmário Miranda, apresentou como Projeto de Lei, tornando de iniciativa parlamentar o que se propunha de início como de iniciativa popular.<sup>37</sup> Mais de 13 anos depois, em 16 de junho de 2005, a proposta foi transformada na Lei n. 11.124.<sup>38</sup>

A segunda proposta de iniciativa popular teve origem a partir de um caso particular, o do assassinato de uma atriz de novela, Daniella Perez, na época com 22 anos de idade, que comoveu amplamente o público brasileiro. A sua mãe, Glória Perez, diretora de novela em uma das maiores redes de televisão do país, a Rede Globo, iniciou uma campanha de recolhimento de assinaturas de apoio a um projeto de iniciativa legislativa popular que enquadrava um conjunto de crimes como hediondos, isto é, endurecia as penas aplicáveis. O apoio coletado totalizou mais de 1,3 milhão de assinaturas.<sup>39</sup>

---

36 PAZ, 1996, p. 126.

37 MELCHIORI, 2011, p. 44.

38 BRASIL, 2005.

39 FRANÇA, 1994.

Uma vez que as respectivas assinaturas não vinham acompanhadas da indicação do título de eleitor dos signatários,<sup>40</sup> não seria possível que a proposta prosperasse, já que não cumpria os requisitos legais. Na realidade, ocorreu que, em 9 de setembro de 1993,<sup>41</sup> o Poder Executivo encampou tal projeto e o apresentou como de iniciativa sua; assim, não houve necessidade de verificação das assinaturas. A proposta inicial (incorporada a outras) foi aprovada pelo Legislativo, transformando-se na Lei n. 8.930, de 6 de setembro de 1994. Observe-se que o trâmite da iniciativa popular não durou mais do que um ano para a devida aprovação.

A discussão sobre o endurecimento de penas criminais foi novamente objeto de uma proposta de iniciativa legislativa popular em 1999. Mais uma vez, o assunto apareceu após uma situação particular de violência extrema, o sequestro e assassinato de uma criança de 8 anos de idade, Ives Ota, em 29 de agosto de 1997. A sua família iniciou o recolhimento de assinaturas de apoio a uma proposta de lei que aumentava as penas para certos crimes de 30 para 100 anos, o que, em termos concretos, significava a instituição de hipótese de prisão perpétua no País. Com mais de 2 milhões de assinaturas, a proposta chegou ao Congresso Nacional em 13 de maio de 1999, mas acabou não tendo qualquer trâmite por ter sido logo de início considerada inconstitucional.<sup>42</sup>

Outra experiência de iniciativa legislativa popular se dá a partir de uma campanha organizada pela Comissão Brasileira Justiça e Paz (CBJP) da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) com apoio de diversas entidades. Com efeito, em 11 de agosto de 1998, teve início a coleta de apoio popular para uma proposta de lei que estabelecia a pena de cassação de mandato para casos de compra de votos e também de utilização da máquina administrativa com finalidades eleitorais. Lembra Melchiori que os patrocinadores da proposta tinham a leitura de que a corrupção era um problema de natureza social; por isso, a escolha da iniciativa popular de lei seria um caminho estratégico interessante, pois conseguiria impor certo nível de discussão e participação da sociedade, tendo, assim, um caráter pedagógico.<sup>43</sup>

---

40 MELCHIORI, 2011, p. 44.

41 Conforme andamento do processo disponível na Câmara dos Deputados (BRASIL, 1993).

42 MELCHIORI, 2011, p. 44.

43 MELCHIORI, 2011, p. 54.

Interessante notar que a coleta das assinaturas durou um ano e três meses – nesse período, constatou-se que, em média, a cada 5 pessoas que se interessavam em apoiar a causa, somente uma tinha em mãos o título de eleitor.<sup>44</sup>

Em 10 de agosto de 1999, a proposta foi apresentada perante a Câmara dos Deputados; naquele momento, o projeto contava com 952.314 assinaturas, mas alguns dias depois foi encaminhada uma lista complementando o número do quadro dos apoios, e o projeto alcançou a marca 1.039.175 subscrições.<sup>45</sup> Como havia certa pressa para que a proposta cumprisse o seu trâmite legislativo e fosse aprovada, com vistas a possibilitar a sua aplicação nas eleições municipais programadas para o ano 2000, um grupo de parlamentares apresentou formalmente o Projeto de Lei, que recebeu o número PL-1.517/1999.<sup>46</sup> Mais uma vez, colocou-se aqui a dificuldade técnica de fazer a conferência das assinaturas de maneira eficiente e em um prazo razoável.<sup>47</sup> Apesar disso, o documento produzido pelo próprio Poder Legislativo indica que esse teria sido o primeiro projeto de iniciativa popular apresentado na Casa.<sup>48</sup>

Sob certa pressão da mídia e opinião pública,<sup>49</sup> em um trâmite rápido, de praticamente 40 dias, em 28 de setembro de 1999 o Projeto de Lei n. 1.517 foi transformado na Lei n. 9.840, que previu a pena de multa e cassação de registro de candidatura ou do diploma do eleito quando, durante o pleito, o respectivo candidato doasse, oferecesse ou promettesse ao eleitor – com o fim de obter-lhe o voto – bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza, inclusive emprego ou função pública. Sobre os ganhos dessa inovação legislativa, afirmam Silva e Vargas que, “em período anterior ao advento dessa norma, a famosa compra de voto não surtia efeito na esfera cível-eleitoral, relegada que era à seara criminal-eleitoral”.<sup>50</sup>

---

44 BRASIL, 1999.

45 BRASIL, 1999.

46 CARDOSO, 2010, p. 111-112.

47 “Ao ser feita a entrega do Projeto em 10 de agosto, verificou-se que o tempo que seria necessário para a recontagem das assinaturas inviabilizaria a sua discussão e eventual aprovação dentro do prazo pretendido, além de existirem dificuldades técnicas para a Câmara ou o TSE verificarem a autenticidade das assinaturas. O Presidente da Câmara e os responsáveis pela Iniciativa Popular consideraram então que o Projeto deveria tramitar como iniciativa parlamentar, para começar a ser examinado imediatamente. Ele foi então subscrito por Deputados de todos os partidos com assento na Câmara, conforme indicado no discurso de encaminhamento pronunciado na Câmara dia 19 de agosto.” (BRASIL, 1999.)

48 BRASIL, 1999.

49 CARDOSO, 2010, p. 113.

50 SILVA; VARGAS, 2014, p. 58.

O tema da violência retorna ao debate público no Brasil com a morte da adolescente de 14 anos de idade, Gabriela Prado Maia Ribeiro, atingida por uma bala perdida no dia 25 de março de 2003, em uma estação de metrô no Estado do Rio de Janeiro. Diante desse fato trágico, a família da adolescente criou o Movimento Gabriela Sou da Paz com o objetivo de recolher assinaturas para dar respaldo a uma proposta de iniciativa popular que alterava a legislação penal em diversos aspectos, dando um tratamento mais rigoroso aos condenados, principalmente por crimes hediondos.

Foi recolhido mais de 1,3 milhão de assinaturas, sendo a proposta entregue ao Congresso Nacional em 8 de março de 2006. Entretanto, a listagem apresentada continha defeitos insanáveis, por exemplo, a falta do título de eleitor dos firmantes; por isso, a proposta acabou sendo subscrita por um parlamentar, o Deputado Antonio Carlos Biscaia, do Partido dos Trabalhadores (PT) do Rio de Janeiro, e outros 5 deputados<sup>51</sup> – assim teve origem o PL-7.053/2006, que se encontra atualmente tramitando na Câmara dos Deputados apensado ao PL-4.911/2005.<sup>52</sup>

Mais um caso de iniciativa popular de lei relatado pela doutrina é o que deu origem à chamada Lei da Ficha Limpa, tornando mais rigorosos os requisitos necessários para que uma pessoa possa ser candidata a qualquer cargo eletivo. De fato, a lei criou novas hipóteses de inelegibilidade. Essa proposta de iniciativa popular foi encampada pelo Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral (MCCE), formado por diversas entidades da sociedade civil e movimentos sociais, que iniciaram em abril de 2008 a “Campanha Ficha Limpa”.<sup>53</sup> A proposta recebeu aproximadamente 1,3 milhão de assinaturas, sendo apresentada perante a Câmara dos Deputados em 29 de setembro de 2009. Convém lembrar que, mesmo após o protocolo da proposta, o MCCE continuou coletando apoios, de modo que alcançou a número de 1.581.779 subscrições.<sup>54</sup>

Como havia eleições agendadas para 2010, os proponentes da “Lei da Ficha Limpa” tinham certo interesse em acelerar o processo de aceitação da proposta, pois queriam ver logo a lei aprovada e aplicada em disputas eleitorais, o que seria impossível em face da necessidade de confirmar o

---

51 MELCHIORI, 2011, p. 45.

52 Andamento disponível na Câmara dos Deputados (BRASIL, 2006).

53 CARDOSO, 2010, p. 114.

54 SILVA; VARGAS, 2014, p. 59. Em sentido similar, ver CARDOSO, 2010, p. 114.

cumprimento dos requisitos constitucionais e legais no recolhimento das assinaturas. Visando solucionar esse problema, o Deputado Antônio Carlos Biscaia, juntamente com outros parlamentares, subscreveu a proposta como de iniciativa parlamentar no dia 29 de setembro de 2009, iniciando, assim, o trâmite do PLP n. 518, que posteriormente é apensado ao PLP n. 168/1993.<sup>55</sup> Embora ao longo do processo legislativo o projeto tenha sofrido modificações, segundo Silva e Vargas, a sua essência foi mantida.<sup>56</sup>

Em 4 de junho de 2010, o projeto foi convertido na Lei Complementar n. 135, conhecida desde então como “Lei da Ficha Limpa”. Conforme já salientamos, essa lei estabeleceu novas hipóteses de inelegibilidade com fundamento no princípio da moralidade, acrescentando modificações à Lei Complementar n. 64 de 1990 (Lei das Inelegibilidades). Como exemplo das inovações trazidas, temos que a lei tornou os condenados inelegíveis em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado.<sup>57</sup>

Em 2015, a questão da moralidade pública entrou em cena novamente por meio de uma iniciativa legislativa popular. Desta vez, foi lançada a campanha “10 Medidas contra a Corrupção”, liderada pelo Ministério Público Federal, cujo objetivo era angariar apoios para propostas legislativas que endureciam o tratamento dos casos de corrupção. No conteúdo das alterações legais propostas, encontravam-se ações de prevenção à corrupção, criminalização do enriquecimento ilícito de agentes públicos, aumento de penas e tipificação como crime hediondo para corrupção de altos valores, celeridade de ações judiciais, alterações do sistema de prescrição criminal, responsabilização dos partidos políticos e criminalização do “caixa dois” de campanha.<sup>58</sup> Levando em conta a conjuntura que o país vivenciava na época, em que diversos agentes políticos e empresários estavam sendo alvos de operações policiais e em que a insatisfação pública aumentava em face da crise econômica, podemos dizer que se tratou de uma reação moral populista dos órgãos burocráticos.

A campanha contou com o apoio de diversas entidades, como igrejas, empresas e organizações não governamentais. Em 29 de março de 2016, o seu conteúdo foi entregue ao Congresso Nacional com mais de dois mi-

---

55 SILVA; VARGAS, 2014, p. 63.

56 SILVA; VARGAS, 2014, p. 63.

57 Art. 1º, I, ‘e’, da LC n. 64/1990.

58 As medidas propostas estão disponíveis em Ministério Público Federal (BRASIL, 2015).

lhões de assinaturas,<sup>59</sup> sendo que, após ser encampado por parlamentares, transformou-se no Projeto de Lei n. 4.850 de 2016. Em síntese, do ponto de vista formal, a iniciativa partiu dos parlamentares, e não da cidadania. Politicamente, os deputados se viram obrigados a aceitar a proposta.

Fazendo uma análise superficial das sete experiências de iniciativa popular de lei que acabamos de expor, não é difícil ver que em todas houve a necessidade de que algum ator político adotasse formalmente a proposta para que esta se convertesse ao menos em Projeto de Lei na Câmara dos Deputados. No entanto, como bem ressalta Cardoso, não se deve tirar a conclusão de que simplesmente as propostas não cumpriram os requisitos formais; assim, “seria equivocada a imputação de qualquer insuficiência formal às proposições analisadas, uma vez que nenhum expediente foi lançado de modo a verificar se as exigências foram, ou não, cumpridas”.<sup>60</sup>

No mais, não se pode esquecer que a função política foi cumprida pelo instituto em muitos casos, tendo em vista a mobilização social que criou. Beçak fala de um efeito “colateral” das iniciativas populares, as quais teriam se revelado como um “instrumento bastante eficaz no papel de ‘agente mobilizador’ da opinião pública”.<sup>61</sup>

Por fim, devemos concluir com Caggiano que a iniciativa popular na atualidade “afigura-se de efetivo realce na medida em que a ele são atribuídos dois relevantes documentos: a *vedação do aliciamento* (art. 41-A da Lei 9.504/1997 – Lei das Eleições, com a redação dada pela Lei 9.840/1999) e o *advento da denominada Lei da ‘ficha limpa’*, LC 135/2010”,<sup>62</sup> ou seja, em algum nível de materialização tem resultado a utilização desses mecanismos de participação direta, o que não pode ser ignorado em qualquer avaliação que se queira fazer.

## 5. Iniciativas populares informais

O histórico retratado anteriormente deve ser complementado. Sempre temos reforçado a ideia de que o contexto tem certo nível de importância e não pode ser desconsiderado. Quanto a isso, um aspecto da realidade

---

59 UOL NOTÍCIAS, 2016.

60 CARDOSO, 2010, p. 114.

61 BEÇAK, 2014, p. 39.

62 CAGGIANO, 2012, p. 403.

brasileira são as mobilizações informais da cidadania na tentativa de implementar mecanismos de democracia direta com o intuito claro de fazer surgir um fato político de apoio a determinada agenda a ser implementada. Estamos nos referindo aqui ao povo como ator informal de uma democracia.<sup>63</sup> Em um regime democrático, existem outros meios pelos quais a cidadania busca defender os seus interesses; nesse ambiente estão, por exemplo, os movimentos sociais e as organizações não governamentais<sup>64</sup> – como ressalta Lembo, “A participação política, no interior da sociedade de massa, demanda exame sob ampla ótica, sem os limites impostos pelas formas, mecanismos e institutos clássicos”.<sup>65</sup> Se quisermos imaginar o funcionamento de algum tipo de mecanismo de democracia direta, devemos considerar essa realidade. A seguir, sem pretender esgotar essas experiências informais, arrolamos aquelas que chamam mais a atenção pelos temas e pela amplitude de participação.

Entre os dias 2 e 7 de setembro de 2000, a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), com o apoio de diversas entidades da sociedade civil, como o Movimento dos Trabalhadores Sem Terra (MST), a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura (Contag) e a Central Única dos Trabalhadores (CUT), organizou um plebiscito informal tendo por objetivo decidir sobre o pagamento da dívida externa e interna do País, bem como sobre a manutenção ou não do acordo que o Brasil tinha com o Fundo Monetário Internacional (FMI) na época.<sup>66</sup> O *slogan* dessa consulta era “A Vida Acima da Dívida”. Houve grande mobilização e mais de 48 mil urnas foram disponibilizadas em igrejas e sindicatos em todo o território nacional.<sup>67</sup> As cédulas de votação trouxeram as seguintes perguntas: “O governo brasileiro deve manter o atual acordo com o FMI?”, “O Brasil deve continuar pagando a dívida externa sem realizar uma auditoria pública desta dívida, como prevê a Constituição de 1988?” e “Os governos federal,

---

63 MÜLLER, 2010, p. 63.

64 MAINWARING, 2006, p. 15.

65 LEMBO, 1991, p. 46.

66 Em novembro de 1998, o Governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso fechou um primeiro acordo com o Fundo Monetário Internacional depois do aprofundamento da crise russa. Esse acordo estipulava uma ajuda financeira ao país no valor de 41,5 bilhões de dólares; como contrapartida, demandava a realização de ajuste fiscal até o final de 2001. Em 2001, o Governo assina um novo acordo com o FMI, em que o montante de ajuda era de 15,650 bilhões de dólares. FHC recorreria ainda mais uma vez ao Fundo Monetário Internacional no ano eleitoral de 2002 para sacar 10 bilhões de dólares. (MANFRINI, 2002.)

67 OLIVEIRA, 2000.

estaduais e municipais devem continuar usando grande parte do Orçamento para pagar a dívida interna aos especuladores?”<sup>68</sup>

Os resultados apurados pelas entidades organizadoras<sup>69</sup> dão conta de que teriam votado ao menos 5.476.115 cidadãs e cidadãos em mais de 3.000 Municípios,<sup>70</sup> um número bastante expressivo. A primeira pergunta (se o Governo deveria manter o acordo com o Fundo Monetário Internacional) recebeu 93,79% de votos “não” contra 4,56% votos “sim”. Quanto à questão se o País deveria continuar pagando a dívida externa, sem realizar uma auditoria pública, 96,55% responderam negativamente, enquanto 2,19% votaram “sim”. Por fim, 94,92% dos participantes indicaram que todas as esferas federativas de governo “não” deveriam continuar usando grande parte do orçamento público para pagar a dívida interna aos especuladores.

Em 2002, diversas organizações e movimentos sociais, como a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), a Central Única dos Trabalhadores (CUT), a Central dos Movimentos Populares (CMP) e a União Nacional dos Estudantes (UNE), organizaram um plebiscito informal abordando como tema principal o acordo internacional para a formação de uma Área de Livre-Comércio das Américas, conhecida como ALCA. O tema envolvia a defesa da soberania nacional. A proposta desse acordo constituía uma agenda construída pelo governo dos Estados Unidos para todo o continente americano<sup>71</sup> e gerava polêmicas. De fato, a teor da Constituição de 1988, a celebração desse acordo internacional competia apenas aos órgãos representativos,<sup>72</sup> correspondendo, assim, a uma decisão de caráter político-burocrático. Convém observar que na época não tardou a aparecer um discurso político-ideológico de propaganda ressaltando que a entrada do Brasil nesse acordo era algo inevitável, pois, caso isso não acontecesse, corria-se o risco de o país ficar excluído e isolado nas negociações comerciais.<sup>73</sup>

---

68 CORREIO CIDADANIA, 2000.

69 ABONG, 2000.

70 VILA NOVA, 2000.

71 Como lembra Batista: “A Alca tem origem em proposta lançada pelo presidente George Bush, pai do atual presidente dos EUA, em 1990. Na época, era conhecida como Iniciativa Bush ou Iniciativa para as Américas e tinha como um de seus objetivos centrais criar uma área de livre-comércio do Alasca à Terra do Fogo”. (BATISTA JR., 2003, p. 267.)

72 Ver arts. 84, VIII, e 49, I, da CB de 1988.

73 BATISTA JR., 2003, p. 267.

Com efeito, após ampla campanha, entre os dias 1º e 7 de setembro de 2002, 41.758 urnas colheram 10.149.542 votos da cidadania em praticamente 3.894 Municípios do País.<sup>74</sup> Essa mobilização contou com o apoio de cerca de 150.000 pessoas.<sup>75</sup> Nesse plebiscito informal, foram propostas 3 perguntas: “O governo brasileiro deve assinar o tratado da ALCA?”, “O governo brasileiro deve continuar participando das negociações da ALCA?” e “O governo brasileiro deve entregar parte de nosso território, a base de Alcântara, para controle militar dos EUA?”.<sup>76</sup>

Os resultados parciais divulgados no dia 17 de setembro de 2002<sup>77</sup> indicavam que 9.979.964 pessoas (98%) se posicionaram contrariamente à assinatura do tratado da ALCA, dizendo “não” à primeira pergunta, sendo que apenas 113.643 responderam “sim” (1%). Quanto à possibilidade de o governo brasileiro continuar as negociações da ALCA, a resposta também foi amplamente negativa, com 9.737.190 (96%) pessoas optando pela suspensão das negociações. Sobre o projeto de lei que estava tramitando no Congresso Nacional e que permitia a utilização da base de lançamento de foguetes de Alcântara (Estado do Maranhão) por parte dos Estados Unidos, 10.006.740 (mais de 99%) de cidadãos e cidadãs se colocaram contrários à medida, ao passo que somente 66.219 responderam favoravelmente à cessão da base.

Já em 2007, o Movimento dos Trabalhadores Sem Terra, a Via Campesina, a Central Única dos Trabalhadores e a Coordenadoria de Movimentos Sociais, juntamente com outras entidades, prepararam um terceiro plebiscito informal. Foi lançada uma campanha nacional “A Vale é Nossa”, com o propósito imediato de consultar a população sobre o processo de privatização de uma das empresas estatais mais importantes do País, a Companhia Vale do Rio Doce, uma das maiores produtoras de minério de ferro do mundo. A privatização dessa empresa estatal havia ocorrido em maio de 1997, quando foi vendida por R\$ 3,3 bilhões de reais.<sup>78</sup> Diversos movimentos sociais acusaram que teria havido fraude no processo de privatização e

---

74 AGÊNCIA BRASIL, 2002.

75 MENDES, [s/d].

76 BETTO, 2002. A base de foguetes de Alcântara fica no Estado do Maranhão. Por estar localizada próxima à linha do Equador, segundo alguns especialistas, seria atraente por reduzir custos de lançamento.

77 AGÊNCIA BRASIL, [s/d].

78 PAULINO NETO, 1997.

que a Vale tinha um valor muito superior ao que foi efetivamente vendido, chegando a R\$ 100 bilhões de reais.<sup>79</sup> O plebiscito tinha como objetivo principal anular a privatização da empresa; no entanto, outros temas acabaram entrando na pauta das perguntas, conforme se vê retratado a seguir:

1. Em 1997, a Companhia Vale do Rio Doce – patrimônio construído pelo povo brasileiro – foi fraudulentamente privatizada, ação que o governo e o Poder Judiciário podem anular. A Vale deve continuar nas mãos do capital privado?
2. O governo deve continuar priorizando o pagamento dos juros da dívida externa e interna, em vez de investir na melhoria das condições de vida e trabalho do povo brasileiro?
3. Você concorda que a energia elétrica continue sendo explorada pelo capital privado, com o povo pagando até 8 vezes mais que as grandes empresas?
4. Você concorda com uma reforma da previdência que retire direitos dos trabalhadores?<sup>80</sup>

O plebiscito é realizado entre 1º e 7 de setembro de 2007. Segundo os seus organizadores, foram colhidos mais de 3,7 milhões de votos em 3.200 Municípios, sendo que a mobilização envolveu 104 mil militantes em todo o País.<sup>81</sup> A esmagadora maioria dos participantes respondeu negativamente às perguntas elaboradas nessa consulta popular informal. A posição pelo “não” ultrapassou 90% dos votos em todas elas.<sup>82</sup>

Em 2013, realizando uma leitura quanto à urgência e necessidade de reforma do sistema político, bem como avaliando que os setores conservadores não permitiriam uma reforma profunda e democrática nessa direção, diversas organizações, entidades de classe e partidos políticos passaram a organizar a realização de um plebiscito informal para pressionar as mudanças desejadas. Assim, em setembro de 2013, a Plenária Nacional dos Movimentos Sociais aprovou a celebração de um Plebiscito Popular pela Constituinte Exclusiva e Soberana do Sistema Político.<sup>83</sup> A pergunta elaborada para esse plebiscito informal foi a seguinte: “Você é a favor de uma consti-

---

79 MANO, 2013.

80 JUSTIÇA GLOBAL, 2007.

81 THUSWOHL, 2007.

82 THUSWOHL, 2007.

83 Ver CARTILHA PLEBISCITO CONSTITUINTE, 2014.

tuínte exclusiva e soberana sobre o sistema político?”. Após campanha ampla de conscientização política, com debates e palestras sobre a pergunta do plebiscito e enfrentando resistência dos grandes meios de comunicação, a consulta popular foi realizada entre os dias 1º e 7 de setembro de 2014. Mais de 40 mil urnas foram instaladas em todo o País, alcançando 4.500 Municípios.<sup>84</sup> Os votos foram colhidos também via internet.

Consoante os dados oficiais divulgados por seus organizadores, 7.754.436 pessoas participaram dessa consulta popular informal.<sup>85</sup> Votos em urnas físicas foram 7,75 milhões, enquanto pela internet foram 1,74 milhão.<sup>86</sup> Os números oferecidos indicaram que 97,05% dos votos disseram “sim” à pergunta quanto à convocação de uma Assembleia Constituinte para exclusivamente reformar o sistema político.

## 6. Conclusão

Dos dados e análises apresentados anteriormente, é possível constatar que o instituto da iniciativa popular foi acolhido de maneira austera pela Constituição brasileira de 1988, refletindo, portanto, um aspecto conservador de seu conteúdo. A desidratação desse mecanismo de democracia direta se dá logo de início, sobretudo se considerarmos as limitações no que diz respeito às suas finalidades. No Brasil, apenas são conhecidas iniciativas populares em matéria legislativa, ainda assim vedando que estas tratem de normas de estatura constitucional e não havendo previsão de qualquer prazo para que o Legislativo tome alguma posição quanto à proposta. Com efeito, a cidadania aparece como mera expectadora quando se trata de convocação de referendos e plebiscitos, cujo poder de iniciativa está de forma exclusiva nas mãos dos integrantes dos órgãos legislativos.

Lançando um olhar mais específico sobre as tentativas formais de impulsionar iniciativas populares legislativas, não deixa de ser interessante notar que uma versava sobre direito à moradia, três propunham aumentar penas para certos crimes e três endureciam a legislação quanto a temas vinculados à moralização da política e das eleições. O quadro esboçado revela que certo pensamento de caráter punitivista e moralizante encontrou

---

84 REDE BRASIL ATUAL, 2014a.

85 REDE BRASIL ATUAL, 2014b.

86 CÂMARA NOTÍCIAS, 2014.

na iniciativa legislativa popular o seu caminho de expressão política. Não é surpresa que boa parte dessas propostas tenham surgido em conjunturas de comoção nacional ou de grande irritação popular diante dos políticos. Somente uma das propostas de iniciativa teve caráter de política social ao tratar do direito à moradia.

Impende observar também que, entre as sete iniciativas legislativas populares arroladas, nenhuma cumpriu os requisitos formais necessários para que fosse *motu proprio* transformada em projeto de lei. Se algumas dessas iniciativas ao fim chegaram a tramitar e até mesmo transformaram-se em lei, foi porque algum representante político encampou a proposta, isto é, deixou de ser iniciativa popular para ser iniciativa da representação política. De fato, a iniciativa legislativa popular passou a ser um veículo que, por estar apoiado em um movimento cívico, impõe certa força política sobre os parlamentares quando da adoção ou não de uma medida legislativa apresentada.

Diante disso, contudo, não se deve afirmar de forma inequívoca que no Brasil os movimentos ativistas no campo dos direitos tendem a não buscar os mecanismos de democracia direta como arma para a defesa de suas posições. Em realidade, quando olhamos as experiências informais de plebiscito a partir de 2000, percebemos que estas indicavam pautas políticas defensivas (contra a ALCA, a dívida externa, a concessão de uma base de foguetes em território nacional aos Estados Unidos, a privatização da empresa Vale do Rio Doce etc.), mas, ao mesmo tempo, relacionavam-se à capacidade de o Estado garantir os direitos sociais.

As iniciativas populares informais relatadas indicam a existência de atores na sociedade civil procurando implementar processos de participação direta, mas que não encontram no atual ordenamento constitucional resposta para essa demanda. Em síntese: o instituto da iniciativa popular, conforme previsto na Constituição brasileira de 1988, demonstra insuficiências em face dos anseios populares democráticos.

Tendo em vista o quadro traçado, faz-se necessário pensar alterações no plano constitucional de modo a dar viabilidade a outras formas de iniciativas populares e garantir também que, em situações de comoção ou de discurso punitivista, haja bloqueios muito claros no sentido de evitar propostas cujo resultado, muitas vezes, acaba por ameaçar direitos e garantias fundamentais.

## Referências

- ABONG. Informes. Mais de 5 milhões votaram no plebiscito da dívida externa. Set. 2000. Disponível em: <<http://www.abong.org.br/informes.php?id=2799>>. Acesso em: 21 set. 2016.
- AGÊNCIA BRASIL. Plebiscito revela que maioria dos eleitores é contra a Alca. Brasília, 17 set. 2002. Disponível em: <<http://memoria.etc.com.br/agenciabrasil/node/587756>>. Acesso em: 24 abr. 2017.
- ALTMAN, David. Democracia directa en el continente americano: ¿autolegitimación gubernamental o censura ciudadana? *Política y gobierno*, v. XII, n. 2, p. 203-232, 2005.
- BATISTA JR., Paulo Nogueira. A Alca e o Brasil. *Estudos Avançados*, v. 17, n. 48, p. 267, 2003. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/eav/article/view/9936>>. Acesso em: 23 abr. 2017.
- BEÇAK, Rubens. *Democracia: hegemonia e aperfeiçoamento*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BETTO, Frei. Plebiscito da Alca é defesa da soberania do Brasil. São Paulo, 02 set. 2002. Disponível em: <<http://cartamaior.com.br/?/Coluna/Plebiscito-da-Alca-e-defesa-da-soberania-do-Brasil/22102>>. Acesso em: 24 abr. 2017.
- BOBBIO, Norberto. *O filósofo e a política*. Antologia. Tradução de César Benjamin. Rio de Janeiro: Contraponto, 2003.
- BORJA, Rodrigo. *Derecho político y constitucional*. México: Fondo de Cultura Económica, 1992.
- BOWLER, Shaun; GLAZER, Amihai. Hybrid democracy and its consequences. In: BOWLER, Shaun; GLAZER, Amihai (Eds.). *Direct democracy's impact on American political institutions*. New York: Palgrave Macmillan, 2008.
- BRASIL. Câmara dos Deputados, 1993. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=219155>>. Acesso em: 12 jan. 2017.
- \_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados, 2006. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=324689>>. Acesso em: 15 jan. 2016
- \_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. *Combatendo a corrupção eleitoral: tramitação do primeiro projeto de lei de iniciativa popular aprovado pelo Congresso Nacional*. Centro de Documentação e Informação. Brasília, 1999. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/1942>>. Acesso em: 15 mar. 2017.

- \_\_\_\_\_. Lei n. 11.124, de 16 de junho de 2005. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/111124.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111124.htm)>. Acesso em: 05 out. 2016.
- \_\_\_\_\_. Ministério Público Federal, 2015. Disponível em: <<http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/conheca-as-medidas>>. Acesso em: 29 set. 2016.
- \_\_\_\_\_. Tribunal Superior Eleitoral. Plenário do TSE proclama resultado definitivo do segundo turno da eleição presidencial, 9 dez. 2014. Disponível: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2014/Dezembro/plenario-do-tse-proclama-resultado-definitivo-do-segundo-turno-da-eleicao-presidencial>>. Acesso em: 08 jan. 2016.
- BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *A construção política do Brasil*. Sociedade, economia e Estado desde a Independência. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2015.
- CAGGIANO, Monica Herman Salem. O cenário eleitoral e sua anatomia. Sistemas eleitorais e reforma política. *Revista de Direito Brasileira*, v. 2. n. 2, p. 399-423, 2012. Disponível em: <<http://www.rdb.org.br/ojs/index.php/rdb/article/download/86/85>>. Acesso em: 03 out. 2016.
- CAGGIANO, Monica Herman Salem. *Oposição na política: proposta para uma rearquitetura da democracia*. São Paulo: Angelotti, 1995.
- CÂMARA NOTÍCIAS. Mais de 7,5 milhões de pessoas querem Constituinte exclusiva para reforma política. Brasília, 24 ago. 2014. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/474754-MAIS-DE-7,5-MILHOES-DE-PESSOAS-QUEREM-CONSTITUINTE-EXCLUSIVA-PARA-REFORMA-POLITICA.html>>. Acesso em: 24 abr. 2017.
- CARDOSO, Rodrigo Mendes. *A iniciativa popular legislativa da Assembleia Nacional Constituinte ao regime da Constituição de 1988: um balanço*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <[http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/17613/17613\\_6.PDF](http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/17613/17613_6.PDF)>. Acesso em: 03 jan. 2017.
- CARTILHA PLEBISCITO CONSTITUINTE, 2. ed. São Paulo, fev. 2014. Disponível em: <[http://www.plebiscitoconstituente.org.br/sites/default/files/material/AF\\_Cartilha%20Plebiscito%202ª%20Edição\\_WEB.pdf](http://www.plebiscitoconstituente.org.br/sites/default/files/material/AF_Cartilha%20Plebiscito%202ª%20Edição_WEB.pdf)>. Acesso em: 22 abr. 2017.

- CORREIO CIDADANIA. Plebiscito confirma: a vida acima da dívida. Brasília, 13 set. 2000. Disponível em: <<http://www.correiocidadania.com.br/antigo/ed211/politica.htm>>. Acesso em: 22 maio 2017.
- DUVERGER, Maurice. *Introducción a la política*. Tradução de Jorge Esteban. Barcelona: Ariel, 1970.
- FERRAJOLI, Luigi. *Poderes salvajes*. La crisis de la democracia constitucional. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trota, 2011.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- FLEURY, Sonia. Iniciativa popular. In: AVRITZER, Leonardo; ANASTASIA, Fátima (Orgs.). *Reforma política no Brasil*. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2006.
- FRANÇA, William. Aprovada nova lei que redefine crime hediondo. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 9 set. 1994. Folha Cotidiano. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/1994/9/09/cotidiano/25.html>>. Acesso em: 05 fev. 2017.
- JUSTIÇA GLOBAL. A Vale é nossa: plebiscito popular decide sobre anulação do leilão da Companhia Vale do Rio Doce. Rio de Janeiro, 27 ago. 2007. Disponível em: <<http://www.global.org.br/blog/a-vale-e-nossa-plebiscito-popular-decide-sobre-anulacao-do-leilao-da-companhia-vale-do-rio-doce/>>. Acesso em: 24 abr. 2017.
- LACLAU, Ernesto. *A razão populista*. Tradução de Carlos Eugênio Marcondes de Moura. São Paulo: Três Estrelas, 2013.
- LASSALLE, Ferdinand. ¿Qué es una constitución? Tradução de Wenceslao Roces. Madrid: Ariel, 2012.
- LEMBO, Cláudio. *Participação política e assistência simples*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.
- LINERA, Álvaro García Linera. *A potência plebeia*. Ação coletiva e identidade indígenas, operárias e populares na Bolívia. Tradução de Mouzar Benedito e Igor Ojeda. São Paulo: Boitempo, 2010.
- LINZ, Juan J.; STEPAN, Alfred. *A transição e consolidação da democracia: a experiência do sul da Europa e da América do Sul*. Tradução de Patrícia de Queiroz Carvalho Zimbres. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editorial Ariel, 1986.
- MAINWARING, Scott P. The representation in the Andes. *Journal of Democracy*, v. 17, n. 3, p. 13-27, July 2006. Disponível em: <<http://scholar>.

- harvard.edu/files/levitsky/files/mainwaring\_2006.pdf>. Acesso em: 10 out. 2016.
- MANFRINI, Sandra. FHC fechou três acordos com o FMI; confira o histórico. *Folha de*, São Paulo, 07 ago. 2002. Folha Economia. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u53074.shtml>>. Acesso em: 23 maio 2017.
- MANO, Maíra Kubíl. Justiça reconhece fraude na privatização da Vale do Rio Doce. *Revista Fórum*, São Paulo, 12 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.revistaforum.com.br/2013/06/12/justica-reconhece-fraude-na-privatizacao-da-vale-do-rio-doce/>>. Acesso em: 24 abr. 2017.
- MELCHIORI, Cíntia Ebner. *Participação e representação política: a iniciativa popular de lei e o caso do movimento de combate à corrupção eleitoral*. 2011. Dissertação (Mestrado em Gestão de Políticas Públicas) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2011. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/8664>>. Acesso em: 12 jan. 2017.
- MENDES, Renato. Entrevista: Ricardo Gebrim. Disponível em: <<http://www.correiodadania.com.br/antigo/ed311/geral2.htm>>. Acesso em: 24 abr. 2017.
- MOISÉS, José Álvaro. *Cidadania e participação: ensaio sobre o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular na nova Constituição*. São Paulo: Marco Zero, 1990.
- MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo: a questão fundamental da democracia*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- NÁRDIZ, Alfredo Ramírez. *Democracia participativa: la democracia participativa como profundización en la democracia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- O ESTADO DE S. PAULO. Na Constituição, a raiz da crise. São Paulo, 20 set. 2015. Caderno Opinião. Disponível em: <<http://opinio.estado.com.br/noticias/geral,na-constituicao--a-raiz-da-crise,1765466>>. Acesso em: 10 jan. 2015.
- OLIVEIRA, Valéria de. Plebiscito sobre dívida não tem resultado prático, reconhece CNBB. *Folha de*, São Paulo, 02 set. 2000. Folha Política. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u5619.shtml>>. Acesso em: 22 maio 2017.
- PAULINO NETO, Fernando. Vale é vendida por R\$ 3,3 bi e ágio de 20%. *Folha de*, São Paulo, 7 maio 1997. Folha Brasil. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc070513.htm>>. Acesso em: 24 abr. 2017.

- PAZ, Rosângela Dias Oliveira da. *Fundo Nacional de Moradia Popular: marco histórico de participação da União dos Movimentos de Moradia de São Paulo*. 1996. Dissertação (Mestrado em Serviço Social) – Faculdade de Serviço Social da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 1996. Disponível em: <[www.unmp.org/index.php?option=com\\_docman&task=doc\\_download&gid=181&Itemid=95](http://www.unmp.org/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=181&Itemid=95)>. Acesso em: 27 set. 2016.
- REDE BRASIL ATUAL. Plebiscito Popular pela Constituinte da reforma política inicia a apuração de votos. São Paulo, 9 ago. 2014. Disponível em: <<http://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2014/09/plebiscito-popular-pela-constituente-comeca-apuracao-de-votos-4011.html>>. Acesso em: 21 abr. 2017.
- REDE BRASIL ATUAL. Plebiscito por constituinte tem quase 8 milhões de votos; resultado será levado a Brasília. São Paulo, 29 ago. 2014b. Disponível em: <<http://www.redebrasilatual.com.br/politica/2014/09/plebiscito-por-reforma-politica-tem-adesao-de-quase-8-milhoes-e-resultado-sera-levado-a-brasilia-9996.html>>. Acesso em: 25 abr. 2017.
- REIS, Daniel Aarão. *A vida política: entre ditadura e democracia – da modernização conservadora ao reformismo moderado, 1960-2010*. In: REIS, Daniel Aarão (Coord.). *Modernização, ditadura e democracia – 1964-2010*. São Paulo: Objetiva, 2014.
- SARTORI, Giovanni. *A teoria da democracia revisitada*. 1 – O debate contemporâneo. Tradução de Ivany Picasso Batista. São Paulo: Ática, 1994.
- SCHWARCZ, Lilia M. STARLING, Heloisa M. *Brasil: uma biografia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.
- SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Processo constitucional de formação das leis*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- SILVA, Paulo Thadeu Gomes da; VARGAS, Marco Antonio Martin. Aspectos históricos da Lei Complementar 135/2010. In: CAGGIANO, Mônica Herman (Coord.). *Ficha Limpa*. Impacto nos tribunais: tensões e confrontos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- THUSWOHL, Maurício. Mais de 3,7 milhões pedem a anulação do leilão da Vale. *Carta Maior*, São Paulo, 16 out. 2007. Disponível em: <<http://cartamaior.com.br/?/Editoria/Politica/Mais-de-3-7-milhoes-pedem-a-anulacao-do-leilao-da-Vale/4/13937>>. Acesso em: 24 abr. 2017.

- UOL NOTÍCIAS. Campanha “10 medidas contra a corrupção” recebe 2 milhões de assinaturas”. Política. 29 mar. 2016. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2016/03/29/congresso-recebe-2-milhoes-de-assinaturas-por-medidas-contracorrupcao.htm>>. Acesso em: 29 set. 2016.
- UPRIMNY, Rodrigo. Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias e desafíos. In: GARAVITO, César Rodríguez (Coord.). *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011.
- URBANO, Maria Benedita Malaquias Pires. *O referendo*. Perfil histórico-evolutivo do instituto. Configuração jurídica do referendo em Portugal. Coimbra: Coimbra, 1998.
- VILA NOVA, Carolina. 90% dos votantes pedem auditoria da dívida. *Folha de São Paulo*, 14 set. 2000. Folha Brasil. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc1409200023.htm>>. Acesso em: 21 abr. 2017.
- WAGSCHAL, Uwe. Direct democracy and public policymaking. *Journal of Public Policy*, Cambridge University Press, v. 17, n. 2, May-Aug. 1997, p. 224. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/4007611>>. Acesso em: 17 jan. 2015.
- WEBER, Max. *Ciência e política: duas vocações*. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2011.

Recebido em 27 de agosto de 2017.

Aprovado em 28 de maio de 2019.

# O argumento de autoridade no Supremo Tribunal Federal: uma análise retórica em perspectiva histórica

*The argument from authority on the Brazilian Supreme Court: a rhetorical analysis on a historical perspective*

Angelo Gamba Prata de Carvalho\*  
*Universidade de Brasília, Brasília – DF, Brasil.*

Claudia Rosane Roesler\*\*  
*Universidade de Brasília, Brasília – DF, Brasil.*

## 1. Introdução

Quando Fedro alegou que Hipócrates dizia que a natureza somente poderia ser entendida como um todo, respondeu Sócrates que Hipócrates estava certo, porém não basta mencionar o seu nome, mas examinar a correção dos argumentos de Hipócrates. O argumento de autoridade pode ser estratégia interessante para a persuasão, na medida em que o orador se utiliza do prestígio de algum autor para avalizar a opinião que defende. Trata-se de artifício – ao menos à primeira vista – afastado da ideia de discurso racional (*logos*), passando a basear-se no apelo às características pessoais de autor notório, associando-as à pessoa do orador (*ethos*), segundo as clássicas categorias de Aristóteles.

Contudo, é essencial que se reconheça que o direito é prática autoritativa, na medida em que, de um lado, se produz por meio de instituições e,

---

\* Advogado. Professor voluntário da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Doutorando, Mestre e Bacharel em Direito pela UnB. E-mail: angelogpc@gmail.com.

\*\* Professora da Faculdade de Direito da UnB. Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq. Doutora em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo-USP. E-mail: claudiaroesler@hotmail.com.

de outro, é composto por normas contrafactualmente impositivas, de maneira a condicionar em grande medida as premissas do discurso jurídico. O direito opera, dessa forma, a partir de instituições que funcionam sob um padrão centrado em argumentos de autoridade. Nesse sentido, segundo Joseph Raz, o direito não seria mero argumento de autoridade, mas a voz autoritativa de uma comunidade política, de maneira que a característica de argumento de autoridade é elemento intrínseco da prática jurídica. Não se trata, no entanto, de afirmar que as decisões judiciais devem ser prontamente aceitas tão somente em razão de sua autoridade, mas sim pelo fato de estarem expostas a controle público de linguagem que fornece critérios racionais de verificação da legitimidade dos discursos.

Desse modo, o argumento de autoridade no âmbito do direito não necessariamente é uma falácia, podendo decorrer da própria natureza contrafactual dos mandamentos jurídicos. Além disso, o direito é também legitimamente construído a partir da doutrina jurídica, que reflete sobre as condições de aplicação das normas por intermédio da teorização mais abstrata sobre elas. O discurso jurídico, portanto, é em grande medida articulado através das opiniões de especialistas. Ainda assim, o emprego de argumentos de autoridade pode passar a comprometer a higidez do discurso jurídico na medida em que a doutrina é citada não por seu conteúdo e por sua utilidade na elaboração de uma tese, mas pelo simples fato de estar calcada na autoridade de determinados autores.

Diferentemente das decisões judiciais, que são executáveis, a autoridade da doutrina é construída e sedimentada ao longo dos anos, tendo em vista que a capacidade de persuasão dos argumentos é condicionada ao auditório a que são dirigidos. A construção da autoridade da doutrina é parte fundamental da cultura jurídica brasileira, ocupando posição de destaque na jurisprudência dos tribunais e influenciando a própria elaboração legislativa, razão pela qual é importante que se investigue a forma pela qual o argumento de autoridade se desenvolve ao longo da história para moldar o direito brasileiro.

Neste estudo, com base nas reflexões da Teoria da Argumentação Jurídica sobre a natureza argumentativa da ciência jurídica e com inspiração nos métodos de análise retórica do discurso judicial, pretende-se analisar as formas de emprego do argumento de autoridade pelo Supremo Tribunal Federal, verificando a maneira pela qual seu uso se altera ao longo dos anos. Para tanto, coletaram-se os dados concernentes aos autores utiliza-

dos pelo Supremo desde 1960, dados estes que foram sistematizados e então classificados em indicadores aptos a demonstrar qualitativamente as formas pelas quais os argumentos e os nomes de tais juristas foram empregados na argumentação daquele Tribunal.

A pesquisa aqui empreendida foi realizada a partir de software desenvolvido especificamente para este intuito, tendo por objetivo recolher da base de dados de acórdãos do Supremo Tribunal Federal as referências empregadas em cada uma das decisões proferidas por aquela corte no período alcançado (1960-2016). Com isso, foi possível verificar quais os autores mais citados ao longo do período analisado e, assim, selecionar os cinco autores com o maior número de citações. Sendo os autores selecionados – José Afonso da Silva, Júlio Mirabete, Guilherme Nucci, José Frederico Marques e Pontes de Miranda – oriundos de ramos jurídicos distintos, realizou-se outro corte analítico no intuito de agrupar autores de obras em Direito Penal e autores mais afetos – ao menos na jurisprudência do Supremo – ao Direito Constitucional.

Então, analisaram-se todas as citações de cada um desses autores nos acórdãos prolatados no período estudado, classificando-se-lhes de acordo com os mencionados indicadores, que foram desenvolvidos sob a influência da metodologia de Análise Empírico-Retórica do Discurso (AERD). Com isso, após a aplicação de fórmula estatística capaz de conferir peso equânime às citações distribuídas ao longo dos anos – dada a escassez de citações nos anos anteriores e a abundância na atualidade –, foi possível compreender melhor o papel da doutrina – e do argumento de autoridade – na jurisprudência do Supremo e na construção e reprodução da cultura jurídica brasileira.

Os dados empíricos colhidos e sistematizados se inserem, porém, em contexto teórico mais amplo, na medida em que o argumento de autoridade tem sido objeto de análise de diversos representantes da Teoria da Argumentação Jurídica. Por esse motivo, inicialmente o presente trabalho se dedicará a demonstrar a relação estabelecida entre argumento de autoridade e direito, firmando-se a premissa de que o direito é prática autoritativa e que, portanto, o argumento de autoridade naturalmente se fará presente nesta seara, o que não impede a verificação da adequação de seu emprego. Por fim, serão apresentados os resultados e possíveis conclusões a serem retiradas do conjunto de decisões analisadas, com vistas a refletir sobre os modos de articulação do argumento de autoridade no Supremo Tribunal Federal e na práxis jurídica nacional como um todo.

## 2. O argumento de autoridade e o direito

Caracterizado por sustentar determinada pretensão em razão do prestígio de certa personalidade externa ao discurso, o argumento de autoridade é comumente classificado dentre as falácias argumentativas, de maneira a indicar a fraqueza da argumentação ou a debilidade de uma tese<sup>1</sup>. O apelo à autoridade assim considerado, segundo Perelman e Olbrechts-Tyteca, é uma das falácias mais criticadas no meio científico, sobretudo em razão de sua ampla utilização para a concessão de valor coercivo a assertivas, “como se as autoridades invocadas houvessem sido infalíveis”<sup>2</sup>.

O argumento de autoridade – ou *argumentum ad verecundiam* –, segundo Walton, pretende produzir sentido inverso daquele buscado pelo *ad hominem*, por meio do qual o orador utiliza argumentos direcionados a pessoa específica para “minar ou destruir a credibilidade de alguém numa discussão crítica”<sup>3</sup>. O *ad verecundiam*, assim “recorre a alguém que seja especialmente confiável e reconhecido como fonte de esclarecimento”<sup>4</sup>. Nesse sentido, tal qual ocorre com o *ad hominem*, o apelo à autoridade tem por objetivo desviar o foco da disputa da linha de argumentação desenvolvida para a autoridade invocada, de maneira que a discussão deixa de se referir à própria matéria para voltar-se à legitimidade daquela autoridade para embasar (ou encerrar) a discussão<sup>5</sup>.

Em tentativa de qualificar o argumento de autoridade segundo as práticas judiciárias, Berriat-Saint-Prix o define segundo o seguinte modelo: “Tal proposição é verdadeira, pois é admitida por tal autor ou por tal tribunal”<sup>6</sup>.

---

1 PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2014, pp. 347-348.

2 PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2014, p. 348.

3 WALTON, 2012, p. 241.

4 WALTON, 2012, p. 241. A semelhança entre o *ad hominem* e o *ad verecundiam* é assim esclarecida por Walton (2012, p. 241): “Sob certos aspectos, no entanto, esses dois tipos de argumentos são semelhantes. Os dois recorrem a fontes pessoais de opinião, concentrando-se na posição interna ou na credibilidade de uma pessoa como fonte confiável de conhecimento. A esses dois tipos de argumentação pode-se contrapor o apelo ao conhecimento externo ou objetivo, que vem de evidências científicas como as observações experimentais: é um tipo de conhecimento que vem da natureza e não de uma fonte pessoal”.

5 Segundo Walton (2012, p. 271), o argumento de autoridade pode ser representado da seguinte maneira: “E é um especialista na área D.

E declara que A é reconhecidamente verdadeiro

A está contido em D

Logo, A pode (plausivelmente) ser considerado verdadeiro”.

6 BERRIAT-SAINT-PRIX, 1855, pp. 47-48.

Para o autor, a fraqueza de tal modelo de argumentação se encontra justamente na facilidade de serem encontradas autoridades a favor ou contra a tese em questão, na medida em que “*Le plus habile jurisconsulte est faillible*”<sup>7</sup>.

Dessa maneira, importa notar que a autoridade trazida à discussão no *argumentum ad verecundiam* não é qualquer autoridade, mas a autoridade especializada. Assim, é necessário que se admita que o argumento de autoridade não necessariamente será considerado irracional ou desarrazoado, uma vez que pode ser razoável admitir o parecer de profissional devidamente qualificado em determinada área<sup>8</sup>. É por essa razão que, tendo em vista que é possível encontrar outros sujeitos de maior prestígio aptos a refutar determinado apelo à autoridade, o objetivo da argumentação passa a ser o descrédito da opinião especializada trazida à discussão<sup>9</sup> ou, ainda, a tentativa de superação do primeiro apelo por intermédio da citação de autoridade ainda mais prestigiada.

Observe-se que o mero apelo à autoridade não é, por si só, falacioso, podendo ser legítimo, por exemplo, quando “duas pessoas raciocinam juntas numa discussão crítica” ou, ainda, quando o recurso à autoridade seja considerado uma forma de complementar argumentação mais complexa<sup>10</sup>. É o que defendem Eemeren e Grootendorst, para quem o argumento se tornará falacioso apenas quando o orador pretender que uma audiência aceite seu ponto de vista exclusivamente em razão da autoridade que deriva de conhecimento especializado ou de integridade pessoal. Trata-se, assim, de mecanismo de construção da pessoa do orador, uma vez que, ainda segundo Eemeren e Grootendorst, a efetividade do *argumentum ad verecundiam* deriva do mecanismo psicológico que faz com que, quanto maior a confiança do auditório no orador, mais aceitável ou persuasiva seja sua argumentação<sup>11</sup>.

---

7 BERRIAT-SAINT-PRIX, 1855, p. 48. Tradução livre: “O mais hábil jurisconsulto é falível”.

8 WALTON, 2012, pp. 243-244.

9 É por esse motivo que a refutação por excelência para o argumento de autoridade é o próprio *argumentum ad hominem*. Ver, nesse sentido: MIZRAHI, 2010.

10 WALTON, 2012, pp. 244-245.

11 Pontuam os autores: “La efectividad de un *argumentum ad verecundiam* deriva del mecanismo psicológico que hace que mientras más confianza tenga la audiencia en una persona, más probable es que acepte lo que esa persona dice. En casos extremos, un *ethos* particularmente fuerte puede hacer incluso que la argumentación a favor de un punto de vista se vuelva superflua. No hay ninguna necesidad de argumentar, puesto que la audiencia confía plenamente en la palabra del hablante y acepta cualquier cosa que este diga o proponga” (EEMEREN; GROOTENDORST, 1992, p. 154). Com isso, tem-se que o argumento

O argumento de autoridade, portanto, além de ser campo-dependente<sup>12</sup> – aqui se entendendo por campo não apenas o direito, mas cada um dos ramos do direito<sup>13</sup> –, depende em grande medida do auditório ao qual a argumentação se direciona. Sustenta-se tal posição por se estar partindo do pressuposto retórico de que “é em função de um auditório que qualquer argumentação se desenvolve”, sendo a argumentação sempre direcionada à persuasão<sup>14</sup>, ou seja, ao convencimento de uma audiência específica, a qual será mais ou menos suscetível a uma estratégia argumentativa ou outra. Nesse sentido, sustenta Perelman que o orador adaptará seu discurso ao auditório ao qual se dirige, adotando as técnicas adequadas à persuasão daquele auditório particular<sup>15</sup>. Observe-se, no entanto, que determinar a racionalidade do argumento de autoridade, se aceitos os pressupostos perelmanianos, requereria especificar também as condições nas quais se invoca o auditório universal. Essa noção, altamente utilizada, mas igualmente controversa, tem implicações profundas quando se pensa no problema objeto deste artigo, articulando-o com as situações nas quais, como veremos, é adequadamente fundamentada a invocação da autoridade doutrinária<sup>16</sup>.

---

de autoridade opera, segundo a classificação aristotélica, no âmbito do *ethos*, isto é, dentre as provas de persuasão que residem no caráter moral do orador. Para Aristóteles: “Persuade-se pelo caráter quando o discurso é proferido de tal maneira que deixa a impressão de o orador ser digno de fé. Pois acreditamos mais e bem mais depressa em pessoas honestas, em todas as coisas em geral, mas sobretudo nas de que não há conhecimento exacto e que deixam margem para dúvida. É, porém, necessário que esta confiança seja resultado do discurso e não de uma opinião prévia sobre o caráter do orador; pois não se deve considerar sem importância para a persuasão a probidade do que fala, como aliás alguns autores desta arte propõem, mas quase se poderia dizer que o caráter é o principal meio de persuasão” (ARISTÓTELES, 2005, p. 96).

12 O conceito de campo-dependência é esclarecido por Stephen Toulmin (2006, pp. 20-21), sendo campo-dependentes aqueles argumentos cujas formas e méritos variam conforme o campo sobre o qual versam. Segundo Toulmin: “Diz-se que dois argumentos pertencem ao mesmo campo quando os dados e as conclusões em cada um dos dois argumentos são, respectivamente, do mesmo tipo lógico; diz-se que eles vêm de campos diferentes quando o suporte ou as conclusões de cada um dos dois argumentos não são do mesmo tipo lógico”. Não obstante, autores como Frederick Schauer (2008, p. 1935) sustentam ser a autoridade – e não o argumento de autoridade – campo-invariável, uma vez que sua força advém não de seu conteúdo – o que determinaria a vinculação a determinado campo –, mas sim de sua fonte.

13 Kótz (1988, p. 661) já atentava para a necessidade de se estudar as práticas de citação nos diversos campos do direito.

14 Perelman e Olberchts-Tyteca (2014, p. 31) traçam importante distinção entre “persuasão” e “convencimento”: “Propomo-nos chamar persuasiva a uma argumentação que pretende valer só para um auditório particular e chamar convincente àquela que deveria obter a adesão de todo ser racional”.

15 PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2014, pp. 1-34.

16 Uma boa reconstrução analítica dessas dificuldades e possibilidades pode ser encontrada em SHECALRA; STRUCHINER, 2018.

Se aceitamos que o argumento de autoridade pode ser racional, pode-se afirmar com alguma certeza que tal modalidade de argumento tende a ser corriqueira nas discussões jurídicas. Sobretudo no direito, de modo algum se pode negar a relevância desses argumentos, na medida em que a força do precedente, a vinculação dos preceitos legais e – como se pretende demonstrar neste estudo – os preceitos doutrinários desempenham papel essencial no processo de construção do direito<sup>17</sup>.

É essencial que se reconheça que o direito, conforme assinala Atienza, é uma prática de autoridade, seja em razão da forma institucionalizada de sua produção, seja pela força impositiva de suas normas, que condicionam em larga medida as premissas do discurso jurídico<sup>18</sup>. Por essa razão, no direito “os argumentos baseados em autoridade não somente são usados com profusão, mas também se considera legítimo fazê-lo”<sup>19</sup>. Como bem coloca José Rodrigo Rodriguez<sup>20</sup>, a lei não é a única fonte da autoridade do direito, podendo também funcionar como autoridade os casos julgados, os princípios e a doutrina. O direito opera, dessa forma, a partir de instituições que funcionam sob um padrão centrado em argumentos de autoridade. Isso não significa, contudo, que as decisões baseadas na autoridade sejam autoritárias e unilaterais, na medida em que podem ser racionais em razão da abertura do debate às diversas opiniões acerca de determinado tema.

A autoridade do direito, apesar de se mostrar imperativa no âmbito de uma ordem judicial, não é absoluta no momento da fundamentação de decisões judiciais, uma vez que as razões de decidir dos tribunais são construídas discursivamente, podendo haver razões a favor ou contra o reconhecimento de determinada fonte como vinculante no caso concreto. É por essa razão que Frederick Schauer distingue autoridade vinculante (*binding authority*) de autoridade persuasiva (*persuasive authority*): ao passo que a primeira expressa obrigação de reconhecimento de determinada proposição – a exemplo de precedente vinculante de Corte Superior –, a segunda se refere à autoridade que, embora não obrigatória, pode servir à articulação de razões de decidir que, então, se tornarão obrigatórias<sup>21</sup>.

---

17 PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2014, pp. 348-349.

18 ATIENZA; VALE, 2012.

19 ATIENZA; VALE, 2012, p. 147.

20 RODRIGUEZ, 2013, p. 67.

21 SCHAUER, 2008, pp. 1940-1942.

No âmbito sobretudo das autoridades persuasivas, tendo em vista o caráter relacional da autoridade, Manuel Atienza traça outra distinção: a que se estabelece entre autoridades teóricas e autoridades práticas. A autoridade é teórica quando a relação entre o sujeito que argumenta e a autoridade versa sobre crenças, ao passo que é prática quando se refere a ações ou decisões. Além disso, pontua Atienza que é necessário admitir certa gradação da autoridade, que pode tanto ser determinante para configurar crenças ou guiar o comportamento de outrem quanto simplesmente contribuir para tanto<sup>22</sup>.

A autoridade teórica tende a ser mais simples, pois basta que se demonstre o equívoco de certa crença – por exemplo, na correção da opinião de determinado autor – para que tal crença deixe de existir. De outro lado, a autoridade prática suscita importante controvérsia sobre a legitimidade da autoridade em questão, isto é, se determinada decisão, norma ou afirmação doutrinária deve e merece ser seguida<sup>23</sup>. Veja-se, nesse sentido, que a própria invocação de autoridades doutrinárias pode ser, como bem mostra Shecaira, uma forma de argumentação tanto teórica quanto prática, o que certamente não facilita a análise de quais são os fundamentos legítimos para a sua invocação<sup>24</sup>.

Com isso, pretendeu-se demonstrar que, muito embora o argumento de autoridade possa ser reconhecido como falácia, tal técnica argumentativa pode possuir grande valor no âmbito jurídico, na medida em que instâncias decisórias públicas dependem fundamentalmente da posição normativa das instituições e, como se verá a seguir, da opinião de especialistas<sup>25</sup>. Não obstante, o discurso jurídico, assim entendido como discurso oficial submetido a controle público de legitimidade a ser verificada mediante a análise da fundamentação das decisões, deverá seguir parâmetros de racionalidade que justifiquem o resultado obtido<sup>26</sup>. Por conseguinte, o emprego do argumento de autoridade por decisões judiciais deve ser justificado e estar concatenado com as razões de decidir.

Na seção seguinte, serão apresentados os métodos aplicados e dados obtidos a respeito do uso do argumento de autoridade pelo Supremo Tribunal Federal, para que, em seguida, possam ser analisados e contextualizados com as premissas ora apresentadas.

---

22 ATIENZA; VALE, 2012, pp. 149-150.

23 ATIENZA; VALE, 2012, pp. 150-153.

24 SHECAIRA, 2017, pp. 312-316.

25 WILLARD, 1990.

26 Ver, por todos: ROESLER, 2016.

### 3. Verificação empírica do uso do argumento de autoridade no Supremo Tribunal Federal (1960-2016)

Partindo-se do pressuposto de que a fundamentação das decisões judiciais ao longo dos anos revela noções de direito e da construção do direito essenciais à compreensão da cultura jurídica nacional<sup>27</sup>, buscou-se verificar, a partir de dados obtidos de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal desde 1960, qual o papel desempenhado pelos autores nas decisões daquele tribunal e de que maneira tais personagens são desenvolvidos e têm sua autoridade sedimentada ao longo dos anos. Com isso, pretende-se observar a forma pela qual o emprego de determinados argumentos de autoridade se modifica a depender da audiência espacial ou temporal.

Trata-se, na verdade, de tentativa de identificação de padrões retóricos que indiquem não o que se considera objetivamente correto, mas quais argumentos são tidos como fortes o suficiente – e conseguem assim se manter – para que sejam aceitos pela comunidade jurídica a que se destinam. Vale notar que, para além dos estilos próprios de cada juiz, o comportamento do julgador se modifica em grande medida em razão de sua audiência, que será tanto composta por seus colegas quanto por outros grupos sociais e profissionais, dentre os quais a comunidade jurídica que definirá a legitimidade ou não da citação utilizada<sup>28</sup>.

O estudo das práticas dos tribunais indica que argumentos doutrinários desempenham importante papel na fundamentação de decisões judiciais, razão pela qual se mostra importante o estudo não apenas de quais autores são utilizados e se correspondem à doutrina dominante, mas de que maneira suas teorias são empregadas para legitimar determinada linha argumentativa ou mesmo para corroborar disposições legais ou orientações jurisprudenciais<sup>29</sup>.

---

27 FRIEDMAN, 1981.

28 BAUM, 2006. Veja-se também SHECAIRA; STRUCHINER, 2018 para a discussão sobre auditório universal e os auditórios particulares aos quais os julgadores se dirigem quando decidem os casos a eles submetidos.

29 No que toca à prática judiciária finlandesa, interessante é a intuição de Aarnio: “Por lo general, en la interpretación finlandesa del derecho, se encuentran referencias a la dogmática jurídica sólo en las obras académicas. No forma parte de la tradición de los tribunales hacer referencia a científicos del derecho y ni siquiera a la llamada opinión dominante. Esto no significa que en las deliberaciones que se realizan dentro del tribunal, a puertas cerradas, por así decirlo, no puedan jugar un papel importante las opiniones expresadas en la dogmática jurídica” (AARNIO, 1991, pp. 131-132). Ver também: BRAUN, 2006.

Nesse intuito, podem ser identificadas diversas pesquisas realizadas no objetivo de investigar a relação entre juízes e acadêmicos, isto é, de autores de doutrina jurídica. Pode-se, nesse sentido, mencionar os trabalhos de Shapiro, que, ao compilar os autores e artigos científicos mais citados pela Suprema Corte norte-americana procura demonstrar padrões de validação do discurso acadêmico pela prática jurídica e, com isso, mensurar o impacto de determinado autor ou texto<sup>30</sup>. Em sentido semelhante, Merritt e Putnam já chegaram a verificar que, nas cortes norte-americanas, existe grande disparidade entre os autores citados em decisões judiciais e artigos acadêmicos, muito embora a frequência de citações nessas duas searas seja igualmente grande<sup>31</sup>.

No Brasil, destaca-se o levantamento quantitativo realizado por Lorenzetto e Kenicke nos casos de controle concentrado de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal entre 1988 e 2012, alcançando as decisões de procedência ou procedência parcial<sup>32</sup>. Neste estudo, a vinculação aos autores de Direito Constitucional é natural, porém, como se verá os resultados daquele estudo se aproximam em alguma medida dos deste. Na pesquisa de Lorenzetto e Kenicke, José Afonso da Silva igualmente foi o autor mais citado, porém foi seguido por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Celso Ribeiro Bastos, Gilmar Ferreira Mendes e Pinto Ferreira na lista de cinco autores com maior número de citações. Além de José Afonso da Silva, os resultados do estudo de Lorenzetto e Kenicke identificaram a relevância de Pontes de Miranda (em décimo lugar naquele estudo), que também integra o recorte aqui adotado, como se verá a seguir. As discrepâncias entre este estudo e o dos autores acima mencionados se dão em razão da maior abertura do espectro de análise aqui adotado, que alcança todas as ações julgadas pelo Supremo, de sorte que, especialmente em razão do grande volume de casos criminais julgados por aquela corte e das competências do Supremo no período anterior à Constituição de 1988, não haveria como ficar mantida a lista de constitucionalistas traçada pelos autores.

Nos itens a seguir, serão explanados os detalhes da metodologia de coleta e análise de dados empregada no presente estudo, com vistas a melhor aclarar as conclusões a serem apresentadas em seguida.

---

30 A título de exemplo, ver: SHAPIRO, 2000. No mesmo sentido: JOHNSON, 1985.

31 MERRITT; PUTNAM, 1996.

32 LORENZETTO; KENICKE, 2013.

### 3.1. Metodologia

Este trabalho requereu diversas fases de coleta e classificação dos dados, contando com o auxílio de *software*<sup>33</sup> desenvolvido especificamente para tanto. A pesquisa foi desenvolvida, em suma, em três etapas: (i) a coleta dos dados do STF, com vistas a identificar os autores mais citados; (ii) a análise das citações desses autores pelo STF ao longo do período estudado (1960 a 2016); e (iii) a criação de indicadores referentes aos tipos de argumento utilizados e a comparação entre os autores, considerando também o ramo do direito de especialidade dos autores em questão.

O Supremo Tribunal Federal conta, em seu *website*, com acórdãos em inteiro teor em formato digital de julgados proferidos desde o dia 6 de julho de 1950. Todavia, tendo em vista que o *software* de coleta de dados analisaria tão somente o “espelho do acórdão”<sup>34</sup>, isto é, o conjunto de informações exibido como resultado de busca na ferramenta de pesquisa do Tribunal, foi necessário testar a acurácia dos dados contidos nos “espelhos”.

Por esse motivo, foram sucessivamente realizados testes com os acórdãos de cada um dos anos com dados disponíveis, recolhendo-se 50 exemplares de cada ano para que se verificasse se as informações constantes dos espelhos correspondem ao que se lê no inteiro teor dos acórdãos. Adotaram-se para análise os acórdãos – tanto das Turmas quanto do Tribunal Pleno – compreendidos entre os dias 1º de janeiro de 1960 e 31 de dezembro de 2016, período no qual não houve incongruências entre os dados do espelho e do inteiro teor, razão pela qual tal período foi adotado como universo de análise. Note-se, ainda, que a confiabilidade dos metadados dos acórdãos do Supremo consiste em verdadeiro desafio para pesquisas

---

33 ALTHOFF, 2015.

34 A estrutura formal dos espelhos que resultam das buscas no mecanismo de pesquisa do Supremo pode ser sintetizada da seguinte maneira: (i) Identificação do processo, com o tipo de ação, o número do processo, o Ministro-Relator, a data de julgamento e o órgão julgador (Tribunal Pleno ou Turmas); (ii) tópico “Publicação”, no qual consta o número da ementa e os volumes do Diário da Justiça, Diário da Justiça Eletrônico ou da Revista Trimestral de Jurisprudência nos quais foi publicado o acórdão; (iii) tópico “Partes”, com a identificação das partes e de seus advogados; (iv) tópico “Ementa”, do qual consta a ementa propriamente dita, com a síntese do julgado; (v) tópico “Indexação”, com as palavras-chave por meio das quais o acórdão pode ser facilmente encontrado pela ferramenta da busca do Supremo; (vi) tópico “Legislação”, no qual se elencam os diplomas legislativos citados no acórdão; (vii) tópico “Observação”, no qual se inserem informações concernentes ao resultado da votação (conhecimento e provimento), à forma da votação (unanimidade ou maioria), aos acórdãos citados, ao número de páginas do acórdão; e (viii) tópico “Doutrina”, com as referências bibliográficas utilizadas nos votos.

que se dediquem a estudar a jurisprudência do Tribunal em perspectiva histórica, tendo em vista a dificuldade de se obter parâmetros confiáveis de tabulação das fontes utilizadas pelos julgados em acórdãos mais antigos<sup>35</sup>.

Superadas as desconfianças quanto à idoneidade dos dados, procedeu-se à coleta das referências bibliográficas de todos os acórdãos em inteiro teor disponíveis no *website* do Supremo, do início de 1960 até o fim de 2016, por intermédio do *software* já citado. Os resultados entregues pelo *software* foram, então, sistematizados de maneira a expor quantas vezes cada autor foi citado em cada um dos anos estudados. A referida sistematização se deu de maneira manual, a partir da classificação das informações consolidadas pelo *software* em arquivo de texto de considerável extensão no qual foram colacionadas as referências do tópico “Doutrina” constante de cada espelho de acórdão proferido no período estudado. Dessa maneira, o trabalho manual de classificação e sistematização realizado pelos autores do presente trabalho serviu tanto para construir a tabela de resultados que identificou os autores utilizados pelo Supremo quanto para corrigir determinadas dificuldades ínsitas ao próprio sistema de pesquisa do Tribunal e à tabulação dos espelhos. Assim, eventuais dificuldades referentes à forma de redação das referências, à grafia e às abreviaturas de nomes de autores ou mesmo à inserção de informações que não interessam ao presente trabalho (como, por exemplo, a menção a precedentes judiciais no tópico de “Doutrina”) foram também endereçadas pela classificação manual. Esta etapa da pesquisa demonstrou que foram citados, no total, 2.898 autores, ao longo dos 57 anos analisados.

Diante da expressiva quantidade de autores citados, elegeram-se para análise de argumentos os cinco autores mais citados no universo de análise, a saber: (i) José Afonso da Silva (665 citações); (ii) Júlio Fabbrini Mirabete (643 citações); (iii) José Frederico Marques (627 citações); (iv) Guilherme de Souza Nucci (624 citações); e (v) Francisco de Cavalcanti Pontes de Miranda (616 citações).

---

35 A confiabilidade do item “Doutrina” dos espelhos datados de 1960 em diante foi testada por amostragem, realizando-se a conferência entre ementa e acórdão em 50 acórdãos retirados aleatoriamente de cada ano analisado. É claro que a representatividade da amostra diminui à medida que aumenta o número de decisões observado em cada ano, porém, dois fenômenos foram observados nesse sentido (i) o número de resultados das pesquisas por acórdãos em inteiro teor não apresenta grande variação, podendo ser citados os exemplos de 1960 (5.287 acórdãos), 1965 (5.040 acórdãos), 1970 (3.014 acórdãos), 1975 (3.973 acórdãos), 1980 (2.923 acórdãos), 1985 (1.964 acórdãos), 1990 (832 acórdãos), 1995 (2.204 acórdãos), 2000 (2.270 acórdãos), 2005 (4.508 acórdãos) e 2010 (4.834 acórdãos); (ii) a tendência à estabilização da prática de inserção da doutrina utilizada na ementa, guardando correspondência com aqueles citados no acórdão.

Uma vez identificados os autores mais citados, foi possível passar à segunda fase da pesquisa, referente à análise das citações aos autores. Para tanto, foram desenvolvidos indicadores que correspondem ao tipo de argumento de autoridade adotado, obtendo-se inspiração do modelo que Isaac Reis denominou “Análise Empírico-Retórica do Discurso”<sup>36</sup>. Com base nos estudos de Perelman<sup>37</sup> e Walton<sup>38</sup>, os indicadores foram divididos em três grupos, sendo o primeiro referente ao apelo racional à autoridade; o segundo referente ao “argumento de autoridade” propriamente dito, considerado irracional ou falacioso<sup>39</sup>; o terceiro contendo indicadores de controle. Os indicadores foram denominados com letras de “A” a “K”, sendo importante explicitar o significado de cada um que, embora muitas vezes semelhantes nos casos concretos, apresentam distinções conceituais importantes.

O primeiro grupo (apelo “racional”) é composto pelos seguintes indicadores: (A) acolhimento de definição, conceito, categorização ou tese elaborada pelo autor; (B) contraposição de argumentos retirados de autores diversos, promovendo diálogo construtivo com suas ideias; (C) adoção da tese de determinado autor como fator determinante para o esclarecimento de determinada controvérsia; (D) diálogo entre doutrina, jurisprudência e legislação, demonstrando a influência de determinado autor sobre as demais fontes do direito.

O segundo grupo (apelo “irracional”) é composto pelos indicadores: (E) associação de argumento desenvolvido no voto à opinião de determinado autor, de maneira a reforçar a tese sustentada; (F) emprego do autor como argumento a partir da história, demonstrando evolução ou simplesmente mudança de entendimento; (G) exposição da opinião da doutrina de forma desconectada do restante da argumentação; (H) citação de vários autores em conjunto, externando a opinião abstrata da “doutrina”; (I) declaração explícita da utilização de determinado autor em razão de sua autoridade.

---

36 REIS, 2014, pp. 73-93.

37 PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2014.

38 WALTON, 2012.

39 Esclarecimento importante deve ser feito quanto à terminologia aqui empregada. O argumento de autoridade foi aqui denominado “irracional” para designar todo argumento de autoridade que não integre o domínio do *logos*, mas sim o *pathos* ou *ethos*, com vistas a atribuir ao discurso o peso do prestígio do autor utilizado, e não propriamente agregar o conteúdo daquela citação ao conteúdo do discurso. Tal esclarecimento é importante pois o argumento de autoridade jamais será “irracional” no sentido de “ausência de razão”, já que os efeitos almejados em seu uso fazem parte de estratégia argumentativa do orador como, aliás, se discutiu detalhadamente nas seções anteriores deste artigo.

O terceiro grupo é composto de indicadores de controle do universo de citações estudado, composto por: (J) citação pelo acórdão recorrido ou pelo parecer do Ministério Público, de modo a não estar a citação empregada diretamente em argumento do próprio STF; (K) acórdão extraviado, geralmente com problemas na leitura do acórdão.

A subsunção de um dado “argumento de autoridade” aos grupos concernentes ao “apelo racional” e ao “apelo irracional” se deu mediante a identificação ou não da estrutura de argumento de autoridade indicada por Walton<sup>40</sup> na argumentação constante dos acórdãos analisados. Exemplificativamente, a subsunção de determinado argumento ao indicador E, de apelto irracional, se dá mediante a identificação de estrutura indicada por Walton em argumento no qual o Supremo Tribunal Federal sustenta que “O entendimento adotado no presente caso deve ser este, conforme se depreende das lições de determinado autor”, sem grandes incursões substanciais na argumentação do autor em questão. De outro lado, o “apelo racional à autoridade” em sua manifestação mais comum (indicador A) é identificado quando determinado voto acolhe e aplica certa definição doutrinária, como é o caso da classificação de determinada disposição constitucional como norma de eficácia limitada, em aplicação da compreensão clássica de José Afonso da Silva. Tal expediente foi realizado em cada um dos acórdãos analisados, assim subsumindo os argumentos de autoridade aos indicadores elencados acima.

Identificados e categorizados os indicadores, passou-se à terceira fase da pesquisa, na qual se buscou comparar as formas pelas quais se articularam os argumentos de autoridade. A disparidade entre o número de citações verificado nos acórdãos mais antigos – caracterizados por conterem poucas citações – e aquele percebido nos mais recentes – com número acentuado de citações – exigiu a aplicação de média ponderada sobre as quantidades de citações. Os pesos ( $p$ ) adotados no cálculo da média foram definidos pela multiplicativa inversa de logaritmo na base 2 do número de citações de cada ano analisado ( $n_a$ ), de modo que as menções realizadas em anos com menor ocorrência de citações terão maior peso. A fórmula empregada pode ser representada graficamente da seguinte maneira:

$$p = \frac{1}{\log_2(n_a)}$$

40 WALTON, 2012, p. 271. Ver também: HERDY, 2019, pp. 38-42; SHECAIRA, 2017, pp. 305-321.

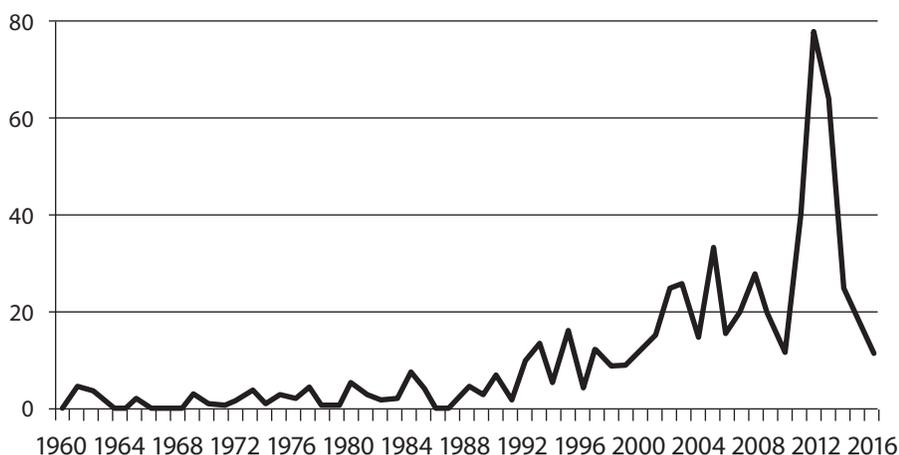
Em seguida, construíram-se tabelas nas quais, para cada autor, o número de citações classificadas sob determinado indicador em um dado ano foi multiplicado pelo peso obtido para aquele ano. A partir desses dados, aplicou-se média aritmética que fornece a síntese das citações de cada autor em cada indicador, permitindo que sejam comparados os cinco doutrinadores escolhidos, como se mostrará nos resultados expostos no item a seguir.

### 3.2. Análise dos dados recolhidos

#### 3.2.1. O número de citações

A análise dos argumentos articulados pelo Supremo Tribunal Feral ao longo das décadas demonstra a grande disparidade entre acórdãos antigos e recentes no que diz respeito ao número de citações. Os julgados antigos apresentam estrutura mais enxuta, em geral com menor número de páginas e menos menções a autores. O crescimento do número de citações pode ser percebido do gráfico que sintetiza as menções a Pontes de Miranda, que somente não foi citado em seis dos anos estudados:

Figura 1: Citações a Pontes de Miranda no Supremo sem indicadores (citações X ano)



Fonte: Dos autores

Conforme já se sinalizou, aponta Friedman<sup>41</sup> que o comprimento das decisões e a forma de emprego das citações estão relacionados à *cultura jurídica* na qual se insere determinada corte, de maneira que certos estilos de decisão podem pertencer a período temporal específico. Atributos como esses são fortemente influenciados pela mudança social, de maneira que um contexto no qual se valoriza o acesso à justiça e a obtenção de prestações jurisdicionais equânimes e efetivas, passa a impor parâmetros acentuados de controle público da linguagem dos tribunais, sobretudo nos chamados *hard cases*, quando posturas formalistas e demasiadamente sintéticas não são capazes de endereçar adequadamente os problemas apresentados.

Além disso, não se pode esquecer que o baixo número de citações em tempos mais antigos pode se dever a circunstâncias muito menos simples: a dificuldade de manuseamento – se não de acesso – ao conhecimento jurídico, cujo mercado editorial cresceu paulatinamente e agregou características mais dinâmicas no desenrolar do progresso tecnológico. Por fim, como se comentará a seguir, é importante notar que a confiabilidade dos metadados dos espelhos de acórdão disponibilizados no sistema de buscas do Supremo pode ser questionada sobretudo em acórdãos mais antigos, tendo em vista a construção paulatina de uma cultura de parametrização da jurisprudência do Tribunal segundo as fontes consultadas pelos julgadores.

### 3.2.2. Os indicadores predominantes dentre os cinco autores escolhidos

Para além das alterações na quantidade de citações, a análise da série histórica permite a identificação de oscilações qualitativas no modo como o argumento de autoridade participa das decisões do Supremo. Dos dados coletados, de forma absoluta, percebeu-se o predomínio de três formas de argumentos de autoridade: (i) a adoção de teses de autores (A); (ii) o fortalecimento de argumento do julgador pela citação do autor (E); e (iii) a citação abstrata à “doutrina” (H), como se depreende do quadro a seguir:

---

41 FRIEDMAN, 1981.

Tabela 1: Quadro geral (autores X indicadores)

	MIRABETE	J. AFONSO	PONTES	MARQUES	NUCCI
A	160,806	418,460	166,870	345,720	344,178
B	39,741	19,908	15,089	22,351	37,906
C	4,589	13,487	12,479	3,255	12,063
D	38,007	19,066	42,643	17,146	109,379
E	247,038	262,138	176,262	238,452	389,650
F	0,000	1,508	135,655	1,529	1,506
G	1,563	0,000	38,473	0,000	7,517
H	369,811	230,771	161,628	339,172	179,563
I	0,000	4,428	1,590	0,000	1,540
J	106,031	72,622	71,309	56,313	7,724
K	0,000	1,600	6,365	0,000	16,640

Fonte: Dos autores

O quadro acima demonstra, em síntese, que a frequência de uma ou outra modalidade de argumento de autoridade é particular às características de cada um dos autores. Acrescente-se que, ao passo que Pontes de Miranda e José Frederico Marques já eram reconhecidos pela jurisprudência do Supremo na década de 1960, José Afonso da Silva aparece na década de 1960, Mirabete na década de 1980 e Nucci apenas em 2003.

Apesar dessas diferenças, observe-se que Nucci alcança um certo equilíbrio com os demais autores de seu ramo, sendo citado em intensidades semelhantes na modalidade racional do argumento de autoridade (A) e na modalidade falaciosa (E). O mesmo ocorre com Marques e Mirabete, que se afastam em maior medida de Nucci apenas nas citações abstratas à “doutrina”, espécie impessoal de argumento de autoridade que congrega a opinião de diversos autores de renome em um todo.

Dessa observação se pode concluir que autores mais antigos, com autoridade mais sedimentada, tendem a ser identificados com a “mais abalizada doutrina”, sendo suas teses por vezes niveladas às de outros para que o efeito do argumento de autoridade seja acentuado. Afinal, mais difícil do que combater o argumento sustentado por um “douto” é rebater argumen-

tos de um grande número de sábios, potencializando-se assim o argumento de autoridade<sup>42</sup>.

Tal constatação vai ao encontro da percepção de José Rodrigo Rodriguez<sup>43</sup>, que afirma que a argumentação por autoridade não está necessariamente ligada ao conteúdo da citação, mas sim à força do argumento decorrente da citação em razão da influência das personalidades ali relacionadas, de modo que “De acordo com esta forma de pensar, uma posição é tanto mais correta quanto mais pessoas concordarem com ela”.

Como já se comentou, decidiu-se pela divisão dos autores em dois grupos temáticos, de maneira a evitar distorções advindas do grande volume de ações apreciadas pelo Supremo em áreas como o Direito Penal. Nesse sentido, o mesmo fenômeno se pode observar quando se isolam os autores provenientes do Direito Penal dos demais, analisando-se tão somente as ações que versam sobre essa matéria (Habeas Corpus, Recurso em Habeas Corpus, Inquérito Criminal, Ação Penal Originária, Revisão Criminal):

**Tabela 2: Quadro de autores de Direito Penal (autores X indicadores)**

	MIRABETE	MARQUES	NUCCI
A	161,035	201,068	343,696
B	35,372	10,891	26,357
C	3,059	1,566	14,545
D	51,022	33,999	175,455
E	241,014	89,714	314,804
F	0,000	1,475	1,453
G	1,563	1,456	17,447
H	311,976	106,603	164,477
I	0,000	0,000	1,486
J	123,337	53,229	24,904
K	0,000	0,000	18,990

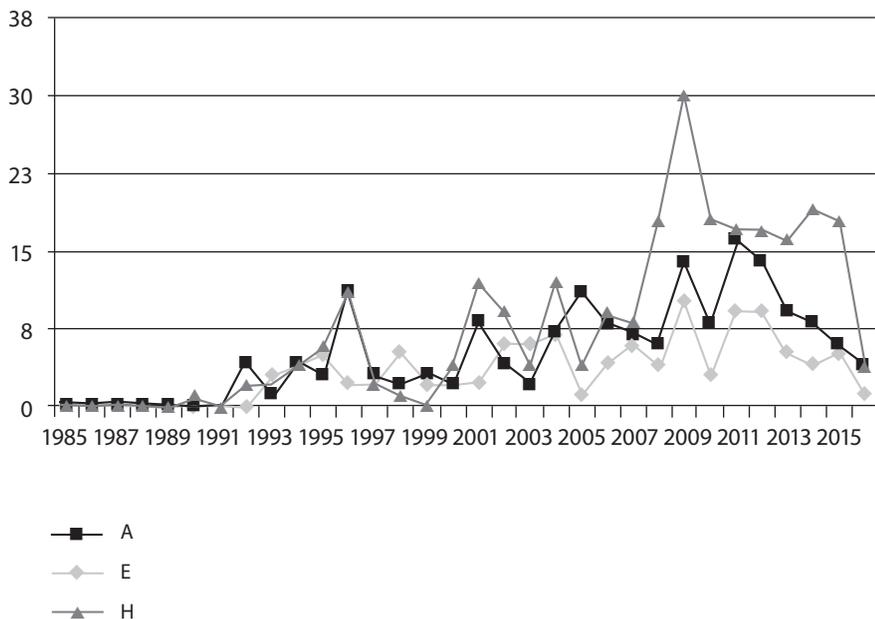
Fonte: Dos autores

42 O argumento do grande número e o argumento do “douto” são modalidades de argumento de autoridade citadas por Perelman (2014).

43 RODRIGUEZ, 2013, p. 62.

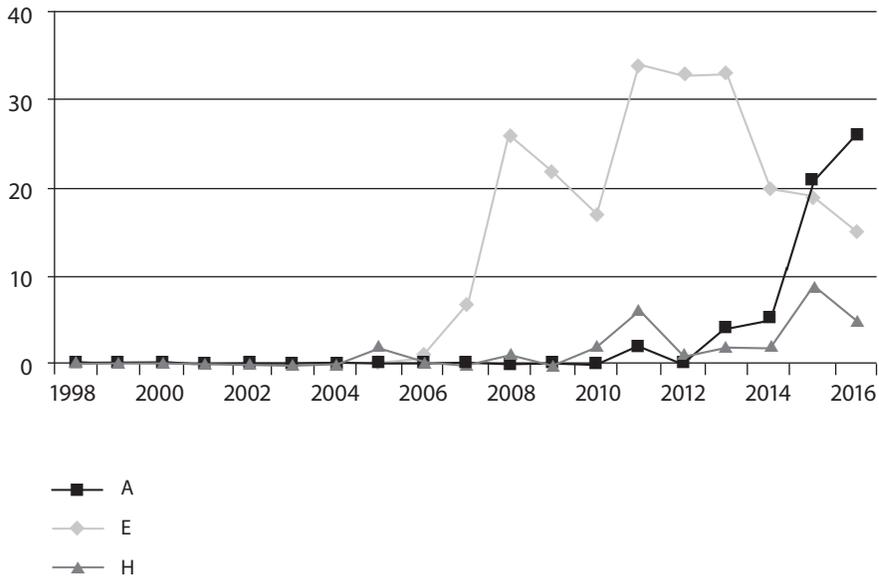
O isolamento dos autores de Direito Penal, portanto, confirma a hipótese verificada no quadro geral: a existência de certo equilíbrio entre a adoção de teses e o apelo irracional à autoridade, sendo um desses autores (Mirabete) mais comumente identificado com a opinião geral da doutrina e outro (Nucci) tendo suas teses plasmadas aos argumentos do Supremo. Importa notar, nesse sentido, a tendência à adoção das teses do autor mais atual por seu conteúdo e ao recurso à autoridade de um dos autores mais antigos como forma de fortalecimento retórico do argumento. Dos dados recolhidos se observa que, nas décadas de 1980 e 1990, Mirabete era citado de forma semelhante à empregada com Nucci; Considerando a predominância dos indicadores “A”, “E” e “H”, as representações gráficas dos dados analisados mostrarão apenas esses três indicadores, com vistas a facilitar a visualização dos dados:

Figura 2: Citações a Mirabete no Supremo (citações X ano)



Fonte: Dos autores

Figura 3: Citações a Nucci no Supremo (citações X ano)



Fonte: Dos autores

Fenômeno semelhante se observa com a figura de Pontes de Miranda, inclusive se analisado em conjunto com José Afonso da Silva. Os dados de Pontes demonstram variações na medida em que o autor estabelece a sua posição de autoridade (ver Figura 1), alterando-se inclusive para que o autor passe a ser utilizado como argumento a partir da história (indicador F) através da citação a seus comentários às Constituições brasileiras. Por outro lado, José Afonso da Silva é predominantemente citado em razão de suas teses e conceitos, costumeiramente acolhidos pelo Supremo, especialmente no que diz respeito à sua teoria sobre a efetividade das normas constitucionais.

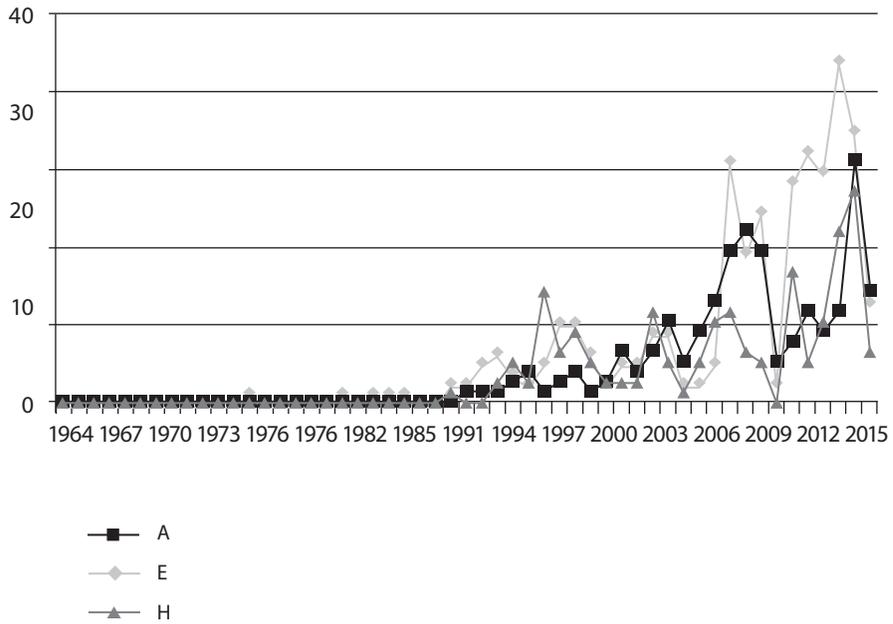
**Tabela 3: Pontes de Miranda e José Afonso da Silva nas ações constitucionais**

	PONTES	J. AFONSO
A	135,007	394,049
B	45,264	16,991
C	12,386	10,418
D	112,999	188,475
E	3,160	1,508
F	65,782	5,825
G	32,117	5,825
H	12,150	160,607
I	18,279	2,949
J	92,603	97,104
K	0,000	1,600

Fonte: Dos autores

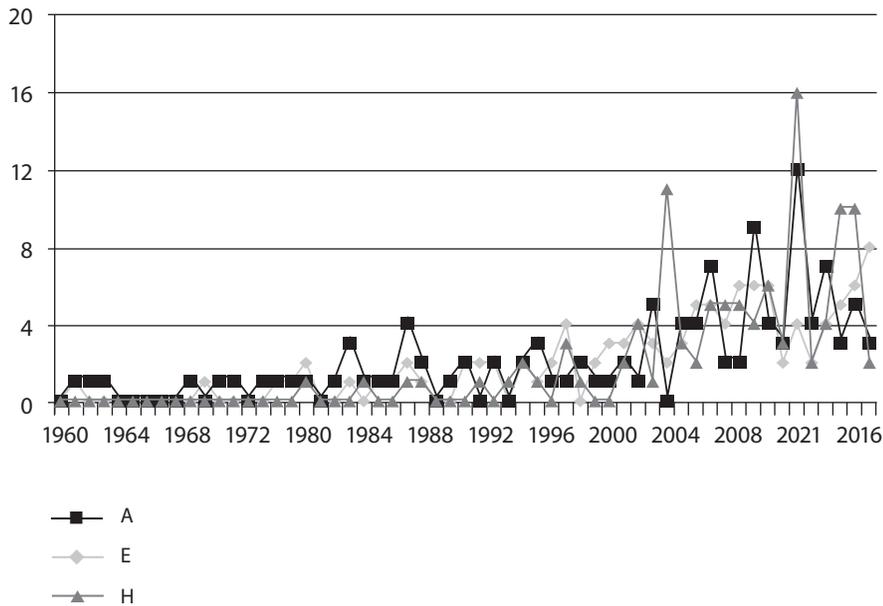
O quadro acima analisou tão somente as ações constitucionais (Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, Recurso Extraordinário, Agravo em Recurso Extraordinário, Mandado de Segurança, Recurso em Mandado de Segurança, Mandado de Injunção), no âmbito das quais os dois autores tiveram número de citações mais expressivo, destacando-se nesse sentido os Recursos Extraordinários.

Figura 4: Citações a José Afonso da Silva no Supremo (citações X ano)



Fonte: Dos autores

Figura 5: Citações a Pontes de Miranda no Supremo por indicadores (citações X ano)



Fonte: Dos autores

A análise das citações dos autores de Direito Constitucional trouxe achado interessante: argumentos de autoridade em sentido irracional (indicador E), abundantes dentre os autores de Direito Penal, não se mostraram tão presentes, dando lugar a número significativo de argumentos de autoridade em sentido racional, especialmente para o acolhimento de teses dos autores (indicador A). É o que se verifica, por exemplo, da interpretação de normas constitucionais a partir dos conceitos fornecidos por Pontes de Miranda em seus comentários às constituições de 1946 e 1967, bem como da incorporação da tradicional classificação de José Afonso da Silva das normas constitucionais segundo sua efetividade.

Observe-se, aqui, que Pontes de Miranda produziu obra vasta que abarca diversos ramos do direito, tanto no Direito Público – inclusive no Direito Penal, destacando-se seu *História e prática do Habeas Corpus* – quanto no

Direito Privado, seja no direito processual, seja no direito material, o que justifica maior dispersão em seus resultados. De outro lado, José Afonso da Silva é citado e conhecido por seu prestígio no âmbito específico do Direito Constitucional, tanto por seus comentários à Constituição de 1988 quanto por seu *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Nas citações a este autor verifica-se enfática predominância de argumentos identificados pelo indicador A, o que se interpreta como evidência de uma maior preocupação dos magistrados com a afirmação do papel do Supremo Tribunal Federal como corte constitucional.

Dessa maneira, confirma-se a noção segundo a qual o argumento de autoridade é elemento importante para a prática jurídica na medida em que serve para construir e validar teoricamente a operação das instituições. A legitimação do discurso jurídico por intermédio da opinião de sujeitos especializados não apenas aproxima as cortes da academia, mas principalmente promove a convergência e a articulação das fontes do direito para a constante reflexão sobre o sentido das normas e das instituições jurídicas. Contudo, muito embora o controle concentrado de constitucionalidade represente parcela importante dos julgados do Supremo, vale notar que a maior parte do volume de decisões daquela corte não diz respeito a essa seara, mas sim ao direito criminal, como ficou evidenciado inclusive nos resultados desta pesquisa. Assim, por mais que os casos criminais ocupem parte substancial das pautas do tribunal, o emprego de argumentos de constitucionalistas como José Afonso da Silva serve em grande medida à reafirmação desse papel do Supremo.

Apesar desse destaque sobre os autores de Direito Constitucional, os dados analisados confirmaram a hipótese inicial do presente trabalho, segundo a qual seriam predominantes os argumentos de autoridade no sentido irracional, empregados como *obiter dicta* sobretudo no que diz respeito às citações de autores mais antigos como Pontes de Miranda e Júlio Mirabete. Soma-se a esta verificação a grande frequência de citações à “doutrina” de maneira geral, elencando-se autores, porém sem qualquer desenvolvimento de suas ideias, de modo a citá-los tão somente em razão de seu apoio a determinado ponto de vista.

#### 4. Conclusão

A partir dos achados da presente pesquisa, pode-se concluir pela importância da figura do jurista – ou, melhor dizendo, do “grande jurista” – na cultura jurídica brasileira, inquinando o discurso jurídico de forte traço de irracionalidade e subjetivismo, o que, embora se posicione como *obiter*

*dictum*, constitui barreira à refutação dos argumentos colocados que refoge ao mero ônus argumentativo decorrente dos fundamentos apresentados.

Além disso, como já se antecipou, pode-se perceber que é característica fundamental da atuação do Supremo a grande quantidade de casos de Direito Penal, razão pela qual se destacam em substancial medida os autores desse ramo do direito. Tanto é assim que é necessária a análise em separado desses autores para que se identifiquem as características próprias dos argumentos em que são empregados.

No que toca às ações constitucionais, notou-se padrão mais elevado de racionalidade, sobretudo em comparação com as citações em Direito Penal. Apesar de o Supremo Tribunal Federal julgar massivamente ações criminais, ainda há cuidado argumentativo maior com as ações constitucionais, tendo em vista o papel de Corte Constitucional desempenhado pelo tribunal.

Por fim, conclui-se que a articulação de argumentos de *ethos* como os argumentos de autoridade podem desempenhar papel até mais determinante do que os de *logos* para a condução à conclusão de determinado voto, o que evidencia não somente a natureza retórica do discurso jurídico, mas o fato de as opiniões do Supremo serem também destinadas a auditórios a serem persuadidos de formas diversas, dependentes da época e do estado da arte da teoria jurídica.

Observe-se, neste sentido, que os dados coletados mostram claramente a estabilização de certas autoridades e a aparição de outras ao longo do período analisado, de acordo com processos de persuasão que merecem ser melhor investigados. Possivelmente determinada pela facilidade de acesso às obras, pela reiteração de certos usos induzida pela formação profissional oferecida aos julgadores e por outros mecanismos político-sociais de construção de referências comuns, a estabilização destes autores como autoridades a serem invocadas, ainda que não de modo racional, requer outras reflexões amparadas em pesquisas empíricas subsequentes. Compreender melhor esse processo auxiliaria, além disso, a enxergar as conformações específicas da prática jurídica brasileira e eventualmente discuti-la à luz de empreendimentos teóricos que buscam estabelecer padrões de racionalidade, como as teorias jurídicas contemporâneas.

## Referências

- AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable: Um tratado sobre la justificación jurídica*. Madri: Centro de estudios constitucionales, 1991.
- ALTHOFF, Ranieri Schroeder. *STF Crawler*. Licença MIT. 2015. Obtém as referências bibliográficas utilizadas pelo Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<https://github.com/ranisalt/stf-crawler>>.
- ARISTÓTELES. *Retórica*. 2.ed. Lisboa: Imprensa nacional/Casa da moeda, 2005.
- ATIENZA, Manuel; VALE, André Rufino. O argumento de autoridade no direito. *Novos Estudos Jurídicos*. V. 17, n. 2, p. 144-160, 2012.
- BAUM, Lawrence. *Judges and their audiences: a perspective on judicial behavior*. Princeton: Princeton University Press, 2006. 10.1515/9781400827541.
- BRAUN, Alexandra. Professors and judges in Italy: it takes two to tango. *Oxford journal of legal studies*. v. 26 n. 4, pp. 665-681, 2006. 10.1093/ojls/gql025.
- EEMEREN, Frans H.; GROOTENDORST, Rob. *Argumentacion, comunicacion y falácias: uma perspectiva pragma-dialectica*. Santiago: Ediciones Universidad Catolica de Chile, 1992.
- FRIEDMAN, Lawrence M. et al. State supreme courts: a century of style and citation. *Stanford Law Review*. v. 33, pp. 773-818, maio 1981. 10.2307/1228400.
- HERDY, Rachel. Appeals to expert opinion in high courts. In: BRITO, Miguel Nogueira et al. *The role of legal argumentation and human dignity in constitutional courts*. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2019.
- JOHNSON, Charles. Citations to authority in Supreme Court opinions. *Law & Policy*. v. 7, n. 4, pp. 509-523, out. 1985. 10.1111/j.1467-9930.1985.tb00365.x.
- KÖTZ, Hein. Die Zitierpraxis der Gerichte: Eine vergleichende Skizze. *Journal of Comparative and International Private Law*. n. 52, pp. 644-662, 1988.
- LORENZETTO, Bruno Menezes; KENICKE, Pedro Henrique Gallotti. Relação dos doutrinadores brasileiros de Direito Constitucional mais citados pelo Supremo Tribunal Federal nos casos de Controle Concentrado de Constitucionalidade. 2013. Disponível em: <[http://www.migalhas.com.br/arquivo\\_artigo/art20130708-05.pdf](http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20130708-05.pdf)> Acesso em: 30 jul. 2017.
- MERRITT, Deborah J.; PUTNAM, Melanie. Judges and scholars: do courts and scholarly journals cite the same law review articles? *Chicago-Kent Law Review*. v. 71, pp. 871-908, 1996.

- MIZRAHI, Moti. Take my advice – I am not following it: *Ad hominem* arguments as legitimate rebuttals to appeals to authority. *Informal logic*. v. 30, n. 4, pp. 435-456, 2010. 10.22329/il.v30i4.2990.
- PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação*. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- PLATAÃO. *Euthyphro. Apology. Crito. Phaedo. Phaedrus*. Cambridge: Loeb Classical Library, 2005.
- REIS, Isaac. Análise Empírico-Retórica do Discurso Constitucional. In: RODRIGUES, H. W.; SANCHES, S. H. F. N.; AGUIAR, A. K. V. *Direito, educação, ensino, e metodologia jurídicos*. Florianópolis: CONPEDI, 2014. pp. 73-93.
- RAZ, Joseph. *Between authority and interpretation: on the theory of law and practical reason*. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: FGV, 2013.
- ROESLER, Claudia R. Entre o paroxismo de razões e a razão nenhuma: paradoxos de uma prática jurídica. *Direito.UnB*. v. 2, n. 1, pp. 79-95, jan./abr. 2016. 10.12957/rqi.2015.20940.
- SAINT-PRIX, Félix. *Manuel de logique judiciaire*. Paris: Cotillon, 1855.
- SCHAUER, Frederick. Authority and authorities. *Virginia Law Review*. v. 94, pp. 1931-1961, 2008.
- SHAPIRO, Fred R. The most-cited legal scholars. *The journal of legal studies*. n. 29, pp. 409-426, 2000. 10.1086/468080.
- SHECAIRA, Fábio Perin. Legal arguments from scholarly authority. *Ratio Juris*. v. 30, n. 3, pp. 305-321, set. 2017.
- SHECAIRA, Fábio Perin; STRUCHINER, Noel. Legal audiences. *Argumentation*. v. 32, issue 2, pp. 273-291, jun.2018.
- TOULMIN, Stephen. *Os usos do argumento*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- WALTON, Douglas N. *Lógica informal*. 2.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.
- WILLARD, Charles Arthur. Authority. *Informal logic*. n. 12, pp. 11-22, 1990. 10.22329/il.v12i1.2597.

Recebido em 12 de agosto de 2017.

Aprovado em 09 de abril de 2019.

# Bens Públicos Globais e sua proteção jurídica internacional: realocização epistemológica de um debate à luz de princípios de direito político<sup>1</sup>

*Global Public Goods and its international legal protection: an epistemological turn of the debate in the light of principles of political law*

Arthur Roberto Capella Giannattasio\*  
*Instituto de Relações Internacionais da Universidade de São Paulo,  
São Paulo – SP, Brasil.*

Luiza Nogueira Papy\*\*  
*Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo – SP, Brasil.*

Renan Freire Nigro\*\*\*  
*Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo – SP, Brasil.*

## 1. Introdução

A crescente sobreposição geográfica de espaços globais nas diferentes áreas da vida econômica e social a partir de década de 1960<sup>2</sup> evidencia que

---

1 O presente artigo deriva de uma pesquisa coletiva financiada pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP) – Auxílio Regular n. 2016/20983-7 e pelo Fundo Mackenzie de Pesquisa (MackPesquisa) – Processo n. 112207.

\* Professor Doutor de Direito Internacional do Instituto de Relações Internacionais da Universidade de São Paulo. Pós-doutorado no Max-Planck-Institut, Doutor em Direito Internacional e Compadado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, com período sanduíche na Université Panthéon-Assas (Paris II) (França). Foi professor em Tempo Integral da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie e Professor visitante da Koç University (Turquia). Email: artcapell@gmail.com.

\*\* Pesquisadora da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. E-mail: luizapapy@icloud.com.

\*\*\* Pesquisador da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Graduando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. E-mail: renanfreirenigro@gmail.com.

2 BOURGUINAT, 2003; FARIA, 2004, 2008; FREUD, 2010; KAUL, GRUNBERG, STERN, 1999; ONUMA, 2016.

assuntos inicialmente tratados na esfera nacional – a segurança pública, a estabilidade financeira, a saúde pública, e a conservação do meio-ambiente – já não podem ser geridos pelos Estados nacionais isoladamente<sup>3</sup>. Toda uma trama regulatória pós-nacional é elaborada a partir de então, a qual implica um enredamento jurídico de questões fundamentais. Se não exclui a atuação estatal, essa malha jurídica internacional se encontra ao menos além da dimensão estatal, seja para a complementar, seja para a desafiar, seja para a dirigir<sup>4</sup>.

Os Bens Públicos Globais (BPG)<sup>5</sup> partem da premissa de que, assim como os Estados-nação produzem bens públicos para os seus cidadãos, a sociedade internacional se articulara, durante a segunda metade do século XX, para produzir bens públicos.<sup>6</sup> Em outras palavras, as relações entre os atores internacionais teriam se articulado de tal maneira que entidades não-estatais teriam tomado para si o propósito de produzir, promover ou proteger determinados bens públicos pós-nacionais e de interesse de todo o globo.<sup>7</sup>

Nesse sentido, dotadas de Autoridade Pública Internacional (APIs), tais entidades – e não os Estados – seriam as grandes responsáveis pela preservação prática dos BPGs – e mesmo contra a vontade e os interesses dos próprios Estados<sup>8</sup>. Assim, inúmeras questões políticas que eram usualmente colocadas dentro de uma perspectiva doméstica (nacional) passaram a ser objeto de análise e coordenação internacional – afinal, são visto como centrais para o bem estar de indivíduos e nações.<sup>9</sup>

Compreender a discussão deste tema é fundamental para o pensamento jurídico brasileiro sobre o Direito Internacional. Com efeito, as con-

---

3 ADLER; BARNETT, 1998; CASELLA, 2008; FRIEDMANN, 1964; HABERMAS, 2001; SALCEDO, 1985.

4 ARNAUD, 2004; BOGDANDY, DANN; GOLDMANN, 2008; BOGDANDY; GOLDMANN; VENZKE, 2016; BOGDANDY; VENZKE, 2012; BOGDANDY *et al.*, 2010; BRAITHWAITE; DRAHOS, 2000; GOLDMANN, 2008; HABERMAS, 2001; HARDT; NEGRI, 2000; KUNTZ, 2003; LADEUR, 2009; LAFER; PEÑA, 1973; ONUMA, 2016; SHAFFER, 2001, 2012; SLAGHTER, 2004; TEUBNER, 1997.

5 Também conhecidos como “bens públicos mundiais” ou “bens públicos internacionais” (KINDLEBERGER, 1986), ou ainda, como bens públicos da humanidade (CARVALHEIRO, 2015). Para uniformizar o termo utilizado neste texto, eles serão aqui nomeados apenas como Bens Públicos Globais (BPGs).

6 CAFFAGGI; CARON, 2012; KINDLEBERGER, 1986; RAJAGOPAL, 2008; SHAFFER, 2012.

7 ARNAUD, 2004; KOCKS, 2010; MARING, 2012.

8 BOGDANDY *et al.*, 2010; BOGDANDY, DANN; GOLDMANN, 2008; BOGDANDY; GOLDMANN; VENZKE, 2016; GIANNATTASIO, 2016a.

9 JENKS, 2012; KAUL; GRUNBERG; STERN, 1999.

tribuições mais recentes para o estudo dos BPG se encontram (i) ou na literatura jurídica estrangeira<sup>10</sup>; (ii) ou em reflexões de autores nacionais fora da área do Direito, tais como Saúde Pública<sup>11</sup>, Relações Internacionais e Ciência Política<sup>12</sup>, entre outros. Por isso, dentro de uma perspectiva de Direito Internacional, este texto procura suprir essa lacuna, de maneira a desvelar e explorar o conceito e as tipologias a ele relacionadas.

Note-se que foi realizada uma pesquisa com as palavras-chave “bens públicos globais”, “bens públicos mundiais” e “bens públicos internacionais” nos sistemas de busca dos seguintes repositórios de periódicos acadêmicos: ATLA, Fuente Acadêmica, JSTOR, Scielo e Portal de Periódicos da CAPES. No ATLA, no JSTOR e no Scielo não foi encontrada qualquer obra sobre o tema redigida em português e que tivesse como autor um brasileiro. Nos outros sistemas foram encontradas contribuições sobre o tema fora da área do Direito Internacional.<sup>13</sup>

A ausência de popularidade do tema nos debates científicos desenvolvidos no interior do campo jurídico não parece ser um fenômeno exclusivo brasileiro. Bodansky<sup>14</sup> indica, por exemplo, que buscas realizadas em repositórios acadêmicos anglo-saxões (WestLaw e LexisNexis) também sinalizaram uma carência de debate jurídico sobre tal tema, ao menos dentro da chave conceitual. Essa condição parece se repetir na literatura jurídica francófona e hispanófona latino-americana e caribenha.<sup>15</sup>

A consulta aos repositórios acadêmicos acima foi feita em caráter meramente exemplificativo. Isso significa que se reconhece que certamente inúmeros outros repositórios poderiam ser consultados para verificar a

---

10 ARCE M.; SANDLER, 2002; CAFFAGGI; CARON, 2012; COGOLATI; HAMID; VANSTAPPEN, 2015; GABAS; HUGON, 2001; GONZÁLEZ, 2009; KAUL et al., 2003; KAUL; GRUNBERG; STERN, 1999; MARING, 2012; MENDEZ, 1992, 1999; SANDLER, 1999; SHAFFER, 2012.

11 CARVALHEIRO, 2015.

12 GONÇALVES; CAMPOS, 2014.

13 Os autores das outras áreas do conhecimento foram mencionados acima apenas a título exemplificativo; afinal, não se pretende aqui discutir como houve no Brasil a apropriação de tal debate por cada área do conhecimento. Fica aqui o convite para futuras investigações conjuntas sobre o tema.

14 BODANSKY, 2012, p. 657

15 Busca realizada nas bases dos respectivos repositórios acadêmicos: (i) Cairn.info e (ii) Redalyc. Na primeira base de dados, de um total de 463 (quatrocentos e sessenta e três) publicações, apenas 34 (trinta e quatro) textos acadêmicos (artigos, periódicos e livros) da área jurídica tratam direta ou indiretamente do tema, desde 2001. Na segunda base de dados, foi possível perceber que ao menos desde 2002 foi publicado apenas 1 (hum) artigos que expressamente faz referência aos termos do debate sobre BPG sob uma perspectiva jurídica internacional.

consistência da hipótese de que o campo intelectual jurídico internacional de distintas comunidades epistêmicas aparentemente não se interessa pela referida discussão nos termos propostos pela agenda dos BPGs. Contudo, entender as razões pelas quais há falta de interesse do Direito Internacional por essa chave de leitura não é o objetivo deste texto.<sup>16</sup> Até porque, por mais que os conceitos relacionados a BPG não tenham produzido uma ressonância profunda, isso não significa que a literatura jurídica brasileira e não-brasileira em Direito Internacional não tenha tratado sobre questões abrangidas por tais conceitos. Afinal, mesmo sem se referir explicitamente a tal conceito, há larga produção no pensamento jurídico internacionalista que abrange os eixos principais caracterizadores dos BPGs<sup>17</sup>: Democracia, Desenvolvimento, Direitos Humanos e Segurança.<sup>18</sup>

Seja como for, o que se indica aqui é que parece haver um desconhecimento por parte dos autores brasileiros em Direito Internacional dos termos dessa chave de leitura – conceitos, tipologias e tópicas – segundo os quais tais questões são tratadas contemporaneamente em parte da literatura jurídica estrangeira. E tal desconhecimento é prejudicial para qualquer comunidade epistêmica.

Com efeito, a arena de disputas infundáveis entre visões de mundo ocorre também dentro de um âmbito de rejeição ou de reconhecimento de lugares como detentores de capacidade epistêmica<sup>19</sup> – afinal, técnica e ciência também operam como ideologia e como instrumentos de ideologia.<sup>20</sup> Por esse motivo, a inserção internacional da ciência jurídica brasileira em Direito Internacional exige conhecer os termos do debate, a fim de, não apenas conhecer os termos que aos poucos passam a povoar o repertório puro e aplicado em torno das decisões sobre a promoção e a proteção de BPGs, mas também de contribuir com uma perspectiva epistemológica alternativa.

Por isso, este texto tem dois objetivos: (i) introduzir no pensamento jurídico brasileiro uma linguagem nova sobre Direito Internacional contemporâneo e, ao mesmo tempo, (ii) contribuir para o debate internacio-

---

16 Fica registrado aqui o convite para futuras investigações conjuntas sobre o tema.

17 RAJAGOPAL, 2008.

18 Seria impossível exaurir em uma única nota de rodapé toda a literatura jurídica internacionalista que aborda as mais diferentes questões relativas a Democracia, Desenvolvimento, Direitos Humanos e Segurança.

19 CERTEAU, 1982; CHESNAUX, 1995.

20 HABERMAS, 1978.

nal sobre a noção de BPG sob uma perspectiva epistemológica distinta da usualmente feita pela literatura jurídica estrangeira. Com isso, busca-se impedir uma manipulação discursiva por desconhecimento de tais termos, além de firmar uma posição jurídico-científica brasileira não-conduzida e avessa à replicação acrítica de ideias legadas do estrangeiro.

Essa reflexão é relevante: tal qual denunciado por Onuma<sup>21</sup>, países localizados fora dos principais centros epistêmicos em Direito Internacional tendem a se submeter ao léxico da disciplina produzido e distribuído por tais comunidades científicas (sujeição voluntária ao poder ideacional). E essa tendência seria também característica do pensamento jurídico brasileiro sobre Direito Internacional.<sup>22</sup>

Note-se, por fim, que a presente contribuição não tem a pretensão ingênua de (i) definir o que seria um pensamento jurídico especificamente brasileiro sobre Direito Internacional, nem de (ii) esgotar todas as possibilidades de sentido e de fundações epistemológicas em torno do termo BPG. Mais simples do que isso, este texto apenas visa a acrescentar uma camada adicional de significação e reconhece ser impossível totalizar unidimensionalmente a posição do intérprete.<sup>23</sup> Se se recusa a posição de ciência conduzida, também se tem a consciência de não ser possível, nem desejável, assumir a posição de ciência condutora<sup>24</sup> – inclusive em termos de espaços geográficos ou identitários.<sup>25</sup>

Dessa forma, este texto está dividido em 3 (três) partes.

A primeira parte (2.) apresentará o método de coleta de informações utilizado durante a pesquisa (revisão bibliográfica) e evidenciará seu caráter qualitativo (2.1), além de explicar e justificar o entrelaçamento entre tópica e tensão política do Direito proposto no método de interpretação empregado (2.2). A segunda parte (3.) apresentará os resultados da pesquisa em torno da noção de bens públicos e, dessa forma, apontará as mutações conceituais e tipológicas sofridas pela noção de bem público<sup>26</sup>: dimensão nacional (3.1), dimensão regional (3.2) e dimensão global (3.3).

---

21 ONUMA, 2016.

22 BADIN; MOROSINI; GIANNATTASIO, 2018; FARIA, 2008; LORCA, 2014.

23 GIANNATTASIO, 2016b, 2017, 2018; LEFORT, 1986.

24 FARIA, 2008; LEFORT, 1986.

25 ANDERSON, 2015; HALL, 2006; HARDT; NEGRI, 2000; SCHWARCZ, 2014.

26 ARCE M.; SANDLER, 2002.

A terceira parte (4.) discutirá os resultados encontrados à luz da chave de leitura proposta, com o objetivo de oferecer um novo horizonte epistemológico (jurídico-político) para a compreensão dos BPG dentro do discurso jurídico internacional contemporâneo.

Espera-se com isso que o presente texto contribua de 3 (três) modos: (i) colocar a comunidade jurídica brasileira de Direito Internacional em contato com os principais termos do debate atual sobre BPG, (ii) indicar os limites subjacentes a esse conceito, tal qual desenvolvido até o presente momento (materialidade economicista), de maneira a (iii) estimular uma reflexão alternativa sobre BPG dentro de uma chave epistemológica alternativa, de forma a evidenciar as possibilidades de reconstrução das bases de legitimidade do discurso jurídico internacional.

## 2. Materiais e métodos

### 2.1 Método de coleta: pesquisa qualitativa de fontes secundárias

O presente texto resultou de uma pesquisa qualitativa baseada em fontes secundárias. A fim de pretender compreender o estatuto teórico concedido ao conceito de BPG pela literatura jurídica estrangeira em Direito Internacional, a pesquisa se concentrou em uma revisão de literatura que permitisse desvendar a genealogia do conceito de BPG.

Assim, inicialmente foram analisadas obras contemporâneas que discutem os BPGs no Direito Internacional: o que são, quais são, como eles são protegidos ou produzidos, quais são as entidades responsáveis por essa proteção e por essa produção.<sup>27</sup> Em seguida, a partir das referências mencionadas nesses textos, foi possível cruzar os nomes de autores e os títulos de obras que desenvolveram a noção de bens públicos – primeiro no âmbito nacional, depois no âmbito regional e, por fim, no âmbito global.

Desse modo, mostrou-se possível reconstituir o início da aplicação do conceito para questões nacionais – na obra de Paul Samuelson, em 1954 – e sua progressiva expansão espacial em direção à globalidade – na obra de Charles Kindleberger, em 1986, passando pelas contribuições de Mancur

---

27 Não faria sentido indicar aqui as referências utilizadas, precisamente porque elas são trabalhadas ao longo deste texto no item 3, *infra* (resultado da revisão bibliográfica). Assim, essas obras serão mencionadas oportunamente.

Olson<sup>28</sup> e Garrett Hardin.<sup>29</sup> Com isso, também foi possível reconhecer a variação conceitual e tipológica em torno dessa noção – o que foi interpretado a partir da chave de leitura proposta no próximo item. Por esse motivo, tais autores e tais debates tipológicos foram mencionados e sistematizados durante a exposição da revisão bibliográfica.

## 2.2 Método de interpretação: os *topoi* e a legitimidade tensiva no discurso jurídico

As informações sobre BPGs foram interpretadas a partir da noção de *topoi* desenvolvida por Theodor Viehweg.<sup>30</sup> Além de recorrer à sua obra de referência sobre o tema (*Tópica e Jurisprudência*), foram utilizados autores adicionais<sup>31</sup> que, preocupados com o discurso jurídico, conferiram nessas obras aspectos adicionais dos *topoi*. Por haver uma íntima conexão da percepção de um discurso jurídico tópico (baseado em *topoi*) com a dimensão de Poder do discurso jurídico (ideologia), apresenta-se aqui uma chave de análise que leva em consideração a relação entre Direito e Política.<sup>32</sup>

Assim, este item (i) apresenta o discurso jurídico como um modo de pensar problemático (2.2.1), (ii) desenvolve o argumento de que o discurso jurídico constrói por meio de *topoi* uma base de legitimidade para o exercício de Poder em torno do saber e do fazer o Direito (2.2.2), e, por fim, (iii) aponta que a politicidade do Direito Internacional exige uma consideração atenta de uma estrutura mista que assegure bases de legitimidade para a aceitação de tal exercício de Poder por meio do Direito: a horizontalidade das relações (2.2.3).

---

28 OLSON, 1965.

29 HARDIN, 1968.

30 VIEHWEG, 2008.

31 ALEXY, 2001; FARIA, 1984; FERRAZ JR., 1997, 2001; PERELMAN, 2000. É importante notar que se recorre à reflexão desenvolvida por cada um desses autores, não para incorporar aqui todos os elementos de seus pensamentos sobre o Direito – associação possível, mas temerária, e que escaparia às pretensões do presente texto. Na verdade, o objetivo deste texto é muito mais simples: eles são aqui utilizados apenas e tão-somente na exata medida em que permitem elucidar a noção de *topoi* de Theodor Viehweg.

32 CARDOSO, 2002, 2004, 2008; CARDOSO; BIGNOTTO, 2013; FARIA, 1978, 1984; FERRAZ JR., 1997, 1998, 2001, 2003; GIANNATTASIO, 2016c, 2017, 2018a, 2018b, 2018c; HABERMAS, 1978; LEFORT, 1991, 1992, 2007a, 2007b, 2007c, 2007d; ONUMA, 2016; WOLFF, 1999.

## 2.2.1 O discurso jurídico como um discurso problemático

A diferença entre o discurso jurídico e o discurso não-jurídico reside no fato de que o discurso jurídico parte sempre do direito positivo<sup>33 34</sup> – ou seja, o direito que foi, está ou será vigente, ou ainda, que “esteve aí, está aí ou estará aí”<sup>35</sup> – para a ele retornar.<sup>36</sup>

No entanto, o discurso jurídico deve ser entendido como um discurso problemático: ele não se desenvolve dedutivamente a partir de axiomas (inquestionáveis) conforme uma orientação de coerência sistêmica que pretende demonstrar a indiscutibilidade de uma conclusão (verdade). Antes, ele se estrutura para construir condições para a possibilidade de aceitação de aplicação de uma norma jurídica (legitimidade).<sup>37</sup>

Com efeito, um sistema sempre assume a solução de problemas a partir de uma previsibilidade coerente e logicamente estável<sup>38</sup>. Afinal, um sistema

---

33 ALEXY, 2001, p. 211-2; VIEHWEG, 2008, p. 9.

34 Não concordamos com o critério adotado pelo autor brasileiro Tercio Ferraz Jr. para diferenciar o discurso jurídico do discurso não-jurídico. Para ele, o discurso jurídico é identificado pela observância de um determinado tipo de procedimento discursivo: a exigibilidade de resposta entre interlocutores e a presença de um terceiro superior às partes incumbido da função de assegurar a resposta a tal exigibilidade de resposta (FERRAZ JR., 1997, p. 57-71). Apesar de interessante, esta visão é inadequada para pensar o que se discute neste artigo. Em primeiro lugar, a visão é extremamente forense, o que parece negar a existência de discursos jurídicos fora de um ambiente judiciário – o que é particularmente caro para o Direito Internacional, que não se resume a uma dimensão adjudicatória (GIANNATTASIO, 2018c; ONUMA, 2016). Em segundo lugar, essa visão de haver um terceiro superior aos demais não se aplica ao Direito Internacional, o qual é marcado perenemente por uma relação de horizontalidade relacional, sem vértice (GIANNATTASIO, 2016a, 2016b, 2016c, 2017, 2018b). Assim, como dito anteriormente com relação aos comentadores de Theodor Viehweg aqui utilizados, recorre-se ao pensamento de Tercio Ferraz Jr. nesta sua obra específica não em todos os seus elementos, mas apenas e tão-somente na exata medida em que permite elucidar a noção de *topoi* em Theodor Viehweg.

35 FERRAZ JR., 2001, p. 43 e 48; REALE, 2001.

36 Saliente-se que as normas jurídicas não adquirem vigência (“são positivadas”) em virtude simplesmente de um ato de Poder estatal (escrita ou vontade do legislado). Além da vontade (ato volitivo de dever-ser), a tradição jurídico-política aponta ainda a razão (estado de dever-ser racionalizado) e o costume (ato sociológico de dever-ser) como fundações do Poder normativo do Direito (GIANNATTASIO, 2015).

37 VIEHWEG, 2008, p. 70 e p. 103-104.

38 Um sistema é caracterizado por 3 (três) qualidades simultâneas: (i) unidade – permanente identidade do sistema, pois ele se explica internamente por meio de uma coerência perfeita entre parte e todo; (ii) totalidade – exclui-se a possibilidade de que outro sistema possa explicar a realidade, pois possui repertório conceitual que explica a integralidade da realidade a partir de seus próprios vocábulos; e (iii) singularidade - permanente não-contradição, pois sua aplicação não implica a desestruturação do próprio sistema (FERRAZ JR., 1976, p. 161-2; VIEHWEG, 2008, p. 18-9 e 82-4). Jürgen Habermas (1992, 2002) salienta, nesse sentido, que um sistema é um tipo de esfera de existência autossuficiente, na medida em que detém: (i) legalidade própria: critérios para a admissibilidade de algo para que seja reconhecido como parte deste

assume um único universo possível de respostas, as quais fazem sentido dentro dos pontos de partida que não podem ser questionados. Por isso, caso a questão não possa ser resolvida pelo sistema, é a própria questão que é eliminada – e não o sistema em si mesmo.<sup>39</sup>

Essa condição não é a que estrutura o discurso jurídico: este se desenvolve dentro de uma orientação inventiva (*ars inveniendi*), precisamente porque seus pontos de partida e seus pontos de chegada são permanentemente questionáveis.<sup>40</sup> Note-se que o discurso jurídico recorre a fechamentos cognitivos para operacionalização prática (legalidade), mas não exclui a constante (re)abertura de seus pressupostos para uma nova adequação das condições de possibilidade de sua aplicação com o maior grau de aceitação social (legitimidade).<sup>41</sup>

Nesse sentido, as normas jurídicas positivas e a aplicação delas não são axiomas e não seguem uma lógica rigorosa de dedução. Ambas são decisões de poder variáveis no tempo e no espaço, isto é, são formuladas por instâncias que determinam de maneira localizada referências sobre o lícito *versus* o ilícito. Por isso, não há uma operação sistêmica lógico-dedutiva (verdadeiro *versus* falso) no discurso jurídico: trata-se de uma escolha por um caminho argumentativo que detenha maior força persuasiva apta a convencer linguisticamente os destinatários sobre a aceitabilidade dos pontos de partida (norma a ser aplicada) e dos pontos de chegada (aplicação da norma). Mas também mais do que isso: uma força persuasiva que também convença os destinatários a aceitarem o próprio caminho argumentativo percorrido entre um (partida) e outro (chegada).<sup>42</sup>

### 2.2.2 A função legitimadora do discurso jurídico e o papel dos *topoi*

O ponto de partida, o percurso argumentativo e a conclusão do discurso jurídico são objeto de constantes e intermináveis hesitações sociais. Mas

---

todo; (ii) legitimidade própria: critérios para que a própria ordem seja reconhecida como fundamento adequado de organização do mundo; (iii) linguagem própria: signos de comunicação específicos e que são compreendidos e aplicados apenas por iniciados ou especialistas; e (iv) lógica própria: dinâmica interna própria de preferências e hierarquias.

39 VIEHWEG, 2008, p. 19 e 34-6.

40 VIEHWEG, 2008, p. 27 e 41.

41 ALEXY, 2001, p. 215; FARIA, 1978; FERRAZ JR., 2001; VIEHWEG, 2008, p. 98-100.

42 VIEHWEG, 2008, p. 79-82, 84, 91-2 e 102-4.

não só: o próprio discurso jurídico trabalha – consciente ou inconscientemente – para que tais tensões sejam colocadas fora de questão quando do estudo, do aprendizado, do ensino e da aplicação do Direito.<sup>43</sup>

Em outras palavras, o caráter politicamente tensivo do processo argumentativo (partida, percurso, chegada) não se revela completamente na usual construção do discurso jurídico.<sup>44</sup> Isso ocorre, justamente, para se evitar que as tensões políticas fundamentais subjacentes a tais escolhas (partida, percurso, chegada) não se tornem publicamente evidentes. Isso ocorre para que (i) na explicação do Direito, seu caráter ideológico não se escancare<sup>45</sup>, de tal modo que (ii) o discurso jurídico seja notado como permanentemente atendendo a determinado bem ou valor considerado relevante<sup>46</sup>, o que mantém sua aceitação quando de sua aplicação.

Assim, há uma função legitimadora e justificadora do pensamento jurídico<sup>47</sup>, as quais asseguram a aceitação imediata (i) da operacionalização prática do Direito (fazer) e (ii) do repertório explicativo da norma legada pela tradição de uma comunidade epistêmica supostamente invisível, imparcial e neutra (saber).<sup>48</sup> Para realizar essa função, o discurso jurídico se estrutura topicamente – isto é, por meio de *topoi*, de modo a permitir uma constante reinvenção socialmente aceitável dos pontos de partida, dos pontos de chegada e dos meios entre eles.<sup>49</sup>

Os *topoi* são expedientes argumentativos que não detêm um conteúdo material permanente. Tratam-se de lugares comuns, isto é, de mecanismos aceitos pela comunidade linguística aos quais são apresentados, os quais permitem redirecionar o sentido do processo de argumentação sempre dentro de uma margem previsível de aceitação.<sup>50</sup> A adesão a um discurso jurídico estruturado topicamente ocorre porque, enquanto lugares comuns abstratos, esses expedientes permitem que o discurso se desloque argumentativamente dentro de um repertório de convicção tão abrangente que

---

43 FARIA, 1984; FERRAZ JR., 2001; UNGER, s.d., 2004.

44 UNGER, s.d.

45 FARIA, 1978, 1984; FERRAZ JR., 2001, 2003, p. 54-61.

46 ALEXY, 2001, p. 215; VIEHWEG, 2008, p. 99-100.

47 FARIA, 1984.

48 FARIA, 1984; GIANNATTASIO, 2018b; HABERMAS, 1978; ONUMA, 2016.

49 FARIA, 1984; FERRAZ JR., 1997, p. 23; VIEHWEG, 2008, p. 7-9, 80-6, 90, 103 e 107.

50 FERRAZ JR., 1997, p. 22-3 e 81-8; PERELMAN, 2000, p. 142-6, 148-56 e 180-1; VIEHWEG, 2008, p. 27-8 e 37-8.

praticamente nenhuma pessoa se colocaria contra a argumentação. Assim, há no máximo uma divergência sobre a aplicação concreta deles em situações particulares.<sup>51</sup>

Nesse sentido, a construção estrutural do pensamento jurídico exige novas chaves explicativas, de tal modo que os pontos de partida, o percurso argumentativo e as conclusões permanecem sempre abertos a uma permanente tensão dialética. Todavia, enquanto instrumentos discursivos, os *topoi* são fórmulas de procura que auxiliam na atribuição de novos pontos de vista no processo de argumentação – o que permite a determinado discurso jurídico se renovar superficialmente dentro de uma mesma estrutura.<sup>52</sup> Há assim uma permanência da possibilidade de questionamento da superfície: busca-se construir uma persuasão a um argumento, mas a própria estrutura não consegue ser reiniciada por meio da introdução de novos pontos de vista e de novas visões de mundo.<sup>53</sup>

Perceber o discurso jurídico como problemático é reconhecer que “o saber sobre o Direito e que o fazer o Direito, por meio do Direito e com o Direito” guardam permanentemente um contato com a divisão social originária: a oposição entre dominantes e dominados.<sup>54</sup> Afinal, a problematidade do discurso jurídico aponta que os dissensos sociais que marcam as escolhas sobre o saber e o fazer o Direito não se esgotam – e que, portanto, as hesitações políticas relativas às decisões sobre partida, percurso e chegada podem e devem ser reiniciadas.

Todavia, apesar de o discurso jurídico ser problemático, os *topoi* se apresentam como instrumentos argumentativos que auxiliam na construção de um discurso jurídico legitimador do sufocamento desta mesma divisão social originária.<sup>55</sup> Essa reflexão sinaliza uma proximidade entre Direito e Política, uma relação que será explorada no item a seguir.

---

51 Por exemplo, se ninguém é contra a liberdade ou a igualdade, os parâmetros de mensuração, de produção e de concretização desses dois lugares comuns são socialmente controversos e suscitam uma discussão sobre como alocá-los socialmente de uma forma socialmente aceitável (PERELMAN, 2000, p. 158-60).

52 FERRAZ JR., 1997, p. 88-103; VIEHWEG, 2008, p. 16, 19, 24, 26, 29, 33, 35, 39, 75-80, 90-1 e 113.

53 VIEHWEG, 2008, p. 69.

54 GIANNATTASIO, 2018a; LEFORT, 1991, 1992, 2007b, 2007d; MAQUIAVEL, 2004, 2008; MERLEAU-PONTY, 1960.

55 VIEHWEG, 2008, p. 19-20, 22-3, 28-9, 34, 39-40, 51, 53, 69 e 97.

### 2.2.3 Direito (internacional) e política: os donos do poder e do saber da fôrma jurídica internacional

Dentro de uma perspectiva política, o Direito pode ser visto como um instrumento de organização jurídica de uma vida pública.<sup>56</sup> Nesse sentido, as instituições jurídicas são formadas por discursos normativos que se articulam com o objetivo de desenhar um sistema de convivência entre diferentes modos de vida que potencial ou efetivamente mantêm entre si uma relação tensiva.<sup>57</sup>

A tensão fundante da convivência social não deriva (apenas) de uma divergência superficial relacionada a diferença de hábitos, de valores ou de culturas. Apesar de tais aspectos implicarem em conflitos, a tensão política está relacionada a um aspecto estrutural de toda a sociedade: a instauração e a persistência da divisão entre dominantes e dominados<sup>58</sup>. É a contraposição entre o desejo de dominar e o desejo de não ser dominado<sup>59</sup> que estabelece a importância de um Direito preocupado com uma estabilidade da percepção de vida com um destino comum (político, ou no interior da pólis).<sup>60</sup>

Saber conviver em concórdia<sup>61</sup> com a multiplicidade é o que permite ao Homem realizar plenamente seu ser político.<sup>62</sup> Por esse motivo, o objetivo de um Direito percebido dentro dessa perspectiva pública consiste em assegurar condições de possibilidade para que a convivência entre esses diferentes modos de vida não implique em interrupção por meio do uso da força.<sup>63</sup>

É neste sentido que se compreende a função de um Direito Político<sup>64</sup>: estabelecer um regime de império do Direito (*rule of law*), isto é, um governo da estabilidade concedida pelas leis, e não o governo do arbítrio da

---

56 BADIN, GIANNATTASIO, CASTRO, 2016.

57 CARDOSO, 2002, 2004, 2008; CARDOSO; BIGNOTTO, 2013; LEFORT, 1991, 1992; MERLEAU-PONTY, 1960.

58 CLASTRES, 2000, 2012; LEFORT, 1991, 1992, 2007b, 2007d; MERLEAU-PONTY, 1960.

59 CARDOSO, 2011; CLASTRES, 1999; LA BOÉTIE, 1999.

60 ARISTÓTELES, 2006; WOLFF, 1999, p. 110-6.

61 CÍCERO, 2008.

62 ARENDT, 2008; ARISTÓTELES, 2006.

63 ARISTOTE, 2006; CARDOSO, 2008; GIANNATTASIO, 2016c, 2018a; LEFORT, 1991, 1992, 2007b, 2007d; MAQUIAVEL, 2004, 2008; VERNANT, 1981.

64 GIANNATTASIO, 2016a, 2016c; ROUSSEAU, 2000.

volubilidade humana.<sup>65</sup> O Direito em seu sentido Político se trata assim de um estruturador de uma vida em comum, isto é, a própria vida pública é estabelecida como objetivo.<sup>66</sup> Por esse motivo, o Direito Político se concentra em manter uma convivência horizontal entre diferentes modos de vida, de tal modo que todos permaneçam unidos, pelo Direito, em função deste destino comum.<sup>67</sup>

A horizontalidade é elemento fundamental para a construção e a manutenção de uma vida política estável nas relações.<sup>68</sup> É ela que pretende garantir que a fôrma jurídica convide a uma intensa ação política que re questione as opções estruturais e superficiais, de tal maneira que se exclua a possibilidade de um dos modos de vida conseguir se destacar em relação aos demais. Em outras palavras, a horizontalidade é a negação da verticalização das relações – isto é, de relações nas quais um dos modos de vida pode pretender, ou mesmo conseguir, sufocar ou aniquilar os demais.<sup>69</sup>

O Direito Político misto serve para manter, assim, a *politeia*, isto é, a união entre aqueles que pretendem ou que precisam inevitavelmente viver juntos.<sup>70</sup> Todavia, a própria maneira de organizar a vida pública sob o signo do império do Direito é objeto de tensões.<sup>71</sup> Por isso, ainda que trabalhe segundo tópicos distintas, a tradição do pensamento político republicano percebe que a estabilidade política será assegurada por meio de um império do Direito (*rule of law*) que seja estruturado sobre um regime misto.<sup>72 73</sup>

---

65 ARENDT, 2008; ARISTÓTELES, 2006.

66 CARDOSO, 2002, 2004.

67 WOLFF, 1999, p. 110-6.

68 GIANNATTASIO, 2016c, 2017.

69 GIANNATTASIO, 2013, 2016c, 2017; LEFORT, 1991, 1992, 2007a, 2007b, 2007c, 2007d; MAQUIAVEL, 2004, 2008; MERLEAU-PONTY, 1960; TEUBNER, 1984, 1993.

70 CARDOSO, 2002, 2004, 2008; ROUSSEAU, 2000; WOLFF, 1999, p. 117.

71 UNGER, 2004, s.d.

72 ARISTÓTELES, 2006; LEFORT, 1991, 1992; MAQUIAVEL 2004, 2008; PLATÃO, 1980; POLYBE, 2003.

73 Cada um dos autores mencionados aqui apresenta uma visão específica sobre o regime misto. Seria impossível esgotar neste texto, como nesta nota de rodapé, a discussão política sobre o regime misto em cada um desses autores. Seria relevante pensar como o regime misto em PLATÃO (1980) se diferencia do regime misto de ARISTÓTELES (2006), bem como esses dois se diferenciam do pensamento sobre governo misto de POLYBE (2003), de Nicolau MAQUIAVEL (2008), de Charles-Louis de Secondat, Baron de MONTESQUIEU (1996), de Alexander HAMILTON, James MADISON & John JAY (2003), ou mesmo do descrito por Michael HARDT & Antonio NEGRI (2000), mas esta indagação escapa aos objetivos deste trabalho. Fica assim registrado o convite para futuras investigações conjuntas sobre o tema.

Para essa tradição, o Direito Político deve se estabelecer de tal maneira que o centro de definição do Direito e do Poder não se esgote em uma ou em outra maneira de ver o mundo.<sup>74</sup> Dito de outro modo, o princípio em função do qual a vida comum se estrutura não pode ser determinado previamente como a única escolha possível.<sup>75</sup> O arranjo jurídico se organiza, assim, tendo por objetivo assegurar que os diferentes modos de vida tenham todos igualmente algum Poder (exigência) sobre os demais – sem que isso permita a algum aniquilar o outro.

Por esse motivo, o acesso misto ao centro do Direito e do Poder de uns sobre os outros não é repartido como um contrato – como se se tratasse de um recurso econômico. A vida comum estruturada na forma mista não é mero agregado de indivíduos que disputam bens superficialmente disponíveis. Ela se mostra como algo que exige estruturalmente a constante rejeição de que qualquer interesse exclusivo se intrometa isoladamente e de forma permanente no lugar do Direito e do Poder.<sup>76</sup> Apenas assim o Direito poderá garantir que ninguém tome o lugar do Direito e do Poder – afinal, impedir a usurpação deste centro por meio da reafirmação constante da horizontalidade é o que garante a permanência estável da vida comum.<sup>77</sup>

Nessa linha de argumentação, a organização da vida comum em nome de qualquer bem – único, absoluto, último – compartilhável entre todos não se mostra como a mais adequada. Isso porque ela não se estrutura a partir de uma superficial distribuição justa de algo (recurso econômico). Antes, ela se origina e se mantém perene no tempo e no espaço por meio de uma organização estrutural que estabeleça um Poder justamente distribuído entre os diferentes modos de vida – isto é, uma estrutura de convivência pública que conceda a todos os partícipes da vida comum poderes reciprocamente contestatórios que mantenham vazio o centro nomogenético e decisório.<sup>78</sup>

Essa relação entre Direito e Política permite compreender o Direito Internacional também como caixa de ferramentas que apresenta soluções institucionais de organização da vida pública entre os diferentes povos<sup>79</sup>. Toda-

---

74 CARDOSO, 2002, 2004, 2008; CARDOSO, BIGNOTTO, 2013; VERNANT, 1981.

75 WOLFF, 1999, p. 147.

76 WOLFF, 1999, p. 122-7 e 134-5.

77 WOLFF, 1999, p. 117-8.

78 VERNANT, 1981; WOLFF, 1999, p. 147.

79 BADIN, GIANNATTASIO & CASTRO, 2016; GIANNATTASIO, 2016a, 2016c, 2018a; ONUMA, 2016,

via, essa aproximação permite desvelar que, nessa juridificação das tensões políticas entre os povos<sup>80</sup>, o “Direito Internacional perdeu sua inocência”.<sup>81</sup>

Essa constatação deriva do fato de ser mais e mais evidente o papel de dominação exercido pela tradição do saber (razão pura) e do fazer (razão prática) do Direito Internacional.<sup>82</sup> Ainda que diferentes autores denunciem uma dimensão específica dessa dominação<sup>83</sup>, todos expõem diferentes nuances da mesma nervura do Direito Internacional: ao menos desde a afirmação universal do *ius publicum europaeum* nos últimos 4 (quatro) séculos, a juridificação internacional tende a reproduzir no tempo um modelo de prevalência reiterada de alguns modos de vida (dito centro: europeu, ocidental, masculino, branco, capitalista, entre outros) em detrimento de outros (dito periferia).<sup>84</sup> A ascensão contemporânea descomensurada de um economicismo ordenador da ordem jurídica internacional<sup>85</sup> é acompanhada pela consolidação da preferência por formas explicativas das dinâmicas jurídicas internacionais a partir de uma raiz econômica<sup>86</sup> – o que se mostra insuficiente para compreender como tais escolhas do saber e do fazer são derivados de jogos de poder de determinadas civilizações sobre outras.<sup>87</sup>

Nestes termos, note-se que tais denúncias sinalizam que o (fazer o) Direito Internacional se oferece como um arcabouço que organiza juridicamente a vida pública entre diferentes povos a partir de uma lógica que estruturalmente promove uma exclusão. Não se trata, contudo, apenas de uma exclusão em termos de Poder substantivo – isto é, de Poder militar e econômico. Antes, argumenta-se que a exclusão consiste fundamentalmente em um não-reconhecimento da condição de lugar epistêmico a tais periferias.<sup>88</sup>

---

80 GIANNATTASIO, 2016c.

81 BADIN, MOROSINI, GIANNATTASIO, 2018, p. 3.

82 ANGHIE, 2004; CHIMNI, 2006, 2017; ESLAVA; FAKHRI; NESIAH, 2017; ESLAVA, OBREGÓN, URUEÑA, 2016; GIANNATTASIO, 2014; HARDT & NEGRI, 2000; LORCA, 2013; MBEMBE, 2006a, 2006b; MUTUA, 1995, 2000a, 2000b, 2004, 2016; ONUMA, 2016; RAJAGOPAL, 2008, 2013; VEÇOSO, 2017.

83 Cada um dos autores se refere a uma dimensão de dominação do Direito Internacional – e seria impossível esgotar neste texto, ou mesmo nesta nota de rodapé, uma visão geral sobre tais leituras críticas sobre o Direito Internacional. Esse inclusive não é o objetivo deste texto. Remete-se o leitor a pelo menos aos autores mencionados neste parágrafo.

84 CHIMNI, 2006, 2017; GIANNATTASIO, 2016d; LORCA, 2013; ONUMA, 2016.

85 ARNAUD, 2004; TOURME-JOUANNET, 2016.

86 GIANNATTASIO, 2017.

87 HARDT & NEGRI, 2000.

88 ONUMA, 2016.

Há assim uma relação duradoura garantida pela fôrma jurídica internacional contemporânea que (i) não apenas ignora que em tais regiões há uma capacidade ativa de questionar a estrutura de Poder econômica e militar<sup>89</sup>, mas que, principalmente, (ii) reforça a percepção de que em tais lugares vigora uma incapacidade de inovar o repertório de base (o saber) do Direito Internacional.<sup>90</sup>

Assim, entende-se que marginalização operacionalizada no interior do Direito Internacional ocorre principalmente por meio de uma exclusão em termos de Poder ideacional. Afinal, a linguagem e suas redes de significações persistem preenchidas por etno e egocentrismos vinculados à experiência europeia, ocidental, masculina, branca, capitalista, entre outras dimensões.<sup>91</sup>

Por isso, argumenta-se que no plano da gramática básica do saber e do fazer o Direito Internacional vigora uma situação de verticalidade. Afinal, a permanente impossibilidade de tradições periféricas pautarem de maneira determinante os termos dos debates da agenda jurídica internacional sinaliza a ausência de estrutura horizontal que privilegia poucos (donos do Poder e do Saber), em detrimento de muitos (sujeitos ao Poder e ao Saber).<sup>92</sup> Assim, se a igualdade jurídica expandida historicamente desde o século XIX e durante o século XX resolveu um entrave superficial à oitiva dos demais povos<sup>93</sup>, ela não foi capaz de resolver o entrave estrutural: o preenchimento permanente do lugar do Poder e do Saber em torno da fôrma jurídica internacional por uma mesma tradição.<sup>94</sup>

### 3. Bens Públicos Globais: a expansão de um conceito

#### 3.1 Bens Públicos Nacionais

O conceito de bem público foi inicialmente sistematizado por Paul Samuelson em sua Teoria Pura dos Gastos Públicos. Para Samuelson<sup>95</sup>, um bem público é um bem (um produto, um serviço ou resultado) dotado de duas características essenciais: não-exclusão e não-rivalidade, isto é, res-

---

89 DURAN, 2018; MOROSINI & BADIN, 2017.

90 GIANNATTASIO, 2018c.

91 ONUMA, 2016.

92 ONUMA, 2016.

93 LORCA, 2013.

94 ONUMA, 2016.

95 SAMUELSON, 1954.

pectivamente: ninguém pode ser excluído do acesso a tal bem e o consumo do mesmo por um indivíduo não impede o seu consumo por outros. Nesse sentido, uma placa de sinalização de trânsito, por exemplo, é utilizada por todos (sem exclusão) e seu aproveitamento não implica sua apropriação por alguém (sem rivalidade no consumo). O bem público é, por evidência, diferente de um bem privado que é exclusivo e rival no consumo - como um doce que, por pertencer a certa pessoa, exclui todas as demais, e cujo consumo o torna indisponível às demais pessoas.<sup>96</sup>

A verdadeira peculiaridade dos bens públicos, identificada por Samuelson, consiste na dificuldade de sua produção. Os bens públicos costumam ser produzidos em quantidade inferior à ideal (*underproduced*)<sup>97</sup> pois não há uma predisposição privada para produzir algo não-exclusivo e não-rival. A produção de um bem público em dimensões qualitativas e quantitativas adequadas estaria fadada a ser desequilibrada em função de uma esperável falha de operação usual das interações humanas marcadas por uma liberdade individual dinamizada apenas pelo auto-interesse.<sup>98</sup>

Assim, um bem que, por definição, deve ser acessível e disponível a todos não motiva ninguém a contribuir para sua produção. É o que se denomina o problema das *externalidades*<sup>99</sup> dos bens públicos: os custos e bene-

---

96 BOIDIN; HIEZ; ROUSSEAU, 2008; CAFFAGGI; CARON, 2012; KAUL; GRÜNBERG; STERN, 1999.

97 KINDLEBERGER, 1986; GABAS; HUGON, 2001.

98 Aproxima-se aqui, nas entrelinhas, de uma crítica ao enclausuramento monádico promovido pela ascensão de um discurso civilizatório no Ocidente Europeu Moderno que enaltece a figura do indivíduo como agente isolado (ELIAS, 2011; JAMESON, 1985, 1999; MARX, 2003; WIEACKER, 2004) - o qual persiste em diferentes leituras contemporâneas sobre os fenômenos (FUKUYAMA, 1992). Nesse sentido, percebe-se que a leitura tradicional sobre bens públicos está caracterizada, em sua origem, por uma narrativa econômica neoclássica (SHAFFER, 2012). A princípio, seria fácil aproximar essa discussão de um pensamento jurídico que oscila no conflito entre a Análise Econômica do Direito (*law and economics*) e o Direito Econômico neoinstitucionalista de caráter desenvolvimentista: o Direito e suas instituições exerceriam um papel fundamental na condução do processo de produção de bens públicos (qualquer que seja sua extensão geográfica), a fim de superar as deficiências da lógica privada de produção, de preservação e de circulação de bens (BERCOVICI, 2005; BUCCI, 2002, 2013; GIANNATTASIO, 2010; SCHAPIRO, 2011; SEN, 2000, 2014, 2017; VIEIRA, DIMOULIS, 2011). Não é objetivo aqui aproximar a discussão aqui do tema relativo ao papel do Direito Internacional na produção e na preservação de BPGs dentro de uma lógica economicista, tal qual a discussão proposta pelo debate aqui indicado. Aqui, basta reconstituir a genealogia do conceito e apontar os caminhos para a relocalização epistemológica do debate para além da chave de explicação originária: do economicismo ao político.

99 As expressões externalidades positivas e externalidades negativas são ambíguas. Economistas costumam chamar de positivas as externalidades que geram utilidades positivas, em oposição àquelas que geram consequências indesejáveis ou inconvenientes. As análises de ciência política, por sua vez, consideram externalidade positiva o fato de alguém não usufruir da totalidade dos benefícios gerados pela sua ação, e externalidade negativa o fato de um ator não arcar com a integralidade dos custos necessários à produção do BPG (KAUL; GRUNBERG; STERN, 1999).

fícios envolvidos na produção de bens públicos prejudicam este processo, pois é desinteressante o investimento em sua criação, circulação e proteção. Nesse sentido, a produção deles estaria relegada a alguma entidade nacional que pudesse exercer um Poder diretivo e determinante dentro de uma perspectiva pública: o Estado.<sup>100</sup> Apenas esta autoridade pública nacional disporia dos incentivos e dos mecanismos adequados para planejar, organizar, dirigir e controlar a produção e a proteção de tais bens fundamentais.

Perceba-se que a teoria dos bens públicos foi desenvolvida por um economista liberal – Samuelson – que não tinha a pretensão de discutir problemas globais<sup>101</sup> e nem os avaliar dentro de uma perspectiva epistemológica distinta. Por esse motivo, não apenas a linguagem que estrutura essa reflexão tem origem no discurso econômico liberal, como também se restringe a uma análise nacional.<sup>102 103</sup>

Entende-se que, mediante a intensificação do processo de globalização, o conceito de bem público é retomado dentro de perspectivas puras e aplicadas novas.<sup>104</sup> Estas operam um deslocamento significativo para uma dimensão pós-nacional, isto é, fora do Estado – mas sem o excluir<sup>105</sup>, e que não abandonam completamente a base econômica dos BPs: um recurso escasso a ter a possibilidade de sua fruição distribuída conforme algum critério mais ou menos excludente em termos sociais.<sup>106</sup>

### 3.2. Bens Públicos Regionais

Os bens públicos regionais são caracterizados também pela não-exclusividade e pela não-rivalidade. Sua diferença reside no fato de que as externalidades por eles produzidas ultrapassam as fronteiras nacionais, alcançando

---

100 CAFAGGI; CARON, 2012.

101 BOIDIN; HIEZ; ROUSSEAU, 2008, p. 3.

102 BOIDIN; HIEZ; ROUSSEAU, 2008, p. 5; COGOLATI; HAMID; VANSTAPPEN, 2015.

103 E é por esse motivo que se pretende aqui se efetuar uma realocização da discussão em torno da noção de bens públicos. Até o presente momento, a literatura parece ter se concentrado em ampliar seu alcance geográfico – nacional, regional, global. Como se poderá ver a seguir, pretende-se aqui evidenciar uma camada alternativa de significação epistemológica: os BPGs percebidos dentro de um discurso jurídico tópico se encontram também intimamente vinculados a uma dimensão da indeterminação Política.

104 CAFFAGGI; CARON, 2012; MARING, 2012.

105 HABERMAS, 2001.

106 BOIDIN; HIEZ; ROUSSEAU, 2008.

vários países ou mesmo toda uma região<sup>107</sup>, isto é, “a territorial subsystem of the global system, whose basis might be geological (based on Earth formations such as plains, a coastline), geographical (based on location such as a particular continent), or political (based on shared political values such as socialism)”<sup>108</sup>.

Dessa maneira, é possível compreender que a distinção dos bens públicos ditos *regionais* (BPR) pode ser verificada a partir da verificação da dimensão espacial da atuação de suas externalidades: não proveem seus benefícios a toda a humanidade, mas apenas aos habitantes de alguns países<sup>109</sup>. Embora os benefícios dos BPR só possam ser usufruídos pelos habitantes de determinada região, isto não desqualifica sua característica essencial de não-exclusividade. Justamente, o fato de tal bem-estar disponível a qualquer pessoa naquela determinada região já o torna um bem não-exclusivo.<sup>110</sup>

Assim, a existência de um bem público regional está totalmente condicionada à possibilidade de suas externalidades positivas (benefícios) ou negativas (custos) estarem confinadas em dois ou mais países ou numa região bem determinada. Os efeitos de um BPR ocorrem assim em espaço mais concentrado do que os gerados por um bem público global, mas mais abrangente que os limites do Estado-nação.<sup>111</sup>

Não apenas a questão da proximidade geográfica caracteriza uma região – algo maior que um Estado-nação e menor que o globo. Afinal, o alcance das externalidades de determinado bem público regional pode ser determinado por outros fatores (não naturais). Nesse sentido, o sentimento de pertença a alguma especificidade regional pode ser percebido pela comunidade de (i) aspectos culturais, como o idioma<sup>112</sup>, (ii) aspectos políticos

---

107 GONZÁLEZ, 2009; SANDLER, 2012.

108 ARCE; SANDLER, 2002, p. 12.

109 GONZÁLEZ, 2009.

110 SANDLER, 2012.

111 SANDLER, 2006.

112 Na América do Sul, por exemplo, o Brasil está claramente separado dos demais países de seu continente em razão de sua língua oficial (português) ser diversa. Ao mesmo tempo, o Brasil se conecta culturalmente a países de outros continentes exatamente em função de seu idioma comum - como se pode perceber na *Comunidade dos Países de Língua Portuguesa* (CPLP).

internacionais comuns, como a descolonização<sup>113</sup> ou a segurança<sup>114</sup>, ou (iii) preferências derivadas de processos de integração econômica.<sup>115 116</sup>

Os BPR podem parecer pouco relevantes se comparados aos bens públicos nacionais e globais. González<sup>117</sup> argumenta, contudo, que o estudo dos BPRs ganha interesse quando se preocupa com o fornecimento de bens públicos. Para o autor, haveria uma maior facilidade de estabelecer uma sinergia cooperativa entre países que enfrentam problemas semelhantes em virtude de proximidade geográfica, ou mesmo entre grupos que se compreendem como compartilhando determinada condição com exclusividade. Assim, a proximidade geográfica e a proximidade cultural se revelariam como fatores relevantes para diminuir as dificuldades inerentes à produção e à proteção de bens públicos.

### 3.3. Bens Públicos Globais

A aplicação do conceito de bem público à escala mundial não é de todo recente. Charles Kindleberger<sup>118</sup>, em seu *International Public Goods without an international government*, foi pioneiro em identificar que o aumento da mobilidade de pessoas, mercadorias, serviços e ideias minava pouco a pouco a capacidade de os Estados nacionais proverem certos bens públicos, levantando o debate dos bens públicos que chamava de *internacionais*.<sup>119</sup>

Para Charles Kindleberger<sup>120</sup>, o principal bem público de relevância internacional é a paz. Em seguida, ele destaca, enquanto bens públicos internacionais na esfera econômica, um sistema de livre comércio, direitos

---

113 A título exemplificativo, menciona-se aqui a *Asian-African Legal Consultative Organization* (AALCO), originada em 1956 como produto da Conferência de Bandung e criada para operar motor jurídico de um movimento de não-alinhamento internacional de países localizados nos continentes africano e asiático.

114 Nesse sentido, ver a discussão sobre a constituição de comunidades de segurança (ADLER; BARNET, 1998), como expressão do movimento de securitização da agenda internacional e de sua consideração como bem público regionalmente localizado.

115 ARCE; SANDLER, 2002.

116 A título exemplificativo, mencionem-se a *Association of South East Asian Nations* (ASEAN) e o *Mercado Común del Sur* (MERCOSUR). Na mesma linha de análise, ver a conhecida interpretação dada por Andrew MORAVCSIK (1998) à integração europeia.

117 GONZÁLEZ, 2009.

118 KINDLEBERGER, 1986.

119 BOIDIN; HIEZ; ROUSSEAU, 2008; BOURGUINAT, 2003; GABAS, HUGON, 2001; KAUL, GRUNBERG, STERN, 1999.

120 KINDLEBERGER, 1986.

de propriedade bem definidos, o estabelecimento de padrões standard de pesos e medidas, a criação de políticas macroeconômicas para os períodos de tranquilidade econômica e de uma fonte de gestão de crise para os períodos de turbulência.

Nesse sentido, salientam Gabas e Hugon<sup>121</sup> que o conceito de BPG visa a (i) apontar os limites de agentes privados e agentes públicos estatais na produção e na proteção de BPG; e (ii) encontrar outras entidades pós-nacionais que possam atuar no sentido de suprir essa deficiência. Porém, é inevitável perguntar: o que são, a final, bens públicos *globais* e como se caracterizam?

Cada autor apresenta uma conceituação e uma tipologia própria.<sup>122</sup> De todo modo, há um consenso na literatura examinada em dizer que BPG são bens públicos (bens, produtos ou serviços dotados de não-exclusividade e de não-rivalidade em seu consumo) revestidos de determinadas características especiais que os tornam relevantes para o globo como um todo - e, por isso, globais.<sup>123</sup> Assim, entende-se que um bem público é global quando o raio de alcance das externalidades positivas e negativas produzidas é maior que aquele dos bens públicos nacionais.

Diferentemente do que ocorre com os BPR, as externalidades dos BPG devem possuir o maior alcance sócio-político possível.<sup>124</sup> Deste modo, para

---

121 GABAS; HUGON, 2001, p. 21.

122 Há diversos tipos de classificação formulados pelos autores que investigam o tema, por exemplo: (i) em relação à natureza constitutiva, podem ser divididos entre bens públicos puros ou bens públicos impuros, sendo que os últimos podem ser divididos em bens de clube e bens de recursos de fundo comum (KAUL; GRUNBERG; STERN, 1999); (ii) em relação ao local na cadeia de produção, dividem-se em bens públicos finais e bens públicos intermediários (KAUL; GRUNBERG; STERN, 1999); (iii) em relação às formas de suprimento (tecnologias de produção), inicialmente idealizada por Rajshri Hayaraman e Ravi Kanbur, é dividida em bens de melhor tiro (*best shot goods*), bens de elo mais fraco (*single best efforts goods*) e bens de esforços agregados (*aggregate efforts goods*) (BARRET, 2007); e (iv) em relação aos desafios políticos que impõem, podendo ser dividido em comuns globais naturais, comuns globais de criação humana e comuns resultados de políticas globais (KAUL; GRUNBERG; STERN, 1999). A razão da existência de uma diversidade de classificações é compreendida a partir da reflexão apresentada no item 4., *infra*.

123 Alguns autores sublinham a existência de males públicos globais, como crise bancária, crimes e fraudes cibernéticas e um grande aumento do risco de saúde devido ao crescimento do número de viagens, além da difusão mundial de práticas nocivas como o consumo de drogas e o tabagismo. Segundo essa leitura, os males públicos globais deveriam ser evitados e desincentivados pelos mecanismos jurídicos internacionais - e não promovidos (KAUL; GRUNBERG; STERN, 1999).

124 Conforme destacado no tópico anterior, por diferentes razões e motivos os países se organizam em diferentes grupos regionais. Dessa maneira, são criados diversos tipos de estruturas regionais específicas, como blocos de comércio (MERCOSUL) e alianças militares (OTAN), por exemplo. Portanto, o primeiro requisito para a atribuição da qualidade global a determinado bem público é a necessidade de o seu alcance ser estendido a mais de um grupo de países. Os bens públicos que tem seus efeitos aplicados exclusivamente a uma região específica será pensado como um bem regional (KAUL; GRUNBERG; STERN, 1999).

que um certo bem seja reconhecido como um BPG, é preciso que seus efeitos afetem um maior número de pessoas possível, na maior extensão política territorial possível. Assim, um bem público global necessita que os seus benefícios alcancem não apenas um largo espectro de países, mas também um largo espectro da população mundial - ainda que apenas potencialmente.<sup>125</sup>

A gradação politico-espacial (local, regional, global) é provavelmente a característica mais marcante de um BP, o que por isso mesmo leva a estabelecer condições para sua definição – BPN, BPR, BPG.<sup>126</sup> Todavia, no que se refere aos BPGs, Todd Sandler<sup>127</sup> reconhece uma dimensão adicional, de caráter temporal.

Nestes termos, um bem público seria realmente *global* quando seus efeitos alcançassem a todos, na geração presente e também nas futuras gerações. Assim, os bens públicos seriam intrageracionais e intergeracionais – de tal modo que apenas estes últimos seriam considerados globais, pois produzem efeitos benéficos tanto para a geração presente quanto para as futuras gerações podem ser considerados como globais.<sup>128</sup> Com isso, o fator tempo seria imprescindível para caracterizar um bem público como um BPG: resolver os problemas e desafios da presente geração sem prejudicar as futuras.<sup>129</sup>

Para Gabas e Hugon<sup>130</sup>, há duas principais linhas economicistas de concepção sobre BPG. Uma primeira concepção explica a existência dos BPG pelas falhas de mercado – sendo sua produção realizada dentro de uma chave utilitarista. Uma segunda concepção perceberia a discussão dentro de um enfoque de economia política mundial, a qual analisa os BPG sob a perspectiva de patrimônios comuns. Assim, na primeira concepção, o livre-mercado explica as relações, enquanto, na segunda, a noção de valores compartilhados pela comunidade internacional é o que explica as relações.

---

125 KAUL; GRUNBERG; STERN, 1999.

126 Espaços diferenciados entre si, com demandas peculiares e em disputa, derivados segundo André-Jean ARNAUD (2004) do processo de globalização – uma forma de disseminação mundial de um modo de vida econômico neoliberal que encontra valorização – e também resistências! – nos âmbitos regionais e locais. Sobre a resistências locais ao global, v. por exemplo Jürgen HABERMAS (1987) e Luís ESLAVA (2015).

127 1999; BOIDIN, HIEZ, ROUSSEAU, 2008. p. 2; - BOURGUINAT, 2003. p. 2

128 Contudo, argumenta-se que existem bens que produzem efeitos benéficos para as gerações presentes e não para as futuras - como a energia nuclear (SANDLER, 1999).

129 KAUL; GRUNBERG; STERN, 1999; BOURGUINAT, 2003.

130 GABAS; HUGON, 2001.

Nas décadas de 1970 e 1980, surgem diferentes propostas aos modos de produção de bens públicos no plano internacional: os realistas defendem que a produção dos BPG deve ser assumida por uma única potência hegemônica (um país que seja uma potência político-econômica)<sup>131</sup>, enquanto os institucionalistas entendem que as potências hegemônicas<sup>132</sup>, na verdade, introduzem os regimes jurídicos por meio dos quais são criadas instituições - as quais, por sua vez, produzem BPG de acordo com os princípios, normas, regras e procedimentos decisórios estabelecidos pelos atores internacionais.<sup>133</sup> Neste particular, nos últimos anos tem crescido o entendimento de que as organizações internacionais são a chave de produção, de promoção e de proteção de BPG.<sup>134</sup>

Nestes termos, percebe-se que há uma alocação análoga no que se refere à entidade responsável por produção de BP: enquanto Estados são competentes para produzir BPs *nacionais*, as organizações internacionais são competentes para produzir BPs *globais*.<sup>135</sup> Embora haja meios alternativos<sup>136</sup>, a atuação das numerosas instituições internacionais – enquanto APIs – é geralmente vista como etapa essencial da produção de BPG. Neste sentido argumenta Bruce Jenks<sup>137</sup>:

L'institutionnalisation est une étape nécessaire dans la création de la capacité de poursuivre des missions mondiales et de produire des biens publics mondiaux. Les analyses critiques de la performance ne doivent pas faire oublier l'importance de l'institutionnalisation pour le succès de la production de biens publics mondiaux.

---

131 KINDLEBERGER, 1986, p. 8.

132 Dessa forma, a hegemonia norte-americana, por exemplo, promoveu o acordo de Bretton Woods que levou à criação da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE). Esta, na condição de instituição atuante em nível internacional, seria competente para produzir bens públicos pertinentes a suas atribuições (KINDLEBERGER, 1986).

133 KINDLEBERGER, 1986, p. 8.

134 JENKS, 2012; PETERSMANN, 2017; SCHAFFER, 2012.

135 SCHAFFER, 2012, p.683.

136 SCHAFFER propõe abordagens de Direito Constitucional Global, Direito Administrativo Internacional e de Pluralismo Jurídico como alternativas à produção de BPG por instituições (organizações internacionais) (SCHAFFER, 2012, p.683-684).

137 JENKS, 2012, p.11.

No entanto, este reconhecimento da importância das instituições na produção dos BPG não representa qualquer consenso no assunto. A verdade é que o debate sobre BPG permanece vivo e agitado pelo próprio fato de se tratar de um conceito ainda em desenvolvimento.<sup>138</sup> Do discurso de Kindleberger, em 1986, à última publicação sobre o tema a ideia de bens públicos globais (ou mundiais) não cessa de adquirir novas nuances.<sup>139</sup>

#### 4. Bens Públicos Globais como lugares comuns: estruturas epistemológicas jurídicas entre materialismo econômico e horizontalidade política

Não existe um consenso no que se refere ao conceito e às tipologias envolvendo os BPG: há, na verdade, uma enorme variedade de concepções teóricas. Apenas buscaremos apontar aqui as principais razões que explicam esta variedade de conceitos e identificar as consequências de tais variações. A partir da compreensão dessas escolhas implícitas indicadas pela literatura examinada, será possível compreender a aproximação proposta por este texto entre BPGs e *topoi*.

Para entender por que há tantas concepções diferentes de BPG, é preciso remontar às origens do conceito. Quando Paul Samuelson<sup>140</sup> primeiro sistematiza a noção de bens públicos, ele o faz dentro de uma perspectiva inicialmente econômica e nacional. Sua preocupação dava-se em torno dos problemas de produção desses bens que chamou de públicos.<sup>141</sup> Mais tarde, quando Charles Kindleberger<sup>142</sup> retoma o conceito para o aplicar à escala internacional, ele inicia sua abordagem de BPG falando justamente na relevância de uma visão interdisciplinar do assunto.

---

138 BOIDIN; HIEZ; ROUSSEAU, 2008, p.2.

139 Lembre-se de que não é objetivo deste trabalho esgotar a apresentação de todos os conceitos e de todas as tipologias existentes sobre o tema de BPG. Longe de pretender categorizar e problematizar as categorizações existentes, este texto apenas apresenta essa genealogia do conceito para, em seguida, apresentar uma alternativa epistemológica. Com isso, pretende-se modular esse conceito para impulsionar uma nova forma de organização jurídica das relações internacionais. V. ainda Gregory SHAFFER (2012), quem critica a maleabilidade conceitual e tipológica da noção de BPG, a qual pode impactar na legitimidade e no potencial do termo para a condução das relações internacionais.

140 SAMUELSON, 1954.

141 NORDHAUS, 2006.

142 KINDLEBERGER, 1986.

Portanto, desde logo a ideia de BPG ultrapassou as fronteiras da Economia adentrando o campo das Ciências Políticas, da Sociologia e do Direito Internacional. Cada disciplina tende a acrescentar novas perspectivas de análise ao tema, de tal forma que o conceito é enriquecido a cada nova abordagem interdisciplinar<sup>143</sup>. Todavia, essas incursões disciplinares são superficiais, pois agregam visões sem modificar a estrutura economicista subjacente ao discurso dos BPGs: tratar-se-iam de bens ou de valores relevante para a sobrevivência da humanidade e que, por esse motivo, deveriam ser produzidos e distribuídos. A discussão residiria, afinal, em quem o produz, como o produz e conforme qual critério o distribui.

Apesar de a noção de bem público internacional remontar à década de 1970, é somente a partir dos anos 1990 que o conceito de bem público *global* ganha notoriedade no cenário internacional. Isso se deve, principalmente, ao trabalho do grupo de estudos do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) que abraçou a causa dos PBG e publicou três obras sobre o tema em 1999, 2003 e 2006.<sup>144</sup> Estas publicações colocam os BPG no centro das discussões sobre governança global e fazem de tal conceito um importante instrumento retórico nos debates relativos à legitimidade das instituições internacionais.<sup>145</sup>

Neste contexto, é possível notar que um dos motivos que influencia as várias concepções de BPG é a instituição por trás de cada estudo produzido sobre o tema – os financiadores (*bailleurs de fonds*) das diversas pesquisas influenciam o conteúdo dado ao conceito de BPG em função das suas prioridades.<sup>146</sup> Em outras palavras, diferentes instituições com diferentes objetivos e prioridades conceituaram de maneira diferente a ideia de BPG.<sup>147</sup>

---

143 CAFAGGI; CARON, 2012, p. 645.

144 BODANSKY, 2012, p. 654.

145 BODANSKY, 2012, p. 655.

146 GABAS; HUGON, 2001.

147 Por exemplo, a Agência Francesa para o Desenvolvimento apontou em seu estudo três áreas prioritárias para a produção de BPG: as assimetrias de mercado e as infraestruturas de desentrelaçamento econômico, o meio-ambiente e os recursos naturais, e os bens “deficitários”, a saber, os serviços sociais e as infraestruturas de base. O Banco Mundial optou, por sua vez, por uma definição mais abrangente que conta com quatro categorias genéricas de BPG. São elas: a circulação racional de informação, capitais e mercadorias, a difusão mais ampla possível dos benefícios da globalização, os recursos naturais e, por fim, a criação e difusão de conhecimento (GABAS; HUGON, 2001). Logo, a conotação dada ao conceito em um relatório do Banco Mundial resultará em ações diferentes daquelas elencadas pela Agência Francesa de Desenvolvimento, pelo fato de cada instituição interpretar a ideia de BPG de forma diferente.

Outra razão que pode explicar a variedade de conceitos de BPG, é também o mais evidente. Cada estudo é fruto de um momento histórico e de circunstâncias socioculturais específicas. Neste ponto, Gabas e Hugon<sup>148</sup> listam vários desses fatores circunstanciais que influenciam a definição de BPG:

Les contenus diffèrent selon les époques, notamment du fait de l'évolution des techniques et de la demande, et selon les sociétés, en raison des spécificités socioculturelles ou des écarts de développement. Ils diffèrent évidemment aussi selon les systèmes de valeurs: les pays en développement n'en ont pas la même conception que les pays industriels.

Em resumo, a grande variedade de conceitos de BPG se explica por três principais razões. A primeira é que o enfoque de cada publicação difere em função da disciplina no interior da qual se desenvolve o estudo. A segunda explicação está ligada à instituição que financia cada estudo (*bailleurs de fonds*). E a última consiste na constatação evidente de que cada concepção teórica é fruto das circunstâncias temporais e socioculturais em que é desenvolvida. De tal maneira que, para alguns como Kindleberger<sup>149</sup>, a lista de BPG é sucinta. Para outros como Kaul, Grünberg e Stern<sup>150</sup>, é um rol aberto.

A relevância de se identificar nuances no conceito de BPG não reside em simplesmente apontar a variedade em si mesma, mas os diferentes impactos que tais variações produzem.

Nesse sentido, entende-se que o conceito de BPG se mostra como fórmula de procura no interior de um discurso jurídico internacional puro e prático contemporâneo. Tal conceito é utilizado como instrumento de construção de bases de aceitação (legitimidade) de discursos tradicionalmente hegemônicos (ocidentocentrismo, eurocentrismo) sobre o saber e sobre o fazer a fôrma jurídica das relações internacionais. Ou seja, o uso do conceito de BPG se aproxima do uso dos *topoi*: um mecanismo de legitimação de determinado discurso, ou mesmo de determinada instituição ou decisão.

---

148 GABAS; HUGON, 2001.

149 KINDLEBERGER, 1986.

150 KAUL; GRÜNBERG; STERN, 1999.

Essa ampla possibilidade de adesão deriva do fato de, enquanto *topoi*, os BPGs são indetermináveis: ninguém se oporia à proteção e à promoção de BPG (Democracia, Desenvolvimento, Direitos Humanos ou Segurança). Os conflitos residiriam simplesmente em torno da decisão sobre relocalização superficial sobre quem os produz, como os produz e conforme quais critérios os BPGs devem ser distribuídos. Essa discussão superficial em torno de um abstrato indeterminável é exponencializada por meio da variabilidade das intenções e dos projetos políticos e culturais dos diferentes a(u)tores que, a cada momento, escrevem sobre BPGs.

Todavia, essa estrutura economicista dos BPG não parece adequada para nortear os critérios de construção de bases de legitimidade da razão pura e prática do Direito Internacional. Isso porque, se a ordem jurídica internacional se estruturar apenas e tão-somente em torno controvérsias sobre produção e de distribuição de BPGs, essas discussões ignorarão a tensão política fundamental envolvendo a própria escolha dos BPG (enquanto bens ou valores escassos a serem distribuídos) como critério ordenador do discurso jurídico internacional.

Em outras palavras, a aproximação entre Direito Internacional e Política sugere que a ordem internacional não se estruturará de maneira adequada enquanto for percebida como simples provedora - conforme critérios mais ou menos excludentes de acesso a recursos escassos - de Democracia, Desenvolvimento, Direitos Humanos e Segurança. E isso porque a indeterminabilidade do significativo BPG produz uma adesão imediata ao sistema jurídico internacional vigente e eclipsa discussões envolvendo a preocupação jurídica fundamental do Direito Internacional: como impedir a continuidade de um discurso jurídico que estruturalmente estabelece e mantém posições desiguais e de dominação entre os povos?

Nesse sentido, o problema não reside simplesmente em entender que a vida jurídica internacional deve se ordenar por outros critérios além do de repartição de valores ou de bens.<sup>151</sup> O problema reside em não notar que essa opção assegura uma legitimidade material (economicista) da ordem jurídica internacional, mas deixa de convidar a uma reflexão acerca de tema crucial das relações internacionais: a incapacidade de o saber e

---

151 Andre-Jean ARNAUD (2004, 2014) e Michael HARDT & Antonio NEGRI (2000) denunciam a tendência à prevalência de um determinado tipo de “economicismo” nas relações internacionais, em detrimento de outras dinâmicas sociais não econômicas.

de o fazer o Direito Internacional contemporâneo colocarem as diferentes formas de intermediação das gentes (Estados, OIs, empresas, ONGs, entre outros) em um pé de igualdade que, por sua vez, elimine pretensões de verticalização das relações e de sujeição de alguns ao poder ideacional ou substantivo de outros.

Assim, os BPGs podem ser percebidos como expedientes discursivos que legitimam um exercício de Poder (puro e prático) por meio do Direito Internacional contemporâneo: a promessa superficial de realização universal de determinado valor caro que, no entanto, persiste privilegiando estruturalmente determinados centros de Poder – isto é, sem questionar (i) a razão pela qual esses centros são privilegiados (a) na distribuição de tais valores ou (b) na definição de critérios para a distribuição global de tais valores, ou mesmo (ii) o motivo em virtude do qual precisamente tais bens, entendidos como passíveis de repartição, são os fins em torno dos quais a vida jurídica internacional deve se orientar: Democracia<sup>152</sup>, Desenvolvimento<sup>153</sup>, Direitos Humanos<sup>154</sup> e Segurança.<sup>155</sup>

Por esse motivo, argumenta-se que os BPGs devem ser pensados, não dentro de uma raiz economicista (distribuição de recursos escassos), mas dentro de uma chave política (horizontalidade de relações).<sup>156</sup> Essa mudança epistemológica deriva da aproximação entre Direito e Política e pretende contribuir para a introdução de fissuras críticas sobre o Direito Internacional.

Nestes termos, entende-se que os estudos em Direito Internacional devem se orientar para afastar a reiteração de práticas de dominação dos detentores do Poder ideacional e do Poder substantivo (ocidentocentrismo, eurocentrismo) – e não se contentar com a simples discussão sobre como realocar superficialmente bens públicos pelo globo. Em outros termos, se houvesse um critério ordenador da vida jurídica internacional, ele não seria um BPG, mas um problema permanentemente mal resolvido: o papel do Direito para lidar com a divisão entre dominantes e dominados.<sup>157</sup>

---

152 GIANNATTASIO, 2016b, 2016d; RAJAGOPAL, 2008.

153 CASELLA, 2013; HARDT & NEGRI, 2000; PAHUJA, 2007, 2011.

154 BACHAND, 2018, p. 183-205; GIANNATTASIO, 2014, 2018; MUTUA, 2004; ONUMA, 2016; RAJAGOPAL, 2013.

155 ANGHIE, 2004; BACHAND, 2018, p. 217-30; ORFORD, 2011; RAJAGOPAL, 2008.

156 ARNAUD, 2004, 2014.

157 CHIMNI, 2006; KOSKENNIEMI, 2004; PAHUJA, 2011

Entende-se, assim, que manter a horizontalidade relacional nas relações entre os diferentes modos de interação entre povos (Estados, OIs, empresas, ONGs, entre outros) por meio do Direito seria reconhecer que o centro ordenador do Direito Internacional não seria preenchido permanentemente por um bem material ou por um valor materialmente definível - ou ainda, um BPG. Antes, tal centro deveria ser mantido, invariavelmente, como um lugar permanentemente vazio.

A reflexão acima tem um objetivo específico. Mais do que pretender simplesmente atualizar o pensamento jurídico brasileiro em Direito Internacional sobre novos conceitos, tipologias e tópicos, há uma atividade consciente de propor uma contribuição para o referido debate a partir de uma relocalização epistemológica. Contudo, conhecer esse repertório conceitual é fundamental para compreender a modulação proposta pelo presente estudo. E isso nos conduz a uma última reflexão neste texto.

Por um lado, certamente não foi objetivo do presente texto nem investigar as razões pelas quais o referido debate não penetrou efetivamente no discurso jurídico brasileiro sobre Direito Internacional, nem comparar as diferenças de graus de apropriação deste repertório significativo em torno de BPGs por diferentes comunidades epistêmicas em Direito Internacional. Por outro lado, a título meramente hipotético, sugere-se aqui a possibilidade de relacionar esse desinteresse com elementos que parecem caracterizar estruturalmente a produção jurídica brasileira em Direito Internacional.

O diagnóstico de que a produção jurídica da ciência brasileira em Direito Internacional carece de capacidade inovadora em comparação a outros centros epistêmicos não é novo. Usualmente se associam a tal produção acadêmica nacional – artigos científicos, dissertações de mestrado, teses de doutorado, trabalhos apresentados em congressos nacionais, estrangeiros e internacionais e projetos de pesquisa de pós-doutorado – as seguintes características<sup>158</sup>: (i) centrada em manuais<sup>159</sup>; (ii) desprovida de rigor metodológico puro e aplicado<sup>160</sup>; (iii) tendência a um mimetismo da produção científica de determinadas comunidades epistêmicas reputadas como centrais – não apenas Estados Unidos da América e Europa, mas

---

158 A lista é exemplificativa e certamente não esgota as críticas usualmente apresentadas à produção jurídica nacional por juristas brasileiros e não-brasileiros.

159 VEÇOSO & RORIZ, 2016.

160 AMARAL JR., 2016; MOROSINI & BADIN, 2017; OLIVEIRA & BADIN, 2013.

também Austrália e Japão<sup>161</sup>, principalmente no que se refere a temas vinculados à regulação jurídica internacional da economia internacional<sup>162</sup>; e (iv) replicação automática da tradição do pensamento jurídico nacional, postura acadêmica incapaz de compreender e de acompanhar as dinâmicas sociais contemporâneas próprias do país.<sup>163</sup>

Diante das chaves explicativas acima – e desconsiderando aquelas que sinalizam deficiências associadas a aspectos metodológicos ou de meios acadêmicos de divulgação não inovadores (manuais), seria possível levantar algumas hipóteses para compreender a razão pela qual há um desinteresse do pensamento jurídico brasileiro pelo debate em torno dos BPGs.

Nesse sentido, seria pertinente investigar futuramente, por exemplo, se o baixo estímulo a uma inovação autóctone do pensamento jurídico teria fomentado um autorreferenciamento imoderado da academia brasileira em torno de si mesma, sem explorar outras áreas de conhecimento (interdisciplinaridade) ou contribuições estrangeiras – as quais tratam do tema dos BPGs. Ao mesmo tempo, também se poderia cogitar se a tradicional postura replicadora de contribuição estrangeira também poderia ser capaz de explicar o desinteresse, mas de outra forma: exatamente por não haver um interesse na literatura jurídica estrangeira pelo tema, tal desinteresse seria igualmente mimetizado pela literatura jurídica nacional.

Em outras palavras, nos dois casos, o desinteresse pelo debate em torno do tema dos BPGs poderia ser explicado por uma eventual incapacidade de a comunidade epistêmica brasileira atual em direito internacional superar conceitos, tipologias e tópicos pré-definidos por outra comunidade epistêmica no tempo – a tradição brasileira – ou no espaço – comunidade epistêmica estrangeira. Para confirmar ou infirmar tais questões, é necessário certamente um aprofundamento empírico, o qual o presente texto não pretende explorar.

Mencionar aqui as considerações acima tem objetivos muito mais ilustrativos do que compreensivos. Foge aos objetivos do presente estudo esgotar as possibilidades explicativas em torno da não penetração do debate sobre BPG no pensamento jurídico brasileiro, ou ainda em torno da ques-

---

161 BADIN, MOROSINI & OLIVEIRA, 2016; FARIA, 2008; GIANNATTASIO, 2014; GIANNATTASIO, MOROSINI & BADIN, 2018; LORCA, 2016; ROBERTS, 2017.

162 BADIN, MOROSINI & OLIVEIRA, 2016.

163 CELLI JR., 2016; GIANNATTASIO, 2014, 2017, 2018c; GIANNATTASIO & FORTUNATO, 2017; LORCA, 2016.

tão sobre como essa ausência de interesse deriva ou não de motivos distintos no Brasil e em outros países. Por isso, sugere-se que a análise esboçada acima deva ser compreendida como um movimento reflexivo voltado a engajar a literatura brasileira na discussão de tais temas e, com isso, estimular posteriores contribuições teóricas e aplicadas, com fundamento empírico, em torno das questões propostas.

## 5. Conclusão

Apesar de ser conhecida por acadêmicos brasileiros de algumas áreas do conhecimento, a discussão BPGs e as diferentes modalidades de proteção deles pela ordem internacional não encontrou ressonância no pensamento jurídico no país. Por isso, é fundamental que a comunidade epistêmica brasileira tenha contato com essa discussão, precisamente porque se compreende hoje que entidades dotadas de API detêm o papel de proteção de valores caros à humanidade – tais como Democracia, Desenvolvimento, Direitos Humanos e Segurança.

Todavia, entende-se que não se deve se contentar com a mera reprodução do pensamento jurídico estrangeiro na academia brasileira, sob pena de reiterar uma histórica marginalização no processo de construção do saber e do fazer o Direito e o Direito Internacional. Nesse sentido, a recepção do debate em torno dos BPGs deve se orientar no sentido de impulsionar novo tipo de relocalização dos principais termos que o compõem.

A partir de uma pesquisa qualitativa baseada em revisão bibliográfica, foi possível reconstruir uma genealogia geral do conceito de BPG – a qual evidenciou uma raiz economicista na proposição de seu conceito. Todavia, compreender os BPGs como *topoi* permite perceber tal conceito de maneira epistemologicamente distinta – isto é, como um expediente discursivo que legitima um exercício de Poder (puro e prático) por meio do Direito Internacional. E, por esse motivo, entende-se que se mostra necessária a relocalização epistemológica do debate jurídico em torno dos BPGs: da economia (redistribuição de recursos escassos) para a política (horizontalidade de relações).

Dessa forma, argumenta-se que, dentro de uma perspectiva que congrega Direito e Política nos estudos em Direito Internacional, não se mostra suficiente interpretar os BPGs dentro de uma raiz economicista. Afinal, ignorar tal condição é ignorar também que o uso (puro e prático) da noção

de BPG pode esconder a reiteração de práticas de dominação. Por esse motivo, propõe-se que o estudo do conceito no Direito Internacional deva se preocupar em destacar nele sua chave política, isto é, que nele seja enfatizada, não sua definição material, mas simbólica, no sentido de lidar juridicamente com a divisão entre dominantes e dominados dentro de uma horizontalidade relacional.

Espera-se assim que a inserção de tais ideias fora de seu lugar permita atingir os objetivos do presente texto: desestimular no pensamento jurídico internacional brasileiro uma mera reprodução automática das camadas de significação originalmente produzidas em torno dos conceitos de BPG.<sup>164</sup> Apenas por meio do conhecimento dos principais temas relacionados aos BPGs e por meio da ressignificação aqui proposta será possível (i) ampliar os termos gerais do debate internacional sobre o tema; e (ii) redefinir pouco a pouco a posição e o papel da produção jurídica brasileira em Direito Internacional.

## Referências

- ADLER, Emanuel; BARNETT, Michael. *Security Communities*. Cambridge: Cambridge University, 1998.
- ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.
- AMARAL JR., Alberto. Problemas e Desafios do Ensino do Direito Internacional no Brasil. In: Michelle BADIN; Adriane BRITO; Deisy VENTURA (Org.). *Direito Global e suas Alternativas Metodológicas: Primeiros Passos*. São Paulo: FGV Direito SP, p. 121-6, 2016.
- ANDERSON, Benedict. *Comunidades Imaginadas: Reflexões sobre a Origem e a Difusão do Nacionalismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.
- ANGHIE, Antony. *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*. Cambridge: Cambridge University, 2004.
- ARCE M., Daniel; SANDLER, Todd. *Regional Public Goods: Typologies, Provision, Financing, and Development Assistance*. Stockholm: Almqvist & Wiksell International, 2002.
- ARENDT, Hannah. *A Promessa da Política*. Rio de Janeiro: DIFEL, 2008.
- ARISTOTE. *Constitution d'Athènes - Le Régime Politique des Athéniens*. Paris: Le Livre de Poche, 2006.

---

164 SCHWARCZ, 2014.

- ARISTÓTELES. *A Política*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- ARNAUD, André-Jean. *Entre Modernité et Modialisaton*. 2 ed. Paris: LGDJ, 2004.
- \_\_\_\_\_. *La Gouvernance – Un Outil de Participation*. Paris: LGDJ, 2014.
- BACHAND, Rémi. *Les Subalternes et le Droit International*. Paris: Pedone, 2018.
- BADIN, Michelle; GIANNATTASIO, Arthur; CASTRO, Douglas. As Eleições Implícitas na Pesquisa para a Elaboração e Aplicação de Casos em Cursos de Direito Internacional, *Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho*, v. 3, 2016.
- BADIN, Michelle; MOROSINI, Fabio; GIANNATTASIO, Arthur. Conseguimos pensar em narrativas críticas do Direito Internacional no Sul Global?, *Revista de Direito Internacional*, v. 15, p. 2-4, 2018.
- BADIN, Michelle; MOROSINI, Fabio; OLIVEIRA, Inaê. Direito Internacional Econômico no Brasil: Quem Somos e o que Fazemos? Evidências Empíricas de 1994 a 2014, *Revista de Direito Internacional*, v. 13, n. 1, p. 5-25, 2016.
- BARRET, Scott. *Why Cooperate? The Incentive to Supply Global Public Goods*. Oxford: Oxford University, 2007.
- BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BODANSKY, Daniel. What's in a Concept? Global Public Goods, International Law, and Legitimacy. *The European Journal of International Law*. v. 23, n. 3, p. 651-668, 2012.
- BOGDANDY, Armin von; DANN, Philipp; GOLDMANN, Matthias. Developing the Publicness of Public International Law: Towards a Legal Framework for Global Governance Activities, *German Law Journal*, v. 9, n. 11, p. 1375-1400, 2008.
- BOGDANDY, Armin von; GOLDMANN, Matthias; VENZKE, Ingo. From Public International to International Public Law: Translating World Public Opinion into International Public Authority, *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper Series*, n. 2, 2016.
- BOGDANDY, Armin von; WOLFRUM, Rüdiger; BERNSTOFF, Jochen von; DANN, Philipp; GODLMANN, Matthias. *The Exercise of Public Authority by International Institutions*. Heidelberg: Springer, 2010.
- BOGDANDY, Armin von; VENZKE, Ingo. (Ed.). *International Judicial Lawmaking*. Heidelberg: Springer, 2012.

- BOIDIN, Bruno; HIEZ, David; ROUSSEAU, Sandrine. Biens communs, biens publics mondiaux et propriété. Introduction au dossier. *Réseau Développement durable et territoires fragiles*, n. 10, 2008.
- BOURGUINAT, Henri. Quant les biens “publics” deviennent “globaux”. *Sociétal*, Paris, v. 39, p. 47-50, 2003.
- BRAITHWAITE, John; DRAHOS, Peter. *Global Business Regulation*. Cambridge: Cambridge University, 2000.
- BUCCI, Maria Paula. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CAFAGGI, Fabrizio. Transnational Private Regulation and the Production of Global Public Goods and Private ‘Bads’. *The European Journal of International Law*. v. 23, n. 3, 2012.
- CAFAGGI, Fabrizio; CARON, David D. Global Public Goods amidst a Plurality of Legal Orders: a Symposium. *The European Journal of International Law*. v. 23, n. 3, p. 643 - 649, 2012.
- CARDOSO, Sergio. Que república? Notas sobre a tradição de Governo Misto. In: BIGNOTTO, Newton (Org.). *Pensar a República*. Belo Horizonte: UFMG, p. 27-48, 2002.
- \_\_\_\_\_. Por que República? Notas sobre o Ideário Democrático e Republicano. In: CARDOSO, Sergio. (Org.). *Retorno ao Republicanismo*. Belo Horizonte: Humanitas/UFMG, p. 45-66, 2004.
- \_\_\_\_\_. Platão e Aristóteles. In: AVRITZER, Leonardo; BIGNOTTO, Newton; GUIMARÃES, Juarez; STARLING, Heloisa. (Org.). *Corrupção: Ensaios e Críticas*. Belo Horizonte: UFMG, p. 25-45, 2008.
- \_\_\_\_\_. Une Pensée Libre: Clastres lecteur de La Boétie. In: ABENSOUR, Miguel; KUPIEC, Anne (Org.). *Pierre Clastres*. Paris: Sens & Tonka, p. 131-138, 2011.
- CARDOSO, Sérgio; BIGNOTTO, Newton. A Matriz Romana. In: BIGNOTTO, Newton (Org.). *Matrizes do Republicanismo*. Belo Horizonte: UFMG, p. 13-49, 2013.
- CARVALHEIRO, José. Água e Saúde: Bens Públicos da Humanidade, *Estudos Avançados*, v. 29, n. 84, p. 139-49, 2015.
- CASELLA, Paulo. *Fundamentos do Direito Internacional Pós-Moderno*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- \_\_\_\_\_. International Development Law and the Right to Development

- in Post-Modern International Law. In: TOUFAYAN, Mark; TOURME-JOUANNET, Emmanuelle; RUIZ FABRI, Hélène. *Droit International et Nouvelles Approches sur le Tiers-Monde: Entre Répétition et Renouveau*. Paris: Société de Législation Comparée, p. 261-80, 2013.
- CELLI JR., Umberto. Algumas Respostas sobre o Ensino e a Pesquisa em Direito Internacional no Brasil. In: Michelle BADIN; Adriane BRITO; Deisy VENTURA (Org.). *Direito Global e suas Alternativas Metodológicas: Primeiros Passos*. São Paulo: FGV Direito SP, p. 127-30, 2016.
- CERTEAU, Michel. A Operação Historiográfica. CERTEAU, Michel. In: *Escrita da História*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.
- CHAUÍ, Marilena. Amizade, Recusa do Servir. In: LEFORT, Claude; CLASTRES, Pierre; CHAUÍ, Marilena. *Discurso da Servidão Voluntária*. São Paulo: Brasiliense, 1999.
- CHESNEAUX, Jean. Pequena Sociologia do Saber Histórico. CHESNEAUX, Jean. In: *Devemos Fazer Tabula-rasa do Passado? Sobre História e Historiadores*. São Paulo: Ática, p. 80-91, 1995.
- CHIMNI, B. Third World Approaches to International Law, *International Community Law Review*, v. 8, p. 3-27, 2006.
- \_\_\_\_\_. *International Law and World Order: A Critique of Contemporary Approaches*. 2 ed. Cambridge: Cambridge University, 2017.
- CÍCERO, Marco Tulio. *Tratado da República*. Lisboa: Círculo de Leitores, 2008.
- CLASTRES, Pierre. Liberdade, Mau Encontro Inominável. In: LEFORT, Claude; CLASTRES, Pierre; CHAUÍ, Marilena. *Discurso da Servidão Voluntária*. São Paulo: Brasiliense, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Arqueologia da Violência*. São Paulo: Cosac & Naify, 2000.
- \_\_\_\_\_. *A Sociedade contra o Estado*. São Paulo: Cosac & Naify, 2012.
- COGOLATI, Samuel; HAMID, Linda; VANSTAPPEN, Nils. Global public goods and democracy: what role for international law?, *KU Leuven Working Paper* n. 159, 2015.
- DURAN, Camila. Voice and Exit: How Emerging Powers are Promoting Institutional Changes in the International Monetary System, *Revista de Direito Internacional*, v. 15, n. 1, p. 70-89, 2018.
- ELIAS, Norbert. *O Processo Civilizador*. T. I. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.
- ESCRIBANO FRANCÉS, Gonzalo. Provisión de bienes públicos globales y economía política internacional. *AFDUAM*, v. 16, 2012.
- ESLAVA, Luís. *Local Space, Global Life*. Cambridge: Cambridge University, 2015.

- ESLAVA, Luis; FAKHRI, Michael; NESIAH, Vasuki. (Org.). *Bandung, Global History, and International Law. Critical Pasts and Pending Futures*. Cambridge: Cambridge University, 2017.
- ESLAVA, Luís; OBREGÓN, Liliana; URUEÑA, René. Imperialismo(s) y Derecho(s) Internacional(es): Ayer y Hoy. In: Antony ANGHIE; Martii KOSKENNIEMI; Anne ORFORD. *Imperialismo y Derecho Internacional: Historia y Legado*. Bogotá: Siglo del Hombre/Universidad de los Andes/Pontificia Universidad Javeriana, 2016.
- FARIA, José Eduardo. *Poder e Legitimidade*. São Paulo: Perspectiva, 1978.
- \_\_\_\_\_. *Retórica Política e Ideologia Democrática*. Rio de Janeiro: Graal, 1984.
- \_\_\_\_\_. *O Direito na Economia Globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Direito e Conjuntura*. São Paulo: Saraiva/EDESP, 2008.
- FERRAZ JR., Tercio. *Conceito de Sistema no Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais/USP, 1976.
- \_\_\_\_\_. *Direito, Retórica e Comunicação*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Função Social da Dogmática Jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Introdução ao Estudo do Direito*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Estudos de Filosofia do Direito*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- FREUD, Claude. Les biens publics mondiaux. *Cahiers d'études africaines*. p. 198-199-200, 2010.
- FRIEDMANN, Wolfgang. *The Changing Structure of International Law*. New York: Columbia University, 1964.
- FUKUYAMA, Francis. *O Fim da História e o Último Homem*. Rio de Janeiro: Rocco, 1992.
- GABAS, Jean-Jacques; HUGON, Philippe. Les Biens Publics Mondiaux et la Coopération Internationale, *L'Économie Politique*, v. 12, p. 19-31, 2001.
- GIANNATTASIO, Arthur. Globalização Jurídico-Econômica e Irritações Legais Locais: A Racionalidade de Incorporação do Law & Economics pelo Pensamento Jurídico Brasileiro. In: XIX Anais do XIX Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI). Florianópolis: Fundação Boiteux, p. 707-732, 2010.
- \_\_\_\_\_. Permanência do Teológico-Político? Uma Análise do Pensamento Político do Materialismo Ateu de Holbach a partir de Claude Lefort, *Cadernos Espinosanos (USP)*, v. 29, p. 88-121, 2013.
- \_\_\_\_\_. International Human Rights: A Dystopian Utopia, *ARSP Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, v. 100, p. 514-526, 2014.

- \_\_\_\_\_. *Direito Internacional Público Contemporâneo - Fundações Políticas: Vontade, Razão, Costume*. Curitiba: Juruá, 2015.
- \_\_\_\_\_. A Legalidade e a Legitimidade da Autoridade Pública Internacional da OEA nos Casos Brasil e Venezuela: Do Soft Power a um Direito Político Internacional. In: GOMES, Eduardo; XAVIER, Fernando; SQUEFF, Tatiana (Org.). *Golpes de Estado na América Latina e Cláusula Democrática*. Curitiba: Instituto Memória, 2016a.
- \_\_\_\_\_. Direito Internacional Público Contemporâneo e Tribunal Constitucional Internacional: A Radicalização da Política e a Transcendentalização da Origem dos Estatutos Jurídico-Políticos Nacionais. In: OLIVEIRA, Paulo. (Org.). *Temas Avançados de Direito Internacional e Direitos Humanos*. Salvador: Faculdade Baiana de Direito/Juspodivm, 2016b.
- \_\_\_\_\_. A Juridificação de Conflitos Políticos no Direito Internacional Público Contemporâneo: Uma Leitura Política da Paz pelo Direito de Hans Kelsen a partir do Pensamento Político de Claude Lefort, *Revista de Direito Internacional*, v. 12, p. 57-76, 2016c.
- \_\_\_\_\_. Para Além de um Direito Internacional dos Direitos Humanos Moderno: Elementos para uma Radicalização Crítica de uma Narrativa Jurídica Reificada. In: Wagner MENEZES. (Org.). *Direito Internacional em Expansão*. Belo Horizonte: Arraes, v. VI, p. 520-40, 2016d.
- \_\_\_\_\_. Tradição e crítica no conhecimento sobre direito da integração, *Revista DireitoGV*, v. 13, p. 716-748, 2017.
- \_\_\_\_\_. Verità Effettuale e Paz no Direito da Integração Europeia, *Revista Direito e Práxis*, v. 9, p. 610-639, 2018a.
- \_\_\_\_\_. The Interaction between International and Domestic Legal Orders: Framing the Debate according to the Post-Modern Condition of International Law, *German Law Journal*, v. 19, p. 1-20, 2018b.
- \_\_\_\_\_. Contra um Fetichismo nos Estudos Empíricos em Direito Internacional: Moldura Intencional e o Esvaziamento Significativo da Empíria, *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, v. 5, p. 9-24, 2018c.
- GIANNATTASIO, Arthur; FORTUNATO, Renan. Imigração E Participação Política De Estrangeiros: Uma Análise da Formulação da Política Municipal de São Paulo para Imigrantes, *Direito da Cidade*, v. 9, p. 1499-1528, 2017.
- GIANNATTASIO, Arthur; MOROSINI, Fabio; BADIN, Michelle. Narrativas Críticas do Direito Internacional como Espaço para Repensar a Exclu-

- são. In: Ana BRAGA; Daniel BORGES (Org.). *Aspectos Jurídicos da Crise Brasileira*. São Paulo: Cultura Acadêmica/UNESP, p. 347-371, 2018.
- GOLDMANN, Matthias. Inside Relative Normativity: From Sources to Standard Instruments for the Exercise of International Public Authority, *German Law Journal*, v. 9, n. 11, p. 1865-1908, 2008.
- GONÇALVES, Pascoal; CAMPOS, Taiane. Provisão de Bens Públicos Globais: O Comportamento do Brasil, Índia e África do Sul nas Agendas de Segurança e Meio Ambiente, *Meridiano 47*, v. 15, n. 145, p. 3-10, 2014.
- GONZÁLEZ, Jose Angel Velásquez. Los Bienes Públicos Globales y Regionales: Una Herramienta para la Gestión de la Globalización, *Cuadernos Unimetanos*. v. 18, 2009.
- HABERMAS, Jürgen. Técnica e Ciência como Ideologia. In: BENJAMIN, Walter; HORKHEIMER, Max; ADORNO, Theodor; HABERMAS, Jürgen. *Textos Escolhidos*. São Paulo: Abril Cultural, p. 313-43, 1978.
- \_\_\_\_\_. Arquitetura Moderna e Pós-Moderna, *Novos Estudos CEBRAP*, n. 18, p. 115-24, 1987.
- \_\_\_\_\_. Modernidade – Um Projeto Inacabado. In: ARANTES, Otília; ARANTES, Paulo. *Um Ponto Cego no Projeto Moderno: Arquitetura e Dimensão Estética depois das Vanguardas*. São Paulo: Brasiliense, 1992.
- \_\_\_\_\_. *A Constelação Pós-Nacional*. São Paulo: Littera Mundi, 2001.
- \_\_\_\_\_. *O Discurso Filosófico da Modernidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- HALL, Stuart. *A Identidade Cultural na Pós-Modernidade*. 11 ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2006.
- HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. Belo Horizonte: Líder, 2003.
- HARDIN, Garrett. The Tragedy of the Commons, *Science*, v. 162, p. 1243-1248, 1968.
- HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Empire*. Cambridge: Harvard University, 2000.
- HUGON, Philippe. Les Biens Publics Mondiaux : Un Renouveau Théorique pour Penser L'Action Publique à L'Échelle Mondiale. *Politiques et Management Public*, vol. 21, n. 3, p. 55-72, 2003.
- JAMESON, Fredric. Pós-Modernidade e Sociedade de Consumo, *Novos Estudos CEBRAP*, n. 12, p. 16-26, 1985.
- \_\_\_\_\_. *As Origens da Pós-Modernidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.
- JENKS, Bruce. Les Nations unies et les biens publics mondiaux : contri-

- butions historiques et défis à venir. *Revue Internationale de politique de développement*. v. 3. 2012.
- KAUL, Inge; BLONDIN, Donald. Los bienes públicos y las Naciones Unidas. In: OCAMPO, José Antonio (Org.). *Gobernanza global y desarrollo: Nuevos desafíos y prioridades de la cooperación internacional*. Buenos Aires, 2015.
- KAUL, Inge; CONCEIÇÃO, Pedro; LE GOULVEN, Katell; MENDOZA, Ronald (Ed.). *Providing Global Public Goods*. New York: Oxford University, 2003.
- KAUL, Inge; GRÜNBERG, Isabelle; STERN, Marc A. Defining Global Public Goods. In: KAUL, Inge; GRÜNBERG, Isabelle; STERN, Marc. *International Cooperation in the 21st century*. Nova York: Oxford University, p. 2-19, 1999.
- KEHOANE, Robert. Comment: Norms, Institutions, and Cooperation. In: MAKSUS, Keith E.; REICHMAN, Jerome H. *International public goods and transfer of technology under a globalized intellectual property regime*. Cambridge University Press. Nova York, p. 65 – 68, 2005.
- KINDLEBERGER, Charles P. International Public Goods without International Government. *The American Economic Review*, v. 76, n. 1, p. 1-13, 1986.
- KOCKS, Alexander. Die Theorie der globalen öffentlichen Güter, *Zeitschrift für Internationale Beziehungen*, v. 17, n. 2, p. 235-66, 2010.
- KOSKENNIEMI, Martti. What should International Lawyers learn from Karl Marx?, *Leiden Journal of International Law*, n. 17, p. 229-46, 2004.
- KUNTZ, Rolf. República, Direitos e Ordem Global, *Lua Nova*, n. 60, p. 45-55, 2003.
- LA BOÉTIE, Étienne. *Discurso da Servidão Voluntária*. In: LEFORT, Claude; CLASTRES, Pierre; CHAUI, Marilena. *Discurso da Servidão Voluntária*. São Paulo: Brasiliense, 1999.
- LADUR, Karl-Heinz. European Law as Transnational Law – Europe Has to Be Conceived as an Heterarchical Network and Not as a Superstate!, *German Law Journal*, v. 10, n. 10, p. 1357-1366, 2009.
- LAFER, Celso; PEÑA, Felix. *Argentina e Brasil no Sistema de Relações Internacionais*. São Paulo: Duas Cidades, 1973.
- LEFORT, Claude. *Le Travail de l’Oeuvre Machiavel*. Paris; Gallimard, 1986.
- \_\_\_\_\_. Permanência do Teológico-Político? In: LEFORT, Claude. *Pensando o Político*. São Paulo/Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

- \_\_\_\_\_. “Machiavel et la Verità Effetuale”. In: LEFORT, Claude. *Écrire*. Paris: Calmann-Lévy, 1992.
- \_\_\_\_\_. “Entretien avec l’Anti-Mythes”. In: LEFORT, Claude. *Le Temps Présent*. Paris: Belin, 2007a.
- \_\_\_\_\_. “Repenser la Démocratie”. In: LEFORT, Claude. *Le Temps Présent*. Paris: Belin, 2007b.
- \_\_\_\_\_. “Aperçu d’un Itinéraire - Entretien avec Pierre Rosanvallon et Patrick Viveret”. In: LEFORT, Claude. *Le Temps Présent*. Paris: Belin, 2007c.
- \_\_\_\_\_. “Repenser le Politique - Entretien avec E. A. El Maleh”. In: LEFORT, Claude. *Le Temps Présent*. Paris: Belin, 2007d.
- LORCA, Arnulf. *Mestizo International Law*. Cambridge: Cambridge University, 2013.
- \_\_\_\_\_. *Direito Internacional na América Latina ou Direito Internacional Latino-Americano?* In: Michelle BADIN; Adriane BRITO; Deisy VENTURA (Org.). *Direito Global e suas Alternativas Metodológicas: Primeiros Passos*. São Paulo: FGV Direito SP, p. 31-66, 2016.
- MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Comentários sobre a Primeira Década de Tito Lívio*. 5 ed. Brasília: UnB, 2008.
- MARING, Matthias. *Globale Öffentliche Güter in Interdisziplinären Perspektiven*. Band 5. Karlsruhe: KIT Scientific Publishing, 2012.
- MARX, Karl. *A Questão Judaica*. 4 ed. São Paulo: Centauro, 2003.
- MAVROIDIS, Petros C. Free Lunches? WTO as Public Good, and the WTO’s View of Public Goods. *The European Journal of International Law*. v. 23, n. 3, p. 769-791, 2012.
- MBEMBE, Achille. What is Postcolonial Thinking?, *Esprit*, n. 12, p. 117-133, 2006a.
- \_\_\_\_\_. *Necropolitics*, *Raisons Politiques*, n. 21, p. 29-60, 2006b.
- MENDEZ, Ruben. *International Public Finance: A New Perspective on Global Relations*. New York: Oxford University, 1992.
- \_\_\_\_\_. Peace as a Global Public Good. In: KAUL, Inge; GRÜNBERG, Isabelle; STERN, Marc (Ed.). *International Cooperation in the 21st century*. Nova York: Oxford University, p. 2-19, 1999.
- MERLEAU-PONTY, Maurice. Note sur Machiavel. In: MERLEAU-PONTY, Maurice. *Signes*. Paris: Gallimard, 1960.
- MONTESQUIEU, Charles Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

- MORAVCSIK, Andrew. *The Choice for Europe*. Ithaca: Cornell University, 1998.
- MOROSINI, Fabio; BADIN, Michelle. (Ed.). *Reconceptualizing International Investment Law from the Global South*. Cambridge: Cambridge University, 2017.
- MUTUA, Makau. Why Redraw the Map of Africa: A Moral and Legal Inquiry, *Michigan Journal of International Law*, v. 16, p. , 1113-1176, 1995
- \_\_\_\_\_. What is Twail?, *Proceedings of the 94th Annual Meeting of the American Society of International Law*, p. 31-39, 2000a.
- \_\_\_\_\_. Critical Race Theory and International Law: The View of an Insider-Outsider, *Villanova Law Review*, v. 45, p. 841-853, 2000b.
- \_\_\_\_\_. The Complexity of Universalism in Human Rights. In: Andras SAJO (Ed.). *Human Rights with Modesty: The Problem of Universalism*. Leiden: Brill, p. 51-64, 2004.
- \_\_\_\_\_. Africans and the ICC: Hypocrisy, Impunity and Perversion. In: Kamari CLARKE, Abel KNOTTNERUS & Eefje de VOLDER (Ed.). *Africans and the ICC: Perceptions of Justice*. Oxford: Oxford University, p. 47-60, 2016.
- NOLLKAEMPER, André. International Adjudication of Global Public Goods: The Intersection of substance and procedure. *The European Journal of International Law*. v. 23, n. 3, p. 769-791, 2012.
- NORDHAUS, William D. Paul Samuelson and Global Public Goods: A Commemorative Essay for Paul Samuelson. In: SZENBERG, Michael; RAMRATTAN, Lall; GOTTESMAN, Aron A (Ed.). *Samuelsonian Economics and the Twenty-First Century*. Oxford: Oxford University, 2006.
- OLIVEIRA, Ivan; BADIN, Michelle (Org.). *Tendências Regulatórias nos Acordos Preferenciais de Comércio no Século XXI*. Brasília: Ipea, 2013.
- OLSON, Mancur. *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*. Massachusetts: Harvard University, 1965.
- ONUMA, Yasuaki. *Direito Internacional em Perspectiva Transcivilizacional*. Belo Horizonte: Arraes, 2016.
- ORFORD, Anne. *International Authority and Responsibility to Protect*. Cambridge: Cambridge University, 2011.
- PAHUJA, Sundhya. Beheading the Hydra, *Law, Social Justice & Global Development*, v. 1, p. 1-19, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Decolonising International Law*. Cambridge: Cambridge University, 2011.

- PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- PETERSMANN, Ernst-Ulrich. Introduction and Overview: A Research Agenda for Making Global Public Goods Theory More Policy Relevant, *Journal of International Economic Law*, v. 15, n. 3, p. 709–719, 2012.
- \_\_\_\_\_. *Multilevel Constitutionalism for Multilevel Governance of Public Goods*. Oxford/London/Portland: Blommsbury/Hart, 2017.
- PLATAÃO. *Diálogos – Leis e Epínomis*. V. XII-XIII. Belém: UFPA, 1980.
- POLLACK, Mark; SHAFFER, Gregory. Who Governs Transatlantic Relations? In: POLLACK, Mark; SHAFFER, Gregory. (Eds.). *Transatlantic Governance in the Global Economy*. Lanham: Rowman & Littlefield, 2001.
- POLYBE. *Histoire*. Paris: Gallimard, 2003.
- RAJAGOPAL, Balakrishnan. Invoking the Rule of Law in Post-conflict Rebuilding: A Critical Examination, *William & Mary Law Review*, v. 49, 2008.
- \_\_\_\_\_. Droit International Contre-Hégémonique: Répenser les Droits Humains et le Développement comme Stratégie pour le Tiers-Monde. In: TOUFAYAN, Mark; TOURME-JOUANNET, Emmanuelle; RUIZ FABRI, Hélène. *Droit International et Nouvelles Approches sur le Tiers-Monde: Entre Répétition et Renouveau*. Paris: Société de Législation Comparée, p. 237-60, 2013.
- REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- ROBERTS, Anthea. *Is International Law International?* Oxford: Oxford University, 2017.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social – Princípios do Direito Político*. Bauru: EDIPRO, 2000.
- SALCEDO, Juan. *El Derecho Internacional en un Mundo en Cambio*. Tecnos: Madrid, 1985.
- SAMUELSON, Paul. The Pure Theory of Public Expenditure. *The Review of Economics and Statistics*, v. 36, n. 4, p. 387-389, 1954.
- SANDLER, Todd. *Collective Action: Theory and Applications*. Ann Arbor: Michigan University, 1992.
- \_\_\_\_\_. *Global Challenges - An Approach to Environmental, Political, and Economic Problems*. Cambridge: Cambridge University, 1997.
- \_\_\_\_\_. In: KAUL, Inge; GRÜNBERG, Isabelle; STERN, Marc A. *International Cooperation in the 21st century*. New York: Oxford University, p. 20-50, 1999.

- \_\_\_\_\_. Financing International Public Goods. In: FERRONI, Marco; MODY, Ashoka (Ed.). *International Public Goods: Incentives, Measurement, and Financing*. Washington D.C.: The World Bank, 2002.
- \_\_\_\_\_. Assessing the Optimal Provision of Public Goods: in Search of the Holy Grail. In: KAUL, Inge; CONCEIÇÃO, Pedro; LE GOULVEN, Katell; MENDOZA, Ronald (Ed.). *Providing Global Public Goods*. New York: Oxford University, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Regional Public Goods and International Organizations*. Kluwer Academic Publishers: The Review of International Organizations, 2006.
- SCHAPIRO, Mario. Amarrando as Próprias Botas do Desenvolvimento: A Nova Economia Global e a Relevância de um Desenho Jurídico-Institucional Nacionalmente Adequado, *Revista DireitoGV*, v. 7, n. 1, p. 341-3525, 2011.
- SCHWARCZ, Roberto. *As Ideias Fora do Lugar*. São Paulo/Rio de Janeiro: Schwarcz, 2014.
- SEN, Amartya. What is the Role of Legal and Judicial Reform in the Development Process? *World Bank - Legal Conference*, Washington DC, 2000.
- \_\_\_\_\_. *A Ideia de Justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.
- \_\_\_\_\_. *Desenvolvimento como Liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.
- SHAFFER, Gregory. International Law and Global Public Goods in a Legal Pluralist World. *The European Journal of International Law*, v. 23 n. 3, p. 669-693, 2012.
- SLAUGHTER, Anne-Marie. *A New World Order*. Princeton: Princeton University, 2004.
- TEUBNER, Gunther. Verrechtlichung – Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege. In: ZACHER, Hans. SIMITIS, Spiros; KÜBLER, Friedrich; HOPT, Klaus; TEUBNER, Gunther. *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität – Vergleichend Analysen*. Baden-Baden/Frankfurt: Nomos/Surkhamp, pp. 289-344, 1984.
- \_\_\_\_\_. Man schritt auf allen Gebieten zur Verrechtlichung: Rechtssoziologische Theorie im Werk Otto Kirchheimers. In: LUTTER, Marcus; STIEFEL, Ernst; HOEFLICH, Michael (Hrsg.). *Der Einfluss deutschsprachiger Emigranten auf die Rechtentwicklung in den USA und in Deutschland*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1993.
- \_\_\_\_\_. *Global Law without a State*. Farnham: Ashgate, 1997.
- TOURME-JOUANNET, Emmanuelle. *Le Droit International*. 2 ed. Paris: PUF, 2016.

- UNGER, Roberto. *Como Ensinar o Direito Hoje?* s.l: s.n., s.d. (Mimeografado).  
\_\_\_\_\_. *O Direito e o Futuro da Democracia*. São Paulo: Boitempo, 2004.
- VEÇOSO, Fabia. Bandung in the Shadow: the Brazilian Experience. In: Luis ESLAVA; Michael FAKHRI; Vasuki NESIAH. (Org.). *Bandung, Global History, and International Law. Critical Pasts and Pending Futures*. Cambridge: Cambridge University, p. 411-428, 2017.
- VEÇOSO, Fabia; RORIZ, João. História do/no Direito Internacional: questionamentos para a elaboração de estudos historiográficos em direito internacional no Brasil. In: Michelle BADIN; Adriane BRITO; Deisy VENTURA (Org.). *Direito Global e suas Alternativas Metodológicas: Primeiros Passos*. São Paulo: FGV Direito SP, p. 413-431, 2016.
- VERNANT, Jean-Pierre. *As Origens do Pensamento Grego*. 3 ed. São Paulo: Difel, 1981.
- VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.
- VIEIRA, Oscar; DIMOULIS, Dimitri (Org.). *Estado de Direito e o Desafio do Desenvolvimento*. São Paulo: Sarava/DireitoGV, 2011.
- WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 3 ed. Lisboa: Calouste Gulbekian, 2004.
- WOLFF, Francis. *Aristóteles e a Política*. São Paulo: Discurso, 1999.

Recebido em 20 de julho de 2018.

Aprovado em 25 de outubro de 2019.

# Substancialismo ou procedimentalismo constitucional: o (des)velamento a partir da cultura dos modelos tradicionais racionalistas da jurisdição processual civil

*Substantial or constitutional proceduralism:  
the (des) velimiento from the culture of traditional models  
rationalists of the civil processual jurisdiction*

Cristiano Becker Isaia\*

*Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria – RS, Brasil.*

Cleiton Lixieski Sell\*\*

*Universidade de Burgos, Burgos, Espanha.*

## 1. Introdução

Com as fortes tendências que permeiam a sociedade, estima-se, a voltar ao tempo em que as regras da sociedade eram as forças míticas em que os povos acreditavam que somente era correto e permitido aquilo que a vontade

---

\* Doutor e Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale dos Sinos – Unisinos. Professor-adjunto no Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado) e no Departamento de Direito da Universidade Federal de Santa Maria – UFSM. Professor-adjunto no curso de Direito do Centro Franciscano – Unifra. Coordenador do Neapro/UFSM (Núcleo de Estudos Avançados em Processo Civil da UFSM – [www.ufsm.br/neapro](http://www.ufsm.br/neapro)). Autor das obras “Processo civil, atuação judicial e hermenêutica filosófica” (Editora. Juruá, 2011) e “Processo civil e hermenêutica” (Editora. Juruá, 2012). Responsável pelo projeto Processo civil e(m) crise: O esgotamento do procedimento ordinário na satisfação dos direitos sociais, financiado pela Fapergs, registrado sob nº 12/0880-8. E-mail: [cbisaia@terra.com.br](mailto:cbisaia@terra.com.br).

\*\* Doutorando em Direito pela Universidad de Burgos – UBU (Espanha), no Programa de Doctorado en Ciencias Jurídicas, Económicas e Sociales, en la área de concentración de Derecho Público. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria – UFSM (Brasil), na área de concentração Direitos Emergentes da Sociedade Global. Graduado em Direito pela Universidade de Cruz Alta – UNICRUZ (Brasil). Integrante dos Grupos de Pesquisas Ordenación Territorial y Urbanística, Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible (ORDITER) da UBU. E-mail: [cleitonls.direito@gmail.com](mailto:cleitonls.direito@gmail.com).

dos deuses não proibisse caso diferente não era reconhecido. No entanto, depois de tantos anos chega-se a uma realidade modificada pelas diversas formas de observar o processo judicial civil, em que as teses são redigidas por normas positivas as quais defendem a vontade e o bem-estar da sociedade, dando-lhes – em teoria do direito – condições básicas de proteção ao seu bem maior, que é o direito da vida.

A jurisdição processual civil está permeada por paradigmas que precisam ser desobstruídos frente às novas demandas que cotidianamente surgem no ambiente jurídico. Com base na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), estimula-se a discussão por uma alternativa entre as teorias substancialista que reforça a Constituição como uma norma relevante, bem como a procedimentalista que é trabalhada pelos autores como uma forma ou um modelo ideal para estabelecer a democracia no contexto amplo da sociedade em que as decisões se tornam universais.

Na perspectiva em que o direito para ação nasce embrionado desde o Direito Romano, essa tendência ainda é utilizada hoje em que se torna imprescindível analisar os fenômenos pela lente processual em relação ao caso concreto. Do mesmo modo, se obterá fidedignamente os caminhos que o processo tramita sem haver um protagonismo judicial que remete um dos elementos que reforçam negativamente nos desafios da jurisdição processual civil do século XXI.

Em busca de um percurso no avanço no desvelamento dos princípios constitucionais, faz-se necessário – em modo preliminar – compreender a origem histórica da filosofia racionalista, em que seu entendimento foi consolidado em meados do século XVI. Nessa linha de raciocínio, contemplavam autores como Hobbes, Leibniz e Spinoza, que foram os precursores do racionalismo a partir dessa perspectiva tradicional. Diante de tal embate sobre suas relações teórica-processuais, só é possível observar essa troca entre a justiça e direito no momento em que sua essência se personaliza, ou quando se trata do julgamento do caso que acompanhou até o presente feito, ou seja, a obediência processual.

Com a ocorrência desse caminho traçado investigativo no processo, percebe-se visivelmente na teoria como na prática que o âmbito da *praxis* jurídica ainda está embebido dessas raízes históricas. Fazendo uma análise vertical do direito, muitas vezes até mesmo pela influência da mídia global, a sociedade possui uma visão equivocada da verdadeira face do julgamento, distorcendo assim a base filosófica desse princípio. Ademais, o direito

foi primeiro visto pela sociedade como um fato social disponível e que depois passou a ser um remédio necessário para regular as relações sociais.

Seguindo nessa análise, há certo tempo que na medida em que se fala em direito, logo, por instinto – se pensa em normas positivadas que são chamadas de leis as quais regem todo o ordenamento jurídico e social. Porém, ao estudar a história do direito chega-se a conclusão de que este é um fato social a qual foi criada pela sociedade para não permitir que a mesma se corrompesse. Dessa forma, já no início de sua prática até os dias contemporâneos, esta ciência social evoluiu e mudou em muitos aspectos, em que a única coisa que o direito não irá mudar em sua fundamentação é seu objetivo único e principal que é a busca pela justiça para as partes e litígio.

A construção do trabalho está referenciada na teoria de base/abordagem, procedimento e técnica. Desse modo, se torna imprescindível uma análise hermenêutica para observar os fenômenos e desocultar dos fatos a partir de uma pré-compreensão da experiência da vida no mundo. Nesse embate histórico-filosófico, o procedimento consistirá a partir de uma análise bibliográfica e documental, física bem como acervo digital, em que a pesquisa se sustentou na consulta de livros sobre doutrinadores do âmbito constitucional, civil e processual civil.

O desenvolvimento do trabalho está alicerçado no aprofundamento do debate entre as teses substancialista e procedimentalista. Desse modo, a partir de um modelo processual jurisdicional se busca desmistificar os princípios constitucionais do processo civil brasileiro e que ainda estão presos ao modelo racionalista da decisão do processo. A partir de uma análise transversal a luz dos modelos que o juiz forma com sua decisão, insere-se um desafio que é a segunda parte analisada neste estudo, consistindo no encontro com o rompimento desses modelos decisórios racionais e buscando através dos limites e possibilidades uma interpretação processual judicial calcada no contexto da sociedade em rede.

Diante destas breves constatações e ao mesmo tempo provocações sobre as tendências do processo civil do século XXI, é oportuno destacar que os desafios jurídicos se tornam mais complexos na medida em que a sociedade se torna mais complexa. Uma vez compreendida esta realidade, há uma necessidade de interpretação fundada na Constituição, e não em simples achismos ou utilização do poder discricionárias ou máximas intenções do magistrado, bem como as repetitivas reproduções das convicções íntimas do Juiz em dar a resposta adequada ao processo e também ao direito pleiteado.

## 2. O modelo processual jurisdicional civil e a importância dos princípios constitucionais

A busca pela justiça no decorrer do processo não é apenas uma virtude ou objetivo, mas considerada um hábito natural do ser humano em qualquer processo. Não seria, portanto, apenas um desejo íntimo, mas uma necessidade habitual que incorpora nos indivíduos quando está em um dos polos no processo. Nessa perspectiva, desde criança ouve-se o que é certo e o que é errado, e depois de algum tempo passa-se a ter essa percepção através da prática e da experiência na sociedade. Do mesmo modo, quando se julga o que é certo e o que é errado diante um fato concreto, existe atrás da justiça a resposta e o hábito que é dado pela própria sociedade – ou seja – o indivíduo recorre juridicamente em busca do resultado sobre um fato.

Fazendo uma inversão do que seria acabou ser abordado, em um aspecto do modelo político liberal em que tange a capacidade de organizar uma sociedade marcada pelas diferenças sociais e atender às pressões e às contingências da sociedade industrial e pós-industrial, o Estado tem de abandonar posição passiva para passar a exercer uma função interventiva de promoção social<sup>1</sup>. Tem-se, desse modo, o advento do Estado Social que passa a atentar para garantia de um conjunto de direitos voltados para a satisfação das necessidades coletivas.

O Estado passa a ser intervencionista nesse cenário, e que reformula os padrões legislativos e redefine o papel da atividade jurisdicional no século XX. Adentrando no aspecto decisionário, o magistrado deixou de ser visto como sustenta Lenio Luiz Streck como “boca da lei”, passando a ter uma atuação mais própria (discricionária) para atender à aplicação de um direito que o torna mais principiológico, bem como mais complexo. O direito é tido, assim, como um *plus* normativo em relação às fases anteriores (do Estado liberal e social), carregando – paralelamente – o ônus de se assumir como transformador e garantidor dos direitos de uma sociedade.

Com o marco histórico da CRFB/1988, inaugura no Brasil um Estado Democrático de Direito (e social) de direito, que refletiu na alteração do perfil da agência judiciária que passa a ter de se entender como os conflitos que até então não pertenciam ao seu cotidiano a partir de uma compre-

---

1 LUCAS, 2005, p. 39.

ensão do sentido da Constituição<sup>2</sup>. Nessa linha de raciocínio, o fenômeno da “Constitucionalização” do direito ocorre com a nova configuração das Constituições de outros países que surgem após a segunda Grande Guerra, quando elas deixam de ter um papel apenas inspirativo, passaram a conter um extenso catálogo de direitos fundamentais que reclamam a atuação do Estado de forma mais rígida.

Conforme sustenta o jurista alemão Peter Häberle<sup>3</sup>, devido à sociedade ser formada por indivíduos que possuem pensamentos distintos assim como a própria complexidade que se forma com mudanças constantes, a CRFB/1988 precisa ter uma compreensão por uma sociedade aberta – que significa dizer em outras palavras – todos os indivíduos que usufruem do texto Constitucional possuem o direito intrínseco de interpretá-la. Esse modo amplo de interpretar a Constituição na teoria se diferencia pelo modo fechado de interpretação, ou seja, não pode uma pequena parte de intérpretes da Constituição que fazem parte de corporações ou vínculos afins participar de decisões que refletem toda sociedade. Do mesmo modo, o que se pretende introduzir com essa teoria é que quanto maior for a diversidade da sociedade, maior deve ser a abertura Constitucional para se tornar mais adequada no contexto.

Nesse contexto, existem três características do modelo constitucional de processo, sendo elas: a expansividade, a variabilidade e a perfectibilidade, que a partir desse ponto se conclui que o modelo constitucional de processo impõe que a criação e a reforma e a interpretação do sistema processual ocorra de acordo com os princípios e regras dimensionados pelo texto constitucional.<sup>4</sup> Nesse âmbito, a construção de um processo civil comprometido com o ideal do Estado Democrático de Direito, e consequentemente com a concretização de direitos e o respeito aos princípios processuais constitucionais – necessita – impreterivelmente – superar os traços do paradigma racionalista, subvertendo os valores liberais individualistas que acabam contaminando o processo sem haver uma decisão livre de convicções pessoais ou distintas do direito.

Alinhavado com esse tema, em um primeiro momento se faz necessário fazer referência de que a tutela no âmbito processual se torna efetiva

---

2 MOTTA, 2010, p. 19.

3 HÄBERLE, 2002, p. 13-14.

4 ANDOLINA; VIGNERA, 1990, p. 14-15.

quando seu reconhecimento dos princípios Constitucionais é exercido. Do mesmo modo, esses princípios devem ser compreendidos como condição de existência do processo – ou seja – deve haver premissas que pressupõem um processo como garantias como: a lei deve alinhar-se como forma instruir o processo, as disposições sobre as leis não podem iludir o sentido contemplado pela Constituição, a lei não pode se tornar seletiva em relação à oportunidade de buscar ou fazer valer o direito.<sup>5</sup> Ademais, essas questões também refletem no acesso e igualdade na oportunidade para expor seus direitos ou de terceiro dependendo de cada caso.

No contexto amplo de proteção dos direitos humanos na esfera da Constituição, destaca-se que o princípio da dignidade da pessoa humana se estendeu aos variados termos que envolvem os direitos fundamentais, e que é repetida em diversas Constituições Estaduais de todo Brasil. No entanto, no entendimento do Ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal (STF), “[...] é verdade que a invocação frequente do princípio da dignidade da pessoa humana pode levar a sua banalização”<sup>6</sup>, uma vez que a forma como se direcionou a tendência da sociedade complexa em relação a definição de dignidade humana representam um caminho delicado e conflituoso.

Esse aspecto se torna mais complexo com fatores como a crise do Estado do Bem-estar, aumento consideravelmente o cumprimento de boa parte dos programas previstos nas Constituições e crescendo a importância de atuação do Poder Judiciário, o que implica na adoção de novas técnicas e estilos hermenêuticos, ao lado da tradicional subsunção.<sup>7</sup> Para tanto, diante de tais questionamentos jurídico-filosóficos, impõe-se um (re)pensar da atividade jurisdicional em especial atenção no que se relaciona às decisões judiciais que precisam do apego às questões de cunho formal.<sup>8</sup>

Contribuindo nessa discussão emblemática na esfera Estatal, um dos doutrinadores brasileiros que conseguiu trazer essa questão da compreensão do tema em debate foi Lenio Streck, que justamente traz a impossibilidade de interpretar de qualquer forma o direito, uma vez que fundamenta seus estudos através da hermenêutica jurídica, e que aborda uma das questões

---

5 BARACHO, 2004, p. 69-70.

6 MENDES, 2016, p. 49.

7 SARMENTO, 2009, p. 63.

8 ISAIA, 2008, p. 273-274.

que é o julgamento no livre convencimento e apreciação das provas que foram produzidas durante o processo.<sup>9</sup> Do mesmo modo, se

[...] é verdade que o direito é aquilo que os tribunais dizem que é e se é verdade que os juízes possuem livre apreciação da prova (*sic*) ou “livre convencimento” (*sic*), tão para que serve a doutrina? Ela só serve para “copiar” emendas e reproduzir alguns “*obiter dictum*”? Para que serve o “bordão” da “comunidade aberta dos intérpretes da Constituição”, tão propalada pelo Supremo Tribunal Federal.<sup>10</sup>

Nessa perspectiva, cabe uma reflexão sobre qual o papel da academia, ou reformulando a pergunta, qual a responsabilidade da doutrina nesse processo de crescente evolução jurisdicional? Esse tema faz aprofundar diversas questões, no entanto, historicamente a dogmática jurídica acompanhou uma demanda por resultados em que a decisão se torna mais importante do que os fundamentos que levaram a tal desdobramento jurídico. Mas isso tudo, onde e de que forma está baseado, de onde são trazidas essas inquietudes que na medida em que são questionadas não se tem uma resposta imediata e que não tem sustentação jurídica e muito menos filosófica?

Pois bem, o poder de decisão está se tornando cada vez mais banalizado, e esse fato – invariavelmente – se deve pela grande demanda dos processos que diariamente são protocolados nos fóruns. Se for pensar de modo contrário, é um problema que na visão do jurista trata-se de aumentar suas demandas. Entretanto, com essa grande demanda processual, não se consegue analisar todos os fatos envolvidos no caso concreto, tampouco o magistrado terá condições para subsidiar de forma aprofundada os processos e desvelar o que diz o direito naquele caso.

Avançando cientificamente no âmbito da motivação e da fundamentação no campo do direito, é preciso ter claro que ambos os conceitos se distinguem por sua essência e modos de interpretar. Desse modo, para que haja uma direção entre a demanda processual até a sentença, a motivação é justamente o campo que se encarregará dos fatos e do direito – também pode representar a *causa petendi*. A fundamentação possui estreita relação, no entanto, deve ser observada em relação à solução, ou seja, para que o

9 STRECK, 2012, p. 194.

10 STRECK, 2012, p. 196.

Magistrado possa decidir sobre o pedido da(s) parte(s), é imprescindível que haja fundamentação. Ademais, vale ressaltar que a fundamentação foi contemplada como princípio Constitucional em 1998, no tema que aborda o devido processo legal.<sup>11</sup>

Conforme mencionado anteriormente, a fundamentação apresenta funções e características diferentes em relação à motivação. Desse mesmo modo, o princípio da fundamentação é a base ou exigência da solução da lide processual, que ao fim ao cabo é decidida pela sentença. Diante dessas questões, a fundamentação das decisões judiciais ocupou um espaço garantidor de acesso à justiça e irretroatividade da coisa julgada, bem como atribui fortes sentidos ao princípio da segurança jurídica que possui fortes influências nas decisões do STF.

Fazendo uma analogia da função dos legisladores e sua relação com os magistrados, estes, por sua vez, têm a obrigação de fundamentar todas as decisões com base em princípios e direitos, enquanto aqueles possuem a tarefa de fazer nascerem os embriões normativos. Para que se torne possível e adequada à interpretação do texto de lei, somente é possível se há tornar coerente de forma íntegra, evitando as diversas ramificações do direito<sup>12</sup>. Desse modo, a partir de uma análise processual, os magistrados fundamentam suas decisões adequando a um princípio que seja coerente em relação ao direito e que passa a ser o balizador da constituição interna do processo.

Cabe ressaltar – portanto – que essa estrutura deverá manter a integridade essencialmente para o julgamento dos casos difíceis que consistem em analisar situações preliminares em que existe dúvida em relação à prevalência das interpretações do direito no caso concreto.<sup>13</sup> Assim sendo, caberá ao magistrado optar não por livre e espontânea vontade, como por vezes são reproduzidos memoriais descritivos desconexos, no entanto, baseada na interpretação mais adequada da legislação e calcada nos preceitos do direito ou como nas situações de decisões da comunidade, que é o caso do júri popular no julgamento na esfera do processo penal.

Superado alguns preceitos, fazendo uma radiografia do conceito de legalidade a partir de um Estado Democrático de Direito, identifica-se, pela busca da igualdade na sociedade, que perfaz por intermédio de uma vinculação

---

11 SOUZA, 2006, p. 373.

12 DWORKIN, 2014, p. 31.

13 DWORKIN, 2014, p. 38.

a uma nova ordem constitucional, que reordene de forma democrática e se utilize de direitos e garantias fundamentais para abranger os direitos individuais e coletivos. Desse modo, na medida em que não ocorre um processo democrático de direito – indiscutivelmente – na seara do direito não haverá um procedimento adequado que desaguará em uma sentença equivocada.

Nessa perspectiva, o processo civil brasileiro ocupa um importante lugar na estrutura de um Estado de Direito, em que busca transformar o modelo que está enraizado em formas de proceder no campo do direito. Diante disso, fruto de várias conquistas que ao longo dos anos destinaram traçar um modelo ou plataforma que se superasse e sem deixar de levar em consideração os direitos fundamentais, não raras vezes aparecem por intermédio de movimentos sociais ou casos extremos que são divulgados na mídia como forma de pressão exercida pela sociedade no Poder Judiciário.

Desse modo, esta questão mostra o perfil democrático de direito de uma sociedade complexa, e que passará a ser essencial na transformação da realidade processual. Nesse aspecto, parece mais do que necessário o momento de se pensar o processo e atuação do magistrado para além da letra fria da lei que é a simples reprodução do artigo que está escrito nos códigos, suprimindo quaisquer reflexões ou outros embates como o protagonismo judicial. Esse fator, portanto, leva em conta a cultura de se apreender somente a técnica e que reiteradamente é reproduzido na academia, tendo o enfoque puramente prático, técnico ou simplificado.

Fazendo uma análise aprofundada sobre esses quesitos, a questão interpretativa diz respeito às revisões judiciais com fundamento na interpretação da Constituição propriamente dita, e que fazem um parâmetro entre texto e intenção do constituinte. No tocante a teoria não interpretativa, pode ser considerada no exemplo de um tribunal que confronta decisões legislativas com modelos retirados de alguma fonte que não seja especificamente o texto constitucional, e que podem ser moralidade popular, teorias da justiça, bem com as concepções de democracia.

O último aspecto que deve ser ressaltado na teoria sobre as questões não interpretativas é que são rejeitadas por parcela considerável dos juristas, uma vez que se utilizam do fundamento que essa teoria advém de um fruto no qual estariam constituídos direitos naturais, e não propriamente direitos que possuem um regramento jurídico ou uma previsão normativa positivada, vindo a comprometer tal origem. Desse modo, no próximo tópico se adentrará no cerne dessa questão investigada.

Um ensinamento que se faz oportuno mencionar referente à teoria da Constituição é destacado pelo jurista mexicano Héctor Fiz-Zamudio, uma vez que sustenta que todas as divisões que ocorreram nas esferas do direito tais como direito constitucional, administrativo, civil, penal, familiar, ambiental, tributário entre outros, não podem ser vistas como setores impermeáveis, bem como isolados do contexto Constitucional. Do mesmo modo, deve se compreender que “[...] o direito é uma unidade, mas tão extensa que, exceto para o exame da teoria geral ou do ponto de vista filosófico, é necessário dividi-la quando se trata de setores do direito positivo, para poder aprofundar sua análise”.<sup>14</sup>

Cabe uma reflexão sobre as questões dos princípios Constitucionais em países Latino-americanos, uma vez que adotam basicamente dois sistemas de proteção da Constituição. Em um primeiro momento estão os controles de tutela rápidos como é o caso do *habeas corpus*, por outro lado existem mecanismos transversais que invalidam norma com amparo no texto Constitucional, como é o caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN). Do mesmo modo, deve ser ressaltado que “[...] a variedade de modelos de controle de constitucionalidade existentes na América latina dificulta a unificação de normas processuais”<sup>15</sup>.

### 3. Análise transversal sobre os modelos de decidibilidade processuais do substancialismo e do procedimentalismo

A dicotomia entre os modelos processuais substancialista e procedimentalista crescem de importância em razão de seus conceitos que se divergem em sua essência na esfera constitucional. Desse modo, tornam-se desafios mais intensos no campo da jurisdição processual, uma vez que é um embate que se encontra fundamentado do lado substancialista por uma abordagem materialista da Constituição. Em contrapartida, a teoria procedimentalista atua com fundamento de que com a visão substancialista, a Constituição Federal enfraqueceria ou até perderia sua legitimidade como norma.

---

14 Idioma original: “[...] el derecho es una unidad, pero tan extensa, que salvo el examen de la teoría general o desde punto de vista filosófico, es preciso dividirla cuando se trata de sectores del derecho positivo, para estar en aptitud de profundizar su análisis”. FIX-ZAMUDIO, 2011, p. 165.

15 Idioma original: “[...] que la variedad de modelos de control de constitucionalidad existentes em Latinoamérica nos dificulta la unificación de las normas procesales”. RICCI, 2011, p. 85.

Fazendo uma leitura mais aprofundada sobre esse tema, Jürgen Habermas foi considerado o grande mentor da teoria procedimental do direito, uma vez que aborda uma jurisdição Constitucional mais interventiva e tendo maior influência nas decisões, bem como para justificar as estruturas que compõem os desafios da sociedade<sup>16</sup>. Contudo, existem autores que defendem de forma mais efetiva o viés Constitucional, exigindo – portanto – uma atuação mais séria na prática processual, em que no caso contrário seria uma omissão do papel do Poder Legislativo.

Por outro lado, à tese procedimentalista ganhou um espaço considerável tendo em vista a discussão que surgiu em torno do ativismo judicial. Nesse âmbito de análise, algumas teses como a do Juan Carlos Bayón, traduzem a Constituição sob a ótica de ser débil, uma vez que tem o poder de limitar ao poder existente, não havendo, desse modo, espaço para uma defesa material propriamente dita<sup>17</sup>. Nesse sentido, existe uma crítica sustentada na qual a teoria procedimental procura impor o modo correto, sendo uma espécie de modelo ideal e adequado para operar o direito no contexto da democracia.

Ainda nas questões problemáticas abordadas nos processos, “[...] de fato, ativismo judicial e controle de constitucionalidade são questões que estão conectadas, no sentido de que colocar o ativismo judicial em questão também significa colocar o exercício da jurisdição à prova”<sup>18</sup>. Diante dessa linha de pensamento, somente haverá um efetivo controle de constitucionalidade se houver um controle das decisões, bem como as respostas voltadas para Constituição e seus preceitos fundamentais.

Observa-se que nessa linha de raciocínio a decisão torna-se universal, sendo explicada na fenomenologia como diferença ontológica, afastando dessa forma qualquer possibilidade de intervenção. No mesmo modo de análise, para as sociedades complexas que hoje estão mais visíveis, a natureza das decisões deve ceder espaço para os procedimentos que consigam reconhecer essas decisões, uma vez que elas surgirem do processo legislativo judicial é que devem ter a aceitabilidade na sociedade.<sup>19</sup>

---

16 STRECK, 2011, p. 14.

17 STRECK, 2011, p. 15.

18 TASSINARI, 2013, p. 34.

19 LUHMANN, 2016, p. 46.

Sob a lente do aspecto central do trabalho que aborda sobre a divergência das teses substancialista e procedimentalista, a posição de grande parte da doutrina nacional é no sentido substancial da Constituição, trabalhando com a ideia de inserção de direitos e valores substantivos, configurando-se como condição de possibilidade da validade da própria Constituição, bem como reforçam o conceito como norma jurídica suprema que recai na questão da legitimidade do poder judiciário – ou seja – o texto constitucional deve ser vista como balizador do direito.<sup>20</sup>

Com suporte nesses argumentos, a tese processual-procedimental seguindo esta linha de raciocínio, mostra-se inviável na medida em que os direitos mínimos fundamentais se querem são cumpridos no Brasil. Desse modo, um dos exemplos é o que ocorre com o trabalho infantil, mesmo passando décadas combatendo essa espécie de exploração dos processos de trabalho, não se consegue combater essa realidade. Ademais, vale lembrar que o Brasil é um país que possui uma diversidade muito grande e que os problemas se tornam mais completos para resolver, desse modo, a análise das decisões judiciais é mais diversificada.

Essa divergência que existe entre o paradigma procedimentalista e o substancialista tem o intuito de ir além da discussão que emerge a questão do Estado de direito, tendo uma interpretação diferente da política em relação ao direito, levando-se em consideração o discurso sustentado por ambas às teorias.<sup>21</sup> Ademais, especificamente sobre a questão da aceitabilidade, que se permeia no discurso de justificação das teorias, bem como o da aplicação do discurso de aplicação da imparcialidade do Poder Executivo e do Magistrado nas decisões proferidas.<sup>22</sup>

De tudo que foi abordado na perspectiva do processo, ressalta-se que o exercício dos institutos previstos constitucionalmente é realizado pela via procedimental, em que toda estrutura e metodologia devem obedecer e estar alinhavado com o processo. Do mesmo modo, para que a eficácia de institutos como o Mandado de Segurança, Mandado de Injunção, *Habeas Corpus*, *Habeas Data*, Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Popular possa se concretizar, a instrumentalização deve compor as normas de procedimento – ou seja – não se está referindo absolutamente das normas pro-

---

20 STRECK, 2011, p. 15.

21 STRECK, 2011, p. 16.

22 DWORKIN, 2005, p. 67.

cedimentais previstas unicamente na Constituição, mas sua interligação.<sup>23</sup>

Existe, contudo, uma crítica persistente em relação à invasão da política no contexto jurídico, uma vez que a política pode influenciar nas decisões judiciais desde a fase processual.<sup>24</sup> Nesta senda, são inseridos subsistemas que tem em comum a padronização de procedimentos e que possuem a finalidade de atender à adoção coletiva. Assim, mesmo havendo essa crítica doutrinária, a tarefa da política no processo é reconhecida pela importância no sentido da aceitabilidade – vindo – portanto – a se tornar um requisito para que ocorra essa estruturação.

Avançando nessa perspectiva, o direito deve iniciar de uma pré-compreensão em que é construído um princípio no sentido de que as normas jurídicas possuem um conteúdo moral no caso especial, ou seja, deverá haver seguindo esse princípio a partir de uma adequabilidade das normas existentes no caso concreto. Do mesmo modo, para que haja uma unicidade ou irrepitibilidade da situação na aplicação dessa norma, não se deve levar em consideração exclusivamente o princípio da ponderação no processo, bem como se deve utilizar o equilíbrio de valores no julgamento.

Desse modo, a partir da discussão da filosofia da moral e alinhavado com os deveres dos indivíduos, deve ser mostrado o que realmente diz o direito, assim como entra nesse caminho a questão da justificação e da aplicação no caso concreto, uma vez que se mostra controverso na doutrina majoritária. Ainda nesse fio condutor, não se poderá sustentar pelo viés do solipsismo em que somente é possível acreditar na visão imposta, limitando as formas de interpretação e impressões sem existência própria.

A teoria do discurso pela divisão dos poderes exige que se tenha uma assimetria no cruzamento das funções exercidas, uma vez que o Poder Executivo, apenas como exemplo, não deverá dispor de bases da legislação e da justiça, posto que – permanece subordinado ao Poder Judiciário<sup>25</sup>. Nessa forma de analisar essa questão, fica excluída a inversão dos poderes e suas funções atípicas, ou seja, não poderá ser prejudicada quando não há meios disponíveis de coerção nas decisões.

Contribuindo nessa questão a partir da teoria do discurso, quando se pensa em divisão de poderes em que o Legislativo seria independente do

23 LEAL, 2018, p. 82

24 HABERMAS, 1997, p. 34.

25 HABERMAS, 1997, p. 27.

Executivo ou do Judiciário, invariavelmente, essa tendência exigiria uma assimetria nos poderes<sup>26</sup>. Ademais, na medida em que o Legislativo dispõe competência para as bases normativas, e que posteriormente será apreciada pelo Executivo, não haverá essa inversão, visto que, tanto o Legislativo quanto o Judiciário não serão atribuídas essas competências específicas de cada poder em sua função.

Quando se afirma que a CRFB/1988 se abstrai desse conceito de substancialismo, não precisa provar a sua importância como existência, no entanto, em virtude de sua essência, sua matéria é designada pela própria substância. Diante dessa colocação, o processo civil carece de uma interpretação mais efetiva e coesa em que somente desse modo estaria em direção aos preceitos da própria Constituição, mantendo-se alinhavado com os princípios implícitos que garantem o cumprimento do processo conforme se prescreve.

Cabe ressaltar nesse bojo, que o processo civil possui um passado marcado pelo positivismo em que está enraizado no processo devido ao racionalismo predominante. Esse fato teve origem desde o pensamento liberal em que não havia uma democracia plena que hoje é desempenhada ou pelo menos vista em um Estado democrático. Desse modo, fazendo uma visão crítica à tese procedimentalista, é preciso entender o sentido democrático do processo. Para tanto,

[...] chamo a crítica de Laurence Tribe aos fundamentos das teorias dos valores adjetivos ou procedimentalistas, para os quais a constituição somente garante o acesso aos mecanismos de participação democrática no sistema. Nesse sentido, afirma que o procedimento deve completar-se com uma teoria dos direitos e valores substantivos.<sup>27</sup>

Contrapondo a questão substancialista no processo, vale lembrar às críticas contundentes de alguns autores devido a forte influência do Judiciário como um gigante que surgiu logo após a guerra.<sup>28</sup> Desse modo, com essas reflexões a cerca de uma preocupação com essa aproximação do direito com as teses substancialista e procedimentalista, torna-se fundamen-

---

26 HABERMAS, 1997, p. 36.

27 STRECK, 2011, p. 20.

28 HABERMAS, 1997, p. 33.

tal para os juristas observar por intermédio de uma reflexão hermenêutica, o sentido que direito está escrito, em outras palavras, é preciso interpretar o direito indo além do campo puramente teórico e emergir na prática do caso concreto.

Entrando na seara da decidibilidade do magistrado, as interpretações que se aplicam às normas jurídicas fazem conexão tanto para o passado quanto para o futuro e que na prática se desenvolve como uma política em processo para buscar o direito. Nessa tentativa de procurar a interpretação, é preciso lembrar que ocorre em três momentos distintos, que são a pré-interpretativa, que é aquela que identifica as regras e padrões; a interpretativa e pós-interpretativa, onde estão alinhavadas na interpretação do argumento jurídico.<sup>29</sup>

Observando pela lente da fase interpretativa de Ronald Dworkin que diz respeito à identificação, bem como pode ser o ajuste da interpretação a uma prática social que entra na questão de descrever o ajuste com coerência a sociedade. No entanto, quando se fala em pós-interpretativa – portanto – descrita como dimensão da justificação, se está estabelecendo pelo nível da argumentação e que em outras palavras, não bastaria apenas à sociedade estar voltada para um sentido, tendo com isso a melhor interpretação assim como necessária uma justificação racional.<sup>30</sup>

Nesse percurso, quando houver convergência na interpretação das normas jurídicas se devem buscar uma construção sobre o direito como argumento que justifique esse fato, caso não ocorra, não haverá coerência nas interpretações jurídicas para caso. Assim sendo, essa interpretação representa um sensível equilíbrio entre as convicções políticas que consistem em uma expectativa para responder as questões<sup>31</sup>. Em um viés mais crítico sobre esse tema amplamente sensível e desafiador, “[...] o problema, portanto, não reside no texto da Constituição; o problema está no espaço que a Constituição representa para aglutinar forças. Há, pois, uma fundamentação constitucional do político. Trata-se de uma legitimidade material”.<sup>32</sup>

Um dos acontecimentos históricos que contribuíram para o ingresso da Constituição de forma dirigente foi o período de pós-guerras. Isso ocor-

29 DWORKIN, 2014, p. 77.

30 TASSINARI, 2013, p. 21.

31 DWORKIN, 2014, p. 54.

32 STRECK, 2011, p. 22.

re porque nesse período foram violados direitos das formas mais cruéis e inimagináveis que poderiam ser realizados. Diante desses acontecimentos históricos, foram positivados direitos fundamentais em que a justiça Constitucional passou a ter como missão a defesa desses direitos humanos, e que na realidade passaram a serem objetos de discussão em pleno século XXI.

Diante dos aspectos abordados, a insuficiência de levar a cabo que o Brasil é um país que possui uma modernidade tardia e que resulta, portanto, de uma maior diversidade normativa, uma vez que se necessita de uma presença mais efetiva na jurisdição constitucional, é um dos grandes desafios a ser superado em termos de justiça. Depois de compreendido objeto proposto referente às características dos modelos processuais, o estudo será conduzido para o viés jurisdicional, que em última análise, constituiu-se como elemento fundante para orientar as decisões.

#### 4. O papel da jurisdição processual civil no século XXI: o rompimento do protagonismo judicial e do racionalismo histórico

Na perspectiva da função da jurisdição ressalta-se que se leva em consideração um julgado que tem como objetivo finalizar um litígio. Nesse mesmo sentido, são repercutidos elementos como o papel da Constituição, no entanto, em países em fase de desenvolvimento como é o caso do Brasil, se torna fundamental observar os preceitos com maior atenção em relação ao aspecto gestor que baliza os direitos fundamentais – havendo – ademais – uma necessidade de superar as generalidades que a própria teoria geral do processo traz em suas entrelinhas que se tornam barreiras.

Diante dessa realidade brasileira, quando se refere ao Estado democrático, traduz-se uma superação de um Estado meramente formal para um Estado que manifesta e concretiza a justiça social e que perfaz a partir da consolidação dos valores e respeito às regras da sociedade e suas formas de convivência.<sup>33</sup> Assim, o estímulo de alcançar e abranger as especificidades de um país que ainda mergulha em problemas como a miséria, desemprego, corrupção e tantos outros impasses que dificultam o pleno exercício dos direitos individuais, é preciso que seja garantida a estrutura de uma democracia, e que somente desse modo se manterá a consciência mais humanitária.

---

33 REALI, 1998, p. 28.

Essa proposta de modalidade estatal consolidada vai além da formulação liberal e social propriamente do direito, constituindo-se como um argumento em relação ao Estado democrático. Desse modo, se a partir do modelo liberal se constituiu o Estado de direito, tendo como balizador a lei no aspecto social de direito, foi incorporado ao Estado uma modalidade de prestação interventiva em que a lei passa ser o instrumento de incorporações das promessas no perfil democrático, vindo, portanto, a vestir uma nova roupagem a partir dos novos fatos inseridos na sociedade em rede.

Nesse contexto da jurisdição civil, outra questão precípua é a influência racionalista na jurisdição processual traz a ideia de que a principal consequência do racionalismo para a esfera processual traduz-se fazendo em uma análise hermenêutica, e que a substituição da argumentação pelas certezas que as ciências exatas trazem como é o caso da matemática nas ciências exatas, ainda está presentes no direito.<sup>34</sup> Com essa abordagem e a partir da premissa das certezas que é onde o racionalismo pretendeu submeter o pensamento jurídico, pode ser considerada como uma metodologia superficial e que ainda está inadequada para o direito.

Nessa linha de raciocínio, a origem de uma ciência processual civil teve como pano de fundo o fenômeno do racionalismo, a verdade deverá permanecer sobre a justiça nos casos concretos. Dessa forma, foi criada a concepção de que com a ação ordinária estaria assegurada a neutralidade do magistrado e que desse modo obrigava a julgar somente após analisada todas as possibilidades, tendo com isso o convencimento definitivo que é obtido em última análise com a busca pela prova ao processo até o seu limite jurídico possível.<sup>35</sup>

Esse rompimento do paradigma racionalista perpassa pela neutralidade do magistrado que é obtida pela ação ordinária, tornando-se um dos grandes obstáculos quando se trata de procedimento judicial sumário. Vale lembrar, nesse caso específico, que esse fato ocorre principalmente nas formas de tutela preventiva que por sua vez a decisão é fundamentada em juízos em que se aplica a verossimilhança processual, havendo somente a ligação através de fatos.

O racionalismo possui em suas raízes a finalidade de atender o direito que está perfeitamente disponível nas legislações, vindo, portanto, a impe-

---

34 SILVA, 2004, p. 74.

35 ISAIA, 2012, p. 39.

dir qualquer outra interpretação baseada na lei em concreto. Desse modo, esse racionalismo defende que a função jurisdicional seria unicamente a de reproduzir a letra fria ou o sentido da lei, suprimindo o compromisso de manter uma conduta condizente com a moral e a ética no processo. Ademais, um dos exemplos mais claros dessa realidade persiste em tese de execução e jurisdição.

A doutrina moderna, guardando absoluta fidelidade aos princípios do direito privado romano, particularmente universalizando as ações, em detrimento dos interditos, com a conseqüente e necessária universalização do procedimento ordinário, resultante da instituição do processo de conhecimento – sem executividade simultânea, na mesma relação processual -, [...].<sup>36</sup>

O racionalismo possui em suas vertentes a finalidade de atender o direito que está perfeitamente disponível nas legislações. Do mesmo modo, impede qualquer outra interpretação baseada na lei, uma vez que esse racionalismo defende que a função jurisdicional seria unicamente a de reproduzir o texto escrito. No entanto, o racionalismo no âmbito do processo pode ser observado a partir de dois pressupostos em que existe, primeiramente, um valor absoluto ou uma tendência em relação à palavra segurança e em relação ao valor de justiça.

Havendo essa tendência legislativa como ocorre na Europa, estimula-se à codificação, tornando-os assim acessíveis e compreensíveis. Um segundo plano matricial que pode ser destacado e o que se tem travado discussões é a respeito da neutralidade do juiz, que tendo como consequência a aplicação mecânica e fielmente da lei. Esse mesmo racionalismo baseada em uma teoria da separação dos poderes, estabelece a via Judiciária uma posição de subordinação em que sua missão tem a finalidade de não exceder a lei – ou seja – o julgador não pode ir além do que está previsto.

Nesse modo de ver, a jurisdição que adotasse esse modelo seria meramente declaratória e somente seria expresso o sentido da lei pura, e que não haveria espaço para interpretações. Portanto, seu objetivo único e principal seria estabelecer a vontade do legislador. Os paradigmas do racionalismo tiveram início no direito Moderno no século XVII, em que se criou uma perspectiva que era preferida o valor da segurança e nessa visão era fundamental para construção de um Estado industrial.

---

36 SILVA, 1997, p. 38.

Em meio a esse tema que invoca discussões, cabe destacar a contribuição que traz a ideia de que é preciso pensar o processo civil para além do simples reducionismo, e que cada caso necessita de uma resposta individualizada, uma vez que nenhum caso será exatamente igual, portanto, não poderá ser fruto de decisões repetidas.<sup>37</sup> Diante de tais questionamentos, alguns termos como a verdade real no processo precisam ser revistos e compreendidos de outra forma, tendo como alicerce os preceitos da hermenêutica filosófica que é um caminho para desvelar a Constituição.<sup>38</sup>

É imprescindível deixar de observar o caminho que “[...] o vínculo entre ordinariade e racionalismo pode ser visto de várias perspectivas. Uma delas situa-se na estrutura do procedimento, ao impor que o juiz somente possa julgar a lide ao encerrar-se a relação processual, depois do amplo debate probatório [...]”.<sup>39</sup> Nessa perspectiva, o processo civil passou e ainda está passando por um paradigma em que se busca atender as novas demandas, cujos interesses fundamentais estão sob o prisma de conceitos atuais como a sociedade em rede, e que necessita estar adaptada a nova realidade dos casos concretos.

Em uma perspectiva do processo propriamente dito, estabelece-se uma crise no processo na medida em que se está afastando os preceitos da Constituição Federal. Nessa visão, quando são utilizados institutos para comportar aqueles direitos que ainda carecem de uma interpretação mais aprofundada, deve se ter o cuidado para não mascarar essa interpretação, pois, se não houver espaço para debater o direito pleiteado, obriga-se a buscar no judiciário como única e derradeira alternativa uma resposta para os litigantes<sup>40</sup>.

Nesse tema abre espaço para questão do protagonismo judicial que é uma seara que está diretamente envolvida como um dos elementos da jurisdição. No entanto, deve ser recordado que “[...] o que ocorre é uma mixagem teórica que se espalha no seio da comunidade jurídica. O ponto central é sempre o protagonismo judicial. Este acontece das mais variadas maneiras. Um deles é a repristinção em terras brasileiras do velho

---

37 ISAIA, 2012, p. 84.

38 ISAIA, 2012, p. 88.

39 SILVA, 2004, p. 142.

40 ISAIA, 2013, p. 76.

realismo jurídico ou de sua vulgata”.<sup>41</sup> Ademais, percebem-se os efeitos que estão intrínsecos ao processo, ou seja, cada caso representa uma forma compreendida pelo direito.

Nessa linha de raciocínio, a ordinariedade de uma ação conforme já abordado durante esse capítulo, em tese, indica que existe um afastamento da hermenêutica do direito, uma vez que na medida em que exista uma ordem ou uma cronologia, fragilizará a sua consequente aplicação no caso concreto. Do mesmo modo, esse fator acaba velando as especificidades de cada caso quando são analisadas e que contribuem na formulação da decisão do magistrado.

Nessa perspectiva da recepção do caráter declaratório das decisões judiciais, obrigam que os julgadores, no caso os juízes, deixem de exercer sua atividade fim que é efetivamente julgar o caso fundamentadamente. Como uma forma de exemplificar a questão da ordinariedade, identifica-se que em relação ao procedimento sumário, as ações ou demandas judiciais sucumbiram frente ao tradicional modelo racionalista de jurisdição, visto que, o indivíduo que exerce a função de decidir irá buscar as respostas certas que são reconhecidas como adequadas, fazendo com isso, que o ato jurisdicional se afaste das decisões.

Resta claro, portanto, uma fragilização da jurisdição processual, uma vez que a tendência cada vez mais presente como é o caso dos processos da sociedade em rede, em que cada vez mais se precisa trabalhar com a ideia de pré-compreensão da norma jurídica para então adequar ao fato. No entanto, ao trazer essa questão para o debate da construção histórica e filosófica do que está mais presente do que nunca.

Com a aprovação do Novo Código de Processo Civil de 2015 (NCPC/15), por intermédio da Lei nº 13.105/2015<sup>42</sup>, alguns aspectos se mostraram positivos em relação a intenção de harmonizar assim como o sentido de cooperação do sistema processual com as garantias processuais e direitos fundamentais previstos na Constituição. Do mesmo modo, a mudança que foi proposta pela comissão de juristas foi de haver melhor coesão em relação à sociedade contemporânea, uma vez que é preciso reconhecer que o processo deve estar alinhado com as novas tendências que integram uma sociedade conflituosa e com a necessidade de garantia dos direitos fundamentais nesse início de século XXI<sup>43</sup>.

---

41 STRECK, 2012, p. 192.

42 BRASIL, 2015.

43 BRÊTAS, 2012, p. 84.

Com essas alterações profundas no processo, cabe ao modelo de jurisdição o poder decisório para dizer o direito a partir de respostas adequadas. Insta salientar, uma crítica através dos princípios em que possam ser constatadas fragilidades sob a ótica do direito, e que nos casos em que exige um grau de complexidade maior, devem ser possíveis de serem resolvidas pela forma de interpretação. Nessa busca pelo desvelamento da jurisdição adequada, traz em questão o desafio dos novos direitos que surgem a partir de novas perspectivas da sociedade complexa.

Do mesmo modo, cresce de importância analisar o direito sob a ótica processual-constitucional adequando à realidade. Esta visão da *práxis* jurídica dentro do processo civil é necessária para ter um olhar sobre o direito para resolver problemas que estão inseridos na raiz dos casos, uma vez que se for observado somente à técnica, se estará omitindo o sentido que o legislador fez ao construir esses regramentos que passam a ser despercebidas nas decisões.

Houve aspectos inovadores e ao mesmo tempo desafiadores que foram plantados no NCPC/2015, ocorrendo algumas deficiências técnicas e terminológicas na redação e divisão do texto normativo. Um dos aspectos é a confusão entre a definição dos termos de ação (previsto constitucionalmente como direito de petição) e procedimento, uma vez que no título geral a expressão procedimento foi adequada, o que não ocorreu nos capítulos – posto que – a pretensão da parte ocorre com o procedimento e não com a ação propriamente dita.<sup>44</sup>

Nesse contexto contemplado pelo processo civil, princípios começaram a aparecer no como é o caso da integridade, coerência e cooperação. Desse modo, “[...] isso é fundamental lembrar, a luta contra a arbitrariedade judicial não pode ser compreendida como uma luta contra o processo interpretativo, inexorável à prestação jurisdicional”.<sup>45</sup> Nessa linha de raciocínio, para que um caso possa ser fundamentado sem precedentes, não haverá maneira diversa a não ser pela coerência.<sup>46</sup> Assim sendo, quando não ocorre à coerência no processo o direito não é discutido. Vale lembrar que a coerência é trabalhada para justificar uma comunidade que segue princípios em que os indivíduos não teriam esses princípios definidos de forma comum e sem haver uma uniformidade.

44 BRÊTAS; SOARES, 2010, p. 93-94.

45 ISAIA, 2011, p. 53.

46 DWORKIN, 2010, p. 147.

Nessa mesma análise, se faz oportuno lembrar que “[...] no âmbito do Direito Processual Civil essa questão também assume uma posição de destaque, principalmente porque quando se está a tratar de processo também se está a tratar de como as decisões devem ser tomadas”.<sup>47</sup> Por outro lado, no decorrer do processo devem ser observadas diversidades que cabe ao intérprete adequar, e que são o alicerce na fundamentação da decisão do magistrado.

De modo contrário, manter uma produção jurídica a partir de decisões que tomam o juiz como protagonista, torna-se desfavorável à própria autonomia do direito, visto que, na medida em que se admitem constantemente tais práticas jurídicas, eleva-se a figura do magistrado com único elemento no processo. Desse modo, para que ocorra uma jurisdição processual adequada, torna-se imprescindível justificar a hermenêutica filosófica por intermédio da decisão mais coerente e íntegra, que foram os dois princípios contemplados no NCPC/2015.

Todos esses embates jurídicos e filosóficos levaram o Poder Judiciário a certo descrédito perante a sociedade. No entanto, a origem desse fenômeno não pode ser considerada no próprio sistema jurídico, uma vez que esse não levou a tal questionamento de normas jurídicas. Ademais, cumpre observar que as leis são positivadas em tese, portanto, não caberiam interpretações extensivas sobre tensões políticas e sociais relevantes ou formas de justificar determinado posicionamento jurídico.

Nessa perspectiva, vale lembrar a importância que deve ser dada para pergunta sobre o direito, uma vez que a partir desta é que se trilhará a busca pelo sentido da lei<sup>48</sup>. Nesse árduo emblema da resposta mais correta ou as respostas corretas que é aquela que diz o direito, a proposta deste texto é justamente desvendar o que não está explícito e que serve como subsídio a partir de uma pré-compreensão dos fatos com fulcro nos princípios constitucionais, e desse modo se entenderá que o direito não vem do nada.

Nesse mesmo raciocínio, muito se discute sobre a jurisdição processual ou forma de decisão. No entanto, trazendo para o caso dos advogados, promotores, defensores e juízes, como pode ser definido o direito? Como pode definir no caso concreto ou será que os juristas sabem o que é direito? São perguntas inquietantes em um primeiro momento, no entanto, levam

---

47 ISAIA, 2013, p. 101.

48 MOTA, 2010, p. 90.

a uma profunda reflexão sobre pensar a finalidade do direito – ou seja – qual a razão de fazer assim e não daquela outra forma, por que adoto essa perspectiva e não outra.

Nessas questões abordadas, existe a crítica de os juízes criarem novos direitos quando decidem um caso de extrema relevância. Entretanto, o que deve ficar claro é que não se podem transpassar os limites da lei, independentemente do processo. Portanto, reforça-se sobre esse sentido que “[...] alegam, em outras palavras, que a nova formulação se faz necessária em função da correta percepção dos verdadeiros fundamentos do direito, ainda que isso não tenha sido previamente reconhecido, ou sido, inclusive, negado”.<sup>49</sup>

## 5. A interpretação judicial: desafios da jurisdição no contexto da sociedade em rede

Diante de uma visão de interpretação judicial, o jurista alemão Peter Häberle traz uma contribuição referente ao atual entendimento sobre o que vem a ser um Estado alinhavado com o âmbito Constitucional, ou seja, o Estado não pode ser visto para si, no entanto, deve se estender para outros Estados de uma mesma comunidade.<sup>50</sup> No mesmo modo de analisar, esse contexto reflete no papel dos direitos humanos fundamentais como condição de efetividade perante o texto Constitucional, bem como sistematiza a coordenação no âmbito internacional, uma vez que sua ausência enfraquece sua força normativa.

Na mesma linha de pensamento recai uma pergunta estruturante do contexto da interpretação da norma. Veja, conforme aborda Häberle, todo indivíduo que vive direta ou indiretamente sob o âmbito da Constituição, se torna um intérprete<sup>51</sup>. Desse modo, não precisa dizer que mesmo aquele que não faz parte dos intérpretes jurídicos da Constituição vivencia a aplicação da norma – ou seja – esse sentido deve refletir de forma horizontal na perspectiva da sociedade complexa de direitos e deveres.

No momento que um direito de um indivíduo é violado, a balança que regula os direitos de ambas as partes é desregulada, vindo, portanto, a pen-

---

49 DWORKIN, 2014, p. 9.

50 HÄBERLE, 2003, p. 76.

51 HÄBERLE, 2014, p. 28.

der para um lado e ocasionando desarmonia. Nesse momento é que surge a interpretação do jurista ao caso concreto, fazendo essa balança voltar ao equilíbrio a partir da aplicação dos meios jurídicos. Nessa perspectiva, em regra, a justiça é associada com igualdade, ou seja, tratar de forma igual os indivíduos, em que se resume como a “[...] justiça é tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de sua desigualdade”.<sup>52</sup>

Na ideia de interpretação judicial se deve estar ciente de que nem sempre o que é justo é igualmente reconhecido por outros. Desse modo, quando o magistrado julga um acontecimento não deve buscar a justiça para uma das partes envolvidas, no entanto, deve buscar a justiça para ambos – ou seja – garantir um julgamento adequado para o bem coletivo da sociedade, uma vez que o maior compromisso intrínseco se trata em buscar esse direito.

O conceito de justiça é bastante amplo e dependendo de qual ponto de vista poderá ser interpretado de diversas formas. Desse modo, segundo o dicionário brasileiro, o conceito de justiça é “[...] conformidade com o direito; Atitude que faz dar a cada o que é seu; Faculdade de julgar com equidade”.<sup>53</sup> Essa é a teoria pura sobre a justiça, que ao fim ao cabo quer representar o objetivo ou o papel do advogado quando defende seu cliente de um fato imputado ou não observado.

Em outras palavras, falar de justiça trata-se de trazer à tona uma espécie de impressão de igualdade a todos, uma vez que se está em um país com uma diversidade cultural imensa, percebido pela impossibilidade de estabelecer um padrão religioso, literário, musical, etc. Um dos exemplos que pode ser colocado está no momento que o judiciário julga um caso interpretando determinada questão e leva em consideração por preferir outra direção sem observar os fatos para a resolução do processo. Nesse caso, se estará aplicando o direito em outro caminho e o julgador tomará uma direção de princípios políticos ou convicções não relacionadas com o processo.<sup>54</sup>

No âmbito do direito busca-se do processo a própria justiça. Desse modo, o direito atua para a igualdade e também para o bem-comum, uma vez que se trata do bem-estar da sociedade em que os direitos são adquiri-

---

52 ARISTÓTELES, 384 a. C. - 322 a.C.

53 DICIONÁRIO, 2019.

54 DWORKIN, 2014, 97.

dos, as diferenças respeitadas e os atos ilícitos que de alguma forma ferem o direito individual ou o direito de uma comunidade são impedidos. A partir dessa visão na relação entre direito e justiça no que diz respeito ao ato de julgar fatos como justos ou injustos, existem – ademais – doutrinas baseadas nas sagradas escrituras e que possuem influência Aristotélica, trata-se da justiça como uma virtude<sup>55</sup>.

A partir de uma abordagem sobre o campo das decisões, devem ser primados os direitos a igualdade em todos os membros que possuem o mesmo direito. Nesse aspecto, percebe que “[...] as decisões judiciais são decisões políticas, pelo menos no sentido mais amplo que remete à doutrina da responsabilidade política”.<sup>56</sup> Esta tese entende que as decisões judiciais sendo fundamentadas na política, não possuem sustentação, uma vez que os juízes poderiam dizer qual seria então uma política adequada para o caso em tela, ou pior, como poderia ser (in)justificada tal situação perante uma posição firmada pelo Tribunal.

Diante dessas constatações na análise processual, é abordada a importância em analisar que não se reconhece o solipsismo judicial, que na verdade se trata em reduzir toda realidade ao ser pensante e que fazendo uma leitura sob a lente processual, traduz o juiz como a figura de maior relevância. Nesse sentido, esta tendência não se aproxima do realismo jurídico, ignorando preceitos como a moral, a justiça e as normas jurídicas, e que acaba descrendo essa concepção.<sup>57</sup>

Neste vasto campo da interpretação, a preocupação reside no propósito da questão em vez da causa como muitos autores reforçam.<sup>58</sup> No entanto, quando se fala em propósitos, refere-se ao intérprete da lei, e não do autor em que passa a ser uma interpretação construtiva, que a partir de uma imposição de um objeto ou na própria prática com a finalidade de tornar um exemplo mais adequado ao gênero<sup>59</sup>. Nessa questão de interpretar de forma adequada, parte do princípio de que se trata de tentar compreender, que em um segundo plano fica no ocultamento do intérprete. No entanto, existe uma diferença fundamental entre o que seria o mais adequado do

---

55 AQUINO, 1980.

56 DWORKIN, 2014, p. 138.

57 HABERMAS, 1997, p. 22.

58 DWORKIN, 2014, p. 140.

59 DWORKIN, 2014, p. 146.

que realmente significa. Para tal, será necessário recuperar o sentido que o legislador trouxe para o ordenamento jurídico para não adentrar na interpretação equivocada ou controversa sobre a intensão proposta.

Uma questão bastante discutida no campo jurídico foi a chamada neutralidade do juiz. Na medida em que uma decisão é construída, são questionadas posições para uma decisão sem se prender a concepções pessoais. Nesse aspecto, “[...] na verdade, a neutralidade do juiz é mais uma consequência, ou um reflexo, da neutralidade do Estado, como um dispositivo técnico capaz de servir a todas as possíveis ideologias e, em virtude da tolerância que tal concepção pressupunha, [...]”.<sup>60</sup>

Na seara da decisão processual que tem como pano de fundo os princípios constitucionais, são elencados a partir de uma perspectiva da atuação do poder decisório. Estes princípios – por sua vez – são elencados como imprescindíveis para decisão que é a de que qualquer decisão política deverá reconhecer todos os cidadãos iguais, exceto quando se tratar de casos extremos em que a situação exigir; a segunda premissa principiológica nesse contexto está calcada na condição de equidade em sujeitar-se a compromissos abertos e que são considerados justos quando adotados a respeito às regras estabelecidas.<sup>61</sup>

Os princípios supracitados asseguram que a condenação deliberada de algum processo não caminhe no campo da subjetividade, uma vez que na medida em que se não existirem elementos suficientes para condenar, se sabe ser inocente sobre um fato, não poderá manter uma condenação equivocada ou que não houve a observância de algum requisito. Nesse sentido, incriminar alguém ou acusar sobre um fato falsamente é um caso de decisão política nova e que não haverá espaço para um tratamento igualitário. Diante destes questionamentos como forma de explicar as decisões políticas, é trazida nessa questão as revisões judiciais “interpretativas” e “não interpretativas”.<sup>62</sup>

No entanto, quando se fala em Estado como um soberano na aplicação das leis foi um passo para um caminho obscuro – posto que – esta atitude limitou a possibilidade de interpretar o texto de lei. Isso, portanto, se torna mais claro fazendo uma construção histórica em que uma sociedade

---

60 SILVA, 1997, p.111.

61 DWORKIN, 2005, p. 19.

62 DWORKIN, 2005, p. 31.

enxerga o juiz como um ente divino que responde pelo Estado, sendo esse Estado considerado pelo povo como uma entidade intocável. Desse modo, veste uma finalidade de estabelecer a segurança, entretanto, estará sendo mascarada a ação do juiz perante a sua função específica que é tornar uma decisão adequada com o direito.

Para que se busque uma interpretação judicial balizada na Constituição e que reserva espaço para o fundamental conceito de democracia, faz se necessário mencionar que “[...] não julgue conforme o que você acha ou pensa. Julgue conforme o direito. Julgue a partir de princípios, e não de políticas. Aceitar que as decisões são fruto de uma consciência individual é retroceder mais de 100 anos. E é antidemocrático”.<sup>63</sup> Do mesmo modo, vale ressaltar que, no momento em que o magistrado adota uma postura sem a visão do direito, muito longe estará a justiça – ao contrário – está utilizando o direito contra o direito.

Resta claro, portanto, para que haja a aplicação adequada do direito ao caso concreto deve-se buscar desvincular do âmbito político que alienam para um caminho. Desse modo, não serão observados os princípios para subsidiar uma decisão adequada. Na decisão surge à questão da discricionariedade, que é o local em que não há espaço para temas como “livre convencimento”, “realismo jurídico”, ou “livre apreciação da prova”<sup>64</sup>, que nada mais é do que uma estrutura histórica que acompanhou e acompanha a jurisdição processual, e que se torna uma realidade que é reproduzida nas decisões.

Um dos argumentos que enfraquecem o entendimento de que a discricionariedade do magistrado pode ser aplicada é a forma inadequada com que se compreende o direito. Nesse sentido, “[...] esse uso acrítico tem representado um crescimento nas decisões arbitrárias. Na verdade, sob o manto da discricionariedade, pratica-se a arbitrariedade interpretativa”<sup>65</sup>. Assim sendo, pensar o direito sob uma perspectiva discricionária, por mais que ela não tenha relação com uma determinada decisão, não se estará buscando o direito, pelo contrário, se estará remando contra a maré do que é o direito.

---

63 STRECK, 2012, p. 198.

64 STRECK, 2012, p. 190.

65 STRECK, 2012, p. 191.

Para entender como esses novos direitos foram criados deve ser contextualizado com as evoluções que ocorrem no direito e suas novas ramificações de uma sociedade complexa e com tendências cada vez mais desafiadoras. Vale mencionar que “[...] embora sejam conhecidos resultados alcançados pela Filosofia do Direito durante todo século XX, [...] e o conseqüente retorno da Hermenêutica, nossas instituições, tanto universitárias quanto legislativas, impõem que nos comportemos dogmaticamente”.<sup>66</sup>

Os direitos que podem ser chamados contemporâneos levam a travar novos desafios que começam com a formulação do próprio direito. Nessa dimensão, em que os direitos da sociedade em rede foram incorporados através da própria sociedade, não se falava em crimes virtuais, crime sobre a divulgação dados de um servidor compra de produtos utilizando-se de sites de internet, entre outros. Desse modo, essa realidade tornou-se cada vez mais possível, assim como sua regulação jurídica.

Conforme a linha de investigação traçado no decorrer do texto, se faz imprescindível que se faça do processo uma leitura Constitucional, bem como para cumprir o papel do Estado Democrático de Direito. Desse modo, a forma como o processo deve ser visto por intermédio das balizas que a Constituição contemplou, e a partir desse aspecto de visão normativa deve regular a atividade jurisdicional.<sup>67</sup> Do mesmo modo de análise, pode ser dito que deve haver uma análise da dimensão dos fatos em relação aos aspectos da validade, tudo isso é incorporado no contexto da jurisdição, uma vez que está instituída nos princípios Constitucionais.

Após serem apresentados alguns indícios referentes as teses do substancialismo e do procedimentalismo, é necessário pensar o direito sob a lente constitucional em que o(as) juristas estejam cientes de sua responsabilidade com a sociedade<sup>68</sup>. Ademais, o viés político deve estar afastado das decisões jurídicas, uma vez que o processo se torna refletido por um viés não democrático, em que os princípios como a integridade e a coerência estarão fulminadas, e o que é pior de tudo isso, o direito servirá para impor as injustiças nos julgamentos, contrariando tudo que o que foi abordado sobre os princípios e os direitos.

---

66 SILVA, 2004, p. 2.

67 ANDOLINA; VIGNERA, 2011, p. 5.

68 STRECK, 2012, p. 195.

## 6. Conclusão

Após as considerações realizadas sobre os aspectos das teorias substancialista e procedimentalista esperam-se do magistrado a imparcialidade dos seus sentimentos e razões pessoais para julgar conforme diz o direito. Desse modo, se deve buscar única e objetivamente a realização de um julgamento fidedigno, ou seja, deve ser realizada através das leis e da aplicação fundamentada que permeiam o caminho para alcançar a justiça sem prejudicar nenhuma das partes com relação à convicção intimamente pessoal.

Com esse olhar sob a lente do processo deve ser superado o paradigma racionalista que deixam sua reprodução genérica de textos de lei. Também, vale lembrar que a tese procedimentalista possui uma deficiência em discutir a padronização dos modelos universais, uma vez que as decisões são aplicadas coletivamente e sem haver um cuidado com o estudo do caso concreto. No mesmo sentido, se não houver uma compreensão apurada, incorre-se em erros crassos que criam margem para poluir o papel que o direito deve ocupar.

Devido ao fato de se estar inserido em uma sociedade em rede em que os direitos estão cada vez mais próximos dos indivíduos, necessita-se encontrar respostas mais adequadas e coerentes. Entretanto, estas respostas podem até não ser definitivas, no entanto, devem representar o direito naquele momento que é caracterizado pela aproximação na formulação de um processo íntegro e alinhado com a Constituição. Desse modo, atendendo a demanda processual, cabe ao jurista interpretar às normas pelos preceitos fundamentais, e para que isso ocorra em uma decisão judicial fundada na justiça, é preciso que sejam desvelados os princípios constitucionais em que se consiga sair do “modelo”, padrão de procedimento, uma vez que não se conseguirá sair de um sistema que retroalimenta um direito que está sufocado antes da sentença.

Na questão da jurisdição processual deverá atender aos desafios que já existem como o protagonismo judicial que possui as amarras de um racionalismo histórico, e que uma vez vinculado, persistirão os efeitos que foram abordados no texto. No entanto, existem fortes tensões políticas e econômicas que movem os diversos sistemas processuais e judiciais do Brasil, tornando-se um desafio romper essa cultura em busca do direito.

Com esse suporte teórico abordado ficam perguntas sobre qual rumo tomar ou será que existe somente uma resposta correta para se tornar um

processo mais próximo da justiça? Certamente, os caminhos que a atual sociedade em rede trouxe e ainda está por trazer é imprevisível e que não podem ser medidos por cifras, uma vez que caberá ao jurista trazer o direito que muitas vezes é atingido pelas raízes históricas sem levar em conta as novas tendências e desafios que a jurisdição processual no século XXI terá como enfrentamento.

## Referências

- ANDOLINA, Ítalo; VIGNERA, Giuseppe. *Il modello costituzionale del processo civile italiano*. Torino: G. Giappichelli. Itália: Turim, 1990.
- \_\_\_\_\_. *I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale del processo civile italiano*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1997.
- AQUINO, Tomás de. *Suma Teológica*. Tradução de Alexandre Correia. 2ª ed. Rio Grande do Sul: Livraria Sulina Editora e Grafosul Indústria Gráfica, 1980.
- ARISTÓTELES. *O Pensador*. 384 a. C. - 322 a.C. Disponível em: <https://www.pensador.com/frase/MTQ1OTEwNw/>. Acesso em: 1º nov. 2019.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do processo. In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. V. 90, 2004, p. 69-169, 2004. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/4/3/>. Acesso em: 1º nov. 2019.
- BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. In: *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 17. mar. 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm). Acesso em: 1º nov. 2019.
- BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; SOARES, Carlos Henrique. *Manual Elementar de Processo Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- \_\_\_\_\_. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.
- CANOSA, Eduardo Andrés Velandia (Coord.). *Derecho Procesal Constitucional*. Tomo I – Volumen II. Bogotá, Colômbia: Editores Ltd, 2011.
- DICIONÁRIO. *Justiça*. Significado de justiça. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/justica/>. Acesso em: 1º nov. 2019.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

- \_\_\_\_\_. *O império do direito*. Tradução Jeferson Luiz Camargo. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- \_\_\_\_\_. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luis Carlos Borges. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios; Revisão da tradução Silvana Vieira. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor. *El derecho procesal Constitucional como un sector de la defensa de la Constitución*. Estudios del Derecho Procesal Constitucional. Bogotá: Editores Ltda, 2011.
- HÄBERLE, Peter. *A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.
- \_\_\_\_\_. *El Estado Constitucional*. Tradução de Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. In: *Revista Direito Público – IDP*. V. 11, n. 60, 2014, p. 25-50. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2353/1204>. Acesso em: 1º nov. 2019.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre a facticidade e validade*. 2ª ed. Tradução Flávio Beno Siebeneicheler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- ISAIA, Cristiano Becker. O problema processual e o problema do decisionismo jurisdicional. Da subsunção à integridade do direito. In: *Revista Eletrônica e Política*. Programa de Pós-Graduação. Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí. Vol. 3. nº 3. 3º quadrimestre de 2008, p. 264-283.
- \_\_\_\_\_. Os desafios da jurisdição processual civil no século 21. In: TYBUSCH, Jerônimo Siqueira; ARAÚJO, Luiz Ernani Bonesso de. (Orgs). *Direitos emergentes na sociedade global: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito na UFSM*. Ijuí: Unijuí, 2013, p. 75-119.
- \_\_\_\_\_. *Processo civil e hermenêutica jurídica: a crise do procedimento ordinário e o redesenho da jurisdição processual civil pela sentença (democrática) liminar de mérito*. Curitiba: Juruá, 2012.
- \_\_\_\_\_. *Processo civil, atuação judicial e hermenêutica filosófica*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2011.

- LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. Primeiros estudos. 14<sup>a</sup>. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- LUCAS, Douglas Cesar. A crise funcional do Estado e o cenário da jurisdição desafiada. In: *O Estado e suas crises*. MORAIS, José Luis Bolzan de. (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Tradução Saulo Krieger; Tradução das citações em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016.
- MENDES, Gilmar Ferreira. A influência de Peter Häberle no constitucionalismo brasileiro. Um dossiê em homenagem a Peter Häberle. In: *Revista Estudos Institucionais*. V. 2, n. 1, 2016, p. 30-56. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/48/43>. Acesso em: 1<sup>o</sup> nov. 2019.
- MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o Direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. Florianópolis: Conceito, 2010.
- REALI, Miguel. *O Estado Democrático de Direito e os conflitos das ideologias*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- RICCI, Sergio Díaz. Principios básicos de una codificación procesal constitucional. In:
- CANOSA, Eduardo Andrés Velandia (Coord.). *Derecho Procesal Constitucional*. Tomo I – Volumen II. Bogotá, Colômbia: Editores Ltd, 2011, p. 81-91.
- SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a Gomes Canotilho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- SOUZA, Carlos Aurelio Mota de. Motivação e fundamentação das decisões judiciais e o princípio da segurança jurídica. In: *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. V. 7, n. 2, 2006, p. 355-376. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/345/338>. Acesso em: 1<sup>o</sup> nov. 2019.
- STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Anuário do Pro-*

grama de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. Porto Alegre: UNISINOS, 2012.

\_\_\_\_\_. Na democracia, decisão não é escolha: os perigos do solipsismo judicial – o velho realismo e outras falas. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS*. Porto Alegre: UNISINOS, 2012, p. 189-201.

\_\_\_\_\_. *Verdade e consenso*. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

Recebido em 03 de março de 2018.

Aprovado em 16 de outubro de 2019.

# A efetividade do direito à moradia através da ampliação do ativismo judicial no neoconstitucionalismo

*A right to housing through the effectiveness of judicial activism of expansion in neoconstitucionalism*

Fabianne Manhães Maciel\*  
*Universidade Federal Fluminense – RJ, Brasil.*

Carla Fernandes\*\*  
*Universidade Federal Fluminense – RJ, Brasil.*

## 1. A nova hermenêutica constitucional e o direito à moradia

A mutação constitucional adquire, hodiernamente, relevância fundamental, visto que o momento histórico brasileiro se caracteriza pela tentativa de afirmação e concretização das disposições emanadas da Constituição Federal de 1988.

Nesse contexto, marcado pela luta em prol dos direitos fundamentais e dos princípios democráticos, é imprescindível recorrer aos processos informais de mudança da Constituição que, sem alterar a sua literalidade expressa, conferem ao respectivo texto novos significados, sentidos e alcances, com vistas à realização efetiva desses valores.

O que se quer neste artigo é discutir a hermenêutica constitucional atual, diante da chamada mutação constitucional e do ativismo judicial

---

\* Professora Adjunta IV com dedicação exclusiva na Universidade Federal Fluminense, lotada no Departamento de Direito de Macaé. Atualmente é presidente do Núcleo Docente Estruturante do Curso de Direito da UFF em Macaé. Atuou como Coordenadora do Curso de Direito em Macaé da Universidade Federal Fluminense (UFF) de junho de 2013 a agosto de 2019. Doutora em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ em 2012. E-mail: fabiannemanhaes@id.uff.br.

\*\* Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho (UGF).

e seus reflexos no direito de moradia. Busca-se analisar a pertinência na aplicação dos princípios constitucionais e a releitura de certos direitos contidos na Carta Magna, trazendo efetividade ao direito à moradia. Visando à análise proposta, deve ser traçado um panorama da evolução e das transformações do Direito Constitucional Contemporâneo.

### 1.1 Transformações do Direito Constitucional

O século XIX deve ser reconhecido como era positivista, capitaneada por Saint-Simon, A. Comte e S. Mill. O termo positivismo foi usado pela primeira vez por Saint-Simon, para designar a extensão para a filosofia do método exato das ciências naturais.<sup>1</sup> O referido movimento é posterior à Revolução Francesa (1789-1799), na qual os revolucionários franceses tinham aversão ao poder do Estado, justamente pelo fato de terem convivido com essa presença deveras esmagadora do aparelho Estatal, deixando de lado por completo a liberdade individual. Na raiz do pensamento de Comte está uma reflexão sobre a sociedade:

Derrubado o *Ancien Régime* pela grande Revolução, os conflitos político-sociais não ficam sanados, apesar da doutrinação revolucionária (Saint-Simon, Fourier, Proudhon) e do pensamento contra-revolucionário (J. de Maistre e De Bonald). Para Comte a reflexão política de ambas as correntes não é suficiente. É necessário alcançar a unidade de espíritos o que só é possível mediante uma filosofia geral.<sup>2</sup>

A “exaltação romântica da ciência” e a ideia de que o infinito está na ciência, sendo esta o único conhecimento verdadeiro (possível), determinavam a exclusão da metafísica.

O conhecimento limitava-se aos fatos imediatamente dados da experiência, realizando-se uma distinção entre o sujeito e o objeto, utilizando o método descritivo (observação e experimentação), que era o método das ciências naturais aplicado a todas às questões, mesmo às humanas, às morais, às sociais, os métodos científicos modernos, por se ater ao estudo dos fatos.<sup>3</sup>

---

1 ABBAGNANO, 2000, p. 776

2 LOGOS, 1991, p. 1063.

3 COMTE, [S.d.], p. 31.

Posteriormente, foi dada ênfase ao Direito natural, como sendo um conjunto de valores humanos que têm validade em si mesmo (conceitos, Deus, razão – natureza humana), denominada como Jusnaturalismo.

Porém, a cientificidade, emprego da lógica formal, a pretensão de completude e pureza, bem como a racionalidade da lei e neutralidade do intérprete, davam início a uma nova era chamada de Positivismo Jurídico. Neste momento, as bases foram fincadas mais sobre o formalismo, uma vez que, para uma teoria objetiva do direito, importava mais o conjunto das normas postas pelo Estado, através de suas autoridades competentes, do que a realidade social propriamente dita.<sup>4</sup>

Somente poderia ter caráter de cientificidade aquilo que se utilizava de juízos de fato e não de valor. A visão do direito enquanto conjunto de normas eram proposições lógicas de um sistema fechado (axiomático).

As situações não reguladas encontraram solução fora do direito, através de um método dedutivo, do geral para o específico, do abstrato para concreto. Limitava-se ao positivamente dado, ao fato da realidade sensível, existindo um banimento da metafísica.

Hans Kelsen (1881-1973) elaborou a Teoria Pura do Direito, na qual, em sua primeira fase, a máxima apregoada era o Ser e Dever (jurídico). Não há questionamento sobre o que é o direito, nem sob que circunstâncias, com que extensão e de que modo existe o conhecimento jurídico (dogmática jurídica). Só tem sentido o que é compreensível logicamente e assim os conteúdos dos valores e normas não têm sentido (expressões do sentimento). O objeto a ser analisado são estruturas formais lógicas das normas jurídicas (proposições) e não seus conteúdos, “pois estes são inacessíveis ao conhecimento científico”. Exclui tudo o que não pertença ao direito, cujo objetivo era preservar a ciência jurídica de uma má utilização como “propaganda de valores absolutos”, como cobertura para opiniões políticas e ideológicas.

Não é nenhuma qualidade imanente, nem tampouco a referência a uma norma metajurídica, a um valor moral, isto é, a um valor transcendente ao direito positivo, que faz com que determinado comportamento humano valha como ilícito, como delito, mas, sim, única e exclusivamente, que isso esteja estabelecido na proposição jurídica como pressuposto de uma específica consequência, que a ordem jurídica positiva reaja a esse comportamento com um ato coercivo.<sup>5</sup>

---

4 CAMARGO, 2004, p. 88-89.

5 KELSEN, 2003, p. 1 e 79.

Em uma segunda fase, Kelsen ultrapassa os limites do puro positivismo e passa a ver na proposição jurídica um juízo hipotético. A proposição jurídica é dirigida a um comportamento futuro do Estado, que deve aplicar sanção se o comportamento estiver de acordo com a proposição, e ao Estado que não aplicar a sanção deverá lhe ser aplicada também uma sanção. A norma fundamental como limite (*grundnorm*) dotada de sentido e que vale como norma de direito natural (mínimo de metafísica).

A norma que representa a razão da validade de outra norma é chamada de norma “superior”. Porém, a busca da razão da validade de uma norma não pode prosseguir indefinidamente. Deve terminar em uma norma cuja existência se presume. Deve ser presumida porque não pode ser “postulada”, isto é, criada por uma autoridade cuja competência teria de basear-se em uma norma mais superior ainda. Essa norma que se pressupõe mais elevada é a norma básica. Todas as normas cuja validade podem remontar à mesma norma básica constituem um sistema de normas, uma ordem normativa. A norma básica é a origem comum da validade de todas as normas que pertencem à mesma ordem – é a razão da validade delas.

Pode-se enumerar como características essenciais do positivismo jurídico: a aproximação quase plena entre direito e norma; a afirmação da estatalidade do direito (a ordem jurídica é una e emana do Estado); a completude do ordenamento jurídico, que contém conceitos (discurso axiomático do direito) e instrumentos suficientes e adequados para solução de qualquer caso, inexistindo lacunas. Pode-se acrescentar o formalismo, que determina que a validade da norma decorre do procedimento, seguido para a sua criação, independentemente do conteúdo, bem como a subsunção (pensamento silogístico do direito), que determina como premissa maior a lei e a premissa menor o fato, estabelecendo uma conclusão lógica, aplicada pelo juiz que desempenharia o papel de intérprete aplicador.

Segundo Rui Moreira, Kelsen acabou por desvalorizar o direito:

Destarte, o reducionismo proporcionado pelo positivismo normativista kelseniano, em busca da pretensa pureza científica, leva a uma teoria do direito sem direito, pois a pretensão deste de buscar a exclusão da realidade política do direito acabou por despolitizar, desestatizar e, por fim, desvalorizar o Estado. E outra não poderia ser a consequência, pois, ao buscar livrar o direito de quaisquer valores “metafísicos”, Kelsen acabou por desvalorizar o próprio Direito.<sup>6</sup>

6 MOREIRA, PEIXOTO, BELCHIOR, 2006, p. 17.

Robert Alexy passa a desenvolver críticas ao positivismo jurídico, traçando os obstáculos da concepção tecno-formal do direito, como a imprecisão da linguagem do direito (que não é neutra), a possibilidade de conflitos entre as normas, a possibilidade de casos que requeiram uma regulamentação jurídica, que não cabem sob nenhuma norma válida existente. E, ainda, a possibilidade, em casos especiais, de que uma decisão venha a contrariar textualmente um estatuto.

Segundo Robert Alexy:

[...] o ideal, que a teoria do discurso trata de conceber sob a forma de condições de argumentação racional, funde suas raízes no real e não teria força alguma sem o real. Inversamente, o real não seria a nossa forma de vida, a forma de vida de seres vivos dotados de razão, se não incluísse o ideal.<sup>7</sup>

De acordo com Robert Alexy, o conceito de “Estado constitucional democrático”<sup>8</sup> privilegia o fato de o sistema jurídico ser permeado por princípios morais, que adotam a forma de direitos fundamentais, além das liberdades garantidas mediante direitos fundamentais, que impedem uma identificação do Direito com concepções morais não compartilhadas por todos e cuja aceitação não possa ser igualmente pretendida por todos.

O *neoconstitucionalismo não-positivista* resgata e reformula – a partir de um paradigma filosófico construtivista – a intuição jusnaturalista de que há direito para além do direito positivo, defendendo o argumento de Alexy da injustiça com a identificação do direito com apoio em critérios mínimos de moralidade. No entanto, a sua estratégia é de legitimação ou justificação de tais “direitos morais” (*moral rights*), ou seja, aqueles que são válidos independentemente de sua positivação.<sup>9</sup>

Segundo o constitucionalista Luís Roberto Barroso:

A dogmática jurídica brasileira sofreu, nos últimos anos, o impacto de um conjunto novo e denso de idéias identificadas sob o rótulo genérico de pós-positivismo ou principialismo. Trata-se de um esforço de superação do legalismo estrito, característico do positivismo normativista, sem recorrer às categorias metafísicas do jusnaturalismo. Nele se incluem a atribuição de nor-

---

7 ATIENZA, 2001, p. 675

8 ALEXY, 2003, p. 31-47

9 SILVA, 2006.

matividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sob a idéia de dignidade da pessoa humana. Nesse ambiente, promove-se a reaproximação entre o Direito e a Ética.<sup>10</sup>

A definição de princípios jurídicos, e sua distinção relativamente às regras, depende do critério em função do qual a distinção é estabelecida. Ao contrário dos objetos materiais (coisas), cujo consenso em torno de sua denominação é mais fácil pela referência que fazem a objetos sensorialmente perceptíveis, as categorias jurídicas, entre as quais se inserem os princípios, são instrumentos analíticos abstratos (linguisticamente formulados).

Por isso mesmo, é mais difícil haver uma só definição de princípio, já que a sua distinção relativamente às regras depende muito intensamente do critério distintivo empregado (se quanto à formulação, ao conteúdo, à estrutura lógica, à posição no ordenamento jurídico, à função na interpretação e aplicação do direito etc.), do fundamento teórico utilizado (se positivista, jusnaturalista, normativista, realista etc.) e da finalidade para a qual é feita (se descritiva, aplicativa etc.).

Daí a afirmação de Guastini, segundo a qual não se deveria sequer se buscar uma definição unitária dos princípios jurídicos, mas apenas aceitar, primeiro, que alguns autores o utilizam com um significado e outros com outro e, segundo, que o termo princípio pode referir-se a vários fenômenos e não somente a um.<sup>11</sup> Isso explica porque há tanta divergência quanto ao significado dos princípios. Chega-se mesmo a afirmar que haveria quase tantas definições de princípios quantos são os autores que sobre eles escrevem.

Tanto a doutrina como a jurisprudência são unânimes em afirmar que as normas mais importantes de um ordenamento jurídico são os princípios. No próprio ordenamento jurídico brasileiro, constam normas positiva ou doutrinariamente denominadas de princípios, alguns fundamentais, outros gerais. Sua definição não pode, por isso, ser inequívoca. Antes, deve

---

10 Prefácio da obra de BARCELLOS, 2005. Para uma visão completa acerca da nova interpretação constitucional, *vide* BARROSO, 2005.

11 GUASTINI, 1998, pág. 276. O autor fala de uma diferenciação tipológica dos princípios. *Idem*, GUASTINI, 1996, p. 116 e ss.

ser de tal forma formulada que a sua aplicação diante do caso concreto possa ser intersubjetivamente controlável.<sup>12</sup>

Mesmo em países que tenham adotado o sistema jurídico romano-germânico como base de seu ordenamento, pautando-se, basicamente, na predominância absoluta do positivismo jurídico e com forte tendência à codificação do direito, também trazem em seu texto constitucional a presença de princípios, o que possibilita o chamado ativismo judicial, gerando abertura para interpretações construtivistas.<sup>13</sup>

No entanto, a atividade judicante apresenta margem para a discricionariedade, determinando um rompimento da postura positivista arraigada no Poder Judiciário e designando uma postura proativa do magistrado na interpretação da norma, determinando novos sentido e alcance e possibilitando, em consequência, que o juiz participe do processo de criação da norma jurídica.<sup>14</sup>

O ativismo pode ser percebido quando o magistrado se entende como um ser politizado, não aplica apenas a letra da lei de forma técnica, tem um grau de discricionariedade em que pode valorar preceitos morais de acordo com o caso concreto e isso só é possível num Estado Democrático de Direito. Quando o Legislativo falha, ao deixar lacunas, com expressões vagas e não legislar as necessidades do povo, o Judiciário entra em ação.

O ativismo judicial não é a mesma coisa de judicialização do direito, que é independente da vontade do Judiciário, já que o modelo de Constituição analítica brasileira permite discussões do cunho moral e político. Já o ativismo parte de uma postura imperativa do Judiciário que, na omissão dos outros poderes acerca de decisões necessárias, através de artifícios, tenta articular uma melhor solução. Dessa forma, há de se pensar nos limites do ativismo para não colocar em risco a legitimidade democrática e questionar a causa de seu crescimento atual.

É importante ressaltar que o ativismo judicial não significa ir contra as decisões do Legislativo, ao contrário, agir quando este deixa espaço. Significa, portanto, retirar da Constituição todo o seu potencial sem interferir nos demais campos do direito.

---

12 ÁVILA, 2001.

13 CITTADINO, 2001-2002. p. 135.

14 DIZ, SILVEIRA, 1999. pp. 167-168.

## 1.2 A releitura do Direito de Moradia

O direito à moradia, com o enorme crescente populacional em todo o globo terrestre, como regra, passou a ser uma preocupação do indivíduo nos tempos contemporâneos. Associado a essa preocupação e tomando como vertente principiológica a própria dignidade da pessoa humana, não obstante possa parecer utópica a visão, é essencial ao ser humano um lugar para sua morada, que proporcione elementos mínimos e básicos de proteção e segurança, haja vista que, sem um local próprio e definido, mesmo que temporariamente, a intimidade, segurança e privacidade da pessoa podem sofrer abalos irreparáveis. O direito à vida e ao sossego físico e mental são necessidades básicas do indivíduo.<sup>15</sup>

Ultrapassada a fase do Estado meramente liberal, pós-revolução francesa de 1789, a busca pela efetivação substancial do direito social de moradia possui relação direta com a atuação mínima do Estado enquanto assegurador de direitos e garantias individuais.<sup>16</sup>

Cabe ao Estado um agir positivo e eficaz na produção de efeitos dos direitos basilares, em quaisquer das esferas dos poderes estatais, havendo uma cobrança mais significativa do Poder Executivo, naturalmente, em virtude da sua atuação direta nas políticas públicas e sociais. Destarte, requer-se, assim, que o Estado atue no sentido de não apenas evitar a omissão em sua atuação, mas, também, de, incansavelmente, intervir e atuar nos processos e modelos econômicos e sociais para criar, efetivamente, mecanismos e instrumentos que coíbam ou minimizem as diferenças e desigualdades no seio da sociedade.

---

15 José Afonso da Silva entende que “o direito à moradia já era reconhecido como uma expressão dos direitos sociais por força do disposto no art. 23, IX, segundo o qual é da competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios ‘promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento’”. Em: SILVA, 2006, p. 314.

16 Apesar dos vários entendimentos de que o responsável primário pela realização dos direitos fundamentais sociais seja o Poder Público – Rômulo Russo Júnior aduz que o direito social à moradia “tem comando direcionado a todos os Poderes da República, mas com a especial direção ao Poder Executivo, a quem cabe desenvolver a política pública concernente ao alcance real de moradia, em especial a moradia popular, elemento constitutivo da dignidade da pessoa humana (RUSSO JÚNIOR, 2006, p. 47); Daniel Sarmiento expõe que “para extrair algum direito subjetivo privado de um direito social prestacional, é preciso proceder com redobrada cautela, já que cabe em princípio ao Poder Público, e não aos particulares, arcar com os ônus decorrentes da garantia destes direitos.” (SARMENTO, 2008, p. 330.), dentre outros – existe posicionamento contrário, negando, inclusive, o próprio direito à moradia: “A noção de direito à moradia seria um uso impróprio, porque a única noção do direito cabível seria a do direito individual de aquisição de um bem imóvel, segundo os termos de respeito aos contratos e de exercício da liberdade de escolha” (ROSENFELD, 2008, pp. 150-151).

Com base nessa premissa, o Estado não pode ser um mero expectador da (in)efetivação dos direitos. Deve, sim, ser um Estado atuante e interventor, que produza e crie políticas públicas que atendam aos anseios e necessidades da sociedade, que determine normas jurídicas que, pelo menos, aspirem, com base na igualdade material, ao crescimento do indivíduo em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Um questionamento é carecedor de apreciação: como manter no mesmo denominador esse atuar positivo estatal nas suas diversas esferas<sup>17</sup>, a noção da reserva do possível no agir gerencial e a exigência do mínimo existencial da pessoa humana<sup>18</sup>? É possível acreditar que essas grandezas possam ter interferência entre si sob um aspecto prejudicial, ou seja, é razoável a dificuldade de relacionar, de forma equilibrada, políticas públicas eficazes com os gastos dos entes federativos que possuem recursos limitados e as necessidades ilimitadas das pessoas que compõem uma sociedade.

Desse modo, alguns pensamentos que permeiam o mundo das ideias chegam ao entendimento de que “o problema certamente está na formulação, implementação e manutenção das respectivas políticas públicas e na composição dos gastos nos orçamentos da União, dos Estados e dos Municípios.”<sup>19</sup>

Conforme mencionam Adriana Roseno Monteiro e Antonio Tolrino de Rezende, não podemos esquecer que uma política habitacional que tenha como premissa a inclusão social suprirá o acesso à moradia, não somente levando em consideração os aspectos quantitativos, reduzindo o problema habitacional apenas aos números de habitações, mas também garantirá a sua inclusão na cidade através de infraestrutura adequada, serviços de saúde, educação, segurança, lazer, mobilidade urbana, emprego e renda, entre outros, que proporcione a esses indivíduos uma vida mais digna.<sup>20</sup>

Quando nos reportamos ao mínimo existencial, é importante a ligação direta aos direitos e garantias individuais, bem como a existência dos direitos da personalidade. Direitos esses que não constituem prerrogativas de

---

17 Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e suas funções típicas, respectivas, administrar, legislar e julgar.

18 O mínimo existencial reflete-se na base e no alicerce da vida humana. Trata-se de um direito fundamental e essencial, ligado ao Direito Constitucional e prescinde de Lei para sua obtenção, uma vez que é inato a qualquer pessoa.

19 KRELL, 2002, p. 32.

20 MONTEIRO, 2017.

um só povo, uma só comunidade, sob a égide de uma só norma ou soberania estatal. São direitos de todos, sem os quais a noção de vida seria inócua.

O mínimo existencial relaciona-se às necessidades básicas do indivíduo, sem as quais não seria possível a atribuição da referência da essência humana. É um direito que objetiva garantir condições mínimas de existência humana digna e se relaciona com direitos positivos, uma vez que se exige do Estado reais atuações na persecução dessas condições. Dentre eles podemos citar o direito à vida, à integridade física e mental e o direito à moradia enquanto direito social.

Dentro desse contexto, encontramos o posicionamento e os esclarecimentos de José Joaquim Gomes Canotilho<sup>21</sup>:

Das várias normas sociais, econômicas e culturais é possível deduzir-se um princípio jurídico estruturante de toda a ordem econômico-social portuguesa: todos (princípio da universalidade) têm um direito fundamental a um núcleo básico de direitos sociais (*minimum core of economic and social rights*) na ausência do qual o estado português deve se considerar infractor das obrigações jurídico-sociais constitucional e internacionalmente impostas.

Nessa seara, o mínimo existencial é o direito de cada indivíduo às condições mínimas indispensáveis para a existência humana digna, verificando-se o Estado como um garantidor dos direitos. Toda essa estrutura de eficácia social deve possuir como seus maiores alicerces as bases dos princípios, enquanto normas de otimização, preferindo-as em detrimento de bases exclusivamente positivas.

Os direitos abrangidos pelo mínimo existencial são aqueles relacionados aos direitos sociais, econômicos e culturais, previstos na Constituição Federal. São direitos, pela sua natureza, de segunda geração, que possuem caráter programático, eis que o Estado precisa promover e fomentar programas para que esses direitos alcancem o indivíduo. Assim, o mínimo existencial, portanto, engloba um conjugado de prestações materiais essenciais para todo ser humano ter uma vida digna. Reforçando-se que o epicentro desse mínimo existencial é o do princípio da dignidade da pessoa humana.

---

21 CANOTILHO, 2001, p. 203.

Em razão do crescimento da população e, naturalmente, dos direitos fundamentais a ela inerentes, começou a surgir o entendimento de que as necessidades ilimitadas da pessoa humana teriam um freio nas próprias limitações de recursos do Estado para supri-los. É nesse contexto que surge a reserva do possível, tratando-se de um fenômeno que impõe limites para a efetivação dos direitos fundamentais.<sup>22</sup>

Nesse contexto, o Estado passa a alegar a sua impotência em vários casos, demonstrando que dificilmente terá condições de promover um atendimento integral e eficiente para todos que dependam de sua atuação. Sob o argumento estatal de que ao se deparar com um direito fundamental amparado pelo mínimo existencial, deve ser respeitada a reserva orçamentária que ele possui, estaria o Estado tão somente obrigado a realizar somente o que estaria dentro de sua capacidade financeira.

No tocante ao direito de moradia – ou do acesso ao direito de moradia e moradia digna – cabe destacar, neste parágrafo, que as necessidades básicas à luz de princípios constitucionais e visões de um Estado que se compromete com o bem-estar, a promoção da justiça social e o respeito aos direitos basilares de seus membros naturais não poderia, para ser tratado como tal, poder simplesmente alegar que a mera impossibilidade orçamentária, remota ou precária, do Estado obstaría o oferecimento do mínimo existencial. A eficácia dos direitos fundamentais considerados essenciais, justos e basilares não pode ser afastada por uma questão de cunho patrimonial.

Cabe destacar que as desigualdades sociais produzem a marginalização dos grupos sociais com baixo poder aquisitivo e que implica dificuldades na efetividade do direito à moradia, conforme prelecionam Helano Márcio Vieira Rangel e Jacilene Vieira da Silva.<sup>23</sup>

O Estado tem, necessariamente, o dever de concretizar os direitos postulados na Constituição Federal e os princípios ligados a ela, com o fim

---

22 A reserva do possível pode ser chamada também de *reserva do financeiramente possível*. Surge na Alemanha, por volta das décadas 60 e 70 do Século XX. De acordo com a noção de reserva do possível, a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, haja vista que haveria uma relação direta de relação entre os direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos. Dessa forma, a reserva do possível passou a demonstrar a noção de que os direitos sociais necessitados das prestações materiais, subordinados à real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado, estariam dependentes de uma questão orçamentária e de decisões discricionárias estatais.

23 RANGEL, SILVA, 2009.

de garantir à pessoa humana uma vida digna. Essa vida digna não pode ocorrer sem que o acesso à moradia lhe seja vinculado a critérios meramente objetivos e somente atrelado ao direito de propriedade derivada ou sucessória.

Necessário se faz que o olhar da sociedade, também, volte-se às ocupações do solo dentro de critérios possessórios, mas que atinjam a função social da moradia e de proteção à pessoa, permitindo a divulgação de aprimoramento de instrumentos de regularização fundiária capazes de legitimar a moradia, outrora irregular, em moradia efetiva e legítima.

## 2. A regularização fundiária e seus instrumentos

Para verificar a regularização fundiária como política de habitação social e de atendimento às necessidades básicas imobiliárias aos excluídos da cidade legítima, faz-se necessário avaliar os dispositivos constitucionais que influenciaram no surgimento do Estatuto da Cidade.

A Constituição Federal de 1988, definindo a estrutura administrativa da República Federativa do Brasil, distribuindo as devidas competências entre os entes federados, posiciona os municípios enquanto entes federados em seu artigo 18. Consoante o artigo 21, inciso XX da Constituição Federal, compete à união instituir diretrizes para a habitação e, segundo o art. 23, é competência comum da união, estados e municípios a “promoção e implementação de programas para construções de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico” (inciso IX) bem como determina o “combate às causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos” (inciso X). Destarte, todos os programas habitacionais passam a ser desenvolvidos pelos entes federados em conjunto ou pela adesão a um programa nacional.

No capítulo reservado à matéria “Da Política Urbana”, formado apenas pelos artigos 182 e 183 da Carta Magna, o constituinte demonstra a intenção de atacar desigualdades fundiárias que acabaram por gerar uma cidade ilegítima pela política de urbanização brasileira adotada até então. As causas que geraram essa necessidade legislativa podem ser as mais diversas, contudo possuem fatos sociais comuns: a evolução histórica de ocupações irregulares do solo nas urbes e a crescente necessidade de novas moradias com o aumento da população.

A norma constitucional em vigor inova quanto à ordem urbanística no Brasil, dispondo acerca dos princípios, obrigações e responsabilidades atinentes ao poder público, bem como acerca da necessidade de existência de instrumentos jurídicos e urbanísticos. Ou seja, de instrumentos de regularização fundiária, para atender aos anseios dos proprietários não regulares, sempre na busca de pelo menos mitigar, mesmo que de forma parcial, as desigualdades sociais.

No que se refere ao direito à moradia, direito social inserido na Constituição atual por força da Emenda Constitucional nº 26/2000, trata-se de uma das necessidades básicas do indivíduo. Mesmo que aparente um viés utópico, não há justiça distributiva social enquanto as pessoas sequer possuem um local, com o mínimo de dignidade, para sua morada. Neste sentido as palavras de Ingo Wolfgang Sarlet:

[...] sem um local para gozar de sua intimidade e privacidade, enfim de um espaço essencial para viver com o mínimo de saúde e bem-estar; certamente a pessoa não terá assegurada a sua dignidade, aliás, por vezes, não terá sequer assegurado o direito à própria existência física e, portanto, o seu direito à vida.<sup>24</sup>

O direito social de moradia impõe ao Estado um agir eficaz, uma vez que o conteúdo mínimo de necessidade da pessoa humana, principalmente o seu local de morada, perfaz-se em um núcleo fundamental de direitos indispensáveis para uma vida com dignidade. Vem sendo tratado, há tempos, como um “direito ao médio da existência”.<sup>25</sup>

A Lei nº 10.257/2001, chamada de Estatuto da Cidade, veio para regulamentar o capítulo da política urbana, dispondo de diversas formas de intervenção do Poder Público sobre a propriedade particular e o solo urbano. Para Saule Junior, o Estatuto referido é “uma lei inovadora que abre possibilidades para o desenvolvimento de uma política urbana que considere tanto os aspectos urbanos quanto os sociais e políticos das nossas cidades”.<sup>26</sup>

O Estatuto da Cidade estabelece uma série de instrumentos de regularização fundiária, destacando-se o Plano Diretor como eixo principal da regulação urbanística das cidades. Tais instrumentos possuem o escopo de

---

24 SARLET, 2003, p. 82.

25 CAMPOS, 1995, p. 107.

26 SAULE JUNIOR, 1999, p. 209.

proporcionar desenvolvimento urbano, atender à função social da propriedade, fomentar a legalização dos assentamentos, combater a especulação imobiliária e pleitear uma distribuição mais igualitária e eficaz do conflito imobiliário que assola o país em suas mais distintas localidades.

A possibilidade do acesso à terra ao maior número de pessoas possíveis, permitindo uma democratização desse direito através de políticas públicas eficazes, tomando por base a atuação estatal dentro de critérios de regularização fundiária, pode atender com maior eficácia à população de baixa renda que ocupa áreas irregularmente pelos mais diversos motivos. Insta ressaltar que tais áreas carecem de urbanização, saneamento básico e regularização. Como, também, existem áreas que poderiam ser mais bem aproveitadas com base no interesse social. Os instrumentos de regularização fundiária devem ser aplicados de acordo com as necessidades pragmáticas de cada caso, sob pena de aumento da desigualdade e heterogeneidade social e espacial urbanística.

A análise dos aspectos sociais, econômicos, jurídicos e de assentamento é de ímpar importância para que se possa chegar ao correto diagnóstico da irregularidade imobiliária e ao adequado uso de um instrumento. Enfrentar a ocupação irregular, analisando os inúmeros fatores geradores, observar as peculiaridades de cada localidade e adotar situações distintas a casos não semelhantes reforçam o atuar administrativo na busca da se garantir o melhor e mais eficaz instrumento de regularização a ser aplicado. A funcionalidade do instrumento deve guardar pertinência direta com a funcionalidade do bem a ser regulamentado.

Nesse sentido, as palavras de Ricardo Pereira Lira trazem uma lição peculiar:

[...] pensar a forma mais adequada e racional de assentamento humano, para evitar se repitam os erros já cometidos nos aglomerados urbanos consumados, de maneira talvez irreparavelmente danosa e defeituosa. O assentamento humano realizado desordenadamente gera deficiência do equipamento urbano, a subabitação, a poluição, a criminalidade, o vício, enfim a instabilidade social com todo o seu séquito de problemas, que encontrariam sua parcela de solução em um a política de controle do uso do solo urbano.<sup>27</sup>

---

27 LIRA, 1997, p. 111.

É possível verificar que são vários os problemas imobiliários urbanos, com as mais diversas causas, dentro de perspectivas distintas de ocupação e funcionalidade, envolvendo interesses diferentes e muitas vezes heterogêneos e contraditórios. Daí a noção de sensatez em tentar, dentro do melhor ângulo da eficiência e do interesse público em geral, utilizar o mais adequado instrumento de regularização fundiária.

O Estatuto da Cidade<sup>28</sup>, norma relevante ao direito urbanístico, contém importantes instrumentos, como o plano diretor, o parcelamento, a edificação ou utilização compulsórios, o imposto predial progressivo no tempo, o direito de superfície, a concessão do direito real de uso, a usucapião especial urbana de imóveis, o direito de preempção, a urbanização consorciada, a outorga onerosa do direito de construir, a concessão de uso especial para fins de moradia, a transferência do direito de construir, o estudo do impacto de vizinhança, dentre outros.

### 3. O direito ao acesso à propriedade, sua relação com o direito ao acesso a uma moradia digna e o ativismo judicial

A cidade *legítima*, composta de proprietários que adquiriram seus bens imóveis baseando suas ações em alicerces econômicos, legais e sucessórios, por exemplo, não exclui a ocupação do solo dos que habitam a cidade *ilegítima*. Aqueles já estão sob a égide da garantia constitucional do direito de propriedade privada<sup>29</sup>, cabendo-lhes os ônus e gozos de tal exercício, principalmente, o de cumprir com a destinação inerente ao bem, atendendo a função social<sup>30</sup>, e o de exercer as faculdades jurídicas do proprietário, bem como de poder exercitar o direito de sequela quando necessário.

Para os excluídos, os que ocupam o solo fora dos ditames legais de propriedade, sobram-lhes, tão somente, migalhas de um pretense direito a ser duramente perseguido por toda uma vida. E muitas vezes nunca alcançado. Será que a própria constituição, que garante expressamente o direito de propriedade privada aos incluídos, estaria em desacordo com os anseios da população fundiária marginalizada?

---

28 BRASIL, 2001.

29 Nesse sentido, artigo 5º, inciso XXII, da Constituição Federal: “é garantido o direito de propriedade” (BRASIL, 1998).

30 Nesse sentido, artigo 5º, inciso XXIII, da Constituição Federal: “a propriedade atenderá a sua função social” (BRASIL, 1998).

Se observado o teor do *caput* do artigo 5º da Constituição Federal<sup>31</sup>, é possível entender que a Carta Magna se preocupa, também, com o *direito à propriedade*, ou seja, o direito ao acesso aos direitos fundamentais, a busca pelo lugar de morada do indivíduo, as aspirações daqueles que não possuem – ainda – o direito de propriedade, quando muito detêm apenas a posse, originária ou derivada. Quando falamos de propriedade na Constituição Federal em vigor no Brasil, não falamos apenas na cidade legítima. Há uma carência de que essa visão do acesso à propriedade seja melhor apreciada dentro de parâmetros não somente legais, mas também funcionais.

A Constituição Federal vigente determina que a propriedade atenderá a sua função social e coloca a função social elevada a um dos princípios da ordem econômica, impondo, necessariamente, freios à atividade empresarial e ao paradigma do individualismo egoísta do ser humano. O Código Civil atual ratificando essa ordem e comando constitucional quando impõe que a propriedade atenderá a destinação a que lhe é inerente<sup>32</sup>, bem como proíbe a atuação dos atos emulativos. Ou seja, aqueles que não trazem nenhum benefício ao proprietário e são exercidos com o único intuito de prejudicar outrem.<sup>33</sup>

Segundo Ana Frazão de Azevedo Lopes, a destinação da propriedade passa por uma releitura da função social e permite uma visão dupla, positiva e negativa, no agir do titular do direito real<sup>34</sup>: dever de abstenção ou conduta negativa e um dever de realização ou conduta positiva de fazer.

Tanto a função social assume um aspecto positivo que Barassi a analisa sob uma dupla perspectiva: (I) a função social-limite, que seria negativa no sentido de impossibilitar o exercício da propriedade que causa prejuízos a terceiros e (II) a função social impulsiva, essencialmente positiva, que altera a estrutura da propriedade para o fim de impor ao proprietário deveres típicos de uma função

---

31 Nesse sentido, “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:” (BRASIL, 1998, destaque nosso).

32 Nesse sentido, o artigo 1.228, § 1º, do Código Civil: “O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas” (BRASIL, 2002, grifo nosso)

33 Nesse sentido, o artigo 1.228, § 2º, do Código Civil: “São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem” (BRASIL, 2002).

34 Insta ressaltar que essa funcionalidade também é imposta ao que exerce atos possessórios sobre o bem imóvel, considerado possuidor a qualquer título, em razão da função social da posse. Legitimando, assim, o direito ao acesso à propriedade nos casos legais, respeitados os demais requisitos, como no caso da usucapião.

voltada para o interesse público. No mesmo sentido, encontra-se a posição de Rodotá. Portanto, a propriedade deixa de ser vista como instrumento de satisfação egoísta do seu titular, e passa a ser analisada dentro do contexto social, até porque, de acordo com a advertência de Pugliatti, um ordenamento voltado para a realização de valores como a liberdade e a dignidade da pessoa humanas não pode permitir que a autonomia seja confundida com o livre arbítrio.<sup>35</sup>

Alterar, significativamente, a imagem das nossas cidades, divididas internamente entre *informal ou ilegítima* (favelas, comunidades, loteamentos clandestinos, periferia com ocupações irregulares), parcela da urbe habitada geralmente por uma população de baixo poderio econômico, em permanente motim com cidade formal (propriedades que gozam do registro imobiliário e que foram adquiridas conforme os ditames legais, cujos proprietários se valem da mera especulação imobiliária – imóveis abandonados ou fechados, simplesmente, esperando uma valorização futura sem efetivação de função social ou destinação que seria inerente) e as nuances de cidade *formal ou legítima* (bairros reconhecidos, urbanizados, regulares, imóveis formais e materialmente legais), parte da premissa que não só a propriedade é direito fundamental, mas também o direito ao acesso.

No Brasil, a informalidade na ocupação do solo das urbes não é a exceção, é a regra. Não se pode mais fechar os olhos a esse grande problema de regularização fundiária. As cidades brasileiras passaram a se desenvolver refletindo o modelo de exclusão, de cidades divididas em legítimas e ilegítimas, em que as ocupações irregulares de comunidades e periferia crescem. Mais de 97% das cidades com mais de 500 mil habitantes têm favelas, 80% das cidades entre 100 e 500 mil habitantes, em 45% das cidades entre 20 e 100 mil habitantes e em 36% das cidades pequenas, com menos de 20 mil habitantes, existem assentamentos irregulares e 20% possuem favelas.<sup>36</sup>

Esse quadro poderia ser diferente se políticas de regularização fundiária e a efetivação do direito constitucional, e primordial, do acesso à moradia atingissem padrões de aplicabilidade real e efetiva.

Sendo assim, importante retornar ao novo cenário narrado anteriormente do papel relevante e atual destinado ao Poder Judiciário, que pode, através do ativismo judicial, buscar a efetivação do acesso à moradia. Nes-

---

35 LOPES, 2006, p. 121 e 122.

36 FERNANDES, 2004, p. 311.

se caso, o juiz atuaria como um agente de transformação social, trazendo dignidade para uma família que em situação de miserabilidade busca a concessão de uma moradia digna.

Nesses casos emergenciais, estaria a demanda sob o manto do “mínimo existencial”, assim entendido como a delimitação de um grupo reduzido de direitos fundamentais formado pelos bens mais básicos e essenciais à uma vida digna, dos quais um ‘teto decente sobre a cabeça’ certamente faz parte.<sup>37</sup>

De acordo com Luís Roberto Barroso, o mínimo existencial

expressa o conjunto de condições materiais essenciais elementares cuja presença é pressuposto da dignidade para qualquer pessoa. Se alguém viver abaixo daquele patamar, o mandamento constitucional estará sendo desrespeitado.<sup>38</sup>

Alguma jurisprudência começa a ser produzida, buscando a efetividade do direito à moradia através do exercício do ativismo judicial. Reservamos, por fim, dois exemplos de jurisprudência nesse sentido.

A primeira decisão elencada ocorreu no Processo nº 0001519-31.2012.8.26.0053 - Ação Civil Pública, cujo autor foi Ministério Público do Estado de São Paulo e o réu o Município de São Paulo, na qual o juiz de direito da 14ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo concedeu o pedido liminar, sustentando que há verossimilhança de que a municipalidade se omitiria no cumprimento de seu dever de garantir aos desalojados um mínimo de atendimento às suas necessidades básicas, violando o direito ao mínimo existencial previsto pelo artigo 1º, III, da Constituição do Brasil. Assim, diante do perigo na demora da prestação jurisdicional final, inerente à espécie, concedeu liminar, determinando que o Município de São Paulo procedesse ao cadastramento e providenciasse o alojamento e abrigo a todos os moradores dos prédios situados na Avenida São João, centro de São Paulo, até a efetiva implantação de um programa habitacional que lhes garantisse o acesso à moradia de forma equitativa, sob pena de multa diária pelo descumprimento da decisão liminar, fixado em R\$ 3.000,00 (três mil reais), sem prejuízo de alteração do valor, caso este se mostre insuficiente aos fins aos quais se dirige (artigo 461, § 6º, do Código de Processo Civil).

---

37 CARMONA, 2015, p. 286.

38 BARROSO, 2013. p. 202.

Uma segunda decisão judicial a ser analisada ocorreu Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP) no Agravo de Instrumento: AI00168412220138260000 SP 0016841-22.2013.8.26.0000. Foi ajuizada ação civil pública alegando dano ambiental em área de preservação permanente por parte da municipalidade, com o requerimento de remoção de moradores da área com tutela parcialmente deferida, sendo necessária a inclusão do auxílio-moradia ou fornecimento de abrigo, devendo ser sopesados os princípios e regras constitucionais, prevalecendo o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF). Foi narrado na decisão:

Conquanto tenha sido deferido o pedido de tutela antecipatória para a remoção de dois moradores de suas residências por estarem em situação de risco, na verdade eles foram alijados de seus lares sem que tenham sido dadas as condições para tanto, razão por que, sendo o direito à **moradia** um direito fundamental, cabe ao Estado protegê-lo e promovê-lo através de leis e políticas públicas, além de se relacionar com o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF). sendo de rigor, portanto, o provimento do presente recurso, com o fim de determinar que a Municipalidade pague aos dois munícipes R\$ 500,00 por mês ou, alternativamente, lhes forneça abrigo em local seguro e digno até que as obras sejam finalizadas a contento, sob pena de incidência à espécie da multa diária fixada.

O reconhecimento pelo Poder Judiciário de que a moradia digna faz parte do mínimo existencial e que, por isso, tem a natureza de direito de imediata exigibilidade e eficácia, é um passo importante no processo histórico de reconhecimento dos direitos humanos fundamentais no Brasil.

No entanto, a realização desse ativismo judicial, fundamentado no mínimo existencial, tem sido alvo de questionamentos na doutrina, já que seria possível a ocorrência de algumas distorções, caso algumas pessoas sem consciência social judicializem sua postulação em prejuízo de outros, realmente necessitados. É possível e, infelizmente, provável que isso ocorra no Brasil.<sup>39</sup>

Sendo assim, o que é necessário é que se questione se a opção de ampliar a judicialização da política pública habitacional, tal como ocorreu com a saúde (com o fornecimento de remédios de alto custo, por exemplo),

---

39 CARMONA, 2015, p. 287.

não possui mais aspectos positivos do que permanecer com a situação atual, com milhares de pessoas vivendo nas ruas ou em moradias precárias (favelas, cortiços etc.).

#### 4. Conclusão

O direito à propriedade privada especialmente em relação à ocupação do solo, da terra, sob critérios formais e materiais de domínio, é uma realidade em toda a história da humanidade em qualquer natureza ou enfoque estatal. Trata-se de uma necessidade humana das mais relevantes: ter um local de morada, seja no aspecto de proteção, seja no aspecto de satisfação.

O direito de propriedade atualmente só pode ser visto sob a característica do absolutismo, porque permite ao titular uma eficácia *erga omnes* de prerrogativas e direitos, desde que o titular do direito real conceda à sua propriedade função social e, mesmo assim, encontra-se adstrito às limitações ao direito de propriedade, dependendo do caso pragmático. Contudo, na sua essência é, inegavelmente, um direito relativo: o agir é relativo, pois é regulamentado por leis e pela própria Constituição, deve atender a determinados requisitos e pode sofrer interferência por parte do Estado.

O titular do domínio que não atende aos pressupostos e obrigações legais não pode alegar a permanência da proteção do direito de propriedade privada. As necessidades humanas são ilimitadas. Todavia, os recursos para atender a essas necessidades são restritos. Principalmente, quando essa necessidade está atrelada ao direito de moradia. Destarte, a visão necessária de garantia do direito ao acesso à propriedade aos que conferem à terra a função social que lhe é imposta e não foi respeitada pelo proprietário meramente formal.

Efetivar o direito de moradia é efetivar a dignidade da pessoa humana. Entre o direito de propriedade privada desassociado da sua destinação e a posse, a qualquer título, funcionalizada, confere-se aos excluídos imobiliários, que compõem uma cidade considerada ilegítima e à margem da legalidade, um pressuposto importante na busca do direito ao acesso à propriedade e à moradia digna.

Sendo assim, necessária se faz uma nova postura do judiciário, ampliando o ativismo judicial, visando à efetividade do direito à moradia, reconhecendo que a moradia digna faz parte do mínimo existencial e que, por isso, tem a natureza de direito de imediata exigibilidade e eficácia.

## Referências

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. 4. ed. Tradução de Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- ALEXY, Robert. “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático” In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003
- ATIENZA, Manuel. Entrevista a Robert Alexy. *DOXA*, 24, p. 671-687, 2001.
- ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista Diálogo Jurídico*. Ano I – vol. I – n.º. 4 – julho de 2001 – Salvador – Bahia – Brasil
- BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. Para uma visão completa acerca da nova interpretação constitucional, vide BARROSO, Luís Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: *Temas de Direito Constitucional*. Tomo III. Rio de Janeiro, Renovar, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988.
- BRASIL. *Código Civil*, de 10 de janeiro de 2002.
- BRASIL. *Lei nº 10.257*, de 10 de julho de 2001.
- CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação: Uma Contribuição ao Estudo do Direito*. 3. ed. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2004.
- CAMPOS, Diego Leite de. *Lições de direitos da personalidade*. 2ª Ed. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1995.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2001.
- CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. *A tutela do Direito de moradia e o ativismo judicial*. In: *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Brasília, v. 5, Número especial: 2015.
- CITTADINO, Gisele. Poder judiciário, ativismo judicial e democracia. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Campos dos Goytacazes, ano II, n. 2 e ano III, n. 3, 2001-2002.

- COMTE, Augusto. *Discurso sobre o espírito positivo*. Tradução de Antonio Geraldo as Silva. São Paulo: Escala, [S.d.].
- DIZ, Jamile B. Mata; SILVEIRA, Gláucio Inácio da. O ativismo judicial no direito comparado. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, ano 26, n. 75, 1999.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- FERNANDES, Edésio. Princípios, bases e desafios de uma política nacional de apoio à regularizaçãofundiária sustentável. In *Direito à moradia e segurança da posse no Estatuto da Cidade*. Betânia Alfonsin e Edésio Fernandes, (orgs). Porto Alegre: Fórum, 2004.
- GUASTINI, Riccardo. *Teoria e dogmatica delle fonti*. Giuffrè, Milano, 1998, pág. 276. O autor fala de uma diferenciação tipológica dos princípios. Idem, *Distinguendo: studi di teoria e metateoria del diritto*, Torino, Giappichelli, 1996.
- KRELL, Andréas. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.
- LIRA, Ricardo Pereira. *Elementos de Direito Urbanístico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- LOGOS. *Enciclopédia Luso-Brasileira de Filosofia*. Lisboa/São Paulo: Editorial Verbo, v. 1, 1991, p. 1063.
- LOPES, Ana Frazão de Azevedo. *Empresa e propriedade- função social e abuso de poder econômico*. 1ª- edição. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- MONTEIRO, Adriana Roseno; VERAS, Antonio Tolrino de Rezende. *A questão habitacional no Brasil*. Vol.16. Mercator: Fortaleza, 2017.
- MOREIRA, Rui Verlaine Oliveira. PEIXOTO, Francisco Davi Fernandes. BELCHIOR, Germana Parente Neiva. *A crise do positivismo jurídico*. Disponível em: [http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/rui\\_verlaine\\_oliveira\\_moreira.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/rui_verlaine_oliveira_moreira.pdf) Acessado em 04/06/2015
- RANGEL, Helano Márcio Vieira; SILVA, Jacilene Vieira. *O Direito Fundamental a Moradia Como Mínimo Existencial, e a Sua Efetivação a luz do Estatuto da Cidade*. Vol. 57. São Paulo: Veredas do Direito, 2009.
- ROSENFELD, Denis Lerrer. *Reflexões sobre o direito à propriedade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- RUSSO JÚNIOR, Rômulo. *Direito à moradia: um direito social*. Tese. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006.

- SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. *Revista Brasileira de Direito Público*, ano I, nº 2, jul./set., 2003.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- SAULE JUNIOR, Nelson. O direito à moradia como responsabilidade do Estado Brasileiro. In SAULE JÚNIOR, Nelson. *Direito à cidade. Trilhas legais para o direito às cidades sustentáveis*. São Paulo: Max Limonad, 1999.
- SILVA, Alexandre Garrido. *Pós-positivismo e democracia: em defesa de um neoconstitucionalismo aberto ao pluralismo*. Disponível em: [http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/alexandre\\_garrido\\_da\\_silva.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/alexandre_garrido_da_silva.pdf) Acessado em 04/06/2015.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 26º ed. São Paulo: Editora Malheiros. 2006.

Recebido em 20 de agosto de 2015.

Aprovado em 02 de agosto de 2019.

# El control de constitucionalidad al amparo de la Constitución cubana de 2019: una propuesta para su funcionalidad

*The control of constitutionality under the Cuban Constitution of 2019: a proposal for its functionality*

*O controle de constitucionalidade no âmbito da Constituição cubana de 2019: uma proposta para sua funcionalidade*

Harold Bertot Triana\*

*Centro de Estudos Hemisféricos e sobre Estados Unidos e Faculdade de Direito da Universidade de Havana – Cuba*

## 1. Introducción

Según el artículo 108 inciso d) de la vigente Constitución de la República de Cuba 2019, aprobada en referéndum popular el 24 de febrero<sup>1</sup> y proclamada formalmente el 19 de abril del propio año, la Asamblea Nacional del Poder Popular ejercerá el control de constitucionalidad sobre las leyes, decretos-leyes, decretos presidenciales, decretos y demás disposiciones generales.<sup>2</sup> Con ello se obvia, una vez más, tomar en cuenta la posibilidad de

---

\* Professor e pesquisador do Centro de Estudos Hemisféricos e sobre Estados Unidos. Professor na Faculdade de Direito da Universidade de Havana, Cuba. Mestre em Direito Constitucional e Administrativo. Email: hbertot triana@gmail.com

1 El informe de la Comisión Electoral Nacional sobre los resultados finales de la votación del referendo constitucional del 24 de febrero del 2019 arrojó que de los 8 millones 705 mil 723 electores, ejercieron el derecho al voto 7 millones 848 mil 343 electores para el 90,15 %, de los cuales votaron por el Sí, 6 millones 816 mil 169 electores, que representa el 78,30% de la lista y el 86,85% de los electores que votaron. Los votos obtenidos por el No fueron de 706 mil 400 para el 8,11% de la lista y el 9% de los electores que votaron. De igual manera de las 7 millones 848 mil 343 boletas que se depositaron en la urna se declararon válidas por reunir los requisitos establecidos en la Ley, 7 millones 522 mil 569 lo que representa el 95,85 %. Consultado en <http://www.cubadebate.cu/noticias/2019/03/01/comision-electoral-nacional-fija-cifras-definitivas-90-15-de-electores-votaron-en-referendo-constitucional/>

2 Ver Artículo 108 inciso d) de la Constitución de la República de Cuba 2019.

establecer un control constitucional mediante un Tribunal Constitucional o una Sala Constitucional, según el modelo más extendido en buena parte del mundo. Se opta por retomar el modelo de control establecido en la anterior Constitución cubana de 1976, con un control que se realiza por el propio órgano con facultades legislativas que pone en vigor la normativa legal, en este caso la Asamblea Nacional de Poder Popular como máximo órgano de poder en Cuba.

Aunque no existe siquiera un debate teórico abierto en las instancias del poder de cara al público<sup>3</sup> (al menos que conozcamos) sobre la conveniencia o no de un órgano externo de control de la constitucionalidad, que pudiera defender la idea en términos democráticos de que sea la Asamblea Nacional del Poder Popular como órgano supremo de poder en Cuba – tomando en cuenta que el modelo no concibió la estructuración del poder en “tres poderes” –, la idea de no establecer un Tribunal o una Sala Constitucional en la nueva Constitución cubana, y que fuera otra vez la propia Asamblea Nacional del Poder Popular la que tuviera facultad para controlar la constitucionalidad de las leyes, ya no puede sostenerse siquiera bajo la justificación de lo que se conoce en la teoría constitucionalista como el “argumento contramayoritario”.<sup>4</sup>

Éste argumento pone en perspectiva la tensión entre Derecho y Democracia, la posibilidad de que un tribunal o sala con menor legitimidad democrática pueda invalidar o suspender actos del órgano legislativo, entendido como el mayor representante de la soberanía popular en el poder. En los modelos donde se regulan órganos externos de control todavía se debate por la racionalidad de estos procesos en torno a la pregunta *Quiet custodiet custode?* ¿Quién controla al controlador?<sup>5</sup> Desde esta perspectiva democrática, que parte del principio de que la democracia toma base únicamente en la representatividad<sup>6</sup>, y alejado de comprender la racionalidad

3 Por su parte, en el ámbito académico existe una gran cantidad de propuestas en este sentido. Ver sólo a modo de ejemplo: FERNÁNDEZ BULTÉ, 2009; PACHOT ZAMBRANA, 2009; GUANCHE, 2013.

4 Existe una bibliografía abundante en este tema. Ver a modo de ejemplo: BICKEL, 1986; PACELLE, 2002; NINO, 1997; GARGARELLA, 1997; FERRERES COMELLA, 2007; CAPPELLETTI, 1980.

5 BERTOT TRIANA, 2015, p. 16-35.

6 Existen otras voces en contra de esta perspectiva, entre los que se encuentra Allan Brewer-Carías: "La democracia va más allá del marco de la sola representatividad y de las elecciones, porque se trata más bien de un modo político de vida y de un sistema montado necesariamente, además, en el principio de la separación de poderes y en el control del poder, en el pluralismo político, y la existencia y garantía de las libertades individuales y los derechos fundamentales de los seres humanos que tienen primacía." Brewer-Carías, 2010, p.50

jurídica sobre el control del poder y su ejercicio, pareciera que cualquier control externo al órgano legislativo, representante de la soberanía popular o de la nación, no sería posible. Sin embargo, articular un control desde el propio órgano legislativo sobre los propios actos de ella misma, si bien resolvería parte del problema de la legitimidad democrática en los marcos conceptuales descritos, lo cierto es que crea más problemas funcionales de los que en ocasiones suelen surgir por la legitimidad democrática del órgano externo encargado de tal función.

La posición que sostiene el “argumento contramayoritario” cobra mayor fuerza en Cuba, porque en este caso la Asamblea Nacional no es ni siquiera un simple “órgano legislativo” al estilo clásico de los modelos de tripartición de poderes, sino que como “órgano supremo” del poder del Estado concentra facultades o “poderes” que desbordan cualquier comprensión en los marcos anteriores. Ya veremos que el sistema de control de la constitucionalidad que se establece en la vigente Constitución, al igual que en la Constitución anterior, toma en cuenta el hecho de que el sistema de órganos de poder popular, tiene en la Asamblea Nacional del Poder Popular el máximo órgano de poder, la expresión mayoritaria de la voluntad popular, dentro de una concepción sobre el ejercicio del poder que se diferencia sustancialmente del resto de los modelos políticos existentes hoy en el mundo, con excepción de pocos países como China, Corea del Norte y Vietnam.

Sin embargo, hoy el Derecho Comparado tiene ejemplos concretos, en esta discusión que toma a la representatividad como el principio cardinal de la democracia, en la dirección de aminorar los efectos negativos señalados por el “argumento contramayoritario” cuando de una tensión extrema en el diseño de estos poderes con un control externo, se ha pasado a un diseño que potencia el “diálogo interinstitucional” entre los poderes involucrados, esto es: la “última palabra” la siguen teniendo los órganos legislativos (en Canadá por ejemplo mediante la “cláusula notwithstanding” y en alguna medida las llamadas “sentencias bilaterales” en Austria y Alemania), y los tribunales o salas se encargan de evaluar la conformidad de toda ley con la Constitución, con un peso fundamental y casi determinante si en tales casos consideran como inconstitucionales la ley votada y aprobada en estos órganos legislativos.<sup>7</sup>

En cualquier caso, ante la decisión del constituyente cubano de 2019 de retomar el modelo control de constitucionalidad de la constitución an-

---

7 MACHO CARRO, Alberto, 2019, p.238 y ss.

terior de 1976, se trata entonces de buscar las mejores vías para que ese control pueda ser funcional, si es posible, y pueda paliar de alguna medida los efectos negativos que se derivan de tal concepción, lo que se torna una tarea nada fácil y verdaderamente complicada. Por tal razón, el presente artículo tendrá como objetivo fundamental proponer una fórmula que, dentro del esquema de control previsto, pueda hacer funcional el mecanismo de control constitucional. Para ello en un primero momento haremos un breve repaso de cómo se ha concebido el control constitucional en la historia cubana. En un segundo momento abordaremos, en líneas generales, cuáles son los fundamentos políticos e ideológicos que asumió el constitucionalismo cubano en lo referido al control constitucional después del triunfo de la Revolución cubana en 1959 y, sobre todo, el influjo que tuvo el extinto constitucionalismo socialista de Europa del Este durante el siglo XX en la Constitución de 1976, y específicamente en el control que replica una vez más vigente Constitución de 2019. Finalmente explicaremos las deficiencias que están presentes en la actual regulación del modelo de control constitucional como base para una propuesta de perfeccionamiento.

## 2. El control de la constitucionalidad en Cuba. Una primera etapa desde 1901 hasta 1959

Con la constitución cubana aprobada por la Asamblea Constituyente en 1901<sup>8</sup>, por primera vez el constitucionalismo cubano estableció a través de su artículo 83 el control jurídico de la constitucionalidad, al fijar dentro de las atribuciones del Tribunal Supremo – recogidas en la Sección Segunda del Título X, denominada “Del Poder Judicial”–, la facultad de “decidir sobre la constitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, cuando fuere objeto de controversia entre las partes.”<sup>9</sup> La ocupación militar de la isla por las tropas norteamericanas a partir de 1899 tuvo un enorme peso en el diseño de organización política y jurídica de la Isla, salida de una guerra devastadora y en vías de articular formas institucionales. El modelo de control de la constitucionalidad de las leyes recogido en la Constitución de 1901 respondió directamente a ese influjo. Este criterio es sostenido

---

8 Un análisis detallado de este período en: MATILLA CORREA, 2012.

9 Ver Artículo 83 de la Constitución de la República de Cuba, en *Constituciones de Cuba 1869-1940*, Editora Política, La Habana, 1978.

por el antiguo Magistrado del Tribunal Supremo Ángel Betancourt en su manual *El Recurso de Inconstitucionalidad* de 1915, quien planteó que las diferentes comisiones redactores del texto constitucional tomaron como modelo la facultad de los tribunales norteamericanos.<sup>10</sup> Del mismo modo se pronunció el también antiguo magistrado del Tribunal Supremo Juan Gutiérrez Quirós:

Los Tribunales americanos, interpretando la Constitución de mil setecientos ochenta y siete con el auxilio de las opiniones de los Convencionales más ilustres, dieron orientación y estabilidad al recurso; y la introducción de este poderoso medio de defensa en nuestro derecho, seguramente no habría tenido lugar en la forma definida en que nuestra Constitución lo acogió, si no hubiéramos contado con el fruto de la labor llevada a cabo por los estadistas, los jurisconsultos, los jueces y los escritores de derecho constitucional de los Estados Unidos del Norte de América.<sup>11</sup>

La delimitación de poderes abrió la posibilidad de que se encargara al Tribunal Supremo, representativo del poder judicial (como en Estados Unidos), la garantía del orden constitucional, devenido factor decisivo de control de la constitucionalidad para velar la integridad y sentido de los preceptos constitucionales. El encargo al poder judicial de la defensa de la constitución, y con efectos anulatorios sobre el órgano legislativo, reconocido formalmente como expresivo de la voluntad popular, se entendía como expresivo de la “voluntad popular” en forma de “voluntad constituyente”.<sup>12</sup>

La organización del poder de la constitución de 1901 se atuvo en rigor al tipo de república presidencialista norteamericano. Los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia eran nombrados por el Presidente de la República con la aprobación del Senado. En un primer momento se seguía un sistema de nombramiento gubernativo y, después de la puesta en vigor de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1909, por un sistema de ternas. Se concibió que los miembros del poder judicial fueran inamovibles, lo cual iba dirigido a garantizar la libertad de criterio para una recta administración de justicia.<sup>13</sup>

---

10 MAZA, 1950, p. 9-10.

11 GUTIÉRREZ QUIRÓS, 1934, p.23.

12 Ver características de este modelo en: MATILLA, 2012, p.169-252.

13 HERNÁNDEZ CORUJO, 1942, p. 86 y 319.

Complementado el modelo de control cubano de 1901 por la Ley de 31 de marzo de 1903, presentó una evidente diferencia del modelo difuso norteamericano de control de la constitucionalidad: la facultad de decidir sobre la constitucionalidad de las leyes quedó como materia únicamente del Tribunal Supremo, y no de todos los tribunales ordinarios del sistema judicial. Sin embargo, en lo restante mantuvo los rasgos del modelo norteamericano: el Tribunal no actuaba de oficio, solo decidiría sobre la constitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos cuando fueren objeto únicamente de controversia entre partes por lo cual la acción en materia de control se consideraba de carácter privado; la imposibilidad de establecer un recurso que extralimitara la esfera de los intereses de los propios implicados.

La facultad del Tribunal Supremo sólo se constreñía a casos concretos sometidos a su decisión, en este caso el daño causado por las extralimitaciones de los Poderes públicos en el ejercicio de sus facultades constitucionales.<sup>14</sup> La acción no se daba directamente contra las leyes ni contra los decretos de carácter general, sino que se dirigían solamente contra las resoluciones que la aplicaban, es decir, la acción no podía dirigirse directamente contra los actos dictados por los órganos constitucionalmente facultados. Era necesario que la disposición jurídica fuera aplicada para poder impugnarse los efectos dañosos de sus actos (resoluciones, acuerdos, sentencias), que podían ser anulados o invalidados, sin que ello representara un menoscabo a la propia Ley o decreto general. Por tal razón, Hernández Corujo, refiriéndose a este sistema de control de la constitucionalidad de 1901, planteó que:

si bien aquella Constitución instauraba la defensa constitucional, lo hacía en una forma muy limitada, porque el recurso de inconstitucionalidad que se permitía, quedaba limitado, en su ejercicio, a las partes afectadas, no pudiendo instar inconstitucionalidades las demás personas que eran no afectadas, pudiendo, por ello, afirmar además, que había una *defensa indirecta*, o interesada de la Constitución, por el sujeto promovente del pleito.<sup>15</sup>

Con una lectura más amplia de la letra del propio Texto Constitucional, el ya citado Juan Gutiérrez Quirós sostenía que esas declaraciones del

---

14 HERNÁNDEZ CORUJO, 1942, p.7

15 HERNÁNDEZ CORUJO, 1942, p. 102.

Tribunal Supremo llevaban consigo la nulidad de la ley sólo en los casos previstos por el artículo 37 de la Constitución y por la transitoria quinta de la Constitución. El referido artículo 37 estableció que “las leyes que regulan el ejercicio de los derechos que la Constitución garantiza, serán nulas si los disminuyen, restringen o adulteran”, y en la mencionada transitoria quinta que “todas las leyes, decretos, reglamentos, órdenes y demás disposiciones que estuviesen en vigor al promulgarse la Constitución, continuarán observándose «en cuanto no se opongan» a ella, mientras no fueren legalmente derogados o modificados.”<sup>16</sup>

En cuanto a la jerarquía de las normativas sometidas a tales recursos, la Ley de 1903 amplió el campo de aplicación de estos recursos no sólo a las leyes, decretos y reglamentos como establecía la Constitución, sino también a las órdenes, disposiciones, acuerdos de los Ayuntamientos o Consejos Provinciales, y a las disposiciones y resoluciones. Por su parte, en cuanto a los Acuerdos de la Cámara de Representantes, un tema que suscitó no pocas polémicas, el Tribunal Supremo en una sentencia del año 1905 se pronunció porque “un acuerdo de la Cámara de Representantes no puede ser, en sí mismo materia de un recurso de inconstitucionalidad”<sup>17</sup>, de la misma forma que declaró en una sentencia en 1913 que “el recurso de inconstitucionalidad se da contra cualquier *resolución* que aplique una disposición de carácter general, aunque ésta no corresponda estrictamente a la calificación de ley, decreto, ni reglamento”.<sup>18</sup>

La Ley del 17 de marzo de 1922, modificativa de la ley puesta en vigor en 1903, introdujo elementos importantes en la trascendencia de estos recursos con respecto a disposiciones inferiores a la Ley. El ya citado Emilio Maza, consideró en su momento que esta Ley le había hecho perder al recurso de inconstitucionalidad su orientación original, criterio que se apoyó en el reenvío que hacía la Ley de 1903 a las ejecutorias civiles, en consonancia con los principios del Derecho Privado, a diferencia de esta Ley puesta en vigor en 1922, que, según él, hacía derivar el recurso hacia el campo más amplio del Derecho Público:

---

16 GUTIÉRREZ QUIRÓS, 1934, p. 8-9

17 Auto No. 4 de 14 de octubre de 1905. Puede verse citado también por MAZA, 1950, p.11.

18 Sentencia 3 de 20 de agosto de 1913 G.O. de 27 de agosto. Puede verse citada igualmente por MAZA, 1950, p.11

A partir de la reforma de 1922 el fuero de constitucionalidad dejaba de ser ámbito propio del Derecho privado, con las limitaciones propias de este derecho, especialmente en cuanto a sus efectos entre las partes, para investir sus decisiones de un poder “derogatorio” de naturaleza general.<sup>19</sup>

No obstante, es necesario destacar que con esta ley el recurso no perdía la posibilidad de su establecimiento ante la violación de un derecho en un caso de controversia que persiguiera un interés particular del reclamante<sup>20</sup>.

Después de la dictadura de Gerardo Machado (1925-1933), la Ley Constitucional de 1934, mantenida luego por la Constitución de 1935, estableció para el ordenamiento jurídico cubano tres vías para instar la cuestión de constitucionalidad: la acción pública de inconstitucionalidad o recurso de inconstitucionalidad por acción pública por no menos de 25 ciudadanos no afectados; la acción pública por un solo ciudadano en caso de menoscabo a sus derechos fundamentales; y el recurso de inconstitucionalidad de parte afectada. En este texto constitucional de 1934 se mantienen los principios organizativos y facultades del Tribunal Supremo. El Presidente y Magistrados serían nombrados por el Presidente de la República con la aprobación del Consejo de Secretarios, pues para entonces el Senado no existía.<sup>21</sup> La Constitución de 1935 siguió los principios de la Constitución de 1901, con las modificaciones de 1934, en lo referido a la integración y composición del poder judicial.

Posteriormente sobrevino la Constitución de 1940, que marcó un punto de inflexión en la historia del control constitucional en Cuba, con la creación del Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, complementada por la Ley número 7 del 31 de mayo de 1949. El diseño político institucional de la Constitución de 1940 no sólo fue el triunfo de las ideas del nacionalismo reformista y las ideas demoliberales que se afincaron en toda Europa, sino que apuntaló un cambio de paradigmas en la lucha revolucionaria: se desechó la vía armada y los distintos factores de la vida nacional asintieron en recomponerse en los marcos de un orden constitucional liberal-burgués.<sup>22</sup>

---

19 MAZA, 1950, p.12

20 Sentencia, número 2, de 20 de enero de 1913; 64 de 27 de octubre de 1930; y 72 de 8 de diciembre de 1930. Ver citas de estas sentencias en GUTIÉRREZ QUIRÓS, 1930, p. 11.

21 HERNÁNDEZ CORUJO, 1942, p.87.

22 Existe una amplia bibliografía en este sentido. Ver a modo de ejemplo a: INFIESTA, 1954, p.350 y ss.

El colegio electoral se organizó constitucionalmente por cuatro miembros del pleno del Tribunal Supremo, designados por ellos, tres por el Presidente de la República y dos por la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, sin que pudieran pertenecer a ella.<sup>23</sup> La legitimación para el recurso de constitucionalidad se amplió a un gran número de factores políticos y sociales: Presidente de la República, miembros del Consejo gobierno, del Senado, de la Cámara de Representantes, del Tribunal de Cuentas, a los gobernadores, alcaldes, concejales, jueces, tribunales, ministerio fiscal, a las universidades, organismos autónomos, así como a toda persona individual o colectiva afectada y no afectada.<sup>24</sup>

Se ampliaron las funciones del tribunal: los jueces y tribunales podían consultar a éste sobre la constitucionalidad de las leyes, decretos, reglamentos, etc., pues antes solo se fallaba en cuestiones controvertidas de inconstitucionalidad; sobre la validez del procedimiento y reformas constitucionales, las cuestiones jurídico-políticas y legislación social sometidas a su consideración por la constitución o la ley; tenía competencia expresa para conocer cuestiones políticas que se ampliaba de las cuestiones estrictamente de Derecho; conocía cuestiones de constitucionalidad de disposiciones jurídicas que negaban, disminuían o adulteraban los derechos y garantías consignados en la Constitución o que impedían el libre funcionamiento de los órganos del Estado; cerró la acción pública a una sola vía (25 ciudadanos) para velar por la supremacía de la Constitución sin interés directo alguno, a diferencia de la Constitución de 1934 y 1935.<sup>25</sup>

El tribunal no se constituyó en órgano independiente de los tres poderes, sino como una Sala del Poder Judicial. Sin embargo, su jerarquía se imponía en todo el ordenamiento jurídico: tenía la facultad de anular los actos, acuerdos y leyes de todos los poderes del Estado, incluso de lo que formaban parte del poder judicial. En tal sentido obliga a esto poderes a dictar resoluciones derogatorias de sus propias disposiciones. La atmósfera ideológica del liberalismo<sup>26</sup> se hizo patente en la fundamentación de dicho tribunal, en la misma proporción que sobre la base a la “racionalización del poder” se concebía una validez plena y proyectada en

---

23 HERNÁNDEZ CORUJO, 1942, p.25

24 HERNÁNDEZ CORUJO, 1942, p.106-107.

25 HERNÁNDEZ CORUJO, 1942, p.110.

26 LAZCANO Y MAZÓN, 1949, p.20.

todos sus efectos en el poder constituyente, para después quedar atada de manos frente a los “poderes constituidos” que crea; una especie de monstruo que se elevaba y se alejaba de todo control popular.

En tal sentido, todos los miembros del referido tribunal lo constituían magistrados del Tribunal Supremo de Justicia. Tenía un abanico amplio de competencia, tanto en asuntos constitucionales como sociales: asuntos de constitucionalidad promovido por acción privada dentro o fuera de actuaciones judiciales; promovido por acción pública; consulta de jueces y tribunales; recurso contra los abusos de poder; recurso de hábeas corpus; apelaciones contra las resoluciones del tribunal superior electoral; expedientes de separación de los miembros del tribunal de cuentas; recurso de apelación o casación en asuntos de naturaleza laboral o social; cuestiones jurídico políticas y de legislación social.

El Tribunal se conformaba por un Presidente, nombrado por el Presidente de la República a propuesta del pleno del tribunal supremo y con la aprobación del senado, así como ocho magistrados. Debían estar integrados por quince magistrados cuando conocía asuntos constitucionales y por nueve cuando fueran asuntos sociales. El nombramiento de estos magistrados, como las demás salas del Tribunal Supremo, se realizaba por confección de ternas por el ejecutivo y el judicial, con la aprobación del senado. El colegio electoral confeccionaba la terna que se proponía el presidente de la república.<sup>27</sup>

### 3. El control constitucional en Cuba después de 1959 y el rechazo a un órgano externo de control consagrado en la Constitución de 1976

Con el triunfo revolucionario de 1959 en Cuba,<sup>28</sup> se puso en vigor la Ley Fundamental de 1959 que mantuvo la vigencia de la Sala Constitucional de la Constitución de 1940 –y que a su vez se había mantenido en los Estatutos Constitucionales de Fulgencio Batista de 1952, nacidos de un golpe de Estado–, y la regulación sobre la declaración de inconstitucionalidad, pero sometida a sucesivas modificaciones. El 20 de diciembre de 1960 pasó a denominarse Sala de Garantías Constitucionales y Sociales, pero con la Ley No. 1250 de 1973, Ley de Organización del Sistema Judicial,

---

27 LAZCANO Y MAZÓN, 1949, p.43.

28 MATILLA CORREA, 2009, p.96-122.

promulgada el 23 de junio de 1973, se eliminó la referida Sala. En opinión de la profesora Martha Prieto, entre los fundamentos ideológicos y práctico políticos para la desaparición de la referida Sala se encontraba un prejuicio histórico originado por decisiones de ésta en relación con recursos de inconstitucionalidad presentados ante ella para defender la Constitución de 1940 del golpe de Estado de Batista en 1952.<sup>29</sup>

Lo cierto es que esta decisión aconteció en un momento en que la Revolución cubana, después de una historia inicial marcada por enfrentamientos directos con Estados Unidos, se alineó abiertamente a finales de los sesenta y principio de los 70 en el campo de los países socialistas liderados por la Unión Soviética, en un mundo escindido en dos grandes polos económicos, políticos y militares después de la Segunda Guerra Mundial, período conocido desde entonces como “Guerra Fría”. De este modo, la institucionalización del poder revolucionario en Cuba encontró en los principios organizativos y de funcionamiento del sistema soviético el modelo político paradigmático para consagrar el proceso revolucionario, de enorme arraigo e incidencia en la vida social, cultural, política y económica.<sup>30</sup>

Al aceptar la visión del socialismo europeo de entonces sobre cómo construir el socialismo, la Constitución de 1976, cuya inspiración fundamentalmente lo constituyó la Constitución de 1936 de la Unión Soviética,<sup>31</sup>

---

29 PRIETO VALDÉS, 2005, p.37. La Ley número 1250 de 1973, Ley de Organización del Sistema Judicial, promulgada el 23 de junio de 1973, dio la estocada final a cualquier continuidad de este modelo, cuando no contempló mantener la regulación de la Sala de Garantías Constitucionales y Sociales, pues este organismo comenzó a tropezar en los procesos de institucionalización revolucionaria impulsados en los moldes ideológicos de las instituciones y técnicas del modelo soviético, en cuanto a la estructura y finalidad de la función judicial, la integración de toda la institucionalidad en la práctica política del período de provisionalidad, etc. No escapó a las razones de su rechazo el papel nefasto de este Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, bajo la dictadura de Batista, que se envolvió igualmente en un fuerte rechazo en una mentalidad revolucionaria que concibió falsos y sin valor los antiguos mecanismos institucionales de defensa formal. A esto se sumó la nota negativa de la postura del Tribunal en cuestiones políticas de evidente confrontación con las políticas más radicales del naciente triunfo revolucionario. Ver también alguno de estos temas en MATILLA CORREA, 2009, p.121-122.

30 Ver alguna de estas ideas ya sostenidas en BERTOT TRIANA, 2019, p.11-40.

31 En este sentido se elaboró por el Departamento de Reproducción del Ministerio de Justicia, en el año 1975, un Anteproyecto de Constitución concordado con las constituciones de los países socialistas, en el que se compararon los artículos de constituciones socialistas de países como Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, la República Popular de Albania, la República Popular de Polonia, la República Democrática de Vietnam, la República Popular de Mongolia, la República Socialista Checoslovaca, la República Socialista de Rumanía, la República Democrática Alemana, la Constitución de la República Popular de Bulgaria, la República Popular de Hungría, la República Popular Democrática de Corea, con los artículos del anteproyecto de constitución cubana con las modificaciones que fueron introducidas por el Buró Político del Comité Central del Partido Comunista de Cuba. *Anteproyecto de Constitución concordado con las constituciones de los*

concibe varios principios de organización y funcionamiento del Estado, que en sus aspectos generales replica el modelo soviético. En este sentido, vertebró un sistema de poder que puso énfasis en graduar niveles de representatividad en lo nacional, provincial y municipal, cuyo máximo órgano de poder (no poder legislativo únicamente) en forma asamblearia entrañaba el órgano de mayor representatividad de la soberanía popular; destaca también el principio de unidad de poder, mecanismo de los órganos del Estado que lo entendía como unidad política y de trabajo, que combinaba una dirección centralizada con la iniciativa de los poderes de los órganos locales, a partir de la coordinación y fiscalización de sus actividades por los primeros, sin contradicción entre los órganos del Estado ni entre los órganos centrales y locales, sino como unidad de todo el sistema de los órganos estatales como órganos representativos de abajo hacia arriba; también el principio de centralismo democrático que entrañaba la electividad de todos los órganos del poder estatal; el reconocimiento constitucional del Partido Comunista, como la fuerza dirigente y orientadora de la sociedad y el Estado, y el reconocimiento de organizaciones políticas y de masas en *numerus clausus*, así como los tipos de propiedad, donde la propiedad estatal convivía con la propiedad del pequeño agricultor, propiedad personal, propiedad cooperativa, y la propiedad de las organizaciones de masas y sociales.<sup>32</sup>

---

*países socialistas*, Editorial Departamento de Reproducción del Ministerio de Justicia, La Habana, 1975. Del mismo modo Fernando Álvarez Tabío reconocería:

Para la elaboración de los preceptos que vamos a analizar de inmediato [se refiere el autor a los artículos del Capítulo I Fundamentos políticos, sociales y económicos del Estado], han servido de guía primordial los logros alcanzados en los órdenes económicos, político y social, por la Revolución, el PCC y el Gobierno Revolucionario, los discursos y opiniones del compañero Fidel Castro y, desde luego, las experiencias de los países que marchan por la vía del socialismo y del comunismo, y los sólidos principios del marxismo-leninismo (ÁLVAREZ TABÍO, 1975, p. 29).

En igual sentido se pronunció Armando Torres Santrayll:

Ha llegado, pues, el momento de elaborar la Constitución de la Revolución, que se base en la realidad económico-social instaurada por la Revolución y que sirva a su consolidación y desarrollo; que tenga en cuenta todo el conjunto fecundo de experiencias adquiridas durante estos dieciséis años de Poder Revolucionario; que aproveche útilmente las enseñanzas aportadas por los pasos que en estos últimos años se han dado en el proceso de perfeccionamiento de los órganos estatales; que tome, como fuente acertada, como pauta provechosa, las experiencias de los países que marchan por la vía del socialismo y el comunismo; que plasme las tradiciones progresistas y revolucionarias de nuestro pueblo; que se fundamente en los sólidos principios del marxismo-leninismo. En resumen, compañeros, que sea una Constitución Socialista (TORRES SANTRAYLL, 1975, p.51-52).

32 ÁLVAREZ TABÍO, 1975, p.239-254.

De este modo, se definió un sistema político con un rechazo marcado de los principios organizativos y funcionales del Estado burgués nacido en 1787 y 1789, que habían concebido un sistema de pesos y contrapesos (*check and balance*) entre los poderes del Estado. La *unidad de poder alcanzó una significación de unidad de acción política sin diferenciación estructural*, en tanto el sistema de órganos de poder se construyó con ausencia de una divisibilidad real y formal de poder, cuya independencia orgánica no estaba diseñada por límites ni prerrogativas o facultades de naturaleza política contradictorias, por lo cual no se reconoció controles en términos de frenos entre poderes, ni mecanismos formales de oposición que controlara al gobierno y le exigiera responsabilidad en torno a posibles alternativas políticas.

Las facultades generales de legislar y ejecutar se encargó a un tipo de poder asambleario superior (Asamblea Nacional del Poder Popular), además de ser el único intérprete de la Constitución,<sup>33</sup> cuyo diseño y funcionamiento se convirtió en el eje de la relaciones de poder del aparato estatal. Por esta razón, el resto de los órganos superiores del Estado se le subordinaba a la Asamblea quien a su vez los elegía, aprobaba o designaba<sup>34</sup>, como lo es el Consejo de Estado –órgano que representa a la Asamblea Nacional entre período y período de sesiones<sup>35</sup>- y el Consejo de Ministros, el Tribunal Supremo Popular, la Fiscalía General de la República, así la Contraloría General de la República, cuya creación fue en 2009.<sup>36</sup> En la lógica de este modelo, no había cabida para concebir un control externo al órgano supremo de poder (un Tribunal Constitucional, por ejemplo) como equilibrio entre partes, por lo que la propia Asamblea era la encargada de controlar la constitucionalidad de sus propias leyes.<sup>37</sup>

---

33 Ver artículo 70: “La Asamblea Nacional del Poder Popular es el único órgano con potestad constituyente y legislativa en la República”; Constitución de la República de Cuba, de 24 de febrero de 1976. Gaceta Oficial de la República de Cuba, Edición Extraordinaria, 31 enero 2003.

34 Ver artículo 75, que establece entre las atribuciones de la ANPP las de: “ I) elegir al Presidente, al Primer Vicepresidente, a los Vicepresidentes, al Secretario y a los demás miembros del Consejo de Estado; II) designar, a propuesta del Presidente del Consejo de Estado, al Primer Vicepresidente, a los Vicepresidentes y demás miembros del Consejo de Ministros; m) elegir al Presidente, al Vicepresidente y a los demás jueces del Tribunal Supremo Popular; n) elegir al Fiscal General y a los Vice fiscales generales de la República;”

35 Ver Constitución ref., arts. 89: “El Consejo de Estado es el órgano de la Asamblea Nacional del Poder Popular que la representa entre uno y otro período de sesiones, ejecuta los acuerdos de ésta y cumple las demás funciones que la Constitución le atribuye. Tiene carácter colegiado y, a los fines nacionales e internacionales, ostenta la suprema representación del Estado cubano; y 90: “Son atribuciones del Consejo de Estado: c) dictar decretos-leyes, entre uno y otro período de sesiones de la Asamblea Nacional del Poder Popular. ...”

36 Ver Ley No. 107, “De la Contraloría General de la República de Cuba” de 1ero de agosto del 2009.

37 “Artículo 75 c) decidir acerca de la constitucionalidad de las leyes, decretos-leyes, decretos y demás

Con el reconocimiento de Cuba como un “Estado socialista de obreros y campesinos y demás trabajadores manuales e intelectuales” en la Constitución de 1976, y luego de la reforma del 1992 como un “Estado socialista de trabajadores”, no se reconoció el pluralismo partidista en el sistema político, con la existencia del Partido Comunista de Cuba como el único partido reconocido constitucionalmente.<sup>38</sup> El principio de unidad de poder cimentó una estructura que en términos de funcionabilidad potenció la acción política de los órganos de poder sin la representación de un pluralismo partidista en mayoría y minorías, ni formas parlamentarias que institucionalizaran, directa o indirecta, la oposición política. No obstante, se reconocieron las instituciones de la rendición de cuentas y la revocación entre los principios organizativos y de funcionamiento de todos los órganos estatales,<sup>39</sup> pese a que hasta la reforma constitucional de 1992,<sup>40</sup> el pueblo sólo elegía directamente a los delegados a las Asambleas Municipales<sup>41</sup>, los que a su vez elegían a los delegados de las Asambleas Provinciales y a los diputados a la Asamblea Nacional.<sup>42</sup>

En cuanto al modelo de control de la constitucionalidad en la Constitución de 1976, se siguió los referentes constitucionales de los Estados socialistas de Europa del Este, lo que se mantuvo después de la Reforma constitucional de 1992. En un sentido general, este modelo rompería la tradición de historia de control jurídico de la constitucionalidad. En la doctrina cubana constitucional socialista que se impuso desde entonces, un modelo de control de la constitucionalidad, a partir del reconocimiento de la supremacía normativa de la Constitución, tuvo una idea bien definida desde el inicio: una expresión coherente y jerarquizada del ordenamiento

---

disposiciones generales”. Constitución de la República de Cuba de 1976.

38 “Artículo 5. El Partido Comunista de Cuba, martiano y marxista-leninista, vanguardia organizada de la nación cubana, es la fuerza dirigente superior de la sociedad y del Estado, que organiza y orienta los esfuerzos comunes hacia los altos fines de la construcción del socialismo y el avance hacia la sociedad comunista.” *Constitución de la República de 1976*.

39 Ver el propio artículo 66 de la Constitución de la República de 1976.

40 La Ley No.1305 de 7 de julio de 1976, que sería derogada, con excepción de algunos capítulos, por la Ley No.37 de 15 de agosto de 1982, que sería derogada posteriormente por la Ley No.72 de 1992

41 Ver Constitución de 1976, art. 138, párrafo 2: “Los delegados a las Asambleas Municipales se eligen por circunscripciones electorales previamente determinadas”.

42 Ver el Artículo 139: “Las Asambleas municipales eligen, a través del voto secreto, a los delegados a las Asambleas Provinciales del Poder Popular” y 69: “La Asamblea Nacional del Poder Popular se compone de diputados elegidos por las Asambleas Municipales del Poder Popular en la forma y en la proporción que determina la ley.” *Constitución de la República de Cuba de 1976*.

jurídico guarda estrecha relación con una subordinación de todo el ordenamiento jurídico a los principios constitucionales, de modo que la violación de un precepto constitucional directa o por la creación de una norma que la contradiga, supone un quebrantamiento de todo el ordenamiento jurídico. Como expresó Hugo Azcuy: “El llamado control constitucional se convierte, así, en una cuestión política de importancia principal que atañe a todo el sistema de la dictadura del proletariado y que es exponente de su grado de madurez y consistencia.”<sup>43</sup>

El mecanismo de control constitucional en el modelo político cubano, se integró en un sistema de defensa de la Constitución que contempló el control de la legalidad, el procedimiento de defensa de los derechos y el control de los órganos inferiores respecto a los superiores en el diseño institucional de poder.<sup>44</sup> La Asamblea Nacional del Poder Popular se convirtió en el órgano con facultades para decidir sobre la constitucionalidad de las leyes y otras disposiciones jurídicas.<sup>45</sup> Dicho control se concibió con carácter previo y posterior, cuyo momento previo se atuvo a la facultad de dictaminar la constitucionalidad de todos los proyectos leyes que se presentase al Presidente de la Asamblea para su discusión y aprobación, a través de su Comisión de Asuntos constitucionales y Jurídicos, que podía realizarlo simultáneamente con el dictamen que realizara la comisión especializada.<sup>46</sup> De esta forma, la Asamblea Nacional del Poder Popular era el único órgano de poder en Cuba con la facultad de interpretar la Constitución.

En este sentido, previó un tipo de control interno ejercido por el Consejo de Estado, el Consejo de Ministros, las Municipales del Poder Popular y los Tribunales Populares, en relación con la subordinación de los órganos inferiores a los superiores, así como el control de la legalidad por la Fiscalía General de la República. El Consejo de Estado estaba facultado para suspender disposiciones del Consejo de Ministros, acuerdos y disposiciones de las Asambleas locales que no se ajustaran a la Constitución o a las leyes,<sup>47</sup> y revocar acuerdos y disposiciones de las Administraciones locales

---

43 AZCUY, 2010, p.81.

44 PRIETO VALDÉS, 2005, p.44.

45 Artículo 75 c) decidir acerca de la constitucionalidad de las leyes, decretos-leyes, decretos y demás disposiciones generales; Constitución de la República de Cuba.

46 Artículo 69 del Reglamento de la Asamblea Nacional del Poder Popular de 1996, en PRIETO VALDÉS; PÉREZ HERNÁNDEZ, 2002.

47 Artículo 90 ñ) de la Constitución de Cuba de 1976.

que la contravengan.<sup>48</sup> Las Asambleas Municipales tenían entre sus atribuciones revocar o modificar los acuerdos y disposiciones de los órganos o autoridades subordinadas a ella que infringieran la Constitución y otras disposiciones jurídicas dictadas por los órganos superiores del Estado o que afecten determinados particulares previstos constitucionalmente, así como la proposición de su revocación al Consejo de Ministros cuando hubieran sido adoptados en función de facultades delegadas por los Organismos de la Administración Central del Estado.<sup>49</sup>

El Decreto-Ley 272 de 2010,<sup>50</sup> sobre la organización y funcionamiento del Consejo de Ministros, en el marco de las atribuciones constitucionales para ejercer el control constitucional sobre decisiones, disposiciones y acuerdos adoptados por los jefes de los organismos de la Administración Central del Estado, las Administraciones y Asambleas Locales del Poder Popular, reguló el ejercicio de dicho control, a partir de un actuar de oficio del propio Consejo de Ministro o a instancias de la Asamblea Nacional del Poder Popular, el Consejo de Estado, la Fiscalía General de la república, el Contralor General, las Asambleas Locales del Poder popular, y el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, cuya consecuencias podían derivar en la revocación de la disposición jurídica, según su competencia, o en la proposición de la revocación o suspensión a quien correspondiera.

En igual sentido, el principio activo de la legalidad en nuestro ordenamiento permitió que su control fuera realizado por todo el sistema de órganos estatales del poder popular y de la Administración estatal cubano. En esta labor, no obstante, corresponde un papel preponderante a la Fiscalía, que por mandato de ley ejerce el control de la legalidad sobre la base de la vigilancia del estricto cumplimiento de la Constitución, y puede a solicitud de la Asamblea Nacional del Poder Popular dictaminar acerca de la constitucionalidad de las leyes y demás disposiciones generales.<sup>51</sup> En torno a la constitucionalidad de las leyes y

---

48 Artículo 90 o) de la Constitución de Cuba de 1976.

49 Artículo 106 d) de la Constitución de Cuba

50 Artículos 14 y 15 del Decreto-Ley 272, De la Organización y Funcionamiento del Consejo de Ministros, de julio de 2010, en [www.gacetaoficial.cu](http://www.gacetaoficial.cu)

51 La Ley 83 de julio de 1997, De la Fiscalía General de la República, en su artículo 1 regula: “Según establece la Constitución, la Fiscalía General de la República es el órgano del Estado al que corresponde, como objetivos fundamentales, el control y la preservación de la legalidad, sobre la base de la vigilancia del estricto cumplimiento de la Constitución, las leyes y demás disposiciones legales, por los organismos del Estado, entidades económicas y sociales y por los ciudadanos; y la promoción y el ejercicio de la acción penal pública en representación del Estado.” Y en su artículo 8 e) dictaminar a instancias de la Asamblea

otras disposiciones jurídicas, entre los órganos del sistema de órganos de Justicia, el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular está facultado para dictaminar acerca de la constitucionalidad de las leyes y demás disposiciones,<sup>52</sup> así como el Ministerio de Justicia tiene entre sus funciones realizar un control previo de las disposiciones generales a publicarse en la Gaceta Oficial.<sup>53</sup>

Por su parte, la actual regulación de control constitucional en el Reglamento de la Asamblea Nacional del Poder Popular de 1994, supuso en varios sentidos un retroceso en la configuración de un sistema de control, en relación con los Reglamentos establecidos en 1977 y 1982:<sup>54</sup> suprimió el procedimiento de carácter posterior de control de constitucionalidad de las leyes y en materia de Decretos-leyes, Decretos y demás disposiciones generales, no se contempló lo que regulaba para estas disposiciones jurídicas, y para el propio procedimiento de control posterior de las leyes, en relación con la regulación de mecanismos procedimentales: los motivos de carácter formal o material para promover acciones, los requisitos para interponer el recurso, los posibles acuerdos de la Asamblea Nacional para resolver el recurso, los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, y la amplia legitimación para instarlo, que contemplaba todo el sistema de órganos del estado, las organizaciones sociales y de masas, y la acción pública por 25 ciudadanos en pleno goce de sus derechos civiles y políticos.

En resumen, el modelo de control, a partir de lo regulado por la vigente Constitución de 2019, el Reglamento y el resto de la legislación vigente, hasta que se pongan en vigor otras normativas, afronta carencias fundamentales para un mecanismo de control de la constitucionalidad eficaz y activo en el ordenamiento jurídico cubano que podríamos sintetizar en lo siguiente:

- No existe una regulación constitucional sobre el órgano de la Asamblea Nacional que coordinará el ejercicio de control, así como tampoco su composición y funcionamiento.

---

Nacional del Poder Popular o del Consejo de Estado, acerca de la constitucionalidad de las leyes, decretos-leyes, decretos y demás disposiciones generales.

52 La ley 82 De los Tribunales Populares, de julio de 1997, establece en su artículo 19-1. Corresponde al Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular: b) dictaminar, a solicitud de la Asamblea Nacional del Poder Popular o del Consejo de Estado, acerca de la constitucionalidad de las leyes, decretos-leyes, decretos y demás disposiciones generales;

53 Ver a PRIETO VALDÉS, Marta, 2005, p.50-53

54 Ver Reglamento de la Asamblea nacional del Poder Popular, en *Selección legislativa de Derecho Constitucional cubano*, Editorial Ciencias Sociales, La Habana, 1999, p.301 y ss.

- Existe una tendencia a desconcentrar las atribuciones de control constitucional de la Asamblea Nacional del Poder popular, como máximo órgano poder, hacia otros órganos del aparato estatal que no permite potenciar mecanismos de control estructurados y operativos desde esta instancia de poder.<sup>55</sup>
- No existe un procedimiento definido y articulado en todos sus pasos, por medio de los cuales se pueda promover acciones dirigidas para que el órgano encargado decida sobre la constitucionalidad de las disposiciones jurídicas puestas en vigor en el ordenamiento jurídico. Se carece, con esto, de una regulación sobre un procedimiento independiente de control sobre las disposiciones jurídicas generales, que contemple un cuerpo único de preceptos de esta naturaleza, con sistematicidad, coherencia y ordenación, y que establezca de forma general la exactitud de los efectos del control de la constitucionalidad sobre las disposiciones jurídicas generales.<sup>56</sup>
- Presenta límites en el reconocimiento de los sujetos legitimados para activar el procedimiento de control constitucional previsto en el vigente Reglamento.<sup>57</sup>

---

55 El Decreto-Ley 272 de 2010 legitima a la Asamblea Nacional del Poder Popular para instar al Consejo de Ministros la revocación de disposiciones jurídica, según su competencia, o la proposición de la revocación o suspensión a quien corresponda; y el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular y la Fiscalía General de la República pueden dictaminar la constitucionalidad de las leyes, decretos-leyes, decretos y demás disposiciones generales, a petición de la propia Asamblea Nacional, función que puede realizar ella misma a partir de las atribuciones establecidas por la Constitución en su artículo 75 c).

56 El procedimiento en el Reglamento de la ANPP vigente seguido para el control de los Decretos-leyes aparece regulado de manera imprecisa, sin entidad propia, en apenas dos artículos, con una tramitación que sigue en lo atinente a lo establecido para el procedimiento legislativo. La escasa precisión técnica de su articulado, resulta en extremo confusa a los efectos de determinar si los legitimados para promover dicha tramitación deben pronunciarse para la revocación total o parcial del Decreto-Ley a partir de la presentación de un proyecto de ley o de un escrito en que solicite la anulación parcial o total del decreto-ley. A partir de que el legislador utilizó el término “revocación”, propia de la actividad administrativa y no de la función política de legislar –en que las leyes pierden su eficacia y vigencia a partir de la vigencia de una disposición jurídica posterior que la deroga–, no queda claro en este sentido si esta “revocación” presente en la terminología del reglamento, y seguida en lo atinente por el articulado del procedimiento legislativo, se contrae solo a pronunciarse sobre la constitucionalidad del Decreto-ley, o si es requisito la presentación de un proyecto de ley en vistas de la derogación de la anterior.

57 En el procedimiento seguido para el control de los Decretos-leyes se legitima únicamente a las Comisiones permanentes de la Asamblea Nacional y a los diputados. El control constitucional sobre los Decretos y Disposiciones del Consejo de Ministros y Acuerdos y Disposiciones de los órganos locales del poder popular, solo queda legitimado para instarse por el Consejo de Estado, cuando se trata de disposiciones dictadas por el Consejo de Ministros o por las Asambleas Provinciales y Municipales cuando haya suspendido su ejecución, así como por las comisiones de la Asamblea Nacional y por los diputados. Toda regulación vigente en torno al control de la constitucionalidad existente en Cuba, ha implicado en sus simientes la inexistencia

– En el orden legislativo no hay una clara delimitación entre control de la constitucionalidad y control de la legalidad, pues si bien presentan distinciones teóricas y doctrinales, con base en la jerarquía normativa del objeto de ambos y como mecanismos que redundan en la coherencia y legitimidad del orden constitucional en su dimensión formal y material, ambas extensiones de control en ocasiones se identifican y se contemplan en su regulación en un mismo nivel, lo que trae consigo que nuestro ordenamiento cuente con una difusa regulación normativa sobre instituciones y procedimientos de control de la constitucionalidad propiamente dichas.

De este modo, una práctica política que impulsó con fuerza la estructuración de un diseño político verticalizado tuvo una incidencia directa en la imposibilidad de que todo el sistema de órganos representativos pudieran instar a un órgano determinado la supremacía del texto constitucional contra disposiciones jurídicas dictadas por órganos de jerarquía política superior o de todo el sistema de órganos del Estado. Lo anterior ha imposibilitado que se ejerza un control orgánico, activo y funcional sobre todo el sistema jurídico y estatal, a los que se suma un marco asambleario minimizado ante el enorme poder de decisión y control de los órganos superiores derivados de ella.

#### **4. Una propuesta para hacer funcional el control constitucional ejercido por la Asamblea Nacional del Poder Popular**

Al insistir la actual Constitución de 2019 en el mismo esquema de control constitucional de su antecesora, puede arrastrar consigo todos los vicios del anterior. Ello, porque en la actualidad el resto de las disposiciones jurídicas que se encargan de dar cumplimiento a este precepto constitucional no logran vertebrar un sistema eficaz y verdaderamente funcional, de lo que se deriva la necesidad de regular con más amplitud y generalidad las funciones de control que ejercerá la propia Asamblea en la propia Constitución.

---

un sistema de control de la constitucionalidad con la iniciativa de todo el sistema de órganos estatales, y de toda persona natural y jurídica residente en el territorio nacional, que pueda instar a un órgano determinado el pronunciamiento sobre la constitucionalidad de cualquier acto normativo.

En términos generales, según establece la actual Constitución la Asamblea Nacional no sólo ejercerá el control de constitucionalidad sobre las leyes, decretos-leyes, decretos presidenciales, decretos y demás disposiciones generales, sino que puede revocar total o parcialmente los decretos-leyes y acuerdos del Consejo de Estado, los decretos presidenciales, decretos, acuerdos o disposiciones generales que contradigan no sólo la Constitución sino también las leyes.<sup>58</sup> Del mismo modo puede revocar total o parcialmente los acuerdos o disposiciones de las asambleas municipales del Poder Popular que no sólo violen la Constitución, sino también las leyes, los decretos-leyes, los decretos presidenciales, decretos y demás disposiciones dictadas por un órgano de superior jerarquía, o los que afecten los intereses de otras localidades o los generales del país.<sup>59</sup> Así, también, por sólo citar algunos ejemplos, el Consejo de Estado<sup>60</sup>, el Presidente de la República<sup>61</sup>, el Consejo de Ministros<sup>62</sup>, el Gobernador Provincial<sup>63</sup>, el Consejo Provincial<sup>64</sup>, la Asamblea Municipal<sup>65</sup>, están facultados para ejercer un control respecto no sólo de la Constitución sino también del resto de las disposiciones jurídicas superiores indistintamente.

En este caso, consideramos que la funcionabilidad del control constitucional por la Asamblea Nacional pudiera lograrse mediante el establecimiento de un órgano en la Asamblea Nacional encargado de controlar la constitucionalidad con facultades que deben especificarse en una Ley, de modo que expanda lo que hasta ahora es un modelo de control cerrado, inoperante, que deviene en un autocontrol de sus propios actos sin un

---

58 Ver Artículo 108, inciso e) y g) de la Constitución de la República de Cuba, Gaceta Oficial Extraordinaria No.5, de 10 de abril de 2019.

59 Ver Artículo 108, inciso h) de la Constitución de la República de Cuba, Gaceta Oficial Extraordinaria No.5, de 10 de abril de 2019

60 Ver Artículo 122 incisos i) y j) de la Constitución de la República de Cuba, Gaceta Oficial Extraordinaria No.5, de 10 de abril de 2019.

61 Ver Artículo 128 incisos n) de la Constitución de la República de Cuba, Gaceta Oficial Extraordinaria No.5, de 10 de abril de 2019.

62 Ver Artículo 137 incisos q), r), s) de la Constitución de la República de Cuba, Gaceta Oficial Extraordinaria No.5, de 10 de abril de 2019.

63 Ver Artículo 179 incisos i) y j) de la Constitución de la República de Cuba, Gaceta Oficial Extraordinaria No.5, de 10 de abril de 2019.

64 Ver Artículo 184, incisos j) y k) de la Constitución de la República de Cuba, Gaceta Oficial Extraordinaria No.5, de 10 de abril de 2019.

65 Ver Artículo 191, inciso l) de la Constitución de la República de Cuba, Gaceta Oficial Extraordinaria No.5, de 10 de abril de 2019.

criterio activo de participación popular y de todo el sistema de órganos. Una propuesta válida sería la creación de una *Comisión Constitucional* como órgano permanente de la Asamblea Nacional, cuyos objetivos pudieran agruparse en varias ideas que expondremos a continuación.

En la concepción del órgano supremo asambleario que encarna la Asamblea nacional, si bien es un órgano político, la creación de una Comisión Constitucional como un órgano permanente posibilitaría que sus resoluciones en materia de constitucionalidad adquieran también fuerza jurídica, por lo cual se construiría en un control político cuyas resoluciones contemplaría una naturaleza política y jurídica en sus consecuencias. De este modo, se debe construir un modelo sobre la base de potenciar la soberanía popular como principio esencial de funcionamiento del aparato estatal en Cuba. Dicho principio debe escapar de los marcos de su reconocimiento formal y encontrar cauces procesales idóneos y eficaces para la expresión de la voluntad popular en su funcionamiento, composición y la legitimación para instarlo.

En tal sentido, si la Asamblea Nacional del Poder Popular tiene entre sus características, como en la anterior constitución, de constituirse en un órgano complejo, que se integra para el cumplimiento de sus atribuciones constitucionales, en una pluralidad de órganos permanentes y temporales,<sup>66</sup> una *Comisión Constitucional*, como un órgano permanente de la Asamblea Nacional, comportaría una relación orgánica similar a como se relacionan las vigentes comisiones en la Asamblea Nacional. El cambio fundamental, con respecto a la regulación vigente sobre las comisiones estaría no sólo en lo que concierne a su reconocimiento constitucional – y a la regulación de su funcionamiento por Ley –, sino también por el principio de especialidad que estaría presente en las funciones propias de sus miembros, los que se encargarían de cumplir las funciones inherentes al órgano controlador para el cual fueron electos, sin que esto implique que no se le reconozcan sus facultades como miembros de la Asamblea Nacional en los períodos ordinarios y extraordinarios de sesiones.

Del mismo modo esta Comisión debe estar integrada por *diputados-especialistas* pertenecientes al sistema jurídico cubano, elegidos directamente por el pueblo como diputados en elecciones para cada período de la le-

---

66 Ver Artículo 108, inciso p) de la Constitución de la República de Cuba, Gaceta Oficial Extraordinaria No.5, de 10 de abril de 2019.

gislatura. Esta elección directa debe realizarse después de que los organismos que se encarguen<sup>67</sup> elijan entre sus profesionales las personas con más méritos y conocimientos en la materia para realizar esta labor, los que en su conjunto deben ser aprobados como candidatos por las Asambleas Municipales del Poder Popular. Su elección puede hacerse conjuntamente a las elecciones generales para diputados a la Asamblea Nacional. Esta posibilidad permite que en tan importante función, los *diputados-especialistas* puedan ser revocados por los mismos procedimientos previstos para los diputados a la Asamblea Nacional.<sup>68</sup>

De este modo, la *Comisión Constitucional* sería el órgano mediante la cual la Asamblea Nacional controlaría la constitucionalidad de las leyes, decretos-Leyes, decretos, decretos presidenciales y otras disposiciones generales. La competencia de la Comisión recaería en el conocimiento de los recursos en materia de inconstitucionalidad en los siguientes términos: recurso de inconstitucionalidad previo a la ley; recurso de inconstitucionalidad de las leyes, decretos-leyes, decretos y demás disposiciones generales; recurso de inconstitucionalidad por omisión; escrito sobre cuestión de constitucionalidad de las leyes, decretos- leyes y otras disposiciones generales (por los Tribunales a través del Consejo de Gobierno del tribunal Supremo); consultas sobre constitucionalidad (por medio de una petición, sin necesidad de recurso alguno, por los órganos estatales legitimados para ello).

Los aspectos bajo los cuales pueden instarse a la Comisión deben clasificarse en formales y materiales. En relación a los primeros, esta debe tener lugar ante una disposición jurídica dictada que no observase los requisitos formales constitucionalmente establecidos en el proceso de conformación y puesta en vigor de la normativa; y la material cuando cualquier disposición jurídica contradiga la letra constitucional por un acto directo u omisivo que genere una violación de los postulados constitucionales.

En lo referido a las leyes, se debe contemplar la regulación de un control previo y posterior. En el caso del primero, debe hacerse sobre el proyecto de ley, el cual para garantizar en esta etapa la participación ciudadana

---

67 Los *diputados-especialistas* serían propuestos por el sistema jurídico cubano (Facultades de Derecho, Tribunales Populares, Fiscalías y el Ministerio de Justicia), elegidos directamente por todos los electores inscriptos en el territorio nacional, responsable por tanto ante ellos y revocable en todo momento por el seno de la Asamblea Nacional.

68 Actualmente la Ley No.89 de 1999 regula la revocación del mandato de los elegidos a los órganos del poder popular.

en el control, deberá garantizar que el proyecto se publique con una duración razonable, con el objetivo de que todos los legitimados presenten recursos sobre cuestiones de estricta constitucionalidad de los preceptos del proyecto. El Recurso para ser admitidos deberá estar fundamentado con ajuste a derecho, lo que podrá realizarse de forma directa o con representación letrada. La *Comisión Constitucional* estaría obligada en un plazo razonable a dar respuesta sobre los preceptos presuntamente inconstitucionales del proyecto de Ley impugnados a través de esta vía. Si procede el recurso, se seguiría el procedimiento de control que se prevea para esta fase del control constitucional. El recurso de inconstitucionalidad previa a la ley tiene el objetivo de habilitar una vía para que la ciudadanía participe en el control previo de constitucionalidad.

Para el caso del control posterior de la Ley, se debe regular un recurso de inconstitucionalidad, cuya decisión sobre la inconstitucionalidad de la ley deberá tener la aprobación definitiva del pleno de la Asamblea Nacional del Poder Popular por mayoría de los votos en una proporción de los 2/3, si tomamos en cuenta que los *diputados-especialistas* tendrían facultades como miembros de la Asamblea Nacional, o sea, en la decisión final que conllevaría la derogación de la Ley. Es cierto que la existencia de este recurso puede que inquiete pensar en lo contradictorio de que la propia Asamblea Nacional se dirija contra sus propios actos, si en un momento anterior dictaminó la constitucionalidad del proyecto de Ley. Sin embargo, se imponen algunas razones de peso para pensar en su regulación: si la finalidad de los controles constitucionales se encamina a garantizar a toda costa la primacía de los preceptos y principios constitucionales, el ordenamiento jurídico no puede quedar atado de brazos para reaccionar, en el marco constitucional y legal establecido, en el restablecimiento de la constitucionalidad quebrantada, que puede acontecer – sin que nada obligue a pensar en su imposibilidad –, a partir de que la propia Comisión en la fase de control previo de la Ley, haya pasado por alto la detección de preceptos legales inconstitucionales.

Se une a esto la perspectiva de que el pronunciamiento de la *Comisión Constitucional* con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley, no es sometida a la consideración del pleno de la Asamblea Nacional para su votación teniendo como asunto específico la constitucionalidad o no de esta disposición. El pronunciamiento previo de la *Comisión Constitucional* tendría como objeto un proyecto de ley sin implicaciones normativas, a diferencia

de la posibilidad de un pronunciamiento posterior en que la normatividad de la ley se despliega en todos sus efectos. Así, el recurso de inconstitucionalidad previo a la ley, y el recurso de inconstitucionalidad con posterioridad, irían dirigidos a crear mecanismos que potencien la iniciativa de control de la constitucionalidad desde la ciudadanía en todas las fases del proceso de elaboración y vigencia de la ley, cuya decisión final sobre esta materia estará a cargo de *diputados-especialistas* y diputados.

En cuanto a los efectos de los pronunciamientos de la *Comisión Constitucional*, declarada la inconstitucionalidad de las disposiciones jurídicas generales sometidas a su examen, en lo que concierne a las Leyes y Decretos-leyes, su anulación deberá someterse a la consideración del pleno de la Asamblea Nacional, por lo cual el control de la constitucionalidad se realizará en forma técnica y asesora por la *Comisión Constitucional*. El caso de que los decretos-leyes tengan que ser sometidos a un procedimiento similar al que se establezca para la Ley, obedece a una cierta equiparación del decreto-ley con la ley establecido mediante un Acuerdo tomado por la Asamblea Nacional en el segundo período ordinario de sesiones en 1979,<sup>69</sup> todo ello, por supuesto, si no decide lo contrario en el futuro.

Para el control de la constitucionalidad de los decretos presidenciales, decretos y demás disposiciones generales, no se precisa que la anulación que disponga la *Comisión Constitucional* deba ser sometida a la aprobación del pleno de la Asamblea Nacional. De esta forma, la Asamblea Nacional puede ejercer un verdadero control de constitucionalidad de estas disposiciones jurídicas a través de su órgano de control permanente y especializado, con fórmulas procedimentales reconocidas por la Ley para controlar la constitucionalidad de estas disposiciones jurídicas superiores en todo momento.

En lo referido a la *cuestión de inconstitucionalidad*, esta puede ser planteada por los Tribunales, y en el curso de un proceso judicial, ante dudas sobre la constitucionalidad de una disposición jurídica general aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, que pueda hacerse a través del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo de Cuba. La posibilidad de este control incidental de la constitucionalidad por los Tribunales, no implicaría una suspensión del proceso, si no se dispone lo contrario por la

---

69 Acta del segundo período ordinario de sesiones de la Asamblea Nacional del Poder Popular del año 1979, p.49.

Comisión Constitucional, siempre que no produzca un daño irreparable para las partes. La “cuestión de constitucionalidad” se convertiría en un instrumento por medio del cual los Tribunales se enrolarían en la defensa de la Constitución, a partir de la afirmar su supremacía ante disposiciones jurídicas superiores contrarias a sus preceptos.

La Asamblea Nacional del Poder Popular, por medio de la Comisión Constitucional, conocería de oficio o a instancia de partes los asuntos sobre la constitucionalidad de las disposiciones jurídicas generales. Estarían legitimados para instar los diputados a la Asamblea Nacional, el Consejo de Estado, El Presidente de República, el Consejo de Ministros, la Contraloría General de la República, las Comisiones de la Asamblea Nacional del Poder popular, los organismos de la Administración Central del Estado, las Asambleas Municipales del Poder Popular, el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo popular, las direcciones nacionales de las organizaciones de masas y sociales, y 25 ciudadanos que se hallen en pleno goce de sus derechos civiles y políticos. En lo referido a las *consultas sobre la constitucionalidad* de las disposiciones jurídicas generales, la legitimación se reservará al Consejo de Estado, el Presidente de República, el Consejo de Ministros, la Contraloría General de la República, las Comisiones de la Asamblea Nacional del Poder popular, los organismos de la Administración Central del Estado, las Asambleas Municipales del Poder Popular, el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo popular y la Fiscalía General. Para la *cuestión de constitucionalidad* se reservaría la legitimación a los Tribunales por medio del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo.

#### 4. Conclusión

Con la puesta en vigor de la Constitución cubana de 2019, no sólo se perdió un momento de extraordinaria importancia para concebir un sistema de control constitucional desde la función judicial, sino que tampoco se concibió regulación adecuada en este ámbito para las funciones de la Asamblea Nacional del Poder Popular. Aunque la propuesta que hemos lanzado en este trabajo puede encontrar vida a través de una ley votada y aprobada por la propia Asamblea Nacional, lo óptimo hubiera supuesto que se reconociera con rango constitucional algún órgano de ella misma que se encargara del ejercicio de tal función de manera concentrada, como órgano permanente, y de constituirse en el mayor intérprete de la Constitución.

En estos momentos Cuba se encuentra abocada a un gran proceso de reforma legislativa en todos los órdenes, con el objetivo de atemperar la legislación a los mandatos constitucionales. Esta oportunidad debe ser aprovechada para encarar el perfeccionamiento del control constitucional existente en Cuba al amparo de la nueva Constitución de 2019. Ya establecido que es la propia Asamblea Nacional de Poder Popular el órgano encargado de ejercer el control constitucional de todas las disposiciones jurídicas superiores, se requerirá entonces establecer un órgano en esta propia Asamblea que encare de manera concentrada y funcional el referido ejercicio. En este camino ha sido nuestra propuesta, que consideramos como la mejor forma de dar funcionalidad al control constitucional en Cuba por medio de la Asamblea Nacional dentro de la tradición constitucional socialista.

## Referencias

- ÁLVAREZ TABÍO, Fernando. *Comentarios a la Constitución Socialista*. Ciudad de la Habana: Editorial Pueblo y Educación, 1988.
- AZCUY, Hugo. *Análisis de la constitucionalidad y otros ensayos*. Instituto Cubano de Investigación Cultural Juan Marinello, Ruth Casa Editorial, 2010.
- BERTOT TRIANA, Harold. Control Constitucional y Legitimidad democrática: el modelo de control europeo o concentrado. *Revista de Estudios Políticos y Estratégicos*, n.2, vol.3, pp.16-35, 2015.
- BERTOT TRIANA, Harold. La Constitución cubana de 2019 en perspectiva histórica e ideológica: Aproximaciones a su sistema político electoral. *Revista de Derecho Público*, n. 90, pp.11-40, 2019.
- BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch, The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven and London: Yale University Press, 1986.
- BREWER-CARÍAS, Allan. La justicia constitucional como garantía de la Constitución. En: VON BOGDANDY, Armin, FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, MORALES ANTONIAZZI, Mariela. (Coords.) *La justicia constitucional y su internacionalización ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, Tomo I, México: Universidad Nacional Autónoma de México, Max-Planck-Institut Für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, pp.25-62, 2010.

- CAPPELLETTI, Mauro. El «formidable problema» del control judicial y la contribución del análisis comparado. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, n. 13, Enero-Febrero, pp.61-103, 1980.
- FERNÁNDEZ BULTÉ, Julio. Los modelos de control constitucional y la perspectiva de Cuba hoy. En: MATILLA, Andry. (Coord.) *Estudios Cubanos sobre control de constitucionalidad (1901-2008)*. México: Editorial Porrúa, IMPPC, 2009.
- FERRERES COMELLA, Víctor. *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- GARGARELLA, Roberto. La dificultad de defender el control judicial de las leyes. *Isonomía*, n.6, pp.55-70, abril. 1997.
- GUANCHE, Julio César. *Estado, participación y representación política en Cuba. Diseño institucional y práctica política tras la reforma constitucional de 1992*. Buenos Aires: CLACSO, 2013.
- GUTIÉRREZ QUIRÓS, Juan. *La Reforma Constitucional y el Tribunal Supremo*. La Habana: Jesús Montero, 1934.
- HERNÁNDEZ CORUJO, Enrique. *Lecciones de Derecho Constitucional Cubano*. La HABANA: Cia. Editora O' Reilly 304, 1942.
- INFIESTA, Ramón. *Derecho Constitucional*. La Habana, Cuba: Impreso de Editorial Lex. 1954.
- LAZCANO Y MAZÓN, Andrés María. *Ley del tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales*. La Habana: Editorial Librería Selecta, O'Reilly 357, 1949.
- MACHO CARRO, Alberto. De la dificultad contramayoritaria al diálogo interinstitucional: mecanismos de equilibrio en la relación justicia constitucional –Poder Legislativo. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 23, número 1, pp.231-260., enero/jun. 2019.
- MATILLA CORREA, Andry. El control jurisdiccional de constitucionalidad en Cuba (1901-1959): recuento histórico de sus líneas generales. En: MATILLA, Andry. (Coord.). *Panorama de la Ciencia del Derecho en Cuba (Estudios en homenaje al profesor Dr.C. Julio Fernández Bulté)*, Universidad de la Habana-Facultad de Derecho; Leonard Muntaner, 2009.
- MATILLA CORREA, Andry. El control jurisdiccional de constitucionalidad en la Constitución cubana de 1901. En: MATILLA, Andry; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. (coord.). *Escritos sobre Derecho Procesal Constitucional (Homenaje cubano al profesor Hector Fix Zamudio en sus 50 años como investigador del derecho)*. La Habana: 2012.

- MAZA, Emilio. *En Defensa de la Acción Pública*. La Habana: Jesús Montero, 1950.
- NINO, Carlos. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997.
- PACELLE, Richard. *The Role of the Supreme Court in American Politics, The Least Dangerous Branch?*, Westview Press, 2002.
- PACHOT ZAMBRANA, Karel Luis. El control de constitucionalidad en Cuba. Una propuesta para su perfeccionamiento. En: MATILLA, Andry. (Coord.) *Estudios Cubanos sobre control de constitucionalidad (1901-2008)*, México: Editorial Porrúa, IMPPC, 2009.
- PRIETO VALDÉS, Marta. El sistema de defensa constitucional cubano. *Revista Cubana de Derecho*, n.26, pp.25-53, julio /dic. 2005.
- PRIETO VALDÉS, Marta; PÉREZ HERNÁNDEZ, Lissette. *Selección legislativa de Derecho Constitucional Cubano*. La Habana: Editorial Félix Varela, 2002.
- PRIETO VALDÉS, Martha. Del control de constitucionalidad en Cuba. Propuestas necesarias. *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, pp.43-64, n. 39, julio /dic. 2018.
- TORRES SANTRAYLL, Armando. Antecedentes históricos y principios que informan el Ante proyecto de Constitución. *Revista Cubana de Derecho*, pp.43-58, n.10, Año 4 julio/dic. 1975.

Recebido em 24 de maio de 2019.

Aprovado em 09 de dezembro de 2019.

# A judicialização do direito à saúde e a norma de proporcionalidade: o problema dos medicamentos e serviços não incorporados ao Sistema Único de Saúde e dos medicamentos sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária

*The judicialization of the right to health and the proportionality rule: the problem of medicines and services not incorporated to the Brazilian Health System and of medicines not registered in the National Sanitary Surveillance Agency*

Luiz Antônio Freitas de Almeida\*

*Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul – MS, Brasil.*

## 1. Introdução

A decisão de constitucionalizar direitos sociais é uma decisão política, eminentemente. Contudo, sua adoção traz reflexos jurídicos, mormente se os direitos forem positivados como direitos fundamentais.

No Brasil, como em outras latitudes, há um crescente de judicialização dos direitos sociais, particularmente do direito à saúde, a ponto de impactar os orçamentos dos entes federados em montantes robustos e crescentes

---

\* Doutor em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestre e Especialista em Direitos Fundamentais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Especialista em Direito Constitucional pela UNAES. Bacharel em Direito pela UFMS. Promotor de Justiça em Mato Grosso do Sul. Professor da Escola de Direito da Associação Sul-Mato-Grossense dos Membros do Ministério Público. Professor convidado em cursos de pós-graduação. E-mail: lafalmeida12@gmail.com.

com despesas. A indagação óbvia e emergente desse panorama são os limites do poder judicial, para não desbordar de sua competência e interferir de modo indevido e iníquo na distribuição de recursos e na formulação de políticas públicas, uma vez que não tem legitimação democrática pela submissão de seus membros ao escrutínio popular.

Nesse aspecto, um dos pontos mais complexos e disputados na judicialização do direito à saúde é a imposição de decisões judiciais que obriguem o Estado a fornecer bens e serviços não previstos no Sistema Único de Saúde (SUS). Neste vértice, enquadram-se dois recursos extraordinários ainda pendentes de julgamento no Supremo Tribunal Federal, cujo desfecho terá notória importância na estipulação de limites e critérios para a judicialização do direito à saúde, conquanto ambos se restrinjam apenas a medicamentos: 566.471/RN e n. 657.718/MG. O presente artigo pretende abordar essa discussão no viés de utilização do princípio da proporcionalidade como critério para avaliar a suficiência de tutela estatal.

## 2. Direito à saúde? Um conceito de saúde juridicamente operativo

Debater o direito à saúde não prescinde de conceituar o que seja saúde, tarefa que conclamará a lente de muitas ciências e disciplinas: medicina, filosofia, economia, entre outras. Isso demonstra a complexidade da empreitada.

Justamente por essa complexidade, Toebes reputa dispensável uma definição de saúde.<sup>1</sup> Sem embargo, defende-se a utilidade dessa tarefa, justamente pelo auxílio na interpretação e resolução de conflitos normativos do direito em tela, a par de que definir um mínimo de proteção do direito à saúde demanda uma noção sumária do que seja saúde<sup>2</sup>, inclusive para definir os limites das responsabilidades pessoal, social e estatal em matéria de saúde.

A saúde pode ser definida de forma negativa, como negação de um estado de doença. No entanto, é possível que seja conceituada positivamente, como fez a Organização Mundial de Saúde (OMS), cuja Constituição, em seu preâmbulo, estipula que a saúde é o estado de bem-estar físico, mental e social mais completo.<sup>3</sup>

---

1 TOEBES, 1999, pp. 3-26; CASAUX-LABRUNÉE, 2010, p. 802.

2 AÑÓN, 2010, pp. 69-70.

3 Sobre os conceitos negativo e positivo de saúde, entre tantos, remete-se a FLICK, 2013, pp. 15-19; VENDRAME e MORENO, 2011, pp. 1-19; FORGES, 1995, pp. 3-9; TARDU, 1998, pp. 63-67.

Ambas as formas de definir a saúde podem ser criticadas. Uma concepção negativa padece de uma visão reducionista, porque aparenta desconhecer os impactos na saúde de fatores e condições sociais, centrando a atenção num modelo curativo de saúde, sem ocupar-se, ou ocupar-se muito lateralmente, dos aspectos de prevenção e promoção.<sup>4</sup> Por outro lado, um conceito tão amplo de saúde traz o grave inconveniente de não objetivar as necessidades em saúde, de modo a configurá-la muito subjetivamente, quase a mesclar-se com uma fluida noção de felicidade, o que potencializa a viabilização de demandas crescentes e inesgotáveis.<sup>5</sup>

Uma proposta racionalizadora é a apresentada por Norman Daniels. Daniels estipula um conceito, o qual entrevê a dependência da saúde de algumas condicionantes sociais e o afasta da definição negativa. Contudo, o conceito de saúde não é tão amplo como o dado pela OMS, de modo que serve para objetivar algumas das necessidades de saúde e, dessa forma, impedir o inconveniente de não ter operatividade jurídica. Como se percebe, mesmo que o conceito positivo da OMS permita ultrapassar a estreita ótica de pensar a saúde somente como distribuição de cuidados sanitários, é fato que essa definição amplíssima pode balizar pressões para a extensão da cobertura sanitária de modo ilimitado. As despesas em saúde são crescentes e potencialmente inesgotáveis, de sorte que todo o sistema sanitário que pretenda ser universal deve racionalizar e racionar seus custos. Afinal, existem os fatores progressivos de envelhecimento populacional e de avanços na ciência na disponibilização de novas tecnologias em saúde, as quais nem sempre são acompanhadas de uma proporção no benefício clínico oferecido em relação ao custo acrescido frente aos tratamentos já disponíveis. De outro lado, num panorama de “biopoder” e de “biossocialidade”, com formação de “biocidadãos”, existem movimentos de mobilização da opinião pública e dos aparatos distributivos, no intuito de reconhecer as condições pessoais desfavoráveis como novas formas de doenças e, por conseguinte, de buscar de novas tecnologias para satisfazer esses interesses.<sup>6</sup>

Nesse prisma, sugere-se o conceito de saúde de Norman Daniels como um conceito juridicamente operativo. Daniels trabalha sua teoria com muita aproximação da teoria da justiça de Rawls, porém não inclui a saúde

---

4 ANÓN, 2010, pp. 46 e seguintes; NASCIMENTO, 2010, pp. 905-924.

5 SAINT-JAMES, 1997, pp. 457 e seguintes; DALLARI, 2013, pp. 26-27; LOUREIRO, 2006, pp. 660-663.

6 NUNES, 2009, pp. 144 e seguintes; MURPHY, 2013, pp. 50-57.

como um bem primário. Em vez disso, Daniels percebe a saúde como uma riqueza essencial para garantir uma justa igualdade de oportunidades, com uma adaptação da teoria “rawlsiana” na finalidade de acrescentá-la dentro desse princípio<sup>7</sup>. As práticas sociais podem propiciar desigualdades, as quais necessitam de ser enfrentadas mediante uma justa igualdade de oportunidades, não bastando uma igualdade formal de oportunidades no acesso a cargos e empregos públicos, como preconizado por Rawls.<sup>8</sup> Logo, cuidados sanitários contribuem de modo importante, embora limitada-mente, para garantir uma igualdade de oportunidades equitativa, tendo em vista que essas desigualdades são corrigidas de modo a propiciar o “funcionamento normal” das pessoas.<sup>9</sup>

Destarte, a saúde traduz-se no estado psicossomático que permita a ação e a vivência da pessoa dentro de um padrão básico de funcionalidade do corpo humano, o qual é dependente de fatores e condições sociais. Daniels concebe dentro das necessidades sanitárias algumas condicionantes como a nutrição, moradia adequada e salubre, serviços de natureza não médica, exercício, descanso e outras características de uma vida saudável, além de serviços médicos preventivos, curativos e reabilitadores.<sup>10</sup> Com isso, há um contributo de objetivação das necessidades de saúde, que as separa da vontade ou desejo individual, tendo em vista que elas podem ser enunciadas, ao menos no seu âmbito nuclear, tendo em conta a perspectiva de normalidade de funcionamento de corpo e mente humanos<sup>11</sup>, ou seja, tudo aquilo que possa conservar, restaurar ou promover esse padrão. Naturalmente, pode-se discutir o que seria o “funcionamento normal”, porém é vantajoso perceber a maior objetivação das necessidades relacionadas à

---

7 DANIELS, 2001, pp. 2 e seguintes; DANIELS, 2009, pp. 9-18.

8 Em síntese, o segundo princípio da justiça de Rawls, o princípio da diferença, preconiza que as desigualdades econômicas e sociais são razoáveis se i) forem condição para propiciar o maior benefício possível aos mais vulneráveis e ii) vinculem-se a cargos e posições disponíveis com igualdade equitativa de oportunidades a todos. Rawls, porém, preconiza que medidas de difusão cultural e educacional são desejáveis para garantir o acesso equitativo, sem explicitar a proteção à saúde (RAWLS, 2008, pp. 101-108 e 376).

9 DANIELS, 2015, pp. 332 e seguintes; DANIELS, 2009, pp. 9-28; DANIELS, 2001, pp. 2 e seguintes; DANIELS e SABIN, 1997, pp. 311 e seguintes.

10 DANIELS, 2009, pp. 14 e seguintes; DANIELS, 2001, pp. 2 e seguintes; AÑÓN, 2010, pp. 141. Ao que se depreende, Daniels atrela a saúde com a não doença, mas inclui entre as necessidades sanitárias fatores que extrapolam a atenção médica e de profissionais de saúde, de sorte que se poderia adaptar o conceito de Daniels nos moldes propostos neste texto.

11 DANIELS, 2001, pp. 3 e seguintes; DANIELS, 2009, p. 15; AÑÓN, 2010, pp. 130 e seguintes.

saúde e, de certa forma, restringi-las, o que não ocorria com o conceito da OMS.<sup>12</sup>

### 3. O princípio da integralidade na assistência sanitária

O direito à saúde é contemplado no art. 6º, *caput*, e art. 196 da Constituição Federal. Portanto, é dever do Estado e é garantido mediante políticas sociais e econômicas que almejem a diminuição do risco de doença e de outros agravos e o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Pela primeira vez no Brasil positivou-se o direito à saúde como direito fundamental, algo que produz uma robustez normativa formal e material da tutela desse direito.<sup>13</sup>

A dicção do art. 198 determina que as ações e serviços sanitários integrem-se em rede regionalizada e hierarquizada, formando um Sistema Único de Saúde, organizado em conformidade com as diretrizes da i) descentralização, ii) integralidade no atendimento, com prioridade para ações preventivas, ainda que sem prejuízo da assistência sanitária; iii) participação da comunidade.

No que tange à integralidade – atributo similar ao da generalidade do Sistema Nacional de Saúde português –, lobrigam-se duas associações intelectuais distintas: i) articulação indissociável, contínua e complementar entre ações preventivas e curativas, com priorização das primeiras; ii) identificada a enfermidade, a assistência terapêutica deve ser prestada independentemente da gravidade e da complexidade do tratamento exigido<sup>14</sup>.

---

12 Evidentemente, a proposta encontra críticos, como Vidiella (*apud* AÑÓN, 2010, pp. 144 e seguintes), que, entre outras objeções, assevera que Daniels termina por adotar um conceito negativo de saúde, e não positivo, pois o oposto da saúde seria a doença, consubstanciada agora como o não “funcionamento normal” dos organismos. Contudo, consoante destaca Añón, ao incluir fatores de natureza social na capacidade de “funcionamento normal” ou “funcionamento básico”, a proposta de Daniels termina por não ser substancialmente diferente da apresentada por Vidiella, justamente porque expande o conceito de saúde ao relacioná-lo com prestações e serviços de índole não médica. Aliás, a proposta de Daniels explicita a atenção preventiva, que está incluída entre esses serviços, além de algumas determinantes sociais como a nutrição, salubridade do ambiente e higiene do trabalho, educação e assistência social, de sorte que não se pode acusar Daniels de concentrar todo o foco na medicina e na atenção sanitária curativa ou reabilitadora (conferir DANIELS, 2009, pp. 15-20 e seguintes).

13 DANTAS, 2013, pp. 108 e seguintes.

14 HENRIQUES, 2010, pp. 827-858. Ver, ainda, VENDRAME e MORENO, 2011, pp. 1-19, que percebem o distanciamento da integralidade no foco desmedido dado à assistência, em vez de concentrar-se na prevenção, e NASCIMENTO, 2010, pp. 905-924.

Aqui surge a questão da natureza jurídica da norma da integralidade<sup>15</sup>: seria uma regra, a demandar que toda e qualquer necessidade de saúde seja amparada pelo Estado, a revestir-se do ideal de isolamento tão criticado por Dworkin?<sup>16</sup>

Nos termos do art. 7º, II, Lei n. 8.080/90, a integralidade da assistência sanitária é compreendida como uma articulação conjunta e perene de ações e serviços preventivos, curativos, coletivos e individuais, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema. Deveras, a resposta está em interpretar a palavra “exigidos”, constante do enunciado normativo: exigência pensada na ótica isolada da necessidade clínica ou de modo conglobado com a universalidade de acesso ao sistema, a equidade na distribuição de recursos e no acesso ao sistema e sua sustentabilidade financeira?

Em 2011, o Legislativo detalhou o conceito de integralidade no art. 19-M, ao prever que a integralidade no atendimento acontece na dispensação de produtos de saúde e medicamentos prescritos em consonância com diretrizes terapêuticas, entabuladas em protocolo clínico moldado para a doença ou agravo à saúde, ou no fornecimento de procedimentos terapêuticos constantes de tabelas feitas pelo gestor federal do SUS, praticados no país pela administração pública ou por instituições privadas conveniadas ou contratadas pelo poder público, seja em regime hospitalar, ambulatorial

15 Aqui se interroga se a norma é uma regra ou princípio. Essa diferença entre normas teve acentuação de interesse na crítica de Dworkin ao positivismo, o qual defendeu uma diferença qualitativa entre regras e princípios, estes a possuir uma dimensão de peso inexistente naquelas (DWORKIN, 2007, pp. 36-43) e hoje há a forte difusão da teoria dos princípios de Alexy e sua definição de princípios como mandamentos ou mandados de otimização (ALEXY, 2008, pp. 90-94), os quais, diferentemente das regras, exigem a realização do objeto normatizado ao máximo possível, consideradas as possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Defende-se, porém, uma diferença quantitativa, de maior indeterminação estrutural dos princípios para com as regras, em que a distinção é possível de perceber na “morfologia” da norma, como propugnou David Duarte, de sorte que a previsão ou hipótese da norma de princípio ostenta elementos condicionais de aplicação indeterminados. Duarte sugere a existência de um pressuposto implícito na hipótese ou previsão normativa dos princípios de serem aplicados em todas as situações de qualquer gênero (DUARTE, 2006, pp. 138 e seguintes). Isso implica admitir que, no plano funcional, o modo típico de aplicação das regras é a subsunção e a dos princípios é a ponderação, porém é factível que existam situações de derrotabilidade da regra, na qual se afasta sua aplicação sem perda da validade em função de um conflito normativo com outra regra ou princípio do sistema, bem como situações de aplicação subsuntiva de um princípio jurídico. A respeito da derrotabilidade, remete-se a DUARTE, 2009, pp. 172 e seguintes.

16 Dworkin (DWORKIN, 1993, pp. 883 e seguintes) aguilhoa o *ideal of insulation*, caracterizado como o pensamento alicerçado: a) na importância capital da saúde, que seria mais importante que outros bens; b) na injustiça de negar a alguém cuidados sanitários somente pela incapacidade financeira de com eles arcar; c) no “princípio” do resgate, o qual não aceita a letalidade em função de desvio de recursos por motivos econômico-financeiros. O problema nessa concepção está justamente na finitude de recursos e na sua insuficiência para propiciar tudo a todos, uma vez que um sistema sanitário que pretenda ser universal deve saber racionalizar e racionar (DWORKIN, 1993, pp. 884 e seguintes; CALLAHAN, 1992, pp. 1 e seguintes; NOVAIS, 2010, pp. 259-270; VALE, 2012, pp. 152-177).

ou domiciliar. Na ausência de protocolo, a assistência farmacêutica observará os fármacos estipulados pelo gestor federal e, suplementarmente, pelos gestores estadual e municipal, no âmbito de seus respectivos territórios, conforme pacto de responsabilidade celebrado na comissão de intergestores tripartite e bipartite.

O conceito legal da integralidade, acrescido do pormenor do art. 19-M da Lei n. 8.080/90, é construído como uma ponderação do gestor entre diversos escopos: distribuir a assistência sanitária conforme necessidade médica de cada um, mediante um balanceamento que permita a atenção igual para outras pessoas com as mesmas necessidades, com a instituição de uma equidade no acesso e eleição de prioridades, com priorização do aspecto preventivo. Destarte, deve-se sobrepassar limites financeiros e fáticos, por meio de racionamento e racionalização das prestações, no intuito de que se proteja e promova o direito à saúde de maneira universal, além de permitir a realização de outros direitos fundamentais na dimensão positiva. Logo, a integralidade é um princípio jurídico e não uma regra.

Deveras, levar com seriedade o direito à saúde impõe a reflexão sobre os ingentes desafios de gestão diante da crescente demanda por prestações de saúde e da própria evolução das necessidades de saúde, sobretudo pelo advento de novas tecnologias e pela mudança do perfil do usuário do sistema, cada vez mais um cidadão-consumidor. Nessa toada, o perfil engloba a movimentação para pressionar e fomentar uma contínua e crescente medicalização da vida, inclusive com o reconhecimento como doenças de novas situações, bem como o desfrute das novas técnicas e tecnologias, as quais, todavia, nem sempre, na ótica de custo-efetividade, propiciarão melhoras no quadro de saúde que sejam otimizáveis ante as demais necessidades sentidas pelos demais titulares do direito à saúde e por titulares de outros direitos fundamentais ou mesmo para a persecução de outros objetivos constitucionais.

A exegese do direito à saúde do art. 6º e do princípio da integralidade resulta na construção interpretativa da seguinte norma – aqui se limita a análise apenas à dimensão positiva do direito à saúde –, decomposta a seguir: em todas as situações de qualquer gênero relativas às necessidades básicas de saúde (*a*, primeira condição da previsão)<sup>17</sup> que promovam o

---

17 Em sentido similar ao texto nesse ponto, PERLINGEIRO, 2013, pp. 522-528, que observa que a norma de proporcionalidade só demandaria que fossem concretizadas prestações essenciais para uma existência digna e não todo e qualquer cuidado de saúde.

funcionamento normal do indivíduo (*b*, segundo elemento da previsão), deve-se (*I*, operador deôntico) fornecer acesso a sistema de saúde (*c*, primeiro elemento da estatuição) que satisfaça essas necessidades (*d*, segundo elemento da estatuição).

De início, assinala-se que o primeiro elemento da previsão encampa a tese de que a função maior dos direitos sociais é permitir uma igualdade de oportunidades no aspecto prestacional, de forma que exclui, num juízo de evidência e de razoável consenso, interpretações tão dilatadas a ponto de autorizar uma demanda infinita a todo e qualquer tipo de prestação.<sup>18</sup> Portanto, posições e situações que estejam além dessas necessidades básicas, num juízo de evidência e com consenso razoável, não derivam desse elemento da previsão.

Em segundo plano, o segundo elemento da previsão, que sorve o conceito de saúde de Daniels, complementa o primeiro, haja vista que funciona na objetivação das necessidades sanitárias, afastando uma perspectiva totalmente subjetiva dessas carências. Aliás, esse segundo elemento coaduna-se com a própria função percebida para os direitos sociais, uma vez que abraça a premissa de que um bom estado de saúde é essencial para uma isonomia de oportunidades.

Os dois elementos da estatuição obrigam a criação de instituições e procedimentos, para que haja um sistema único de saúde, e a prestação de serviços e cuidados de saúde no bojo desse sistema.

É viável destrinçar as duas normas (direito à saúde e integralidade de atendimento no SUS) ou agrupá-las numa norma composta, como foi efetuado no texto, assim como é possível integrar outros elementos à estatuição da norma sem desnaturá-la na essência, como a universalidade e igualdade no acesso. Resultado da interpretação conjunta do direito à saúde (princípio ainda mais amplo) com o princípio da integralidade do SUS (menos indeterminado que o primeiro, mas também com o pressuposto implícito na previsão, tendo em vista a indeterminabilidade do gênero de conduta humana capaz de satisfazer essas necessidades básicas, a referir-se

---

18 Aqui seria interessante debater as teorias do suporte fático ou do âmbito de proteção do direito fundamental e as teorias das restrições. Como não há espaço para maior desenvolvimento, menciona-se NOVAIS, 2003, pp. 390-437, a respeito das diferentes teorias, acompanhando-o na defesa de uma concepção mitigada do âmbito de proteção, muito embora o próprio autor reconheça que essa opção invariavelmente atrele um juízo ponderativo, embora tenha a virtude de evitar a complexidade de desenvolvimento de um sopesamento em hipóteses claras de preponderância de um princípio sobre outro.

a inúmeras ações que podem ter o cariz de prevenção, proteção e promoção da saúde) é a norma N, cuja notação é:  $N = a \wedge b \wedge c \wedge d$ .

#### 4. O princípio da proporcionalidade

Embora não seja o objetivo tratar pormenorizadamente do princípio da proporcionalidade, é necessário pincelar algumas notas sobre essa norma de controle jurídico. De pronto, em que pese a controvérsia, comunga-se com a tese de Duarte de que a natureza jurídica da norma da proporcionalidade é de princípio e não de regra jurídica<sup>19</sup>.

O princípio da proporcionalidade, hoje considerado por alguns como uma nova língua do direito constitucional e, até por entusiastas, como um critério universal de constitucionalidade<sup>20</sup>, é um padrão de controle que migrou da sua gênese no direito administrativo de polícia para o direito constitucional por intermédio do labor do Tribunal Constitucional Federal alemão.<sup>21</sup>

Uma grande interrogação na aplicação do princípio da proporcionalidade era a de perceber se ele era um padrão jurídico ajustado para o controle de deveres positivos, uma vez que sua concepção tradicional o compreendia como uma norma a coibir o excesso estatal. Seria hábil a sindicatar a insuficiência de tutela estatal? Essa é a vertente menos explorada e mais disputada da proporcionalidade.

Entrementes, Reis Novais nega que a proteção contra a insuficiência equivalha ao teste de proporcionalidade, pois seria um parâmetro completamente autônomo ao da proibição do excesso.<sup>22</sup> Contudo, mesmo para as correntes que postulam o uso da proporcionalidade para sindicatar a proteção ou salvaguarda deficiente, não há consenso se a proibição do excesso e a proibição de tutela insuficiente devam ser escrutinadas na mesma estrutura dogmática e, independentemente do ângulo de análise, se alcançam o mesmo resultado em cada perspectiva, ou, ao revés, se existe uma necessidade de adaptação na estrutura metódica da proporcionalidade para apu-

---

19 DUARTE, 2009, p. 165. Contra, ALEXY, 2008, p. 117.

20 CONTIADES e FOTIADOU, 2012, p. 670; BEATTY, 2010, p. 162.

21 GRIMM, 2007, p. 385. Sobre as origens históricas do princípio da proporcionalidade na latitude germânica, remete-se a COHEN-ELIYA e PORAT, 2010, pp. 271-276.

22 NOVAIS, 2010, p. 223-237.

rar a salvaguarda deficitária<sup>23</sup>. É preciso registrar que se adere à segunda perspectiva, isto é, a insuficiência de tutela pode ser escrutinada pelo princípio da proporcionalidade, no entanto adaptações são imprescindíveis em sua estrutura dogmática.

Essas modificações são essenciais em função da “assimetria” entre deveres negativos e deveres positivos. Ao passo que aqueles são satisfeitos com a não prática de qualquer ato que gere o resultado proibido, os deveres positivos podem ser satisfeitos em diferentes intensidades, modos e medidas.<sup>24</sup>

Para a aplicação do princípio da proporcionalidade, é necessário verificar, exaurida a fase interpretativa, a presença de algum conflito normativo que demande sua solução pela via ponderativa. A norma reclama quatro subtestes, realizados na seguinte ordem e cuja reprovação, em qualquer deles, invalida a medida sindicada: a) legitimidade dos meios e fins; b) idoneidade dos meios; c) necessidade dos meios; d) proporcionalidade em sentido estrito. Em síntese, as principais adaptações à estrutura da proporcionalidade, indispensáveis para o julgamento da violação ou não aos deveres positivos, são: i) na subetapa da legitimidade dos meios e fins, ao contrário do que ocorre com a vertente da proporcionalidade de proibição de excesso, que se contenta com fins não proibidos constitucionalmente, há a necessidade de que os fins buscados pelo Estado sejam impostos ou permitidos constitucionalmente<sup>25</sup>; ii) a omissão total, inclusive de qualquer medida legislativa para proteger o direito fundamental, é um critério que demonstra a falha no teste de idoneidade<sup>26</sup>; iii) no subteste de necessidade, diferentemente do que ocorre com a proibição de excesso, que conclama um meio alternativo menos agressivo ao direito fundamental, a vertente de proporcionalidade para proibição do déficit demanda um meio que promova o fim pretendido pelo Estado nos mesmos moldes, porém não necessariamente uma alternativa que mais realize o direito fundamental; aqui a

---

23 Na primeira posição parece caminhar BARAK, 2012, p. 422-434; na segunda, ALEXU, 2009, pp. 66 e seguintes, e CANARIS, 2009, p. 67.

24 Sobre essa assimetria, conferir ALEXU, 2009, pp. 54-55; KLATT e MEISTER, 2014, pp. 87-89; SILVA, 2012, p. 193. Todavia, não se está aqui a negar a unidade dogmática entre todos os direitos fundamentais, como consequência de reconhecimento de uma dimensão objetiva, o que forceja a entrever como decorrência de todos os direitos os correlatos deveres positivos e negativos.

25 CLÉRICO, 2009, pp. 330-331.

26 BARAK, 2012, pp. 422-434.

relação comparativa é mais enfraquecida, mormente em função da assimetria entre um dever positivo e negativo, a exigir uma opção que satisfaça o direito fundamental em um grau suficiente ou mínimo de proteção<sup>27</sup>; iv) na fase derradeira, que culmina em maior tom com o raciocínio ponderativo, tal como ocorre com a vertente da proibição de excesso, sopesam-se as posições e situações derivadas das normas em colisão com base em avaliações e argumentos analíticos, empíricos e normativos. No entanto, também por força da assimetria entre os deveres positivos e negativos, é viável construir uma segunda linha de valoração para dimensionar melhor o sopesamento. Reflete-se sobre a intensidade de desproteção ao direito fundamental trazida pela omissão total ou parcial do poder controlado (primeira linha de valoração). Porém, interroga-se também sobre o impacto da omissão, isto é, o acréscimo em termos de tutela com um meio alternativo não adotado pelo poder controlado (segunda linha de valoração). Essa segunda linha será “mensurada” por força da valoração do meio menos protetor de maneira imediata na escala de tutela entre as diferentes alternativas em cotejo. É curial, pois, a comparação do meio oficial com diferentes alternativas, argumentativamente construídas pelo intérprete ou aplicador da norma, as quais deverão ser escalonadas consoante o grau protetivo conferido.<sup>28</sup>

Todos aqueles que já se debruçaram sobre o princípio da proporcionalidade e sua estrutura argumentativa já perceberam que o resultado pode variar consoante a intensidade de controle exercido pelo tribunal, com as subsequentes distribuições do ônus de prova e de carga de argumentação. Afinal, mormente no tocante aos subtestes da idoneidade e necessidade, o fim almejado pelo Estado pode ser realizado ou promovido em diferentes graus e em diversas perspectivas de avaliação e é muito difícil que haja meios que empiricamente produzam resultados idênticos em todos esses aspectos avaliativos (eficácia do meio na realização do fim ou na proteção do direito, probabilidade ou grau de segurança de realização do fim ou proteção do direito, rapidez na consecução do objetivo pretendido etc.),

---

27 CLÉRICO, 2009, pp. 344 e seguintes; SILVA, 2012, pp. 193 e seguintes. No caso do último autor, porém, nota-se que ele concebe a proibição de insuficiência não para os deveres de promoção de direitos sociais, e sim para deveres de proteção num sentido mais estrito, isto é, de tutela contra lesões praticadas por terceiros aos direitos fundamentais do titular.

28 ALEXY, 2009, pp. 66 e seguintes. Entrementes, a proposta alexyana de construção de uma segunda linha de valoração, embora encampada no texto, foi objeto de adaptações, uma vez que o foco naquilo que é comparado diverge parcialmente daquele sugerido pelo jurista alemão. Para Alexy, deve ser apreciado o nível de proteção existente com determinada medida e o impacto de sua omissão.

inclusive pela possibilidade de que os meios alternativos terminem por afetar direitos ou interesses antes intocados pelo meio oficial. Na etapa da proporcionalidade em sentido estrito, existe a possibilidade de empates argumentativos, o que coloca em pauta a deferência ou não, pelo Judiciário, como a melhor resposta. Sobreleva-se quem, com base nessas perspectivas, debata-se sobre versões mais débeis ou fortalecidas das subfases do princípio da proporcionalidade. No entanto, a rigor, esse tipo de avaliação não integra a estrutura da proporcionalidade, mas é consolidada em um estágio analítico diverso, mediante a apreciação dos princípios formais que avalizam a escolha por um controle mais deferente ou mais fortalecido do Judiciário, bem como por fatores e tradição de natureza jurídico-político-cultural, consoante o papel que é reconhecido ao Judiciário em determinada cultura jurídica, seu capital político em comparação aos dos demais poderes, o tipo de dever que é sindicado e grau de determinabilidade da norma ao nível constitucional. Deve-se ter em mente que princípios formais, justamente por não possuírem peso material, não são sopesados na proporcionalidade em sentido estrito, embora possam inclinar a lupa judicial para um exame mais autocontido ou mais incisivo sobre a conduta do poder controlado.<sup>29</sup>

No próximo tópico, estes testes serão examinados no contexto da judicialização de tratamentos e medicamentos não incorporados ao SUS e, no caso destes, sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

### **5. Eventual violação do direito à saúde: ausência de incorporação ao SUS e registro na ANVISA e o exame com base no princípio da proporcionalidade**

Há um esforço em realizar estudos sociológicos com o escopo de demonstrar os efeitos empíricos da crescente judicialização do direito à saúde. Na maior parte, esses estudos sugerem, com base nos dados coletados, efeitos nefastos em termos de equidade na distribuição de recursos, em razão do modelo de demanda individual e ênfase na assistência sanitária. Normal-

---

29 Sobre as diversas perspectivas de avaliação plausíveis e versões fracas ou fortes dos subtestes da proporcionalidade, conferir PULIDO, 2007, pp. 740-762. A respeito dessa definição não integrar a estrutura da proporcionalidade, mas ser avaliada em estágio analítico diverso, KLATT e MEISTER, 2014, pp. 109-148; PIRKER, 2013, pp. 61-84. Contra, ALEXY, 2002, pp. 28-58.

mente, alerta-se para os resultados que privilegiam pessoas de classe média, com maior acesso à informação e maior facilidade de acesso ao sistema judicial<sup>30</sup>. Logo, seria conatural questionar o desempenho do Judiciário ou advogar a tese que eles não sejam justiciáveis. Em realidade, essas pesquisas repaginam com verniz sociológico a crítica jurídico-política da falta de capacidade institucional do Poder Judiciário para escrutinar direitos sociais, em razão da sua incapacidade para deliberar sobre assuntos técnicos que envolvam políticas públicas, com um risco de “hidrolisá-las”.<sup>31</sup>

Em relação às demandas que cobram bens e serviços já constantes do rol de prestações incorporados ao SUS, é preciso registrar que não é o caso de avaliar ordinariamente colisão entre o direito à saúde e outros direitos. Afinal, prevista a obrigação em lei ou atos infralegais de desenvolvimento do direito fundamental, não há conveniência ou oportunidade na sua satisfação; a omissão nesta hipótese é ilegal e nada de extraordinário existe no exercício do controle judicial.

As coisas ficam mais nebulosas no caso de medicamentos ou tratamentos não ofertados no âmbito do SUS, normalmente postulados judicialmente com supedâneo apenas no direito à saúde e/ou na integralidade do atendimento do SUS.

No julgamento de suspensão de antecipação de tutela, a cargo do presidente do Supremo Tribunal Federal, houve a preocupação de, pela primeira vez, enumerar alguns critérios a nortear o Judiciário brasileiro no exame judicial dessas questões. Como se observa do Agravo Regimental em Suspensão de Tutela Antecipada n. 175/CE, o plenário confirmou a decisão do Ministro Gilmar Mendes, a qual estipulou os seguintes parâmetros: a) registro do medicamento na ANVISA; b) a existência de motivação para não fornecimento do medicamento ou tratamento no âmbito do SUS, com prioridade daquela alternativa disposta no sistema, salvo ineficácia comprovada; c) proibição de autorização de tratamentos experimentais; d) tratamentos eficazes e não incorporados ao SUS serão exigidos judi-

---

30 FERRAZ, 2009, pp. 33-44; SILVA e TERRAZAS, 2011, pp. 11 e seguintes.

31 ALMEIDA, 2014, pp. 197-205, que traz a metáfora da “hidrólise judicial” da política pública para representar o efeito nefasto de uma atuação judicial inconsequente: esta é vista como uma molécula, em função do esforço governamental articulado em torno de uma unidade de objetivos, a qual é “quebrada” em prestações individuais (atomização das prestações) por força das ordens judiciais, as quais, em figura de linguagem, fariam o papel da água, cujas propriedades (líquido insípido, inodoro e incolor) fariam relação ao papel do Judiciário pensado por Montesquieu como o poder nulo e invisível.

cialmente somente se houver impugnação individual ou coletiva da omissão, com prova da efetividade daquilo pleiteado. Sem embargo, esses parâmetros não foram suficientes, como exemplifica o resultado no Recurso Extraordinário n. 368.564/DF, com a condenação da União em custear o reembolso de despesas do tratamento de retinose pigmentar, doença sem cura, em Cuba.<sup>32</sup>

O tema volta à baila no Supremo Tribunal Federal no julgamento dos Recursos Extraordinários n. 566.471/RN<sup>33</sup> e 657.718/MG<sup>34</sup>, ambos com repercussão geral reconhecida. Eles versam sobre o fornecimento de medicamentos de alto custo não disponibilizados nas políticas públicas do SUS e de medicamentos não aprovados pela ANVISA. Votaram, até agora, o Ministro Marco Aurélio, relator, e os Ministros Luís Roberto Barroso e Edson Fachin, com suspensão do julgamento pelo pleito de vista do Ministro Teori Zavascki, sucedido agora pelo Ministro Alexandre de Moraes.<sup>35</sup>

---

32 Publicação no Diário de Justiça eletrônico em 10/08/2011. A relatoria, do Ministro Marco Aurélio, apontou óbices formais ao conhecimento do recurso – ausência de prequestionamento –, porém o debate na sessão de julgamento revelou que essas questões foram suplantadas para uma verdadeira apreciação do mérito da causa.

33 O Estado do Rio Grande do Norte recorreu para reformar acórdão do Tribunal de Justiça daquele Estado, que manteve a condenação em obrigação de fornecimento ininterrupto de Sildefanil, princípio ativo do Viagra, que tinha custo de R\$ 20.000,00 por caixa, o qual, na época da propositura da ação, não constava da relação de medicamentos fornecidos no SUS. No entanto, no curso da ação, houve a incorporação do medicamento na política do SUS de distribuição, porém o julgamento prossegue, no intuito de fixar a tese na repercussão geral.

34 Uma portadora de doença renal crônica recorreu ao Supremo Tribunal Federal para reformar decisão dada em acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que reformara a condenação daquele Estado de fornecer-lhe o medicamento Mimpapa durante seu tratamento. O fármaco já possuía, à época da propositura da ação individual, registro nas agências sanitárias dos Estados Unidos e da Europa, embora não possuísse registro de comercialização junto à ANVISA. No curso do processo, antes de decisão do Supremo Tribunal Federal, a ANVISA terminou por registrar o fármaco, sendo que o SUS incorporou-o às listas de remédios fornecidos. Ainda assim o julgamento prosseguiu, no escopo de estabelecer a tese na repercussão geral.

35 Obteve-se, pela *internet*, cópia dos votos dos Ministros Marco Aurélio e Luís Roberto Barroso em ambos os recursos, ao passo que se conseguiu o voto do Ministro Fachin somente no Recurso Extraordinário n. 655.718. Em razão do trágico passamento do Ministro Zavascki, sucedido pelo Ministro Alexandre de Moraes, aguardava-se a retomada dos julgamentos. À época em que o artigo foi escrito, não havia sido concluído o julgamento. Porém, o plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu a questão em 22/5/19, redator para acórdão o Ministro Luís Roberto Barroso, fixando-se a seguinte tese, não tendo sido o acórdão publicado ainda: “1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras);(ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União”.

Conquanto tratem apenas do tema assistência farmacêutica, deduz-se que a *ratio* dessas decisões será aplicável à oferta de bens, tratamentos, produtos e demais ações e serviços de saúde.

Nos parâmetros ofertados pelos Ministros até agora, não se tem utilizado o exame lastreado na estrutura argumentativa do princípio da proporcionalidade, conquanto fique patente a existência de um juízo ponderativo nos votos, mesmo que oblíquo. Com isso, perde-se em clareza analítica ao não se adotar cada um dos subtestes, o que propicia menor transparência e controle jurídico-político-social de suas decisões, bem como acentua a possibilidade da ocorrência de equívocos.

No entanto, o que está realmente em colisão em casos dessa natureza? Na verdade, esse tipo de demanda põe em rota de choque a norma do direito à saúde (e à integralidade no atendimento pelo SUS) com outros direitos fundamentais e objetivos constitucionais almejados pelos poderes políticos.<sup>36</sup>

Faça-se um corte para refletir sobre a questão dos medicamentos e tratamentos experimentais. Fica patente a desproporcionalidade de obrigar judicialmente sua oferta, tendo em vista que o meio será inidôneo, porquanto faltará comprovação clínica e respaldo na ciência médica sobre a eficácia e segurança do fármaco ou tratamento no enfrentamento da moléstia ou de seus sintomas, sequer sendo preciso avançar nos demais subtestes. Afinal, a salvaguarda da saúde pública, como interesse público ou como dimensão coletiva do direito à saúde, comanda ao Estado o controle da produção, comercialização, distribuição e experimentação de equipamentos, insumos, bens e serviços de saúde, para zelar pela eficácia e aptidão à sua finalidade e prevenir danos à saúde do povo.<sup>37</sup>

---

36 BARROSO, 2010, pp. 876 e seguintes, o qual fala de um conflito entre o direito à vida e à saúde de um em face dos mesmos direitos dos outros, de sorte que não há um conflito com a separação de poderes ou reserva do possível.

37 Observe-se o texto do art. 200, I, da Constituição Federal. Outrossim, nesse diapasão caminham as Leis n. 9.782/99, que cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, com as competências previstas no art. 6º, e n. 6.360/76, que trata de fármacos e remédios, além de produtos de higiene, nutricionais, perfumes e cosméticos, todos sob a vigilância sanitária dirigida pela ANVISA. A propósito, recorde-se a decisão do pleno do Supremo Tribunal Federal, que, em sede de medida cautelar, suspendeu a eficácia das normas contidas na Lei n. 13.269/2016, que autorizavam a entrega de fosfoetanolamina sintética a enfermos diagnosticados com neoplasia maligna, droga ainda não aprovada na ANVISA. Na realidade, o relator não amparou seu voto no princípio da proporcionalidade nem identificou o inegável conflito normativo entre o direito à saúde especialmente na perspectiva individual, cuja promoção era o objetivo da Lei impugnada, e o próprio direito à saúde, especialmente na sua dimensão coletiva, mas também na individual. Na medida de urgência,

Retomando-se o objeto deste tópico, nos aludidos Recursos Extraordinários, os Ministros que votaram preocuparam-se em traçar parâmetros para guiar a atuação judicial nas instâncias inferiores e a própria reflexão dos poderes controlados sobre os critérios usados para decidir essas questões. Nota-se a preocupação do Judiciário em qualificar suas decisões, exemplificada pela realização da audiência pública em 2009 sobre a judicialização da saúde e pela criação de um fórum de debate sobre esse fenômeno pelo Conselho Nacional de Justiça, com a geração de um diálogo interinstitucional frutífero para evitar decisões atabalhoadas. Outrossim, outro ponto de destaque é que, talvez pela primeira vez, houve preocupação de um dos Ministros – o Ministro Marco Aurélio – em tentar balizar o que possa ser compreendido por mínimo existencial em saúde, o que poderia até ser interpretado como uma iniciativa de delinear um conteúdo mínimo do direito à saúde.

Com efeito, no Recurso Extraordinário n. 566.471/RN, o Ministro Marco Aurélio sustentou que o mínimo existencial prepondera sobre argumentos administrativos e financeiros. Como elementos objetivo e subjetivo desse mínimo, definiu a imprescindibilidade da prestação (no caso, um fármaco) para o aumento da vida ou melhora na qualidade de vida, mediante prova por perícia ou receita médica, com possibilidade de prova em contrário a cargo do Estado, e a incapacidade financeira do autor da ação. No que tange à incapacidade financeira, deduziu um dever de solidariedade familiar. Consoante aditamento oral em seu voto, o sucesso desse tipo de demanda depende da demonstração da imprescindibilidade do bem, da impossibilidade de substituição do remédio por outro já incorporado, da incapacidade financeira do enfermo e da não espontaneidade da família em custear o remédio, respeitadas as disposições do Código Civil sobre alimentos e assegurado o direito de regresso. Por sua vez, o Ministro Luís Roberto Barroso vaticinou que, como regra, não é obrigação do Estado fornecer fármacos não incorporados às políticas do SUS. Excepcionalmente, respeitadas os parâmetros por ele sugeridos, o Judiciário pode suprir a

---

aventou-se para a violação do direito à saúde na ação do Legislativo (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.501/DF, acórdão dado em medida cautelar ainda não publicado em diário de justiça eletrônico, relator Ministro Marco Aurélio, julgamento em 19/05/16, com decisão provida após acórdão em agravo regimental, julgamento em 16/12/16. O acórdão na medida cautelar ainda não foi publicado, porém se teve acesso ao voto do relator, no endereço eletrônico do próprio Supremo Tribunal Federal: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi5501MMA.pdf>>, acesso em 22/12/2016.

omissão estatal. Esses parâmetros são: i) incapacidade financeira do doente, sem estender a avaliação à família; ii) demonstração de que não existe decisão expressa dos órgãos competentes sobre a rejeição da incorporação do medicamento; iii) inexistência de alternativa terapêutica incorporada ao SUS; iv) corroboração da eficácia do fármaco com base na medicina fundada em evidências; v) competência da União para decidir a lide; vi) existência de diálogo interinstitucional entre Judiciário e demais Poderes ou pessoas com *expertise* técnica. Por fim, o Ministro Fachin considerou a priorização de demandas coletivas, com a propositura de cinco parâmetros: a) corroboração de requerimento prévio administrativo; b) caráter preferencial da prescrição por médico da rede pública; c) a designação preferencial do remédio pela Denominação Comum Brasileira (DCB) ou, não havendo, pela Denominação Comum Internacional (DCI); d) justificação da inexistência ou da inadequação do medicamento ou tratamento dispensado na rede pública; e) em caso de negativa do SUS de fornecimento do bem ou serviço, sua necessidade deve ser amparada em laudo médico que a aponte, o qual deve ser confeccionado com indicação dos efeitos e ancorado em estudos de medicina baseada em evidências, com comparação das eventuais alternativas incorporadas ao SUS.

No Recurso Extraordinário n. 657.718/MG, o Ministro Marco Aurélio defendeu a obrigação estatal de fornecer medicamento registrado na ANVISA ou passível de importação, sem similar nacional, no caso de comprovação da imprescindibilidade à saúde e se houver o registro do fármaco no país originário. O Ministro Barroso votou no sentido de que não há obrigação geral de fornecimento de medicamentos não registrados na ANVISA; os experimentais nunca podem ser concedidos. No entanto, se houver medicamentos que tenham sido aprovados em agências de regulação sanitárias internacionais, eles podem ser impostos por determinação judicial, exarada por órgão da justiça federal, se ficar comprovada a mora não razoável da ANVISA na apreciação do pedido de registro – sugeriu o interregno de 365 dias –, desde que não exista substituto terapêutico com registro no Brasil. Porém, em havendo decisão que negue o registro por parte da ANVISA, o pedido não pode ser deferido judicialmente. Finalmente, o Ministro Fachin preconizou que um controle sobre a administração reguladora é possível, porém com um maior grau de autocontenção. Como balizas de controle, o Ministro Fachin apontou: a) legalidade, sendo viável a correção de erro manifesto na aplicação da lei e coibir o abuso de poder; b) motiva-

ção, sendo possível aferir se as razões do ato regulatório foram apontadas de modo claro e correto e levam à conclusão da autoridade administrativa; c) instrução probatória da política pública regulatória, para permitir avaliar sua exaustividade; d) tempestividade razoável da resposta administrativa. O não atendimento desses parâmetros viabiliza o Judiciário a determinar nova apreciação administrativa ou que a autoridade esclareça os pontos omissos em seu exame.

De qualquer forma, ainda que haja um avanço na preocupação em estabelecer alguns parâmetros e, com isso, diminuir a insegurança jurídica e o espaço para decisionismos, é fato que os votos possuem a lacuna de não trazer um padrão de controle que possa ser replicado em outras demandas. A proibição de insuficiência de proteção deve ser examinada na estrutura argumentativa do princípio da proporcionalidade, o que propicia acréscimo da coerência e diminuição desse subjetivismo decisório, com transparência dos principais argumentos do julgador, o que aumenta o leque de controle político-social das decisões.<sup>38</sup>

Com efeito, a construção interpretativa da norma da integralidade (norma N), feita no tópico III, agora se justifica. A previsão contém dois pressupostos que restringem a amplitude das condições de aplicação do princípio da integralidade na assistência à saúde: necessidades básicas em saúde e funcionamento normal do indivíduo. Portanto, sem a necessidade de recorrer a uma solução de conflito normativo, a exegese dessa norma exclui pretensões individuais ou coletivas que almejassem prestações sem relação imediata com a satisfação de necessidades básicas em saúde ou com o funcionamento normal do indivíduo. Serviços ou bens sanitários relacionados a tratamentos meramente estéticos, esterilização voluntária, aperfeiçoamento de funções biológicas, sensoriais e motoras, caso o indivíduo já esteja num padrão razoável de funcionamento biopsicológico, reprodução assistida, mudança de sexo e transgenitalização, abortamento fora da necessidade médica, prolongamento artificial da vida sem possibi-

---

38 Não obstante, é fato que um ganho em segurança jurídica é recomendável pelo desenvolvimento jurisprudencial do conteúdo mínimo do direito à saúde, o qual teria uma função de bitola argumentativa, a acentuar o nível de controle pelo Judiciário caso a prestação esteja ali abrangida, como é sugerido em ALMEIDA, 2014, pp. 245-262 e 292-298, com os seguintes critérios formadores desse conteúdo mínimo: a) dignidade humana; b) solidariedade (só arcar com os custos dos hipossuficientes economicamente); c) igualdade (observância do efeito multiplicador da decisão, para que todos em mesma situação recebam o mesmo tratamento, evitando o *queue-jumping*); d) prioridade da solução mais econômica; e) ônus da prova a cargo do Estado; f) a prioridade de ações coletivas; e g) aumento do diálogo interinstitucional.

lidade plausível de recuperação da saúde, entre outras situações imagináveis, não estão no âmbito de proteção do direito à saúde.

Caso o serviço ou produto sanitário demandado possa ser extraído por interpretação da norma *N*, a rigor identifica-se interpretativamente um conflito normativo entre a posição jurídica de alcançar as melhores prestações de saúde, incluída no âmbito protetivo da norma do direito à saúde conjugado com o princípio da integralidade na assistência sanitária, e outros direitos fundamentais e interesses constitucionais. De toda sorte, conquanto seja factível em abstrato indicar o direito à saúde na perspectiva de saúde pública e no aspecto preventivo como um possível direito antagônico à pretensão individual, é salutar a concreta especificação de quais direitos e interesses serão mais atingidos caso a pretensão seja exitosa, o que está a cargo do Estado na sua resposta processual.

O primeiro passo analítico é definir a intensidade e o nível de controle, a carga de prova e de argumentação. Mesmo que hodiernamente o Supremo Tribunal Federal assuma claramente o contorno de jurisdição constitucional fortalecida, há variáveis a justificar um controle mais moderado na intensidade. Em primeiro plano, detecta-se uma miríade normativa a regular e concretizar infraconstitucionalmente o direito à saúde. Em segundo lugar, o país vive aguda crise financeira e fiscal, num contexto socioeconômico de profunda desigualdade social, o que reclama maiores investimentos nos cuidados primários e na prevenção, norte erigido pelo próprio texto constitucional como um fator prioritário. Finalmente, as incertezas epistêmicas empíricas e normativas, em função do eventual dissenso científico a respeito da superioridade ou margem de custo-efetividade de um determinado medicamento ou tratamento comparado ao do SUS, podem ser decisivas; ademais, pode existir um quadro de dúvida considerável na valoração da doença, seu potencial de gravidade e, especialmente, sobre a correção da avaliação de custo-efetividade feita pela Administração Pública, o que sugere uma margem de insegurança epistêmica normativa. O conjunto dessas variáveis aconselha um exame mais contido da norma da proporcionalidade, de sorte a propugnar por uma versão mais enfraquecida de escrutínio pela norma da proporcionalidade.

O segundo passo analítico da solução do conflito é estruturar a ponderação material com base nos subtestes da norma da proporcionalidade. À partida, observa-se se há legitimidade do fim e dos meios e obtém-se uma resposta positiva, eis que se pretende, por um lado, defender a saúde das

pessoas ao não dar medicamentos não registrados na ANVISA (Recurso Extraordinário n. 657.718/MG), e, por outro, racionar os recursos e financiar prestações para outras pessoas (Recurso Extraordinário n. 566.471/RN).

A versão fraca do subteste da adequação ou idoneidade examina se o meio (não autorizar a prestação de remédios e tratamentos não incorporados ao SUS e/ou não registrados na ANVISA) é adequado para a promoção do fim e a conclusão também é positiva.

O subteste de necessidade, na sua versão débil, é dependente do encontro de medidas opcionais para alcançar o azo estatal e, também, de assegurar um grau de tutela bastante ao direito à saúde. Aqui, impera uma separação entre os objetos dos recursos. Tangente à exigência de registro prévio na ANVISA, cogitam-se as seguintes medidas alternativas: A) registro em algumas agências de regulação sanitária estrangeiras de reconhecida idoneidade; B) registro em ao menos alguma agência considerada respeitável; C) registro em qualquer agência regulativa. Na audiência pública organizada pelo Supremo Tribunal Federal em 2009, comentou-se sobre droga registrada na agência estadunidense, a qual não recebeu o registro em outros países diante dos malefícios e pouca eficácia do produto<sup>39</sup>. Isso demonstra que a convicção sobre a plena segurança, eficácia, efetividade e acurácia de algum medicamento para a saúde, o Estado apenas garante se seu próprio corpo técnico examinar as evidências apresentadas pela indústria farmacêutica. Portanto, o subteste de necessidade não reprova o meio oficial.

Tangente ao fornecimento de medicamentos – e isso vale para serviços e tratamentos – não disponibilizados pelo SUS, indicam-se as seguintes medidas opcionais: D) prestar medicamentos ou tratamentos não incorporados necessários para a saúde, qualquer que seja a doença e mediante qualquer prova dessa necessidade; E) fornecer tratamentos ou medicamentos não incorporados necessários para a saúde, qualquer que seja a doença e mediante prova feita por profissionais da rede pública ou por perícia; F) fornecer tratamentos ou medicamentos não incorporados necessários para a saúde, somente para doenças graves, após qualquer prova dessa necessidade; G) fornecer tratamentos ou medicamentos não incorporados necessários para a saúde, somente para doenças graves, após corroboração dessa necessidade feita por profissionais da rede pública ou por perícia. Em virtude de que o desiderato estatal promovido pelo meio é o interesse público

---

39 BRASIL, 2009, pp. 210-211; HENRIQUES, 2010, pp. 827-840.

de maior eficiência do sistema de saúde e a própria dimensão coletiva da saúde, de sorte a evitar que a assistência a alguns indivíduos comprometa os recursos que serviriam para garantir prestações dadas a outros titulares e o maior custeio de medidas preventivas<sup>40</sup>, a medida passaria no teste da necessidade.

Na derradeira etapa da proporcionalidade, realiza-se o sopesamento dos diversos argumentos empíricos, analíticos e normativos. Por conseguinte, faz-se uma diferenciação entre o caso dos tratamentos e medicamentos não incorporados daquele dos remédios não registrados na ANVISA.

Na hipótese dos medicamentos e tratamentos não incorporados ao SUS, feita a especificação de que não é o direito à saúde no amplo global que está em causa, contudo a pretensão de receber prestações sanitárias, examina-se, em primeiro plano, o tipo de enfermidade em causa: quanto mais grave e séria for a moléstia, tanto pelo seu potencial incapacitante e diminuidor da qualidade de vida, tanto por pôr a própria vida em risco – o que poderia justificar o manejo do próprio direito à vida para concorrer com o direito à saúde na escala ponderativa –, maior a força do direito fundamental. Nessa hipótese, a importância social dessa pretensão conta com alto peso abstrato. No outro polo, é preciso especificar o direito fundamental ou interesse em antagonismo: a eficiência do serviço de saúde na observância de protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas, haja vista que eles devem ser periodicamente reavaliados<sup>41</sup>, inclusive quanto à eficácia, efetividade e custo-efetividade das prestações disponibilizadas, bem como na própria gestão, tendo em vista que a incorporação torna possível o planejamento na aquisição dos medicamentos e na inclusão de entidades e profissionais para ofertar os tratamentos não previstos. Nessa mesma senda, é fundamental e está no ônus de argumentação e prova do Estado mostrar quais as prestações prejudicadas pelo desvio dos recursos para atender a demanda, considerado o potencial multiplicador, inclusive naquilo referente à prevenção e às pré-condições sociais de saúde. Essa demonstração deve ser feita com base na peça orçamentária e em dados concretos. Certamente o interesse público ostenta um peso abstrato de

---

40 Com efeito, o mais correto aqui seria a especificação das prestações que deixariam de ser ofertadas para o atendimento da ordem judicial, o que depende da avaliação do caso em concreto. Portanto, a depender dessa especificação, poder-se-ia chegar à conclusão contrária.

41 A seu turno, é fato que defasagem em si dos protocolos e diretrizes clínicas pode ser objeto de uma ação coletiva.

médio para alto e, inequivocamente, conforme o montante de prestações que seriam afetadas para a satisfação da prestação reclamada em Juízo, o peso abstrato do direito à saúde na sua dimensão coletiva seria elevado. Assim, quanto maiores os custos para atender a demanda, maior força terá a medida estatal oficial.

No entanto, existem outros fatores dignos de consideração. Em caso de inexistência de política pública estipulada para aquela enfermidade, isto é, se não existir nenhum protocolo ou diretriz terapêutica, representa que o Estado não define nenhuma forma de atendimento para o indivíduo, o que significa uma completa omissão e, logo, um elevado peso concreto em razão da maior restrição ao direito fundamental. Assim, caso haja diretrizes terapêuticas e protocolos, programas ou listas de remédios pensados para aquela enfermidade, naturalmente há medicamentos e tratamentos padronizados para atender a carência sanitária do doente, ou seja, há um medicamento ou procedimento clínico projetado para a moléstia. Se estiver correta essa premissa, diminui a força do direito fundamental, porquanto o peso concreto será menor: uma vez que a omissão criticada pelo demandante é parcial, a intensidade da afetação é significativamente menor, pois não se proíbe toda e qualquer prestação para a doença, mas somente as não ofertadas no sistema de saúde.

Afinal, a incorporação de novas tecnologias não lida unicamente com a segurança e eficácia do fármaco (e também do tratamento), mas realiza uma avaliação de custo-efetividade, de forma a cotejar aquilo já disponibilizado na rede pública de saúde com a nova tecnologia. Obviamente, na hipótese de o custo-efetividade ser relativamente baixo, a intensidade ou o grau de afetação do direito fundamental, isto é, seu peso concreto, será menor ainda, a robustecer as razões que apoiam a medida estatal.

Logo, existem múltiplas variáveis na solução do conflito normativo. Em função do conflito entre o direito fundamental à saúde, no seu aspecto individual, e um interesse público e também um direito fundamental de proteção à saúde, especialmente na sua dimensão coletiva, todos a serem rotulados como direitos de primeira importância, exclui-se a exigência de razão sobreproporcional e tem-se que o empate na argumentação privilegia a decisão estatal.<sup>42</sup> É ônus da parte a demonstração da afetação do seu

---

42 Sobre a exigência de uma razão sobreproporcional, conferir CLÉRICO, 2009, pp. 163-318. A jurista oferece uma interpretação não linear da “lei da ponderação” de Alexy.

direito fundamental (sua necessidade médica e a não cobertura de tratamentos e medicamentos oferecidos pelo SUS), ao passo que o Estado deve comprovar as razões que apoiam a medida sindicada, as situações e posições afetadas pelo direito à saúde em caso de vitória da demanda, além de poder contrapor-se à prova apresentada. Caso se trate de enfermidades de baixa ou média gravidade, com alternativa providenciada pelo SUS, sem grande diferença no custo-efetividade, há uma inclinação pela conclusão de proporcionalidade da medida estatal. Doenças de aguda seriedade, desamparadas de qualquer política estatal, indiciam uma desproporcionalidade por proteção insuficiente.

Será útil, pois, aquilatar essa impressão inicial por meio da segunda linha de valoração, com uso das medidas alternativas como cotejo em relação à medida escolhida pelo Poder controlado. Retomem-se as alternativas sugeridas alhures: D) prestar medicamentos ou tratamentos não incorporados necessários para a saúde, qualquer que seja a doença e mediante qualquer prova dessa necessidade; E) fornecer tratamentos ou medicamentos não incorporados necessários para a saúde, qualquer que seja a doença e mediante prova feita por profissionais da rede pública ou por perícia; F) fornecer tratamentos ou medicamentos não incorporados necessários para a saúde, somente para doenças graves, após qualquer prova dessa necessidade; G) fornecer tratamentos ou medicamentos não incorporados necessários para a saúde, somente para doenças graves, após corroboração dessa necessidade feita por profissionais da rede pública ou por perícia. Os argumentos anteriores permitem o descarte das alternativas D e E, tendo em vista que, ainda que mais benéficas para a posição de direito fundamental, não são comandadas pela norma constitucional, que impõe ao Legislativo e Executivo atuarem para angariar um nível satisfatório de proteção e não a melhor proteção possível. Restam, portanto, as medidas F e G.

Elimina-se a medida F, já que a utilização de qualquer prova da necessidade médica desconsidera a organização administrativa necessária ao SUS. Portanto, não se pode contentar apenas com o fornecimento de uma prescrição por médico particular. Mesmo desconsiderada a possibilidade de eventuais interesses comerciais por trás da indicação do medicamento, influência que pode atingir, a rigor, tanto profissionais da rede pública como da privada, é inegável que o médico da rede pública está ambientado aos protocolos e diretrizes existentes e seu trabalho auxilia na ava-

liação dos fatores de efetividade, eficácia e segurança, os quais devem ser constantemente registrados e reavaliados dentro das políticas do SUS. O meio alternativo G, além de não trazer nenhum prejuízo para a pretensão demandada individual ou coletivamente, deve ser comparada para examinar uma salvaguarda deficiente do direito fundamental. Cotejando-se a medida oficial com a medida G, percebe-se que aquela será desproporcional sempre que não existir nenhuma margem de proteção prevista nas políticas sanitárias existentes ou, ainda que exista, se o custo-efetividade do tratamento ou medicamento pretendido for gritantemente superior àquele disponibilizado na rede pública, de modo a trazer sérios riscos para a saúde o seu não oferecimento.

Avança-se à análise da proporcionalidade em sentido estrito da oferta de remédios não registrados na ANVISA. Esse registro na ANVISA é, regra geral, um dos requisitos para sua incorporação na distribuição pela rede pública de saúde, objeto da avaliação anterior. Por isso, evita-se a repetição de muitos argumentos que lhe aproveitam. Entrementes, o exame desse óbice legal está condicionado a uma questão prejudicial, qual seja, saber a conclusão sobre eventual insuficiência de proteção daquilo ofertado pelo SUS. Afinal, a inferência de que existe proteção suficiente ao direito à saúde pelos medicamentos já disponibilizados no SUS fulmina qualquer pretensão de valer-se de drogas não registradas na ANVISA.

Logo, só haverá sentido em interrogar-se sobre essa questão no pressuposto de que os fármacos oferecidos pelo SUS não são aptos a proteger suficientemente o direito fundamental à saúde, conforme argumentos supra-apresentados. Entre outras reflexões, já se fez uma valoração comparada sobre o custo-efetividade entre aquilo demandado pelo paciente e aquilo disponibilizado pelo SUS, de modo a concluir que é desproporcional e constitucionalmente reprovável a margem de proteção conferida pela lista de medicamentos ofertados pelo SUS.

A similaridade com a primeira linha de valoração da questão prejudicial já analisada possibilita que se abra diretamente a segunda linha de valoração, arrolando-se as medidas sugeridas no teste de necessidade nas alíneas A (registro em algumas agências estrangeiras de regulação sanitária de reconhecida idoneidade), B (registro em ao menos alguma agência de regulação sanitária considerada respeitável) e C (registro em qualquer agência de regulação sanitária), trazidas na ordem decrescente de proteção do direito fundamental.

O exame dos enunciados e normas das Leis n. 6.360/76 e 9.782/99 revela que o registro na ANVISA depende de requerimento formulado pelo fabricante ou distribuidor responsável e endereçado àquela autarquia (art. 12, §3º, Lei n. 6.360/76)<sup>43</sup>, que deve ser acompanhado de estudos e dados que comprovem a segurança, qualidade, pureza, inocuidade e efetividade do fármaco e tragam informações de natureza econômica, a exemplo do número potencial de pacientes a ser tratado, preço do produto, custo do tratamento por paciente com o uso do produto, relação de produtos substitutos existentes no mercado e seus preços (art. 16 e incisos da Lei n. 6.360/76). Ou seja, razões de natureza puramente comercial podem fazer com que importadores, fabricantes e distribuidores do medicamento não se interessem em comercializá-lo e distribuí-lo no Brasil ou para cá o importar.

Por outro vértice, há exceção legal prevista no §5º do art. 8º da Lei n. 9.782/99: a ANVISA pode dispensar o registro de medicamentos e outros produtos indicados no texto legal quando eles forem adquiridos por intermediário de organismos multilaterais internacionais, para utilização em programas de saúde pelo Ministério da Saúde e entidades vinculadas. Assim, o próprio legislador autoriza que o registro, condição geral para atestar a confiabilidade e eficácia do produto farmacêutico, possa ser deixado de lado nessa situação. Certamente, nessa hipótese, o Ministério da Saúde ou a ANVISA terminarão por efetuar algum estudo ou basear-se-ão em pesquisas e evidências apresentadas a alguma agência de regulação sanitária existente no mundo.

Nesse contexto, é minorada a força da posição de indispensabilidade absoluta de prévio registro do medicamento na ANVISA. No cotejo entre as alternativas, a alternativa A é a que mais seguramente afiança a proteção da saúde do consumidor do medicamento e deve ser a preferida. Deveras, a alternativa B, embora possa ter uma margem de proteção razoável de segurança, deve ser evitada, salvo em situações excepcionais. Não é de balde lembrar o exemplo ilustrado na audiência pública sobre judicialização da saúde, que mostrou como medicamentos registrados em agências rigorosas foram depois excluídos desse registro, porquanto se descobriram impropriedades ou a ineficácia do fármaco. Com mais motivo ainda se deve

---

43 Embora a Lei n. 6.360/76 no art. 12, *caput*, mencione que o registro é feito no Ministério da Saúde, a competência para esse ato passou para a ANVISA, conforme art. 7º, IX, da Lei n. 9.782/99.

afastar a alternativa C. Destarte, é importante que a ANVISA estabeleça critérios quantitativos e de classificação em relação às agências de regulação sanitária do exterior, para viabilizar esse tipo de análise, mesmo que se pressuponha haver dificuldades nesse tipo de avaliação.

É preciso acrescentar que, caso haja opções mais baratas e eficazes, deve-se priorizá-las. Normalmente, as ações judiciais individuais que postulam medicamentos indicam fármacos patenteados, sem apresentar o princípio ativo do remédio. A indicação do princípio ativo permite que a ordem judicial determine a entrega não necessariamente do medicamento prescrito, mas um medicamento similar ou, se houver expirado a proteção da patente ou de outro direito de propriedade intelectual, um medicamento genérico<sup>44</sup>. Sublinhe-se uma vez mais a questão prejudicial e sua conclusão: na hipótese de existir um medicamento similar ou genérico ofertado no SUS com eficácia bastante na assistência sanitária, existe uma alternativa no sistema e certamente não há desproporcionalidade de proteção. Portanto, a ilação é de que é possível fornecer medicamentos genéricos ou similares não registrados na ANVISA, preferencialmente aqueles.<sup>45</sup>

---

44 Sobre os conceitos de medicamento similar e genérico, ver o art. 3º, incisos XX e XI, da Lei n. 6.360/76. Medicamento similar contém o mesmo princípio ativo de outro remédio já registrado, a mesma forma farmacêutica, concentração, via de administração, posologia e indicação terapêutica, diferenciando-se em características relativas a tamanho, forma do produto, prazo de validade, veículos, excipientes e embalagem. O medicamento genérico é um similar a produto inovador ou de referência e é com este intercambiável, produzido após a renúncia da proteção patentária e demais direitos de exclusividade. Conquanto a lei conceitue o medicamento similar tendo por parâmetro outro registrado na ANVISA, para o desiderato do texto não há prejuízo em mencionar que um medicamento pode ser similar a outro registrado em outra agência de regulação sanitária, porém ainda não registrado na ANVISA. Como é cediço, o medicamento similar ainda conta com a proteção patentária.

45 Seria interessante debater eventual desproporcionalidade na recusa em fornecer medicamentos que, embora incorporados ao SUS e registrados na ANVISA, sejam prescritos sem obediência às diretrizes clínicas ou em desconformidade com as indicações previstas na sua bula (uso *off label*). À partida, poder-se-ia equiparar o uso de medicamento prescrito para casos estranhos aos previstos na sua bula ou nos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas ou em dosagem diversa como medicamento experimental? Em caso positivo, seria inevitável a reprovação na fase da idoneidade. Sem embargo, entende-se que esse problema é análogo ao da dispensação de medicamento não registrado na ANVISA, sem que esse tipo de prescrição medicamentosa ganhe a pecha de experimentação. Afinal, agora não seria plenamente correto rotular o fármaco de experimental, tendo em vista que ele possui acurácia e eficácia ao menos para debelar algumas doenças, com disponibilidade no mercado. A prescrição *off label* pode resultar da defasagem do protocolo ou até da bula apresentada pelo fabricante e aprovada na ANVISA, fruto de evolução da ciência e amparada em abalizados estudos científicos, a justificar uma ação coletiva para sanar esse problema. Logo, será preciso um exame de proporcionalidade efetuado nos mesmos moldes propostos neste subitem. São decisivos a existência de gravidade da moléstia, a diferença de custo-efetividade relevante entre o que se pede e o que é disponibilizado ou a ausência de medicamento previsto em lista ou na diretriz terapêutica e/ou protocolo clínico, tal como talhado no texto, com a devida adaptação, sem mencionar a prova pericial necessária. Na

Afinal, o registro válido do medicamento na ANVISA é, regra geral, condição legal para fabricação, comercialização, armazenamento, distribuição e importação de fármacos. No entanto, o registro na ANVISA não significa a incorporação automática de alguma nova tecnologia, inclusive na assistência farmacêutica, ao SUS. A incorporação de medicamentos, produtos e procedimentos é, nos termos da Lei n. 8.080/90, art. 19-Q, decisão de competência do Ministério da Saúde, assessorado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS, órgão pertencente à União. Obviamente, o registro na ANVISA, em relação a medicamentos e produtos, é um dos requisitos impostos na finalidade de demonstrar a segurança, eficácia, efetividade e acurácia do medicamento ou produto (art. 19-Q, §2º, I, Lei n. 8.080/90). Não obstante, outro componente primordial para essa decisão é a avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos a respeito de tecnologias já fornecidas no SUS (art. 19-Q, §2º, II, Lei n. 8.080/90).<sup>46</sup> De forma a aumentar a participação popular e a transparência na decisão governamental de incorporação, a Lei n. 8.080/90 instituiu a possibilidade de realização de audiência pública, a critério do Ministério da Saúde, e/ou de consulta pública, com disponibilização do parecer emitido pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias ao SUS (art. 19-R, §1º, II e IV). A mesma Lei vedou, em qualquer esfera de gestão do SUS, pagamento, ressarcimento, reembolso de produto, medicamento, procedimento clínico ou cirúrgico experimental, ou de uso não autorizado pela ANVISA, bem como a dispensação, pagamento, ressarcimento ou reembolso de medicamento e produto, nacional ou importado, sem registro na ANVISA (art. 19-T, I e II).<sup>47</sup> Referida proibição legal, salvo no caso

---

hipótese de conclusão de desproporcionalidade por proteção deficiente do direito à saúde, será o caso de examinar a existência de registro desse tipo de uso em outras agências sanitárias de reconhecida idoneidade, preferencialmente mais de uma (adaptação da alternativa A, trabalhada neste tópico). A propósito, o enunciado n. 50, aprovado na II Jornada de Direito à Saúde, promovida pelo fórum criado pelo Conselho Nacional de Justiça, caminha em tom mais aberto ao proposto aqui, com a sugestão de que se evite deferir o acesso a medicamentos para uso *off label* ou não registrados pela ANVISA, a não ser que haja prova da evidência científica e da necessidade premente.

46 Previu-se prazo legal de 180 dias para a finalização do procedimento administrativo para incorporar uma nova tecnologia, com possibilidade de prorrogação de 90 dias, nos termos do art. 19-R da Lei n. 8.080/90.

47 Seguramente, essa proibição geral deve ser excepcionada no caso previsto no art. 8º, §5º, da Lei n. 9.872/99, conforme referido anteriormente. Aliás, conclui-se que até que seria possível, nesse caso previsto, a incorporação do medicamento ao SUS; no entanto, a prova de eficácia, segurança, efetividade e acurácia deverá ser atestada em evidências apresentadas pelo próprio Ministério da Saúde, obviamente lastreada em testes e aprovação em outras agências de regulação sanitária de outros países.

de medicamentos e tratamentos experimentais, portanto, pode mostrar-se uma violação do direito à saúde no caso concreto, na hipótese de reprovação no teste de proporcionalidade nos termos aqui preconizados.

## 6. Conclusão

Adota-se um conceito positivo de saúde de Daniels, de modo que a saúde se traduz no estado psicossomático que permita a ação e a vivência da pessoa dentro de um padrão básico de funcionalidade do corpo humano, o qual é dependente de fatores e condições sociais.

A norma da integralidade da assistência sanitária (Norma N) é um princípio: em todas as situações de qualquer gênero relativas às necessidades básicas de saúde (*a*, primeira condição da previsão) que promovam o funcionamento normal do indivíduo (*b*, segundo elemento da previsão), deve-se (*I*, operador deontico) fornecer acesso a sistema de saúde (*c*, primeiro elemento da estatuição) que satisfaça essas necessidades (*d*, segundo elemento da estatuição). A notação proposta é:  $N = a \wedge b I c \wedge d$ .

O Supremo Tribunal Federal está julgando dois Recursos Extraordinários que servirão para o norte das instâncias ordinárias e até para os gestores da saúde, haja vista a preocupação dos Ministros que já votaram em estabelecer parâmetros para o escrutínio da questão (possibilidade ou não de determinar o fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA e de medicamentos não incorporados ao SUS). Em que pese ser elogiável o esforço em estabelecer esses parâmetros, há uma clara lacuna metodológica criticável, uma vez que não se estabelece claramente o padrão de controle utilizado.

O padrão a ser utilizado é perquirir se há a proteção insuficiente ao direito à saúde, observada a norma da proporcionalidade. Para seu uso na sindicância de deveres positivos, deve-se adaptar a estrutura da proporcionalidade, em razão da assimetria estrutural entre os deveres negativos e positivos, de sorte a deixá-la apta a essa tarefa.

O uso adequado do princípio da proporcionalidade, com as devidas adaptações, permite avaliar se e quando haverá proteção deficiente do direito fundamental em função de uma omissão total ou parcial. À partida, tratamentos experimentais estão proibidos, por falha no subteste da idoneidade.

No caso de medicamentos e tratamentos não incorporados ao SUS, são fatores importantes a considerar a gravidade da moléstia e as alternativas

oferecidas no sistema. Caso se trate de enfermidades de baixa ou média gravidade, com alternativa providenciada pelo SUS, sem grande diferença no custo-efetividade, há uma inclinação pela conclusão de proporcionalidade da medida estatal. Doenças de aguda seriedade, desamparadas de qualquer política estatal, indiciam uma desproporcionalidade por proteção insuficiente. Porém, o exame de proporcionalidade na vertente da proibição do déficit de tutela reclama uma segunda linha de valoração, com o cotejo de alternativas que promovam o fim e tutelem o direito de modo bastante. Entre as alternativas pensadas, fez-se a comparação entre o meio oficial e a opção de fornecer tratamentos ou medicamentos não incorporados necessários para a saúde, somente para doenças graves, após corroboração dessa necessidade feita por profissionais da rede pública ou por perícia. Conclui-se que, dentro desse universo comparativo, o meio oficial será desproporcional sempre que não existir nenhuma margem de proteção prevista nas políticas sanitárias existentes ou, ainda que exista, se o custo-efetividade do tratamento ou medicamento pretendido for gritantemente superior àquele disponibilizado na rede pública, de modo a trazer sérios riscos para a saúde o seu não oferecimento.

Saber se há proteção suficiente entre as alternativas disponibilizadas pelo SUS é uma questão prejudicial para a avaliação da necessidade em determinar medicamentos não registrados na ANVISA. Assim, pode-se adentrar diretamente na segunda linha de valoração, com a comparação do meio alternativo. Entre as alternativas esboçadas, a opção de que o fármaco tenha o registro em algumas agências estrangeiras de regulação sanitária de reconhecida idoneidade tem a preferência, desde que o exame de proporcionalidade conclua pela proteção insuficiente do direito à saúde.

## Referências

- ALEXY, Robert. Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. Tradução de Carlos Bernal Pulido. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Madrid, n. 66, 2002, pp. 13-64.
- \_\_\_\_\_. Sobre los derechos constitucionales a protección. In: MANRIQUE, Ricardo García (ed.). *Derechos sociales y ponderación*. 2ª ed. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, pp. 45-84.

- \_\_\_\_\_. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de. *Direitos fundamentais sociais e ponderação – Ativismo irrefletido e controle jurídico racional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2014.
- AÑÓN, Carlos Lema. *Salud, justicia, derechos. El derecho a la salud como derecho social*. Madrid: Dykinson, 2010.
- BARAK, Aharon. *Proportionality – Constitutional rights and their limitations*. Tradução de Doron Kalir. Cambridge/New York: Cambridge University Press, 2012. <https://doi.org/10.1017/CBO9781139035293>.
- BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (orgs.). *Direitos Sociais - Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 875-903.
- BEATTY, David M. *The ultimate rule of law*. Reprinted. Oxford: Oxford University Press, 2010. DOI:10.1093/acprof:oso/9780199269808.001.0001.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Audiência pública: saúde*. Brasília: Secretaria de Documentação, 2009.
- CALLAHAN, Daniel. Symbols, rationality, and justice: Rationing health care. *American Journal of Law & Medicine*. Boston, v. XVIII, n. 1 & 2, 1992, pp. 1-13.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução de Paulo Mota Pinto e Ingo Wolfgang Sarlet. 2ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2009.
- CASAUX-LABRUNÉE, Lise. Le droit à la santé. In: CABRILLAC, Rémy; FRISON-ROCHE, Marie-Anne; REVET, Thierry (dir.). *Libertés et droits fondamentaux*. 16ª ed. Paris: Dalloz, 2010, pp. 801-830.
- CLÉRICO, Laura. *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*. Serie tesis. Buenos Aires: Facultad de Derecho de Buenos Aires/ EUDEBA, 2009.
- COHEN-ELIYA, Moshe; PORAT, Iddo. American balancing and german proportionality: the historical origins. *International Journal of Constitutional Law*. Oxford, v. 8, n. 2, 2010, pp. 263-286. <https://doi.org/10.1093/icon/moq004>.

- CONTIADES, Xenophon; FOTIADOU, Alkmene. Social rights in the age of proportionality: global economic crisis and constitutional litigation. *International Journal of Constitutional Law*. Oxford, v. 10, n. 3, 2012, pp. 660-686. <https://doi.org/10.1093/icon/mor080>.
- DALLARI, Sueli Gandolfi. Poderes republicanos e a defesa do direito à saúde – Evolução da proteção do direito à saúde nas constituições do Brasil. In: ALVES, Sandra Maria; DELDUQUE, Maria Célia; NETO, Nicolao Dino (orgs.). *Direito sanitário em perspectiva*. V. 2. Brasília: ESMPU/FIOCRUZ, 2013, pp. 21-44.
- DANIELS, Norman. A progressively realizable right to health and global governance. *Health Care Analysis*. Cham, v. 23, 2015, pp. 330-340. <https://doi.org/10.1007/s10728-015-0298-7>.
- \_\_\_\_\_. Justice, health, and healthcare. *The American Journal of Bioethics*. V. 1, n. 2, 2001, pp. 2-16. <https://doi.org/10.1162/152651601300168834>.
- \_\_\_\_\_. L'extension de la justice comme équité à la santé et aux soins de santé. Tradução de Émmanuelle Glon. *Raisons Politiques*. Paris, n. 34, 2009, pp. 9-29. 10.3917/rai.034.0009.
- DANIELS, Norman; SABIN, James. Limits to health care: Fair procedures, democratic deliberation, and the legitimacy problem for insurers. *Philosophy & Public Affairs*. Princeton, v. 26, n. 4, Autumn 1997, pp. 303-350. 10.1111/j.1088-4963.1997.tb00082.x..
- DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos. *Droit médical au Brésil – Essais et réflexions sous la perspective du droit comparé*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2013.
- DUARTE, David. *A norma da legalidade procedimental administrativa – A teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória*. Coimbra: Almedina, 2006.
- \_\_\_\_\_. Rebutting defeasibility as operative normative defeasibility. In: D'ALMEIDA, Luís Duarte et alli (org.). “*Liber Amicorum*” de José de Souza Brito em comemoração do 70º aniversário. Lisboa: Almedina, 2009, pp. 161-174.
- DWORKIN, Ronald. Justice in the distribution of health care. *MacGill Law Journal*. Montreal, v. 38, n. 4, 1993, pp. 883-898.
- \_\_\_\_\_. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

- FERRAZ, Octavio Luiz Motta. The right to health in the courts of Brazil: worsening health inequities? *Health and Human Rights Journal*. Boston, v. 11, n. 2, 2009, pp. 33-45.
- FLICK, Giovanni Maria. La salute nella costituzione italiana: un diritto fondamentale, un interesse di tutti. In: *La responsabilità medica*. Milano: Giuffrè Editore, 2013, pp. 15-28.
- FORGES, Jean-Michel de. *Le droit de la santé*. 2ª ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1995.
- GRIMM, Dieter. Proportionality in canadian and german constitutional jurisprudence. *University of Toronto Law Journal*. Toronto, v. 57, 2007, pp. 383-397. <https://doi.org/10.1353/tlj.2007.0014>.
- HENRIQUES, Fátima Vieira. Direito prestacional à saúde e atuação jurisdicional. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (orgs.). *Direitos Sociais – Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 827-858.
- KLATT, Mathias; MEISTER, Moritz. *The constitutional structure of proportionality*. Oxford: Oxford University Press, 2014.10.1093/acprof:oso/9780199662463.001.0001.
- LOUREIRO, João Carlos. Direito à (protecção da) saúde. In: MIRANDA, Jorge (org.). *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no centenário de seu nascimento*. V. 1. Lisboa/Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa/Editora Coimbra, 2006, pp. 657-692.
- MURPHY, Thérèse. *Health and human rights*. Oxford/Portland: Hart Publishing, 2013. 10.5040/9781474200165.
- NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do. Concretizando a utopia: problemas na efetivação do direito a uma vida saudável. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (orgs.). *Direitos Sociais – Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 905-924.
- NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Constituição e serviço nacional de saúde*. In: SIMÕES, Jorge (coord.). *30 anos do Serviço Nacional de Saúde - um percurso comentado*. Coimbra: Almedina, 2010, pp. 239-270.
- \_\_\_\_\_. *Direitos sociais – Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra/Wolters Kluwer, 2010.

- NUNES, João Arriscado. Saúde, direito à saúde e justiça sanitária. *Revista Crítica de Ciências Sociais*. Coimbra, n. 87, outubro-dezembro 2009, pp. 143-169. <https://doi.org/10.4000/rccs.1588>.
- PERLINGEIRO, Ricardo. Novas perspectivas para a judicialização da saúde no Brasil. *Scientia Iuridica*. Minho, Tomo LXII, n. 333, set-dez, 2013, pp. 519-539.
- PIRKER, Benedikt. *Proportionality analysis and models of judicial review – A theoretical and comparative study*. Groningen: Europa Law Review, 2013.
- PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. (tradução de SIMÕES, Jussara). 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- SAINT-JAMES, Virginie. Le droit à la santé dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. *Revue du Droit Public – et de la science politique en France et à L'Étranger*. Paris/Issy-les-Moulineaux, N. 2, mars-avril 1997, pp. 457-485.
- SILVA, Jorge Pereira da. Interdição de protecção insuficiente, proporcionalidade e conteúdo essencial. In: SOUZA, Marcelo Rebelo; QUADROS, Fausto de; OTERO, Paulo; PINTO, Eduardo Vera-Cruz (coords.). *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda – Direito Constitucional e Justiça Constitucional*. V. II. Lisboa/Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa/Coimbra editora, 2012, pp. 185-210.
- SILVA, Virgílio Afonso da; TERRAZAS, Fernanda Vargas. *Claiming the right to health in brazilian courts: the exclusion of the already excluded*. In: *Law and Social Inquiry*. v. 34, n. 4, september, 2011. Disponível em: <file:///C:/Users/LENOVO/Downloads/SSRN-id1133620%20(1).pdf>, Acesso em: 5 de agosto de 2014. 10.1111/j.1747-4469.2011.01252.x.
- TARDU, Maxime. Droits de l'homme, santé, sciences de la vie: le message de la déclaration universelle des droits de l'homme. *Journal International de Bioéthique*. Lyon, v. 9, septembre 1998, pp. 63-67.
- TOEBES, Brigit C. A. *The right to health as a human right in international law*. Antwerpen/Groningen/Oxford: Intersentia/Hart, 1999.
- VALE, Luís A. M. Meneses do. Access to health care between rationing and responsiveness: problem(s) and meaning(s). *Boletim da Faculdade*

*de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra, v. LXXXVIII, Tomo I, 2012, pp. 105-187.

VENDRAME, Alan; MORENO, Jamile Coelho. Saúde como garantia fundamental: uma perspectiva da evolução constitucional e histórica das políticas públicas. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; LEÃO JÚNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa (orgs.). *Direitos sociais – Uma abordagem quanto à (in)efetividade desses direitos – A constituição de 1988 e suas previsões sociais*. Birigui: Boreal, 2011, pp. 1-19.

Recebido em 28 de julho de 2017.

Aprovado em 21 de outubro de 2019.

# Problemas de gênero na jurisprudência brasileira: (Des)fazendo a Lei Maria da Penha

*Gender Troubles in Brazilian judicial decisions: (Un)doing the Maria da Penha Law*

Márcia Nina Bernardes\*  
*PUC-Rio, Rio de Janeiro – RJ, Brasil.*

Mariana Imbelloni Braga Albuquerque\*\*  
*PUC-Rio, Rio de Janeiro – RJ, Brasil.*

## 1. Introdução

A Lei Maria da Penha (Lei 11340/06, ou LMP), aprovada como resultado de uma grande mobilização de redes feministas domésticas e transnacionais, representou um importante passo no enfrentamento à violência doméstica e familiar no Brasil. Após um esforço conjunto de diversos órgãos governamentais e de organizações da sociedade civil, o anteprojeto da lei preparado pelo Consórcio Feminista foi discutido intensamente em diferentes comissões interministeriais e no Congresso, até que fosse aprovado como um dos textos normativos mais democráticos do país, desde a própria Constituição Federal. Durante seus 13 anos de vigência, a legislação protetiva enfrentou também forte resistência jurídica e social à sua aplicação efetiva, mesmo em contextos nos quais as pautas de proteção dos direitos da mulher encontravam forte apoio político. Atualmente, em momento de recrudescimento conservador em relação às questões de gênero, a Lei Maria da Penha segue mais do que nunca em disputa quanto a sua aplicação e o alcance da sua proteção (Bernardes 2014, 2019).

---

\* Doutora em Direito (NYU School of Law). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-Rio. Pesquisadora de produtividade do CNPq. E-mail: marcianinabernardes@gmail.com.

\*\* Mestre em Ciências Jurídicas (PUC-Rio). E-mail: mariana.imbelloni@gmail.com.

No processo de aprovação da Lei 11.340/06 o movimento feminista brasileiro conseguiu trazer para o debate nacional parâmetros construídos internacionalmente ao longo de trinta anos. O contexto político que permitiu a aprovação desta lei, depois de tanto tempo de negação e negligência do Estado diante do problema da violência doméstica contra mulheres no Brasil, deve-se em grande medida ao caso Maria da Penha Maia Fernandes, que resultou, em 2001, em um relatório da Comissão Interamericana de Direito Humanos, solicitando, dentre outras medidas, alteração na normativa interna brasileira sobre violência doméstica. A exposição de motivos da LMP menciona, além do caso Maria da Penha, as obrigações contraídas pelo Brasil por força da Convenção Belém do Pará, da OEA, do Plano de ação da IV Conferência Internacional sobre Mulher (Beijing 1995), da ONU, e da Convenção para Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), também da ONU.

No entanto, após a sua promulgação, o texto passa a ser objeto de interpretação da comunidade jurídica, que não está necessariamente alinhada com o debate feminista e que, via de regra, desconhece a discussão transnacional sobre violência doméstica. Toda a produção interdisciplinar (e política) de entendimentos acerca das causas e dos contornos deste problema ficam invisíveis para os aplicadores do direito. Inicia-se, então, uma nova rodada de disputas acerca de aspectos chave deste fenômeno que resultaram em questionamentos jurídicos sobre a constitucionalidade da lei nos tribunais brasileiros. No julgamento das ADC 19 e ADI 4424, em 08 de fevereiro de 2012, o Supremo Tribunal Federal pôs fim a muitas dessas controvérsias, mantendo o caráter de ação afirmativa da lei, que protege apenas as mulheres contra a violência doméstica, e afastando a aplicação de institutos despenalizadores da lei 9.099/95. No entanto, subsistem interessantes interpretações dos termos centrais da definição de violência doméstica contra mulher trazida na lei.

Neste artigo, pretendemos examinar controvérsias judiciais na definição da expressão “ação ou omissão baseada no gênero”, do artigo 5º da lei, a partir de um olhar eminentemente epistemológico, tendo como referência o trabalho da filósofa estadunidense Judith Butler, em especial, sua crítica à identidade e o seu conceito de “performatividade de gênero”. A partir da leitura de acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJ-RJ), afirmamos que não há, e nem pode haver, definição fixa, estável e incontroversa das categorias “mulher”, “sexo” e “gênero”, discutindo algu-

mas das complicações que tal instabilidade conceitual traz à proteção das mulheres. Identificamos o reconhecimento de determinadas identidades e performatividade de gênero para a concessão da proteção em situação de violência. A proteção assim condicionada nos permite, à luz da teoria de Butler, pensar as possibilidades de agência e as estruturas de poder dentro da dinâmica de aplicação da legislação protetiva.

Examinamos todos os acórdãos do Tribunal de Justiça nos incidentes de conflito de competência entre os Juizados Especiais de Violência Doméstica e Familiar contra as Mulheres (JVDFM) e as instâncias criminais comuns, julgados em três períodos: entre 08 de fevereiro de 2012 e 08 de fevereiro de 2013 (total de 59 decisões), entre 08 de fevereiro de 2014 a 08 de fevereiro de 2015 (total de 79 decisões) e entre 08 de fevereiro de 2018 e 08 de fevereiro de 2019 (25 decisões). A partir dos argumentos utilizados para determinar a competência especializada ou comum de cada um desses casos, procuramos subsídios que nos ajudassem a pensar acerca de três perguntas. A primeira diz respeito ao modo como essas decisões se utilizam das categorias “sexo” e “gênero”. Em segundo lugar, buscamos entender como o TJ-RJ constrói o perfil de mulheres protegidas pela lei. Será vítima de violência doméstica qualquer mulher que tenha sofrido violência nos termos dos incisos do artigo 5 ou certas mulheres não são enquadráveis na categoria “vítimas de violência doméstica”? Episódios de violência entre casais heterossexuais e homossexuais, entre irmãos, de pais contra filhos, adultos contra idosos, e patrões contra empregadas domésticas serão necessariamente enquadrados no escopo da lei desde que a vítima seja uma mulher? Ou deveríamos definir caso a caso se uma mulher é vulnerável à violência doméstica baseada no gênero? Quais as ilações que podemos fazer sobre a categoria “mulher” a partir das decisões lidas? Por fim, buscamos conhecer as compreensões de dominação patriarcal pressuposta nestas decisões. Como pensar em agência de “vítimas” do patriarcado? Entendemos que as posições assumidas com relação às categorias sexo, gênero e mulher estão carregadas de questões de poder que não se revelam explicitamente.

Importante ressaltar que, como proposta metodológica, não pretendemos neste momento, tabular ou quantificar as categorias de respostas encontradas acima. Pretendemos apenas refletir sobre questões que parecem relevantes para a formulação e aplicação de políticas públicas eficientes, a partir de elementos encontrados no texto das decisões.

## 2. Sobre os argumentos encontrados no TJ-RJ

As decisões que embasam a análise aqui apresentada, como já dito, foram proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJ-RJ) em três períodos: entre 08 de fevereiro de 2012 e 08 de fevereiro de 2013 (53 decisões), entre 08 de fevereiro de 2014 e 08 de fevereiro de 2015 (63 decisões) e 08 de fevereiro de 2018 e 08 de fevereiro de 2019 (25 decisões). Tais temporalidades foram definidas no intuito de acompanhar a construção jurisprudencial a partir da confirmação da Lei 11.340/06 no STF, em 8 de fevereiro de 2012. É possível, já de partida, notar certo decréscimo na quantidade de julgados com o curso temporal, indicando uma estabilização sobre o papel dos juizados e da justiça comum. Por outro lado, há uma continuidade nas linhas argumentativas utilizadas, de modo que as apresentaremos a partir do conjunto geral dos casos.

Ainda, importante denotar, tais temporalidades perpassam momentos diversos no tocante ao debate sobre gênero no país, sendo os dois iniciais momentos em que a discussão sobre temáticas de gênero permeou o cenário público e político de forma mais propositiva, enquanto o terceiro deu-se em panorama político de recrudescimento conservador frente ao mesmo debate. A continuidade das linhas argumentativas e decisórias em ambientes sociais consideravelmente diversos reitera a construção discursiva de tais decisões como questão estrutural, não pontual, a ser analisada.

Nossa aproximação com este conjunto de dados se deu, assim, a partir do volume constante de decisões cuja questão principal era a aplicabilidade ou não da Lei Maria da Penha. Os conflitos de competência entre o juízo comum e o juizado especializado, sempre negativos (com ambos os órgãos declarando-se incompetentes para prosseguimento dos feitos) colocavam em xeque diretamente a extensão da proteção legal da legislação protetiva. E, já em leituras iniciais, constatamos como a aplicabilidade da legislação pautava-se, em grande parte, pela disputa do que consiste a “violência baseada em gênero”, para então se decidir se esta violência é ou não abrangida pelo arcabouço legal especializado.

Em outras palavras, para se regar a competência jurídica os desembargadores enfrentam, mesmo que não de maneira (necessariamente) intencional, a compreensão do que é o “gênero” para fins desta proteção estatal. Os argumentos elencados não compõem uma definição coesa ou unívoca, ao contrário, interconectam-se nos julgados, sem uma linha decisória de-

finida ou definível. Contudo, são consideravelmente significativos para se pensar a forma como a jurisprudência tem compreendido e concretizado os conceitos trazidos na LMP. Buscamos, assim, mapear os caminhos argumentativos destas decisões para acompanhar como se comporta o discurso jurídico na regulação das definições de gênero frente à legislação protetiva.

O problema fundamental, pois, como já mencionado, parte da própria definição de quando um ato ou omissão é ou não “baseado em gênero”. O TJRJ estabeleceu, na Súmula 253 de novembro de 2011, que se apresenta como guia para solução de tais conflitos, que a competência dos JVDPM somente pode ser estabelecida “quando a conduta típica é perpetrada em razão do gênero (...) não bastando que seja cometida contra pessoa do sexo feminino”. Mas, quando uma violência contra mulher é em razão do seu gênero? O que está efetivamente em questão senão a própria categoria “gênero” e, indiretamente, da expressão “opressão de gênero”?

Para fins organizativos, argumentos decisórios foram analisados a partir da relação entre duas variáveis: (1) a relação entre vítima e agressor, (2) a decisão pela aplicação da LMP e consequente competência do JVDPM ou não. A linha argumentativa foi o objeto de mais difícil aferição por diversas razões: muitas decisões eram curtas e lacônicas, algumas decisões recorriam a mais de uma linha argumentativa e em um pequeno conjunto de casos não era possível sequer discernir o argumento que justificava a decisão. Ainda, a filiação a alguma destas linhas argumentativas não implica necessariamente um resultado, seja ele de aplicabilidade ou não da legislação protetiva. Apesar disto, ou justamente por isto, iniciaremos esta análise apresentando as principais linhas argumentativas encontradas nas decisões, para então apresentar sua relação com as duas outras variáveis.

Há, de um modo geral, dois grandes tipos de argumento para a caracterização ou não da ocorrência da violência de gênero e incidência da LMP: (a) basta que a vítima seja mulher; e (b) além da vítima ser do sexo feminino, é preciso demonstrar-se a sua fragilidade (vulnerabilidade/ hipossuficiência/ dependência). Conquanto interligados, comportam-se de maneira substancialmente diversa nas decisões, e apresentam algumas variações importantes.

Com relação ao primeiro argumento (a), as decisões mais frequentemente recorrem às expressões “Mulher” ou “sexo feminino” para restar configurada a competência dos JVDPM, e apenas excepcionalmente magistrados utilizam-se da expressão “gênero feminino”. No entanto, com poucas exceções de decisões que falam de “aspectos biológicos da vítima” ou “sexo

biológico da vítima”, essas expressões não vêm explicadas: não há definição de mulher ou de “sexo feminino”. Quando da utilização desta linha argumentativa, assim, “ser mulher” aparece como uma condição auto evidente e suficiente para aproximar a legislação protetiva. Com efeito, em todos os conflitos analisados, as vítimas eram mulheres- cis. Como não houve nenhuma vítima que fosse mulher trans ou “gender fluid” na amostragem desta pesquisa, não foi possível averiguar em que medida a identidade de gênero afetaria o uso das categorias “sexo”, “gênero” e “mulher” pelo judiciário. De toda forma, é possível afirmar que, nos casos analisados, quando este argumento é invocado, os magistrados assumem tanto o “sexo”, quanto o “gênero” da vítima ou o fato de ela ser “mulher” como um dado.

Todos os casos em que se recorria ao argumento “basta ser mulher” afirmaram a competência dos JVDFM. Interessante notar que os casos envolvendo mulheres lésbicas mantiveram este padrão e, com exceção de um, foram remetidos aos JVDFM, a partir do argumento de que basta que o sexo da vítima seja feminino.<sup>1</sup> Nestes casos, não houve comentários concernentes à violência de gênero ou vulnerabilidade, como foi recorrente nos casos envolvendo casais heterossexuais ou de agressões entre mães e filhas ou entre irmãos. A única ponderação sobre a incidência da Lei Maria da Penha nessas situações referia-se ao sexo/gênero da vítima, sem entrar no mérito do sexo do agressor.

Uma decisão da 3ª Câmara Criminal é paradigmática. Neste caso, a defendente alegadamente invadiu a casa da vítima onde anteriormente viviam como casal. Na maior parte do voto, a discussão revolve a questão de se a violência doméstica implica ou não uma relação íntima de afeto entre homem e mulher, a despeito do fato que a linguagem da legislação nem remotamente refere-se a esta circunstância. A maioria chega à conclusão que esta não é uma condição para a aplicação da LMP e destaca que a única condição é que a vítima seja uma mulher, apontado o “único parágrafo”, no qual se lê: “As relações pessoais neste artigo são independentes de orientação sexual”. Não há uma discussão específica sobre o termo “gênero”.<sup>2</sup>

---

1 A única exceção, TJRJ – Conflito de Competência 0046912-36.2012.18.9.0000. 5ª Câmara Criminal. Rel. Des. Denise Vaccari Machado Paes. D.J. 20 de setembro de 2012, envolveu duas ex namoradas, sendo que uma delas ameaça invadir a casa da segunda para reaver objetos que poderiam pagar uma dívida antiga dentre elas. A turma entendeu que não haveria componente de gênero neste caso.

2 TJRJ – Conflito de Competência 0044557-53.2012.8.19.0000. 3ª Câmara Criminal. Des. Rel. Paulo Rangel. D.J. 25 de setembro de 2012. Há somente uma decisão envolvendo um casal lésbico baseada em raciocínio diverso. Neste caso, a agressora ameaçou matar a vítima, presumivelmente por não aceitar o fim

O segundo argumento (b) reafirma que a ocorrência dos elementos objetivos do art. 5 da LMP, incluindo o “fato de a vítima ser do sexo feminino”, não é suficiente para a caracterização da incidência da LMP e da competência dos JVDFM. É preciso também que a vítima possa ser demonstrada como vulnerável, dependente, hipossuficiente ou frágil em relação ao agressor. Algumas vezes essa vulnerabilidade vem qualificada pelos magistrados: é física, econômica, psicológica ou social. A maior parte das vezes, porém, nada é dito sobre esta fragilidade. Por fim, algumas decisões, ao invés de falar da vulnerabilidade da vítima, falam de intenção de dominação/subjugação do agressor, ou da relação de dominação entre vítima e agressor.

Se o argumento (a) foi usado invariavelmente para conferir competência aos JVDFM, o segundo (b) foi utilizado nos dois sentidos: presente a vulnerabilidade/intenção de dominação, haveria violência de gênero e a competência seria dos JVDFM, ausente, por outro lado, a competência seria das instâncias criminais comuns. O que suscita duas questões: o que é essa vulnerabilidade e como ela se relaciona com a definição ou não de violência em razão de gênero. Muitas decisões são lacônicas na argumentação da existência ou não deste elemento alegadamente caracterizador da violência de gênero, e não se referem de forma substancial a fatos do caso ou a elementos teóricos que poderiam dar conteúdo à noção de vulnerabilidade. No entanto, pudemos identificar alguns parâmetros que afastavam a ocorrência deste requisito.

Podemos, aqui, indicar três parâmetros recorrentemente indicados para caracterizar a ausência de vulnerabilidade em razão do gênero (e assim de violência em razão do gênero). A primeira é uma marcação etária entre violência contra criança e violência contra mulher. Em muitas decisões negando aplicação da Lei Maria da Penha, sustentava-se que a vulnerabilidade da vítima à violência que sofrera decorria de sua pouca idade e não do seu gênero, sem, no entanto, desenvolver este raciocínio. Importante destacar que este argumento foi recorrente inclusive em crimes sexuais contra me-

---

da relação. Também houve alegação de agressões prévias não reportadas à polícia. A oitava câmara criminal, novamente, recorreu à ênfase no Art 5 para julgar. Contudo, o voto estabelece que os fatos não possuem traços de violência de gênero, sem evidenciar porque não o fazem. Uma conclusão possível é que além dos requisitos objetivos, para a câmara, seria necessário demonstrar certa intencionalidade, ainda que não demonstre como se aferiria tal intencionalidade. TJRJ – Conflito de Competência 0057492-28.2012.8.19.0000. 8ª Câmara Criminal. Des. Rel. Suely Lopes Magalhães. D.J. 21 de novembro de 2012.

linhas. A discussão subjacente e não abordada em nenhuma decisão refere-se ao momento em que uma pessoa começa a ser definida pelo seu gênero.

Nos casos que concernem vítimas com idade abaixo de 18 anos (53), a vasta maioria consiste em crimes sexuais (34) e praticamente todas as decisões foram baseadas no critério pseudo-biológico para estabelecer se a vulnerabilidade deveria ser considerada em termos de gênero ou em termos da idade da vítima, frequentemente chegando a conclusões opostas fundadas no mesmo critério. Em várias decisões que arrazoaram pela competência de cortes comuns, antes da puberdade meninas eram consideradas vulneráveis porque eram adolescentes e crianças e não por causa do seu gênero, estabelecendo uma repartição possível e aferível entre tais vulnerabilidades.

Em um caso no qual uma menina de 3 anos foi sexualmente abusada por seu pai, a 1ª Câmara Criminal decidiu que a violência não era baseada no gênero em razão que possuía “conotação eminentemente sexual”. Conquanto a distinção que a corte faz entre violência de gênero e violência sexual seja altamente obtusa, há outros elementos na decisão que podem jogar alguma luz no raciocínio preponderante. Primeiro, a decisão estabelece que o fato de meninos serem igualmente alvos de violência sexual evidencia que este tipo de violência não é baseado no gênero. Segundo, os juízes referem-se ao fato da sociedade veementemente repudiar a violência contra crianças e adolescentes e concluir – de novo um pouco misteriosamente – que não há necessidade de uma proteção legal especial para meninas aqui. Finalmente, a corte apresenta o principal argumento, referente à idade da vítima:

Deve se notar que nos casos de violência contra crianças e adolescentes perpetrada pelos seus pais, irmãos, tios, padrastos e outros parentes, escapam da aplicação da Lei Maria da Penha (...). Em casos assim, o agente não pratica o crime por alguma inferioridade social, econômica ou mesmo física da vítima. Ele se aproveita do fato da vítima ser uma pessoa ainda em desenvolvimento intelectual e físico<sup>3</sup>.

---

3 TJRJ – Conflito de Competência 0024613-65.2012.8.19.0000. 1ª Câmara Criminal. Del Rel. Denise Vaccari Machado Paes. D.J. 12 de junho de 2012. Em outros casos, foi considerado suficiente para a criança ou adolescente ser do sexo feminino para a aplicabilidade da Lei Maria da Penha, determinando a competência da corte especial. Por exemplo, ver o processo, concernente o abuso de uma menina de 13 anos por seu padrasto. A corte estabeleceu que o sexo da vítima, e não a sua idade, é relevante para a ocorrência de violência doméstica. Em ambas as circunstâncias, encontramos argumentos pseudo-biológicos baseados na idade, sexo ou no desenvolvimento da vítima para justificar tais decisões.

O segundo parâmetro, já também notado no extrato acima, foi recorrente em casos envolvendo vítimas menores de 14 anos, embora apareça de maneira menos frequente em casos de vítimas adultas. Configura-se quando magistrados recorriam a um teste para determinar se houve ou não violência de gênero, comparando os fatos do caso ao que teria acontecido caso a vítima fosse homem. Em algumas vezes, essa comparação foi concreta, recorrendo-se a elementos dos autos comprovando que homens presentes na cena não sofreram ou sofreram violência. A maior parte das vezes, porém, o teste era hipotético, não havia potencial vítima do sexo masculino para comparar-se e, invariavelmente, nestas situações, decidia-se pela competência das varas não-especializadas.

O “controle” nesse teste era uma suposição do que teria acontecido se a vítima fosse um homem, sem nenhuma referência a trabalhos estatísticos ou estudos sobre vítimas “preferenciais” em crimes sexuais contra menores. Um teste similar foi aplicado nas situações em que filhos sob efeitos de drogas atacaram suas mães (7). Encontramos decisões que rejeitam a aplicabilidade da Lei Maria da Pena baseada na suposição que o ataque teria ocorrido contra vítimas de ambos os sexos, sem nenhum tipo de justificativa para tal suposição.

Por fim, outra circunstância utilizada para afastar a caracterização da vulnerabilidade de gênero é o tipo de relação entre a vítima e agressor. Na maior parte dos casos envolvendo mulheres adultas agredidas por seus maridos/companheiros/ex-companheiros e também de mulheres agredidas por seus pais (41 casos). Afirmou-se a existência da vulnerabilidade ou relação de dominação, enquanto o mesmo não ocorreu nos casos em que vítima e agressor eram mulheres que não estavam em uma relação amorosa, tais como mães e filhas, irmãs e cunhadas (16). Tampouco casos envolvendo agressões entre homens e mulheres que era irmãos, cunhados ou vizinhos (15) eram percebidos como sendo de violência de gênero, com exceção de dois casos. Em um deles, o defendente agrediu sua irmã e sobrinha, mas não seu sobrinho.<sup>4</sup> No outro, a agressão foi praticada pelo irmão da vítima e em razão da orientação sexual da mesma<sup>5</sup>. Em geral,

---

4 TJRJ – Conflito de Competência 0058480-49.2012.8.19.000. 3ª Câmara Criminal. Des Rel. Mônica Tolledo de Oliveira. DJ. 04 de dezembro de 2012.

5 TJRJ – Conflito de Competência 0040803-93.2018.8.19.0000. 7ª Câmara Criminal. Rel. Siro Darlan De Oliveira Junior. DJ. 14 de agosto de 2018.

contudo, relações familiares fora da conjugalidade foram compreendidas como não caracterizando uma relação de submissão entre as partes, excluindo-se, logo, a existência de uma relação de gênero.

No tocante ao conceito de subordinação da mulher na violência doméstica, encontramos 17 menções a expressões tais quais uma “dominação intencional” masculina. Quando esta intenção era encontrada no comportamento do agressor, era reconhecida a incidência da LMP, mas se a mesma estivesse ausente não se caracterizava a já dita “violência baseada no gênero”. Encontramos em vários julgados (16) nos quais a “relação de submissão/dominação” entre vítima e agressor precisava ser estabelecida para que o componente do gênero fosse atestado. Como um exemplo, citamos o caso em que a agressão de um homem contra sua prima, que era também sua vizinha, para qual a câmara decidiu pela não aplicação da legislação protetiva “porque [as agressões] não ocorreram no âmbito dos laços familiares ou em ambiente doméstico por um homem que, usando força física, quisesse dominar uma mulher vulnerável”.<sup>6</sup> Neste caso, é possível identificar, para além da relevância do argumento fisiológico, uma inquirição sobre o intuito do agressor de dominar.

Assim, muito embora a lei expressamente preveja a aplicabilidade da legislação para relações não amorosas, é reiteradamente colocado em questão o tipo de relação que nas decisões pela incidência da lei. Interessante, nesta aparente circularidade, perceber como funciona a argumentação quando vítima e agressora eram mulheres.

Usualmente conflitos entre duas mulheres que não são casais (total de 13), como os que envolvem cunhadas, irmãs, mães e filhas, não são percebidos como violência de gênero e a aplicação da LMP foi vedada. Aqui, as decisões que postulavam que a vítima ser uma mulher não era suficiente para a aplicação da lei e que a existência de um componente de gênero era necessária, frequentemente sem explicar o que esse componente seria.

Encontramos decisões opostas em casos nos quais os fatos eram, basicamente, os mesmos. Consideremos dois pares de decisões abaixo (todos os outros casos de violência entre mulheres repetem algum dos argumentos apontados abaixo).

---

6 TJRJ – Conflito de Competência 0044944-68.2012.8.19.0000. 3a Câmara Criminal. Des. Rel. Mônica Tolledo de Oliveira. D.J. 23 de outubro de 2012.

Em um caso no qual a mãe supostamente foi agredida por sua filha, que era muito próxima do pai, e alegadamente copiaria dele este comportamento agressivo em relação à mãe, todos os requisitos objetivos listados no Artigo 5 estavam presentes, mas os desembargadores da 1ª Câmara Criminal do TJRJ decidiram pela não aplicação da Lei Maria da Penha pois faltava o componente de gênero, uma vez que mães usualmente não são subordinadas a suas filhas e a suposta vítima não apresentou provas em sentido contrário. O raciocínio da corte, *a contrario sensu*, implica que se a mãe fosse a agressora e a filha a vítima, então o componente de gênero estaria presente<sup>7</sup>. Então, argumentativamente, existiria uma relação de submissão e, portanto, uma relação de gênero.

Em outro caso, contudo, quando a mãe era também agredida por sua filha, os desembargadores da 8ª Câmara Criminal decidiram que, para a incidência da LMP, estavam cumpridos os requisitos objetivos do Artigo 5º, e isto era suficiente para que a vítima “seja incluída no conceito biológico de mulher, independente da sua idade”.<sup>8</sup>

Consideremos um segundo par de casos similares decididos de forma distinta. Em um caso em que a mãe agredia a filha adolescente, a 5ª Câmara Criminal entendeu que a vítima era vulnerável à violência pela sua idade e não pelo seu gênero. Entendimento diverso deste, como argumentado pelos desembargadores na decisão, consistiria em prover tratamento diferenciado a meninos e meninas que sofrem violência doméstica, o que não seria aceitável.<sup>9</sup> Finalmente, a 7ª Câmara Criminal, em um caso envolvendo fatos similares, estabeleceu que havia uma evidente relação de submissão entre mãe (suposta agressora) e filha (vítima) e, ainda, que a vítima era uma

---

7 TJRJ – Conflito de Competência 003171-626.2012.8.19.0000. 1a Câmara Criminal. Rel Des. Antônio Jayme Boente. D.J. 9 de outubro de 2012.

8 TJRJ – Conflito de Competência 0047795-14.2012.8.19.0000. 8a Câmara Criminal. Del Rel Ronaldo Assed Machado. D.J. 3 de outubro de 2012. Para firmar este argumento a corte também invoca os artigos 2o e 4o da Lei Maria da Penha. Art 2 Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social. Art 4. Na interpretação desta Lei, serão considerados os fins sociais a que ela se destina e, especialmente, as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

9 TJRJ – Conflito de Competência 0063920-26.2012.8.19.0000. 5ª Câmara Criminal. Rel. Des. Luiz Felipe Haddad. D.J. 19 de dezembro de 2012.

mulher, logo, a LMP era aplicável. A decisão não mencionou explicitamente gênero.<sup>10</sup>

Resgatando, pois, as duas grandes linhas argumentativas que puderam ser aferidas do conjunto das decisões e as cotejando com os casos representativos que aqui analisamos, podemos perceber que a necessidade da caracterização da violência em razão do gênero para incidência da LMP aparece constantemente em aspecto relacional. Seja pelo teste (mesmo que abstrato) com potencial vítima masculina, seja pela relação conjugal ou de filiação com agressor, seja, mesmo, na linha etária de quando se adquire um gênero por quando se torna frágil em razão dele, o aspecto relacional é reiterado para definir se aquele é o gênero ao qual se refere a lei. Via de regra, tendo como condição de existência e reconhecimento legal justamente uma situação de subordinação.

Destas importantes observações nós colhemos três principais resultados: primeiro, que a maioria dos julgados recorre ao sexo da vítima ou a argumentos sobre diferença biológica (tais quais puberdade ou inferioridade de força física) para determinar a (in)existência de violência de gênero. Segundo, quando argumentos culturais eram explicitamente formulados (dependência econômica ou vulnerabilidade social, por exemplo), de alguma forma estes imitavam os argumentos biológicos, sempre centrados na vulnerabilidade ou fragilidade femininas. Finalmente, referências sobre informação sobre violência de gênero produzidas por outros domínios de estudo, tais quais estatística, psicologia, etnografia, foram absolutamente irrelevantes nos julgados examinados.<sup>11</sup>

### 3. Os *Problemas de gênero* na jurisprudência do TJ-RJ

Os achados da pesquisa acima apontam para a dificuldade de distinção entre sexo e gênero, e para uma definição muito clara do perfil da vítima de violência doméstica pelo TJ-RJ: sujeito do sexo biológico feminino, frágil, vulnerável e dependente, adulta, em uma relação conjugal.

---

10 TJRJ – Conflito de Competência 0016705-54.2012.8.19.0000. 7ª Câmara Criminal. Rel. Des. Maria Angélica Guerra Guedes. D.J. 15 de maio de 2012.

11 Com a exceção de uma das câmaras criminais na qual a teórica Joan Scott foi brevemente citada em várias decisões (sempre a mesmo citação) e, na sequência, a aplicação da Lei Maria da Penha era invariavelmente afastada.

Na teoria política, por impulso feminista, o termo “gênero” tem sido usado em oposição ao termo “sexo”. O último usualmente diz respeito à realidade biológica dos corpos masculinos e femininos, enquanto o primeiro refere-se à construção social sobre o que seria apropriado para homens e mulheres fazerem, pensarem e sentirem.

É neste sentido que Beauvoir, antes mesmo da consolidação desta dicotomia na academia feminista, proferiu sua famosa frase do livro *O Segundo sexo*: “ninguém nasce mulher, torna-se mulher”. Para Beauvoir o corpo é uma situação e há “compulsão cultural” em tornar-se um gênero. Judith Butler, em artigo sobre Beauvoir publicado em 1986, nos lembra que esta disjunção entre natureza e cultura possibilita diferentes interpretações do corpo feminino e rompe com a rigidez das identidades femininas (e masculinas). E, ainda, tal distinção permite a compreensão de que o status subordinado da mulher nas sociedades patriarcais não é um dado natural, mas, sim, uma construção social:

A distinção entre sexo e gênero tem sido crucial no esforço de longa data do feminismo para desbancar a ideia de que anatomia é destino; [...] Com esta distinção intacta, não é mais possível atribuir valores ou funções sociais às mulheres por uma necessidade biológica [...]. A presunção de uma relação causal ou mimética entre sexo e gênero é afastada.<sup>12</sup>

Butler observa, no entanto, que há uma ambiguidade na expressão “tornar-se mulher”, que pode ser interpretada como um “projeto” de construção de si mesmo, mas que também pode ser compreendida como referindo-se a uma construção social que seria imposta à identidade, moldando-a através diferentes restrições. No primeiro sentido, se gênero é um projeto ou uma “escolha”, precisaríamos pressupor a possibilidade do sujeito estar posicionado em algum lugar fora do gênero, a partir do qual escolheria o que seria. Este entendimento levanta uma série de problemas filosóficos relacionados à assunção de um sujeito ontológico anterior à linguagem e à cultura.

Por outro lado, a segunda interpretação também assume uma “identidade feminina” pré-social, que é distorcida e oprimida pela cultura, ao mesmo tempo em que suscita questões problemáticas relativas à possibilidade de agência e de resistência das mulheres. Neste sentido, Butler pergunta:

---

12 BEAUVOIR, 1980.

Será que o sistema [patriarcal] unilateralmente inscreve o gênero no corpo e, neste caso, o corpo seria um meio totalmente passivo e o sujeito seria perfeitamente sujeito? Como, então, poderíamos dar conta das várias maneiras nas quais o gênero é individualmente reproduzido e reconstituído? Qual é o papel da agência pessoal na reprodução do gênero?<sup>13</sup>

Suspenderemos, por ora, os problemas da agência, para focar na questão da biologia versus cultura, sexo versus gênero. Butler destaca o que ela chama de contradição insuperável na distinção sexo e gênero: se esta lógica for levada ao limite, somos forçados a afirmar a descontinuidade radical entre sexo (corpo/natureza) e gênero (construção/cultura). Assim, não há por que se pressupor que, sobre um certo sexo, produzir-se-á um certo gênero e nem que as possibilidades de construção social dos gêneros sejam restritas a duas. No entanto, como sabemos, assim como os sexos, os gêneros também são comumente entendidos como dois: o feminino e o masculino. Para Butler, afinal de contas, “a presunção de um sistema binário de gêneros implicitamente assume uma relação mimética com o sexo”. Como explicar isso?

De fato, estes problemas de gênero, para citar o título da obra fundamental de Judith Butler, apareceram nos julgados examinados. A despeito dos esforços feministas das últimas décadas para distinguir natureza e cultura com relação às noções de sexo e gênero, é razoável afirmar que, muitos magistrados no Rio de Janeiro, definem “violência de gênero” com recurso ao sexo, implícita ou explicitamente. Quando buscam elementos culturais que concretizem a noção de gênero, acabam reproduzindo os mesmos atributos que seriam típicos do sexo feminino, tais como a fragilidade e a dependência.

Essa dificuldade de distinção entre sexo e gênero e de utilização da categoria gênero pela jurisprudência é reveladora. Uma das teses mais conhecidas de Butler, formulada na década de 80 e ainda hoje revolucionária é a de que o gênero não deve ser entendido como a inscrição cultural de sentido a um sexo pré-fornecido:

Gênero também deve designar o próprio aparato de construção em que os sexos são estabelecidos. Como resultado, gênero não está para a cultura assim

---

13 BUTLER, 1986, p.36

como sexo está para a natureza; gênero também é o meio discursivo/cultural em que a “natureza sexuada” ou um “sexo natural” é produzido e estabelecido como “pré-discursivo”, anterior à cultura, uma superfície politicamente “neutra” sobre a qual a cultura age.<sup>14</sup>

Para ela, tanto sexo quanto gênero são conceitos inteligíveis apenas dentro da cultura e do discurso. Afinal de contas, pergunta ela, existiria um corpo sexuado que não seja, desde o início, generificado? Há algum ser que em determinado ponto de sua vida torne-se um gênero? Retomando questões suscitadas pela jurisprudência lida, em que momento e sob que condições o gênero de uma menina passa a ser relevante para a sua inteligibilidade social? Como isso acontece? A autora destaca que a associação da noção de sexo à natureza resulta em uma associação entre sexualidade e reprodução que, por sua vez, contribuí para a naturalização da heterossexualidade como norma, dividindo a humanidade em homens e mulheres. Na concepção de Butler, o fato natural do “sexo”, pressuposto na distinção sexo/gênero, impõe limites às possibilidades de construção cultural do gênero, e permite a naturalização dos estereótipos de gênero que definem como homens e mulheres devem sentir, pensar e portar-se. Atos discursivos, repetidos através do tempo, estabilizam a divisão dos corpos em dois grupos a partir de linhas sexuais, e cada um desses grupos é percebido como mais ou menos homogêneo com relação a condutas, desejos e capacidades. Nesta matriz heterossexual, as similaridades existentes entre corpos de sexo oposto e as diferenças entre os corpos do mesmo sexo são tidas como irrelevantes. Para Butler, esta divisão é uma expressão de poder, criando hierarquias entre os corpos. A noção de “diferenças sexuais” torna possível a distribuição de papéis sociais entre homens e mulheres como se eles fossem naturalmente dados. A consequência, aponta Butler, é a perda do conteúdo emancipatório intencionado na distinção sexo/gênero. A prática coletiva reiterada de nomear a diferença sexual naturalizou essa distinção criando a ficção de estabilidade das identidades de gênero. Contudo, a naturalização do sistema binário de gêneros é também uma prática de poder.

Com efeito, o discurso jurídico, assim como o religioso e o científico, que pretendem “descrever” homens e mulheres, são carregados de efeitos normativos e excludentes. Além de estabelecerem hierarquias de gênero,

---

14 BUTLER, 1990, p.10

estabelecem também relações de poder dentro dos gêneros normalizados. Butler ressalta que o “gênero feminino”, que determina o que significa ser mulher, se transformou em um espaço de “contestação e ansiedade” no movimento feminista e queer. Diz ela: “Se alguém é mulher, certamente isso não é tudo que alguém é”.<sup>15</sup> Gênero não é exaustivo, nem consistente, porque é sempre interpelado por questões de raça, classe e sexualidade, e a estrutura binária de sexos e gênero não dá conta desta realidade.<sup>16</sup>

Performatividade<sup>17</sup> de gênero é um conceito chave para Butler. A autora define como “matriz heterossexual” esta “associação performativa”, e não natural nem biológica, entre corpo, gênero e desejo. De acordo com ela, o patriarcado pode ser entendido como uma matriz de heterossexualidade compulsória estruturada através de uma lógica binária que exclui subjetividades que não se alinham perfeitamente a estes polos. Segundo este tipo de análise, o discurso forja subjetividades – o homem “normal” e a mulher “normal” – atribuindo a cada um determinado comportamento social, identidade de gênero e comportamento sexual específico. Nesta concepção, a inteligibilidade de conceitos como corpo, orientação sexual e papel social só é possível com a repetição e naturalização de performances dentro desta matriz, e assim a distinção entre sexo e gênero torna-se problemática, como acima mencionado. Por um lado, corpos masculinos são associados a uma identidade masculina determinando comportamento viril e desejo sexual pelo sexo oposto. Por outro, o corpo feminino é correlacionado a uma identidade passiva e também desejo sexual pelo outro sexo.<sup>18</sup>

Eu pergunto qual configuração de poder constrói o sujeito e o Outro; a relação binária entre “homem” e “mulher”, e a estabilidade interna destes termos?

---

15 BUTLER. 1990, p.4

16 Sobre interseccionalidade e violência doméstica, ver CRENSHAW, 1991. Ver também BERNARDES e ALBUQUERQUE, 2016.

17 Aqui é necessária breve nota explicativa da performatividade de gênero para a autora. Ao estabelecer sua crítica à distinção sexo e gênero, Butler argumenta como o próprio corpo é um efeito discursivo, moldando-se conjuntamente a uma performance de gênero reiterada. (BUTLER, 1990). Duramente criticada por este argumento como se o mesmo negasse a materialidade do corpo, a teórica respondeu às críticas reiterando o conceito de performatividade. A performatividade reforça a concepção de que a performance não prescinde da regulação, ao contrário, uma performance de gênero só tem lugar dentro da normatividade que possibilita sua leitura. A performatividade, pois, é a performance reiterada dentro de suas condições normativas de inteligibilidade. (BUTLER, 1993)

18 BERNARDES, 2015.

[...] Seriam estes termos não problemáticos somente na medida em que eles se conformam à matriz heterossexual de conceptualização de gênero e desejo? O que acontece ao sujeito e à estabilidade das categorias de gênero quando o regime epistêmico da presunção da heterossexualidade é desmascarado como produtor e reificador destas ostensivas categorias ontológicas?<sup>19</sup>

Butler rejeita a afirmação do corpo como fundação para uma identidade substancial e pré-discursiva. Para ela, identidades serão sempre “performativas” ou performadas (*performed*), sempre “descontínuas” e instáveis, e não são “expressões” de uma essência anterior à cultura. Neste contexto, gênero deve ser entendido como algo que se “faz” e não algo que se “é” e identidade deve ser entendida como um resultado, não como um pressuposto, da performance. No seu livro *Problemas de Gênero*, Butler retoma criticamente o pensamento de Beauvoir para deixar mais clara sua concepção de “gênero”:

Em minha primeira leitura de Beauvoir, eu sugeri que corpos generificados eram variados ‘estilos da carne’. Estes estilos, todos, nunca são completamente auto-estilizados, porque estilos têm uma história, e essas histórias condicionam e limitam as suas possibilidades. Considere gênero, por exemplo, como um estilo corporal, um ‘ato’, que é tanto intencional quanto performático, onde ‘performático’ sugere uma construção dramática e contingente do significado.<sup>20</sup>

A autora afirma neste livro que melhor do que conceber gênero como um “projeto”, como ela havia feito no artigo anterior, ele deve ser concebido como uma estratégia de sobrevivência cultural, sempre inscrito em relações de poder históricas e com “consequências claramente punitivas”.<sup>21</sup> Com efeito, ela diz que “gêneros distintos são parte do que ‘humaniza’ indivíduos na cultura contemporânea; com efeito, nós regularmente punimos aqueles que falham ao construir corretamente seu gênero”.<sup>22</sup> A autora ilustra este processo humanizador de generificar alguém remetendo à primeira pergunta que se faz a uma mulher grávida: “É menino ou menina?” Aqueles

---

19 BUTLER, 1990, p. XXX.

20 BUTLER, 1990, p. 189-90 (grifo nosso).

21 BUTLER, 1990, p. 190

22 BUTLER, 1990, p. 190

que “falham” em fazer seu gênero corretamente, como os indivíduos LGBTI, são construídos como “o outro”, o abjeto, que de uma só feita transgridem e afirmam as fronteiras das identidades culturalmente permitidas. Da mesma forma, corpos não alinhados à “normalidade” biológica feminina ou masculina, como os dos interssexuais, são considerados “desvios” que devem ser corrigidos, através de cirurgia e/ou terapia. Talvez por isso as decisões do TJ-RJ relativas a casais de lésbicas não abordem a questão de gênero; porque essas mulheres “falharam” ao fazer seu gênero corretamente e tudo o que resta sobre o que se falar é o seu sexo feminino.

Voltando à análise das decisões do TJ-RJ, percebemos a construção da fragilidade/vulnerabilidade como atributo necessário ao reconhecimento da vítima enquanto tal. Constrói-se um perfil estreito de mulher para ser abrangido pelo discurso jurídico enquanto vítima, excluindo da proteção legal qualquer mulher que não habite o padrão descrito. Este tipo de operação discursiva neutraliza as questões estruturais e sistêmicas de poder que explicam a gravidade do fenômeno da violência doméstica, que ultrapassa em muito as relações pessoais entre vítima e agressor.

De acordo com a lógica mencionada acima, pode-se argumentar que indivíduos travestis e transgêneros, na medida em que não seriam, em princípio, “biologicamente vulneráveis”, não poderiam ser vítimas de violência baseada no gênero.<sup>23</sup> Contudo, não é justamente em razão de suas performatividades sociais similares a das mulheres, traindo o código de conduta dos “homens de verdade”, que estes indivíduos sofrem violência?<sup>24</sup> Em uma sentença de uma juíza de Goiás, aplicou-se a Lei Maria da Penha em um caso de violência doméstica contra uma mulher trans, baseando-se no conceito de “sexo social”, que se aproxima da ideia de sexo performativo. De acordo com ela, “não há dúvida sobre o sexo social da vítima, ou seja, a identidade que ela assume em face da sociedade”.<sup>25</sup> Mas esse ainda não é o entendimento prevalecente no TJ-RJ.

---

23 BUTLER, 1990. OLIVEIRA, 2015, p. 34.

24 Sobre homofobia e violência de gênero, ver GOMEZ, 2008.

25 TJGO 201103873908: “Destarte, não posso acolher o respeitável parecer ministerial e ignorar a forma pela qual a ofendida se apresenta perante a todas as demais pessoas, não restando dúvida com relação ao seu sexo social, ou seja, a identidade que a pessoa assume perante a sociedade Somados todos esses fatores (a transexualidade da vítima, as características físicas femininas evidenciadas e seu comportamento social), conferir à ofendida tratamento jurídico que não o dispensado às mulheres (nos casos em que a distinção estiver autorizada por lei), transmuda-se no cometimento de um terrível preconceito e discriminação inadmissível, em afronta inequívoca aos princípios da igualdade sem distinção de sexo e orientação sexual, da dignidade da pessoa humana e da liberdade sexual, posturas que a Lei Maria da Penha busca exatamente combater.”

Este artigo não pretende responder exaustivamente às questões acima levantadas, acerca do perfil de mulheres excluídas da proteção da LMP, mas apenas levantá-las. No entanto, para responde-las adequadamente, é importante pensar sobre os aspectos sistêmicos e discursivos da opressão de gênero, ou poder patriarcal, bem como sobre as possibilidades de agência e subversão dos sujeitos subalternizados. Discutiremos esse ponto a seguir.

#### 4. Sobre poder patriarcal e as possibilidades de agência e subversão

Tanto como uma construção social ou como um projeto pessoal, e não como um fato inafastável da natureza, pode-se se indagar em que medida as relações de gênero podem variar, o que nos leva à discussão sobre se as hierarquias de gênero subordinam todas as mulheres, ainda que em diferentes graus, ou apenas algumas, sob condições específicas. Como podemos pensar em emancipação feminina neste cenário? Há requisitos subjetivos que devem ser acessados em cada caso individual para se determinar se há uma situação de subordinação, ou a verificação de elementos objetivos é suficiente? Se Butler estiver correta e gênero for fabricado em um processo de performatividade social que constitui o sujeito, como podemos pensar a agência individual? São todas as mulheres necessariamente subjugadas e a emancipação feminina impossível?

De volta à aplicação da Lei Maria da Penha, O Supremo Tribunal Federal, na decisão da ADC 19 e da ADIn 4424 de 2012, não forneceu uma resposta direta para estas perguntas. Porém, declarou inconstitucional o dispositivo da lei que estabelecia o consentimento das vítimas como condição da ação penal nos casos de lesões corporais leves, alegando que mulheres, devido à subordinação de gênero existente, não estariam em posição de desistir da ação como expressão de um consentimento verdadeiro. Este entendimento pressupõe a compreensão da violência doméstica como um problema estrutural que, como tal, afeta a todas as mulheres<sup>26</sup>. Já o TJ-RJ, nas decisões lidas nessa pesquisa, tem formulado análises subjetivas da noção de opressão de gênero, invocando como razão de não incidência

---

26 Este entendimento, embora corresponda à demanda protetiva apontada por grupos feministas, não é unívoco entre as defensoras da legislação. A não necessidade da representação, bem como a impossibilidade de retratação, mesmo que calcadas em uma lógica de proteção dentro de um sistema de violências estruturais, na prática são, também, uma forma de tutela e, potencialmente, cerceamento de agência feminina frente a um sistema de justiça em grande medida patriarcal.

da LMP a inexistência da tal “intenção de dominação” do agressor, ou a inexistência de uma relação de submissão entre vítima e agressor (muito embora os fatos do caso concreto enquadrem-se perfeitamente nos incisos do art. 5 da LMP), ou mesmo ausência de vulnerabilidade da vítima. Encontramos também, em menor número, argumentos universalizantes e objetivos com relação à vítima (“ser mulher”), que poderiam referir-se à existência de uma realidade que afeta a todas as mulheres. No entanto, o recurso ao argumento de “ser mulher” não foi desenvolvido em nenhuma dessas decisões; não há um entendimento, nas decisões lidas, sobre o que significa “ser mulher”.

Em uma decisão polêmica e já célebre, a 7<sup>a</sup> Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro decidiu que não se pode pressupor a vulnerabilidade feminina como um dado e que ela tem que ser encontrada em cada situação específica. Os fatos do caso envolvem dois atores famosos, então namorados. Ele alegadamente bateu no rosto dela e a empurrou no chão, porque ela havia mostrado os seios durante uma peça na qual estava atuando. A Câmara argumentou que a Lei Maria da Penha protegia mulheres que eram vulneráveis à violência de gênero, reiterando a interpretação do sistema sexo/gênero que foi encontrada em diferentes acórdãos. Com efeito, a decisão cita a exposição de motivos da lei para dizer que a opressão de gênero é socialmente construída e que seria um erro aduzir qualquer justificativa biológica para a hierarquia entre os gêneros. Conclui disto que, do fato biológico de a vítima ser mulher, não podemos inferir automaticamente a vulnerabilidade e inferioridade do sujeito. É notório, segue a decisão, que a atriz em questão nunca foi oprimida ou subjugada por homens em nenhum sentido e, portanto, a Lei Maria da Penha não deveria ser aplicada no caso. Aqui, como em outras decisões do TJ-RJ, invocou-se a distinção sexo/gênero para enfraquecer a proteção à mulher, ao invés de fortalecê-la, o que era o objetivo feminista inicial da formulação desta distinção.

Há diversas considerações que podem ser tecidas aqui. Parece evidente que esta decisão assume uma perspectiva liberal de poder e ignora, ou ao menos não leva suficientemente em conta, o caráter disseminado e constitutivo da opressão de gênero. A decisão em tela pressupõe uma concepção de “poder” como um atributo do sujeito, um recurso que ele pode ou não ter. Epistemicamente, a decisão assume que existe um sujeito ontologicamente livre e autônomo, que pode ser “posteriormente” oprimido pela cultura. Neste sentido, o direito deve assegurar que não haverá constrangimentos

injustificáveis à autonomia de alguém. No caso específico, o TJ-RJ não encontrou nenhum, concluindo que a lei deve permanecer, portanto, neutra.

Contudo, no julgamento do recurso especial, a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça reformou a sentença e entendeu que a competência para decidir o caso era do JVDJM. O voto da ministra-relatora, Laurita Vaz, afirmou que a Lei Maria da Penha não exige prova de hipossuficiência e vulnerabilidade da mulher, isso é pressuposto de validade da própria Lei, reiterando que a Lei nº 11.340/2006 “aplica-se a namoros, ex-namoros, a todas as relações íntimas de afeto, independentemente de coabitação e classe econômica e social”.

O voto da ministra aproxima-se de visões sistêmicas do poder, tais como a de Butler e Foucault, que destacam o seu caráter disseminado, e criticam modelos monológicos, em que o poder é visto como um recurso subjetivo que se pode ou não ter, e modelos diádicos de poder, com foco na relação direta entre opressores e oprimidos.<sup>27</sup> Para Foucault, o poder tem que ser pensado como um efeito de estratégias colocadas em funcionamento micro práticas cotidianas, nas relações sociais, sempre tensas e dinâmicas. Poder não deve ser pensado com um “privilegio adquirido ou conservados da classe dominante, mas [como] o efeito de um conjunto de suas posições estratégicas, efeito manifestado e às vezes reconduzido pela posição dos dominados”.<sup>28</sup> Assim, opressão não é meramente um resultado de atos abusivos de algumas pessoas más, como explica Iris Young, também influenciada por análises foucaultianas de poder:

Seus causas estão enraizadas em normas, hábitos e símbolos não questionados, nas pressuposições das normas institucionais e nas consequências coletivas de seguir-se estas regras. (...) Neste sentido estrutural alargado, a opressão refere-se às vastas e profundas injustiças que alguns grupos sofrem como consequência de pressuposições inconscientes e de reações de pessoas comumente bem intencionadas em interações ordinárias, de estereótipos culturais e midiáticos, e de características estruturais das hierarquias burocráticas e mecanismos de mercado – em resumo, dos processos normais da vida cotidiana.<sup>29</sup>

---

27 Para concepções diversas de poder patriarcal, ver ALLEN, 2016. Para uma crítica didática à dinâmica do poder ver FRASER, 1993.

28 FOUCAULT, 1996.

29 YOUNG, 2009. p.56.

Neste paradigma, percebe-se que o poder, na sua micro-física, constitui a subjetividade masculina e feminina, tanto nos domínios públicos quanto privados, a partir de práticas e discursos publicamente institucionalizados, através do direito, inclusive. É justamente o processo de subjetivação descrito por Foucault que interessa à Butler, e o papel que o Direito desempenha nesses processos. Nos termos de Butler, não há caminho fora da cultura, que sempre impõe aos nossos corpos e gêneros uma dada inteligibilidade.

Inteligibilidade, esta, ambigualmente imposta à constituição subjetiva, o que recoloca a questão da agência. Se, ainda no diálogo de Butler com Foucault, o poder que inicia o sujeito também é o poder que impõe a vulnerabilidade como condição de inteligibilidade, como enfrenta-la/o? Como coloca ainda Butler em “A vida psíquica do poder”, a subordinação torna-se uma condição de possibilidade contínua do sujeito, posto que está embutida na sua constituição subjetiva, sendo recobrado continuamente para existência.<sup>30</sup> Trazendo para os termos da nossa discussão, em sentido bem explícito o poder jurídico, potencialmente defensivo, reitera a necessidade da vulnerabilidade – aqui uma especificamente feminina – para o reconhecimento jurídico. A mulher que não encena a trajetória constitutiva para ela traçada não é reconhecida como sujeito legal a ser protegido, sendo retirada de uma determinada esfera de existência. Ao aliar, assim, a incidência da Lei Maria da Penha a um gênero performado pela presença de hipossuficiência/fragilidade, as decisões apontadas repetem continuamente o poder da constituição de um determinado ser mulher.

Voltando ao caso da atriz, ambos os sujeitos envolvidos apresentavam performatividades condizentes com a matriz heterossexual. A atriz em questão subversivamente ousou desafiar o estereótipo da mulher comportada, ousou confrontar o então parceiro quando inquirida sobre isso, e ele sentiu-se autorizado a agredi-la por conta disto. Ela realmente parece ser uma mulher poderosa, como notou o Tribunal, e, ainda assim, foi por ele agredida. Com efeito, neste caso, parece que justamente por ser ela estar fora do estereótipo de fragilidade reiterado é que foi agredida. Este é o significado mais forte da opressão ou subordinação: o fato de que algumas pessoas terão de navegar através de obstáculos e desafios sociais que não existem em relação a indivíduos diferentemente posicionados na sociedade.<sup>31</sup>

---

30 BUTLER, 2017. p.21.

31 BERNARDES, 2015.

Adotando-se este entendimento sistêmico de poder e opressão, podemos compreender que as mulheres são colocadas em situação de maior vulnerabilidade à violência doméstica. Elas não precisam ser sujeitos frágeis e não precisa haver uma intenção explícita de dominação do agressor. A dominação que existe aqui faz parte das performances dos gêneros dos sujeitos em um conflito doméstico. É uma prática reiterada. Se isto estiver correto, podemos também perceber as questões de gênero existentes até mesmo nos conflitos entre filhos drogados e mães. Como explicar que na grande maioria das vezes, são as mães, e não os pais, que sofrem as agressões? Parece evidente que as construções culturais que “nomeiam” a mãe como a cuidadora do lar, dos filhos e dos idosos desempenham um papel importante aqui. A performatividade das mães as coloca em uma situação especialmente vulnerável a este tipo de agressão.

Entendemos que a compreensão dos aspectos estruturais da violência doméstica e familiar contra a mulher permite-nos entender como as vulnerabilidades sociais são produzidas, sem que o sujeito oprimido precise ser necessariamente pensado como um ser frágil e dependente. No entanto, os entendimentos judiciais mais comuns só têm sido capazes de enxergar a mulher a partir de uma ótica vitimizadora, como um sujeito menos potente.

Importante ressaltar que o caráter sistêmico do poder não impede possibilidades de agência e subversão. O argumento central de Butler é o de que não há nem pode haver estabilidade na definição da categoria mulher, ou de qualquer categoria identitária, na medida em que seus pressupostos fundacionalistas (neste caso, o sexo), podem ser “desfeitos” e revelados na sua historicidade carregada de relações de poder. Sem entrar, aqui, em sua crítica psicanalítica a Foucault, Butler aponta como mesmo percebendo a vulnerabilidade na constituição subjetiva do sujeito, a sua repetição nem sempre segue os propósitos que o poder assim define. De fato, é nas múltiplas possibilidades que essa repetição gera que a subversão encontra suas fissuras. Os termos do poder exercido pelo sujeito são, neste sentido, muito diversos dos termos do poder que o constitui.<sup>32</sup>

Assim, internamente descontínuas e instáveis, as identidades são marcadas por fissuras, de onde podem surgir também performatividades subversivas que ressignificam identidades. Certamente, as mulheres trans e as drag queens, ainda que inconscientemente, desempenham performatividades subversivas da identidade “mulher”. E também o fazem mulheres que desafiam o estereótipo de frágil, cuidadora e passiva, e mulheres feministas na luta contra a cultura

---

32 BUTLER, 2017.

do estupro, participantes das marchas das vadias, mulheres prostitutas e tantas outras. Importa, em termos de políticas públicas, atentar para as estruturas discursivas que reagem a essas subversões, inclusive através de formas de violência doméstica e familiar.

## 5. À guisa de conclusão

Se levarmos em conta a análise de Judith Butler, a possibilidade de se confiar na estabilidade e na clareza de categorias como “mulher” e “gênero” torna-se problemática. Todavia, a legislação e as políticas públicas procedem através da afirmação mais ou menos rígida de categorias tidas como estáticas. A aplicação da lei Maria da Penha, por exemplo, pressupõe a possibilidade de se identificar uma ação ou omissão baseada no gênero, bem como de se definir quais sujeitos são mulheres.

Como vimos, não obstante o crescente entendimento acerca do caráter cultural dos papéis de gênero, a busca pelas fundações que estabilizam estas categorias tem nos levado comumente de volta a algum fato supostamente científico e incontroverso: mulheres são naturalmente vulneráveis ou mulheres não são naturalmente vulneráveis. Quando o recurso à biologia não é explícito, recorre-se a uma visão cultural que emula atributos tidos como naturais. O aspecto performativo de ser uma mulher é, assim, tornado invisível e muitas formas de ser mulher ficam excluídas da definição legal sem um argumento coerente que justifique essa exclusão. Tal circunstância parece corroborar a crítica que Butler faz à distinção dos conceitos de sexo, enquanto realidade biológica e anatômica, e gênero, como construção social. Corpos são sexuados e generificados inexoravelmente e constituídos dentro de uma cultura que normaliza a heterossexualidade e identidades binárias e trata como patológico tudo que foge a esses alinhamentos.

## Referências

- ALLEN, Amy. “Feminists Perspectives on Power”. *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. 2016. Disponível em <http://plato.stanford.edu/entries/feminist-power/>.  
Anistia Internacional & Redress, *Gender and Torture: Conference Report*, Disponível em <http://www.redress.org/downloads/publications/GenderandTortureConferenceReport-191011.pdf>

- BEAUVOIR, Simone. *O segundo sexo*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980.
- BERNARDES, MARCIA NINA. La race de la violence de genre: analyse de la loi brésilienne contre la violence domestique. *Revue des droits de l'homme*, p. 1 - 21, 2019.
- BERNARDES, MÁRCIA NINA; ALBUQUERQUE, MARIANA IMBELLONI BRAGA. Violências Interseccionais silenciadas em Medidas Protetivas de Urgência. *REVISTA DIREITO E PRÁXIS*, v.7, p.01 - 26, 2016.
- BERNARDES, M. N. Aspectos Transnacionais da Lei Maria da Penha. *Direito, Estado e Sociedade (Impresso)*, v.45, p.20 - 40, 2014.
- BERNARDES, M. N.. Philosophical and Jurisprudential Issues on Domestic Violence and Gender Discrimination. In: Marcelo Galuppo; Monica Sette Lopes; Lucas Montijo; Karine Slagado; Thomas Bustamante. (Org.). *Human Rights, Rule of Law and the Contemporary Social Challenges in Complex Societies: Proceedings of the XXVI World Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy*. 1ed. Belo Horizonte: Initia Via, 2015, v. 1, p. 50
- BIROLI, Flávia. "Autonomia, opressão e identidades: a ressignificação da experiência na teoria política feminista". *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis. vol. 21, nº 1, pp 81-105, 2013.
- BUTLER, Judith. "Sex and Gender in Simone de Beauvoir's Second Sex". *Yale French Studies*, No. 72, 1986.
- BUTLER, Judith. *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity*. New York: Routledge, 1990.
- BUTLER, Judith. *Bodies that Matter: On the Discursive Limits of "Sex"*. Nova York, Routledge, 1993
- BUTLER, Judith. *Excitable Speech: a Politics of the Performative*. New York: Routledge, 1997.
- BUTLER, Judith. *A Vida Psíquica do Poder: teorias da sujeição*. São Paulo: Editora Autêntica, 2017
- CAMPOS, Amini Haddad & CORREA, Lindinalva Rodrigues. *Direitos Humanos das Mulheres*. Editora Juruá, 2007.
- CASTILHO, Ela Wiecko. "Estereótipos sexuais na justiça brasileira" in COOK, Rebecca. Rebecca Cook entrevistada por Débora Diniz. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2012, p. 51-62.
- COOK, Rebecca & CUSACK, Simone. *Gender Stereotyping: Transnational legal perspectives*. University of Pennsylvania Press, 2010.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos *Caso González et. al. vs. México* (Caso do Campo Algodoneiro). Julgamento 16 de Novembro de 2009

- (Exceções Preliminares, Méritos e Reparação). Opinião Concorrente da Juíza Cecília Medina Quiroga, paras. 1, 8-9.
- CRENSHAW, Kimberle. Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color. *Stanford Law Review*, Vol. 43, No. 6 (Jul., 1991), pp. 1241-1299.
- FOUCAULT, Michel. A arqueologia do saber. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.
- FRASER, Nancy. Beyond the Master/Slave Model: Reflections on Carole Pateman's Sexual Contract. *Social Text*, 37, A Special Section Edited by Anne McClintock Explores the Sex Trade, 1993, pp. 173-181.
- FREITAS, Lucia Gonçalves de. "Representações de papéis de gênero na violência conjugal em inquéritos policiais" in *Cadernos de Linguagem e Sociedade*, v. 12, p. 128-152, 2011.
- GOMEZ, Maria Mercedes. "Violencia por prejuicio" in MOTTA, Cristina & SAEZ, Macarena (org.) *La mirada de los jueces: sexualidades diversas em la jurisprudência latino-americana*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2008.
- MACKINNON, Catharine. "On torture: A feminist perspective on human rights", in Mahoney & Mahoney (eds) *Human Rights in the Twenty-First Century: A Global Challenge*, Dordrecht Neth: Martinus Nijhoff'. 1993.
- MEYERSFELD, Bonita. *Domestic Violence and International Law*. Oxford: Hart Publishing, 2010
- OLIVEIRA, Adriana Vidal de. *A Constituição da Mulher Brasileira: uma análise dos estereótipos de gênero na Assembléia Constituinte de 1987-1988 e suas consequências no texto constitucional* Orientador: Adriano Pilatti/ Tese (Doutorado) Pontificia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, 2012.
- ONU. *Resources for Speakers on Global Issues, Ending Violence Against Women and Girls*, United Nations, Disponível em: <<http://www.un.org/en/globalissues/briefingpapers/endviol/index.shtml>>
- Secretaria de Promoção das mulheres. Política Nacional de Enfrentamento da Violência Doméstica. 2011. Disponível em: <<http://www.sepm.gov.br/publicacoes-teste/publicacoes/2011/politica-nacional>>
- YOUNG, Iris. "Five Faces of Oppression" in George Henderson and Marvin Waterstone (eds.) *Geographic Thought: a Praxis Perspective*. New York: Routledge, 2009.

### Autoras convidadas.

# Independência como indiferença: *ne bis in idem* e múltipla incidência sancionatória em casos de corrupção

*Independence as indifference: ne bis in idem and multiple incidence in corruption cases*

Maíra Rocha Machado\*

FGV Direito SP – São Paulo, Brasil.

## 1. Introdução

Na última década, diversas pesquisas no campo do direito e das ciências sociais têm abordado a questão da multiplicidade institucional. De maneira geral, pode-se dizer que essas pesquisas se dedicam a descrever e extrair implicações jurídicas e políticas da atuação de diferentes áreas do direito e, portanto, de diferentes instituições, sobre um mesmo fato. Essa questão pode ser discutida a partir de várias perspectivas: a eficiência da multiplicação de recursos materiais e humanos para identificar e impor consequências jurídicas a um mesmo fato; a unidade ou integridade do sistema jurídico estatal diante de decisões eventualmente conflitantes; e, ainda, a violação de direitos individuais diante da multiplicidade de processos e sanções sobre os mesmos fatos. A depender da perspectiva adotada na pesquisa, a ênfase da argumentação estará nos prós e contras do arranjo institucional da multiplicidade, nos limites impostos pelo quadro

---

\* Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Professora do Programa de Mestrado e Doutorado da FGV Direito SP. Rua Rocha, 233, sala 915, CEP: 01330-000, São Paulo, SP. E-mail: maira.machado@fgv.br.

normativo para lidar com a questão ou, ainda, na elaboração de estratégias de solução dogmática ou legislativa para as dificuldades operacionais que a multiplicidade pode gerar.

No campo jurídico, o conjunto de pesquisas que tem alimentado o debate ao redor da questão da multiplicidade institucional pode ser organizado em dois grupos. No primeiro, estão as pesquisas dedicadas a pensar sobre as interações entre as áreas jurídicas: entre o direito penal e o direito civil, entre o direito penal e o direito administrativo, entre o direito civil e o direito administrativo<sup>1</sup>. No segundo grupo, estão as pesquisas que se debruçam sobre a regulação de um problema social específico e, a partir dele, elaboram sobre as interações entre as áreas jurídicas propiciadas por quadros normativos que estabelecem infrações, procedimentos e sanções que mobilizam múltiplas vias institucionais para lidar com o mesmo fato: meio ambiente, tributação, relações econômicas, além da corrupção, são os mais frequentemente tematizados<sup>2</sup>.

Em ambos os grupos, a expressão “multiplicidade institucional” é raramente utilizada para nomear a questão de fundo à qual as pesquisas, de diferentes formas, aportam. A opção, neste texto, por utilizá-la decorre de seu potencial descritivo para abarcar diversas dimensões da questão que, como se verá a seguir, são discutidas no campo do direito a partir de conceitos jurídicos específicos, como o *ne bis in idem* e a independência (ou autonomia) das esferas.

Diante desse cenário, o objetivo deste texto é se engajar nesse segundo grupo de pesquisas para observar, a partir do direito, a questão da multiplicidade institucional no campo específico do enfrentamento à corrupção no Brasil. Diversos fatores contribuem a justificar a adequação e relevância deste campo para a reflexão sobre a multiplicidade institucional. Nas últimas décadas, o tema da corrupção assumiu novo *status* na agenda social e política, tanto no Brasil como no exterior. Com ele, recursos massivos foram depositados na criação e no fortalecimento de instituições no Judiciário, no Legislativo e no Executivo para lidar com esses temas. Ao mesmo

---

1 Ver, entre outros, PUSCHEL e MACHADO (2008), ASSIS (2000), COSTA (2009), COSTA (2013), SILVEIRA (2008), MARQUES (2010).

2 Ver, especialmente, TANGERINO e GARCIA (2007), COSTA (2010) E SICA (2009). Para um balanço de situações de múltipla incidência na legislação brasileira na área do meio-ambiente, tributária, econômica, relações de consumo, e trânsito, ver SABOYA (2014, p. 261-270). Os trabalhos relacionados ao campo da corrupção e improbidade serão citados no decorrer deste texto.

tempo, fortes demandas da sociedade civil e da mídia ampliaram exponencialmente os mecanismos de controle público sobre a atuação dos órgãos estatais que, ademais, são instados também a prestar contas periódicas de suas atuações para organismos internacionais dedicados ao tema. Os resultados desse movimento, no plano normativo, podem ser observados pela promulgação de uma série de leis habilitando dezenas de instituições, nas esferas federal, estadual e municipal, a monitorar, investigar, responsabilizar e sancionar a prática de atos de corrupção<sup>3</sup>. Articulando-se com outros pesquisadores que se dedicaram, de diferentes formas, ao mesmo problema de pesquisa, este texto busca também consolidar e refletir de modo mais detido sobre questões que surgiram no decorrer de outras pesquisas desenvolvidas pela autora deste texto nos últimos anos<sup>4</sup>.

Para avançar sobre essa questão, este texto se propõe a realizar um exercício de sistematização e categorização das normas que regulam a interação entre diferentes áreas do direito. O objetivo é identificar *quais* são e como estão formuladas as normas que se referem a outras possibilidades de responsabilizar e sancionar uma mesma conduta. Esse exercício será realizado sobre um conjunto específico de leis, selecionado de acordo com critérios apresentados a seguir. Para ampliar as possibilidades de interpretação deste conjunto normativo, buscar-se-á observar também o modo como a doutrina brasileira percebe a questão da múltipla incidência. Tendo em vista que esse problema de pesquisa tem interessado também ao campo da ciência política – ver, especialmente, Power e Taylor<sup>5</sup> e Arantes<sup>6</sup> – este texto busca dirigir-se não apenas a quem se interesse sobre a construção normativa e doutrinária da multiplicidade institucional, mas também a quem se debruce sobre os arranjos políticos e institucionais do enfrentamento à corrupção no Brasil.

Para tanto, o texto organiza-se em três partes, além desta introdução. Na primeira, busca apresentar a questão da multiplicidade institucional a partir do estudo de leis selecionadas que, analisadas conjuntamente, evi-

---

3 Para uma descrição desse movimento, a partir de análise documental e entrevistas com atores da esfera federal, ver MACHADO e PASCHOAL (2016).

4 MACHADO, 2007 (sobre a relação civil-penal); 2009 (sobre a relação penal-administrativa); 2013 (sobre a departamentalização do saber jurídico) e 2014 (estudo de caso de múltipla incidência de sanções penais, civis e administrativas sobre os mesmos fatos, Caso TRT).

5 POWER; TAYLOR, 2011.

6 ARANTES, 2011.

denciam zonas de sobreposição no tocante às condutas e às consequências jurídicas aplicáveis (item 2.). Sob a denominação de “programas jurídicos sancionatórios” (item 2.1.), essas leis são estudadas a partir de suas normas de comportamento e de sanção (item 2.2.). A segunda parte aborda a questão da multiplicidade de outra perspectiva. Trata-se aqui de observar de que modo cada um desses programas regulamenta sua relação com os demais programas incidentes sobre os mesmos fatos (item 3.). Essas normas são de vários tipos, o que permite seu agrupamento a partir das funções que cumprem na regulação das interações entre diferentes programas jurídicos sancionatórios (item 3.1.). Para ampliar a compreensão desse conjunto normativo, a parte final desta seção dedica-se a explorar o modo como a doutrina, em especial a brasileira, tem observado as questões que emergem da multiplicidade institucional a partir de dois institutos jurídicos: a independência entre as esferas e o *ne bis in idem* (item 3.2). Por fim, a terceira parte consolida as questões levantadas no decorrer do texto com vistas a contribuir para a agenda de pesquisas em direito sobre a multiplicidade institucional em casos de corrupção (item 4.).

## 2. Um mesmo fato e várias formas de puni-lo

Integra o cotidiano dos juristas distinguir entre “os fatos” e “o direito”. Esses dois termos, e a relação entre eles, mobilizam grande parte da reflexão e do fazer jurídico. Mais especificamente, este texto interessa-se pelos fatos da vida que podem – ou não podem – ser observados como proibidos pelo direito. As proibições, quando consideradas violadas, podem gerar a imposição de consequências jurídicas. Tanto o reconhecimento da violação quanto a imposição de consequências dependem da decisão de uma autoridade competente em um procedimento também regulado pelo direito. Trata-se do que este texto irá denominar “programa jurídico sancionatório”.

Com essa expressão busca-se descrever os arranjos normativos que se formam no interior de diferentes áreas do direito e que estabelecem, ao menos, *normas de comportamento* (as proibições), *normas de sanção* (as consequências) e *normas de processo* (quem e como pode afirmar que a proibição foi violada e impor uma consequência)<sup>7</sup>. Esse quadro irá se complexificar mais a frente, mas

---

7 Essa formulação resulta de um exercício de utilização do “quadro normativo para descrição das normas penais”, desenvolvido por Álvaro Pires (MACHADO; PIRES *et al.*, 2010), para observar certas normas e as práticas de outras áreas do direito (civil e administrativo) que podem ser caracterizadas por estabelecer (i) proibições aos cidadãos, (ii) consequências jurídicas pela violação das proibições e (iii) autoridades e pro-

neste momento é suficiente indicar esses três componentes centrais. A principal função dessa tipologia é distanciar o leitor da tradicional organização do direito em áreas jurídicas (direito penal, direito civil, direito administrativo) de modo a aguçar a descrição dos diferentes “programas jurídicos sancionatórios” que se formam no interior ou na interface entre as áreas.

Desse modo, é possível dizer que no interior do que comumente designamos “direito penal” é possível identificar programas jurídicos sancionatórios (essa combinação de normas de comportamento, sanção e processo) distintos em caso de homicídio doloso (que, entre outras coisas, é julgado pelo Júri e muito dificilmente pode receber uma pena distinta da privação de liberdade) e em caso de “porte de drogas para consumo pessoal” (que, via de regra, é submetido a um juizado especial criminal e não pode, em hipótese alguma, receber pena de privação de liberdade). A mesma situação pode ser observada, na esfera civil, entre o “dano moral” e as ações de indenização, reguladas pelo Código de Processo Civil, e a “improbidade administrativa” que segue o rito previsto na lei da ação civil pública e pode resultar na aplicação de sanções pecuniárias e restritivas de direitos, além da obrigação de reparar o dano. Na esfera administrativa a diversidade de programas jurídicos sancionatórios aumenta exponencialmente diante das especificidades das proibições para as diversas atividades, dentro e fora da administração pública, envolvendo questões éticas, disciplinares, econômicas, ambientais etc.

Enfim, ao se adotar como lente de leitura um dado “programa jurídico sancionatório”, e não uma área do direito, evita-se projetar sobre um determinado conjunto de normas as características atribuídas à área do direito (se é norma penal, é mais grave, justamente por ser penal), bem como se favorece uma observação mais fina e acurada do conteúdo das normas estudadas – a improbidade “é administrativa”, mas o procedimento se dá perante o juízo “civil” e, observando bem, há normas do Código de Processo Penal que devem ser acionadas em determinadas situações, como nos casos de depoimentos do alto escalão do Executivo, membros do Judiciário e do Legislativo<sup>8</sup>. Em outras palavras, não se trata aqui de negar as especificidades

---

cedimentos para afirmar a primeira e impor a segunda. Esse “quadro normativo” foi desenvolvido a partir da distinção entre normas primárias e secundárias proposta por Hart. Para mais detalhes, ver MACHADO; PIREZ *et al* (2010), especialmente p. 18-23.

8 Lei 8429/92 (Improbidade Administrativa), art. 17, § 12. Aplica-se aos depoimentos ou inquirições realizadas nos processos regidos por esta Lei o disposto no art. 221, caput e § 1o, do Código de Processo Penal. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 2001).

das diferentes áreas do direito – até porque, como se verá a seguir, as normas de referência a outros programas fazem menção às áreas civil, penal e administrativa e não aos programas jurídicos sancionatórios específicos (item 3.1. *infra*). Trata-se, justamente, de adotar um quadro analítico que maximize as especificidades no interior das diferentes áreas, favorecendo, assim, a desnaturalização das categorias e conceitos jurídicos<sup>9</sup>. Esse quadro analítico foi bastante útil em outras pesquisas, mas parece especialmente interessante quando se trata de observar os arranjos jurídicos que se formam para responsabilizar e punir uma determinada situação problemática sobre a qual podem incidir duas ou mais áreas do direito, como no caso da corrupção.

Pois bem. No contexto dos programas jurídicos sancionatórios, objeto deste texto, o percurso entre os fatos e o direito aplicável exige uma longa e complexa sucessão de juízos a serem realizados, discutidos, demonstrados<sup>10</sup>. Para isso servem as normas de processo e os procedimentos que elas regulam. Nos documentos produzidos no decorrer desses procedimentos (peças, decisões e recursos), “fatos” e “direito” são normalmente abordados em seções separadas, permitindo observar que os primeiros constituem uma narrativa de eventos passados – lidos com as lentes do programa jurídico sancionatório em questão – a partir das informações e provas coletadas; e o segundo constitui o resultado do processo de incidência de certas *normas de comportamento* sobre tais fatos. Ambos estão igualmente submetidos à disputa: é possível haver profundas divergências tanto no modo como os fatos são recortados, selecionados e narrados quanto na escolha das normas que sobre eles incidirão<sup>11</sup>.

As experiências da vida, no entanto, tendem a não coincidir ponto a ponto com as normas de comportamento disponíveis. Dessa forma, não é incomum que sobre um mesmo fato possa incidir mais de uma norma de comportamento. E isso pode ocorrer de diferentes formas. Na primeira, um determinado fato, tal como narrado, envolve vários componentes pre-

---

9 É o que Margarida Garcia denomina “dessubstancialização das categorias jurídicas” (GARCIA, 2014).

10 Para uma discussão sobre este percurso no direito penal ver MACHADO e MACHADO (2009) e MACHADO e MACHADO (2013).

11 Como se verá a seguir, além das normas de comportamento, outros tipos de normas cumprem papel fundamental aqui. As normas que definem, por exemplo, a imputação de responsabilidade. A depender do programa, apenas pessoas jurídicas, apenas pessoas físicas, apenas funcionários públicos, combinações entre eles e assim por diante.

vistos em normas de comportamento diferentes, no interior de um mesmo programa, de modo a demandar mais de uma norma para “dar conta” do conjunto de elementos que o compõe. Mas pode ocorrer também que um mesmo fato esteja previsto em normas de comportamento previstas em diferentes programas jurídicos sancionatórios. É essa segunda situação que interessa aos objetivos deste texto.

Para avançar sobre esse ponto, as duas próximas seções apresentam as leis selecionadas para o desenvolvimento desta pesquisa. A primeira parte enfrenta as dificuldades em selecionar os programas que constituem o corpo empírico e propõe como critério as características da pessoa imputada – agente público e agente privado (pessoa física e pessoa jurídica) (item 2.1.). A segunda parte elabora mais detidamente sobre as normas de comportamento e sanção previstas nos programas jurídicos sancionatórios selecionados para análise (item 2.2.).

## 2.1. A seleção dos programas jurídicos sancionatórios

Extrapolando os objetivos desta pesquisa realizar um mapeamento exaustivo dos programas jurídicos sancionatórios mobilizados no enfrentamento à corrupção no Brasil. A própria identificação desses programas coloca desafios importantes tendo em vista que o termo “corrupção” é utilizado comumente para designar inúmeros comportamentos que podem ser praticados dentro e fora da administração pública, por pessoas físicas e jurídicas, bem como crimes que em nada se relacionam com a administração pública<sup>12</sup>.

Na legislação brasileira, o termo “corrupção” (no sentido de atos contra a administração pública) aparece no Código Penal para designar apenas três – corrupção passiva (art. 317), corrupção ativa (art. 333) e corrupção ativa em transação comercial internacional (art. 337-B) – dentre os 133 tipos penais presentes no Título XI – Dos crimes contra administração pública<sup>13</sup>. Nas demais leis estudadas nesta pesquisa, o termo aparece apenas na Lei

---

12 SILVEIRA (2013, p. 76-77) chama atenção para o fato de que o termo “corrupção” é utilizado na legislação penal para descrever crimes diversos como “corrupção de menores”, “corrupção de produtos alimentícios”, entre outros. Para o autor, a “sede própria da corrupção” localiza-se nos crimes contra a administração pública.

13 O Título XI é composto por 60 artigos que podem ser fragmentados e agrupados em 133 tipos penais em função das causas de aumento e diminuição. Para maiores informações, ver MACHADO e MACHADO (2008).

1079/50 (Crimes de Responsabilidade) na descrição de certas condutas<sup>14</sup> e na Lei 8112/90 (Estatuto do Servidor Público Federal), em meio aos 13 incisos que indicam a possibilidade de aplicação de pena de demissão (art. 132, XI). A Lei 8429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) ou a Lei 12.846/13 (denominada “Lei anticorrupção”) não utilizam o vocábulo – ainda que se dediquem, quase exclusivamente, a este tema. Tampouco podemos encontrá-lo na Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União (TCU), na Lei de Licitações ou na Lei Complementar 64/1990<sup>15</sup> – modificada em 2010 pela “Lei da Ficha Limpa” – ainda que não haja dúvidas de que participam, ativamente até, do arcabouço jurídico de enfrentamento à corrupção no Brasil. Deste muito breve levantamento é possível concluir que o uso do termo “corrupção” na legislação vigente contribui pouco à identificação sistemática dos programas jurídicos sancionatórios que participam deste campo.

Tendo em vista que o foco desta pesquisa está nas normas que regulamentam a interação entre programas, optou-se por construir um corpo empírico que favorecesse a identificação de situações nas quais mais de um programa jurídico sancionatório pudesse incidir sobre um mesmo fato. Para alcançar esse objetivo, a estratégia metodológica adotada aqui descartou o uso do termo corrupção nas normas de comportamento para atentar às *normas de enquadramento no programa*. Com essa expressão, este texto se refere às normas que estabelecem o quadro geral de possibilidades de incidência de um determinado programa jurídico sancionatório sobre um fato. Essas normas podem ser de vários tipos, podendo indicar aspectos materiais do fato – como tratar-se de ato lesivo à administração pública no âmbito do regime de licitações (Lei 8666/93, art. 82) – ou características das pessoas às quais pode ser imputada a violação de uma proibição. No campo da corrupção, é possível dizer que as características da pessoa a quem se imputa a violação de uma proibição constitui o principal indicador dos potenciais programas que podem incidir sobre um caso concreto, uma vez que os arranjos normativos serão distintos para Ministros de Estados, membros do Judiciário ou do Ministério Público, policiais federais, empresas, cidadãos, etc.

---

14 São elas: crime contra o livre exercício dos poderes constitucionais (art. 6º, 2), contra o exercício dos direitos políticos (art. 7º, 1) e contra a probidade na administração (art. 9º, 6).

15 A LC 64/90, listando as situações de inelegibilidade, refere-se à “corrupção eleitoral” (art. 1º, I, j) estando os atos de corrupção em sentido amplo agrupados sob a rubrica “crimes contra a administração pública” (art. 1º, I, e, 1.).

Cada pessoa física que ocupa cargo ou exerce função junto aos órgãos estatais está submetida a normas de comportamento e sanções previstas em leis específicas que estabelecem o regime jurídico geral do exercício dessas funções – entre elas, o que não se pode fazer e quais as consequências desses atos – que também estabelecem as autoridades incumbidas para decidir e impor sanções (corregedorias, comissões etc.). Esses programas jurídicos sancionatórios são alocados no direito administrativo, tendo em vista serem, via de regra, os próprios órgãos nos quais a pessoa imputada exerce suas funções as autoridades competentes para processar e sancionar. Pelas próprias características desses programas, eles não alcançam os cidadãos e as empresas (agentes privados, pessoas físicas e jurídicas) que eventualmente participaram do mesmo fato do qual decorre a imputação ao agente público. Para os propósitos desta pesquisa, que depende da análise do conteúdo específico das normas, selecionou-se o Estatuto do Servidor Público Federal (Lei 8112/90) pela abrangência das normas de comportamento previstas e pelo grau de explicitação das normas de processo.

Mas os agentes públicos, pelos mesmos fatos, podem estar sujeitos também a dois outros programas jurídicos sancionatórios regulados por lei federal e aplicados no âmbito do Poder Judiciário: as leis penais e a lei de improbidade administrativa – ambas aplicáveis também aos agentes privados (pessoas físicas). A legislação penal distingue em dois capítulos os crimes praticados por funcionários públicos (Título XI, Cap. I) dos crimes praticados por particular contra administração pública (Título XI, Cap. II). A Lei de Improbidade Administrativa, por sua vez, estabelece um mesmo rol de normas de comportamento, mas destaca que a lei se aplica a “qualquer agente público” (art. 1º)<sup>16</sup> e, no que couber, àquele que “mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie de forma direta ou indireta” (art. 3º). Esse último dispositivo alcança não apenas as pessoas físicas, mas também as pessoas jurídicas. Estas estão excluídas do alcance da legislação penal, mas foram amplamente contempladas pela Lei Anticorrupção que se dirige, justamente, à “responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública” (art. 1º).

---

16 Claro, as normas de enquadramento em função da pessoa no programa jurídico sancionatório previsto pela Lei de Improbidade Administrativa oferecem uma série de detalhes, vide íntegra do art. 1º e parágrafo único e art. 2.

O quadro 1, abaixo, sistematiza os programas jurídicos sancionatórios que serão abordados neste texto, organizando-os a partir das normas de enquadramento em função da pessoa imputada. Vários outros programas poderiam ser interessantes, como aqueles estabelecidos pela Lei de Licitações, pela Lei de Crimes de Responsabilidade ou pela Lei Orgânica do TCU, mas os quatro programas selecionados aqui já fornecem material empírico suficiente para os propósitos desta pesquisa.

### Quadro 1 – Programas jurídicos sancionatórios por norma de enquadramento em função da pessoa imputada

Agente público	Agente privado (pessoa física)	Agente privado (pessoa jurídica)
Estatuto do Servidor Público Federal (Lei 8112/90)	-	-
CPP e CP (Título XI, Cap. I)	CP e CPP (Título XI, Cap. II)	-
Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8429/92)	Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8429/92)	Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8429/92)
-	-	Lei Anticorrupção (Lei 12.846/13)

Tomados de maneira ampla, é possível dizer que esses programas se dirigem a proteger “a administração pública” utilizando, para tanto, diferentes denominações: “crime contra a administração pública” (Código Penal), “ato de improbidade” (Lei 8429/90), “ato lesivo à administração pública” (Lei 12.846/13) ou, simplesmente, “proibições” e “irregularidades” (Lei 8.112/90). No interior dessas categorias genéricas estão listadas, com maior ou menor grau de detalhe, as proibições, isto é, os comportamentos que podem gerar a aplicação das sanções. Esse é o segundo desafio a ser enfrentado para observar a questão da múltipla incidência sobre um mesmo fato, discutida a seguir.

## 2.2. Normas de comportamento e normas de sanção

As normas de comportamento estão redigidas, nesses programas, de diferentes maneiras e, em vários casos, recorrendo a termos amplos e genéricos – e não à descrição de condutas específicas. No Código Penal, as normas de comportamento estão associadas, no mesmo artigo, a uma norma de sanção, formando os “tipos penais”. Há diversos tipos penais no capítulo dedicado aos crimes praticados por funcionário público contra a administração: apropriar-se ou desviar bem público ou privado que tenha posse em razão do cargo (“peculato”, art. 312); inserir dados falsos em sistema informático (art. 313-A); emprego irregular de verbas públicas (art. 315); exigir vantagem indevida (“concussão”, art. 316); deixar de praticar ato de ofício em razão de vantagem indevida solicitada ou recebida (corrupção passiva na forma agravada, art. 317, parágrafo 1º); facilitar a prática de contrabando (art. 318); deixar de responsabilizar funcionário que cometeu infração (condescendência criminosa, art. 320), entre vários outros. Para todas essas condutas há previsão de pena de prisão que varia de “15 dias até um mês” no caso da condescendência criminosa (art. 320) a “2 anos e 8 meses até 16 anos” no caso da corrupção passiva em forma agravada (art. 317, parágrafo 1º). A pena de multa é cumulada com a pena de prisão em boa parte dos tipos e alternativa (prisão ou multa) em alguns casos em que a pena máxima de prisão é inferior a um ano.

Mas além dos tipos penais – a combinação entre uma norma de comportamento e uma norma de sanção –, o Código Penal estabelece a possibilidade de substituição das penas de prisão por penas restritivas de direitos quando inferiores a 4 anos e não praticadas com violência ou grave ameaça (art. 44). Dessa forma, várias das situações previstas acima podem vir a ser sancionadas com prestação pecuniária, perda de bens ou valores, prestação de serviço à comunidade, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana. Importante destacar que a substituição é realizada pelo juiz, após a condenação, no momento de decidir a pena. Isso significa que mesmo as condutas mais graves apontadas acima, como a facilitação do contrabando, com mínima de 3 anos de prisão, pode ser substituída por uma ou duas penas restritivas de direito (art. 44, parágrafo 2º). Para decidir a substituição, o Código Penal estabelece que o juiz deverá levar em conta “a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado” e a suficiência da medida diante das circunstâncias do crime (art. 44, III).

O Código Penal prevê, ainda, outras normas de sanção (ou seja, consequências jurídicas pela violação de uma norma de comportamento) sob a denominação de “efeitos da condenação”. Para os casos tratados aqui, importa indicar a obrigação de indenizar o dano e a perda de bens oriundos do crime (art. 91, I e II), bem como a perda do cargo, função pública ou mandato eletivo nas hipóteses indicadas no art. 92, I<sup>17</sup>.

A Lei de Improbidade Administrativa, por sua vez, utiliza outra técnica de redação e prevê normas de comportamento em três artigos, e as sanções aplicáveis a eles em outro. As normas de comportamento estão divididas entre atos de improbidade que “importam enriquecimento ilícito” (art. 9), “que causam prejuízo ao erário” (art. 10) e que “atentam contra os princípios da administração pública” (art. 11). Esse último artigo, por exemplo, estabelece de forma bastante geral que “constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições”. Desta definição seguem nove incisos que exemplificam algumas situações específicas, como “retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício” (art. 11, II) ou o recentemente incluído “deixar de cumprir exigência de requisitos de acessibilidade previstos na legislação” (art. 11, IX).<sup>18</sup> Tal como redigido o art. 11, inúmeras condutas - para além daquelas que mais rapidamente se associam com a ideia de corrupção - podem ser consideradas como improbidade administrativa. É o caso da prática de tortura por policiais<sup>19</sup>. No artigo subsequente, as normas de sanção, denominadas “penas” pela lei, estabelecem a perda de bens (para o caso do “enriquecimento ilícito” e do “prejuízo erário”, art. 9 e 10) e, para as três categorias de improbidade: ressarcimento integral do dano, perda da função pública, proibição de contratar com o Poder

---

17 Destaca-se que a perda do cargo, função ou mandato não é automática “devendo ser motivadamente declarad[a] na sentença” (art. 92, parágrafo único). Trata-se também de “entendimento pacificado” pelo STJ. Ver, por exemplo, AgRg no REsp 1459396/MG, 11/10/2016, Rel. Ministro Felix Fischer; AgRg no AREsp 818917/ES, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 01/02/2016; AgRg no REsp 1459396/MG; AgRg no REsp 1496122/PR; AgRg no AREsp 916995/PR; REsp 1546149.

18 Esse último inciso foi inserido pela Lei 13.146/2015.

19 Ver, por exemplo, acórdão do STJ: “[a] hipótese dos autos diz respeito ao ajuizamento de ação civil pública em face de agentes da Polícia Civil do Distrito Federal, imputando-lhes a realização de ato de improbidade administrativa violador do artigo 11 da Lei 8429/92 decorrente da suposta prática de crime de tortura.” (REsp 1200575/DF, 11/06/2015, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques). E, ainda, REsp 1317487/MT, 07/08/2014, Rel. Ministra Laurita Vaz.

Público, suspensão dos direitos políticos e multa. O período de tempo pelo qual deve vigorar a proibição de contratar e a suspensão dos direitos, bem como o modo de cálculo da multa variam de acordo com a categoria do ato de improbidade.<sup>20</sup> Podem ser aplicadas cumulada ou alternativamente “de acordo com a gravidade do fato” (art. 12).

No tocante aos regimes disciplinares, a Lei dos Servidores Públicos Federais, selecionada nesta pesquisa, elenca entre as “proibições”, condutas de muitos tipos. Desde “ausentar-se do serviço durante o expediente” (art. 117, I) ou “proceder de forma desidiosa” (art. 117, XV) até situações mais próximas às tratadas aqui como “receber propina, comissão ou vantagem de qualquer espécie, em razão de suas atribuições” (art. XII). Mais à frente, no capítulo dedicado às “penalidades”, estão listadas: advertência, suspensão, demissão, cassação de aposentadoria e destituição de cargo ou função (art. 127). Vale destacar que a pena de suspensão pode ser convertida por multa “quando houver conveniência para o serviço público”, situação na qual o funcionário será obrigado a permanecer em serviço (art. 130, parágrafo 2º). Também outra forma de redação das normas de comportamento e das normas de sanção se apresenta nesse caso, especialmente no artigo 132, que estabelece no *caput* a norma de sanção “a demissão será aplicada nos seguintes casos” e, nos incisos, elenca normas de comportamento que podem gerar a demissão. Dentre elas estão: “crime contra administração pública” (art. 132, I); “improbidade administrativa” (art. 132, IV), “aplicação irregular de dinheiros públicos” (art. 132, VIII), “corrupção” (art. 132, XI), entre outros.

São inúmeras as sobreposições que podem se formar tanto no tocante às normas de comportamento quanto de sanção. As normas de comportamento amplas e genéricas da Lei de Improbidade Administrativa – e a remissão a ela pelo Estatuto dos Servidores – podem abranger todas as normas de comportamento previstas no Código Penal. Todas elas, no mínimo, atentam contra os princípios da administração pública, o que permitiria a incidência da Lei de Improbidade e, por via de consequência, do

---

20 Desse modo, considerando os art. 9, 10 e 11, nesta ordem, a proibição de contratar com o Poder Público é definida de modo fixo por 10, 5 e 3 anos, respectivamente; a suspensão dos direitos políticos por variar de 8 a 10 anos, 5 a 10 anos e 3 a 5 anos. Por fim, a multa, para o art. 9, é calculada a partir do acréscimo patrimonial, podendo atingir 3 vezes este valor; para o art. 10 é calculada a partir do valor do dano causado ao erário, no máximo duas vezes este valor; e a do art. 11, é calculada a partir da remuneração percebida pelo agente, podendo alcançar 100 vezes este valor. (art. 12, incisos I, II e III).

Estatuto dos Servidores. Mas essa possibilidade de incidência em abstrato dos três programas jurídicos sancionatórios dependerá de que o mesmo fato, chegando ao conhecimento de uma das autoridades responsáveis por investigá-lo, processá-lo e puni-lo, seja por ela comunicado às demais autoridades. Este ponto será abordado na seção a seguir (item 3.1.).

No tocante às sanções, a breve narrativa feita aqui busca justamente chamar atenção para dois pontos. Primeiro: é empiricamente incorreto associar a atuação da “esfera penal” no enfrentamento à corrupção com a imposição de pena de prisão. Como se viu, penas restritivas de direito e multas podem ser as únicas sanções aplicáveis em muitos casos. Os milhares de processos criminais relacionados ao enfrentamento da corrupção que tramitam atualmente no Brasil não se referem apenas aos grandes escândalos envolvendo políticos de alto escalão, grandes esquemas e operações que duram anos<sup>21</sup>. Um levantamento sistemático de jurisprudência sobre este ponto seria de enorme contribuição para traçar um perfil mais claro das pessoas que têm sido processadas por esses crimes. De todo modo, o Código Penal prevê a possibilidade de um conjunto mais amplo de sanções – várias delas previstas também nos demais programas discutidos aqui.

O segundo ponto diz respeito à previsão, nos três programas jurídicos sancionatórios, da perda do cargo ou função. Mesmo aparecendo como “efeito da condenação”, no Código Penal; como “pena” na Lei de Improbidade Administrativa; e na forma de “demissão” para os ativos ou de “cassação da aposentadoria” para os inativos, o efeito é o mesmo. A pena de multa, diferentemente, tem incidência mais diversificada a depender da norma de comportamento específica. Como se viu, pode ser cumulada ou alternativa à pena de prisão no Código Penal, pode ser cumulada ou alternativa às demais penalidades previstas na Lei de Improbidade Administrativa ou ser aplicada em substituição à suspensão, no caso do Estatuto do Servidor.

---

21 Por intermédio da Meta 18 (renomeada Meta 4 em 2013), o CNJ convocou todos os tribunais do país a identificar e julgar os processos de improbidade administrativa e crime de corrupção distribuídos que aguardavam decisão. De acordo com o CNJ, havia 197,8 mil processos distribuídos até dezembro de 2012 nessa condição. Para uma síntese dos resultados anuais obtidos, ver <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79332-tribunais-cumprem-55-da-meta-de-combate-a-corrupcao-no-pais> (acesso em 30.10.2016). O último relatório referente à Meta 4, de 2016, especificando por tribunal o número de processos julgados e a julgar encontra-se disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/c6ab682092b-8f3b5bad2c9399141ef30.pdf> (acesso em 30.10.2016).

### 3. Por um quadro descritivo da múltipla incidência

A múltipla incidência de programas jurídicos sancionatórios sobre um mesmo fato não é necessariamente observada como um problema no campo jurídico. A disputa argumentativa se estabelece ao redor de dois componentes: a “independência das esferas” e o *ne bis in idem*<sup>22</sup>. Como se verá no decorrer desta seção, esses dois componentes, tal como formulados por convenções internacionais, pela legislação nacional e pela doutrina não esgotam as possibilidades de normatização das interações entre diferentes programas jurídicos sancionatórios. Por essa razão, esta pesquisa buscou sistematizar, no âmbito dos programas selecionados anteriormente, as normas que, de diferentes maneiras, referem-se a outros programas com o objetivo de construir um quadro normativo de possibilidades de interação entre diferentes programas (3.1.). Em seguida, a partir da produção doutrinária sobre “independência das esferas” e *ne bis in idem*, a segunda parte desta seção busca refletir sobre o sentido atribuído a esses componentes, especialmente no tocante aos programas jurídicos sancionatórios estudados aqui (3.2.).

Antes de avançar, é importante registrar que os componentes tratados conjuntamente nesta seção têm desenvolvimentos bastante assimétricos. É vasta a literatura sobre *ne bis in idem*, no Brasil e no exterior, parte percorrendo suas transformações ao longo dos séculos e parte extraindo implicações concretas para problemas jurídicos contemporâneos. “Muita história e, ao mesmo tempo, muita atualidade”, como diz Ottaviano<sup>23</sup>. O significado e o alcance da locução latina *ne bis in idem* – “não duas vezes o mesmo” – vêm sendo disputados pela doutrina jurídica desde suas origens<sup>24</sup>. O que

---

22 Chamados aqui simplesmente “componentes” do debate jurídico pois extrapola aos objetivos deste texto repertoriar e dar sentido à variação na nomenclatura que se pode encontrar na doutrina, já que ambos podem ser antecedidos dos termos “regra” e “princípio”.

23 OTTAVIANO, 2010, p. 797.

24 Suas origens são atribuídas à Lei das Doze Tábuas, no final do século IV a.C., assumindo diferentes formas ao longo dos séculos (SABOYA, 2014: p. 7-19). No direito moderno, o princípio aparece na Constituição Francesa de 1791 (art. 9º) e na 5ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América, em 1887 e foi explicitamente integrado ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas (adotado em 1966 e promulgado no Brasil em 1992 – Dec. 592/1992) e à Convenção Americana de Direitos Humanos, ambos ratificadas pelo Brasil (adotada em 1969 e promulgada no Brasil em 1992 - Dec. 678/1992). Para um balanço da literatura sobre essa expressão, seus alcances e limites em diferentes momentos históricos, ver SABOYA (2014), especialmente o primeiro capítulo “Aspectos universais do princípio do *ne bis in idem*”.

exatamente não pode ser repetido? A qualificação jurídica? O processo? A sanção? A proibição de cumulação aplica-se apenas no interior do programa jurídico sancionatório estabelecido pelo Código Penal e de Processo Penal ou a outros programas jurídicos sancionatórios também?

A “independência entre as esferas”, diferentemente, não conta com o mesmo suporte de elaboração conceitual. Parte dessa diferença explica-se pela previsão normativa do *ne bis in idem* em convenções internacionais, o que revela a um só tempo sua aceitação como garantia jurídica bem como sua difusão, em função disso, para diversos países. Já a “independência das esferas” parece ser, no contexto brasileiro, resultado de um duplo movimento: o processo de diferenciação entre as esferas civil e penal no final do século XIX e início do século XX e, mais recentemente, a expansão do direito administrativo sancionador e, conseqüentemente, das hipóteses de incidência simultânea ao direito penal.

O que interessa a esta pesquisa é observar de que modo convivem esses dois componentes no direito brasileiro e o que aportam ao debate mais amplo sobre a múltipla incidência em casos de corrupção. Como se verá no decorrer desta seção, a depender do conteúdo jurídico atribuído a cada um deles, *ne bis in idem* e “independência das esferas” podem ser observados como plenamente compatíveis ou como absolutamente incompatíveis – nesse último caso, diante da resolução de um caso concreto, um deles precisaria ser neutralizado para que o outro possa prevalecer. Nesta pesquisa, foi possível encontrar posicionamentos doutrinários nos dois sentidos – e soluções intermediárias também. A elas dedica-se a parte final desta seção. Antes, contudo, apresenta-se o quadro descritivo de possibilidades de interação entre os programas jurídicos sancionatórios estudados nesta pesquisa.

### 3.1. Normas de referência a outros programas jurídicos sancionatórios

O estudo dos programas jurídicos sancionatórios selecionados aqui permite observar a existência de normas diferentes daquelas que prescrevem comportamentos, indicam sanções, regulamentam procedimentos ou estabelecem as regras gerais de enquadramento de um determinado programa. Trata-se das normas que se referem a outros programas jurídicos sancionatórios diferentes daquele no qual a norma se insere. A expressão “referir-se a” indica que a busca por essas normas foi feita de modo

bastante amplo, mais amplo do que os termos “conexão” e “articulação” poderiam indicar<sup>25</sup>. Desse modo, na seleção das normas discutidas nesta seção, o critério central foi a menção a outros programas jurídicos sancionatórios, qualquer que fosse o conteúdo dessa menção. Como se verá a seguir, em alguns casos a referência dirige-se a todo um programa – quando emprega, por exemplo, as expressões “responsabilidade civil”, “responsabilidade criminal”, “responsabilidade administrativa” – e, em outros, a apenas alguns aspectos dele – apenas as normas de sanção, apenas as normas de processo etc.

Selecionadas desta forma, foi possível identificar três tipos de conteúdo: as normas que estabelecem o dever de *comunicar a existência de um procedimento* a outro programa (grupo 1); as normas que *afirmam a possibilidade de incidência múltipla* de mais de um programa sancionatório (responsabilidade ou sanção); e, por fim, as normas que, além de afirmar a incidência múltipla, *descrevem implicações* de um programa em outro (grupo 2). Estes dois últimos tipos de conteúdo aparecem, em alguns casos, em uma mesma norma. Por essa razão serão tratados em conjunto a seguir.

No tocante ao primeiro grupo, normas que prescrevem a comunicação de um programa a outro, foi possível observar quatro variáveis: os programas jurídicos envolvidos (1.), o momento do procedimento em que essa comunicação deve ser feita (2.), se a comunicação é automática ou depende de deliberação específica para esse fim (3.) e, ainda, se a norma em questão especifica o que deve ser feito com a comunicação no programa ao qual a informação é encaminhada (4.). O quadro abaixo resume as normas encontradas nos programas estudados aqui a partir dessas quatro variáveis.

---

25 Esta pesquisa modifica, portanto, o alcance da categoria normativa “normas de conexão ou articulação” que integra a formulação original do quadro descritivo de normas penais desenvolvido por Álvaro Pires. Ver nota de rodapé 5, *supra*.

## Quadro 2 – Normas de referência a outros programas (grupo 1 - comunicação)

Estatuto do Servidor Público Federal	Art. 154. P. ú. Na hipótese de o relatório da sindicância concluir que a infração está capitulada como ilícito penal, a autoridade competente encaminhará cópia dos autos ao Ministério Público, <i>independentemente</i> da imediata instauração do processo disciplinar.	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 1. Ao “Ministério Público”</li> <li>- 2. Comunicação independe de instauração do processo disciplinar</li> <li>- 3. Comunicação decorre de conclusão sobre ilicitude penal (juízo sobre outro programa)</li> </ul>
	Art. 171. Quando a infração estiver capitulada como crime, o processo disciplinar <i>será remetido</i> ao Ministério Público para instauração da ação penal, ficando trasladado na repartição.	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 1. Ao “Ministério Público”</li> <li>- 2. No decorrer do processo disciplinar</li> <li>- 4. “para instauração de ação penal”</li> </ul>
Código Penal	Art. 92. São também efeitos da condenação: I – a perda do cargo, função pública ou mandato eletivo: a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a administração (...). P.u. Os efeitos (...) <i>não são automáticos</i> , devendo ser motivadamente declarados na sentença.	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 1. Necessidade de comunicação à administração está implícita.</li> <li>- 2. Após o trânsito em julgado da sentença</li> <li>- 3. Depende de fundamentação específica</li> <li>- 4. Comunicação do “efeito da condenação” é condição para que seja efetivada (só a administração pública pode efetivar a perda do cargo)</li> </ul>
Lei de Improb. Adm.	Art. 15. A comissão processante <i>dará conhecimento</i> ao Ministério Público e ao Tribunal ou Conselho de Contas da existência de procedimento administrativo para apurar a prática de ato de improbidade. (...)	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 1. Ao “Ministério Público”</li> <li>- 2. No decorrer do procedimento administrativo</li> <li>- 3. Comunicação decorre de instauração de procedimento para apurar ato de improbidade (automática)</li> <li>- 4. “para apurar”</li> </ul>
Lei Anti-corrupção	Art. 15. A comissão designada para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica, após a conclusão do procedimento administrativo, <i>dará conhecimento</i> ao Ministério Público de sua existência, para apuração de eventuais delitos.	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 1. Ao “Ministério Público”</li> <li>- 2. Após a conclusão de procedimento administrativo</li> <li>- 3. Comunicação decorre de conclusão do procedimento administrativo (automática)</li> <li>- 4. “para apuração”</li> </ul>

No tocante aos programas jurídicos envolvidos (1.), todos os programas estudados aqui dispõem de normas que estabelecem o dever de comunicar ao Ministério Público a existência de um procedimento administrativo. A única situação de comunicação no sentido inverso, isto é, do Judiciário para a Administração, é a norma de sanção prevista no Código Penal sob a forma de “efeito da condenação”. Aqui, um dever de comunicar está implícito: a única forma de efetivar a perda do cargo em função de sentença penal condenatória transitada em julgado é mediante comunicação ao órgão administrativo competente para demitir o funcionário<sup>26</sup>.

Nos demais casos, trata-se de comunicar ao Ministério Público. Comunicação que pode ser realizada antes mesmo da instauração de processo disciplinar, em seu decorrer ou após sua conclusão, a depender do programa jurídico sancionatório em questão (2.). Tanto a Lei de Improbidade quanto o Estatuto indicam que, uma vez instaurado o processo administrativo, deverá ser feita comunicação ao Ministério Público. Mas, como se nota no quadro acima, o Estatuto abre a possibilidade de a autoridade administrativa realizar essa comunicação antes e “independentemente de imediata instauração de processo disciplinar”. Na Lei anticorrupção, diferentemente, estabelece-se que a comunicação deverá ocorrer após a conclusão do processo administrativo. Vale chamar atenção para o fato de que essa norma foi modificada em 18.12.2015, pela Medida Provisória 703/2015 para prever a comunicação ao Ministério Público “após a *instauração* do processo administrativo”. Essa formulação vigorou até 29.05.2016, quando foi declarado o encerramento do prazo de vigência da MP<sup>27</sup>. A breve exposição de motivos da MP 703/2015 não explicita a razão da alteração dessa norma especificamente.

De todo modo, o que está em jogo aqui é a “robustez” do conjunto de informações que será enviado ao Ministério Público. Isto é, quando a comunicação se dá logo no início do procedimento administrativo, seu percurso, com a eventual produção de provas que descaracterizem o fato inicialmente narrado como infração, não será levado em conta pelo

---

26 Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que “[d]iante do trânsito em julgado de sentença penal condenatória que decreta a perda do cargo público, a autoridade administrativa tem o dever de proceder à demissão do servidor ou à cassação da aposentadoria, independentemente da instauração de processo administrativo disciplinar, que se mostra desnecessária.” RMS 22.570/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves de Lima, 18/03/2008.

27 Ato declaratório do Presidente da Mesa do Congresso Nacional no 27/2016.

Ministério Público no momento de sua decisão sobre o início de procedimento civil e/ou penal para apurar os fatos descritos na comunicação recebida do órgão administrativo. É claro que ao Ministério Público caberá realizar um juízo sobre a suficiência das informações recebidas antes de se movimentar para instauração de inquérito ou ação penal e/ou civil. Mas, do outro lado da moeda, estão os prazos prescricionais. Aguardar a conclusão de procedimento administrativo, em prol da maximização das chances de comunicar ao Ministério Público um caso em que já se produziu provas e já se ouviu a defesa, pode estender o tempo de tramitação dos procedimentos de modo a inviabilizar a atuação judicial em virtude da prescrição. Há uma série de questões a serem pensadas e discutidas com relação a esse ponto, que toca diretamente a temática da multiplicidade institucional.

Outro aspecto a ser observado nessas normas diz respeito ao caráter automático ou especificamente deliberado dessa comunicação (3.). “Automático” refere-se aqui às situações nas quais a administração decide instaurar o processo administrativo e, em decorrência disso, *dá conhecimento* ao Ministério Público. Ou seja, o alcance de sua decisão diz respeito ao seu próprio programa e dele decorre a comunicação a outro – é o que ocorre na Lei de Improbidade e na Lei Anticorrupção. Note-se que essa situação é sensivelmente distinta das normas previstas no Estatuto do Servidor Público que atribuem ao órgão da administração a realização de juízos sobre a incidência de normas de outro programa. Os dois dispositivos citados no quadro 2 referem-se à capitulação como “ilícito penal” ou “como crime” como juízo a ser realizado pela própria esfera administrativa. Isto é, essas normas exigem que a autoridade administrativa decida também sobre a capitulação na esfera penal e, em virtude disso, comunique ao Ministério Público. No caso da perda do cargo prevista no Código Penal ocorre uma terceira possibilidade: a autoridade (no caso, o juiz penal) deve fundamentar a necessidade de imposição do efeito “perda do cargo”, não basta a condenação nas condições previstas na norma<sup>28</sup>.

---

28 Apenas como ilustração, a necessidade de deliberação específica para o fim de comunicar a outro programa jurídico sancionatório está prevista na Lei de Crimes de Responsabilidade, especificamente no rito para Presidente e Ministros. De acordo com o art. 33, diante de condenação por crime de responsabilidade e “no caso de haver crime comum”, o Senado “deliberará ainda sobre se o Presidente o deverá submeter à justiça ordinária, independentemente da ação de qualquer interessado”.

Ligado ao anterior, o quarto aspecto observado nesse conjunto de normas de referência diz respeito ao modo como um determinado programa se refere ao que deverá ser feito pelo outro ao receber a comunicação (4.). No Estatuto dos Servidores Públicos que, como se viu, já atrai para si o juízo sobre a capitulação penal, a norma prescreve que a comunicação ao Ministério Público é para “instaurar a ação penal”. A Lei Anticorrupção, diferentemente, indica, nos dois dispositivos, a comunicação com o fim de “apurar” tanto “a prática de ato de improbidade” quanto “eventuais delitos”. A Lei de Improbidade possui o mesmo teor. Isso é, essas normas indicam que o Ministério Público, diante da comunicação, pode ficar inerte, deverá ao menos *apurar* se deve ou não instaurar ação penal, pois não há previsão normativa específica.

Em conjunto, essas normas permitem observar que diante de múltipla incidência reconhecida pelos órgãos administrativos – seja porque “capitulou” como ilícito penal ou ato de improbidade, seja porque decidiu instaurar um procedimento que acarreta a comunicação – o envio do caso ao Ministério Público pode gerar o início de novos procedimentos, simultâneos aos procedimentos administrativos em curso. Dessa forma, não se trata de um encadeamento de procedimentos no qual um programa conclui suas atividades e encaminha para outro – com exceção da Lei Anticorrupção, como se viu. Mas sim de proceder à comunicação – e, portanto, à possibilidade de início de procedimentos em outros programas – no início e durante o procedimento administrativo. No campo da corrupção, este movimento tende a ser o mais frequente: órgãos administrativos responsáveis pelo monitoramento de um amplo número de atividades e detentores de “corregedorias” que recebem denúncias de eventuais práticas irregulares, tendem a ser os primeiros a identificar a incidência das normas de comportamento sobre um fato qualquer. Não por outra razão, vários outros programas jurídicos sancionatórios têm normas semelhantes de comunicação ao Ministério Público<sup>29</sup>. Lá chegando, caberá aos membros do Ministério Público decidir pela instauração de procedimentos no âmbito dos programas jurídicos sancionatórios nos quais é competente para atuar: tanto o Código Penal quanto a Lei de Improbidade Administrativa. Tendo em vista

---

29 Ver, por exemplo, Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, art. 16, par. 3º: Verificada a ocorrência prevista no parágrafo anterior deste artigo [irregularidade das contas com dano ao Erário ou desvio de valores], o Tribunal providenciará a imediata remessa de cópia da documentação pertinente ao Ministério Público da União, para ajuizamento das ações civis e penais cabíveis. E ainda, LC 64/90, art. 22, XIV.

as inúmeras possibilidades de sobreposição das normas de comportamento entre esses dois programas, discutidas acima, não é surpreendente, ou incomum, que ambos procedimentos sejam iniciados<sup>30</sup>.

Pois bem, é diante desse quadro de sobreposições de normas de comportamento e de normas de referência voltadas a garantir a comunicação de potenciais violações entre programas jurídicos sancionatórios distintos que esta seção passa agora a discutir os outros dois grupos de normas de referência: as normas que *afirmam a possibilidade de incidência múltipla* de mais de um programa sancionatório (responsabilidade ou sanção) e as normas que, além de afirmar a incidência múltipla, *descrevem implicações* de um programa em outro. O quadro 3, abaixo, sistematiza as normas identificadas nos programas discutidos aqui. Vale notar que o Código Penal em vigor não estabelece normas desse tipo. Está no Código Civil, nos mesmos termos desde a codificação de 1917, a norma que expressa a relação entre a “responsabilidade civil” e a “responsabilidade criminal”. Por essa razão, o Código Civil será a lei discutida a partir de agora no tocante ao programa jurídico sancionatório previsto no Código Penal e no Código de Processo Penal<sup>31</sup>. No quadro a seguir, o Código Civil aparece em coluna única, para preservar a redação original do dispositivo que tanto afirma a múltipla incidência como indica as implicações.

---

30 Especificamente sobre a questão da múltipla incidência de crimes e atos de improbidade administrativa sobre os mesmos fatos, ver MACHADO (2015).

31 A norma contida no Código Penal de 1890 – “a isenção da responsabilidade criminal não implica a da responsabilidade civil” (art. 31) – não foi reproduzida no Código de 1940 ou na reforma de 1984. Mas migrou para o Código Civil que, desde 1917 contém a norma indicada no quadro (à época no artigo 1.525). Sobre os precursores deste dispositivo na legislação civil do século XIX, ver ASSIS (1993, p. 62-65).

### Quadro 3 – Normas de referência (grupo 2 - múltipla incidência e implicações)

	Afirmação da múltipla incidência	Implicações
Estatuto do Servidor Público Federal	Art. 121. O servidor responde civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas atribuições.	Art. 126. A responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria.
	Art. 125. As sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo <i>independentes</i> entre si.	Art.144. Par. ú. Quando o fato narrado não configurar evidente infração disciplinar ou <i>ilícito penal</i> , a denúncia será arquivada, por falta de objeto.
Código Civil	Art. 935. A responsabilidade civil é <i>independente</i> da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.	
Lei de Improb. Adm.	Art.12. <i>Independentemente</i> das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações (...)	-
Lei Anti-corrupção	Art. 18. Na esfera administrativa, a responsabilidade da pessoa jurídica <u>não afasta</u> a possibilidade de sua responsabilização na esfera judicial (...)	-
	Art. 30. A aplicação das sanções previstas nesta Lei <u>não afeta</u> os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de: I - ato de improbidade administrativa; II - atos ilícitos alcançados pela Lei nº 8.666, de 1993, ou por outras normas de licitações e contratos da administração pública, III - infrações contra a ordem econômica nos termos da Lei nº 12.529, de 2011.	-

Como se vê no quadro 3, as normas prescrevendo a possibilidade de incidência múltipla são redigidas de diferentes formas. Integram o quadro aquelas que se referem explicitamente à incidência de múltiplos programas jurídicos sancionatórios – referindo-se a diferentes formas de “responsabilidade” ou mencionando diferentes tipos de “sanções” – prevendo, em certos casos, implicações de um programa sobre outro.

Entre as normas que se referem às diferentes formas de responsabilidade, as técnicas de redação utilizam tanto a forma afirmativa – “responder por”, no sentido de “ser responsabilizado”, no Estatuto dos Servidores – quanto negativa, como se vê no emprego da expressão “não afasta” na Lei Anticorrupção. Essa formulação negativa (a incidência deste programa não impede que outros possam incidir) é utilizada também em outros programas jurídicos sancionatórios no campo da corrupção.<sup>32</sup>

No tocante às sanções, com exceção do Código Civil, os três outros programas referem-se explicitamente a elas, mas de diferentes formas. O Estatuto do Servidor é expresso em relação à possibilidade de cumular sanções provenientes de três programas distintos e, ainda assim, afirma que as sanções são “independentes entre si”. A Lei Anticorrupção não afirma a cumulação, mas estabelece que as normas aplicáveis em seu programa “não afeta[m]” tanto os processos quanto as penalidades aplicáveis por outros programas (art. 30)<sup>33</sup>. A redação da Lei de Improbidade Administrativa, diferentemente, apoia-se exclusivamente no advérbio “independentemente” para expressar a articulação com as sanções provenientes de outros programas: as sanções por ato de improbidade aplicam-se “independentemente” das sanções previstas em outros programas. Isso significa, necessariamente, que devem se cumular? No Estatuto dos Servidores, se elas “*poderão* cumular-se” significa que elas podem não cumular também, ou seja, que podem se compensar para garantir a proporcionalidade da sanção final que uma pessoa recebeu por um mesmo ato “lido” como proibição por mais de um programa jurídico sancionatório? A próxima seção buscará, a

---

32 Veja-se, por exemplo, a Lei de Licitações que estabelece que as sanções previstas ali serão aplicadas “sem prejuízo das responsabilidades civil e criminal” (art. 82) ou a Lei de Crimes de Responsabilidade que estabelece que a imposição da pena ali prevista “não exclui o processo e o julgamento do acusado por crime comum” (art. 3º)

33 O artigo antecedente estabelece que “[o] disposto nesta Lei *não exclui* as competências do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, do Ministério da Justiça e do Ministério da Fazenda para processar e julgar fato que constitua infração à ordem econômica” (art. 29).

partir da doutrina, observar quais sentidos estão sendo atribuídos à ideia de independência.

No tocante à segunda coluna, sobre as implicações, chama atenção o fato de apenas dois dos programas estudados aqui fazerem menção expressa às implicações da decisão de um programa, aquele previsto no Código Penal, aos seus próprios programas. Tanto o Código Civil quanto o Estatuto do Servidor explicitam que decisões sobre existência do fato e a autoria repercutem em seus respectivos programas, gerando o afastamento da responsabilidade administrativa, no caso do Estatuto do Servidor, ou impedindo que voltem a ser questionadas em procedimentos no âmbito da responsabilidade civil. A diferença entre as normas está na menção expressa à “absolvição”, no Estatuto do Servidor, que não se encontra na norma do Código Civil.<sup>34</sup> Dessa forma, a existência do fato e a autoria podem estar “decididas no juízo criminal”, como indica o Código Civil, em uma decisão de condenação, o que não está contemplado no Estatuto do Servidor Público.

Por fim, o quadro 3 permite observar também que os dois programas dirigidos diretamente ao enfrentamento da corrupção – Lei de Improbidade Administrativa e a Lei Anticorrupção – não estabelecem normas de articulação que especifiquem implicações das decisões de outros programas. As normas que estabelecem que absolvição criminal por inexistência do fato ou negativa de autoria não se estendem à Lei Anticorrupção, dada a impossibilidade de responsabilizar, neste programa, as pessoas físicas que são as únicas sobre as quais pode recair um procedimento criminal. Mas e se uma mesma pessoa jurídica for absolvida, com esses fundamentos, em ação civil pública por improbidade administrativa, por exemplo? Essa decisão repercutiria no procedimento iniciado no âmbito do programa da Lei Anticorrupção?

Essas são apenas algumas das questões que podem emergir no cotidiano das instituições jurisdicionais e administrativas competentes para aplicar esses programas jurídicos sancionatórios. Para além das possibilidades de decisões conflitantes, mesmo no tocante à existência do fato e à autoria, o quadro esboçado aqui permite observar o que está e o que não está sen-

---

34 A menção específica à absolvição por inexistência do fato ou negativa de autoria é relevante pois há, no código de processo penal, outros fundamentos para a decisão absolutória, como a ausência de provas: da existência do fato (CPP, art. 386, II), de ter o réu concorrido para a infração penal (CPP, art. 386, V) e suficientes para condenar (CPP, art. 386, VII).

do regulamentado pelas normas que tratam da interação entre diferentes programas.

É possível observar que as normas do grupo 1 (comunicação) propiciam o compartilhamento dos casos entre os diferentes programas, garantindo, assim, a múltipla incidência. Note-se que, tal como formuladas, constituem normas de “mão única”, isto é, não estabelecem que o programa que recebeu a comunicação deverá informar o encaminhamento dado ao caso em seu programa. Ademais, considerando o momento em que deverá ser feita a comunicação, logo no início ou no decorrer do procedimento, tampouco exigem que nova comunicação venha a ser feita ao final, com o resultado do procedimento em questão. Pelo que estabelecem e pelo que deixam de estabelecer, esse grupo de normas favorece uma leitura da interação entre as esferas marcada pela ideia de indiferença: uma vez realizada a comunicação, tal como estabelecem as normas do grupo 1, são irrelevantes os desdobramentos dos procedimentos e seus desfechos, que apenas serão relevantes, como visto em relação ao grupo 2, quando houver decisão penal que negue a existência do fato ou a autoria. Excetuada essa implicação, as normas estudadas nesta seção contribuem a identificar a afirmação da múltipla incidência – em suas diferentes formulações, “independência”, “não afasta”, etc. – com a ideia de que os demais programas jurídicos sancionatórios não importam, ou são irrelevantes para a atuação de cada um dos programas.

Essa concepção é bastante difundida na jurisprudência. Embora um estudo amplo e sistemático da aplicação dessas normas pelos tribunais brasileiros precise ainda ser realizado, o levantamento jurisprudencial realizado nesta pesquisa não encontrou decisões que destoassem do quadro apresentado aqui<sup>35</sup>. Levantamentos de outros autores tampouco: Saboya (2014, p. 223)

---

35 No decorrer do mês de maio de 2016, todos os artigos citados nos quadros 2 e 3 foram objeto de busca nos sites do STF, STJ, TJ/SP e TRF da 3ª Região, utilizando como palavras-chave o número do artigo e da lei, isoladamente, ou combinado com expressões relevantes à pesquisa como “independência”, “bis in idem”, “separação de poderes”, além de trechos do texto dos dispositivos. Com essa estratégia buscou-se realizar um estudo inicial e exploratório de decisões que versassem sobre esses artigos e não uma sistematização do entendimento jurisprudencial sobre eles. As dificuldades na realização do exploratório residem sobretudo no alto número de resultados em algumas categorias (por ex. 556 acórdãos no TJ/SP com relação ao art. 935 do Código Civil ou 412 resultados no STJ com relação ao art. 12 da Lei de Improbidade) que não discutiam ou elaboravam sobre os dispositivos, apenas os mencionavam entre diversos outros. De todo modo, foram coletadas, com a ajuda das palavras-chave para restringir a busca, entre 3 e 10 decisões por dispositivo, com relação a cada um dos tribunais. A exceção foi a Lei anticorrupção que, recentemente promulgada, não gerou resultados. Um estudo sistemático de jurisprudência trará enorme contribuição às análises sobre o modo como esses dispositivos estão sendo interpretados e aplicados pelos tribunais.

cita vários julgados do STF para sustentar a afirmação segundo a qual “em razão da absoluta independência entre as instâncias penal e administrativa, para a jurisprudência brasileira apenas se admitiria a repercussão nesta quando aquela conclui pela inexistência do fato ou pela negativa de autoria”. Igualmente, Mello (2007, p. 217) cita acórdãos do STF e do STJ para afirmar que “a jurisprudência dominante (...) ressalt[a] a absoluta independência entre as esferas administrativas e penal”.<sup>36</sup>

Já a doutrina, em alguns casos impulsionada pela tentativa de operacionalizar o *ne bis in idem* em casos de múltipla incidência de programas jurídicos sancionatórios, oferece outras leituras para esse quadro. A este novo material jurídico lança-se a próxima seção deste texto.

### 3.2. “Independência das esferas” e *ne bis in idem*

*Ne bis in idem* não integrou o quadro normativo esboçado na seção precedente porque a possibilidade de aplicá-lo entre programas jurídicos sancionatórios, e não apenas no interior de cada um deles, decorre de construção doutrinária recente, como se verá a seguir. Dessa forma, tal como expresso em convenções internacionais, o *ne bis in idem* distancia-se do critério de seleção – *referir-se* a outros programas sancionatórios – utilizado na seção precedente. De todo modo, ainda que não mencionado explicitamente na Constituição Federal, a inserção do *ne bis in idem* no arcabouço normativo brasileiro ocorre por intermédio da adesão do Brasil ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos<sup>37</sup> e à Convenção Americana de Direitos Humanos<sup>38</sup>. Os textos destas duas normas não são plenamente coincidentes. Diante dos limites desta pesquisa, importa registrar o que parecem ter de comum: (i) a proibição de submeter uma pessoa a um novo processo, pelos mesmos fatos e (ii) o âmbito de incidência limitado à esfera judicial e, em especial, à esfera penal<sup>39</sup>. No plano interno, excetu-

36 Ver ainda, no mesmo sentido, MARQUES (2010, p. 126).

37 “14.7. Ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absorvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e os procedimentos *penais* de cada país.” Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm) (acesso em 15.01.2016)

38 “8.4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a outro processo pelos mesmos fatos”. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf) (acesso em 15.01.2016)

39 O artigo 8º da Convenção intitula-se às “garantias judiciais” e o texto do item 8.4. (acima) refere-se a “acusado” e “absolvido”. Já o art. 14.7 do Pacto refere-se textualmente aos “procedimentos penais”.

ando-se situações específicas relacionadas à extradição<sup>40</sup>, à pena cumprida no estrangeiro, à possibilidade de computar circunstâncias agravantes que já constituam ou qualifiquem o crime<sup>41</sup> e às regras sobre a coisa julgada<sup>42</sup>, Saboya conclui que “continuamos sem qualquer diploma legal regulamentando diretamente o assunto”<sup>43</sup>. O que leva a autora a observar, excetuando as convenções internacionais, uma situação de “absoluta precariedade dos marcos normativos relativos a tal postulado no direito brasileiro”<sup>44</sup>.

Ao lado da “precária conjuntura normativa”, Saboya identifica preocupante “limitação interpretativa do princípio do *ne bis in idem* pela comunidade científica brasileira”. Para a autora, isso se deve ao modo como a doutrina nacional atribui diferentes identidades às consequências sancionatórias “quando aplicadas por órgãos estatais diversos”. Bem como ao obstáculo imposto à aplicação do *ne bis in idem* pelas “regras de independência entre a competência jurisdicional e a atribuição sancionadora da administração”<sup>45</sup>. De forma ainda mais ampla, Japiassú afirma que “entre juízes com competência penal e outros, com competência cível ou administrativa, o referido princípio não terá aplicação, vez que se considera que as disciplinas jurídicas são independentes entre si”<sup>46</sup>.

O laço estreito entre a não aplicação do *ne bis in idem* e a “independência das esferas”, aparece claramente também em Mello dirigindo-se aos dois componentes em seção intitulada “cumulação da sanção administrativa com sanção penal: a independência das instâncias”<sup>47</sup>. O autor, com apoio em outras obras sobre sanções administrativas, nega aplicação ao *ne bis in idem* diante da incidência de normas penais e administrativas. Para o autor, o fundamento da possibilidade de múltipla incidência e cumulação de sanções é a lei: “[a]ssim como pode atribuir múltiplas sanções administrativas a uma mesma conduta, pode também o legislador atribuir uma sanção administrativa e outra penal. Trata-se da medida adequada e

---

40 Estatuto do Estrangeiro, Lei 6815/80, art. 77, V.

41 Respectivamente: Código Penal, art. 8º e art. 61

42 Sobre as interfaces entre o *ne bis in idem* e a coisa julgada, ver Saboya, 2014, p. 156-8.

43 SABOYA, 2014, P. 217.

44 SABOYA, 2014, P. 223.

45 SABOYA, 2014, P. 223.

46 JAPIASSÚ, 2004, P. 97-98.

47 MELLO, 2007, P. 213-217.

proporcional ao cumprimento da finalidade preventiva, segundo o entendimento do legislador”<sup>48</sup>.

A utilização da “independência das esferas” para negar vigência ao *ne bis in idem* remete a apenas um entre vários conteúdos atribuídos à ideia de independência. Trata-se da independência (i) *como possibilidade de cumulação de sanções*. Especificamente no campo da improbidade administrativa, esta formulação aparece também em Livianu: “[a] independência dos setores punitivos determina, por sua vez, que a absolvição na área criminal não implica a mesma solução para o processo administrativo, político ou civil. O que se conclui é que o agente público poderá sofrer sanções administrativas, civis, políticas e criminais pelo mesmo fato de corrupção ou improbidade administrativa”<sup>49</sup>.

Outros dois conteúdos atribuídos à “independência das esferas” puderam ser observados na doutrina examinada nesta pesquisa. A independência pode ser observada também como (ii) *possibilidade de um programa não ser influenciado por outro*: “[a] decisão de absolvição ou de condenação nos autos do processo administrativo não influi na decisão do processo-crime ou do processo da ação civil por improbidade administrativa e vice-versa”<sup>50</sup>. Autor aponta a exceção, é claro, da sentença penal que negue a existência do fato ou a autoria, discutida anteriormente. Para Marques, essa ideia de independência é o que permite se chegar a decisões “diferentes e até conflitantes”<sup>51</sup>.

Enfatizando outros aspectos da interação, a independência apareceu também como (iii) *possibilidade de um programa não aguardar a decisão de outro*, isto é, por serem “independentes” as decisões de uma esfera “não estão vinculadas a prévia manifestação” de outra<sup>52</sup>, de modo que a sanção

---

48 MELLO, 2004, p. 213. Vale destacar que o autor estende este entendimento à possibilidade de múltipla incidência mesmo no interior da esfera administrativa. Assim, se o legislador estabeleceu uma norma e uma sanção, mas várias autoridades competentes para aplicá-la, vale o *ne bis in idem*. Mas se o legislador estabelecer mais de uma sanção administrativa para a mesma conduta, não há ofensa ao princípio. “Se estabelece a lei formal múltiplas sanções para uma mesma conduta, são elas as sanções adequadas e proporcionais, não sendo sua aplicação ofensiva ao princípio *non bis in idem*” (MELLO, 2004, p. 212)

49 LIVIANU, 2007, p. 194.

50 MARQUES, 2010, p. 127.

51 “[e]mbora decorram da mesma causa subjacente, as decisões prolatadas nos diversos processos e procedimentos podem ser diferentes e até conflitantes entre si, pois cada órgão é independente do outro, conforme decidido pelo STF” (MARQUES, 2010, p. 126).

52 “As penalidades administrativas não estão vinculadas a prévia manifestação jurisdicional, uma vez que cada processo, em cada instância, tem curso relativamente independente” (FAZZIO JUNIOR, 2002, p. 68)

de uma esfera possa ser imposta “antes mesmo da conclusão” do processo em outra esfera<sup>53</sup>.

Esses três conteúdos parecem indicar uma certa posição de *indiferença* pelos procedimentos e pelas decisões tomadas por outro programa. A única exceção encontrada a essa posição de indiferença diz respeito à elaboração de Marques sobre a compatibilidade entre a independência entre as esferas e o compartilhamento de elementos probatórios<sup>54</sup>. A possibilidade de intercâmbio de provas pressupõe que os diversos programas não estejam indiferentes aos demais, ao contrário, exige que não sejam apenas comunicados dos procedimentos, mas que também acompanhem o desenvolvimento da instrução probatória.<sup>55</sup>

Conceber a independência como indiferença funciona como um bloqueio à reflexão jurídica sobre *como* diferentes programas jurídicos sancionatórios devem interagir e se relacionar quando incidentes sobre um mesmo fato. Atenta às “enormes perplexidades” que a ideia de independência entre as esferas impõe à aplicação do direito, Helena Lobo da Costa acrescenta ainda que essa concepção “nega todos [o]s pontos de contato entre direito administrativo e direito penal, como se pudessem se desenvolver paralelamente ao outro, criando um fechamento artificial no sistema e gerando, por consequência, resultados muitas vezes insatisfatórios em termos de coerência e lógicas jurídicas”<sup>56</sup>.

No entanto, a independência como indiferença é fortemente desafiada quando se desloca o alcance do *ne bis in idem* do interior da esfera penal para a atuação sancionatória estatal como um todo. Os programas não po-

---

53 “A independência das instâncias administrativa e penal permite que seja imposta sanção administrativa antes mesmo da conclusão do processo penal que tenha por objeto a mesma conduta.” E, em sentido inverso, “[o] Poder Judiciário pode impor a sanção penal antes de concluído o procedimento administrativo que investiga a prática de infração administrativa pela mesma conduta” (MELLO, 2007, p. 216).

54 “A independência dos diversos processos ou procedimentos não impede o compartilhamento de elementos probatórios. Os documentos, laudos, pareceres técnicos, termos de declarações, arquivos de interceptações legais de conversas telefônicas e outras provas do processo penal podem ser usados em processo civil ou no processo administrativo ou legislativo, desde que haja autorização do magistrado competente” (MARQUES, 2010, p. 127).

55 O compartilhamento de provas também coloca em evidência certa confiança em relação ao trabalho produzido por outros programas. Pesquisa anterior indicou que o estabelecimento de relações de confiança constitui um dos principais obstáculos à coordenação interinstitucional no campo da corrupção. Sobre as relações de confiança e outros obstáculos à coordenação institucional, ver MACHADO e PASCHOAL, 2016, p. 33-34.

56 COSTA, 2014, p. 113.

deriam se manter indiferentes aos procedimentos e resultados dos demais diante de uma regra geral que impeça a cumulação de sanções. Entre os autores que observam o *ne bis in idem* para além dos limites da esfera penal, Keith Saboya propõe que “dev[a] corresponder a um princípio geral do direito, elevado hodiernamente, a direito fundamental do indivíduo, pelo qual se proíbe a pluralidade de consequências jurídicas derivadas de uma só conduta e sob os mesmos fundamentos”<sup>57</sup>. Mais especificamente a autora identifica no *ne bis in idem* “uma proibição fundada na impossibilidade de repetição de qualquer consequência jurídica de natureza sancionadora decorrente dos mesmos fatos e dos mesmos fundamentos (...)”<sup>58</sup>. Com vários autores, Saboya fundamenta sua formulação na “unidade do *jus puniendi* do Estado”.<sup>59</sup>

Estratégias jurídicas voltadas a operacionalizar essa ampliação do alcance do *ne bis in idem* apareceram residualmente na pesquisa doutrinária realizada nesta pesquisa, em dois contextos: para minimizar os efeitos da cumulação de sanções e para questionar a possibilidade de instauração de inquérito civil e de inquérito penal para apuração dos mesmos fatos em relação às mesmas pessoas. A primeira situação diz respeito ao mecanismo do “desconto”, segundo o qual em caso de condenação em mais de um programa, os subseqüentes devem levar em conta as sanções proferidas para a mesma pessoa, pelos mesmos fatos, em suas decisões. O mecanismo vem sendo utilizado em outros países, justamente para dar vigência ao *ne bis in idem* e efetivar a garantia da proporcionalidade da sanção<sup>60</sup>. A segunda refere-se à ausência de justificativa para instaurar dois procedimentos com o mesmo objetivo em razão do duplo ônus que causa ao investigado. Nas palavras de Bittar: “...ambos possuem a mesma natureza, objetivo e fundamento jurídico, sendo improdutiva e inoportuna a existência de dois inquéritos tramitando, na busca da mesma prova, sancionando por duas

---

57 SABOYA, 2014, P. 153.

58 SABOYA, 2014, P. 153.

59 SABOYA, 2014, p. 154-155. Para Helena Lobo da Costa, não é a unidade do *jus puniendi* estatal que fundamenta a necessidade de se estabelecer um “núcleo comum” entre o direito penal e o direito administrativo estatal. Para a autora, “esse núcleo comum não decorre de um suposto *jus puniendi* único (...) mas sim do simples fato de os dois setores trabalharem com a aplicação de sanções aos particulares, atividade que, pela sua própria natureza, exige legitimação, limitação, garantias e procedimentos próprios”. (COSTA, 2014, P. 112).

60 SABOYA, 2014, P. 275.

vezes o investigado (que – sempre é bom recordar – pode não ter cometido ilícito algum)...”<sup>61</sup>.

Essas duas situações permitem observar que a ampliação do alcance do *ne bis in idem* para o conjunto de programas jurídicos sancionatórios incidentes sobre as mesmas pessoas e fatos busca enfrentar dois tipos de problemas: a violação de garantias individuais no tocante às sanções, como também o desperdício da atuação sancionatória estatal. No centro deste debate está tanto a tutela de direitos fundamentais quanto o bom uso dos recursos humanos e materiais do Estado.

Tomado dessa forma, o *ne bis in idem* convida a conceber a ideia de “independências das esferas” de outro modo. Abre-se aqui amplo espaço para reflexões sobre como estabelecer e regulamentar os arranjos entre dois ou mais programas jurídicos sancionatórios. De imediato, é possível dizer que a primeira concepção – independência como possibilidade de cumular sanções – estaria em franca oposição ao *ne bis in idem*. Se é princípio geral do direito, a proibição de cumulação estende-se às diferentes sanções impostas sobre as mesmas pessoas e pelos mesmos fatos, ainda que por programas distintos. Nesse caso, a interpretação ampla dada ao *ne bis in idem* negaria vigência às normas de referência que afirmam, textualmente como se viu na seção anterior, a múltipla incidência de sanções<sup>62</sup>.

#### 4. Conclusão

Este texto buscou oferecer um primeiro esboço para a construção de um quadro teórico e metodológico que favorecesse a reflexão jurídica sobre a multiplicidade institucional. Tal como desenhado aqui, este quadro pode vir a ser útil para organizar a questão da interação entre diferentes programas jurídicos sancionatórios no campo de diversas outras temáticas, para além da corrupção.<sup>63</sup> Com Bachelard, é possível dizer que, neste momento,

---

61 BITTAR, 2005, p. 08.

62 As duas outras concepções identificadas – independência como possibilidade de não ser influenciado e de não aguardar por outros programas – exigem reflexão mais detida. É possível dizer que se estiverem marcadas pela postura da indiferença aos demais programas, poderiam bloquear estratégias de operacionalização do *ne bis in idem*, como o “mecanismo do desconto” ou o questionamento da justa causa para iniciar dois inquéritos (um civil e outro penal) sobre os mesmos fatos.

63 Para além dos mencionados no início deste texto, penso neste momento nas interações entre os procedimentos da corregedoria da polícia militar e o processo criminal em casos de abordagem policial com resultado letal e, ainda, no campo da execução penal, nos efeitos das faltas graves impostas pelos diretores

trata-se somente de ampliar nossa compreensão sobre *o sentido do problema*<sup>64</sup>. Como se viu no decorrer deste texto, há ainda uma série de aspectos do problema a elucidar<sup>65</sup>.

Nos limites da pesquisa apresentada aqui, buscou-se, a partir da organização do arcabouço normativo em “programas jurídicos sancionatórios” realizar um exercício de identificação de diferentes tipos de normas. Ao selecionar normas de comportamento e de sanção potencialmente incidentes sobre os mesmos fatos, a estratégia adotada aqui permitiu então identificar as normas de referência, isto é, as normas que, ao se referirem a outros programas jurídicos, regulamentam as possibilidades de interação entre eles. Observando esse conjunto, foi possível identificar normas com conteúdos muito distintos, conforme relatado no item 3.1., e zonas sem regulamentação explícita também. A partir desse quadro de possibilidades normativas, a pesquisa debruçou-se sobre as formulações doutrinárias, em especial na tensão que se estabelece, no contexto brasileiro, entre as ideias de *ne bis in idem* e independência das esferas. Estes dois componentes – sistematização das normas e das formulações doutrinárias – forneceram subsídios para associar a ideia de independência com uma postura de indiferença em relação aos procedimentos e resultados dos demais programas. Tal como anunciado na seção precedente, a ampliação do alcance da ideia de *ne bis in idem* para o conjunto da atuação sancionatória estatal desafia essa independência como indiferença, abrindo enorme espaço de reflexão sobre a face jurídica da multiplicidade institucional. Nos limites desta pesquisa, foi possível perceber que esse espaço de reflexão apresenta contornos distintos quando se dirige à atividade legislativa ou à atividade jurisdicional.

---

de presídios no tempo de cumprimento de pena. Vale lembrar que outros diplomas também estabelecem a possibilidade de múltipla incidência, como o Código de Defesa do Consumidor: “art. 56. As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas (...)”

64 “O espírito científico proíbe que tenhamos uma opinião sobre questões que não sabemos formular com clareza. Em primeiro lugar, é preciso saber formular problemas. E, digam o que quiserem, na vida científica os problemas não se formulam de modo espontâneo” (BACHELARD, 1996, p. 18).

65 Para além do que ainda está fora do campo de visão da autora deste texto, é possível mencionar, entre as questões que esta pesquisa deixou em aberto, o mapeamento exaustivo dos programas jurídicos sancionatórios no campo da corrupção (seção 1.1.); o perfil dos casos de corrupção, no tocante aos programas selecionados nesta pesquisa, que chegam ao Judiciário (seção 1.2); a análise das implicações do momento em que se comunica a existência de um procedimento para outro programa; e, ainda, a sistematização do modo como os tribunais utilizam as ideias de independência das esferas e *ne bis in idem* (seção 2.1).

No âmbito legislativo, organizar a atividade sancionatória do Estado a partir das garantias individuais que impedem a imposição de múltiplas sanções pelos mesmos fatos e, ao mesmo tempo, atente ao uso racional dos recursos estatais, impõe novas tarefas ao legislador. Pensa-se aqui em duas delas. Diante da elaboração de novo programa jurídico sancionatório que se debruce sobre condutas ainda não proibidas e sancionadas, cabe ao legislador identificar entre os diferentes tipos de programas jurídicos sancionatórios qual é aquele mais adequado à situação problemática que visa a regular. Dentro ou fora do Judiciário, com foco no dano ou na conduta, alcançando pessoas físicas e/ou jurídicas, com critérios mais ou menos rigorosos de imputação e produção probatória, utilizando sanções de privação de liberdade, restrição de direitos ou pecuniárias, enfim, há diversos elementos a serem considerados no momento de construir um novo programa jurídico sancionatório.

Em segundo lugar, tratando-se da criação de um programa novo voltado a regular condutas que já são objeto de programa em funcionamento, torna-se necessário acrescentar à lista acima um conjunto de normas voltado a regular as possibilidades de interação e articulação entre o programa que se quer criar e o(s) programa(s) existente(s). O primado da “independência das esferas” como indiferença cederia lugar a um quadro normativo mais sofisticado em relação às exigências de comunicação entre os programas, às possibilidades de intercâmbio de provas, de suspensão de um procedimento para aguardar desfecho de outro e, até mesmo, de interrupção de um procedimento em razão do desfecho alcançado em outro. Nessa direção caminhariam também as reformas legislativas no campo do enfrentamento da corrupção, já que a hipótese mais radical de eliminação de um ou mais programas jurídicos sancionatórios existentes não teria qualquer espaço no debate público em razão do clamor político e social ao redor da problemática com a qual esta pesquisa se ocupa.

No tocante à atividade jurisdicional, tomando o quadro normativo tal como se apresenta neste momento, a tarefa de reduzir ou eliminar a *indiferença* em relação aos demais programas normativos mostra-se ainda mais desafiadora. Em pesquisa baseada em entrevistas com atores dos mais diversos órgãos que atuam no enfrentamento à corrupção na esfera federal, foi possível observar que a confiança pessoal é o principal fator a permitir mecanismos de interação entre diferentes programas jurídicos

sancionatórios<sup>66</sup>. Veja que essa questão não se coloca quando a interação é regulada em lei: se um juiz penal declara que o crime não ocorreu, absolvendo o acusado, as demais autoridades decisórias não precisam sequer conhecer quem a proferiu e não se questionam sobre a adequação ou o acerto da decisão. Permanece, certamente, em aberto a possibilidade de o elemento confiança não desempenhar o mesmo papel em outros arranjos institucionais que se estabelecem no tocante a outros temas. Só novas pesquisas permitirão dizer.

De todo modo, as possibilidades de construção jurisprudencial sobre as hipóteses de múltipla incidência estão diretamente relacionadas ao reconhecimento de que a intervenção de dois ou mais programas jurídicos sancionatórios sobre os mesmos fatos, indiferentes aos demais, constitui um problema tanto para os acusados quanto para o bom uso dos recursos estatais.

## Referências

- ARANTES, Rogerio. “The Federal Police and the Ministério Público”. In *Corruption and Democracy in Brazil. The struggle for accountability*. (Power, Timothy and Matthew Taylor, ed.). Indiana: University of Notre-Dame Press, p. 184-217, 2011.
- ASSIS, Araken. *Eficácia civil da sentença penal*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- BACHELARD, Gaston. *A formação do espírito científico. Contribuição para uma psicanálise do conhecimento*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.
- BITTAR, Walter Barbosa. “Instauração simultânea de inquérito penal e civil: bis in idem?” *Boletim IBCrim*, ano 13, nº 156, novembro de 2005, p. 08.
- CARSON, Lindsey; PRADO, Mariana. Brazilian anti-corruption legislation and its enforcement: potential lessons for institutional design. *Iriba Working Paper 09*, 2014. Disponível em: [www.brazil4africa.org/wp-content/uploads/2014/07/IRIBA-working-paper-09-Brazilian-Anti-Corruption-Legislation-and-its-Enforcement.pdf]
- COSTA, Helena Regina Lobo da. “Direito administrativo sancionador e direito penal: a necessidade de desenvolvimento de uma política san-

---

66 MACHADO e PASCHOAL, 2016.

- cionadora integrada”. In: *Direito administrativo sancionador*. BLAZECK, Luiz Mauricio Souza; MARZAGÃO JR., Laerte I. (Coord). São Paulo: Quartier Latin, 2014, p.107-118.
- COSTA, Helena Lobo. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*. Tese de Livre-Docência junto ao Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia, São Paulo, USP, 2013.
- COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental: viabilidade, efetividade, tutela por outros ramos do direito*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- COSTA, Helena Regina Lobo da. O sancionamento de condutas entre a judicialização e a administração. In: PAULA, Marco Aurélio Borges de; MAGRINI, Rachel de Paula (Coord.). *Estudos de direito público*. Campo Grande: Cepejus, 2009, p. 562-567
- FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Corrupção no Poder Público. Peculato, concussão, corrupção passiva e prevaricação*. São Paulo: Atlas, 2002.
- FERNANDES, Antonio Scarance e Tiago Cintra Essado. “Corrupção: aspectos processuais”. In: Bergudo, Ignacio e Ana Elisa Bechara (coord.). *Estudios sobre la corrupción. Una reflexión hispano brasileña*. Salamanca: Centro de Estudios Brasileños, Universidad de Salamanca, 2013, p. 115-133
- FREITAS, Juarez. “Princípio da moralidade administrativa”. In *Corrupção, ética e moralidade administrativa*. (Luis Manuel Pires et ali, orgs.). Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 195-225.
- GARCIA, Margarida. Novos horizontes epistemológicos para a pesquisa empírica em direito: “descentrar” o sujeito, “entrevistar” o sistema e dessubstancializar as categorias jurídicas”. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, 2014, vol. 1, n. 1, p. 182-209. Disponível em <http://www.reedpesquisa.org/ojs-2.4.3/index.php/reed/article/view/13/13>.
- JAPIASSÚ, Carlos Eduardo. O princípio do ne bis in idem no direito penal internacional. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, nº 4/5, ano 2003/2004, p. 91-122.
- LIVIANU, Roberto. *Corrupção e direito penal: um diagnóstico da corrupção no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin e Coimbra editora, 2007.
- MACHADO, Maira R. e Paschoal, Bruno. Monitorar, investigar, responsabilizar e sancionar. A multiplicidade institucional em casos de corrupção. *Novos Estudos*, 104, 2016, p. 11-36.
- MACHADO, Maira R. “Crime e/ou improbidade? Notas sobre a performan-

- ce do sistema de justiça em casos de corrupção”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 112, 2015, p. 189-211.
- MACHADO, Maira R.; FERREIRA, Luisa. *Estudos sobre o Caso TRT*. São Paulo: Editora Acadêmica Livre, 2014. Disponível em: [http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/12028].
- MACHADO, Maira R. a Contra a departamentalização do saber jurídico: a contribuição dos estudos de caso para o campo direito e desenvolvimento. In: SILVEIRA, Vladimir et al (org.). *Direito e desenvolvimento no Brasil do Século XXI*. Brasília: Ipea, 2013. Disponível em: [www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/livro\_direito\_desenvolvimento\_brasil\_vol01.pdf]
- MACHADO, Maira R. e MACHADO, Marta. “Sispensas: sistema de consulta sobre crimes, penas e alternativas à prisão”. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 10, n. 90, 2008, p. 1-26. <https://doi.org/10.20499/2236-3645.rjp2008v10e90-235>
- MACHADO, Maira R. e MACHADO, Marta. “Do fato ao crime e do crime à pena: o estudo conjunto de Direito Penal e de Processo Penal”. In *Ensino Jurídico participativo: construção de programas e experiências didáticas* (Ghirardi, José e Rafael Vanzella, org.). São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1-27.
- MACHADO, Maira R. “Administrativização do direito penal revisitada: o exemplo dos crimes financeiros no Brasil”. *Revista Ultima Ratio*, número 3, 2009, p. 89-100.
- MACHADO, Maira R. “Responsabilidade civil é independente da penal, em termos. A propósito da contribuição da criminologia positivista à transformação da responsabilidade civil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 65, 2007, p. 317-344.
- MACHADO, Marta e MACHADO, Maira R. “O Direito Penal é capaz de conter a violência?” In *Manual de Sociologia Jurídica* (Silva, Felipe e José Rodrigo Rodriguez, org.). São Paulo: Saraiva, 2013, p. 327-349.
- MACHADO, Maira R.; PIRES, Alvaro et alli. *Análise das justificativas para a produção de normas penais*. Brasília: Projeto Pensando o Direito MJ/PNUD, v. 32, 2010. Disponível em: [http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/32Pensando\_Direito1.pdf]
- MARQUES, Silvio Antonio. *Improbidade Administrativa: ação civil e cooperação jurídica internacional*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MARQUES, Floriano Azevedo. “Discrecionariedade administrativa e con-

- trole judicial da administração”. In *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. (Carlos Salles, org.). São Paulo: Editora RT, 2003, p. 191-198.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. “Ação de improbidade administrativa: patrimônio público e interesse público” In *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. (Carlos Salles, org.). São Paulo: Editora RT, 2003, p. 199-210
- MELLO, Rafael Munhoz. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador. As sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.
- OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. “Improbidade administrativa e terceiro setor” In *Corrupção, ética e moralidade administrativa*. (Luis Manuel Pires et ali, orgs.). Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 161-193.
- OTTAVIANO, Santiago. Sanción penal, sanción administrativa y ne bis in idem. In: LAPORTA, Mario H.; RAMÍREZ, Nicolás D. (Coord.); YACOBUCCHI, Guillermo Jorge. *Derecho penal empresario*. Montevideu: B. de F., 2010, p.739-797
- POWER, Timothy and TAYLOR, Matthew. “Introduction: Accountability Institutions and Political Corruption in Brazil”. In *Corruption and Democracy in Brazil. The struggle for accountability*. (Power, Timothy and Matthew Taylor, ed.). Indiana: University of Notre-Dame Press, p. 1-28, 2011.
- PUSCHEL, Flavia e MACHADO, Marta. “Questões atuais acerca da relação entre as responsabilidades civil e penal”. In *Instituições de Direito Penal* (Basileu Garcia). Edição revista e atualizada (Coord. Machado, Maira e Denise Garcia). São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 18-37.
- SABOYA, Keity. *Ne bis in idem. História, Teoria e Perspectivas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014.
- SICA, Leonardo. “Tutela penal da ordem econômica no direito brasileiro – comparação entre as leis 8.137/90 e 8.884/94”. In *Direito penal econômico: análise contemporânea*. Theodomiro Dias Neto e outros (coord.). São Paulo: Saraiva (Série GVLaw), 2009, p. 145-188.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. “A ideia penal sobre corrupção no Brasil: da seletividade pretérita a expansão de horizontes atual”. In: Bergudo, Ignacio e Ana Elisa Bechara (coord.). *Estudios sobre la corrupción. Una reflexión hispano brasileña*. Salamanca: Centro de Estudios Brasileños, Universidad de Salamanca, 2013, p. 73-91.

- SILVEIRA, Renato. “Das atuais relações entre o direito penal e o direito administrativo”. In *Instituições de Direito Penal* (Basileu Garcia). Edição revista e atualizada (Coord. Machado, Maira e Denise Garcia). São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 51-64.
- TANGERINO, Davi e GARCIA, Denise (coord). *Direito Penal Tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- VARGAS, Darlã Martins. A improbidade administrativa e o “bis in idem” com a matéria penal e seus “tipos abertos”. *Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá, Cuiabá*, v. 9, n. 2, 2007, p. 65-78.

Recebido em 4 de dezembro de 2017.

Aprovado em 8 de junho de 2019.

# O desastre ambiental de Mariana: propagação das ondas da eco-filosofia

*The environmental disaster of Mariana: spread of the waves  
of the pundit ecology*

Susana Borràs Pentinat\*  
Universidad Rovira i Virgili, Tarragona – Espanha.

Bleine Queiroz Caúla\*\*  
Universidade de Lisboa, Lisboa – Portugal.

Júlia Maia de Meneses Coutinho\*\*\*  
Universidade de Fortaleza, Fortaleza – CE, Brasil.

## 1. Introdução

O Estado Moderno, por meio das noções contratualistas e filosófico-políticas de estudiosos como Thomas Hobbes<sup>1</sup>, John Locke<sup>2</sup> e Jean-Jacques Rousseau<sup>3</sup> trouxe consigo a necessidade de transição de um estado jusna-

---

\* Professora doutora de “Derecho internacional Público y Relaciones Internacionales” da Universidad Rovira i Virgili (Tarragona-Espanha), Coordenadora do mestrado em Derecho Ambiental e Investigadora do Centro de Estudios de Derecho Ambiental de Tarragona (CEDAT). E-mail: susana.borras@urv.cat

\*\* Doutora em Direito, na linha de investigação “Estratégias globais per al desenvolupament sostenible” na Universitat Rovira I Virgili (Tarragona-Espanha). Mestrado em Administração de Empresas pela UNIFOR. Professora Assistente do curso de Direito da UNIFOR. Coordenadora do Seminário Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional. E-mail: bleinequeiroz@yahoo.com.br.

\*\*\* Mestre em Direito Constitucional pelo Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGD da Universidade de Fortaleza - UNIFOR tendo exercido a condição de bolsista da FUNCAP. Professora substituta do curso de Direito da UNIFOR. Pesquisadora Científica do Grupo de Pesquisa “Constituição de 1937: Executivo, Legislativo e Judiciário no controle da constitucionalidade”, cadastrado no CNPq. E-mail: juzinhameneses@hotmail.com.

1 HOBBS, 1985.

2 LOCKE, 1994.

3 ROUSSEAU, 1999, 2013.

turalista para uma sociedade civil juspositivista. Isso ocorre mediante a instituição de um pacto, que neste artigo será designado como contrato social de consentimento, haja vista que as noções da seção inicial serão traçadas sob a perspectiva de Rousseau.

O contrato social é elemento-chave tanto da reflexão das noções de bom selvagem quanto do discurso da origem da desigualdade entre os homens, pregados por Rousseau. Tais ideais podem ser considerados como sementes em prol da necessidade do cuidado com a instituição da sociedade civil, em que pese as consequências do desenvolvimento e da busca do poder pelo poder se apresentarem como elementos desfavoráveis à preservação ambiental e, indubitavelmente, de inobservância dos princípios da prevenção e da precaução, ambos tutelados pela seara ambientalista.

As hipóteses do estudo foram investigadas, mediante pesquisa bibliográfica, recorrendo-se a um caso prático, o que colima na abordagem teórico-empírica. Utilizou-se uma abordagem quantitativa e qualitativa, voltada a aprofundar e compreender o debate sobre o assunto, mediante observações intensivas dos fenômenos sociais. A pesquisa é descritiva e exploratória, visto que conceitua, explica, descreve, interpreta, inova, discute e esclarece os fatos.

Neste sentido, o presente estudo está dividido em cinco fases. Inicia-se com notas introdutórias, seguidas de um capítulo sobre Jean-Jacques Rousseau: eco filósofo de vanguarda ambiental. O terceiro ponto aborda o Estado omissivo na fiscalização da atividade mineradora e a responsabilização da sua obrigação de fazer. Também cuida dos princípios ambientais basilares para evitar desastres e, por fim, analisa a perspectiva de um novo regramento da mineração no Brasil. Encerra-se o estudo com uma conclusão, em que pese o melhor entendimento da autoria subscrita.

## 2. Jean-Jacques Rousseau: eco filósofo de vanguarda ambiental

Esta seção cobre um estudo acerca de Jean-Jacques Rousseau, um dos maiores filósofos-políticos precursores do Estado Moderno e do tão afamado contratualismo. Com esta linha de orientação, a sua vida, o contexto histórico em que viveu, a sua obra e o reflexo de seu pensamento fazem florescer um eco filósofo de vanguarda ambiental, com base, principalmente, no mito do bom selvagem e no discurso da origem das desigualdades entre os homens por ele inventariados.

Rousseau<sup>4</sup> (1712-1778) nasceu em Genebra. Seu pensamento sempre foi repleto de inteligência e imaginação, o que o fez um dos maiores filósofos escritores do período. Grande parte de suas obras defendiam a ideia do retorno ao estado de natureza, como uma forma de manutenção da essência humana, sem esquecer que o contrato social era o instrumento mantenedor dos direitos de coletividade. No Brasil de hoje, esses direitos são representados, em grande medida, pelo meio ambiente, equalizado no artigo 225 da Constituição Federal de 1988<sup>5</sup>.

O filósofo, com seu estilo eloquente, promoveu um dos mais poderosos instrumentos de propagação de ideias. Estas mais tarde se transformariam no grande arcabouço ideológico da Revolução Francesa (1789-1799). Do ponto de vista histórico, as atividades mais expressivas de Rousseau ocorreram no século XVIII, haja vista que ele foi um dos mais notáveis filósofos do movimento iluminista, ocorrido na Europa, em especial na França, palco do desenvolvimento filosófico-científico.

O Iluminismo foi capaz de modificar a estrutura social, inserindo na vida cotidiana noções de liberdade e progresso humano. Acresce-se a isto o fato de que a Revolução Francesa (1789-1799) trouxe consigo um intenso período de movimentação político-social, que causou o declínio da Monarquia e a busca por ideais já consabidos e que se tornaram marcos da Era Moderna, como a liberdade, a igualdade e a fraternidade.

Lembra-se que o ideal da fraternidade é promovido pela teoria dos direitos fundamentais numa terceira dimensão, proposta a partir do século XX, que contempla o direito ao meio ambiente, à paz, ao progresso e à defesa do consumidor<sup>6</sup>. Sendo assim, pode-se afirmar que os ideais elencados por Rousseau desencadearam a vanguarda da ecofilosofia, mediante uma movimentação político social em prol do meio ambiente.

Outro ponto histórico importante a ser mencionado é o Romantismo, que sofreu grandes influências rousseaunianas e chegando até José de Alencar<sup>7</sup>, sob a forma do mito do “bom selvagem”, destacado nos romances indígenas, como foi o caso de *Iracema*.

---

4 Biografia retirada dos elementos pré-textuais da obra de Rousseau (1999) *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens* e de pesquisa realizada em site cultural de autoria de Luiz Roberto Salinas Fortes (2015).

5 BRASIL, 1998.

6 BULOS, 2012; BONAVIDES, 2000.

7 ALENCAR, 2010.

Rousseau tinha como principal ideologia o republicanismo, com foco na vontade geral. Nisso sofreu influência de um antecedente como *O Leviatã*, de Thomas Hobbes, que defendeu a formação do Estado com base no pacto. Em seguida, em 1789, o pensamento rousseauiano conseguiu dar azo à Revolução Francesa e, em 1791, ele foi responsabilizado pelos excessos da sobredita insurreição<sup>8</sup>.

Sob o ponto de vista do pensamento filosófico-político de Rousseau, é notório que ele foi o precursor do raciocínio de que a sociedade deveria ser uma instituição desprendida das instituições políticas, haja vista que pode ser estudada e modificada pela ação, diga-se, pelas relações sociais. Nota-se, portanto, que este pensamento é afinado com as ondas do futuro, principalmente, em se tratando das relações entre o homem e o meio ambiente.

O principal fundamento do seu legado é o de que o homem é um ser bom por natureza, mas a todo momento se encontra submetido à influência corruptora da sociedade. O diagnóstico deste quesito era o de que a civilização era dissimulada e hipócrita<sup>9</sup>.

Nesta linha de orientação, o bom selvagem foi um mito criado pelo contratualista moderno para ilustrar o homem em seu estado de natureza, ou seja, sem a contaminação corruptora da sociedade. Deve-se ressaltar aqui, que Rousseau não nega os eventuais ganhos oriundos da civilização, mas sugere um caminho melhor para a formação do homem como cidadão detentor da felicidade proveniente do estado natural e da preservação e equilíbrio do meio ambiente em que se vive.

Assim, a tragédia de Mariana, Minas Gerais, ocorrida em 5 de novembro de 2015, em virtude do rompimento da barragem do Fundão, localizada em Bento Rodrigues, é reflexo da inobservância do mito do bom selvagem na atual sociedade corrompida pelo poderio econômico. Esse crime originou-se com o rompimento da barragem de rejeitos de mineração administrada pela Samarco Mineração S.A, empreendimento em consonância com uma grande empresa de mineração em termos mundiais, a Vale S.A (brasileira) e a BHP Billiton (anglo-australiana).

A informação inicial da Samarco era de que duas barragens, denominadas Fundão e Santarém, haviam sido rompidas. Contudo, em 16 de novembro de 2015, a informação foi retificada, afirmando-se que apenas a

---

8 KELLY *et al*, 2013, p. 120.

9 BOBBIO, 2000; BONAVIDES, 2007

barragem do Fundão havia sofrido o rompimento. Essas barragens foram construídas para acomodar os rejeitos advindos da extração do minério de ferro da região, de modo que o acontecimento gerou escoamento de grande volume de rejeitos, cujo rastro de destruição ultrapassou a cidade de Santarém.

Considera-se este um dos maiores desastres ambientais da história do Brasil, haja vista que a lama percorreu o Rio Doce, uma bacia hidrográfica que congloba 230 municípios dentre os Estados de Minas Gerais e Espírito Santo, prejudicando o abastecimento de água de toda a população local, em pleno momento crítico de ampliação de uma crise hídrica em todo o país em virtude da escassez de chuva em diversos estados.

O Brasil tem “maléficas histórias” ambientais para contar. A empresa francesa Peñarroya instalou a Companhia Brasileira de Chumbo – COBRAC<sup>10</sup> na cidade de Santo Amaro da Purificação, estado da Bahia, no ano de 1960. Durante 33 anos, a empresa produziu ligas de chumbo, a partir do minério de chumbo das minas de Boquirá, utilizando processo metalúrgico que resultou no lançamento de subprodutos na atmosfera, segundo ensaios realizados, conforme a NBR10.004, da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT. Ela foi desativada em 1993, após promover graves danos ambientais irreversíveis, como a contaminação de chumbo espalhado pela cidade, poluição e o óbito de várias vítimas<sup>11</sup>. Morreram 948 das 3.500 pessoas que trabalham na fábrica. No ano de 2002, o Ministério Público Federal ajuizou Ação Civil Pública. A empresa foi condenada a pagar 10% do faturamento bruto, de 1989 a 1993, a título de indenizações<sup>12</sup>.

O panorama é de que o impacto dos desastres de Mariana poderá ser vivenciado por mais de 100 anos, pois envolve danos aos ecossistemas do Rio Doce e aos ecossistemas marinhos, a toxicidade dos rejeitos espalhados com o rompimento e até danos à infraestrutura da cidade de Mariana.

Por sua vez, no caso “Santo Amaro da Purificação x COBRAC” existe, ainda, cerca de 500 toneladas de chumbo enterradas nas proximidades da empresa e uma imensa quantidade de lixo tóxico, encoberto por inocentes

---

10 Os metais pesados chumbo (Pb) e cádmio (Cd), são considerados resíduos perigosos e altamente tóxicos. A escória foi utilizada para o calçamento da cidade e para a construção de muros e jardins nas residências de Santo Amaro. Disponível em: <<http://sopadechumbo.blogspot.com.br/>>. Acesso 24 abr. 2016.

11 Disponível em: <<http://sopadechumbo.blogspot.com.br/>>. Acesso 24 abr. 2016.

12 Disponível em: <<http://g1.globo.com/bahia/noticia/2014/04/mineradora-e-condenada-por-contaminacao-de-santo-amaro.html>>. Acesso 24 abr. 2016.

cultivos como: bananeiras e mandiocas, que servem de alimento à população local, além de serem comercializados para outras regiões, inclusive para a capital Salvador. Sobre a contaminação por chumbo, Souza, Konrad e Gonçalves Júnior afirmam que “continua significativa, pois o setor produtivo, mesmo trabalhando dentro dos “limites” aumenta os teores de chumbo no solo e água, contaminando o meio ambiente e agravando os problemas na cadeia trófica”<sup>13</sup>.

Os exemplos acima constituem crimes de ordem multifacetada, cujos prejuízos transcendem a esfera ambiental e penetram nas áreas sociais, culturais e econômicas da região afetada e circunvizinhas.

Partindo-se da eco-filosofia rousseauiana, a maior tragédia ambiental do país, ocorrida especificamente no estado de maior produção de minério, Minas Gerais (município de Mariana), foi germinado pela sociedade. De fato, no discurso da origem da desigualdade entre os homens, Rousseau traz, como pressupostos básicos de sua teoria, a crença na bondade do homem em seu estado de natureza, e a atribuição à civilização da responsabilidade pela origem do mal.

Recai sobre este raciocínio que o desenvolvimento social adequado é um instrumento de combate à influência corruptora da sociedade e de preservação da bondade natural das pessoas. Nesta concepção, a educação ambiental e a observância aos princípios da prevenção e da precaução possuem o objetivo de desenvolver as potencialidades naturais desde a infância e buscar o afastamento dos males sociais corruptores.

Este raciocínio condiz com a percepção de que a natureza nunca será capaz de enganar a quem quer que seja. Em contrapartida, os homens sempre serão capazes de enganar<sup>14</sup>. Com isso, o estudioso traz, no contrato social, um divisor de águas do estado natural para o cívico.

Nesse sentido, o Estado é elemento expressivo da chamada “vontade geral”, que merece destaque por ser diferente da vontade de todos, já que a primeira assegura justiça, liberdade e igualdade perante o Estado, o que remonta à noção de vontade da maioria.

Em tais contornos filosóficos, pode-se mencionar que a vontade geral é elemento garante do pacto de consentimento e, conseqüentemente, da igualdade entre as pessoas. Esta premissa acaba por agir *in loco*, na pers-

---

13 SOUZA; KONRAD; GONÇALVES JÚNIOR, 2016, p. 249

14 ROUSSEAU, 2013

pectiva de que o Estado atue em favor dos direitos fundamentais, como é o caso do meio ambiente.

Com tais premissas, numa reflexão que parte da filosofia rousseauiana e adotando esta nomenclatura de terceira dimensão, os lucros empresariais recaem em desfavor de interesses fundamentais e isto deve ser controlado, mesmo que isso signifique agir contra uma maioria, haja vista que, por zelar pelos interesses fundamentais da sociedade, a vontade geral é superior à vontade da maioria.

Cabe aqui acrescer o fato de que Rousseau elenca a liberdade como um direito-dever que merece peregrinar em paralelo com a igualdade. Esta situação também é latente nos argumentos de Bobbio quando assevera que “[...] a liberdade é a qualidade de um ente, enquanto a igualdade é um modo de estabelecer um determinado tipo de relação entre os entes de uma totalidade [...]”<sup>15</sup>. Aqui, portanto, necessita-se adicionar o fato de que ser livre para angariar lucros empresariais sem pensar nas consequências futuras afronta diretamente o bem-estar global de uma comunidade, por afetar a preservação ambiental. Assim, questiona-se, qual seria o juízo de ponderação acerca deste embate? Seria individual ou coletivo? Pensa-se que a coletividade, razoavelmente, deve ser beneficiada neste sentido, pois os males ecoarão por longos anos, chegando a afetar inúmeras gerações.

Ademais, deslinda-se numa questão ponderável, pois enquanto a soberania é atributo essencial, inalienável e indivisível por parte do povo para garantir a vontade geral<sup>16</sup>, o jusnaturalismo rousseauiano prevê uma reconstrução social com base na dimensão grupal, em que o retorno à natureza é capaz de inspirar a sociedade humana na busca pela preservação, pois para o estudioso, “[...] o homem natural é um homem bom que a sociedade corrompeu”<sup>17</sup>. Nesse sentido, impende destacar que diferentemente de Thomas Hobbes para quem o homem é dotado de maldade desde o estado de natureza, para Jean-Jacques Rousseau, é exatamente o contrário, pois tudo que advém da natureza é bom<sup>18</sup>.

Assim, o homem natural é um sujeito dotado de bondade, mas a vida social lhe trouxe a desigualdade moral e material, reforçando a máxima de

---

15 BOBBIO, 1997, p. 13.

16 GOYARD-FABRE, 2002, p. 180-182.

17 REALE, 1962, p. 546.

18 NADER, 1997, p. 138.

que “[...] dando-se a todos, não se dá a ninguém”<sup>19</sup>. Este critério, por analogia, faz evocar o pensamento de que a preservação e a precaução geram a igualdade e a dignidade.

Averigua-se, em caráter de conclusão parcial desta seção e como forma de fomentar o debate em linhas a seguir, partindo-se do diagnóstico de Rousseau<sup>20</sup>, que “o homem nasce livre e em toda parte está a ferros”. De fato, na medida em que os lucros empresariais excessivos sejam ampliados sem o devido cuidado com os princípios da prevenção e da precaução para a preservação do ambiente, como garantir que as gerações futuras poderão gozar de um meio equilibrado, conforme a previsão constitucional?

Diante disso, questiona-se: como proceder com a apuração das causas? como mensurar as multas em virtude do desastre? quais as reações ambientais nacionais e internacionais que melhor se adequam?

Na seção seguinte será abordada a omissão do Estado no dever ambiental de fiscalizar a atividade mineradora e as consequências advindas da incerteza da prevenção de futuros desastres ambientais com outras mineradoras.

### 3. Um Estado omissivo no dever de fiscalização ambiental e a responsabilização pela sua obrigação de fazer

A própria presença do homem no mundo torna-se um objeto do dever de proteger a vulnerabilidade do homem e da natureza diante de uma ameaça das condições de sua existência<sup>21</sup>. O marco regulatório ambiental impôs vários deveres ao Estado e à sociedade civil. A fiscalização é uma tarefa diuturna e permanente contra as alterações adversas do ambiente.

A destruição do distrito de Bento Rodrigues, localizado no município de Mariana-MG, por força do rompimento da barragem e derramamento de lama, ratifica que a legislação ambiental não será suficiente para romper os acordos políticos e empresariais, mantendo-os nos limites da reserva do possível e do mínimo existencial.

Para entender o crime ambiental de novembro de 2015, impõe-se a reflexão: a) a comunidade local esteve atenta às concessões das licenças

---

19 ROUSSEAU, 1999, p. 21.

20 ROUSSEAU, 2013, p. 11

21 JONAS, 2006, p. 45.

ambientais da mineradora Samarco a partir do seu direito à informação e à participação?<sup>22</sup> b) o Ministério Público estadual percebeu irregularidades no funcionamento da referida mineradora e/ou chegou a receber denúncias de alterações no projeto submetido ao licenciamento ambiental? c) seria veraz a informação de que a Samarco apoiou a candidatura de políticos da região em troca de “sossego” quanto às imposições ambientais? d) de que forma será possível prevenir crimes ambientais?

Nenhuma legislação se sustenta ante os efeitos da corrupção e dos conchavos políticos por troca de favores. A licença ambiental é o ato administrativo em que o órgão ambiental competente (federal, estadual ou municipal) estabelece restrições e medidas de controle ambiental, bem como prazos e critérios para sua renovação periódica. Porém, não se olvida que o ato administrativo de licença ambiental é, por vezes, eivado de improbidade em alguns governos.

Em momentos pretéritos, as empresas não passavam pelas exigências de elaborar estudo de impacto ambiental e suas atividades não estavam condicionadas à aprovação do licenciamento ambiental. Nessa senda, a sociedade civil, o Ministério Público, a Defensoria Pública e o terceiro setor são legitimados a romperem com o padrão da falta de prevenção em sopesamento ao risco da atividade lucrativa. Por vezes, o princípio do poluidor-pagador é confundido com instrumento de facilitação do crime ambiental. Na realidade, referido princípio colima que o poluidor pratique a compensação ambiental nos impactos inevitáveis da sua atividade produtiva.

O Estado assume a responsabilidade civil pela omissão da obrigação de fazer (preservar, conservar, fiscalizar), resultante da impossibilidade de declinar dessa obrigação. A responsabilização civil, penal e administrativa<sup>23</sup> imputadas à mineradora Samarco não isenta de responsabilidade o Estado nem os entes que possuem prerrogativas para fiscalizar as atividades empresariais. O poder de polícia ambiental, a aprovação do licenciamento e a concessão da licença são da competência da administração pública. O funcionamento regular da referida empresa é chancelado pelo Estado. A

---

22 Na defesa de que o direito à informação e à participação passam a ter conotação de deveres, CAÚLA; RODRIGUES, 2014.

23 A tutela jurídica, nos casos em epígrafe, ocorre por força da Lei nº 7.347/1985, que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, entre outros, e a Lei nº 9.605/1998, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e de atividades lesivas ao meio ambiente.

suspensão da atividade, mormente a alteração irregular do projeto licenciado, indubitavelmente teria prevenido o rompimento da barragem da mineradora em razão do risco presumido.

A responsabilidade objetiva no Brasil fora consagrada em 1981 (PNMA)<sup>24</sup> e posteriormente reforçada pela CF/88 e pelo Código Civil de 2002. A teoria da objetividade - contraposta à subjetividade - é respaldada no risco da atividade desenvolvida (funções social, reparatória, punitiva). Ressalta-se que por vezes as condutas lesivas ao ambiente são autorizadas pela administração pública, e então consideradas lícitas. Por esta razão, houve o rompimento do modelo de responsabilidade fundada na culpa para os danos ambientais.

A dispensabilidade da culpa não conseguiu inibir os ilícitos ambientais por força do fator cultural de degradação. A culpa (fundada no valor da vontade do sujeito) é dispensada, mas impende provar o nexo de causalidade. Neste reside o obstáculo frente à complexidade típica do dano ambiental, agravada pela desigualdade entre o causador do dano e as vítimas. As excludentes são: caso fortuito, força maior, exclusiva culpa da vítima ou ato de terceiro.

De acordo com o novo Código de Processo Civil, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá o juiz ou o relator, de ofício, ou a requerimento das partes, ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada. O CPC/2015 trata do *amicus curiae* como um terceiro, pessoa física ou jurídica, interveniente no processo judicial. Ressalta a doutrina de Barros, Caúla, Carmo:

A presença desse estranho à causa, dotado do conhecimento específico e legitimado para, dentro do processo, aclarar aspectos da questão tratada e fornecer subsídios para a cognição judicial - desde que prove representatividade adequada - pode ser um contributo para que a solução jurisdicional penda em favor da parte hipossuficiente e da preservação do capital ambiental<sup>25</sup>.

---

24 "Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente". (Art. 14, § 1º, da PNMA).

25 BARROS; CAÚLA; CARMO, 2016, p. 284

O *amicus curiae* poderá contribuir favoravelmente com o ônus probatório relativo aonexo de causalidade. Ainda de acordo com o novo CPC/2015, o juiz poderá inverter o ônus da prova nos casos em que for constatada a impossibilidade ou a dificuldade excessiva de uma das partes cumprir o encargo que lhe compete ou quando verificada que a parte adversa tem maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário<sup>26</sup>.

Ao mesmo tempo, é o Poder Judiciário competente para tornar efetiva a condenação dos infratores, sem obstar o cuidado com o sincretismo metodológico das suas decisões. No entanto, cumpre destacar que, ao dano ambiental, em todas as espécies, interessa o retorno do *status quo*. A decisão judicial ou acordo extrajudicial firmado com o Ministério Público deve ter como finalidade-mor a recomposição dos danos cuja pertinência colima no reequilíbrio ambiental.

Conforme a doutrina de Belchior e Salazar Primo, “o rompimento da barragem de propriedade da Samarco Mineração S.A. representa, decerto, a concretização de um risco abstrato, típico da sociedade de risco e da modernidade reflexiva”<sup>27</sup>. O pensamento dos autores coaduna-se com a decisão monocrática, proferida no RE nos EDcl no REsp. nº 1.374.284/MG, folhas 6-9:

Inicialmente, saliento ser objetiva a responsabilidade da ré/segunda apelante pelos danos causados à autora/primeira apelante, em face previsão insita no art. 927, parágrafo único, do CC, fundada no risco da atividade desenvolvida pela Mineradora, impondo-se a verificação da sua responsabilidade civil independentemente de culpa. [...] A teoria do risco integral originalmente legitimou a responsabilidade objetiva e proclama a reparação do dano mesmo involuntário, responsabilizando-se o agente por todo ato do qual fosse a causa material, excetuando-se apenas os fatos exteriores ao homem (RE nos EDcl no REsp. nº 1.374.284/MG, Min. Laurita Vaz, julgado em 19.11.2014).

Dito de outro modo, a responsabilidade objetiva imputa que determinadas pessoas devem ressarcir os danos provocados por atividades exercidas no seu interesse e sob seu controle, bastando a relação de causalidade entre o dano sofrido pela vítima e a situação de risco criada pelo agente,

---

26 Ver o artigo 373, §1º da lei nº 13.105/2015.

27 BELCHIOR; SALAZAR PRIMO, 2016, p. 19

cujas condições excludentes de responsabilidade civil não podem ser invocadas para afastar o dever reparatório.

Algumas Ações Civas Públicas<sup>28</sup> foram ajuizadas em litisconsórcio passivo contra a Samarco, Vale S.A e a BHB Billiton Brasil LTDA., com vistas à imputação da responsabilidade objetiva pelos nefastos danos causados, sem afastar a responsabilidade do poder público (concessor da licença ambiental prévia, de instalação e de funcionamento, das renovações periódicas), negligente no exercício do poder de polícia ambiental e fiscal da atividade exercida pela mineradora.

A falha na concessão do licenciamento ambiental, na fiscalização e monitoramento da execução da barragem é indubitosa e revela o descaso dos órgãos públicos executivos. O funcionamento regular da empresa Samarco ou de qualquer outra empresa depende da exclusiva autorização do poder público e credita a confiabilidade dos munícipes ao poder fiscalizatório e (in)corruptível do Estado.

Entrementes, de acordo com o ordenamento jurídico ambiental, Estado e empresas assumem responsabilidade pelos riscos (criado, abstrato e integral) das atividades públicas e privadas, respectivamente. As empresas, no papel de agentes degradantes, respondem independente da obtenção de proveitos da atividade. Nos casos em que o poder público ignora os requisitos legais da concessão de licença ambiental, poderá responder solidariamente. Há informação de que no ano de 2013, a Samarco requereu a renovação de sua licença de operação – LO. Nesta ocasião, o Ministério Público encomendou um laudo técnico ao Instituto Pristino, composto também por pesquisadores da Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Referido laudo apontou diversas situações inadequadas, inclusive erro de *design* e o contato de uma pilha de resíduos inertes com a barragem do Fundão<sup>29</sup>.

Decorreram apenas dois anos para que o alerta do Ministério Público saísse do papel e se transformasse na presumida tragédia. A aplicação de elevadas multas pelos órgãos ambientais às rés, bem como as determinações da Justiça Federal para que controlem os dejetos da lama das barragens,

---

28 Ajuizadas pelos Governos estaduais de Minas Gerais e do Espírito Santo, Município de Mariana.

29 Disponível em <LICENCIADOR AMBIENTAL. A Tragédia das Barragens da Samarco e o Licenciamento Ambiental Ineficiente, Burocrático e Mercantilizado>, também em: < <http://licenciadorambiental.com.br/a-tragedia-das-barragens-da-samarco-e-o-licenciamento-ambiental-ineficiente-burocratico-e-mercantilizado/>>. Acesso em: 10 jan.2017.

são ainda insuficientes para amenizar os estragos causados pela negligência e imperícia da Samarco, Vale e BHB Biliton. Fora assinado um “Termo de Compromisso Socioambiental Preliminar”<sup>30</sup> entre a mineradora, o Ministério Público Federal – MPF e o Ministério Público do Trabalho – MPT.

No caso Samarco *versus* Mariana, adotada a teoria do risco criado, tenha ou não a empresa ré agido com imprudência, negligência, imperícia ou dolo, mesmo que a atividade seja desenvolvida com inteiro respaldo na legislação ambiental regente, o dever de reparar os danos causados haverá de ser-lhe imposto, desde que reste provado que eles foram causados por ação ou omissão a ela imputáveis<sup>31</sup>.

No entanto, configurado o dano, as providências saneadoras são tardias, repressivas e irrecuperáveis. Não é possível descurar a falta de certeza científica quanto à reversibilidade dos danos causados ao ecossistema em torno do Rio Doce (dano ecológico puro), à saúde e ao patrimônio cultural ou artificial dos seus municípios (dano ambiental *lato sensu*).

A (re)incidência de crimes ambientais confirma a hipótese da pesquisa. A máquina judiciária é ocupada por demandas ambientais e o Direito não atende aos anseios sociais. Essa constatação não é exclusiva do direito ambiental, mas atinge o direito das famílias, consumidores, penal, criança e adolescente. A legislação não opera sozinha na transformação para um novo convívio com a natureza. Os direitos humanos são diuturnamente desafiados pelos próprios humanos. Em outra realidade, o Equador alterou o texto constitucional e nele insere o direito da natureza, passando esta a ser sujeito de direito. Contudo isso não implica garantir entendimento uníssono na jurisprudência do Tribunal Constitucional.

A conjectura da realização de uma consulta popular sobre a opinião da sociedade acerca do fechamento da empresa Samarco<sup>32</sup> pode resultar na alta probabilidade de a maioria votar em favor da não liquidação, em sopesamento ao direito social do trabalho e à economia local. Não obstante,

---

30 Pelo acerto, a Samarco se compromete a tomar medidas de contenção e prevenção, tanto em relação ao meio ambiente quanto em relação às pessoas que perderam suas casas e não podem trabalhar. A empresa também deve garantir o fornecimento de água potável, além de fiscalizar e analisar periodicamente a qualidade da água do Rio Doce, atingido pelo derramamento da lama cheia de metais pesados – tóxicos. (Boletim de Notícia ConJur, *online*). Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-16/samarco-assina-acordos-ministerio-publico-reparar-danos>> Acesso em: 15 fev. 2016.

31 BELCHIOR; SALAZAR PRIMO, 2016, p. 20

32 Ver lei de crimes ambientais.

o crime ambiental atinge o próprio direito do trabalho e a condição de um ambiente de qualidade à vida do trabalhador.

Nesse caso, qual a segurança jurídica para deter o monopólio da Samarco na economia do município de Mariana? O que impedirá um novo crime ambiental com a mesma mineradora? As respostas podem ser encontradas nos princípios ambientais da prevenção e precaução do dano (incluídos no Princípio 15 da Declaração do Rio). Na defesa de que o princípio da precaução implica na obrigação de o Estados, Pentinat sustentará “*adoptar medidas eficaces para impedir la degradación del medio ambiente, cuando exista peligro de daño grave o irreversible, a pesar de la ausencia de certeza científica absoluta de pueda o no originarse ese daño*”<sup>33</sup>. Passa-se à próxima seção.

### 3.1. Princípios ambientais basilares para evitação de crimes

Os princípios constitucionais ambientais edificam uma muralha de evitação de crimes. Sobre tais princípios devem ser colocados “olhos de lince”, sob pena de incorrer em danos irreversíveis – uma ameaça iminente. Desde a promulgação da Política Nacional de Meio Ambiente<sup>34</sup>, na década de oitenta, a atividade empresarial é regradada por novos parâmetros que previnem as consequências inerentes aos riscos das suas atividades<sup>35</sup>.

Há uma análise positiva de que a Constituição está preocupada com todas as dimensões do ambiente, interligando conceitos, restringindo direitos e incrementando a fiscalização para a efetividade da qualidade do ambiente sadio à vida humana, sob a muralha dos meios de tutela jurídica, garantindo ao mesmo tempo o meio ambiente ecologicamente equilibrado e o desenvolvimento econômico, ou seja, o desenvolvimento de atividades econômicas potencialmente degradadoras, de forma a minimizar e controlar os impactos ambientais<sup>36</sup>.

Dentre os princípios do direito ambiental, destacam-se dois que se relacionam diretamente com a atividade de mineração, norteando o embasa-

---

33 PENTINAT, 2014, p. 52.

34 Instituída pela lei nº 6938/1981.

35 Anualmente, a comunidade internacional dialoga sobre os problemas ambientais na designada Conferência das Partes (COP), signatária da Convenção-Quadro sobre Mudanças Climáticas, e colima encontrar soluções jurídico-políticas-econômicas concernentes às questões climáticas, catástrofes ambientais, migrantes (deslocados) ambientais.

36 CAÚLA; MARTINS; TÔRRES, 2016, p. 78).

mento teórico e fixando a legislação pertinente em casos concretos: o da precaução, o da prevenção. Na tragédia de Mariana, Estado e Samarco negligenciaram a prevenção dos riscos iminentes. O primeiro no seu poder de polícia de licenciamento; a segunda na adoção de planejamento estratégico, partindo de uma Agenda 21 empresarial<sup>37</sup> e de um Sistema de Gestão Ambiental (SGA). Sobre a problemática ambiental, conforme doutrina de Pentinat, “*surge como síntoma de una crisis de civilización, cuestionando las bases mismas de la racionalidad económica, los valores de la modernidad y los fundamentos de las ciencias que fueron fraccionando el conocimiento sobre el mundo*”<sup>38</sup>.

Machado<sup>39</sup> leciona que as atividades de mineração foram objeto de vários tópicos na CF/88, dada a sua importância estratégica para o desenvolvimento do país, bem como o seu potencial de poluição e degradação ambiental<sup>40</sup>.

A precaução está diretamente ligada aos impactos ambientais “não conhecidos”. Consiste na proteção do ambiente apesar da incerteza científica, ou seja, a extensão cautelar dos riscos. Barbieri define precaução como “cautela (do latim *cautio*) diante de algo que não se conhece ou cujo conhecimento é insuficiente para estabelecer medidas de prevenção”<sup>41</sup>. O autor exemplifica com a iniciativa de adiar a introdução de um novo produto cujos efeitos ambientais são desconhecidos.

Sobre o princípio da precaução recaem consensos e dissensos. A sua aplicabilidade irrestrita pode resultar no engessamento do exercício do direito fundamental à livre iniciativa e colidir com o princípio do desenvolvimento sustentável. Ao mesmo tempo, as empresas assumem o risco integral da sua atividade e a incerteza científica pode resultar em impactos não presumíveis de modo a cobrar das empresas o ônus da prova de demonstrar a inocuidade da sua atividade ao ecossistema.

Em crítica a essa nova coqueluche do direito ambiental, Carla Amado Gomes assume posição cética quanto à existência e operatividade do

---

37 Ver CAÚLA, 2012.

38 PENTINAT, 2014, p. 36.

39 MACHADO, 2010, p. 712.

40 O artigo 176 da CF/88 elenca as normas de proteção dos recursos minerais, intimamente às garantias concedidas para pesquisas de lavras, onde se faz necessária a autorização ou a concessão de lavras para que o proprietário do solo possa ter participação no resultado.

41 BARBIERI, 2006, p. 34.

princípio da precaução, enquanto princípio autônomo. A autora lusitana ao discorrer sobre a euforia relativa às virtualidades do princípio opina:

A ideia de precaução, tomada na sua formulação mais generosa/radical, torna-se impraticável. [...] tal atitude seria completamente irrealista, dadas as características da sociedade de risco. Com efeito, num tempo em que a técnica subverteu os processos normais de funcionamento dos ecossistemas, tornou-se impossível prevenir todos os danos, porque os dados têm que rever-se continuamente.<sup>42</sup>

O pensamento da jurista Carla Amado Gomes induz à inquietação de saber em qual exata medida há “certeza científica” da inexistência de determinado risco produzido por uma atividade. Outro ponto de observação é saber como mensurar os graus de dano potencial suscetíveis à atitude precaucionista. Já nos antecipamos em responder que, no tocante à atividade mineradora, tal qual às atividades nucleares, o preço pelo alto risco da incerteza não vale a pena para nenhum direito fundamental (vida, saúde, moradia, bem-estar).

Sobre a “obediência” à incerteza por força dos riscos ambientais e da vulnerabilidade, Caúla, Martins e Tórres ponderam que “tem consonância com os princípios da supremacia da Constituição, da proporcionalidade, da soberania, da cidadania e da dignidade da pessoa humana”<sup>43</sup>. A atividade mineradora deverá se ater aos ditames ambientais como forma preventiva de tornar menores os riscos potencialmente ofensivos aos direitos humanos ambientais. Requer uma ponderação para dirimir a colisão entre o direito de proteção ambiental, o direito ao desenvolvimento e à livre iniciativa. Na dúvida não se pode evitar a cautela, “esperar não é saber, quem sabe faz a hora, não espera acontecer”.

### 3.2. Perspectiva para o novo regramento da mineração no Brasil

A regulação da atividade mineradora no Brasil data de 1934 por força do Decreto nº 24.642, de 10 de julho de 1934, aprova o Código de Minas da República dos Estados Unidos do Brasil, e criou o Departamento Nacional

---

42 GOMES, 2008, p. 147.

43 CAÚLA; MARTINS; TÓRRES, 2016, pp. 78-79

de Produção Mineral (DNPM), órgão responsável pelas autorizações e concessões para a exploração das minas. O Estado empenhava esforços para o desenvolvimento e para a atividade econômica.

Posteriormente, no ano de 1967 fora aprovado o Código de Mineração (Decreto nº 227 de 28 de Fevereiro de 1967), regulamentado pelo Decreto nº 62.934/1968, pela Constituição Federal de 1988, além de atos normativos do Departamento Nacional de Produção Mineral – (DNPM)<sup>44</sup> e Ministério de Minas e Energia (MME).

A finalidade do DNPM consiste em promover o planejamento e o fomento da exploração mineral e do aproveitamento dos recursos minerais e superintender as pesquisas geológicas, minerais e de tecnologia mineral. Não obstante, o órgão federal assume a tarefa de assegurar, controlar e fiscalizar o exercício das atividades de mineração em todo o território nacional<sup>45</sup>. Porém, nem tudo que está escrito no texto da lei é aplicado pelo Poder Executivo. Não apenas o DNPM, como também o IBAMA, são desprovidos de estrutura para a realização das atividades a eles designadas. É nesse cenário nacional que a atividade mineradora é explorada. Há anos o DNPM não renova seu quadro de servidores, faltam equipamentos técnicos e de capital humano. Os repasses federais são insuficientes, incorrendo em vícios formais e materiais na concessão e renovação das licenças ambientais.

A título de medida preventiva, a atividade mineradora é também regradada pela Política Nacional de Segurança de Barragens (PNSB), instituída pela lei nº 12.334/2010. Esta deverá estabelecer programa de educação e de comunicação sobre segurança de barragem para conscientizar a sociedade da importância da segurança de barragens. Contemplará as seguintes medidas: I – apoio e promoção de ações descentralizadas para conscientização e desenvolvimento de conhecimento sobre segurança de barragens; II – elaboração de material didático; III – manutenção de sistema de divulgação sobre a segurança das barragens sob sua jurisdição; IV – promoção de parcerias com instituições de ensino, pesquisa e associações técnicas

---

44 A Lei nº 8.876, de 2 de maio de 1994 autoriza o Poder Executivo a instituir como autarquia federal o Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM), vinculada ao Ministério de Minas e Energia. É dotada de personalidade jurídica de direito público, com autonomia patrimonial, administrativa e financeira. Tem sede e foro em Brasília, Distrito Federal, e circunscrição em todo o território nacional. Disponível em: <<http://www.dnpm.gov.br/acesso-a-informacao/institucional>>. Acesso: 25 mar. de 2016.

45 Ver o Código de Mineração, o Código de Águas Minerais e os respectivos regulamentos e a legislação que os complementa.

relacionadas à engenharia de barragens e áreas afins; V – disponibilização anual do Relatório de Segurança de Barragens<sup>46</sup>.

No ano de 2011, foi lançado, pelo Ministério de Minas e Energia, o Plano Nacional de Mineração 2030, para instituir novas bases para o crescimento da economia mineral no Brasil. O Programa colima reestruturar o setor minerário, prevê a criação da Agência Nacional de Mineração (ANM) e do Conselho Nacional de Política Mineral (CNPM)<sup>47</sup> e a consolidação do Marco Regulatório da Mineração (BRASIL, portal, *online*).

A transferência das funções do DNPM para Agência Nacional de Mineração (ANM) pouco significará para os riscos ambientais da atividade mineradora. A sua disfuncionalidade pode ser denotada pela falta de celeridade do Congresso Nacional em votar o PL-5807/2013, diante da destruição do distrito de Bento Rodrigues em Mariana. Numa visão de pouca significância da realidade ambiental brasileira precedente e pretérita à tragédia ambiental em Minas Gerais, a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal emitiu parecer favorável à Proposta de Emenda Constitucional 65, submetida no ano de 2012 (estabelece a suspensão de obra pública licenciada somente se houver fato superveniente). No entanto, a sociedade não tem qualquer garantia de que uma obra pública obedeça todos os procedimentos legais, tampouco que seja regida pela absoluta probidade administrativa<sup>48</sup>.

O Poder Executivo funciona sob o peso da vontade política, vontade da administração pública. Sobre a importância de diferenciar o trabalho dos juizes, dos políticos parlamentares ou chefes do Executivo, Igor Suzano Machado (2016, p. 249) nos adverte: “Não que argumentos de política não

---

46 Conforme artigo 15 da lei nº 12.334/2010. No seu artigo 16 dispõe: O órgão fiscalizador, no âmbito de suas atribuições legais, é obrigado a: I – manter cadastro das barragens sob sua jurisdição, com identificação dos empreendedores, para fins de incorporação ao SNISB; [...] V – exigir do empreendedor o cadastramento e a atualização das informações relativas à barragem no SNISB. §1o O órgão fiscalizador deverá informar imediatamente à Agência Nacional de Águas (ANA) e ao Sistema Nacional de Defesa Civil (Sindec) qualquer não conformidade que implique risco imediato à segurança ou qualquer acidente ocorrido nas barragens sob sua jurisdição. (Grifos nosso)

47 PL-5807/2013 (Novo Marco Regulatório da Mineração). A este já foi apensado o PL-5263/2016. Posição atual: Mesa Diretora da Câmara dos Deputados. Disponível em: < <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=581696>>. Acesso em: 09 jan. 2017.

48 Queda do viaduto de Belo Horizonte construído para atender a mobilidade urbana da Copa do Mundo de 2014. A estrutura que caiu passa por cima da Avenida Pedro 1º, uma das mais movimentadas da cidade e que liga o Aeroporto de Confins à região do Estádio do Mineirão. Em Fortaleza, no dia 23 de fevereiro de 2016, obra pública de construção de ponte cai e mata dois operários.

possam reforçar um argumento jurídico, mas apenas poderão fazê-lo se estiverem em consonância com argumentos outros de princípios e contarem com previsão legal”.

No caso de Mariana, um laudo técnico do Instituto Pristino serviu de base para motivar o Ministério Público a recomendar, ao órgão licenciador, a “*elaboração de estudos e projetos sobre os possíveis impactos do contato entre as estruturas*”. Ocorre que o órgão ambiental ignorou as recomendações e renovou a licença uma semana após o laudo ser divulgado<sup>49</sup>. Nessa senda, é forçoso admitir que a sociedade tem se tornado refém da vontade da Administração Pública<sup>50</sup>.

Pentinat critica a “falsa imagem” que algumas empresas passam para a sociedade:

*La falsa solución de proteger el medio ambiente a través de la economía y del mercado, la llamada green economy, ha sido adoptada por algunas empresas que han integrado políticas agresivas de sostenibilidad y responsabilidad social para crear una imagen acorde con la moda de proteger el medio ambiente.*<sup>51</sup>

Entrementes, a mineração acarreta alterações nas características ambientais da região onde é explorada, alterando o *status quo*, por vezes impossibilitando a reconstituição. Não existe precisão da dimensão de todos os impactos dela resultantes. Deste modo, impõe uma atenção à gestão pública e empresarial aos Princípios da Precaução (suspender uma atividade quando todos os riscos não possam ser presumíveis) e Prevenção (adequar à gestão empresarial aos meios possíveis de evitação do dano). São medidas cujo custo poderá equivocadamente transparecer maior do que o preço do risco. À empresa caberá eleger suas escolhas – seguir regularmente a legislação e implantar um Sistema de Gestão Ambiental (SGA) ou perquirir o caminho de burlar a legislação e incorrer em crime ambiental.

---

49 Disponível em <LICENCIADOR AMBIENTAL. A Tragédia das Barragens da Samarco e o Licenciamento Ambiental Ineficiente, Burocrático e Mercantilizado. Disponível em: <<http://licenciadorambiental.com.br/a-tragedia-das-barragens-da-samarco-e-o-licenciamento-ambiental-ineficiente-burocratico-e-mercantilizado/>>. Acesso em: 10 jan.2017.

50 Na mesma linha de pensamento, OTERO, 2007.

51 PENTINAT, 2014, p. 40.

#### 4. Conclusão

Em caráter de apontamentos conclusivos, resvala-se, por meio das premissas rousseauianas evocadas na seção inicial deste ensaio, que o meio ambiente, como sujeito dotado de critérios de terceira dimensão, permite trazer à baila que os exageros de uma sociedade com visão restrita aos lucros empresariais recaem em desfavor de interesses fundamentais. Ademais, isto deve sofrer controle, mesmo que signifique ir de encontro à vontade da maioria, pois esta em nada condiz com a vontade geral, haja vista a perspectiva de que liberdade e igualdade devem caminhar de modo complementar para que sejam salvaguardados direitos fundamentais como o meio ambiente em benefício do bem-estar e da dignidade das futuras gerações.

Mesmo com todo o arcabouço de leis ambientais, algumas mencionadas neste artigo, os órgãos ambientais de execução e fiscalização continuam sucateados, à espera de mais uma tragédia ambiental da atividade mineradora brasileira. Caberá apenas ao Poder Judiciário reprimir essa prática abusiva do Executivo (municipal, estadual e federal)? É cediço que os litígios envolvendo o poder público são numerosos, ocupando o *ranking* das lides judiciais e comprometendo os custos da máquina judiciária, de modo a forçar o entendimento da negligência recorrente da gestão pública ambiental.

O instrumento em voga para os conflitos ambientais é a “construção de consensos”<sup>52</sup>. A Procuradoria da República no Ceará, por meio do seu Procurador Alessandro Sales, vem, de forma harmoniosa, adotando este instrumento logo após o ajuizamento da ação. O magistrado atuante no processo, a pedido do Ministério Público Federal (MPF), autor da ação, suspende o processo e abre espaço para a construção de consensos pelas partes interessadas na lide. Após anos de tramitação judicial, três emblemáticos conflitos ambientais, no Ceará, foram dirimidos: Barracas da Praia do Futuro (153 barracas); Regulamentação das Áreas Preservadas do Parque do Cocó e urbanização da Avenida Beira Mar de Fortaleza. Estado, município, instituições públicas e privadas, sociedade civil, Ministério Público Estadual, sindicatos, reunidos, chegaram a um consenso que resultou na finalização do conflito<sup>53</sup>.

---

52 Na vanguarda da aplicação da construção de consensos ambientais estão os Estados Unidos. O Brasil ainda possui tímida produção doutrinária sobre o tema.

53 Por ocasião da sua intervenção “Construção de consensos em matéria ambiental”, no III Meio Ambiente

As vítimas da desmedida tragédia ambiental do país precisam de informações precisas e confiáveis de que o sistema estatal de fiscalização do ambiente será mais efetivo e planejado, perquirindo a prevenção contra novos danos causados pelas empresas de mineração atuantes no Brasil. Entidades nacionais e internacionais enviaram notas de repúdio sobre a tragédia de Mariana. O tratamento é de um desastre contra os “direitos humanos”, segundo a ONU.

A responsabilidade civil, administrativa e penal, somadas aos princípios da prevenção e da precaução, são instrumentos inibidores ou repressores. Ao mesmo tempo, diante dos consensos e dissensos, muitas perguntas permanecem sem resposta. Carla Amado Gomes nos instiga a ponderar “de quantas incertezas se faz a proteção do ambiente?”. Um acalanto à indagação da autora lusitana, podemos apenas dizer que a única certeza que temos é de um futuro incerto. Dedicemos um olhar mais atento às premissas filosóficas que anteciparam o momento ambiental vivido no presente.

## Referências

- ALENCAR, José Martiniano de. *Iracema*. Barueri, SP: Ciranda Cultural, 2010. Coleção Literatura Brasileira.
- BARBIERI, José Carlos. *Gestão ambiental empresarial: conceitos, modelos e instrumentos*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BARROS, Ana Meire Vasconcelos; CAÚLA, Bleine Queiroz; CARMO, Valter Moura do. Desequilíbrios de poder entre os mediandos e a necessária tutela do Estado: análise da mediação ambiental à luz do CPC/2015. *Revista Veredas do Direito*, v. 13, n. 27, p. 267-289, set./dez. 2016. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/869>>. Acesso em: 11 ago. 2017.
- BELCHIOR, Germana Parente Neiva; SALAZAR PRIMO, Diego de Alencar Salazar. A responsabilidade civil por dano ambiental e o caso Samarco: desafios à luz do paradigma da sociedade de risco e da complexidade ambiental. *Revista Jurídica da FA7*, Fortaleza, v. 13, n. 1, p. 10-30, jan./jun. 2016.

---

em Foco, realizado na Escola Superior da Magistratura do Ceará – ESMEC, no dia 29 de abril de 2017. Na íntegra na página oficial do Facebook da ESMEC. Disponível em: <<https://www.facebook.com/tjceoficial/?pnref=story>>. Acesso em: 21 abr. 2017.

- BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política – a filosofia política e a lição dos clássicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasil, DF, Senado, 1988.
- BRASIL. *Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981*. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/16938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16938.htm)>. Acesso em: 10 jan.2017.
- BRASIL. *Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985*. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm)>. Acesso em: 10 jan. 2017.
- BRASIL. *Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998*. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm)>. Acesso em: 10 jan.2017.
- BRASIL. *Lei nº 12.334, de 20 de setembro de 2010*. Estabelece a Política Nacional de Segurança de Barragens destinadas à acumulação de água para quaisquer usos, à disposição final ou temporária de rejeitos e à acumulação de resíduos industriais, cria o Sistema Nacional de Informações sobre Segurança de Barragens e altera a redação do art. 35 da Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997, e do art. 4º da Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Lei/L12334.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12334.htm)>. Acesso em 10 jan. 2017.
- BRASIL. *Lei 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://livraria.senado.gov.br/e\\_CPC\\_2015](http://livraria.senado.gov.br/e_CPC_2015)> Acesso em: 13 jan.2017.
- BRASIL. *Decreto-lei nº 227, de 28 de fevereiro de 1967*. Dá nova redação ao Decreto-lei nº 1.985, de 29 de janeiro de 1940. (Código de Minas). Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del0227.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0227.htm)>. Acesso em 10 jan. 2017.

- BRASIL. *Decreto n° 24.642, de 10 de julho de 1934*. Decreta o Código de Minas. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1930-1949/D24642.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D24642.htm)>. Acesso em 10 jan. 2017.
- BRASIL. *Lei n° 8.876, de 2 de maio de 1994*. Autoriza o Poder Executivo a instituir como Autarquia o Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM), e dá outras providências. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8876.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8876.htm)>. Acesso em: 10 jan. 2017.
- BRASIL. *Proposta de Emenda Constitucional n° 65, de 2012*. Acrescenta o §7° ao art. 225 da Constituição, para assegurar a continuidade de obra pública após a concessão da licença ambiental. Disponível em <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/109736>>. Acesso em 10 jan. 2017.
- BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. RE nos EDcl no REsp. n° 1.374.284/MG, Min. Laurita Vaz, julgado em 19.11.2014. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>>. Acesso em 10 jan. 2017.
- BRASIL. *Projeto de Lei n° 5.807/2013*. Dispõe sobre a atividade de mineração, cria o Conselho Nacional de Política Mineral e a Agência Nacional de Mineração – ANM, e dá outras providências. Disponível em <<http://www.camar.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=581696>>. Acesso em: 10 jan. 2017.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 10. ed. São Paulo: Saraiva. 2012.
- FORTES, Luiz Roberto Salinas. *Rousseau: o bom selvagem*. Disponível em: <<http://www.culturabrasil.org>>. Acesso em: 27 jun. 2015.
- CAÚLA, Bleine Queiroz; MARTINS, Dayse Braga; TÔRRES, Lorena Grangeiro de Lucena. Mineração, desenvolvimento econômico e sustentabilidade ambiental: a tragédia de Mariana como parâmetro da incerteza. In: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado Gomes (Coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz et al. (Org.). *Diálogo ambiental, constitucional e internacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. v. 6. p. 71-98.
- CAÚLA, Bleine Queiroz. *A lacuna entre o direito e a gestão do ambiente: os 20 anos de melodia das agendas 21 locais*, 2012.
- CAÚLA, Bleine Queiroz; RODRIGUES, Francisco Lisboa. Responsabilidade civil extracontratual da administração pública por danos ambientais: um olhar à luz do direito à informação e do direito de participação. In: SOUSA, Marcelo Rebelo de (Coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz

- (Org.) et. al. *O direito administrativo na perspectiva luso-brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 3-67.
- CONSELHO NACIONAL DE MEIO AMBIENTE (CONAMA). *O CONSELHO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE - IBAMA*, no uso das atribuições que lhe confere o artigo 48 do Decreto nº 88.351, de 1º de junho de 1983, para efetivo exercício das responsabilidades que lhe são atribuídas pelo artigo 18 do mesmo decreto, e Considerando a necessidade de se estabelecerem as definições, as responsabilidades, os critérios básicos e as diretrizes gerais para uso e implementação da Avaliação de Impacto Ambiental como um dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente. Resolução nº 01, de 23 de janeiro de 1986. *DOU* 17/2/86. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res86/res0186.html>>. Acesso em: 10 ago.2017.
- CONSULTOR JURÍDICO. *Rompimento de barragens*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-16/samarco-assina-acordos-ministerio-publico-reparar-danos>>. Acesso em: 10 jan. 2017.
- DEPARTAMENTO NACIONAL DE PRODUÇÃO MINERAL (DNPM). *Governo lança Plano Nacional de Mineração 2030*. Disponível em: <<http://www.dnpm.gov.br/conteudo.asp?IDSecao=99&IDPagina=72&IDNoticiaNoticia=523>>. Acesso em: 10 jan.2017.
- GOMES, Carla Amado. *Textos dispersos de direito do ambiente*. Lisboa: Associação dos Alunos da Faculdade de Direito de Lisboa, 2008, v. I.
- GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do Direito político moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- HOBBS, Thomas. *Leviathan*. London: Penguin Classics, 1985.
- JORNAL Expresso de Minas. *Sem estrutura: DNPM não fiscaliza 95 barragens em Minas*. Disponível em <<http://www.expressodeminas.com.br/minas/sem-estrutura-dnpm-nao-fiscaliza-95-barragens-em-minas>>. Acesso em: 10 jan.2017.
- JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Rio de Janeiro, Contraponto, 2006 [1979]. 353p.
- KELLY, Paul; DACOMBE, Rod; FARNDON, John et al. *O livro da política*. São Paulo: Globo, 2013.
- LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil: ensaio sobre a origem, os limites os fins verdadeiros do governo civil*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1994.

- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MACHADO, Igor Suzano. Comunidade de princípios e princípio da responsabilidade: o juiz Hércules confuso diante de uma natureza ameaçada. *Revista Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 13, n. 27, p. 243-265, set./dez. 2016. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/860>>. Acesso em: 17 abr. 2017.
- NADER, Paulo. *Filosofia do Direito*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- O Globo. *MP de Minas Gerais vê falhas em licenciamento da barragem de Fundão*. Disponível em <<http://oglobo.globo.com/brasil/mp-de-minas-gerais-ve-falhas-em-licenciamento-da-barragem-de-fundao-18494612>> Acesso em: 10 jan.2017.
- OTERO, Paulo. *Instituições políticas e constitucionais*. Coimbra: Almedina, 2007. v.1.
- PENTINAT, Susana Borràs. Análisis de la Contribución del Paradigma de Desarrollo Sostenible a la Justicia Ambiental, Económica y Social. In: MARTINS, Dayse Braga (Org.) et. al. *Diálogo ambiental, constitucional e internacional*. Fortaleza: Premium, 2014, p. 29-81. v. 2.
- REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1962.
- ROUSSEAU, Jean Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- ROUSSEAU, Jean Jacques. *O contrato social: princípios do Direito Político*. Tradução de Edson Bini. Bauru, SP: Edipro, 2013.
- SOUZA, Valmir de; KONRAD, Odorico; GONÇALVES JÚNIOR, Affonso Celso. Contaminação por chumbo, riscos, limites legais e alternativas de remediação. *Revista Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 13, n. 25, p. 249-276, jan./abr. 2016. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/643>>. Acesso em: 17 abr. 2017.

Recebido em 25 de agosto de 2017.

Aprovado em 13 de agosto de 2019.

# A difusão das sessões de julgamento do Supremo Tribunal Federal na mídia: benefícios e desafios para o exercício do controle de constitucionalidade

*The media coverage of brazilian Supreme Court trial sessions: benefits and challenges for judicial review*

Thiago Coelho Sacchetto\*

*Instituto para o desenvolvimento democrático, Belo Horizonte – MG, Brasil.*

## 1. Introdução

No exercício da fiscalização de constitucionalidade de atos normativos, sobretudo nos denominados casos difíceis, é comum que os juízes constitucionais atuem em cenários marcados por múltiplas opções jurídicas para a definição de posicionamentos sobre a inconstitucionalidade ou constitucionalidade de dispositivos infraconstitucionais<sup>1</sup>.

Com raras exceções, a doutrina majoritária rejeita a ideia de que exista uma única solução correta para os problemas de direito submetidos às cortes constitucionais, e, nesse contexto, os deveres de motivação e publicidade das decisões têm a função de garantir que os posicionamentos jurisdicionais exarados atendam a certo grau de objetividade e sejam submetidos ao exercício do *controle externo*<sup>2</sup>.

---

\* Professor do Instituto para o Desenvolvimento Democrático e da Faculdade de Direito do Centro Universitário UNA, Minas Gerais. Doutorando em Direito Público pela Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL), Portugal. E-mail: tcsacchetto@gmail.com.

1 MIRANDA, 2007, p. 299.

2 BARCELLOS, 2008, p. 95.

Assentada a premissa de que a atividade jurisdicional de fiscalização de constitucionalidade de atos normativos, em muitas situações, envolve a densificação de normas constitucionais imprecisas<sup>3</sup>, é evidente que a exigência de fundamentação e publicização das decisões jurisdicionais funcionam como importantes mecanismos de contenção de práticas decisórias capazes de violar os parâmetros de legalidade insculpidos nas ordens jurídicas.

Com base na conjuntura normativa brasileira, em que ao Supremo Tribunal Federal foram atribuídas diversificadas competências para julgar processos de naturezas jurídicas díspares, é recomendável que a valoração da prática de abertura das sessões de julgamento da corte para transmissão integral e ao vivo, por canais midiáticos, ocorra com observância às particularidades de cada umas das distintas competências exercidas pelo Tribunal.

Como se sabe, o Supremo Tribunal Federal brasileiro possui variadas atribuições jurisdicionais que extrapolam as competências clássicas conferidas às cortes constitucionais com base no tradicional modelo europeu<sup>4</sup>.

Para além das funções típicas de jurisdição constitucional relacionadas às competências para julgar litígios envolvendo conflitos entre entes federados, realizar o controle de constitucionalidade de atos normativos e garantir a proteção de direitos fundamentais, cumpre originariamente à Suprema Corte brasileira julgar as infrações penais comuns supostamente cometidas por altas autoridades, o pedido de extradição solicitado por Estado estrangeiro, os conflitos de competência entre os tribunais superiores e outros tribunais, os mandados de segurança, *habeas corpus* e *habeas data* contra atos praticados por órgãos da cúpula do Poder, ou por altas autoridades, entre outras espécies de litígios<sup>5</sup>.

Sem a pretensão de analisar os aspectos positivos e negativos que a consolidação de um regime de irrestrita transparência ocasiona em relação às diversificadas competências jurisdicionais exercidas pelo Supremo, no estudo, cingir-se-á a análise dos efeitos da prática para os atos

---

3 Vide HESSE, 1983, p. 44.

4 Cfr. MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da constituição*. 3ª Edição. São Paulo: Atlas, 2013, pp. 210-214.

5 SACCHETTO, Thiago Coelho. As Transmissões Midiáticas das Sessões de Julgamento do Supremo Tribunal Federal. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, ano 16, n. 22, p. 214, jan./jun. 2018

de fiscalização de constitucionalidade de dispositivos normativos realizados pelo Tribunal, enquanto guardião da supremacia constitucional.

Isso porque, a depender da competência jurisdicional desempenhada, entende-se que o dever de transparência dos atos jurisdicionais pode variar em intensidade, assim como a necessidade de proteção à intimidade ou privacidade, ponderando-se os bens jurídicos e interesses eventualmente conflitantes<sup>6</sup>.

Nesse escopo, com metodologia jurídico-sociológica<sup>7</sup> e jurídico-dogmática<sup>8</sup>, examinam-se os benefícios estruturais, comunicativos, hermenêuticos, jurspolíticos e empíricos que advêm da prática de transmitir-se, ao vivo e integralmente, parcela das sessões de julgamento da Suprema Corte Federal brasileira, em especial, as discussões relacionadas à fiscalização de constitucionalidade de atos jurídicos infraconstitucionais.

## 2. Os benefícios estruturais, comunicativos e hermenêuticos do modelo otimizado de publicidade

Ao transmitir ao vivo e integralmente os seus julgamentos por meio de canais midiáticos, o Supremo Tribunal Federal tem maximizado a possibilidade de os cidadãos brasileiros acompanharem a atividade jurisdicional desempenhada pela Corte no exercício da fiscalização de constitucionalidade de atos normativos.

Com isso, tem concretizado em grau máximo a transparência dos procedimentos decisórios por meio dos quais a Corte, eventualmente, invalida os atos normativos populares editados pelo povo ou por seus representantes democraticamente eleitos, ou censura a mora para o exercício da função legiferante<sup>9</sup>.

A transmissão integral de todos os debates, sustentações orais, audiências públicas, questões de ordem, votos e demais acontecimentos

---

6 SACCHETTO, 2018, p. 214.

7 GUSTIN; DIAS, 2015, p. 22.

8 *Idem*, p. 21.

9 O uso hoje consolidado de transmitirem-se ao vivo e integralmente as sessões plenárias da Corte decorre pura e unicamente de uma prática costumeira, por meio da qual o STF tem autorizado a TV Justiça a reproduzir os julgamentos dessas sessões. Nenhuma norma escrita, primária ou secundária, estatui que as sessões do Pleno devam ser necessariamente transmitidas pelo canal criado por lei ordinária *para a divulgação dos atos do Poder Judiciário e dos serviços essenciais à Justiça*, e que as sessões realizadas, pelas suas Turmas, não devam.

ocorridos durante os julgamentos de suas sessões plenárias materializa um esforço estatal de garantir que o princípio da publicidade das audiências judiciais seja concretizado em uma perspectiva não meramente formal, mas também substancial<sup>10</sup>, iniciativa que consuma o princípio da transparência em respeito ao consagrado direito fundamental à informação<sup>11</sup>.

Aceite que em todo litígio em que há a fiscalização de constitucionalidade de ato normativo há notório interesse público sobre as decisões proferidas pelo órgão de controle, a publicização otimizada das sessões de julgamento que tratam de questões materialmente constitucionais contribui em múltiplos aspectos para o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito<sup>12</sup>, valendo destacar, inicialmente, as potencialidades sob às perspectivas estruturais (2.1. *infra*), comunicativas (2.2. *infra*) e hermenêuticas (2.3. *infra*).

## 2.1. A organização estrutural do Estado

As decisões proferidas pelas cortes constitucionais possuem incensurável relevância para a ordem jurídica e política dos Estados nos quais estão inseridas. No exercício do controle abstrato de constitucionalidade de normas infraconstitucionais, as decisões emanadas por esses órgãos, em regra, tangenciam imediatamente o interesse público de todos os sujeitos da sociedade em razão dos efeitos *erga omnes* usualmente delas provenientes<sup>13</sup>.

---

10 SILVA, 2005, p. 47

11 Cfr. CONDESSO, 2007, pp. 27-82.

12 Para além das funções típicas de jurisdição constitucional relacionadas às competências para realizar o controle de constitucionalidade de atos normativos e garantir a proteção de direitos fundamentais, cumpre originariamente à Suprema Corte brasileira julgar as infrações penais comuns supostamente cometidas por altas autoridades, o pedido de extradição solicitado por Estado estrangeiro, os conflitos de competência entre os tribunais superiores e outros tribunais, os mandados de segurança, habeas corpus e habeas data contra atos praticados por órgãos da cúpula do Poder ou por altas autoridades, entre outras espécies de litígios. Com base nessa conjuntura normativa em que ao Supremo Tribunal Federal foram atribuídas competências para julgar processos de naturezas jurídicas eminentemente diversificadas, entende-se ser recomendável que a avaliação valorativa da prática de abertura das sessões de julgamento para transmissão ao vivo e integral por meio de canais midiáticos se dê com sensibilidade para a natureza das competências jurisdicionais exercidas pelo Tribunal e para os seus diferentes ritos.

13 No Brasil, consoante a dicção do § 2º do art. 102 da CF/88 e §3º do art. 10 da Lei n.º 9.882/99.

No que diz respeito às decisões proferidas em controle concreto de constitucionalidade, além de servirem genericamente como precedentes de orientação para diversos tribunais e juízos do Poder Judiciário, podem ganhar características vinculativas de generalidade e abstratividade que também terão repercussão para todos os indivíduos da comunidade<sup>14</sup>.

Devido aos efeitos de generalidade, vinculatividade e, em alguns casos, normatividade, que as decisões jurisdicionais das cortes constitucionais podem adquirir, não se compreende porque a doutrina juspublicista não tem vindicado ampla transparência para as sessões de julgamento desses órgãos jurisdicionais de maneira similar como reclama para os procedimentos legislativos realizados pelas casas parlamentares<sup>15</sup>.

Obviamente, embora a função legislativa dos agentes políticos esteja muito mais condicionada à aprovação popular do que a função jurisdicional das cortes constitucionais, os supervenientes efeitos gerais, abstratos e normativos que podem advir dessas decisões deveriam justificar, per se, o reclame por maior transparência nas sessões judiciais que envolvem a fiscalização constitucional de atos normativos.

Assim como é possível concluir-se que tanto mais é democrático, sob a perspectiva estrutural do Estado, um modelo organizativo que permita aos cidadãos acompanharem com maior transparência as atividades legiferantes realizadas pelos representantes políticos, é possível concluir-se que tanto mais é estruturalmente democrático, sob a perspectiva do Estado, um modelo organizatório de jurisdição constitucional que permita aos jurisdicionados acompanharem com maior transparência os processos deliberativos por meio dos quais decisões com efeitos gerais e abstratos, e até normativos, são construídas pelas cortes constitucionais.

De maneira sistemática e abrangente, a obra *“The global expansion of Judicial Power: the judicialization of politics”*, organizada por Neal Tate e Torbjorn Vallinder, demonstra que vertiginosos processos expansivos do poder jurisdicional das cortes constitucionais têm ocorrido em diversos

---

14 Cfr. PERGORARO, 2015, pp. 57-105; SOTELO, 1998, p. 374 e ss.; FERNÁNDEZ SEGADO, 2004, pp. 143-208

15 Em trabalho monográfico, Luiz Carlos Santana Freitas (FREITAS, 2004, pp. 17-20) demonstra que a mediação das atividades legislativas realizadas pelos órgãos do Poder Legislativo é hoje um fenômeno observado em grande parte das democracias contemporâneas, ocorrendo em países como: Alemanha, Austrália, Espanha, Estados Unidos, França, Grécia, Itália, México, Portugal, Reino Unido, Suíça, entre vários outros.

países nas últimas décadas como consequência do fenômeno da judicialização da política<sup>16</sup>.

A partir de quando o caráter verdadeiramente normativo das constituições foi reconhecido e os sistemas jurídicos da *Civil Law* passaram a se aproximar paulatinamente dos padrões decisórios da *Common Law*<sup>17</sup>, os tribunais constitucionais mundo afora têm adquirido cada vez mais poder, e, com isso, gerado preocupações para sociedade e doutrina sobre os desequilíbrios que o fenômeno pode provocar sobre a tripartição harmônica dos poderes<sup>18</sup>.

Nos litígios que envolvem atos de fiscalização constitucional, portanto, o perfilamento de uma Corte constitucional a um modelo otimizado de publicidade, tal como ocorre no Brasil, representa, sob o ponto de vista orgânico, maior proximidade do aparelhamento estrutural do Estado com os princípios republicanos que deontologicamente orientam os poderes constituídos a exporem de maneira diáfana as atividades de relevante interesse público<sup>19</sup>.

## 2.2. O acesso à informação e à linguagem jurídica

A submissão das atividades de fiscalização de constitucionalidade das cortes constitucionais a um modelo de publicidade otimizado, além de aproximar a jurisdição constitucional de arquétipos estruturais congruentes com os ideais republicanos do Estado democrático, aperfeiçoa em múltiplas vertentes as interações comunicativas entre esses órgãos e a sociedade<sup>20</sup>.

---

16 A obra publicada pelos acadêmicos norte-americanos faz um sistemático estudo sobre o fenômeno da judicialização da política e da expansão dos poderes de órgãos jurisdicionais em diversos países e regiões do globo terrestre, como: Estados Unidos da América, Reino Unido, Austrália, Canadá, Itália, França, Alemanha, Suécia, Holanda, Malta, Israel, Rússia, Filipinas, Namíbia, América Latina e Sudoeste Asiático. Nas palavras dos organizadores do estudo (TATE; VALLINDER, 1995, p. 5 e ss.): “(...) *Again, for better or worse, the judicialization of politics may be or may become one of the most significant trends in late-twentieth and early-twenty-first-century government.*” Sobre o tema, com uma abordagem também internacional vide SHAPIRO; SWEET, 2002.

17 Cfr. MARINONI, 2010, pp. 533-588. MACHADO, 2013, pp. 44-45 e NONET; SELZNICK, 2010.

18 Cfr. VIANNA; CARVALHO; MELO, 1999.

19 É o que se depreende do pensamento de NORBERTO BOBBIO quando assinala que “*Um dos lugares-comuns de todos os velhos e novos discursos sobre a democracia consiste em afirmar que ela é o governo do ‘poder visível’*” ou “*o governo do poder público em público*”, e que permite-nos asseverar que democracia e publicidade são conceitos correlacionados. (1997, pp. 83-84).

20 Cfr. FARIAS, 1996, p. 176 e ss.

As cortes constitucionais, enquanto instituições protetoras da Constituição e dos direitos fundamentais nela consagrados possuem a obrigação institucional de, tanto quanto possível, articularem os fundamentos motivadores de suas decisões de maneira compreensível para os titulares do poder constituinte de modo que estejam ao alcance cognoscitivo do maior número de cidadãos interessados.

A implementação de transmissões integrais e ao vivo das sessões de julgamento das cortes constitucionais por meio de canais midiáticos, contribui, tanto de maneira direta, como indireta, para além de facilitar a apreensão das decisões jurisdicionais desses órgãos, conferir maior acessibilidade aos procedimentos por meio dos quais elas são construídas pelos juízes constitucionais.

Ao optar pela instituição de canais próprios para transmitir os julgamentos (*transparência direta*), o Estado pode incumbir profissionais de comunicação na tarefa de prestar esclarecimentos (prévios, simultâneos ou posteriores) sobre os processos submetidos à deliberação dos juízes constitucionais. Nessa escolha, aperfeiçoa-se de maneira direta a capacidade comunicativa dos órgãos de jurisdição constitucional com a intermediação esclarecedora realizada pelos profissionais da imprensa, além de, também de maneira direta, se aperfeiçoar a função comunicativa dessas cortes com a potencialização do alcance difusivo de suas deliberações.

Noutra perspectiva, ao optar simplesmente por conceder os direitos de transmissão das sessões de julgamento para os meios de comunicação comercial (*transparência indireta*), o Estado aperfeiçoa indiretamente a capacidade comunicativa destes órgãos também pela majoração do alcance difusivo das suas sessões, no entanto, deixa para as mídias comerciais um amplo espaço para definirem como veicularão as informações e manifestações captadas<sup>21</sup>.

Curiosamente, a experiência brasileira tem demonstrado que, independentemente da atuação profissional de intermediários dos meios de comunicação e/ou do Direito, a simples assimilação pelos juízes constitucionais de que as suas manifestações serão transmitidas para uma coletividade incomensurável de pessoas faz com que, habitualmente, tenham

---

21 Modelo mais suscetível a críticas devido às fragilidades de manipulação e deturpação a que submete as informações transpencializadas.

eles maior atenção para aspectos de inteligibilidade concernentes aos seus pronunciamentos.

Verifica-se de maneira empírica que, após o advento da TV Justiça, os ministros do STF passaram a ter, sobretudo nos julgamentos de questões marcadas por amplo interesse público, mais cuidado para se expressarem de modo fundamentado e linguisticamente apreensível para os cidadãos.

Pela importância que possuem, não basta que as decisões das cortes constitucionais sejam conhecidas apenas por uma perspectiva formal, mas é fundamental, tanto quanto possível, que sejam substancialmente compreendidas pelos jurisdicionados, caso almejemos estar mais próximos de uma utopia constitucional democrática<sup>22</sup>.

Ademais, a exposição fidedigna das sessões de julgamento dos tribunais constitucionais por canais midiáticos serve a relevante propósito educativo no Estado de Direito. Com efeito, não apenas demonstra com vivacidade e veracidade como funciona e delibera o principal órgão de defesa da Constituição, como difunde, com amplo alcance comunicativo, quais são os principais valores jurídicos e morais que a ordem constitucional democraticamente instituída protege<sup>23</sup>.

É válido ressaltar também que a difusão de julgamentos de temas com marcante importância para a sociedade civil encoraja a formação de espaços públicos propícios para o desenvolvimento de debates. A construção desses ambientes e canais dialógicos contribui para o aperfeiçoamento do modelo de democracia participativa<sup>24</sup>.

Ainda, sob a perspectiva comunicativa, a exposição otimizada das sessões de julgamento das cortes constitucionais aos meios de comu-

---

22 Tal como assevera a doutrina (CALIXTO, 2012, p. 3): “O diálogo entre Direito e Comunicação depende, primeiramente, da capacidade das instituições e dos atores do ‘mundo’ jurídico de, sem violentar a técnica, se expressarem da maneira mais clara possível e, além disso, de se colocarem disponíveis para escutar críticas vindas do lado de fora do seu mundo, faladas com outras palavras, escritas em outro tom.”

23 Em defesa da transmissão das sessões realizadas pela Suprema Corte estadunidense como instrumento de educação jurídica para os cidadãos, SONJA WEST assevera que: “(...) there is educational value in allowing Americans to watch their Court at work. On this view, video cameras would provide a vital civics lesson on the United States judicial system (2012, p. 1965).

24 Exemplificativamente, HELENA ABDO cita o julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF n.º 54/DF sobre a constitucionalidade da interrupção da gestação de fetos anencefálicos, em que a ampla cobertura dada ao tema pela mídia serviu para expor as dificuldades jurídicas do caso e fomentou amplamente o debate sobre a matéria na arena pública. “Tal questão jamais teria adquirido tamanha relevância e espaço no debate público não fosse a cobertura que lhe foi conferida pelos meios de comunicação de massa.” (ABDO, 2011, pp. 70-72)

nicação audiovisual maximiza e diversifica os meios de linguagem por meio dos quais as cortes constitucionais transmitem os valores tutelados pela ordem jurídica<sup>25</sup>.

Tal como pontua a doutrina norte-americana, as transmissões audiovisuais garantem vivacidade às sessões judiciais, de modo que as imagens capturadas transmitem não apenas a linguagem verbal utilizada pelos atores processuais, como veicula também a linguagem não verbal utilizada por esses sujeitos. Noutros meios de comunicação essas mensagens simbólicas permanecem absolutamente ocultas, o que reduz o nível de sua transparência<sup>26</sup>.

Além do mais, a transmissão de atos processuais por intermédio de veículos audiovisuais ao contrário dos tradicionais meios de publicidade permite a ampla garantia aos princípios da oralidade e transparência<sup>27</sup>. Como muito bem assevera a doutrina, o registro escrito de acontecimentos é caracterizado pela sua imperfectibilidade ontológica para representar todas as perspectivas sensitivas de um fato ocorrido<sup>28</sup>. A transmissão audiovisual, por sua vez, transmite a mensagem de maneira integral e fidedigna sem perpetrar exclusões informativas para o seu receptor.

### 2.3. A pluralidade de intérpretes da Constituição

Desde a publicação da Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição, a doutrina juspublicista tem enfatizado que as interpretações da Constituição realizadas pelos seus intérpretes não oficiais têm destacada relevância para a interpretação realizada pelos seus intérpretes oficiais<sup>29</sup>.

---

25 Como é cediço, a comunicação humana se perfaz por duas grandes vertentes – a verbal e a não verbal. A primeira consoma-se por intermédio da palavra, seja ela escrita ou falada, a segunda, prescinde da utilização dos signos linguísticos e se dá por meio da expressão corporal exteriorizada em gestos, postura física, semblante, etc. (ADORNO JUNIOR; SILVA, 2010, p. 85.)

26 WEST, 2012, pp. 1966-1967.

27 Cfr. VESCOVI, 1998, pp. 370-371.

28 “(...) desde Platão pensadores afirmam que o registro escrito implica exclusões. Pois a própria representação já ocasionaria uma perda significativa do conteúdo da memória autêntica (aqui entendida como memória partilhada por todos nas chamadas sociedades de memória em que a vivência dos saberes socialmente úteis é do domínio de todos, segundo Nora, 1993), uma vez que a substituição por uma versão escrita pode mascarar a integralidade do ocorrido ou acordado (...) – nem todo o dito é possível de ser escrito.” (CORDEIRO; GOMES; LIMA, 2014, pp. 50-51.)

29 Cfr. FERRAZ, 2011, pp. 37-38 e COELHO, 1998, pp. 157-164.

Em sua obra, Peter Häberle faz considerações interessantes sobre o fato de que a interpretação da Constituição realizada por grupos políticos, cidadãos, associações e outros componentes da sociedade, repercute substancialmente na apreensão do significado das normas constitucionais<sup>30</sup>.

Em breve síntese, dispõe que as interpretações realizadas pelos membros da sociedade, enquanto elementos factuais da realidade constitucional, têm importância fundamental para a conformação do significado das normas constitucionais em abstrato. Destaca que as cortes constitucionais, quando interpretam a Constituição, o fazem depois de forças públicas pluralistas já a terem interpretado, e, de algum modo, traçado balizas semânticas para o seu significado, ainda que não vinculativas<sup>31</sup>.

Como é cediço, a interpretação jurídica não é um procedimento de descoberta de uma verdade pronta e acabada contida no texto normativo, mas sim um procedimento de construção do significado da norma a partir de sua interação com elementos valorativos e factuais<sup>32</sup>. Nas sociedades democráticas e pluralistas, múltiplos são os intérpretes da Constituição, eis que: “*quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos co-interpretá-la*”<sup>33</sup>.

A partir dessas considerações, entende-se que o desenvolvimento de canais de interlocução, que permitam a evidenciação dos problemas jurídico-políticos enfrentados cotidianamente por uma Corte constitucional, contribui efetivamente para maximizar a quantidade de sujeitos envolvidos nos debates acerca das possibilidades interpretativas da Constituição.

Ao difundirem-se os julgamentos efetuados pelas cortes constitucionais por meio de canais midiáticos, amplia-se o alcance discursivo das deliberações realizadas pelo Tribunal. Indubitavelmente, essa prática fomenta o exercício das interpretações *não autênticas* realizadas pelos diversos atores sociais, o que enriquece, invariavelmente, o substrato material por meio do qual os litígios constitucionais são apreciados pelos intérpretes *autênticos* no exercício das funções públicas.

---

30 HÄBERLE, 2002, p. 15.

31 *Idem*, p. 41.

32 Cfr. REALE, 1999, pp. 497-617.

33 HÄBERLE, 2002, p. 13.

Decorre dos ensinamentos de Peter Häberle<sup>34</sup> que a legitimidade dos sujeitos plurais para interpretar a Constituição advém da sua própria condição existencial, porquanto eles representam parcela da realidade constitucional que a norma fundamental procura conformar. Em consonância com o pensamento do autor, Jorge Miranda<sup>35</sup> destaca que “*o destinatário da norma é participante activo do processo hermenêutico. Ainda que caiba à justiça constitucional a última palavra, a interpretação constitucional não é um evento exclusivamente estatal*”.

É indubitável que em sociedades democráticas e plurais deve o Estado buscar meios para proporcionar, direta ou indiretamente, a integração popular nos procedimentos públicos decisórios. Embora a decisão final sobre litígios jurídico constitucionais seja formalmente delegada pelo povo à Justiça constitucional, os diversos intérpretes da Lei Fundamental exercem, materialmente, uma atividade diária de construção democrática do seu significado que não pode ser ignorada pelos juízes constitucionais<sup>36</sup>.

Ao julgar questões nas quais as fronteiras entre o jurídico e o político são tênues e de difícil determinação, o Supremo Tribunal Federal tem incorporado procedimentos de abertura do controle de constitucionalidade de atos normativos, como a realização de audiências públicas<sup>37</sup> e a utilização da figura do *amicus curiae*<sup>38</sup>.

As práticas têm refletido uma tendência internacional das cortes constitucionais de desenvolver institutos que flexibilizam as regras formais-processuais para a pluralização da participação de atores jurídicos nas questões de constitucionalidade submetidas às cortes constitucionais<sup>39</sup>.

Em consonância com essa tendência, a maximização da publicidade nas sessões de julgamento das cortes constitucionais, contribui para estimular os debates exegéticos sobre os significados da Constituição e sobre as maneiras de interpretá-la, o que colabora para a interpretação e aplicação da Norma Fundamental realizada pelos juízes constitucionais.

---

34 “Do ponto de vista teórico-constitucional, a legitimação fundamental das forças pluralistas da sociedade para participar da interpretação constitucional reside no fato de que essas forças representam um pedaço da publicidade e da realidade da Constituição (*hein Stück Öffentlichkeit und Wirklichkeit der Verfassung*), não podendo ser tomadas como fatos brutos, mas como elementos que se colocam dentro do quadro da Constituição(...)”. *Idem*, p. 33.

35 MIRANDA, 2007, p. 301.

36 HÄBERLE, 2002, pp. 33-34.

37 Vide SILVA, 2012, p. 1055.

38 Cfr. LEAL; MAAS, 2012, pp. 1149-1151.

39 NETO, 2012, p. 1111.

### 3. Os benefícios juspolíticos e empíricos do modelo otimizado de publicidade

A publicização otimizada das sessões de julgamento do Supremo Tribunal Federal, além de majorar o número dos receptores diretos do discurso jurisdicional para uma quantidade ilimitada de indivíduos, permite que todos os cidadãos interessados, não importa em que localidade geográfica do país estejam, tenham acesso integral aos atos processuais praticados no Tribunal.

Ao permitir que a coletividade tenha acesso a fatos, argumentos e discussões, que nem sempre são divulgados imediatamente e integralmente pelos meios escritos de publicidade judicial<sup>40</sup>, é evidente que a prática de reprodução e transmissão integral das sessões de julgamento da Corte constitucional otimiza a transparência e descomplexifica o acesso às suas atividades<sup>41</sup>.

Com a facilitação do acesso audiovisual às sessões de julgamento, mais cidadãos podem fiscalizar a função jurisdicional prestada pela Corte, entretanto, os benefícios da ampla publicização não se restringem unicamente ao fortalecimento do poder de vigilância social, mas também abrangem a potencialização da capacidade do tribunal de difundir quais são os valores constitucionais que as maiorias democráticas devem respeitar, além de melhorarem, em termos quantitativos e qualitativos, a produtividade dos Ministros do Tribunal, tal como parecem indicar os argumentos sobre os benefícios juspolíticos (3.1. *infra*) e empíricos (3.2. *infra*).

#### 3.1. Luzes à objeção contramajoritária

Por subsistir importante controvérsia sobre qual é a natureza jurídica da atividade exercida pela Justiça constitucional quando aprecia litígios envolvendo conflitos entre normas constitucionais consagradoras de direitos fundamentais e normas infraconstitucionais: se atividade política de defi-

---

40 Vejam-se os artigos 93 a 96 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, disponíveis em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>>. Acesso 10/08/18.

41 Consoante WEST, 2012, p. 196: “Video of oral arguments is simply available to more people both in actual terms and practical term than are transcripts or audio recordings. Watching a video is infinitely more feasible than actually attending a Supreme Court argument in person. But even when compared to the other forms of remote access, video is more accessible to more people than any possible substitute.”

nição do conteúdo dos direitos fundamentais ou se atividade jurisdicional de aplicação da normatividade preexistente das constitucionais, a publicização otimizada das sessões de julgamento das cortes constitucionais contribui para transparenciar o modo como os magistrados decidem os litígios sobre direitos fundamentais a eles submetidos.

Respeitados autores, como Jeremy Waldron<sup>42</sup>, têm objetado que o que os juízes constitucionais fazem ao examinar se um ato jurídico viola ou não um direito fundamental é definir, com base nas suas próprias convicções pessoais, qual o conteúdo desses direitos. Por compreender que os órgãos jurisdicionais não possuem legitimidade democrática para definir o conteúdo dos direitos, mas somente para efetivamente aplicá-los, essa doutrina contesta que a instituição de Justiças constitucionais resulte no melhor modelo institucional para resolver desacordos entre normas constitucionais consagradoras de direitos fundamentais e restrições eventualmente editadas pelo legislador ordinário<sup>43</sup>.

Em sentido contrário, Jorge Reis Novais aduz que, ao examinar atos jurídicos supostamente violadores de direitos fundamentais, o que as cortes constitucionais devem fazer não é definir de maneira prévia qual o conteúdo dos direitos consagrados na Constituição, mas sim analisar em que medida o ato jurídico eventualmente contrastante com o direito atende (ou não) a princípios essenciais, como: (a) o princípio da igualdade; (b) o princípio da aptidão; (c) o princípio da indispensabilidade; (d) o princípio da proporcionalidade; (e) o princípio da razoabilidade; (f) o princípio da determinabilidade; (g) o princípio da dignidade da pessoa humana; (h) o princípio da segurança jurídica<sup>44</sup>.

A divergência teórica sobre a natureza da função desempenhada pelos órgãos de Justiça constitucional para a proteção dos direitos fundamentais evidencia a inexistência de um consenso sobre a imprescindibilidade das cortes constitucionais como instituições jurídicas fundamentais para a ordem democrática.

---

42 WALDRON, 2006, pp. 1349 e ss.

43 WALDRON, 1999.

44 Cfr. NOVAIS, 2012, pp. 148-181. Consoante o constitucionalista, a atividade realizada pelos juízes constitucionais trata-se: "(...) portanto, não de arbitrar, politicamente, um desacordo básico acerca do conteúdo dos direitos fundamentais em questão, mas de decidir, juridicamente, o problema constitucional da eventual contradição entre a decisão, política, da maioria e das autoridades instituídas, e os limites jurídicos que a Constituição de Estado de Direito lhes impõe." (2012, p. 170).

Os que se posicionam contra a existência desses órgãos objetam que ao exercerem atividade política de definição do conteúdo dos direitos fundamentais, na prática, as cortes constitucionais transformar-se-iam em instituições políticas que não possuem legitimidade democrática para contrariar a vontade popular. Em outro norte, os defensores da Justiça constitucional, como poder garantidor dos direitos fundamentais, entendem que a atividade de aplicação do Direito por elas realizada seria essencialmente jurisdicional, e, por conseguinte, não substituiria de maneira política o legislador constituinte.

Assentada a premissa de que os julgamentos efetuados pelas cortes constitucionais em litígios sobre o alcance dos direitos fundamentais, na maioria dos casos, envolve uma atuação hermenêutica que lida com normas indeterminadas, é patente que as exigências de publicização e motivação das decisões são importantes ferramentas que a sociedade possui para examinar de que maneira os órgãos de cúpula da Justiça constitucional decidem os litígios a eles submetidos: por meio de argumentos predominantemente políticos ou jurídicos?

Em atendimento aos princípios da publicidade e transparência das atividades públicas e em respeito ao direito fundamental à informação, acredita-se que os procedimentos deliberativos por meio dos quais as cortes constitucionais constroem as suas decisões devem ser divulgados para a sociedade por intermédio de meios de comunicação com significativa capacidade comunicativa para expor a feição (política ou jurídica) dos julgamentos realizados por esses órgãos de Justiça constitucional.

Considerando-se que o papel das cortes constitucionais quando julgam litígios envolvendo direitos fundamentais não seja o de definir puramente o conteúdo desses direitos, mas sim traçar balizas jurídicas por meio das quais seja possível avaliar em que medida um ato jurídico – ao restringir ou dar primazia a um direito fundamental sobre outro – contrariou ou não os princípios jurídicos tutelados pela Carta Maior, instituir meios para otimizar a possibilidade de exposição e *controle* do discurso utilizado pelos juízes constitucionais tem notável relevância juspolítica para o Estado Democrático de Direito.

Com a irrestrita publicização das sessões de julgamento do Tribunal, e, conseqüentemente, com a ampliação dos destinatários do discurso praticado na Corte, facilita-se o exercício do controle social para impulsionar medidas políticas e jurídicas – como a aprovação de uma emenda constitucional ou

um pedido de revisão de jurisprudência – capazes de refrear uma Corte constitucional que esteja agindo fora de suas competências institucionais.

A existência de um sistema jurídico em termos legitimamente democráticos depende de alguma identificação da sociedade com os princípios e regras garantidos por esse sistema. Ainda que uma concordância integral da sociedade com todas as normas do direito legislado seja humanamente improvável, “*é essencial que seja reconhecido pela população que existem mecanismos os quais podem ser utilizados para fazer [valer] seu ponto de vista sobre os princípios constitucionais*”<sup>45</sup>.

Ao oportunizar-se que as discussões fundamentais realizadas pelos juízes constitucionais sejam divulgadas para toda a sociedade por intermédio de meios de comunicação com significativo alcance comunicativo, incrementa-se *politicamente* e juridicamente as discussões fundantes e pós-fundantes sobre o conteúdo normativo da Constituição e sobre os postulados para sua aplicação.

Com a difusão mais ampla de informação e a facilitação ao seu acesso, legítimas reações políticas e jurídicas que objetivem contestar a justeza e a correição de posicionamentos jurisprudenciais ou de normas jurídicas ganham substrato<sup>46</sup>, conjuntura que contribui para o desenvolvimento de debates sobre democracia e constitucionalismo<sup>47</sup>, tanto nas instâncias jurídicas, como políticas, como recentemente ratificou a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ao tratar do tema da *reversão jurisprudencial*<sup>48</sup>.

### 3.2. Produtividade e eficiência da corte

O modelo de publicização máxima das sessões de julgamento realizadas pelo plenário do Supremo Tribunal Federal tem se apresentado

---

45 CAMARGO; VIEIRA, 2013, p. 51.

46 Concretamente, essas reações têm sido denominadas pela doutrina estadunidense como efeito *Backlash*. Vide KLARMAN, 1994, pp. 81-118. Em breve síntese, ele pode ser definido como o fenômeno de organização da sociedade civil por meio do qual ela procura promover ações executivas, legislativas e judiciárias para alterar ou reverter decisões judiciais que não lhe pareçam adequadas com as suas concepções de Direito ou com aquele que consideram ser o conteúdo normativo da Constituição. A propósito, vide: CAMARGO; HESS; VIEIRA, 2013, p. 54 e POST; SIEGEL, 2013, p. 47.

47 Vide SARMENTO; SOUZA NETO, 2016, pp. 405-408.

48 STF - ADI 5105, Relator: Min. Luiz Fux, Data de Julgamento: 01/10/2015, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 16/03/2016). Essa mesma diretriz, inclusive, já estava sedimentada no pensamento de GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 3ª Edição. Madrid: Civitas, 1988, p. 201.

empiricamente como um instrumento propulsor para o incremento da produtividade jurisdicional da Corte constitucional brasileira.

Em estudo recentemente elaborado, Felipe de Melo Fonte<sup>49</sup> faz um primoroso levantamento de dados estatísticos a partir dos quais demonstra que, desde 2002, a adoção do modelo de transmissão integral e ao vivo das sessões de julgamento por parte do Supremo Tribunal tem provocado efeitos positivos sobre os níveis de produtividade da Corte e sobre a qualidade extensiva dos seus acórdãos.

Nos períodos compreendidos entre 1990 a 2002 – anterior à implementação das transmissões – e 2003 a 2011 – posterior à implementação das transmissões – o professor da Fundação Getúlio Vargas analisa a variação quantitativa ocorrida nos seguintes indicadores da Corte:

- i) número médio de laudas dos acórdãos proferidos em Ações Direta de Inconstitucionalidade;
- ii) número de acórdãos publicados em Ações Direta de Inconstitucionalidade pelo Plenário;
- iii) número de decisões individuais e coletivas proferidas em Ações Direta de Inconstitucionalidade;
- iv) número total de processos julgados pelo tribunal;
- v) número de processos julgados por cada ministro do Tribunal individualmente.

Sem desconsiderar a possibilidade de outras variáveis poderem interferir nos níveis de produtividade da Corte, tais como: ocorrência de mudanças nas legislações processuais, pacificação de teses jurídicas, aumento ou diminuição do quadro de apoio de funcionários do Tribunal, desenvolvimento de tecnologia e equipamentos para utilização nas atividades laborais, entre outras, Felipe de Melo Fonte demonstra que desde o início da prática de transmissão integral e ao vivo das sessões plenárias da Corte os níveis de produtividade do órgão têm melhorado de maneira significativa.

Ao examinar a variação quantitativa de páginas dos acórdãos proferidos pelo Tribunal em Ações Direta de Inconstitucionalidade, o pesqui-

---

49 FONTE, 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mai-20/felipe-fonte-votos-stf-sao-dirigidos-cada-vez-grande-publico>>. Acesso em 10/08/2018.

sador verificou o aumento de 58,70% do tamanho dos arestos exarados pela Corte. Da antiga média de 18,16 páginas por acórdão (referente ao período de 1990 a 2002), os acórdãos proferidos no Tribunal passaram a ter uma média de 28,82 páginas no período entre 2003 e 2011. Embora acórdãos mais extensos não representem necessariamente a prolação de melhores e mais acertadas decisões jurisdicionais, a variação quantitativa de páginas verificada após a era da TV Justiça nos acórdãos evidencia que a Corte passou a ter maior preocupação em fundamentar suas decisões com mais argumentos, e, tanto quanto possível, em torná-las mais apreensíveis para a população<sup>50</sup>.

Ademais, constata-se com as pesquisas realizadas pelo professor que a adoção do modelo de publicização otimizada das sessões de julgamento do Tribunal tem contribuído para o aumento da produtividade da Corte em termos gerais.

De acordo com os dados pesquisados, apesar de o número médio de acórdãos publicados pelo Plenário em Ações Direta de Inconstitucionalidade haver diminuído nos anos posteriores ao início das atividades da TV Justiça – o que era de se esperar visto que o tamanho dos votos aumentou – o somatório dessas decisões juntamente com decisões proferidas individualmente pelos ministros em Ações Direta de Inconstitucionalidade aumentou consideravelmente no período referenciado<sup>51</sup>.

Similarmente, observou-se significativo aumento do número total de processos julgados pela Corte após a consolidação da prática de transmitir ao vivo e integralmente algumas de suas sessões.

Conforme apontam os dados examinados, o Supremo Tribunal Federal evoluiu de uma média anual de 46.469,38 processos julgados por ano entre 1990 e 2002 para uma média de 115.152,77 processos julgados por ano entre 2003 e 2011. No que diz respeito às decisões proferidas individualmente por cada um dos seus ministros, houve um salto médio de 4.223,58 decisões proferidas por ano entre 1990 a 2002 para uma média de 10.468,43 decisões anuais entre 2003 e 2011<sup>52</sup>.

Embora os níveis de influência de outros fatores sobre o grau de produtividade da Corte não tenham sido isolados para que cientificamente fosse

---

50 *Idem, ibidem.*

51 *Idem, ibidem.*

52 *Idem, ibidem.*

traçada uma relação direta de causalidade entre implementação da publicização das sessões de julgamento e o aumento da extensão e quantidade de processos julgados pelo Tribunal, os dados recolhidos sugerem haver uma interconexão empírica entre esses fenômenos.

Neste íterim, a doutrina tem especulado que a presença constante do Supremo Tribunal Federal nos meios de comunicação tem servido como salutar meio de exposição para que a Corte apresente melhores números de produtividade jurisdicional e para que aprimore argumentativamente a qualidade de suas decisões<sup>53</sup>. Além de tornar mais diáfana a função jurisdicional, na prática, a transparência parece servir como fator de propulsão para o aprimoramento da atividade jurisdicional tanto na perspectiva qualitativa como quantitativa.

#### 4. Conclusão

O modelo de transparência adotado pelo Supremo Tribunal Federal para parte de suas sessões de julgamento aproxima o cidadão leigo em assuntos jurídicos das questões político-jurídicas examinadas pela Corte. Enquanto a linguagem escrita, por ser mais hermética, alcança um número limitado de pessoas como destinatárias do discurso constitucional, a linguagem oral, por ser mais fluida, atrai o interesse de um maior número de indivíduos para as relevantes deliberações tomadas pelo Supremo Tribunal Federal.

Para consumarem o dever de transparência, não basta que os Estados publiquem informações sobre assuntos públicos por intermédio de instrumentos insuficientes para promover a apreensão daquilo que se difunde. Em consonância com o atual estágio de desenvolvimento das ferramentas de comunicação, é de se esperar que o dever de transparência seja concretizado por meio de mecanismos hábeis a disponibilizar informações em uma perspectiva não apenas formal, mas também substancial.

Como ressaltado, o juízo sobre os benefícios ou malefícios advindos da prática adotada pioneiramente pela Suprema Corte brasileira de dar ampla transparência à parcela de suas sessões jurisdicionais deve ser realizado em conformidade com a natureza jurídica da competência exercida (constitucional propriamente, penal, internacional, administrativa) a fim de se evitarem análises dogmáticamente imperfeitas.

---

53 MENDONÇA, 2011, p. 125.

As discussões sobre a constitucionalidade de atos normativos, em sede prejudicial nas ações concretas, ou em sede principal nas ações concentradas, em regra, não perpassam por questões atinentes a direitos de personalidade das partes, ou por segredos de Estado, capazes de justificarem a não adoção de irrestritos modelos de publicidade das decisões constitucionais.

Por não ser justificável, *a priori*, restringir-se o acesso público a procedimentos decisórios cujos desdobramentos poderão ter consequências jurídicas para toda a coletividade em razão dos efeitos gerais, abstratos e até normativos que podem advir das decisões proferidas em fiscalização concreta e abstrata de constitucionalidade, a ampla consumação da publicidade e transparência nesses procedimentos indica maior aproximação do modelo organizatório do Estado com os preceitos republicanos e democráticos.

Ao se oportunizar que os debates e deliberações jurisdicionais sejam divulgados para a sociedade por intermédio de meios de comunicação com significativo alcance comunicativo, incrementa-se com maior substrato, política e juridicamente, as discussões fundantes e pós-fundantes sobre o conteúdo normativo da Constituição e os postulados para a sua aplicação.

Por estarem a ocorrer em diversos países do mundo, processos de expansão do poder das cortes constitucionais capazes de ressuscitar o debate sobre a legitimidade interventiva da jurisdição constitucional em assuntos de natureza eminentemente política – tal como sucedeu recentemente em relação à organização estrutural das administrações públicas – é chegada a hora de os órgãos de Justiça constitucional tornarem-se efetivamente mais transparentes acaso seja verdade que a sua atuação diuturna ocorra de maneira compatível com o Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto, a exposição ampliada dos argumentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal para declarar a (in)constitucionalidade de atos editados pelo poder público, contribui em diferentes aspectos para o desenvolvimento institucional do Estado Democrático de Direito brasileiro, facilitando o acesso do jurisdicionado à linguagem jurídica e às decisões proferidas pela corte, ampliando a capacidade institucional do Tribunal de atuar com eficiência e transparência e desenvolvendo o intercâmbio hermenêutico-discursivo entre intérpretes oficiais e intérpretes não oficiais da Constituição.

## Referências

- ABDO, Helena. *Mídia e processo*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- ADORNO JUNIOR, Hécio Luiz; SILVA, José Luiz Pereira. A linguagem jurídica como importante instrumento de efetivação da justiça. In: *Revista de direito constitucional e internacional*, v. 18, n. 72, jul./set. 2010.
- BARCELLOS, Ana Paula. Papéis do direito constitucional no fomento do controle social democrático: algumas propostas sobre o tema da informação. In: *Revista de direito do Estado*: RDE, n. 12, out./dez. 2008.
- BINEBOJM, Gustavo. O princípio da publicidade administrativa e a eficácia da divulgação de atos do poder público pela internet. In: *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 19, jul./ago./set. 2009.
- CALIXTO, Clarice Costa. Direito e Mídia: Linguagem e Poder no Mercado de Discursos Públicos. In: *Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade*, Santa Maria - RS. Anais... v. 2012, 2012.
- CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; HESS, Gabriel Antunes; VIEIRA, José Ribas Vieira. O constitucionalismo democrático e suas implicações na inteligibilidade do judiciário. In: *Revista forense*, v. 109, n. 418, jul./dez. 2013.
- COELHO, Inocêncio Mártires. As idéias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no Direito Brasileiro. In: *Revista de Informação Legislativa*, ano 35, n. 137, jan./mar. 1998.
- CONDESSO, Fernando dos Reis. *Direito da Comunicação Social*. Coimbra: Almedina, 2007.
- CORDEIRO, Helena Cristina Duarte; GOMES, Claudiana Almeida de Souza; LIMA, Marcia H. T. de Figueredo. Antecedentes e perspectivas do direito à informação no Brasil: a Lei de Acesso à Informação como marco divisor. In: *A construção social do acesso público à informação no Brasil: contexto, historicidade e repercussões*. (Org.) Maria Aparecida Moura. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2014.
- FARIAS, Paulo José Leite. A dimensão comunicativa da Suprema Corte. In: *Revista de informação legislativa*, v. 33, n. 131, jul./set. 1996.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La Justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano. In: *Revista Latino-Americana de Estudios Constitucionais*, n. 4, jul./dez, 2004.

- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Aspectos da projeção da democracia participativa na atuação do Supremo Tribunal Federal. In: *Revista de Direito Público*, n. 5, jan./jun. 2011.
- FONTE, Felipe de Melo. Votos do STF são cada vez mais para o grande público. In: *Revista Consultor Jurídico*, 20 de maio de 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mai-20/felipe-fonte-votos-stf-sao-dirigidos-cada-vez-grande-publico>>. Acesso em 10/05/2017.
- FREITAS, Luiz Carlos Santana. *A mediatização do parlamento: a TV Senado e as transformações na atividade político-parlamentar no Senado Federal*. Brasília, 2004, 75 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós Graduação da Faculdade de Comunicação da Universidade de Brasília.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 3ª Edição. Madrid: Civitas, 1988.
- HÄBERLE, Peter. *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: Sergio Antonio Fabris, 2002.
- HESSE, Konrad. La interpretación constitucional. In: *Escritos de derecho constitucional: selección*. Tradução de Pedro Cruz Villalón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- KLARMAN, Michael J. How Brown Changed Race Relations: The Backlash Thesis. In: *The Journal of American History*, v. 81, jun. 1994.
- LEAL, Mônia Clarissa Hennig; MAAS, Rosana Helena. Jurisdição constitucional aberta: algumas considerações acerca dos fundamentos democráticos do amicus curiae e de sua operacionalização pelo Supremo Tribunal Federal. In: *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, v. 6, n. 24, dez. 2012.
- MACHADO, Joana de Souza. Luz, câmera, jurisdição: tecnologia de comunicação e o mito da justiça transparente no Brasil. In: *Boletim Centro de Estudos Direito e Sociedade*, jul./set. 2013.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. In: *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*, v. 2. Salvador: Juspodivm, 2010.
- MENDEL, Toby. *Liberdade de informação: um estudo de direito comparado*. 2ª Edição. Brasília: UNESCO, 2009.

- MENDONÇA, Priscila Faricelli de. Notas sobre o princípio da publicidade processual na atualidade: processo eletrônico e mídia. In: *Revista dialética de direito processual*, n. 101, agosto de 2011, p. 125.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II. 6ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da constituição*. 3ª Edição. São Paulo: Atlas, 2013.
- NETO, João Costa. A abertura procedimental da jurisdição constitucional exercida pelos órgãos de cúpula: breves notas sobre Alemanha, Brasil e EUA. In: *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, v. 6, n. 24, out./dez. 2012.
- NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. *Direito e Sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo*. Tradução de Vera Pereira. Rio de Janeiro: Revan, 2010.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em estado de direito democrático*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- PERGORARO, Lucio. *Giustizia costituzionale comparata: Dai modelli ai sistemi*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2015.
- POST, Robert. C. e SIEGEL, Reva B. *Por una reconciliación entre Constitución y Pueblo*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2013.
- REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1999.
- SACCHETTO, Thiago Coelho. As Transmissões Midiáticas das Sessões de Julgamento do Supremo Tribunal Federal. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, ano 16, n. 22, p.204-224, jan./jun. 2018.
- SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2ª Edição. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- SHAPIRO, Martin M.; SWEET, Alec Stone. *On Law, Politics and Judicialization*. New York: Oxford University Press, 2002.
- SILVA, Cecilia de Almeida. Audiências públicas e o diálogo social na Suprema Corte: o case da ADI nº 4.103: "Lei Seca". In: *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, v. 6, n. 24, out./dez. 2012.
- SILVA, Isaac de Moraes. *TV Justiça: um instrumento de comunicação pública coordenado pelo Supremo Tribunal Federal*. Brasília: Instituto de Educação Superior de Brasília, 2005.
- SOTELO, José Luiz Vásquez. A jurisprudência vinculante na common law e na civil law. In: *Temas atuais de direito processual ibero-americano*.

- (Orgs.) Petronio Calmon Filho e Adriana Beltrame. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- TATE, C. Neal.; VALLINDER, Torbjorn. *The global expansion of judicial power: the judicialization of politics*. New York: NYU Press, 1995.
- VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BUR, Marcelo Baumann. *A Judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- VESCOVI, Enrique Una forma natural de participación popular en el control de la justicia: el proceso por audiencia publica. In: *Participação e processo*. (Coords.) Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford: Clarendon Press, 1999.
- WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. In: *Yale Law Journal*, n. 115, 2006,
- WEST, Sonja R. The Monster in the Courtroom. In: *The Brigham Young University Law Review*, n. 6, 2012.

Recebido em 08 de agosto de 2018.

Aprovado em 30 de setembro de 2019.

# A força normativa dos princípios e sua importância para a releitura do direito civil brasileiro: reflexões a partir dos princípios da dignidade humana e igualdade

*The normative force of principles and their importance for the rereading of the Brazilian civil law: reflections based on the principles of human dignity and equality*

Vinícius Silva Alves\*

Universidade de Brasília, Brasília – DF, Brasil.

## 1. Introdução

A noção de princípio é derivada da linguagem geométrica, na qual designa “as verdades primeiras”.<sup>1</sup> De acordo com a lição de Luís Díez-Picazo, a origem do nome reflete a condição ostentada pelos princípios de verdadeiras premissas de todo um sistema, porque estão “ao princípio”, elementos fundantes de uma ordem.

Durante um longo período, os princípios foram vistos como critério de inspiração às leis ou normas concretas do Direito Positivo, como normas obtidas mediante um processo de generalização e decantação das leis, como orientações e diretivas de caráter geral e fundamental deduzidas da conexão e da racionalidade das normas que concorrem para a formação do tecido do ordenamento jurídico.<sup>2</sup>

---

\* Doutor em Ciência Política pela Universidade de Brasília. Pesquisador de pós-doutorado na Universidade Federal de São Carlos. E-mail: [vinicius.silvalves@gmail.com](mailto:vinicius.silvalves@gmail.com). Endereço para correspondência: Departamento de Ciências Sociais da UFSCar. Via Washington Luís, São Carlos – SP, CEP 13565-905.

1 DÍEZ-PICAZO, 1973.

2 BONAVIDES, 2003.

Até meados do século passado foi-lhes negada normatividade. Todavia, a partir da década de 1950, Crisafulli, de maneira vanguardista, já havia iniciado os debates acerca do reconhecimento da normatividade como predicado essencial aos princípios.<sup>3</sup>

Com efeito, os princípios podem ser considerados como verdades objetivas, nem sempre pertencentes ao mundo do ser, senão do *dever-ser*, que, na qualidade de normas jurídicas, encontram-se dotadas de vigência, validade e obrigatoriedade.

Ricardo Guastini, em trabalho sobre o tema, enumerou seis distintos conceitos de princípios, através de uma profunda coleta doutrinária e jurisprudencial. O primeiro deles confere ao vocábulo a qualidade de normas (ou a disposições legislativas que exprimem normas) providas de um alto grau de generalidade.<sup>4</sup>

Adiante, assevera que os juristas utilizam o termo em epígrafe para se referir a normas (ou a disposições legislativas que exprimem normas) dotadas de um alto grau de indeterminação, que demandam atividade interpretativa para se tornarem suscetíveis de aplicação a casos concretos.

Em seguida, ressalta que o vocábulo é utilizado para referir-se a normas (ou a disposições legislativas que exprimem normas) programáticas. Por sua vez, a quarta classificação admite que os princípios são normas hierarquicamente elevadas em relação às demais pertencentes a um sistema normativo.

O quinto conceito arrolado pelo autor aponta para a direção de que o substantivo em comento é utilizado para exprimir a ideia de uma norma relevante e fundamental em um ordenamento jurídico. Por fim, esclarece Guastini, o vocábulo induz à noção de que são normas direcionadas aos órgãos responsáveis pela aplicação do Direito, que devem utilizá-los no processo de escolha da legislação aplicável à situação *sub judice*.

Ainda em virtude do inquestionável caráter multifacetário e polissêmico do termo princípio, podemos atribuir-lhe três significados de diferentes amplitudes, abaixo alinhavados.

O primeiro deles atribui aos princípios o predicado de super normas, em outras palavras, normas de caráter genérico que exprimem valores e que devem ser vistas como arquétipo ou norte para regras que as desdobram.

---

3 CRISAFULLI, 1952.

4 GUASTINI, 1999.

Por sua vez, o segundo confere aos princípios o *status* de *standards*, padrões obrigatórios a serem seguidos no momento da elaboração de normas específicas, preordenando e conformando o conteúdo de disposições normativas.

O último significado imputa aos princípios a ideia de generalização, obtida mediante indução a partir das normas vigentes sobre determinada ou determinadas matérias. Nos dois primeiros sentidos, pois, o termo tem uma conotação prescritiva; no último, a conotação é descritiva: trata-se de uma “abstração por indução”.<sup>5</sup>

De qualquer modo, cumpre salientar que os princípios, atualmente, além de veicularem normas cogentes, desempenham relevante missão seja no que diz respeito à atividade interpretativa, caríssima à aplicação do Direito, seja no que tange à conformação da atividade legiferante, atuando como verdadeiro parâmetro a ser observado pelo legislador no desempenho de suas funções típicas.

Nas linhas seguintes deste artigo, abordaremos a evolução filosófica e conceitual dos princípios jurídicos, com o fito de esclarecer como estes foram tratados ao longo da história, até o momento em que lhes foi reconhecida normatividade, elemento de extrema relevância para a interpretação e aplicação do direito contemporaneamente.

## 2. Evolução histórica dos princípios: do jusnaturalismo ao pós-positivismo

A partir do século XVI, surge uma corrente filosófica com o intuito de superar o dogmatismo, de fortes raízes teológicas, característica decorrente do período medieval, fortemente ligado ao domínio exercido pela Igreja sobre a Europa Continental.

Neste período, os princípios possuíam uma diretriz meramente informativa, sendo desprovidos de qualquer eficácia normativa. Situavam-se na esfera metafísica e abstrata, servindo apenas como postulados de um ideal de justiça. Em suma, eram tidos como elementos ético-valorativos do Direito sem, contudo, ser-lhes reconhecido o caráter cogente.

Para a corrente mais tradicional e antiga, os princípios eram reconhecidos como axiomas jurídicos, normas universais, postulados de justiça

---

5 FERREIRA FILHO, 1991, p. 74.

que militavam a favor da busca de um Direito ideal. Refletiam, em última instância, um emaranhado de preceitos derivados da lei divina e humana.<sup>6</sup>

O êxito das revoluções burguesas, o surgimento do Estado Liberal, e o advento da Escola Histórica do Direito, no século XIX, foram responsáveis pela inserção de preceitos jusnaturalistas aos documentos legislativos desta época. O Código Napoleônico, em especial, representa um curioso marco na história do pensamento jurídico. Neste sentido, Bobbio esclarece que, com o advento dos Códigos, buscou-se transpor o Direito racional para um compilado de leis, que representavam a corporificação do próprio direito positivo. Com isto, o recurso a princípios ou normas extrínsecas ao ordenamento vigente passava a ser considerado ilegítimo.<sup>7</sup>

Com o nascimento do positivismo, surge a pretensão de se criar uma ciência jurídica com a certeza e a objetividade das ciências exatas. Neste momento histórico, busca-se a consolidação do Direito como ciência autônoma a partir de seu rompimento com a moral. Apregoa-se a suficiência do direito positivo para a solução das lides.

Os princípios, para esta escola filosófica, desempenhavam função subsidiária. Representavam verdadeiras normas de integração ou, em outras palavras, normas anti lacunas. Constantes em grande parte dos ordenamentos jurídicos de influência romano-germânica, serviam como uma espécie de válvula de segurança, impedindo a existência de vazios normativos que colocariam em risco a doutrina positivista.

Por esta razão, muito embora não fossem dotados de normatividade durante o período em que imperou este sistema filosófico, desempenhavam um papel importantíssimo ao juspositivismo. A possibilidade de as lacunas levarem à ruína o dogma da inteireza do sistema normativo, caríssimo à sua sobrevivência, era eficientemente combatida pela integração dos princípios ao direito positivo, enxergados como solução à colmatagem das lacunas.

A terceira corrente jusfilosófica emerge na segunda metade do século XX, em reação às perversidades empreendidas notadamente pelo nacional-socialismo alemão. O pós-positivismo, como fora batizado pela doutrina, frisou a hegemonia axiológica dos antigos postulados de justiça.

---

6 BONAVIDES, 2003.

7 BOBBIO, 2005.

A inserção dos princípios no bojo das Constituições promulgadas após o fim da Segunda Guerra Mundial trouxe consigo a ideia de que estes representam o alicerce de um sistema jurídico-normativo. Em outras palavras, poderiam ser considerados como o sustentáculo sobre o qual repousam as demais normas jurídicas.

É de suma relevância destacar o papel das Cortes Internacionais de Justiça no processo de reconhecimento do caráter normativo aos princípios. Assumindo posição de vanguarda em uma época ainda dominada pelo positivismo ortodoxo e legalista, a Corte Permanente de Justiça Internacional declarava, em 1920, a aptidão e idoneidade dos princípios gerais de Direito, reconhecidos por diversos países para a solução de controvérsias.<sup>8</sup>

Mais tarde, em 1945, o Estatuto da Corte Internacional de Justiça, por força de seu trigésimo oitavo artigo, assim como o tratado que instituiu a Comunidade Econômica Europeia em 1957, pelo seu art. 215, corroborou o entendimento manifestado pela Corte Permanente de Justiça Internacional.

Nesta época, os princípios, insculpidos em textos constitucionais, adquirem um *status* privilegiado quando comparados às demais disposições normativas. A guinada intelectual liderada por Ronald Dworkin representou, nesta linha de evolução, um marco insofismável no reconhecimento e delimitação da normatividade dos princípios.

No entanto, a caminhada doutrinária rumo à juridicidade dos princípios inicia-se com Jean Boulanger.<sup>9</sup> Muito antes da contribuição dada à dogmática dos princípios por Alexy (2000) e Dworkin (2002), Boulanger realizou um importante estudo, elaborando uma verdadeira teoria geral sobre o tema, classificando-os em tipos e variedades. Para o professor de Direito da Faculdade de Lille, representam “os princípios os materiais mediante os quais pode a doutrina edificar com confiança a construção jurídica”.<sup>10</sup>

Acrescenta o jurista que, de modo semelhante com o que ocorre na Filosofia, no Direito existem proposições às quais uma série de soluções positivas se subordinam. Estas proposições, de acordo com Boulanger, devem ser consideradas como princípios.

Outrossim, os princípios, ainda seguindo os seus ensinamentos, são indispensáveis para o florescimento e interpretação da ordem jurídica po-

---

8 BONAVIDES, 2003.

9 BOULANGER, 1950.

10 BONAVIDES, 2003, p. 266.

sitiva, haja vista que apresentam, ao menos potencialmente, soluções aos problemas decorrentes do exercício prático do direito.<sup>11</sup>

Emilio Betti, por sua vez, discípulo da tradicional hermenêutica, demonstra, em sua obra, a situação agonizante pela qual passava a dogmática positivista, que refutava a normatividade dos princípios por vislumbrar nestes um excesso de conteúdo deontológico<sup>12</sup>. A incoerência do posicionamento de Betti fora anunciada por Bobbio em seu trabalho sobre o tema, no qual o estudioso italiano aponta na obra de seu compatriota a ideia de que os princípios desempenham uma função prescritiva semelhante àquela exercida pelas normas.<sup>13</sup>

Superando a concepção da autossuficiência do ordenamento, apregoada por positivistas, e o pensamento jusnaturalista, carregado de axiomas, Esser dá a sua contribuição ao reconhecimento da juridicidade dos princípios ao asseverar que estes são integrantes do sistema normativo na medida em que se configuram como pontos de partida (*starting point*) para a solução jurisdicional de um questão de direito.<sup>14</sup>

Seja na condição de parâmetro que baliza a aplicação do Direito (*ratio legis*), ocasião em que serão consubstanciados mediante atividade interpretativa, legiferante ou jurisprudencial, seja atuando como disposição normativa concreta (*lex*), os princípios são, no estágio em que se encontram as experiências constitucionais contemporâneas, elementos do direito vigente.

Destarte, Crisafulli<sup>15</sup>, oferecendo sua contribuição para a dogmática pós-positivista, vislumbra nos princípios uma dupla eficácia, imediata e mediata (programática), destacando a aplicação de seus preceitos às situações fáticas vivenciadas e a nobre função de diretriz interpretativa dos demais elementos do direito positivo.

Conceitua-os como normas jurídicas às quais outras se encontram subordinadas. E acrescenta, ainda, que, estando expressos em formulações legislativas ou latentes num ordenamento jurídico, os princípios constituem normas aplicáveis na disciplina de comportamentos públicos e privados.<sup>16</sup>

---

11 BOULANGER, 1950.

12 BETTI, 1975.

13 BOBBIO, 2005.

14 ESSER, 1961.

15 CRISAFULLI, 1950.

16 BONAVIDES, 2003.

Anos mais tarde, sem dúvidas, o ponto máximo atingido pela dogmática pós-positivista no que tange à normatividade dos princípios seria atingido com a obra de Dworkin (2002), responsável pela ideia de hegemonia normativa dos princípios. Bonavides, em diálogo com a obra do jusfilósofo norte-americano, afirmou que, segundo Dworkin, “tanto uma constelação de princípios quanto uma regra positivamente estabelecida podem impor uma obrigação legal”.<sup>17</sup>

Nesta linha de raciocínio, convém destacar o pensamento de Luís Roberto Barroso, segundo o qual

a dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas jurídicas, em geral, e as normas constitucionais, em particular, podem ser enquadradas em duas categorias diversas: as normas-princípios e as normas-disposição. As normas-disposição, também referidas como regras, têm eficácia restrita às situações específicas as quais se dirigem. Já as normas-princípio, ou simplesmente princípios, têm, normalmente, maior teor de abstração e uma finalidade mais destacada dentro do sistema.<sup>18</sup>

Assim, em conformidade com o processo evolutivo dos princípios, hoje, ainda de acordo com a lição de Paulo Bonavides, é possível afirmar que “sem aprofundar a investigação acerca da função dos princípios nos ordenamentos jurídicos não é possível compreender a natureza, a essência e os rumos do constitucionalismo contemporâneo”.<sup>19</sup>

### 3. A relevância dos princípios no ordenamento jurídico pátrio

A despeito do entendimento que sinalizava na direção de que os princípios eram apenas instrumentos de interpretação do direito positivo, os tempos modernos revelaram a necessidade do reconhecimento da força normativa destes mandados de otimização para a promoção do resgate da credibilidade da justiça.

Durante um longo período, em que o Direito buscava afirmar-se como ciência autônoma, com objeto próprio e método específico, tentou-se sub-

---

17 BONAVIDES, 2003, p. 238.

18 BARROSO, 1998, p. 141.

19 BONAVIDES, 1996, p. 231.

trair da interpretação jurídica o conteúdo axiológico, fato que resultou em experiências histórico-constitucionais nefastas, tal como o nacional-socialismo alemão.

Certo é que, hoje, além da proclamada função agregadora de valor a uma norma jurídica abstrata, vivemos a era da normatividade dos princípios, que se encontram dispersos ao longo de documentos legislativos e, inclusive, de textos constitucionais de diversos Estados.

A Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 5 de outubro de 1988, não imune à esta tendência, trouxe em seu bojo uma série de princípios. Deste modo, além de servirem como vetores à atividade interpretativa, a comunidade acadêmica e os operadores do direito passaram a proclamar a sua força normativa.

Ocorre que, sendo inculpidos no texto constitucional pátrio, os princípios passam a gozar de um *status* privilegiado em relação às demais normas jurídicas. Agora ocupando a posição superior de um ordenamento, passam a exigir que as normas infraconstitucionais com eles se compatibilizem.

Desta maneira, aquelas disposições que já existiam à época da promulgação da Constituição da República, e não estivessem adequadas aos seus princípios, sofreriam simples revogação. Por outro lado, as normas que ingressaram na ordem jurídica após o advento da Lei Maior e que ocupam posição subalterna, devem com ela guardar compatibilidade, sob pena de serem tidas como inconstitucionais.

Nesta linha de raciocínio, é importante destacar que, no arcabouço jurídico nacional, os princípios constitucionais caracterizam-se como verdadeiros parâmetros para a aferição da eficácia e legitimidade de uma norma jurídica, tendo em vista a sua situação de destaque entre as demais.

Não é possível conceber a ideia de que uma lei possa surtir efeitos no mundo dos fatos estando em completa dissonância com a vontade constitucional. Por esta razão, sempre que for possível extrair mais de uma interpretação de uma disposição normativa, cabe ao intérprete escolher aquela que guarde respeito ao conteúdo da Constituição Cidadã.

Neste ponto, convém trazer à lume o clássico ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, segundo o qual

violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma (*rectius*, regra). A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais

grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais.<sup>20</sup>

Portanto, não sendo possível retirar de um determinado enunciado legislativo uma norma jurídica válida, ou seja, alinhada aos propósitos da Constituição Republicana, estará aquele, de modo insanável, maculado pelo vício da inconstitucionalidade.

Assim, afirma-se que os princípios constitucionais, implícitos ou explícitos, são de extrema importância para um sistema normativo pois representam a essência dos valores por ele abrigados, o que lhe proporciona unidade e harmonia.<sup>21</sup>

### 3.1. A eficácia dos princípios constitucionais

Os princípios, assim como as regras, destinam-se à produção de algum efeito jurídico no mundo dos fatos. Deste modo, assevera-se, com segurança, que a eficácia representa um elemento essencial a uma norma jurídica.

Corroborando esta afirmação, sabe-se que o Estado, sempre que estiver diante de uma conduta comissiva ou de uma omissão que desafie o conteúdo de um preceito jurídico, deve reagir com o intuito de garantir a eficácia da norma violada. A esta reação estatal, consubstanciada mediante a provocação do Poder Judiciário, dá-se o nome de sanção judicial.

Para a dogmática jurídica contemporânea, os princípios configuram uma espécie do gênero norma jurídica. Sendo assim, encontram-se dotados de eficácia. Neste ponto, cumpre salientar os diferentes modos com que os princípios atuam em nosso ordenamento jurídico.

Conforme os ensinamentos de Luís Roberto Barroso, são três as modalidades de eficácia dos princípios constitucionais: direta, interpretativa e negativa<sup>22</sup>. Entende-se por eficácia direta, também conhecida como positiva ou simétrica, aquela em que o princípio atua sobre o mundo dos fatos mediante o exercício intelectual de subsunção, de modo análogo ao que ocorre com a regra de Direito.

---

20 MELLO, 1980, p. 230.

21 BARROSO, 2008.

22 BARROSO, 2009.

Para esta modalidade, não há que se falar em intermediação legislativa para que o mandado de otimização possa tutelar um bem jurídico específico. É o que ocorre, por exemplo, quando um indivíduo que almeja a exoneração do pagamento de um tributo fundamenta seu pedido na infração ao princípio da reserva legal.

Por sua vez, a eficácia interpretativa impõe ao interlocutor o dever de extrair de uma norma jurídica sentido e alcance que sejam compatíveis com as finalidades e valores veiculados por princípios constitucionais. Neste sentido, atuam os princípios como verdadeiros vetores da atividade interpretativa.

Com efeito, nota-se que a eficácia interpretativa desempenha relevante papel em um sistema normativo, conferindo, por um lado, unidade e harmonia ao sistema constitucional e, sob outro enfoque, orientando o jurista a retirar de uma disposição normativa infraconstitucional uma norma que melhor concretize a vontade de um princípio insculpido no texto da Lei Maior.

Por último, porém não menos importante, decorre da eficácia negativa a não produção de efeitos no mundo dos fatos, sempre que o conteúdo de uma norma for de encontro a um princípio constitucional.

A ideia de eficácia negativa possibilita, desse modo, a existência de um controle de constitucionalidade em um sistema normativo. Assim é, por conseguinte, que esta modalidade se manifesta, mediante o afastamento da incidência de uma norma sobre um caso concreto, hipótese atinente ao controle difuso, ou por intermédio da retirada de uma norma do ordenamento, situação possível somente na via do controle concentrado.

#### 4. A dignidade humana e a releitura do Direito

Nesta seção, será apresentado um breve histórico acerca do conceito de dignidade humana para, na sequência, oferecer reflexões sobre sua relevância para a interpretação e aplicação das demais normas que integram o arcabouço jurídico brasileiro.

Os primeiros registros históricos a respeito da ideia de dignidade humana nos levam ao pensamento estoico e cristão. Para aqueles, a dignidade seria uma qualidade intrínseca ao ser humano, qualidade esta que o distingue dos demais. Com o Cristianismo, o pensamento estoico se fortalece, baseado na premissa de que um comportamento atentatório à dignidade seria, por via reflexa, um desrespeito à vontade do Criador.

No período medieval, Tomás de Aquino destaca-se como estudioso responsável pelo desenvolvimento do tema. Durante a Idade Moderna, no entanto, o princípio se distancia de suas raízes teológicas. No século XVI, era das grandes navegações, o espanhol Francisco de Vitória advoga a tese de que todos os seres humanos são dotados de dignidade e acaba causando grande discussão a respeito da escravidão indígena, da qual se utilizava a Coroa Espanhola.<sup>23</sup>

No século seguinte, Samuel Pufendorf assevera ser dever de todos, inclusive dos monarcas, o respeito à dignidade humana, consubstanciada no direito titularizado por cada homem de escolher, embasado em suas íntimas convicções, e de agir, de acordo com o seu entendimento e com sua opção.

Kant, em sua obra, também contribuiu para o delineamento do conceito de dignidade humana por meio da afirmação de que o homem encerra um fim em si mesmo, jamais podendo ser utilizado ou manipulado para a concretização de um objetivo, consoante a teoria do imperativo categórico.<sup>24</sup>

Posteriormente, o trágico desfecho, a utilização de armas nucleares, as perdas humanas irreversíveis e as barbáries cometidas durante a Segunda Guerra Mundial colocaram em pauta a discussão, influenciada pela filosofia kantiana, a respeito da utilização de homens como meios à satisfação de interesses políticos e econômicos.

Neste momento histórico, ocorreu um fenômeno que marcaria a experiência constitucional contemporânea de grande parte dos países ocidentais, qual seja, a positivação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Ressalta-se que os textos constitucionais promulgados no período posterior ao término da Segunda Guerra Mundial e, inclusive, a Declaração Universal das Nações Unidas de 1948, trouxeram em seu âmago o mencionado princípio. Em nosso país, por força do art. 1º, III, da Constituição de 1988, o princípio em comento fora elevado à condição de fundamento da república, atuando, hoje, como legítima cláusula geral de proteção dos indivíduos.

---

23 BERNARDO, 2005.

24 BERNARDO, 2005.

#### 4.1. Conteúdo jurídico do princípio da dignidade humana

Tormentosa e árdua, porém de inegável relevância, é a missão de decifrar o conteúdo jurídico do princípio da dignidade da pessoa humana. A dificuldade reside, entre outros pontos, no elevado fator de abstração axiológica do conceito de dignidade, assim como no influxo causado pelo momento histórico em que esta tarefa será realizada.

Certo é que, para a exata compreensão do significado do princípio da dignidade da pessoa humana em nossa época, é necessário vislumbrar os avanços e retrocessos pelos quais passou a tutela do homem ao longo da história e perceber a posição, que hoje ostenta o mencionado princípio, em nosso sistema jurídico-normativo, de orientador da atuação estatal.<sup>25</sup>

Inicialmente, ressalta-se que se trata de um dos princípios constitucionais fundamentais, sendo, portanto, uma das “diretrizes imprescindíveis à configuração do Estado”<sup>26</sup>, tendentes a veicular os valores máximos do nosso ordenamento, indicando a ideologia norteadora de um Estado Democrático de Direito.

Neste ponto, vale a ressalva de que a dignidade é um elemento inerente ao homem e não uma ficção jurídica. Sendo um conceito preexistente às experiências histórico-normativas, entende-se que a Constituição apenas o reconhece e o transforma em valor máximo do ordenamento. Fixada esta premissa, torna-se inconcebível admitirmos que um Estado possa criar, ou subtrair, a dignidade de um ser humano, tendo em vista que “a dignidade humana não é uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos *a priori*”.<sup>27</sup>

É neste sentido que se fala em dignidade da pessoa humana como postulado normativo supremo no direito brasileiro, conceito fundamental da ciência jurídica.<sup>28</sup> Em razão da amplitude de seu conteúdo e de *status* de fundamento da República, atribui-se ao princípio da dignidade humana o topo da pirâmide normativa, sendo conhecido, por alguns, inclusive, como um macroprincípio.<sup>29</sup>

---

25 BARCELLOS, 2008.

26 BULOS, 2009, p. 218.

27 SILVA, 2000. p. 146.

28 NOGUEIRA, 2006.

29 BULOS, 2009.

Identificando o princípio da dignidade humana como um dos integrantes do rol dos princípios fundamentais, bastante úteis são as palavras de Canotilho e Moreira, que atribuem a estes o mister de “caracterizar a colectividade política e o Estado”, além de revelar suas “principais opções político-constitucionais”, tornando explícitas “as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte”.<sup>30</sup>

Com efeito, o princípio de salvaguarda da dignidade da pessoa humana deve representar, simultaneamente, um dos pilares da existência da República Federativa do Brasil assim como a razão última de todas as suas atividades.

Pode ser facilmente associado à necessidade de criação e manutenção das condições ideais para que o homem seja respeitado em sua integridade física e moral, garantindo-lhe a possibilidade concreta de desenvolver suas aptidões e potencialidades.

Argumenta-se que o conteúdo jurídico do princípio da dignidade da pessoa humana diz respeito à observação e concretização, por parte do Estado e de outras instituições, dos direitos fundamentais, considerados como aqueles direitos derivados da natureza do homem e reconhecidos pelo direito positivo.<sup>31</sup>

O cenário vivido entre o final do século passado e o início deste, caracterizado pela inimaginável expansão das telecomunicações, associada a um processo de aproximação da economia e da própria cultura de muitos Estados, contribuiu para que a tutela dos direitos fundamentais e, por via reflexa, da dignidade humana, se tornasse um ponto em comum no pensamento das nações ocidentais.<sup>32</sup>

Adotando as palavras de Maria Celina Bodin de Moraes, “será desumano, isto é, contrário à dignidade da pessoa humana, tudo aquilo que puder reduzir a pessoa (o sujeito de direitos) à condição de objeto”.<sup>33</sup> Nota-se que a autora elabora o seu conceito a partir de uma técnica de exclusão daquilo que não se coaduna com o tratamento ideal que deveria ser dispensado ao homem para se atingir a ideia de dignidade humana.

---

30 CANOTILHO *apud* SILVA, 2000, pp. 95-96

31 CANOTILHO, 1998.

32 BARCELLOS, 2008.

33 MORAES, 2003, p. 85.

Avançando em nosso raciocínio, estabelecendo uma nítida correspondência entre a dignidade humana e a concretização dos direitos fundamentais, temos a lição de Sarlet, para quem o conteúdo jurídico do princípio em destaque deve ser visto sob duas perspectivas.

A primeira delas reclama do Estado uma abstenção no que diz respeito à prática de condutas que infrinjam os direitos aos quais a Constituição da República atribuiu o predicado de fundamentais. Sob outro prisma, ao Estado cabe, além de uma conduta omissiva, uma atuação positiva no sentido de criar políticas públicas que promovam as finalidades almeçadas pelo constituinte.

Inspirado por Kant, Sarlet entende:

por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz 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 e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.<sup>34</sup>

Deste modo, podemos perceber que, assumindo uma ou outra configuração, a noção de dignidade humana entrelaça-se com a crença na proposição de que o homem encerra um fim em si mesmo, sendo-lhe creditada uma dignidade ontológica.

Nessa ordem de ideias, podemos perceber a marcante contribuição da filosofia kantiana para o processo de compreensão do Estado e das demais instituições como instrumental necessário à garantia dos anseios dos indivíduos. Em outras palavras, o Estado agora somente legitimará sua existência na medida em que se organizar para a promoção dos direitos fundamentais.

Deste modo, a inserção do princípio da dignidade humana na Lei Maior teve como um dos grandes méritos a criação de uma cláusula geral de proteção do ser humano, a qual cumpre a tarefa de agregar, em torno de si, todo o conjunto de direitos e garantias fundamentais. De acordo com

---

34 SARLET, 2002, p. 62.

Bulos, “quando o Texto Maior proclama a dignidade da pessoa humana, está consagrando um imperativo de justiça social, um valor constitucional supremo”.<sup>35</sup>

Seja como for, para o correto entendimento do conteúdo jurídico do princípio em destaque, o jurista não deve se olvidar da premissa de que o Estado é apenas um meio para a concretização dos direitos fundamentais, um caminho para que o homem possa gozar dos direitos individuais e sociais expressos na Constituição.

Para tanto, a lógica jamais deve ser invertida. É o Estado que deverá servir o homem e não o oposto. Sob esta perspectiva, o homem passa a ser visto como sujeito e destinatário de direitos e o Estado assume como finalidade última a promoção da dignidade dos indivíduos que vivem sob sua proteção.

## 5. Reflexos da dignidade humana sobre o direito privado – a superação da concepção abstrata do ser humano

O fenômeno pós-positivista, numa tentativa de resgatar a crise existencial experimentada pelo positivismo, que não se revelava mais apto a fornecer soluções legítimas aos problemas jurídicos contemporâneos, consagrou a supremacia constitucional como meio de superação e relegitimação da ciência jurídica.

A doutrina brasileira, inspirada nas lições de Perlingieri, deu início a uma reconstrução do direito privado sob a ótica da Constituição da República, informada por princípios que almejavam maior efetividade à tutela da pessoa humana.<sup>36</sup>

A Lei Maior, ao elencar como fundamento da República a dignidade humana, desempenhou um papel primordial na superação do individualismo e da concepção abstrata do ser humano, presentes no Código Civil de 1916. Deste modo, a pessoa humana, não mais vista sob uma concepção formalista, agora considerada em sua essência, passou a ser o núcleo da tutela do sistema normativo.

Fixadas estas premissas, deve-se ressaltar que o respeito das normas inferiores à Constituição não merece apenas ser examinado sob o ponto de

---

35 BULOS, 2009, p. 221.

36 NEVARES, 2004.

vista formal, a partir do procedimento de sua criação, mas com base em sua correspondência substancial aos valores que, incorporados ao texto constitucional, passam a conformar todo o sistema jurídico e a exigir dos seus intérpretes a concretização de sua vontade.

Dentro desta perspectiva, consolidou-se uma onda de socialização e funcionalização dos tradicionais institutos de direito privado, como propriedade, contrato e família, que passam a ser vistos como legítimos instrumentos de concretização da dignidade da pessoa humana, desmerecedores de proteção jurídica quando não se destinarem a esta finalidade.

Outrossim, percebe-se que o direito privado e, em especial, o direito civil seguem uma tendência de despatrimonialização, provocada pela dogmática pós-positivista. Inspiradas nos princípios constitucionais, as novas regras jurídicas e a atual atividade interpretativa aproximam-se da busca por uma nova razão que legitime a tutela dispensada aos seres humanos, considerados em sua essência.

## 5.1 O princípio da igualdade

Estabelecem as cartas constitucionais dos Estados contemporâneos, e dentre elas a brasileira, que todos os homens são iguais perante a lei. Em nossa Constituição, o princípio da igualdade encontra-se insculpido no *caput* do art. 5º, que inaugura o título II, destinado aos direitos e garantias fundamentais.

No entanto, pode-se afirmar, amparado na doutrina pátria, que, do conteúdo do princípio em epígrafe, emana não apenas a ordem de dispensar tratamento equânime aos homens diante de uma disposição normativa como também a restrição de que o próprio texto legislativo deve resguardar a noção de isonomia.

Campos, corroborando este entendimento, aduz que

não poderá subsistir qualquer dúvida quanto ao destinatário da cláusula constitucional da igualdade perante a lei. O seu destinatário é, precisamente, o legislador e, em consequência, a legislação; por mais discricionários que possam ser os critérios de política legislativa, encontra no princípio da igualdade a primeira e mais fundamental de suas limitações.<sup>37</sup>

---

37 CAMPOS, 1956, p.30.

Por esta razão, Kelsen assevera que a compreensão restritiva do conteúdo jurídico do princípio da igualdade pode chegar ao absurdo de esvaziar seu significado. Com efeito,

colocar (o problema) da igualdade perante a lei é colocar simplesmente que os órgãos de aplicação do direito não têm o direito de tomar em consideração senão as distinções feitas nas próprias leis a aplicar, o que se reduz a afirmar simplesmente o princípio da regularidade da aplicação do direito em geral.<sup>38</sup>

Destarte, a pura e simples igualdade perante a lei, sem a preocupação com o comando normativo que dela deriva chega ao extremo de equiparar o princípio da igualdade com o princípio da legalidade.

O ponto de partida para uma profunda análise quanto à averiguação do alcance da norma em discussão reside na tradicional afirmação de Aristóteles segundo a qual deve-se tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. A imprecisão e a incerteza quanto ao que repousa entre um e outro polo desta assertiva, deixa no ar a dúvida sobre qual o critério que nos permite segregar pessoas de maneira legítima, isto é, quais discriminações são juridicamente válidas.

É pacífica a compreensão de que entre os seres humanos existem nítidas diferenças. Há diferenças de estatura, de credo, de sexo, de raça, entre outros. Contudo, para uma gama considerável de situações, alguns dos fatores que nos distinguem não podem ser utilizados para dispensar tratamento favorecido a uns em detrimento de outros.

É necessário compreender que, diante de determinadas circunstâncias, é razoável o tratamento jurídico desuniforme, contanto que seja legítimo. Como exemplo, podemos citar o edital de um concurso que restringe a concorrência para ocupar as vagas de procurador do Estado àqueles que se encontram inscritos nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil.

Neste momento, considera-se importante discutir os critérios que tornam ou não uma discriminação legítima, sem perder de vista que “o princípio da igualdade interdita tratamento desuniforme às pessoas”<sup>39</sup> e a função precípua da lei “reside exata e precisamente em dispensar tratamentos desiguais. Isto é, as normas legais nada mais fazem que discriminar situações”.<sup>40</sup>

---

38 KELSEN, 1962, p. 190.

39 MELLO, 1993, p. 12

40 MELLO, 1993, p. 12

De maneira bastante simples, pode-se afirmar que a atividade legiferante compreende a tarefa de apanhar, no mundo dos fatos, elementos capazes de distinguir situações e, em seguida, introduzir na ordem jurídico-positiva um benefício ou graciousidade a certas pessoas, as quais reuniram condições de se subsumir à categoria diferenciada.

Nesta ordem de ideias, a missão do jurista que pretende avançar no estudo do princípio da igualdade é tentar perceber em que momentos a lei não poderá elencar discriminações como legítimas, tendo como norte a premissa de que a isonomia encerra um limite à atuação típica de um texto legislativo.

Em um sistema jurídico no qual, por um lado, reconhece-se normatividade aos princípios e a supremacia da Constituição e, de outro, almeja-se a construção de uma sociedade livre, justa e solidária com a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, malferirá a isonomia um enunciado legislativo que estabelecer tratamento diferencial a um grupo de pessoas de maneira incompatível com a vontade da Constituição.

Assim, pode-se afirmar, com Celso Antônio Bandeira de Mello,

que as discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição.<sup>41</sup>

Deste modo, pretende-se afirmar que o legislador se encontra impedido de indicar como razão fundamental para o estabelecimento de disciplina desequiparatória critérios baseados em preconceitos e ódios. O princípio em destaque desempenha relevante papel na ordem jurídica, e para a sociedade, na medida em que se torna fator que impossibilita tratamentos diferenciados injustificados ou arbitrários.

Para concluir, argumentamos, com a lição de Pimenta Bueno, que

a lei deve ser uma e a mesma para todos; qualquer especialidade ou prerrogativa que não for fundada só e unicamente em uma razão muito valiosa do bem público será uma injustiça e poderá ser uma tirania.<sup>42</sup>

41 MELLO, 1993, p. 17.

42 BUENO, 1957, p. 424.

Nota-se, assim, que o princípio da igualdade serve como autêntico instrumento de controle da atividade legiferante, ao impor limites à atuação do poder público, sempre tendo como parâmetro a realização de valores consagrados pela Constituição.

## 6. Considerações finais

Neste momento, tendo em vista a relevância dos princípios constitucionais para a interpretação e aplicação do direito nos dias de hoje, tem-se como oportuno o oferecimento de reflexões sobre a compatibilização do direito infraconstitucional aos mandamentos presentes no texto da Lei Maior.

Considerando que a igualdade é um princípio caríssimo a um Estado de Direito que pretende ser democrático, cabe aos juristas avaliar se uma certa situação se encontra em sintonia ou não com o mencionado princípio. Para tanto, devemos adotar alguns critérios com o objetivo de cumprir adequadamente esta missão.

Em um primeiro momento, deve-se voltar a atenção ao elemento tido como fator de desequiparação. Neste ponto, consoante ensina Bandeira de Mello, “é inadmissível, perante a isonomia, discriminar pessoas ou situações ou coisas (o que resulta, em última instância, na discriminação de pessoas) mediante traço diferencial que não seja nelas mesmas residentes”.<sup>43</sup>

A assertiva lançada no parágrafo anterior conduz-nos, de forma nítida, à conclusão de que malfeire o comando isonômico aquela regra de direito que estabelece como fator de discrimen entre pessoas um fator extrínseco a elas, que não lhes seja inerente.

Além disto, para que um comando normativo dialogue com a princípio igualitário, deve aquele, necessariamente, guardar conexão lógica entre o fator eleito como apto a diferenciar e a desigualdade estabelecida em função deste elemento.

Em outras palavras, é necessário que haja uma conexão racional entre a tutela jurídica diferenciada a ser dispensada e o fator de discrimen que lhe serve de fundamento. Desta maneira, “o que autoriza discriminar é a diferença que as coisas possuem em si e a correlação entre o tratamento desequiparador e os dados diferenciais radicados nas coisas”.<sup>44</sup>

---

43 MELLO, 1993, p. 29.

44 MELLO, 1993, p. 34.

Por fim, o último elemento a ser aferido para se afirmar, com segurança, que uma regra jurídica é alinhada à norma isonômica diz respeito à compatibilidade da diferenciação com os interesses perseguidos pelo texto constitucional.

De acordo com a nova interpretação constitucional, realçada nas linhas anteriores, que confere normatividade aos princípios e sujeita a aplicabilidade das normas infraconstitucionais a um processo de filtragem, pode-se dizer, tranquilamente, que será ofensiva ao princípio da igualdade a discriminação constante de uma disposição normativa que não esteja alinhada aos interesses constitucionalmente tutelados.

A compatibilidade entre a distinção operacionalizada por intermédio da lei ou de qualquer outra regra de direito não pode se distanciar, jamais, das diretrizes e valores consagrados na Constituição, tendo em vista que a violação ao princípio da isonomia revelará, inevitavelmente, a inconstitucionalidade do preceito normativo.

Por esta razão, entende-se que “não podem ser colocadas em desvantagem pela lei situações a que o sistema constitucional empresta conotação positiva”<sup>45</sup>, o que implica dizer que a lei se encontra impedida de desobedecer a essência da Constituição, caracterizada pelos valores fundamentais que emergem de seu texto.

Destarte,

não basta a exigência de pressupostos fáticos diversos para que a lei distinga situações sem ofensa à isonomia. Também não é suficiente o poder-se arguir fundamento racional, pois não é qualquer fundamento lógico que autoriza desequiparar, mas tão-só aquele que se orienta na linha de interesses prestigiados na ordenação jurídica máxima. Fora daí ocorrerá incompatibilidade com o preceito igualitário.<sup>46</sup>

Portanto, argumenta-se que a atividade interpretativa de uma regra jurídica deve, obrigatoriamente, estar calcada nos elementos acima apresentados para que possamos avançar na árdua, porém necessária, tarefa de concretização de direitos fundamentais.

---

45 MELLO, 1993, p. 42.

46 MELLO, 1993, p. 43.

Em suma, não basta, para que uma disposição normativa respeite a norma isonômica, que o legislador colha elementos diferenciais existentes nas próprias coisas e pessoas que receberão tratamento jurídico distinto, nem que este guarde pertinência lógica com a diferenciação. É necessário que a distinção seja um meio para a realização dos fins almejados pela Lei Maior, sobretudo ao considerarmos a normatividade dos princípios como elemento marcante do direito contemporâneo.

## Referências

- ALEXY, Robert. *On the structure of legal principles*. Ratio Juris, New York, v. 13, n. 3, p. 294-304, 2000.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*. – 2ª amplamente revista e atualizada. –Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas* / Luís Roberto Barroso (organizador) – 3ª ed. Revista – Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. *A nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Argumentação e Papel dos Princípios*, in: LEITE: George Salomão. *Dos Princípios Constitucionais*. Malheiros: 2003. p. 105.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2a ed. Saraiva, São Paulo, 1998.
- BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. *A Aplicação do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. 2005. Disponível em: <http://200.255.4.232/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista08/Artigos/WesleyLousada.pdf>. Acesso em: 14/02/2016.
- BETTI, Emilio. *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Tradução de José Luis de los Mozos. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1975.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. 3. ed. Bauru: Edipro, 2005.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13ª edição. São Paulo:

- Malheiros Editores, 2003.
- BOULANGER, Jean. *Principes Généraux du Droit et Droit Positif*, In: *Droit Privé Français au Milieu du XX Siècle (Études offertes a Geoges Ripert)*. Paris: LGDJ, 1950.
- BUENO, Pimenta. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*, Rio de Janeiro, 1857.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Direito Constitucional ao alcance de todos*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.
- CAMPOS, Francisco. *Direito Constitucional*, Ed. Freitas Bastos, 1956.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- CRISAFULLI, Vezio. *La Costituzione e le sue Disposizioni de Principio*. Milão: Giuffrè, 1952.
- DÍEZ-PICAZO, Luis María. *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*. Barcelona: Editorial Ariel, 1973.
- DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. 9. ed. Cambridge: Harvard University Press, 2002.
- ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Barcelona: Bosch, 1961.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direito Constitucional do Trabalho – Estudos em Homenagem ao prof. Amauri Mascaro do Nascimento*. Ed. Ltr, 1991.
- GUASTINI, Ricardo. *Distinguendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. Barcelona: Gedisa, 1999.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, tradução francesa da 2ª edição alemã, por Ch. Einsenmann, Paris, Dalloz, 1962.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. Ed. RT, São Paulo, 1980.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. Malheiros Editores, 1993.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- NEVARES, Ana Luiza Maia. *A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional*. Renovar. Rio de Janeiro, 2004.
- NOGUEIRA, Roberto Wagner Lima. Notas para um ensaio sobre a dignidade da pessoa humana. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador, 2006. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/>

REDE-8-OUTUBRO-2006-ROBERTO%20WAGNER.pdf. Acesso em 16/02/2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. *O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Poder Constituinte e poder popular*. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

Recebido em 20 de maio de 2017.

Aprovado em 08 de junho de 2019.

## Notícias e informações

Resumos das dissertações e teses defendidas de maio a dezembro de 2019 no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Teoria do Estado e Direito Constitucional do Departamento de Direito da PUC-Rio.

**Aluna:** Ana Carolina Brito Brandao (Doutorado)

**Título:** Gênero, Governança e Direito à Cidade: o lugar das mulheres na agenda urbana internacional

**Data da defesa:** 26/08/2019

**Banca:** Marcia Nina Bernardes (orientadora), Stéphanie Hennette Vauchez, Virgínia Totti Guimarães, Rafael Soares Gonçalves, Júlia Ávila Franzoni e Fernanda Ester Sánchez García.

**Resumo:** A proposta da tese é compreender, de maneira crítica, como a questão de gênero e o sujeito “mulher” são construídos discursivamente na agenda urbana internacional a partir da Conferência Habitat II (1996). Investiga-se as condições de emergência de enunciados sobre as mulheres, o papel que elas exercem na cidade e de orientações para promover a sua inclusão nas políticas urbanas dos organismos internacionais. A partir da análise documental de materiais selecionados do Programa das Nações Unidas para Assentamentos Humanos (ONU-Habitat) e do Banco Mundial, observou-se a regularidade, a repetição e a circulação determinados enunciados, através de formas variadas, que produzem um reforço mútuo de certo enquadramento da gestão urbana e da igualdade de gênero que dá suporte ao modelo de desenvolvimento hegemônico. O objetivo dessa tese é perseguir os efeitos desse discurso na elaboração de noções sobre o direito à cidade a partir da perspectiva de gênero.

**Aluna:** Ana Cecilia de Barros Gomes (Doutorado)

**Título:** Colonialidade na Academia Jurídica Brasileira: Uma Leitura Decolonial em Perspectiva Amefricana

**Data da defesa:** 31/05/2019

**Banca:** Thula Rafaela de Oliveira Pires (orientadora), Marcia Nina Bernardes, Gisele Guimaraes Cittadino, Vanessa Oliveira Batista Berner, Fernanda da Silva Lima e Andrea Browning Gill.

**Resumo:** A tese, pelas lentes do pensamento decolonial afrodiáspórico compromissado com a ladino-amefricanidade, possui o objetivo de analisar como a matriz colonial de poder estrutura o pensamento jurídico brasileiro dentro do espaço que, com base no eurocentrismo, imprime autoridade e validade científica a essa produção, ou seja, a academia jurídica. A partir dessas apreciações, examina-se a materialização das colonialidades, incluindo a do gênero, do poder, do saber e do ser, refletindo-se sobre a geo(corpo) política do conhecimento no programas de pós-graduação strictu sensu em direito no Brasil, por meio de delineamento do perfil dominante no corpo docente, no corpo discente e dos mecanismos utilizados para fissurar a matriz colonial do poder dentro desse ambiente e/ou para manter pactos narcísicos que estruturam a(s) colonialidade(s). Em que se utilizou uma pesquisa multinível, quanti-qualitativa, na parte quantitativa mapeou-se o perfil docente e discente dos PPGDS, com base nos dados oficiais constantes na plataforma sucupira e na parte qualitativa, por meio da análise dos documentos nos sites oficiais dos programas e da aplicação de duas pesquisas surveys – uma realizada com docentes e outra com discentes dos programas, descreve-se e explora-se a composição desses espaços e as estratégias que buscam romper com a modernidade/colonialidade neste campo.

**Aluna:** Andrea Bandeira de Mello Schettini (Doutorado)

**Título:** Comissões de verdade e o processo de “acerto de contas” com o passado violento: um olhar genealógico, jurídico-institucional e crítico

**Data da defesa:** 23/08/2019

**Banca:** Bethânia de Albuquerque Assy (orientadora), Véronique Champeil-Desplats, Carolina de Campos Melo, José María Gómez, Sílvia Adriana Barbosa Correia e Vera Karam de Chueiri.

**Resumo:** O presente estudo busca analisar os contornos jurídicos e políticos das comissões de verdade, a fim de apontar as promessas, as potencialidades e os limites desse mecanismo da justiça de transição. O objetivo mais amplo deste trabalho consiste em situar as comissões de verdade no interior das relações, contemporaneamente reconfiguradas, entre a verda-

de, o direito e a memória. Trata-se de refletir criticamente sobre a maneira em que, no interior de tais mecanismos, a violência (sobretudo no que diz respeito à violência política e à violência de Estado) é compreendida, investigada e nomeada. A hipótese central desta pesquisa sustenta que o regime de construção de verdades no interior das comissões de verdade – em sua relação complexa, contraditória e ambígua com os direitos humanos, a história e a memória – mantém um vínculo indissociável com o processo de escrita oficial (seus contornos, lacunas e silêncios) da violência. Longe de constituírem uma solução neutra ou acabada para os problemas decorrentes dos legados de graves violações de direitos humanos, comissões de verdade são, acima de tudo, um espaço de conflito entre diferentes memórias e de disputas pelos significados e sentidos do passado violento. A experiência da Comissão Nacional da Verdade do Brasil é abordada, ao final, como caso referência para o estudo das comissões de verdade (e mais amplamente para o estudo da justiça de transição), capaz de trazer relevantes aportes à análise crítica desses mecanismos de justiça.

**Aluno:** Bruno Motta de Vasconcellos (Doutorado)

**Título:** Fantasmagorias jurídicas: o mito da responsabilidade do positivismo pela queda da República de Weimar e ascensão do III Reich

**Data da defesa:** 28/06/2019

**Banca:** Adriano Pilatti (orientador), Noel Struchiner, José María Gómez, Rafael Barros Vieira e Alexandre Pinto Mendes.

**Resumo:** Com o fim da II Guerra e a queda do III Reich, ganha ímpeto um ataque jusnaturalista ao positivismo jurídico sob o fundamento de que ele fora o pensamento jurídico predominante na Alemanha da República de Weimar e que continuara sendo durante o regime nazista. Desta forma, o positivismo tivera responsabilidade tanto pela queda da república quanto pelo funcionamento genocida do regime de Hitler. Iniciando-se com um artigo de Gustav Radbruch, tais ataques prosseguiram nas vozes de diversos antipositivistas e neoconstitucionalistas como Fuller, Dworkin, Alexy e, mais recentemente, David Dyzenhaus, jurista com quem a presente tese

procura debater. Contra estes argumentos, pretende-se aqui refutá-los a partir das categorias fantasmagoria e hostilidade, extraídas do pensamento político-jurídico de Thomas Hobbes. A primeira procura demonstrar que o pensamento jurídico nazista era calcado em uma forma transcendental universalista de pensar, implicando uma concepção do direito como algo já dado e que deveria ser realizado. A segunda determinava que, para realizar esta fantasmagoria, a forma jurídica poderia ser completamente afastada, de modo que o regime nazista, na verdade, seria antipositivista. Com isto, tanto a partir da teoria de Hobbes quanto de exemplos históricos, a presente tese procura afastar tal mito sobre o positivismo, afirmando que, ao contrário, o pensamento jurídico nazista era mais próximo do jusnaturalismo, e que as teses antipositivistas e neoconstitucionalistas de abertura do direito à moral, ao contrário do que pretendem, podem acabar por fornecer meios de ascensão de regimes autoritários, de modo que uma interpretação formal do direito deve ser vista como mais adequada do que uma jurisprudência de princípios.

**Aluna:** Clarissa Pires de Almeida Naback (Doutorado)

**Título:** A formação discursiva dos direitos urbanos no Brasil: humanismo e marxismo na proposta de Reforma Urbana (1975-1988)

**Data da defesa:** 27/08/2019

**Banca:** Thula Rafaela de Oliveira Pires (orientadora), Stéphanie Hennette Vauchez, Cibele Saliba Rizek, Ricardo Nery Falbo, Rafael Soares Gonçalves e Adriano Pilatti.

**Resumo:** A presente tese discorre sobre a formação de um discurso sobre direitos urbanos no Brasil, que foi construído a partir de uma ideia de justiça social e de reforma jurídico-institucional, que veio a ser chamada de reforma urbana. Esse campo de discurso esteve associado a um “pensamento crítico” que emerge na década de 1970, a partir do entrecruzamento de uma perspectiva humanista católica e uma perspectiva sociológica marxista, que vão contribuir para uma formação de agenda política pautada no acesso aos direitos e à uma gestão democrática, com vista na abertura do

processo constituinte em 1985. Trata-se de uma análise sobre o repertório de enunciados, conceitos e objetos desse arquivo discursivo, que a produziu uma proposta jurídico-institucional de reforma urbana com interface na visão que se constituía a respeito da questão urbana, que nas cidades brasileiras esteve associada à problemática do subdesenvolvimento e da pobreza urbana.

**Aluno:** Felipe Jardim Lucas (Doutorado)

**Título:** A memória da cidade e o conflito. Formação do direito de resistência e o uso da História em Maquiavel

**Data da defesa:** 30/08/2019

**Banca:** Mauricio de Albuquerque Rocha (orientador), Francisco de Guimaraens, Alexandre Pinto Mendes, Sebastián Torres Castaños e Stefano Visentin.

**Resumo:** Esta tese foi elaborada a partir do questionamento: é possível pensar em uma matriz alternativa para o direito de resistência? Proponho que sim através da análise dos elementos de formação, do método e pelo uso da História empregados por Maquiavel na criação de sua teoria e seu léxico político-filosófico. A tese se inicia com uma discussão acerca dos conceitos de História, memória, uso do passado e sua conceituação com vistas a identificar um pensamento histórico-republicano cujo princípio moderno se encontra na teoria maquiaveliana. Assim, a formação e consolidação das sociedades políticas que a obra de Maquiavel apresenta serão os casos a serem estudados, sob a ótica do realismo político. Através do estudo dos elementos desses processos históricos e teóricos enquanto partes que constituem a gênese da formação do direito de resistência; pela perspectiva única da teoria e da práxis política que a obra maquiaveliana apresenta; e pela experiência como força ativa nessa formação político-histórica, a tese toma por foco a tensão que emerge desde a fundação do corpo político e que deve ser compreendida através da lógica do conflito e da mutação. Portanto, a resistência pode ser pensada segundo as variações afetivas e conflitivas dentro do corpo político, e a identificação dos limites

do controle soberano sobre esses conflitos internos será a chave para entender de que modo diferentes categorias do resistir podem aplicar-se ao caso concreto e se refletir na formação e cristalização de direitos ao longo de seu uso ou como imposição na História.

**Aluno:** Fernando da Silva Cardoso (Doutorado)

**Título:** É isto uma mulher? Disputas narrativas sobre memória, testemunho e justiça a partir de experiências de mulheres-militantes contra a ditadura militar no Brasil

**Data da defesa:** 28/11/2019

**Banca:** Marcia Nina Bernardes (orientadora), Bethânia de Albuquerque Assy, Carolina de Campos Melo, Ela Wiecko Volkmer de Castilho, Liana de Andrade Biar e Allene Carvalho Lage.

**Resumo:** Na presente tese são abordadas as disputas semânticas idealizadas por mulheres que militaram contra a ditadura militar no Brasil em seus requerimentos de anistia encaminhados à Comissão de Anistia do Ministério da Justiça brasileiro. De modo específico, interessam os significados discursivos que permeiam a significação da memória, do testemunho e da justiça. Assim, o objetivo geral desta investigação consiste em compreender em que medida é possível considerar que as disputas narrativas idealizadas por mulheres-militantes em requerimentos de anistia feitos à Comissão de Anistia brasileira apresentam novos pressupostos à reflexão sobre a memória, o testemunho e a justiça. As narrativas analisadas fazem parte de um conjunto de trinta e oito requerimentos de anistia categorizados e sistematizados a partir de uma pesquisa documental no acervo da Divisão de Arquivo e Memória da referida Comissão. Os achados da pesquisa em torno da categoria 'memória' denotam que as mulheres-militantes consideram as experiências de injustiça não como um objeto passivo da história, mas que irrompe o próprio ato de re-memorar. É denominada, a partir das narrativas, a dimensão arquetípica da memória, a qual media o registro sensível, ao passo que fixa o ponto de vista das mulheres sobre os acontecimentos. O agenciamento discursivo que é

acionado pelas mulheres remete à luta contra o progressismo e pela consideração do sofrimento. Ainda, que o retorno discursivo à experiência de injustiça mesma reflete a ética em relação ao passado e introduz a noção de narrativas experiências enquanto uma microlinguagem e abertura para a significação filógina da violência política. As reflexões em torno da ‘memória’, nas narrativas das mulheres-militantes, são finalizadas ao conjecturar a rememorialização como um ato de citação. Quanto às questões que perfazem a significação do ‘testemunho’, a narrativa das mulheres demarca o ato de ‘narrar-se’ nos requerimentos como um éthos discursivo gendricado que localiza semanticamente a experiência traumática. Os processos de ‘despersonalização de gênero’ revelam uma topologia narrativa da violência em contraste com a categoria gênero, destacada a partir de alguns marcadores discursivos. A tortura é assumida pelas mulheres-militantes enquanto um dispositivo de captura de gênero e problematizada a partir dos regimes de saber médico e psíquico identificados nos excertos. As enunciações presentes nos testemunhos também fabricam uma ontologia do corpo-narrativa a partir de três principais projeções: o ‘corpo-instrumento’, o ‘corpo-implicado’ e o ‘corpo-lascivo’. No tocante à ‘justiça’, as mulheres-militantes aludem às permanências da dinâmica meramente procedimental da ‘justiça’ e as estratégias de insurgência discursiva forjadas na proposição dos requerimentos de anistia. Questionam a institucionalização de suas narrativas de injustiça e a necessidade de construir um vocabulário que se adeque à lógica burocrática da Comissão. Interrogam sobre ‘o que (não) cabe nos requerimentos de anistia’ a partir de elementos de coerência que insistem na centralidade das narrativas de injustiça. Por fim, o status de verdade que as mulheres-militantes assumem revela uma conotação terapêutica, uma verdade-narrativa, alegórica. Frente à mera procedimentalidade, as mulheres aludem à narrativa de injustiça enquanto um acontecimento sensorial.

**Aluno:** Guilherme Faro Acioli do Prado (Mestrado)

**Título:** Maquiavel entre a Teoria do Governo misto e a “Razão Populista”

**Data da defesa:** 11/07/2019

**Banca:** Francisco de Guimaraens (orientador), Mauricio de Albuquerque Rocha e Carlos Alberto Plastino.

**Resumo:** É importante diferenciar o Maquiavelismo do Maquiavelianismo. O primeiro está baseado na crença de que todos os meios disponíveis são justificáveis para ascender e manter o poder, ainda que imorais; enquanto o outro consiste na verdadeira essência do pensamento de Nicolau Maquiavel, trazer as lições deixadas pelos antigos para os tempos moderno, principalmente no que consiste a chamada liberdade republicana. Isto faz total sentido se enxergarmos a renascença como o período de substituição da vida passiva, marcada pela pura reflexão espiritual e contemplação divina, pela vida ativa em que o homem assume uma atividade criadora perante o mundo, não apenas nas artes como nas instituições políticas. Essa é a prática do viver civiles, em que toda forma de organização social é moldada pela própria comunidade com o objetivo de aprimorar o convívio social. Esta noção está na própria essência do movimento do humanismo cívico que marcou todo o período da Renascença. É sob esta perspectiva que devemos interpretar a obra de Nicolau Maquiavel. O príncipe novo nada mais é que a forma alegórica desta “engenharia institucional” que posteriormente ganharia a alcunha de Poder Constituinte, mas já estava presente na dinâmica renascentista. Ainda segundo Maquiavel, o príncipe novo necessariamente assumiria a forma de um Oxímoro, figura alegórica em que duas partes de natureza opostas se unem contraditoriamente em um todo harmônico. Aqui, ele se refere aos pequenos e aos grandes que em uma eterna disputa, sempre dentro de um determinado arcabouço institucional, colaboram para aprovar leis uteis para o benefício mútuo de toda a sociedade. Este processo consiste na fundação continua que deve ser encarado como a própria essência do poder constituinte que possuía uma natureza invariavelmente aberta. É assim que devemos ler as referências ao governo misto ao longo de toda a obra maquiaveliana. A figura do Oxímoro exclui qualquer associação do pensamento do secretário florentino com

o fenômeno populista, ao menos se levarmos em consideração a definição dada por Laclau em a Razão Populista. O populismo é marcado pela ascensão de uma particularidade (plebe) e sua consolidação como totalidade (populus), enquanto Maquiavel propôs com a cooperação ainda que forçada entre os dois polos da sociedade com a manutenção de suas respectivas posições sociais. Entretanto, podemos identificar no conceito de virtù, a vagueza conceitual necessária para caracterizar o conceito de significaste flutuante. Isto explica a facilidade das mais diversas correntes ideológicas em se apoderar do legado do secretário florentino em prol de uma causa própria. Ironicamente, Maquiavel parece ter aberto a caixa de pandora do populismo, ainda que contra a própria vontade.

**Aluna:** Joana de Souza Machado (Doutorado)

**Título:** Política Togada no Brasil: ativismo judicial entre promessas, armadilhas e estratégias

**Data da defesa:** 17/12/2019

**Banca:** Gisele Guimaraes Cittadino (orientadora), Adriano Pilatti, Fabio Carvalho Leite, Juliano Zaiden Benvindo e Margarida Maria Lacombe Camargo.

**Resumo:** A partir de método reconstrutivo, a presente tese se propõe a uma abordagem multidimensional e contextual do ativismo judicial, por meio da qual são mapeadas e avaliadas promessas, armadilhas e estratégias que se constroem em torno da interação entre Direito e Política no Brasil. A investigação adota por lente teórica a construção de Bourdieu sobre poder simbólico, aplicada a um subcampo jurídico, o campo judicial, especialmente a maneira como esse subcampo se apropria a um só tempo da lógica do campo político e do campo científico. São resgatadas as raízes do termo “ativismo judicial”, apontando-se como o uso dessa chave contribuiu, em seu contexto de origem, ainda que sob muita confusão semântica, para alimentar uma cultura de observação/reivindicação de comportamentos judiciais, com conseqüente incorporação de apostas e críticas do ativismo aos léxicos acadêmico e popular, com amplo impacto sobre a dinâmica

política. A partir desse resgate, é construída uma proposta de abordagem multidimensional e contextual do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal, a qual busca superar as compreensões binárias que o capturam ou como algo promissor ou como algo perverso. Colocam-se em perspectiva as promessas pelo alto em torno do campo judicial – função contramajoritária, função representativa e função de “vanguarda iluminista” – bem como respectivas armadilhas e estratégias pensadas de baixo para cima.

**Aluna:** Licia Bosco Damous (Doutorado)

**Título:** *L'indétermination du droit international dans la régulation des activités économiques des sociétés transnationales: une étude critique selon une approche réaliste*

**Data da defesa:** 05/07/2019

**Banca:** Nádya de Araújo (orientadora), Eric Millard, Florian Fabian Hoffmann, Bethânia de Albuquerque Assy, Karine Parrot e Laurence Sinopoli.

**Resumo:** O objetivo dessa tese é compreender o processo de enfraquecimento dos Estados na regulação das atividades econômicas das empresas transnacionais. Este estudo baseia-se na teoria do direito elaborada pelo Realismo Jurídico Norte-americano e prosseguida pelo movimento Critical Legal Studies sobre a indeterminação do direito. É com base nesta teoria que foi desenvolvida uma crítica interna ao Direito Internacional Privado e Público no que tange à habilidade deste conjunto de normas em promover a regulação das atividades econômicas das empresas transnacionais. Em seguida, fez-se necessária a elaboração de uma crítica externa ao Direito Internacional formulada a partir de outras ciências sociais, especialmente da economia política, em interação com a ciência jurídica, para explicar a indeterminação do Direito Internacional na regulação das atividades econômicas das empresas transnacionais.

**Aluno:** Marcus Vinicius Giraldes Silva (Doutorado)

**Título:** Para uma teoria do não-direito e considerações sobre a ditadura militar brasileira

**Data da defesa:** 17/12/2019

**Banca:** José María Gómez (orientador), José Rodrigo Rodriguez, Rogerio Dultra dos Santos, Rafael Barros Vieira, Bethânia de Albuquerque Assy e Carlos Magno Spricigo Venerio.

**Resumo:** A tese parte da crítica do julgamento da ADPF 153 pelo STF, que, ao decidir que é conforme a Constituição de 1988 a interpretação da Lei da Anistia que tornou impunes os agentes da ditadura militar, acabou considerando como legítimo o ordenamento jurídico desse regime. O desdobramento dessa crítica na tese é propor o desenvolvimento, para além da teoria do direito, de uma teoria geral do não-direito no sentido de uma conceituação e categorização das ordenações arbitrárias do poder. Para isso a tese revisita a crítica dos juristas da socialdemocracia alemã (Ernst Fraenkel, Franz Neumann e Otto Kirchheimer) à “legalidade” nazista. Ao questionar se haveria uma generalidade no não-direito, como relacionado tendencialmente a determinadas formas políticas, a tese apresenta uma interpretação própria das ditaduras capitalistas reacionárias, que incluiriam espécies como os fascismos e diversas ditaduras militares. Por fim, a tese realiza, em termos gerais, uma análise estruturalista-genético, no sentido metodológico de Lucien Goldmann, do sistema legal da ditadura militar brasileira iniciada em 1964. Apesar de inúmeras normas jurídicas existentes, e mesmo considerando a permanência de uma concepção positivista-legalista de direito, a conclusão da tese é que enquanto totalidade a legalidade da ditadura militar foi um não-direito.

**Aluna:** Natalia Damazio Pinto Ferreira (Doutorado)

**Título:** A Necropolítica Masculinista das Prisões: Uma Análise do Litígio Estratégico Brasileiro no Sistema Interamericano de Direitos Humanos

**Data da defesa:** 18/06/2019

**Banca:** Bethânia de Albuquerque Assy (orientadora), Thula Rafaela de Oliveira Pires, Marcia Nina Bernardes, Roberto Vilchez Yamato, Manuel Eugenio Gándara Carballido e Soraia da Rosa Mendes.

**Resumo:** A tese, por meio de autores decoloniais, pós coloniais e pensamento afrodiaspórico, principalmente os pensadores do sul, busca a compreensão da colonialidade do ser como mobilizador de opressões estruturais de raça, gênero, sexualidade e classe, apontando de que modo a justiça criminal e o sistema penitenciário, no decurso da história, são dispositivos centrais na perpetuação de opressões sob os corpos e subjetividades daqueles e daquelas que foram binarizadas e racializadas de modo a serem subalternizadas e subalternizados em relação ao sujeito que trouxe para si os caracteres tidos como hegemônico impostos pela masculinidade, racismo e cisheteronormatividade. A partir dessas lentes, é feita uma releitura das decisões proferidas no sistema interamericano de direitos humanos para casos que versem sobre prisões no Brasil no período entre 1988 e 2018, para compreender os limites e potências do litígio estratégico para a luta anti-punitiva. Por fim, para entender o posicionamento dos diversos atores no combate ou reprodução da colonialidade racista de gênero no litígio, analisa-se todas as peças da Medida Provisória Pessoas Privadas de Liberdade no Complexo Curado vs. Brasil durante os anos de 2006 até 2014.

**Aluna:** Rachel Louise B. D. L. L. de Oliveira (Doutorado)

**Título:** Direito Fundamental à Moradia: A necessária proteção do morador nas situações jurídicas privadas

**Data da defesa:** 06/06/2019

**Banca:** Adriano Pilatti (orientador), Caitlin Sampaio Mulholland, Virgínia Totti Guimarães, Mariana Trotta Dallalana Quintans, Marcos Alcino de Azevedo Torres e Ricardo César Pereira Lira.

**Resumo:** Esta pesquisa trata da necessária proteção do morador nas situações jurídicas privadas, a partir do direito fundamental à moradia. A propriedade sobre o solo sempre ocupou lugar de grande destaque na formação política e jurídica das mais diversas sociedades. A propriedade privada do solo ganha distintos contornos no modo de produção capitalista. A possibilidade de obtenção de renda fundiária a partir do tratamento da moradia como mercadoria associa a crise de moradia à sociedade capitalista. O direito de propriedade, que no período de constitucionalismo liberal é associado a interesses exclusivamente privados, passa a ser relacionado também à satisfação do bem-estar coletivo. Os conflitos privados em torno do direito de moradia contrapõem o direito de propriedade privada imobiliária ao direito à moradia. A extensão da tutela do direito à moradia nas relações jurídicas privadas depende do enfrentamento do conteúdo e limites de proteção de ambos os direitos fundamentais: propriedade e moradia. São analisados os conteúdos dos direitos fundamentais de propriedade, à propriedade e ainda a função social da propriedade. O direito fundamental de propriedade compreende a proteção de manutenção da propriedade no patrimônio de seu titular em face do Estado ou de terceiro. O direito fundamental à propriedade legitima a todos serem proprietários. Por outro lado, o direito fundamental à propriedade deve garantir a todos acessos a bens necessários ao livre desenvolvimento da personalidade e vida digna. O conteúdo do direito de propriedade é estabelecido pelo direito civil, sendo parte desse conteúdo a função social da propriedade, que possui múltiplas perspectivas. O direito à moradia, derivado do princípio da dignidade da pessoa humana é elencado como direito social fundamental. Em decorrência do princípio da solidariedade social o direito à moradia tem

incidência horizontal. A análise de institutos de direito privado como a impenhorabilidade do bem de família, o direito real de habitação conferido a viúvo ou viúva, demonstram que o sistema jurídico brasileiro sacrifica, por vezes, direitos patrimoniais em benefício de direitos existenciais. Partindo dessas conclusões é proposto paradigma de proteção do morador nas relações privadas, em prol de adequada tutela do direito de moradia, como direito existencial, quando confrontado com direito de propriedade como direito patrimonial.

**Aluna:** Viviane Magno Ribeiro (Doutorado)

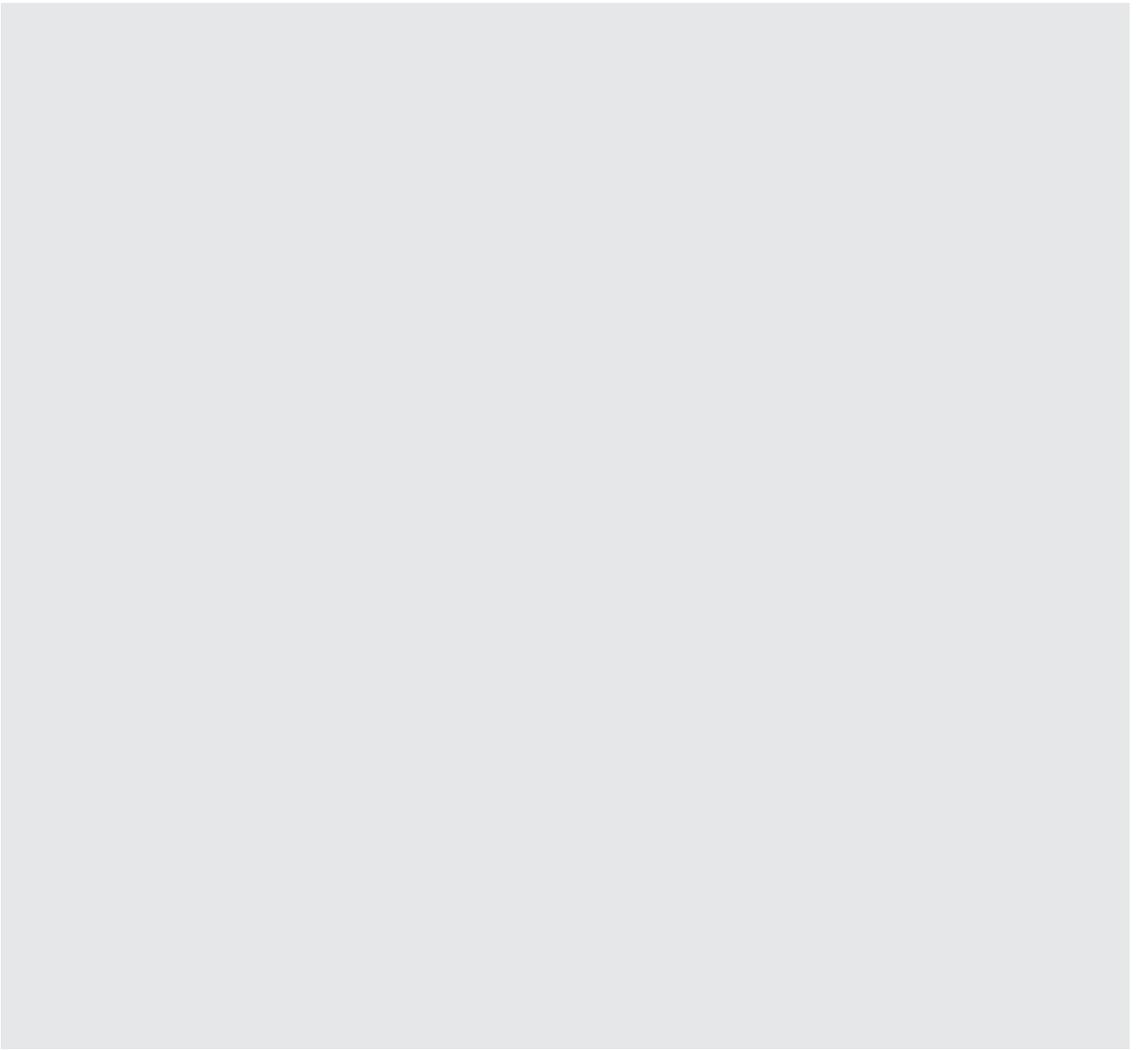
**Título:** Os direitos como criação de possíveis: igualdade e liberdade na modernidade radical

**Data da defesa:** 29/08/2019

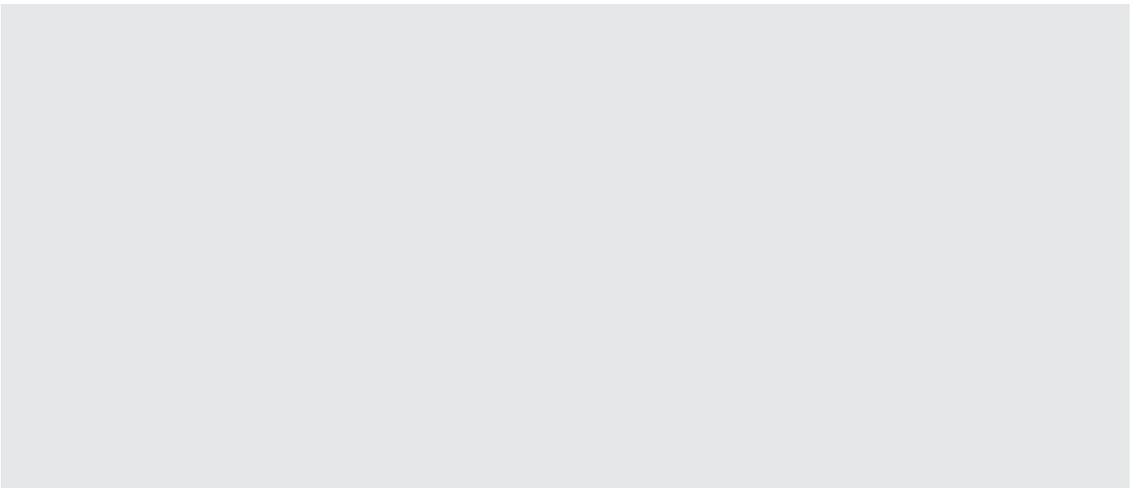
**Banca:** Francisco de Guimaraens (orientador), Bernardo Bianchi Barata Ribeiro, Mauricio de Albuquerque Rocha, Renato de Andrade Lessa, Sebastián Torres Castaños e Thais Florencio de Aguiar.

**Resumo:** A partir de releituras provenientes dos campos da filosofia política e da historiografia recente acerca do “experimento da modernidade”, ou seja, sobre o fenômeno de formação dos elementos conceituais chaves para se compreender a emergência do período moderno, este trabalho tem como hipótese a tese de que, ao tomar-se a modernidade enquanto fenômeno múltiplo, como disputa de correntes e concepções diferentes sobre o Estado, a sociedade e os direitos, é possível revisitar também uma série de categorias da teoria do direito tradicional, oferecendo-lhes abordagens diversas e disputando seus termos. Para tanto, são abordados, em uma primeira parte, os principais aspectos do argumento da “legitimidade da modernidade”, bem como do relativo à existência de um “Iluminismo Radical”, a fim de se identificar os argumentos centrais de suas interpretações para, na segunda parte, articulá-los em um esforço criativo e normativo de produção de novas e divergentes compreensões sobre o que pode a teoria dos direitos, ainda.





Resumos/*Abstracts*



### **Soares, Alessandro. Iniciativa popular no Brasil: tendências punitivistas e dificuldades democráticas**

**RESUMO:** Este artigo analisa o instituto da iniciativa popular consoante previsto na Constituição brasileira de 1988. A partir de uma abordagem histórica, procuraremos identificar algumas experiências formais e informais relacionadas à implementação de iniciativas populares no País. Argumentaremos que esse mecanismo de democracia direta foi acolhido de maneira austera pela Carta Política brasileira, neutralizando as suas potencialidades democráticas e de controle do poder. Como resultado prático, demonstraremos que há uma tendência clara de utilização da iniciativa popular como meio de expandir políticas repressivas no campo político e penal. De outra perspectiva, as iniciativas informais implementadas ao longo do tempo indicam uma insuficiência democrática do instituto, impondo um debate sobre novos arranjos institucionais.

*Palavras-chave:* democracia direta, iniciativa popular, populismo penal, participação popular

### **Popular initiative in Brazil: punitive tendencies and democratic difficulties**

**ABSTRACT:** This article analyses the institute of popular initiative foreseen in the 1988 Brazilian Constitution. Based on an historical approach, we identify some formal and informal experiences related to the implementation of popular initiatives in the country. We argue that this direct democracy mechanism was embraced in an austere fashion by the Brazilian Political Charter, thus neutralizing its democratic potentiality and power control. As a practical result, we show that there is a clear tendency of utilizing popular initiative as a way of expanding repressive policies in the political and penal field. From another perspective, the informal initiatives implemented over time indicate a democratic insufficiency of the institute demanding a debate on new institutional arrangements.

*Keywords:* direct democracy, popular initiative, penal populism, popular participation.

**Carvalho, Angelo Gamba Prata e Roesler, Claudia Rosane. O argumento de autoridade no Supremo Tribunal Federal: uma análise retórica em perspectiva histórica**

**RESUMO:** O argumento de autoridade no direito não necessariamente é uma falácia, podendo ser artifício importante para a construção do discurso persuasivo a ser apresentado pelos tribunais. A doutrina jurídica, ainda que não se trate de autoridade institucionalizada, adquire tal caráter à medida que se sedimenta o prestígio de determinados juristas, servindo também para constantemente reconstruir a autoridade dos tribunais. Este artigo trabalhará com tais premissas para apresentar levantamento empírico do argumento de autoridade no Supremo Tribunal Federal entre os anos de 1960 e 2016, procurando analisar os modos pelos quais os cinco autores mais citados do período foram utilizados na fundamentação das decisões. Tal pesquisa foi realizada a partir de *software* para o levantamento de dados da base do Supremo, posteriormente classificados por indicadores do tipo de argumento de autoridade. Com isso foi possível verificar extenso uso do argumento de autoridade em sentido irracional de maneira geral, sendo a doutrina *obiter dictum* no mais das vezes. Contudo, verificou-se maior frequência de uso racional nas citações a autores de Direito Constitucional, evidenciando maior preocupação com a robustez de argumentos nessa seara.

*Palavras-chave:* Argumento de autoridade, Doutrina jurídica, Fontes do direito, Retórica, Supremo Tribunal Federal

**The argument from authority on the Brazilian Supreme Court: a rhetorical analysis on a historical perspective**

**Abstract:** The argument from authority is not necessarily a fallacy in law, since it may be an important instrument for the construction of a persuasive speech to be presented by courts. Even though legal scholarship does not represent institutionalized authority, it acquires authority as long as the prestige of some jurists grows through time. This paper is going to present, starting from these premises, an empirical research regarding the argument from authority on the Brazilian Supreme Court between 1960 and 2016, in

order do analyze the ways by which the five most cited authors have been used as grounds for rulings. This research was made possible by a piece of software that collected information from the Court's database and then were classified through indicators according to the kind of argument from authority. Therefore, it was possible to observe a very frequent use of arguments from authority in an irrational way, since legal doctrine was mostly presented as obiter dictum. However, there has been a higher frequency of rational arguments from authority on citations to Constitutional Law scholars, hence showing a higher care with legal discourse on this area.

*Keywords:* Argument from authority, Legal doctrine, Sources of law, Rhetoric, Brazilian Supreme Court

**Giannattasio, Arthur Roberto Capella, Papy, Luiza Nogueira e Nigro, Renan Freire. Bens Públicos Globais e sua proteção jurídica internacional: a realocização epistemológica de um debate à luz de princípios de direito político**

**RESUMO:** Apesar de ser conhecida por acadêmicos brasileiros de algumas áreas do conhecimento, a discussão sobre Bens Públicos Globais (BPG) e as diferentes modalidades de proteção deles pela ordem internacional não encontrou ressonância no pensamento jurídico no país. Por hoje se reconhecer às Autoridades Públicas Internacionais (API) o papel de proteção de valores caros à humanidade - Democracia, Desenvolvimento, Direitos Humanos e Segurança, a comunidade epistêmica brasileira em Direito Internacional deve apreender os principais termos desse debate (conceitos, tipologias e tópicos). A partir de uma pesquisa qualitativa baseada em revisão bibliográfica (fontes secundárias), foi possível reconstruir uma genealogia geral do conceito de BPG. Contudo, para não simplesmente replicar no Brasil a produção jurídica acadêmica estrangeira sobre o tema, os resultados desta revisão foram interpretados a partir de uma aproximação entre Direito e Política que apresenta os BPGs como *topoi*. Argumenta-se assim que, nos estudos em Direito Internacional, os BPGs (i) podem ser percebidos como expedientes discursivos que legitimam um exercício de Poder (puro e aplicado) por meio do Direito Internacional, e que, por essa razão, (ii) podem ser pensados, não dentro de uma raiz economicista (dis-

tribuição de recursos escassos), mas dentro de uma chave política (horizontalidade de relações).

*Palavras-chave:* Bens Públicos, Bens Públicos Globais, Autoridades Públicas Internacionais, coexistência e cooperação, *topoi*, Direito Político Internacional

### **Global Public Goods and its international legal protection: an epistemological turn of the debate in the light of principles of political law**

**Abstract:** Although the discussion on Global Public Goods (GPG) and on the different forms of their protection via international order is already known by Brazilian scholars within some fields of knowledge, such debate did not find resonance in Brazilian legal scholarship. Nowadays there is a strong belief that International Public Authorities (IPA) are responsible for the protection of core values - Democracy, Development, Human Rights and Security. For this reason, Brazilian epistemic community in International Law must also understand the main terms of this debate (concepts, typologies and issues). From a qualitative research based on bibliographic review (secondary sources), it was possible to reconstruct a general genealogy of the concept of GPG. However, in order to avoid a mere copy in Brazil of foreign academic legal scholarship, the results of this review were interpreted from a Law and Politics stand-point which presents GPGs as *topoi*. We argue thus that GPGs in international legal studies (i) can be perceived as a discursive mean which legitimizes an exercise of pure and applied Power through International Law, and, for this reason, (ii) can be thought not only within an economic perspective (distribution of scarce resources), but mainly within a political stand-point (horizontality of relations).

*Keywords:* Public Goods, Global Public Goods, International Public Authorities, coexistence and cooperation, *topoi*, Political International Law

**Isaia, Cristiano Becker e Sell, Cleiton Lixieski. Substancialismo ou procedimentalismo constitucional: o (des)velamento a partir da cultura dos modelos tradicionais racionalistas da jurisdição processual civil**

**Resumo:** O estudo visa abordar as características das teorias processuais do substancialismo e do procedimentalismo. Nessa perspectiva, a democratização processual deve ser vista como um desafio em que um dos problemas que se identifica no cerne é a inexistência de fundamentação coerente, havendo certa dessincronia com os direitos previstos constitucionalmente. Esta artimanha dificulta a correta adequação do direito, que em última análise, traduz o direito pleiteado para qualquer tutela. A partir dessa proposta do trabalho que diz respeito no desvelamento da jurisdição Constitucional através da hermenêutica filosófica, os problemas como a subjetividade percorrem nos pilares do processo. Para que fosse atingido esse objetivo, obedeceu-se ao método hipotético dedutivo, e por intermédio da teoria de base hermenêutica utilizou-se o procedimento bibliográfico e documental. Desse modo, buscou-se contextualizar a jurisdição civil a partir da lente do processo e pela pré-compreensão dos fatos. A investigação traz novos embates que o processo civil ainda não está familiarizado, e através das alterações desses componentes observados sob o fio condutor da Constituição, esmiúça o direito além de uma norma reguladora de conduta e alinhavada no caminho para aplicar no processo com subsídios de uma decisão coerente e íntegra e coesa.

*Palavras-chave:* Jurisdição, Hermenêutica jurídica, Processo Civil, Direito Constitucional

**Substantial or constitutional proceduralism: the (des)velimiento from the culture of traditional models rationalists of the civil processual jurisdiction**

**Abstract:** The study aims to address the characteristics of procedural theories of substantialism and proceduralism. In this perspective, procedural democratization must be seen as a challenge in which one of the problems that is identified at the core is the lack of coherent reasoning, and there is a certain lack of synchrony with the constitutionally provided for rights. This trick hinders the correct adequacy of the law, which ultimately translates

the right claimed for any guardianship. From this proposal of the work that concerns the unveiling of Constitutional jurisdiction through philosophical hermeneutics, problems such as subjectivity run in the pillars of the process. In order to achieve this objective, the hypothetical deductive method was obeyed, and through the hermeneutic theory, the bibliographic and documentary procedure was used. Thus, we sought to contextualize civil jurisdiction from the lens of the process and the pre-understanding of the facts. The investigation brings new clashes that the civil process is not yet familiar, and through the alterations of these components observed under the guiding principle of the Constitution, it breaks down the law beyond a regulatory norm of conduct and aligned in the way to apply in the process with subsidies of a coherent and full and cohesive decision.

*Keywords:* Jurisdiction, Legal Hermeneutics, Civil Procedure, Constitutional Right

**Maciel, Fabianne Manhães e Fernandes, Carla. A efetividade do direito à moradia através da ampliação do ativismo judicial no neoconstitucionalismo**

**Resumo:** O presente artigo tem por finalidade o exame da atuação dos órgãos jurisdicionais, a partir da atual hermenêutica constitucional, diante da chamada mutação constitucional e do ativismo judicial. Analisa-se a incidência de reflexos positivos do Judiciário na efetivação do direito de moradia. Desse modo, o que se pretende é uma análise da pertinência na aplicação dos princípios constitucionais e a releitura de certos direitos contidos na Carta Magna, através de uma nova postura do judiciário, reconhecendo que a moradia digna faz parte do mínimo existencial e que, por isso, tem a natureza de direito de imediata exigibilidade e eficácia. Tal análise foi feita através de uma pesquisa bibliográfica, visando a uma pesquisa descritiva.

*Palavras-chave:* moradia, mínimo existencial, ativismo judicial, judiciário

**The effectiveness of the right to housing through the expansion of judicial activism in neoconstitutionalism**

**Abstract:** This article aims to examine the role of the courts, in the current constitutional hermeneutics with regard to constitutional mutation and judicial activism. It analyzes the incidence of positive effects of the judiciary in the realization of housing rights. Thus, the aim is an analysis of relevance in the application of constitutional principles and the reading of certain rights contained in the Constitution, through a new attitude of the judiciary, recognizing that decent housing is part of the existential minimum and, therefore, has the nature of right of immediate enforceability and effectiveness. Such analysis was made through a bibliographical research aiming a descriptive research.

*Keywords:* housing, existential minimum, judicial activism, judiciary

### **Triana, Harold Bertot. El control de constitucionalidad al amparo de la Constitución cubana de 2019: una propuesta para su funcionalidad**

**Resumen:** La Constitución cubana de 2019, en vigor desde el 10 de abril de 2019, concibe un sistema de control constitucional que parte de la Asamblea Nacional del Poder Popular, es decir, del órgano que tiene entre sus facultades la función legislativa. Ello sigue una tradición del constitucionalismo socialista establecido por primera vez en Cuba en la Constitución de 1976, que no concibe el referido control por un órgano externo al propio órgano con funciones legislativas. Lo anterior ha supuesto que no se haya logrado crear un sistema coherente y funcional para el control de constitucionalidad, con el inconveniente de que existan disposiciones jurídicas, incluso de la propia Asamblea Nacional, con disposiciones en franca violación constitucional sin que el sistema. El presente trabajo, dentro de esta lógica establecida en la Constitución de 2019, brinda una propuesta para su perfeccionamiento de cara a futuras reformas legislativas.

*Palabras claves:* Constitución cubana de 2019, control de constitucionalidad, Asamblea Nacional del Poder Popular, Comisión Constitucional

### **The control of constitutionality under the Cuban Constitution of 2019: a proposal for its functionality**

**Abstract:** The Cuban Constitution of 2019, in force since April 10, 2019, conceives a system of constitutional control that emanates from the National Assembly of People's Power, namely a body that has the legislative function among its powers. This system follows a tradition of socialist constitutionalism established for the first time in Cuba in the 1976 Constitution, which did not conceive the aforementioned control by an organ external to that with legislative functions. This led to a scenario in which was not possible to create a coherent and functional system for the control of constitutionality, considering the existence of legal rules, including those of the National Assembly, containing provisions that constitute clear violations to the Constitution and the system. The present article, considering the logic established in the Constitution of 2019, provides a proposal for its improvement in the face of future legislative reforms.

*Keywords:* Constitution of 2019, control of constitutionality, National Assembly of People's Power, Constitutional Commission

### **O controle de constitucionalidade no âmbito da Constituição cubana de 2019: uma proposta para sua funcionalidade**

**Resumo:** A Constituição cubana de 2019, em vigor desde 10 de abril de 2019, concebe um sistema de controle de constitucionalidade que emana da Assembléia Nacional do Poder Popular, ou seja, de um órgão que possui dentre seus poderes a função legislativa. Resulta de uma tradição de constitucionalismo socialista estabelecida, pela primeira vez, em Cuba, na Constituição de 1976 que, inicialmente, não concebia o controle acima mencionado por um órgão externo àquele que possui funções legislativas. Tal conjuntura não possibilitou a criação de um sistema coerente e funcional para o controle da constitucionalidade, tendo em vista a vigência de dispositivos legais, inclusive emanados da própria Assembléia Nacional, que trazem em seu bojo cláusulas que constituem claras violações à Constituição e ao sistema. O presente trabalho, considerando a lógica estabelecida na Constituição de 2019, fornece uma proposta de avanços em face de futuras reformas legislativas.

*Palavras-chave:* Constituição de 2019, controle de constitucionalidade, As-

sembleia Nacional do Poder Popular, Comissão Constitucional

**Almeida, Luiz Antônio Freitas de. A judicialização do direito à saúde e a norma de proporcionalidade: o problema dos medicamentos e serviços não incorporados ao Sistema Único de Saúde e dos medicamentos sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária**

**RESUMO:** Este artigo aborda a judicialização da saúde, um fenômeno que tem gerado estudos em diversas perspectivas. O Supremo Tribunal Federal julgará dois Recursos Extraordinários (n. 566.471/RN e n. 657.718/MG) de grande importância para orientar as instâncias inferiores, o que acentua a atualidade do tema.

No Brasil, os princípios jurídicos, especialmente pelo contributo da teoria dos princípios de Robert Alexy, estão sendo aplicados nos tribunais para decidir casos concretos. No caso do direito à saúde, invoca-se esse princípio para determinar a entrega de prestações não constantes do conjunto ofertado no Sistema Único de Saúde. A ponderação utilizada, porém, carece de uma estruturação formal que é oferecida pela norma da proporcionalidade, um princípio jurídico na opinião de David Duarte, seguida neste estudo. Este artigo sugere como aplicar o teste de proporcionalidade para sindicá-lo o direito à saúde e a assistência sanitária integral, princípio material do Sistema Único de Saúde, com apoio no conceito de saúde oferecido por Norman Daniels.

Identifica-se o tipo de conflito normativo levado aos tribunais, com a estruturação adequada da norma da proporcionalidade para escrutinar os deveres positivos decorrentes do direito à saúde, de modo a concluir em que hipótese haverá uma proteção insuficiente.

*Palavras-chave:* direito à saúde, judicialização, proporcionalidade, ponderação, conflito normativo

**The judicialization of the right to health and the proportionality rule: the problem of medicines and services not incorporated to the Brazilian Health System and of medicines not registered in the National Sanitary Surveillance Agency**

**Abstract:** This paper deals with the judicialization of the right to health, a

phenomenon that provokes several studies in different perspectives. The Brazilian Supreme Court will judge two appeals (Recursos Extraordinários n. 566.471/RN e n. 657.718/MG) of great importance to guide the rest of the Judiciary branch, what reveals the actuality of the theme.

In Brazil, the legal principles, especially because of the contribution offered by Robert Alexy's theory of principles, are being used by courts to decide concrete cases. In the case of right to health, this principle is invoked to provide medicaments or services not included in health's public policies. The balancing used, however, lacks of a formal structure offered by proportionality norm, a legal principle in David Duarte's vision, adopted in this study. This paper suggests how to apply the proportionality test to judge cases of right to health and integral health care, a material principle of the Brazilian Health System, with support in the Norman Daniels' concept of health.

It identifies the kind of normative conflict and the correct form to structure the proportionality norm to examine positive duties arising from the right to health, in order to conclude when there will be a violation of this right.

*Keywords:* right to health, judicialization, proportionality, balancing, normative conflict.

**Bernardes, Márcia Nina e Albuquerque, Mariana Imbelloni Braga. Problemas de gênero na jurisprudência brasileira: (Des)fazendo a Lei Maria da Penha**

**RESUMO:** Este artigo pretende examinar controvérsias judiciais sobre a Lei 1134/06 a partir de um olhar epistemológico, tendo como referência o trabalho de Judith Butler. A partir da análise dos acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, afirmamos que não há definição fixa, estável e incontroversa das categorias “mulher”, “sexo” e “gênero”, discutindo algumas das complicações que tal instabilidade conceitual traz à proteção das mulheres.

*Palavras-chave:* sexo/gênero, patriarcado, violência doméstica.

**Gender Troubles in Brazilian judicial decisions: (Un)doing the Maria**

## da Penha Law

**Abstract:** This article intends to investigate, from an epistemological viewpoint, judicial controversies around Law 11340/06. The work of Judith Butler will be referential. After reviewing decisions by the Rio de Janeiro State Justice Tribunal, it is possible to affirm that there is no stable and uncontroversial definition of the categories “women”, “sex” and “gender”.

*Keywords:* sex/gender, patriarchy, domestic violence.

## **Machado, Máira Rocha. Independência como indiferença: *ne bis in idem* e múltipla incidência sancionatória em casos de corrupção**

**Resumo:** Este texto discute a multiplicidade institucional no campo da corrupção com base em um exercício de categorização das normas que regulam a interação entre diferentes áreas do direito (civil, penal e administrativa). O objetivo é identificar *quais* são e como estão formuladas as normas que se referem a outras possibilidades de responsabilizar e sancionar uma mesma conduta. Para tanto, o artigo parte do quadro descritivo de normas penais, e expande seu alcance para contemplar o conjunto da atividade sancionatória estatal. Conjugam-se a este exercício o modo como a doutrina trata a questão por intermédio do princípio “*ne bis in idem*” e da “independência das esferas”. A pesquisa permitiu identificar normas com conteúdos muito distintos e zonas de interface entre áreas jurídicas sem regulamentação explícita. Combinado com a sistematização doutrinária, o quadro normativo permitiu associar a ideia de “independência das esferas” com uma postura de indiferença em relação às outras áreas. Para concluir, o texto aponta que a ampliação do alcance da ideia de *ne bis in idem* para o conjunto da atuação sancionatória estatal desafia esta independência como indiferença, abrindo espaço de reflexão e reconstrução jurídica no âmbito da atividade legislativa e da atuação jurisdicional.

*Palavras-chave:* autonomia das instâncias, princípio da independência das esferas, *ne bis in idem*, corrupção, Lei de Improbidade Administrativa, Lei Anticorrupção, Estatuto do Servidor Público Federal

### **Independence as indifference: *ne bis in idem* and multiple incidence in corruption cases**

**Abstract:** This paper discusses institutional multiplicity in Brazilian anti-corruption law focusing on the norms that regulate the interaction among civil, criminal and administrative legislation. It aims to identify the content and the implications of the norms that refer to other possibilities of accountability and punishment of the same conduct. The analysis that follows draws from the theoretical framework developed by Alvaro Pires to describe criminal norms and from the legal literature that deals with institutional multiplicity through the principle of *ne bis in idem* and the idea of “independence of legal spheres”. The paper concludes showing how the idea of independence is associated with a sort of indifference regarding the proceedings and results obtained at a different sphere. It also states that an expanded interpretation of the principle of *ne bis in idem* could challenge the “independence as indifference” and open room to rethink and redesign the interaction among legal spheres both at the level of norm production and judicial activity.

*Keywords:* multiple incidence over the same facts, *ne bis in idem*, anti-corruption law, administrative improbity, coordination

### **Pentinat, Susana Borràs, Cáula, Bleine Queiroz e Coutinho, Júlia Maia de Meneses. O desastre ambiental de Mariana: propagação das ondas da eco-filosofia**

**Resumo:** O labor cobre um estudo em caráter de introito acerca da análise filosófico-política das contribuições de Jean-Jacques Rousseau, principalmente no que diz respeito aos ideais pregados pelo bom selvagem em sua teoria jusnaturalista. De modo paralelo, adentra-se na tragédia ambiental de Mariana, com o objetivo de ilustrar o discurso da origem da desigualdade entre os homens e a maneira como se deu o crescimento desenfreado do poder pelo poder, sem pensar nos desafios frente à preservação (prevenção e precaução) do meio ambiente. A metodologia utilizada para tal fim destinou-se a garantir a interdisciplinaridade de Filosofia Política e Direito ambiental, recorreu à pesquisa bibliográfica em livros, artigos, legislação

para solucionar o problema sob escólio, qual seja: se há condição de equilíbrio ambiental diante da degeneração do bom selvagem e da ampliação do discurso de desigualdade em virtude do poder econômico sem escrúpulos. Concluiu-se que a responsabilização civil impondo a reparação dos danos não será suficiente, pois resulta da negligência aos princípios ambientais da prevenção e precaução. A filosofia deixou o legado de alertar e prevenir a indispensável atenção para o papel da natureza na vida de todos os seres vivos. As premissas rousseauianas evocadas revelam que o meio ambiente entra em colisão com os exageros de uma sociedade obstinada pelos lucros empresariais em desfavor de interesses fundamentais.

*Palavras-chave:* ecofilosofia, desastre ambiental de Mariana, mineração, responsabilidade civil.

### **The environmental disaster of Mariana: spread of the waves of the pundit ecology**

**Abstract:** The work covers an introit study about the philosophical-political analysis of the contributions of Jean-Jacques Rousseau, mainly with respect to the ideals preached by the good savage in his jusnaturalist theory. Pursuant to, enter the environmental tragedy of Mariana, with the aim of illustrating the discourse of the origin of inequality between men and the way in which the unbridled growth of power by power, without thinking about the challenges faced by the preservation (prevention and precaution) of the environment. The methodology used for this purpose is aimed at ensuring the interdisciplinarity of Political Philosophy and Environmental Law, betake to bibliographic research in books, articles, legislation to solve the problem in relation, which is, if there is a condition of environmental equilibrium before the degeneration of the good savage and the expansion of the discourse of inequality by virtue of unscrupulous economic power. It was concluded that. civil liability for damages will not be sufficient, as it results from the disregard of the environmental principles of prevention and precaution. Philosophy has left the legacy of alerting and preventing the indispensable attention to the paper of nature in the life of all living beings. The Rousseauian premises evoked reveal that the environment collides with the exaggerations of a society stubbornly against business profits to the detriment of fundamental interests.

*Keywords:* pundit-ecology, environmental disaster of Mariana, mining, civil responsibility.

**Sacchetto, Thiago Coelho. A difusão das sessões de julgamento do Supremo Tribunal Federal na mídia: benefícios e desafios para o exercício do controle de constitucionalidade**

**Resumo:** A publicização midiática dos argumentos utilizados pelas cortes constitucionais, no exercício do controle de constitucionalidade das normas, atende a fundamento ontológico da democracia constitucional, por expor, para toda a comunidade, de que modo a vontade popular ordinária viola a qualificada vontade popular constituinte. A par de ampliar o número de receptores diretos do discurso jurisdicional desenvolvido na corte, a prática de transmissão integral das sessões de julgamento do Supremo Tribunal Federal descomplexifica o acesso à linguagem utilizada pelos Ministros. Com esteio em fundamentos republicanos, a inovação majora a *accountability* da instituição e potencializa a sua capacidade de difundir os princípios constitucionais a serem respeitados pelas maiorias democráticas, fatores que contribuem para balancear o intercâmbio hermenêutico-discursivo entre intérpretes oficiais e intérpretes não oficiais da Constituição.

*Palavras-chave:* jurisdição constitucional, TV Justiça, transmissão de julgamentos, transparência, direito à informação.

**The media coverage of brazilian Supreme Court trial sessions: benefits and challenges for judicial review**

**Abstract:** The media publicity of the arguments used by the constitutional courts, in the exercise of judicial review, meets the ontological foundation of constitutional democracy, as it exposes to the whole community how the ordinary popular will violates the qualified constituent popular will. In addition to increasing the number of direct receivers of jurisdictional discourse developed in court, the practice of full transmission of the Supreme Court's judging sessions uncomplicates access to the language used

by the judges. Based on republican foundations, innovation enhances the accountability of the institution and enhances its ability to disseminate the constitutional principles to be respected by democratic majorities, factors that help to balance the hermeneutic-discursive exchange between official and unofficial interpreters of the Constitution.

*Keywords:* constitutional jurisdiction, Court TV, transmission of judgments, accountability, right to information.

**Alves, Vinícius Silva. A força normativa dos princípios e sua importância para a releitura do Direito Civil brasileiro: reflexões a partir dos princípios da dignidade humana e igualdade**

**Resumo:** Este trabalho busca trazer reflexões teóricas sobre a importância dos princípios para a interpretação e aplicação do direito no Brasil. A partir de uma revisão de literatura, apresentam-se os momentos marcantes, do século XVIII aos dias atuais, observados na relação entre o direito civil e o direito constitucional. Ressalta-se que, no século XX, o Estado passou a intervir nas relações entre os indivíduos com o intuito de corrigir distorções criadas ou ampliadas pela postura abstencionista adotada inicialmente. A introdução de normas cogentes em campo onde outrora imperava absoluta a autonomia da vontade, assim como a intervenção estatal no domínio econômico, são indícios que demonstram a aproximação entre o direito constitucional e o direito civil, na medida em que se torna uma meta do Estado Social a realização dos fins e valores veiculados por intermédio de princípios constitucionais. Neste ambiente criado pela dogmática pós-positivista, umbilicalmente associado ao reconhecimento da normatividade dos princípios, assumem estes mandamentos de otimização um encargo de grande relevância na reconstrução dos tradicionais institutos de direito privado. O texto, portanto, sintetiza as bases principiológicas do sistema jurídico contemporâneo e argumenta a favor do processo de socialização destes institutos, que passam a ser vistos como instrumentos de concretização de princípios insculpidos nos textos constitucionais.

*Palavras-chave:* direito constitucional, direito civil, princípios, dignidade humana, igualdade

## The normative force of principles and their importance for the rereading of the Brazilian civil law: reflections based on the principles of human dignity and equality

**Abstract:** This work seeks to bring theoretical reflections about the importance of principles for the interpretation and application of law in Brazil. From a literature review, we present the remarkable moments, from the eighteenth century to the present day, observed in the relation between civil law and constitutional law. In the twentieth century, the state began to intervene on the individual relations in order to correct distortions created or amplified by its abstentionist position. The introduction of imperative norms in the field where there once was ruling autonomy of the will, as well as state intervention in the economic domain, are signs that show the approximation between constitutional law and civil law. In this framework created by post-positivist dogmatic, highly associated with the recognition of the principles' normativity, we emphasize that the principles play a very important role in the reconstruction of the traditional institutes of private law. In this sense, currently, there is a widespread understanding that the civil law should be an instrument of realization of constitutional principles.

*Keywords:* constitutional law, civil law, principles, human dignity, equality

## Normas de Publicação

### 1. Pré-condições

1.1. Os trabalhos submetidos devem ser inéditos e originais, não estando sendo avaliados por outras revistas. Não são considerados originais, pela Revista Direito, Estado e Sociedade (“Revista”), artigos que tenham sido anteriormente publicados em outra língua. A ocorrência de plágio, incluindo auto-plágio total ou parcial sem a devida citação, implica em exclusão imediata do sistema de avaliação.

1.2. Apenas serão aceitos artigos produzidos por pesquisadores que tenham o título de doutor ou que estejam cursando o doutorado. Mestres, mestrandos, graduados e graduandos podem publicar apenas em coautoria com doutores e/ou doutorandos.

1.3. Não serão aceitos para avaliação, simultaneamente, mais de um artigo com um mesmo autor. Caso venha a ser submetido um novo artigo que tenha um autor/coautor que já possua um artigo em avaliação pela Revista, este novo artigo será rejeitado preliminarmente pelo Conselho Editorial.

1.4. Caso a pesquisa desenvolvida no artigo tenha ocorrido com financiamento de agências ou instituições de fomento, é fundamental que o autor informe em uma nota de rodapé no início do texto.

1.5. São aceitos trabalhos em português, inglês, espanhol e francês.

### 2. Encaminhamento

Os trabalhos a serem submetidos ao Conselho Editorial deverão ser, preferencialmente, enviados pelo site <http://www.jur.puc-rio.br/revistades/>; em caso de impossibilidade de submissão online, os trabalhos podem ser enviados para a Secretaria do Departamento de Direito da PUC-rio, na Rua Marquês de São Vicente, 225, Ala FRINGS, 6º andar, Gávea, Rio de Janeiro/RJ, CEP 22.453-900.

#### 2.1. Processo de Submissão On-line

Para submeter o artigo, os autores devem realizar o cadastro (login/senha) no site da revista (<http://www.jur.puc-rio.br/revistades/>), preenchendo corretamente o perfil e selecionando a opção “Autor”. Após a realização do cadastro, o autor deve clicar em “Página do Usuário” e iniciar o processo de submissão através do link “Nova Submissão”, no qual realizará os cinco passos básicos:

a. Início: Iniciar o processo de submissão, confirmando se está de acordo com as condições estabelecidas pela revista (marcando as caixas de seleção das condições e da declaração de direito autoral) e selecionar a seção artigos;

b. Transferência de manuscritos: realizar a transferência do arquivo para o sistema;

c. Inclusão de metadados: indicar o nome, sobrenome, e-mail, instituição e resumo da biografia do autor e de cada coautor (se aplicável). Indicar o título e resumo do artigo. Indicar também as referências utilizadas ao longo do artigo, no formato especificado no item 3.3 abaixo. É fundamental que os metadados sejam preenchidos corretamente;

d. Transferência de documentos suplementares: realizar a transferência de arquivos com informações suplementares, que funcionam como um apêndice ou anexo ao texto principal, tais como instrumentos de pesquisa, conjuntos de dados e tabelas, que seguem os padrões de ética de avaliação, fontes de informação normalmente não disponíveis para leitores, ou figuras e/ou tabelas que não podem ser integradas ao texto em si; e

e. Confirmação: Concluir a submissão.

### 3. Preparação dos originais

#### 3.1. Folha de Rosto

O artigo deve conter folha de rosto com título, nome completo do(s) autor(es), titulação acadêmica, instituição, endereço de e-mail e endereço físico para correspondência. É fundamental que estejam presentes os dados de todos os autores do artigo. Este é o único local do arquivo em que é permitido aparecer a identificação do(s) autor(es).

Na ausência de folha de rosto o artigo será rejeitado preliminarmente pelo Comitê Editorial.

#### 3.2. Apresentação

O texto deve ter entre 15 e 30 páginas, não incluídos na contagem os elementos pré-textuais (folha de rosto e de resumo) e pós-textuais (referências bibliográficas e anexos e/ou apêndices). Sua preparação deve obedecer aos seguintes parâmetros: Word for Windows, fonte Times New Roman, tamanho 12, texto justificado, espaçamento entre linhas de 1,5, papel tamanho A4, margens esquerda e superior 3,0 cm, direita e inferior 2,0 cm. Imagens inseridas no texto devem estar em resolução mínima de 300dpi.

#### 3.3. Estrutura do trabalho

Para elaboração do artigo, os autores devem obedecer à seguinte sequência:

(OBS.: Para textos em português, TÍTULO, RESUMO, e PALAVRAS-CHAVE devem vir com tradução em inglês e antes do corpo do texto. Para artigos em outras línguas, os elementos correspondentes

devem vir na língua do texto e com subsequente tradução em português e inglês.)

a. Título: deve estar em caixa alta e em negrito, justificado no alto da primeira página, com espaçamento simples entre linhas;

b. Resumo: o texto deve ter entre 100 e 200 palavras, indicando os objetivos, referencial teórico, resultados obtidos e conclusão do artigo. Deve ser precedido da palavra “RESUMO”, em caixa alta, duas linhas abaixo do título, alinhado à esquerda e com espaçamento simples;

c. Palavras-chave: no mínimo três e no máximo sete, separadas por ponto e vírgula, precedidas do termo “PALAVRAS-CHAVE”, em caixa alta, alinhada à esquerda, com espaçamento simples e duas linhas abaixo do resumo. Para maior facilidade de localização do trabalho em consultas bibliográficas, o Comitê Editorial sugere que as palavras-chave correspondam a conceitos mais gerais da área do trabalho;

d. Corpo do Artigo: Na página seguinte, deve-se inserir novamente o título em negrito, justificado e sem caixa alta. O corpo do texto inicia-se na sexta linha abaixo do título, com espaçamento de 1,5 entre linhas;

e. Subtítulos: o corpo do artigo deve ser dividido em itens correspondentes a cada parte do trabalho. Esses itens devem ser referenciados a critério do autor, sendo obrigatórios os itens “Introdução”, no início do artigo, e “Conclusão”, ao final do artigo. Os subtítulos devem estar numerados, justificados e em negrito. Deve ser dado um espaço depois do texto que os precede e um espaço na linha imediatamente acima do texto que os segue;

f. Citações: citações, quando não excedem o número de três linhas, deverão ser feitas no corpo do texto, com o uso de aspas, sem itálico ou negrito. Quando tiverem mais de três linhas, deverão ser destacadas do corpo do texto, com recuo de 2 cm somente na margem esquerda, na mesma fonte (Times New Roman), tamanho 11, espaçamento de 1,0 entre linhas, sem o uso de itálico ou aspas.

g. Referências ao longo do texto: as referências feitas ao longo do texto devem estar em nota de rodapé. Devem indicar somente o sobrenome do autor em letras maiúsculas, seguido de vírgula; o ano da publicação, seguido de vírgula; e, quando for o caso, a(s) página(s) onde se encontra(m) a referência. Não serão aceitos artigos com referências bibliográficas inseridas no corpo do texto.

Exemplos:

<sup>1</sup> FRASER, 1996, pp. 128-129.

<sup>2</sup> DWORKIN, 2002.

Se o nome do autor estiver citado no período em que está se inserindo a referência, deve-se indicar, em rodapé, apenas o ano e a(s) página(s), se for o caso. Não devem ser utilizadas, nas citações, as expressões op. cit, ibid, ibidem, id, e idem. Deve-se fornecer sempre a referência completa como no exemplo acima.

Artigos que não sigam o formato de referências indicado nos parágrafos acima serão rejeitados preliminarmente.

h. Referências ao final do texto: as referências utilizadas ao longo do artigo devem ser listadas abaixo do subtítulo “Referências”, que deve estar duas linhas abaixo do fim do texto, em negrito, alinhado à esquerda e sem numeração. As referências devem ser mencionadas em ordem alfabética e cronológica, indicando-se as obras de autores citados no corpo do texto, consultadas ou recomendadas. Devem ser separadas por espaço simples.

As referências bibliográficas no final do texto deverão ser feitas de acordo com a NBR 6023/89. A referência bibliográfica básica deverá conter: sobrenome do autor em letras maiúsculas; vírgula; nome do autor em letras minúsculas; ponto; título da obra em itálico; ponto; número da edição; ponto; local; dois pontos; editora; vírgula; ano da publicação; ponto; Link ou número do DOI; e ponto. Note o uso de espaços entre cada elemento.

O DOI (Digital Object Identifier) DEVE ser incluído sempre que disponível nas referências bibliográficas indicadas no texto, assim como no processo de submissão (Passo 3: Inclusão de metadados). O DOI deve ser indicado quer na forma de um link ou contendo apenas o número de referência. Autores devem utilizar a página “<http://search.crossref.org>” para verificar a existência de DOIs para as referências citadas em seus trabalhos.

Ao citar uma publicação em jornal, capítulo em obra coletiva ou revista, deve o nome do jornal, obra coletiva ou revista vir em itálico, logo após o nome do título da obra, que não deve ser italicizado. Deve-se inserir a expressão “In:” apenas antes do título de obras coletivas (não se deve utilizá-la no caso de periódicos).

Exemplos:

Obra completa:

DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

Parte de obra coletiva (organizada, editada):

BODIN DE MORAES, Maria Celina. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos

morais. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (Org.). Os princípios da Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, pp. 167-190.

Artigo de periódico:

SGARBI, Adrian. Textos normativos e alguns problemas de adscrição de sentido. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 26, pp. 6-31, jan./jun. 2005.

CITTADINO, Gisele; DUTRA, Deo Campos. *Direito Internacional Privado: o diálogo como instrumento de efetivação dos Direitos Humanos*. Seqüência: estudos jurídicos e políticos. vol. 33, n. 64, 2012 <http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2012v-33n64p259>.

STRUCHINER, Noel; FRIAS, Lincoln. *The Cognitive Psychology of the Potentiality Argument*. *The American Journal of Bioethics*. Vo. 13, Issue 1, 2013. 10.1080/15265161.2012.747021.

#### 4. Política e Diretrizes de Avaliação

4.1. Os artigos submetidos à Revista *Direito, Estado e Sociedade* são inicialmente avaliados pelo Comitê Editorial nos seguintes quesitos:

- Originalidade e relevância temática;
- Pertinência temática às linhas de pesquisa do Programa de Pós-Graduação da PUC-Rio;
- Adequação às normas de formatação e às diretrizes expostas nesta política;
- Titulação dos autores; e
- Ausência de elementos no texto e no arquivo que permitam a identificação da autoria.

Caso algum desses critérios não seja observado, o artigo será rejeitado preliminarmente pelo Comitê Editorial. Um artigo que tenha sido rejeitado preliminarmente pelo Comitê Editorial poderá ser submetido novamente para avaliação, desde que realizadas as modificações necessárias.

4.2. Após avaliação do Comitê Editorial, os artigos são submetidos à avaliação por, no mínimo, dois pareceristas ad hoc (avaliadores externos), com base nos quais o Comitê Editorial decidirá por aceitar, rejeitar ou solicitar alterações ao texto submetido. O tempo médio para conclusão de uma avaliação é de quatro meses. Essa média, contudo, pode sofrer modificações em virtude de alterações na intensidade do fluxo de recebimento de artigos pela revista.

As avaliações serão feitas mediante preenchimento do formulário no sistema. Em geral, os critérios de avaliação abordam os seguintes temas:

- Pertinência do título e resumo/abstract;

- Clareza na tese central do artigo;
- Clareza e pertinência na argumentação;
- Pertinência e adequação metodológica;
- Pertinência e adequação do embasamento teórico;
- Relevância temática do artigo; e
- Incorreções de ortografia, pontuação e gramática.

#### 5. Revisão do Manuscrito para Publicação

5.1. Os artigos aceitos para publicação poderão sofrer revisões pelo Comitê Editorial com o objetivo de facilitar sua clareza e compreensão, sem que haja qualquer alteração no seu conteúdo.

5.2. Logo que prontas, as provas gráficas em formato eletrônico serão enviadas, por e-mail, para o autor responsável pelo envio do artigo.

5.3. Os autores deverão revisar a prova gráfica e devolvê-la, também por e-mail, indicando eventuais correções a serem feitas em, no máximo, 72 horas após o seu recebimento. No caso de ausência de retorno do autor dentro deste prazo, o Comitê Editorial considerará a versão encaminhada como definitiva.

#### 6. Considerações Gerais

6.1. A submissão, processamento e publicação dos trabalhos é gratuita e não acarreta quaisquer custos para os autores.

6.2. O conteúdo dos artigos submetidos para o processo de avaliação da Revista é de inteira responsabilidade do autor, se furtando a revista de quaisquer responsabilidades.

6.3. Os trabalhos recebidos durante o ano e aprovados pelo Conselho Editorial e pela avaliação por pares não serão, necessariamente, publicados nos números da Revista do mesmo ano, podendo ser publicados em números ulteriores.

6.4. Podem ser aceitos, mas não serão imediatamente publicados, artigos de autores que tenham trabalho publicado em número imediatamente anterior da revista. Nesse caso, o Comitê Editorial entrará em contato com o autor e indagará a respeito do interesse em publicar o artigo na edição subsequente.

6.5. Todos os artigos publicados serão divulgados na homepage da Revista *Direito, Estado e Sociedade*, no seguinte endereço: <http://www.jur.puc-rio.br/revistades/>.

6.6. Caso ocorra divulgação posterior de algum artigo publicado na *Direito, Estado e Sociedade* em outra publicação, esta deverá referenciar a publicação original na *Direito, Estado e Sociedade*.

Em caso de eventuais dúvidas, os autores devem entrar em contato com o Conselho Editorial através do seguinte e-mail: [revistadireito@puc-rio.br](mailto:revistadireito@puc-rio.br).