



Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul

Administração e Expediente: Rua Celeste Gobbato, nº 81, 4º andar

Dep. Revista da AJURIS – Porto Alegre – RS

Fones: (51) 3284.9103

Endereço Eletrônico: sandra@ajuris.org.br

PRESIDENTE DA ASSOCIAÇÃO

Eugênio Couto Terra

VICE-PRESIDENTE CULTURAL

Jane Maria Köbler Vidal

DIRETOR DA REVISTA

Ingo Wolfgang Sarlet

FUNDADOR

Lenine Nequete

COMPOSIÇÃO DOS CONSELHOS

Conselho Diretivo

- ✓ *Jane Maria Köbler Vidal*
- ✓ *Ingo Wolfgang Sarlet*
- ✓ *Eugênio Facchini Neto*
- ✓ *Cláudio Luís Martinewski*

Conselho Consultivo

- ✓ *Ruy Rosado de Aguiar Júnior (Presidente), Alberto Delgado Neto, Alexandre Mussoi Moreira, Almir Porto da Rocha Filho, Antônio Guilherme Tanger Jardim, Antonio Janyr Dall'Agnol Júnior, Arminio José Abreu Lima da Rosa, Arnaldo Rizzardo, Carlos Alberto Etcheverry, Clademir José Ceolin Missaggia, Cláudio Caldeira Antunes, Cristóvam Daiello Moreira, Edith Salete Prando Nepomuceno, Eládio Luiz da Silva Lecey, Francisco José Moesch, Giovanni Conti, Iris Helena Medeiros Nogueira, José Antônio Paganella Boschi, Milton dos Santos Martins, Moacir Adiers, Ricardo Pippi Schmidt, Sérgio José Dulac Muller (in memoriam) e Wilson Carlos Rodycz*

Conselho Editorial Técnico Nacional

- ✓ *Adroaldo Furtado Fabrício, Araken de Assis, Athos Gusmão Carneiro (in memoriam), Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (in memoriam), Elaine Harzheim Macedo, Eugênio Facchini Neto, Gilberto Schäfer, Ingo Wolfgang Sarlet, Maria Aracy Menezes da Costa, Nereu José Giacomolli, Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, Rogério Gesta Leal, Tupinambá Pinto de Azevedo.*
- ✓ *Prof. Dr. José Luís Bolzan de Moraes – Unisinos, RS; Prof. Dr. Marcos Maliska – Unibrasil, Paraná; Prof. Dr. Andreas J. Krell – UFAL, Alagoas; Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier – Unibrasil, Paraná; Prof^ª Dr^ª Maria Celina Bodin de Moraes – PUC, Rio de Janeiro; Prof. Dr. José Adercio Leite Sampaio – PUC, Minas Gerais; Prof. Dr. Fábio Siebeneichler de Andrade – PUC, RS; Prof. Dr. Paulo Caliendo – PUC, RS; e Prof. Dr. Wilson Steinmetz – UCS, RS; Prof. Dr. Alexandre Coutinho Pagliarini – Uninter, PR.*

Conselho Editorial Técnico Internacional

- ✓ *Prof. Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni – Universidad de Buenos Aires, Argentina; Prof. Jairo Parra Quijano – Universidad Santo Tomás, Bogotá, Colômbia; Prof. Dr. Nicola Picardi – Università La Sapienza, Roma, Itália; Prof^ª Dr^ª Paula Costa e Silva – Universidade de Lisboa, Portugal; Prof. Dr. Alessandro Simoni – Università Degli Studi di Firenze, Itália; Prof^ª Dr^ª Anna De Vita – Università Degli Studi di Firenze, Itália; Prof. Dr. José María Porras Ramírez – Universidad de Granada, Espanha; Prof. Dr. Paolo Ridola – Università La Sapienza, Roma, Itália; Prof. Dr. Humberto Nogueira Alcalá – Universidad de Talca, Santiago, Chile.*

Avaliadores que participaram desta edição:

- ✓ *Anna Candida da Cunha Ferraz, Unifteo, SP; Cristhian Magnus de Marco, Unoesc, SC; Debora Gozzo, Unifteo SP; Eduardo Biacchi Gomes, Unibrasil, PR; Elaine Harzheim Macedo, Puc, RS; Eugênio Facchini Neto, Puc, RS; Fredie Souza Didier Junior, Ufba, BA; Ingo Wolfgang Sarlet, Puc, RS; Ivan Martins Motta, Unifteo, SP; Janaina Reckziegel, Unoesc, SC; Jânia Maria Lopes Saldanha, Ufsm, RS; Larissa Liz Odreski Ramina, Unibrasil, PR; Leticia de Campos Velho Martel, Puc, RJ; Livia Gaigher Bósio Campello, Ufms, MS; Marcelo Benacchio, Uninove, SP; Marcelo Schenk Duque, Ufrrgs, RS; Margareth Anne Leister, Unifteo, SP; Matheus Felipe de Castro, Unoesc, SC; Nereu José Giacomolli, Puc, RS; Riva Sobrado de Freitas, Unoesc, SC; Rosendo de Freitas Amorim, Unifor, CE; Yuri Schneider, Unoesc, SC.*

Seções de artigos aceitos na cota-convite:

- ✓ *Doutrina Estrangeira, Jurisprudência Comentada e Prêmio AJURIS Direitos Humanos.*

Revista da AJURIS é uma publicação da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, vinculada ao Centro de Pesquisas da Escola Superior da Magistratura/AJURIS.

Editorial

Nossa revista chega ao número 138 (junho de 2015). Uma longa e ininterrupta caminhada iniciada há mais de quarenta anos atrás, com seu primeiro número, publicado em julho de 1974. Sua linha editorial, ao longo desse tempo, alterou-se no sentido de se adequar aos novos tempos, aos novos interesses dos leitores, ao novo Direito com que lidam os operadores jurídicos da contemporaneidade. Também viu alterada a plataforma em que a revista era apresentada aos seus leitores. Durante a maior parte da sua história, em consonância com os meios então disponíveis, era publicada em forma escrita. Após um período em que a Revista foi disponibilizada também pelo meio digital, em atenção à preferência manifestada pelo mercado, passamos a divulgá-la apenas pelo meio digital, com isso permitindo uma maior interação do leitor com o texto, facilitando a localização dos textos ou dos trechos preferidos.

Também acompanhando o movimento do mercado, a periodicidade da Revista passa agora a ser semestral.

Ao longo de toda essa história, nossa revista viu o nascimento de novos códigos e de importantes estatutos jurídicos. Foi contemporânea à entrada em vigor do Código de Processo Civil de 1973 e assistiu às reformas legislativas dessa importante legislação. Foi testemunha da entrada em vigor da Lei de Registros Públicos, da Lei de Proteção ao Meio Ambiente, da Ação Civil Pública, da Constituição Federal de 1988, do Código de Defesa do Consumidor, do Estatuto da Criança e do Adolescente, do Estatuto da Cidade, do novo Código Civil, e recentemente também do novo Código de Processo Civil, para citar apenas alguns documentos jurídicos dentre os mais importantes que foram promulgados nesses últimos quarenta anos.

Em todos esses momentos, nossa Revista publicou artigos doutrinários, nacionais e estrangeiros, jurisprudência, comentários à jurisprudência, resenhas de livros. Por suas páginas passaram os melhores juristas, dando imprescindível contribuição para a melhor exegese das novidades legislativas. Em suas páginas puderam ser lidas lições que trouxeram até nós o que tinha de mais avançado no pensamento jurídico universal, confirmando o acerto da máxima segundo a qual *Lex multiplex, jus unum* – a lei pode ser múltipla e territorial, mas o Direito é uno e universal.

A presente edição faz jus ao renome da revista. Veicula excelentes artigos que perpassam variados temas, especialmente no âmbito do **direito público** (*As ordens executivas no presidencialismo norte-americano*, de Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy; *A interpretação dos tratados para evitar a dupla tributação internacional: uma visão através do giro ontológico-linguístico*, de Carlos Yuri Araújo de Moraes; *Os direitos humanos e as uniões homoafetivas: os desafios à plena implementação do direito*

à diversidade sexual no Brasil, de Sandro Gorski Silva; *Diálogo entre os subsistemas sociais da saúde e do direito: atribuições e limites*, de Wilson Medeiros Pereira; *Direito constitucional ambiental e interpretação sistemática: a proteção jurídico-constitucional para um meio-ambiente ecologicamente equilibrado*, de Graziela Maria Rigo Ferrari; *A lei de imprensa: breve análise sobre a posição do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 130*, de Helen Lentz Ribeiro Bernasiuk), mas também de **direito privado** (*Responsabilidade civil do médico pela falha no dever de informação, à luz do princípio da boa-fé objetiva*, de Eugênio Facchini Neto e Luciana Gemelli Eick), do **direito penal** (*Reflexões sobre o cumprimento das penas privativas de liberdade, os regimes e o sistema prisional*, de Voltaire de Lima Moraes; *Eutanásia, células-tronco e feto anencéfalo: os debates nas audiências públicas e os argumentos para a discussão da eutanásia*, de Roberto Baptista Dias da Silva e Gisela Barroso Istamati) e **temas propedêuticos, hermenêuticos** e de **teoria geral do direito** (*A teoria dos princípios de Robert Alexy aplicada às colisões de direitos fundamentais ocorridas na internet*, de Letícia Bodanese Rodegheri; *Neoliberalismo, ideologia e processo: a formação judicial emancipatória como fator de proteção ao desenvolvimento sustentável*, de Sérgio Cabral dos Reis; *Os cegos do castelo: a experiência das promotoras legais populares na construção de um direito democrático*, de Leidiane Pias Dias) – todos em perspectiva crítica e vinculados às temáticas exploradas no Centro de Pesquisa da Escola Superior da Magistratura/ AJURIS.

Seguindo uma tradição que vem sendo mantida há bastante tempo, veiculamos também uma tradução de artigo doutrinário italiano, de grande interesse para os magistrados em geral, qual seja, o ensaio do professor italiano Andrea Landi, denominado *Interpretação das normas e responsabilidade do juiz – entre reminiscências históricas e perspectivas futuras*.

Aos nossos fiéis leitores desejamos um bom proveito na leitura.

Ingo Wolfgang Sarlet,
Diretor da Revista

Eugênio Facchini Neto,
Coordenador do Conselho Editorial

AS ORDENS EXECUTIVAS NO PRESIDENCIALISMO NORTE-AMERICANO

THE EXECUTIVE ORDERS IN THE NORTH-AMERICAN PRESIDENCIALISM

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy¹

Livre-docente em Teoria Geral do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

ÁREA(S) DO DIREITO: direito internacional; direito constitucional.

RESUMO: O texto analisa o Poder Legislativo protagonizado pelo Presidente norte-americano, no contexto dos arranjos institucionais dos Estados Unidos da América. Argumenta-se que, por meio de ordens executivas, o Presidente norte-americano exerce amplos poderes legislativos, de modo peculiar, que o direito constitucional brasileiro desconhece. Há um previsível campo de influência, cujos resultados são raramente contestados na ordem constitucional norte-americana.

PALAVRAS-CHAVE: ordens executivas; Poder Legislativo e atuação executiva; presidencialismo imperial.

ABSTRACT: *The paper analyses the legislative power accomplished by the President, in the context of the North-American institutional arrangements. It*

argues that by the means of the executive orders the President has a great deal of legislative power, in a peculiar manner, which our constitutional model does not acknowledge. There is a predictable area of influence, whose results are scarcely challenged in the North-American constitutional order.

KEYWORDS: *executive orders; Legislative power and Executive action; imperial presidentialism.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 As ordens executivas no direito constitucional norte-americano; 2 As ordens executivas e o presidencialismo imperial; Síntese conclusiva; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Executive orders in the American Constitutional Law; 2 Executive orders and the imperial presidentialism; Conclusions; References.*

¹ Doutor e Mestre em Filosofia do Direito e do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. E-mail: asmgodoy@gmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/2987368350054932>.

INTRODUÇÃO

O presente ensaio tem por objetivo apresentar as linhas gerais das chamadas *ordens executivas* no direito constitucional norte-americano. Cuida-se de arranjo institucional que outorga ao Presidente da República nos Estados Unidos uma ampla margem de atuação normativa. O modelo permite intensa produção legislativa por parte do chefe do Poder Executivo naquele país. Não se constata convergência conceitual e pragmática com o modelo de nossas medidas provisórias, bem como com o modelo de nossos decretos presidenciais, autônomos ou regulamentares.

As *ordens executivas* qualificam uma modalidade normativa muito própria do sistema norte-americano. A atuação legislativa do chefe do Poder Executivo nos Estados Unidos se justifica pela necessidade de respostas rápidas para problemas que exigem intervenção imediata. A espera da atuação do Poder Legislativo, nessa lógica, suscitaria uma demora que o regime não suportaria. Essa preocupação não atinge apenas questões e problemas negociais; há também fortíssima apreensão com questões de segurança interna e de controle de situações emergenciais. Mitiga-se a concepção tradicional de tripartição de poderes, em um contexto histórico absolutamente problemático, a exemplo do vivido pelo Governo dos Estados Unidos da América.

Entre nós, o Poder Executivo protagoniza não menos intensa atividade legislativa, primária, isto é, por delegação, e secundária, mediante regulamentação (cf. CLÈVE, 2011), a par, naturalmente, das medidas provisórias. Como se observará, o modelo norte-americano de *ordens executivas* transcende às fórmulas brasileiras, de modo que se identifica intensa atividade normativa por parte do Executivo, o que os norte-americanos nominam de *presidencialismo imperial* (cf. SCHLESINGER JR., 2004). Inevitável uma comparação entre o modelo dos Estados Unidos e o do Brasil; há certa identidade institucional, especialmente com a Constituição de 1891.

Essa comparação sugere que se compreenda que não há paralelos entre as *ordens executivas* e os arranjos normativos do Poder Executivo no Brasil, a exemplo do decreto-lei e da medida provisória. Ainda que não atente com profundidade aqui para o tema do estado de exceção, pode-se inferir, de algum modo, que as *ordens executivas* se prestariam para identificar quem detém o poder, nos momentos de angústia institucional, à luz das categorias propostas por Carl Schmitt.

Ao longo do presente ensaio, investiga-se esse modelo norte-americano, com especial atenção em sua fundamentação histórica, levando-se em conta que não há autorização expressa para a utilização das *ordens executivas* por parte da Constituição dos Estados Unidos. O modelo decorre substancialmente de experiência histórica, eventualmente recorrente em épocas de muito dissenso interno e externo, bem como de leitura sistemática do texto fundador do constitucionalismo norte-americano.

Metodologicamente, fez-se um levantamento de importantes *ordens executivas* baixadas por presidentes nos Estados Unidos, cotejando-as com o momento histórico nos quais, e para os quais, foram concebidas. Esse cotejamento permite algum nível de compreensão da factibilidade da utilização dessa forma, o que nos sugere um modelo presidencialista muito forte e que a literatura denominou de *presidencialismo imperial*. A fórmula das *ordens executivas*, nesse sentido, e dependendo do modo como explicadas, identificariam autoritarismo ou, no limite, alargado instrumento para controle de situações difíceis.

1 AS ORDENS EXECUTIVAS NO DIREITO CONSTITUCIONAL NORTE-AMERICANO

O presidente norte-americano detém poder e competência para baixar *ordens executivas*. Estas não têm a mesma natureza de nossas medidas provisórias. Nos Estados Unidos, *ordens executivas* se prestam, basicamente, para fixação de normas em treze categorias básicas: comércio exterior, auxílio ao estrangeiro, defesa, bem-estar social, intervenção governamental na economia, recursos naturais, agricultura, medalhas e reconhecimentos públicos, delegações de poder, artes e humanidades, empregos públicos federais, tributos e custódia de propriedade de estrangeiros (cf. HOWELL, 2003, p. 189 e ss.).

Em matéria de comércio internacional, as *ordens executivas* do Presidente norte-americano definem relações de comércio com algumas nações, tarifas comerciais, sanções, embargos, comissões de comércio (a exemplo de uma comissão presidencial de comércio), alterações na fixação de sistemas de preferência, questões afetas a operações norte-americanas no Canal do Panamá, criação de comitês de relações internacionais (a exemplo de um Comitê que cuidou de questões do Holocausto), seleção e definição de poderes de embaixadores e cônsules, relações financeiras com países estrangeiros, especialmente em matéria de empréstimos, quotas de imigração e entrega de passaportes (cf. HOWELL, 2003).

Em assuntos relativos à ajuda externa, as *ordens executivas* têm tratado de assistência especial a países, de ajuda militar, de desenvolvimento de programas militares em países nos quais há intervenção norte-americana. *Ordens executivas* também definem listas de países economicamente menos desenvolvidos, bem como relações financeiras com bancos internacionais.

Defesa nacional, matéria sensível, especialmente no contexto da guerra dos norte-americanos contra o terrorismo, também tem sido recorrentemente tratada por *ordens executivas*. Assim, há *ordens executivas* sobre a Nasa, programas de emergência, desenvolvimento de propulsão nuclear naval, desclassificação de informações sigilosas, distúrbios urbanos (*city riots*), restauração de ordem doméstica, salários de militares, recrutamento, militares na reserva, compra e produção de armamento militar, ameaças à segurança nacional, zonas de combate.

Em tema de bem-estar social, o Presidente dos Estados Unidos tem baixado ordens sobre sistema educacional, projetos de colaboração entre o Governo e a sociedade civil, segurança de trabalho, aposentadoria, seguro de trabalhadores, programas federais de combate às drogas, *food stamps* (selos que podem ser trocados por comida), reservas indígenas, questões de gênero e de minorias (especialmente sobre regras de acesso ao emprego).

O presidente também dirige ordens para o Poder Judiciário Federal. E o faz em matéria de organização de jurisdição civil, de designação de juízes federais, de conselhos de justiça e de formação de comitês, a exemplo de um importantíssimo comitê de controle que há para supervisionar a Justiça Federal norte-americana. Há intervenção direta na economia, mediante a resolução de disputas trabalhistas, de controle de inflação, de alterações em índices deficitários do orçamento. Também trata de formação de fundos governamentais. O presidente controla por meio de *ordens executivas* comitês de aconselhamento ao Governo.

Também há farta produção de *ordens executivas* presidenciais em questões ambientais, de energia e de utilização e destinação de terras públicas. Assim, há *ordens* que tratam de poluição, de reciclagem de materiais, de eficiência energética, de programas de uso comum de automóveis (*caronas*, ou *ride-sharing programs*), de proteção de pântanos, de preservação de animais.

Quanto aos parques nacionais, no que se refere à classificação das várias áreas, há também expressiva produção legislativa da Presidência da República norte-americana. Tem-se também *ordens executivas* que cuidam da transferência de

áreas militares para o Ministério do Interior (*Department of Interior*). O presidente também legisla por meio de *ordens executivas* em questões de agricultura. Refiro-me à organização de comitês e a programas federais, a exemplo de incentivos para plantação e comercialização de determinados produtos.

Há *ordens executivas* que reconhecem o patriotismo e o esforço dos que morreram pela causa do Estado, que criam símbolos, selos, flâmulas, a exemplo de *ordem executiva* que fixou um selo para a Corte Superior de Apelação da Justiça Militar. O presidente também se vale de *ordens executivas* para reorganizar o funcionamento de conselhos governamentais. *Ordens executivas* ainda afetam sítios e monumentos históricos.

Em matéria de servidores civis, são *ordens executivas* que definem aposentadorias, salários, promoções, feriados e despedidas. Cuidam também de veteranos do Exército e de Cortes Marciais. *Ordens executivas* alcançam também questões tributárias, especialmente quanto à determinação para fiscalização de empresas ou de indivíduos, a par de relevantes investigações quanto a pedidos de devolução de Imposto de Renda; de igual modo, cuidam também da organização e divisão dos distritos fiscais. Há *ordens executivas* em matéria de custódia de propriedade de estrangeiros, vinculadas ao *Trading with the Enemy Act* (uma lei que cuida do comércio norte-americano com nações inimigas), e que fixa fórmulas para apreensão e custódia de bens propriedade de estrangeiros em tempos de guerra.

O Congresso norte-americano eventualmente desafia *ordens executivas* presidenciais, com o objetivo de emendá-las, estendê-las, revogá-las, anulá-las ou codificá-las. Naturalmente, essa antinomia depende das relações do Executivo com o Legislativo. Isto é, enquanto o presidente controla o Congresso, as chances de enfrentamento são mínimas ou quase nulas.

Ordens executivas também são judicialmente questionadas. O primeiro grande questionamento deu-se no contexto da *Executive Order 9066*, em 21 de junho de 1943, junto à Suprema Corte. Trata-se do *Hirabayashi Case*, quando se manteve a decisão presidencial². A questão foi debatida na Suprema Corte dos Estados Unidos nos dias 10 e 11 de maio de 1943. A decisão é de 21 de junho daquele mesmo ano.

Trata-se de uma *ordem executiva* baixada pelo então Presidente Franklyn Delano Roosevelt, determinando a criação de áreas militares nos Estados

² U. S. Supreme Court, 320 U. S. 81.

Unidos, especialmente na costa oeste, nas quais seriam confinados japoneses, ainda que cidadãos norte-americanos. Calculava-se que havia cerca de 112.000 japoneses na costa oeste, e temia-se que alguns fizessem propaganda para o império japonês, na ocasião em guerra contra os Estados Unidos.

A referida *ordem executiva*, que também criava uma *autoridade para realocação de pessoas*, permitiu a utilização de um toque de recolher. Esta ordem foi desrespeitada por Gordon Hirabayashi, que, em consequência, foi condenado a três meses de detenção. A condenação foi mantida pela Suprema Corte dos Estados Unidos, por unanimidade, o que significa, na essência, a manutenção da *ordem executiva* questionada.

O questionamento mais emblemático e que resultou em anulação de uma *ordem executiva* por parte da Suprema Corte dos Estados Unidos deu-se por ocasião da discussão do caso *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*³, debatido em 12 e 13 de maio de 1952, decidido em 2 de junho do mesmo ano. Trata-se de uma *ordem executiva* do Presidente Harry Truman que determinou intervenção em várias indústrias siderúrgicas no país.

Os norte-americanos combatiam a Guerra da Coreia. Trabalhadores da indústria siderúrgica entraram em greve. O Presidente dos Estados Unidos acreditou ser necessária uma intervenção, tendo-se em vista a importância da indústria de aço no esforço bélico que então se fazia. Acreditava que detinha poderes implícitos, especialmente em épocas de guerra. Assim, o presidente determinou que Charles Sawyer, então Secretário do Comércio, determinasse a ocupação, por forças do governo, de várias unidades produtoras de aço.

Houve insurgência, especialmente por parte dos trabalhadores que estavam em greve. O debate chegou à Suprema Corte. Por seis votos a três, decidiu-se que o presidente havia extrapolado o poder de editar *ordens executivas* e carecia de autorização do Congresso Nacional. Restringiu-se o poder presidencial.

Estatísticas pertinentes aos anos de 1943 a 1997 dão conta de 83 ações judiciais com o objetivo de desconstituir *ordens executivas*; o Presidente perdeu 22 delas (cf. HOWELL, 2003). Por outro lado, são impressionantes os números de *ordens executivas* baixadas pelos presidentes dos Estados Unidos, ainda que boa parcela delas seja de matéria rotineira ou de mera simbologia. À data da conclusão da pesquisa que substancializa o presente ensaio, há notícias de

³ U. S. Supreme Court, 343 U. S. 579.

13.654 *ordens executivas*, ainda que divulgadas sistematicamente apenas aquelas que remontam ao Presidente Franklyn Delano Roosevelt⁴.

Mas há muitas *ordens executivas* que tratam de questões também graves⁵. *Ordens executivas* trataram de confecção e entrega de passaportes⁶, declaração de neutralidade no início do segundo grande conflito europeu⁷, posse e controle de uma ferrovia norte-americana em Porto Rico⁸, controle de empresas de exploração de carvão⁹, expropriação de uma companhia exploradora de borracha¹⁰. Foi uma *ordem executiva* que revogou a exigência do mínimo de 48 horas de trabalho por semana¹¹.

Ordens executivas cuidaram também de expropriação de companhias de petróleo¹², criação de um comitê presidencial sobre direitos civis¹³, concessão de privilégios diplomáticos a organizações internacionais¹⁴, adicional de periculosidade no trabalho¹⁵, criação de *Corpos de Paz* no Departamento de Estado¹⁶, formação de um comitê presidencial para enfrentar o tráfico de entorpecentes e o uso de drogas¹⁷.

O referido modelo normativo presidencial também foi utilizado para organizar políticas públicas contra a discriminação por idade¹⁸. *Ordens executivas* também foram utilizadas para declarar intervenção federal para restauração de

⁴ Disponível em: <<http://www.archives.gov/federal-register/executive-orders/disposition.html>>. Acesso em: 30 out. 2015.

⁵ Para um levantamento e estudo das *ordens executivas* de grande impacto nos Estados Unidos, consultar MAYER, Kenneth R. *With the stroke of a pen - Executive orders and presidential power*. Princeton: Princeton University Press, 2002. Os exemplos e referências aqui indicados, quanto às ordens de maior impacto, foram colhidos da obra de Kenneth Mayer.

⁶ *Ordem Executiva* nº 7.856, de 31 de maio de 1938.

⁷ *Ordem Executiva* nº 8.233, de 5 de setembro de 1939.

⁸ *Ordem Executiva* nº 9.341, de 14 de junho de 1943.

⁹ *Ordem Executiva* nº 9.476, de 3 de setembro de 1944.

¹⁰ *Ordem Executiva* nº 9.595, de 30 de julho de 1945.

¹¹ *Ordem Executiva* nº 9.607, de 30 de agosto de 1945.

¹² *Ordem Executiva* nº 9.639, de 29 de setembro de 1945.

¹³ *Ordem Executiva* nº 9.608, de 5 de dezembro de 1946.

¹⁴ *Ordem Executiva* nº 9.863, de 31 de maio de 1946.

¹⁵ *Ordem Executiva* nº 10.152, de 17 de agosto de 1950.

¹⁶ *Ordem Executiva* nº 10.924, de 1º de maio de 1961.

¹⁷ *Ordem Executiva* nº 11.076, de 15 de janeiro de 1963.

¹⁸ *Ordem Executiva* nº 11.141, de 12 de fevereiro de 1964.

ordem no Estado de Illinois, em represália a motins populares¹⁹, fixar condutas de preservação ambiental em relação a patrimônio cultural²⁰, para regulamentar exportações²¹ e estabelecer regras de proteção a espécies ameaçadas²².

Comprovando a variedade de matérias tratadas por essa espécie normativa, há também *ordens executivas* sobre gerenciamento de áreas federais²³, comprometimento do Executivo Federal com controle de poluição²⁴, revogação de sanções à Rodésia²⁵, tarifas de estradas de ferro no Alasca²⁶, tratado de livre-comércio com o Canadá²⁷, bloqueio de bens do Governo do Haiti²⁸, classificação de dados relativos à segurança nacional²⁹, pirataria em programas de computador³⁰, entre tantos outros assuntos.

2 AS ORDENS EXECUTIVAS E O PRESIDENCIALISMO IMPERIAL

A recorrente utilização de *ordens executivas* pelos presidentes norte-americanos revela superlativa ampliação de poderes conferidos ao chefe do Executivo por parte da Constituição norte-americana. Esse uso superlativo de prerrogativa de construção normativa, por parte da chefia do Executivo, remete-nos ao tema do *presidencialismo imperial*; isto é, o Presidente exerce uma autoridade que os *pais fundadores* do constitucionalismo norte-americano não haviam cogitado (cf. SCHLESINGER JR., 2004). Exemplifica-se.

Franklyn Delano Roosevelt (dados de 1936 a 1945) baixou 1.768 *ordens executivas*³¹. Roosevelt enfrentou a grande crise de 1929, com amplo plano de reconstrução nacional, o *New Deal*, por intermédio do qual aproximou

¹⁹ *Ordem Executiva* nº 11.404, de 7 de abril de 1968.

²⁰ *Ordem Executiva* nº 11.593, de 13 de maio de 1971.

²¹ *Ordem Executiva* nº 11.796, de 30 de julho de 1974.

²² *Ordem Executiva* nº 11.911, de 13 de abril de 1976.

²³ *Ordem Executiva* nº 12.072, de 16 de agosto de 1978.

²⁴ *Ordem Executiva* nº 12.088, de 13 de outubro de 1978.

²⁵ *Ordem Executiva* nº 12.183, de 16 de dezembro de 1979.

²⁶ *Ordem Executiva* nº 12.434, de 19 de julho de 1984.

²⁷ *Ordem Executiva* nº 12.262, de 31 de dezembro de 1988.

²⁸ *Ordem Executiva* nº 12.853, de 30 de junho de 1993.

²⁹ *Ordem Executiva* nº 12.958, de 17 de abril de 1995.

³⁰ *Ordem Executiva* nº 13.103, de 30 de setembro de 1998.

³¹ Cf. WARBER, Adam L. *Executive orders and the modern presidency* - Legislating from the oval office. Boulder: Lynne Rienner Publishers, Inc., 2006. p. 151.

Estado e sindicatos na luta contra a grande depressão (cf. LIMONCIC, 2009). Questionaram-se frequentemente em juízo as políticas de Roosevelt (cf. WHITE, 2000); uma geração de juristas saiu em socorro das políticas governamentais (cf. WHITE, 1994), a exemplo de Louis Brandeis³², Jerome Frank³³, Felix Frankfurter³⁴ e Thurman Arnold³⁵, todos ligados ao realismo jurídico norte-americano³⁶.

³² Louis Dembitz Brandeis nasceu em 1856 e faleceu em 1941. Brandeis aproximou-se de sindicatos. Desenvolveu uma série de tarefas pelas quais nada cobrava, defendendo trabalhadores, concebendo sistemas populares de poupança, adiantando-se na proteção de recursos naturais e enfrentando judicialmente o monopólio do transporte. Cf. NEWMAN, Roger K. (Ed.). *The Yale biographical dictionary of American law*. New Haven & London: Yale University Press, 2009. p. 69 e ss. Conferir também MURPHY, Bruce Allen. *The Brandeis/Frankfurter connection – The secret activities of two Supreme Court Justices*. Oxford University Press, 1982; STRUM, Philippa. *Louis D. Brandeis – Justice for people*. New York: Schocken Books, 1984.

³³ Jerome Frank nasceu em Nova Iorque, em 1889, e faleceu de ataque cardíaco em New Haven, em 1957. Advogado, trabalhou para o Governo norte-americano, exerceu a magistratura e deixou importante obra doutrinária. Junto ao governo de Roosevelt, trabalhou em setores de supervisão de atividades de agricultura e de abastecimento. Colaborou intensamente na reorganização do sistema ferroviário no oeste norte-americano. Chefiou a *Securities and Exchange Commission*, uma das mais importantes agências reguladoras norte-americanas. Cf. NEWMAN, Roger K. (Ed.). Op. cit., p. 201 e ss. Conferir, também, FRANK, Jerome. *Courts on trial, myth and reality in American justice*. New Jersey: Princeton University Press, 1973; ROSENBERG, Jehiol Mitchell. *Jerome Frank: jurist and philosopher*. New York: Philosophical Library, 1970; GLENNON, Robert Jerome. *The iconoclast as reformer – Jerome's Frank impact on American law*. Ithaca: Cornell University Press, 1985; FRANK, Jerome. *Law and modern mind*. Garden City: Anchor Books, 1963.

³⁴ Felix Frankfurter nasceu em Viena, na Áustria, em 1882, e faleceu em 1965. Chegou aos Estados Unidos com seus pais, aos 12 anos de idade. Lecionou na *Harvard Law School*. Participou intensamente do movimento sionista, que lutava pela criação do Estado de Israel. Defendeu intensamente pela imprensa a Sacco e Vanzetti, anarquistas italianos que foram condenados à pena de morte. Colaborou intensamente com Roosevelt, que o indicou para a Suprema Corte. Cf. NEWMAN, Roger K. (Ed.). Op. cit., p. 204 e ss. Conferir também HIRSCH, H. N. *The enigma of Felix Frankfurter*. New York: Basic Books, 1981.

³⁵ Thurman Arnold nasceu em Laramie, no Estado de Wyoming, em 1891, e faleceu em 1969. De comportamento irreverente para com autoridades, trabalhou intensamente na procuradoria-geral da divisão anti-truste do Ministério da Justiça. Posteriormente, exerceu a magistratura federal. Cf. NEWMAN, Roger K. (Ed.). Op. cit., p. 17 e ss. Conferir também ARNOLD, Thurman W. *The folklore of capitalism*. Washington: BeardBooks, 2000.

³⁶ O realismo jurídico norte-americano desenvolveu-se a partir de professores que lecionavam em Johns Hopkins, Columbia e Yale. Os realistas colaboram com o governo de Franklyn Delano Roosevelt, matizando o plano governamental, o *New Deal*, perdendo fôlego durante os anos mais problemáticos da luta contra o *perigo vermelho*, na década de 1950. Karl Llewellyn, Thurman Arnold e Felix Cohen estavam entre esses professores revolucionários. Cf. FISHER III, William W.; HORWITZ, Morton; REED, Thomas A. *American legal realism*. New York: Oxford University Press, 1993; BEEN, Wouter de. *Legal realism regained – Saving realism from critical acclaim*. Stanford: Stanford Law Books, 2008.

Com objetivo de reverter decisões da Suprema Corte, que afetavam substancialmente seu programa de governo, Roosevelt, profeta de uma nova era (cf. SCHLESINGER JR., 1985), pretendeu alterar a composição daquele Tribunal (cf. KALMAN, 2001). Porém, sem que tal medida fosse necessária, o Tribunal passou a cancelar as políticas de Roosevelt (cf. MCCLOSKEY, 2000).

Ampliando a ação estatal como forma de enfrentamento à crise de 1929 (cf. LEUCHTENBURG, 1963), contando inclusive com conselho e ajuda de John Maynard Keynes (cf. SCHLESINGER JR., 1986), Roosevelt comandou os norte-americanos na Segunda Guerra Mundial (cf. SMITH, 2007), elegendo-se por três vezes, fato único na história do presidencialismo norte-americano (CF. BURNS, 1956).

Harry Truman (1945-1953) baixou 873 *ordens executivas*. Sua época foi marcada pela perseguição aos acusados de simpatia para com o comunismo (cf. GRAUBARD, 2000), bem como por uma retomada de posições por parte do partido democrata, que elegerá Dwight David Eisenhower. Este último, herói da Segunda Guerra Mundial, presidente de 1953 a 1961, baixou 522 *ordens executivas*. Como chefe do Poder Executivo, teve de executar políticas definidas pela Suprema Corte, em matéria de direitos civis (cf. TUSHNET, 1994, HALBERSTAN, 1993).

John F. Fitzgerald Kennedy (1961-1963) baixou 214 *ordens executivas*, enfrentando, corajosamente, resistências a políticas de realização de direitos civis (cf. SCHLESINGER JR., 1965). Seu sucessor, Lyndon B. Johnson (1963-1969), baixou 325 *ordens executivas*, em um mesmo contexto de divisão política e social caracterizado pela expansão de movimentos de contracultura (cf. ISSERMAN; KAZIN, 2000).

Richard Nixon (1969-1974) baixou 346 *ordens executivas*, em um ambiente marcado pela Guerra do Vietnã (cf. SCHULMAN, 2002) e pelo Caso Watergate. Gerald Ford (1974-1977) baixou 169 *ordens executivas*. Jimmy Carter (1977-1981), reconhecido por sua compreensão da agenda dos direitos humanos, baixou 320 *ordens executivas*. Ronald Reagan (1981-1989), agente da expansão de modelo neoliberal (cf. HARVEY, 2005), marcado pela diminuição do Estado (cf. OHMAE, 1995, POGGI, 1999), baixou 381 *ordens executivas*.

George H. W. Bush (1989-1993) baixou 166 *ordens executivas*, em momento absolutamente conturbado, especialmente por força da guerra no Iraque. Bill Clinton (1993-2001), cuja administração foi marcada também por escândalos pessoais, baixou 363 dessas *ordens*. George W. Bush (dados de 2001 a 2004), em

cuja presidência se intensificou a guerra contra o terrorismo, havia baixado 171 *ordens executivas*.

Barack Obama, que tomou posse em janeiro de 2009, baixou 163 *ordens executivas*³⁷. São textos legais sobre miríade de assuntos. O conjunto de competências do presidente norte-americano, em tema de normatividade, é muito grande, à luz do que se compreende do contexto conceitual e pragmático das *ordens executivas*.

Exemplifica-se com congelamento de propriedade de pessoas que ameaçam a paz, a segurança e a estabilidade em Burma e no Iêmen; com regramento sobre enriquecimento de urânio russo; com ordem de sucessão nos Ministérios da Agricultura e do Comércio e na agência de controle ambiental (*Environmental Protection Agency*); com identificação e redução de ônus de regulação; com sanções ao Irã e à Síria; com a criação de um conselho presidencial para o desenvolvimento global.

Há também *ordens* dispendo sobre a fixação de objetivos para processamento e concessão de vistos, bem como criação de uma força de trabalho para aumentar a competitividade no turismo e para a fixação de um plano nacional de ação para políticas de mulheres, paz e segurança. Há *ordem* que dispõe sobre emendas a um manual de Corte Marcial.

Há *ordem* que trata de promoção de programa de gasto eficiente, bloqueio de propriedades do Governo da Síria, proibição de transações comerciais com a Coreia do Norte, fixação de um programa de excelência para educação de hispânicos, criação de uma força-tarefa para restauração do ecossistema da costa do Golfo. Exemplos se multiplicam, a propósito de *ordem* para criação de um conselho nacional para esportes e nutrição, criação de uma comissão nacional para reforma e responsabilidade fiscal, organização de um programa visando a um governo eficiente, efetivo e responsável, entre tantos outros assuntos.

Neste último exemplo, realça-se a *Ordem Executiva* nº 13.576, baixada em 13 de junho de 2011, com objetivos de melhorar a efetividade e a transparência do Governo norte-americano. A referida *ordem* contempla tendência de corte de desperdícios, bem como pretende otimizar (*to streamline*) operações governamentais. De tal modo, pretende-se reforçar ganhos gerenciais para a

³⁷ Números colhidos no sítio eletrônico da Casa Branca. Disponível em: www.whitehouse.gov. Acesso em: 30 out. 2015.

Administração. Segundo a *ordem*, deve-se servir ao povo norte-americano com o máximo de efetividade e eficiência.

A *ordem* implica mecanismos de controle de gastos decorrentes de contratos mal-administrados, abandono de projetos governamentais de baixo impacto tecnológico, percepção de um governo inteligente (*smart and learned*). Programas governamentais duplicados e que não apresentam resultados, marcados pela ineficiência, assim demonstrados mediante mecanismos de transparência nos gastos fiscais, serão abandonados.

SÍNTESE CONCLUSIVA

Ordens executivas qualificam permanente busca de eficiência na atuação estatal, tratando dos mais variados assuntos. Identificam intenso poder presidencial, com baixíssimo nível de contestação, no Judiciário e no Congresso. Não há notícias de críticas relativas a alguma instabilidade institucional, decorrente do uso de *ordens executivas*, porquanto, como já indicado, pequeno o nível de enfrentamento.

Sob uma perspectiva histórica, não há dúvidas de que as *ordens executivas* são mais recorrentes em momentos que demandam uma maior atuação presidencial, a exemplo do que se verificou com o Presidente Franklyn Delano Roosevelt ao longo do *New Deal* e com os Presidentes Bush, pai e filho, primeiramente, na Guerra do Iraque e, posteriormente, no combate ao terrorismo.

Ordens executivas matizam arranjo político e jurídico típico do pragmatismo institucional norte-americano, forjado menos na sofisticação conceitual e mais na experiência e na necessidade imediata, reveladas no cotidiano da Administração.

Há dificuldade conceitual em se identificar no modelo constitucional brasileiro alguma fórmula que lembre o arranjo institucional das *ordens executivas*. A medida provisória sugere uma participação do Poder Legislativo, a propósito do tema da rejeição, que não se encontra no modelo norte-americano. A medida provisória se qualifica por alguns contornos de participação democrática que as *ordens executivas* efetivamente desprezam. Não há, em relação às *ordens executivas*, algum nível de controle democrático, tal como se percebe no contexto das medidas provisórias do Direito brasileiro.

Também não há parâmetros para comparações com o decreto-lei brasileiro, especialmente como construído e vivido ao longo da vigência da Constituição

de 1969. Nesse caso, um autoritarismo substancialmente ilimitado valia-se de uma fórmula rápida, decidir com rapidez, em matérias de muita abrangência.

As *ordens executivas* identificam um sistema muito peculiar, fiado na autoridade e na responsabilização do Presidente, que dispõe de meios ágeis para o enfrentamento de questões delicadas. De um ponto de vista da história das ideias, a pesquisa constata que *ordens executivas* são expressões normativas do pragmatismo norte-americano, ideal que não hesita em sacrificar o justo pelo eficiente, a construção metafísica para a solução empírica dos problemas da política.

REFERÊNCIAS

- ARNOLD, Thurman W. *The folklore of capitalism*. Washington: Beard Books, 2000.
- BEEN, Wouter de. *Legal realism regained – Saving realism from critical acclaim*. Stanford: Stanford Law Books, 2008.
- BURNS, James MacGregor. *Roosevelt: the lion and the fox*. New York: Harvest Book, 1956.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo*. São Paulo: RT, 2011.
- FISHER III, William W.; HORWITZ, Morton; REED, Thomas A. *American legal realism*. New York: Oxford University Press, 1993.
- FRANK, Jerome. *Courts on trial, myth and reality in American justice*. New Jersey: Princeton University Press, 1973.
- _____. *Law and modern mind*. Garden City: Anchor Books, 1963.
- GLENNON, Robert Jerome. *The iconoclast as reformer – Jerome’s Frank impact on American law*. Ithaca: Cornell University Press, 1985.
- GRAUBARD, Stephen. *The presidents – The transformation of American presidency from Theodore Roosevelt to George W. Bush*. London: Penguin Books, 2010.
- HALBERSTAN, David. *The fifties*. New York: Fawcett Books, 1993.
- HARVEY, David. *A brief history of neoliberalism*. Oxford: Oxford University Press, 2005.
- HIRSCH, H. N. *The enigma of Felix Frankfurter*. New York: Basic Books, 1981.
- HOWELL, William G. *Power without persuasion – The politics of direct presidential action*. New Jersey: Princeton University Press, 2003.
- ISSERMAN, Maurice; KAZIN, Michael. *America divided – The Civil War of the 1960s*. New York: Oxford University Press, 2000.

KAISER, Charles. *1968 in America – Music, politics, chaos, counterculture and shaping of a generation*. New York: Grove Press, 1988.

KALMAN, Laura. *Legal realism at Yale – 1927-1960*. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2001.

LEUCHTENBURG, William. *Franklin D. Roosevelt and the New Deal*. New York: Harper & Row, 1963.

LIMONCIC, Flávio. *Os inventores do New Deal*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009.

MAYER, Kenneth R. *With the stroke of a pen – Executive orders and presidential power*. Princeton: Princeton University Press, 2002.

MCCLOSKEY, Robert G. *The American Supreme Court*. Chicago & London: The University of Chicago Press, 2000.

MURPHY, Bruce Allen. *The Brandeis/Frankfurter connection – The secret activities of two Supreme Court Justices*. Oxford University Press, 1982.

NEWMAN, Roger K. (Ed.). *The Yale biographical dictionary of American law*. New Haven & London: Yale University Press, 2009.

OHMAE, Kenich. *The end of the Nation State – The Rise of Regional Economies*. New York: Free Press, 1995.

ROSENBERG, Jehiol Mitchell. *Jerome Frank: jurist and philosopher*. New York: Philosophical Library, 1970.

SCHLESINGER JR., Arthur. *The age of Roosevelt – Vol. I – 1919-1933 – The crisis of the old order*. Boston: Mariner Book, 1985.

_____. *The imperial presidency*. Boston e New York: Mariner Book, 2004.

_____. *A thousand days – John F. Kennedy in the White House*. Boston: Houghton Mifflin Company, 1965.

_____. *The coming of New Deal*. New York: Mariner Book, 1986.

SCHULMAN, Bruce J. *The seventies – The great shift in American culture, society and politics*. Cambridge: Perseus Book, 2002.

SMITH, Jean Edward. *FDR*. New York: Random House, 2007.

STRUM, Philippa. *Louis D. Brandeis – Justice for people*. New York: Schocken Books, 1984.

TUSHNET, Mark V. *Making civil rights law – Thurgood Marshall and the Supreme Court – 1956-1961*. New York: Oxford University Press, 1994.

WARBER, Adam L. *Executive orders and the modern presidency* – Legislating from the oval office. Boulder: Lynne Rienner Publishers, Inc., 2006.

WHITE, G. Edward. *Intervention and detachment, essays in legal history and jurisprudence*. Oxford: Oxford University Press, 1994.

_____. *The Constitution and the New Deal*. Cambridge: Harvard University Press, 2000.

Submissão em: 22.07.2015

Avaliado em: 07.08.2015 (Avaliador A)

Avaliado em: 05.05.2016 (Avaliador B)

Avaliado em: 14.05.2016 (Avaliador C)

Aceito em: 24.05.2016

A INTERPRETAÇÃO DOS TRATADOS PARA EVITAR A DUPLA TRIBUTAÇÃO INTERNACIONAL: UMA VISÃO ATRAVÉS DO GIRO ONTOLÓGICO-LINGUÍSTICO

INTERPRETATION OF DOUBLE TAXATION CONVENTIONS: A LOOK THROUGH THE ONTOLOGICAL-LINGUISTIC TURN

Carlos Yury Araújo de Moraes¹

Doutorando em Direito – UNICEUB

ÁREA(S) DO DIREITO: direito tributário; direito tributário internacional; hermenêutica.

RESUMO: O objetivo deste trabalho é o de analisar a interpretação dos tratados para evitar a dupla tributação internacional à luz do paradigma da viragem ontológica-linguística, com vistas a fundamentar uma crítica sobre o dogmatismo da visão tradicional sobre a interpretação no Direito. Para realizar essa tarefa, serão confrontadas as distintas visões das teorias interpretativas: a tradicional e a proposta pela hermenêutica filosófica. Após a breve descrição dos fundamentos de cada uma delas, serão analisados os fundamentos da interpretação dos tratados para evitar a dupla tributação internacional

tanto sob o aspecto tradicional quanto sob o aspecto dos novos paradigmas propostos pela teoria contemporânea. Nessa ótica, será examinado se a atual forma de compreender a interpretação dos tratados para evitar a dupla tributação internacional é adequada à concretização de direitos fundamentais do contribuinte, em contraposição ao exercício das competências tributárias dos Estados.

PARAVRAS-CHAVE: tributação internacional; interpretação; hermenêutica filosófica.

ABSTRACT: *The objective of this paper is to analyse the interpretation of double taxation agreements under the linguistic turn theory, in order to justify a review of*

¹ Mestre em Direito pela UNISINOS, Advogado Especialista em Direito Processual Civil, Professor do programa de pós-graduação em Direito Tributário da FACID - DeVry. E-mail: consultoria@carlosyury.adv.br. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/9976644443137083>.

the dogmatism of traditional view on the interpretation of the law. To accomplish this, the distinct views of interpretive theories will be confronted: the traditional view and the analysis proposed by philosophical hermeneutics. After a brief description of the each one background, it will be considered the fundamentals of interpretation of double taxation agreements under both the traditional look, as under the aspect of new paradigms proposed by contemporary theory. Under this perspective, it will be examined whether the current way of interpreting the double taxation agreements is appropriate to the realization of the fundamental rights of the taxpayer, as opposed to the exercise of the taxing power of the State.

KEYWORDS: *international taxation; interpretation; philosophical hermeneutics.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O giro linguístico e a interpretação; 2 A visão tradicional na interpretação dos tratados contra dupla tributação internacional; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 The linguistic turn and the interpretation; 2 The traditional approach regarding the interpretation of double taxation conventions; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é o de analisar a interpretação dos tratados para evitar a dupla tributação internacional à luz do paradigma da viragem ontológico-linguística, com vistas a fundamentar uma crítica sobre o dogmatismo da visão tradicional sobre a interpretação no Direito.

Para realizar essa tarefa, serão confrontadas as distintas visões das teorias interpretativas: a tradicional e a proposta pela hermenêutica filosófica. A primeira, de fundo mais dogmático, defende a prevalência do método interpretativo como forma de aplicar a lei. A segunda, de cunho contemporâneo, defende a interpretação como compreensão, não havendo cisão entre interpretação e aplicação da lei.

Após a breve descrição dos fundamentos de cada uma delas, serão analisados os fundamentos da interpretação dos tratados para evitar a dupla tributação internacional tanto sob o aspecto tradicional quanto sob o aspecto dos novos paradigmas propostos pela teoria contemporânea.

Nessa ótica, será examinado se a atual forma de compreender a interpretação dos tratados para evitar a dupla tributação internacional é adequada à concretização de direitos fundamentais do contribuinte, em contraposição ao exercício das competências tributárias dos Estados.

1 O GIRO LINGUÍSTICO E A INTERPRETAÇÃO

1.1 A VISÃO FORMALISTA DA INTERPRETAÇÃO

A linguagem é um processo comunicacional. Se escrita ou falada, é defeituosa, podendo ser ambígua, vaga e imprecisa. Uma mensagem pode ser emitida de uma forma e compreendida de outra graças à complexidade do ato comunicacional. A interpretação é o ato de extrair o significado de uma mensagem, esclarecendo seu significado. Se as afirmações anteriores são verdadeiras para todo o processo comunicacional, também o é para os textos jurídicos a comunicação do direito. Os textos jurídicos são igualmente interpretados não só com o objetivo de se obter o significado da mensagem, mas também com o objetivo de identificar ou determinar a sua significação, especificamente o significado da norma jurídica nele contido².

O processo de interpretação dos textos jurídicos ganha maior relevância a partir do momento em que se observa que este encerra em si uma norma, cujo objetivo é o de impor uma determinada obrigação, estabelecer uma permissão ou uma proibição. A interpretação jurídica está relacionada, assim, ao desvelamento da norma a ser aplicada a um caso concreto, real ou fictício³, tudo em razão da função ordenadora do Direito. Em outras palavras: a finalidade última da interpretação jurídica é a extração da norma, a qual ordenará a atuação do indivíduo em sociedade.

A visão formalista da interpretação das normas jurídicas está relacionada a uma colocação do método interpretativo em primeiro plano, acima, inclusive, do próprio conteúdo da interpretação. Pode-se dizer que a visão positivista do direito, a qual busca dar ao Direito o caráter de uma ciência com método e objeto definidos, um espaço com regras e procedimentos científicos, teve larga influência na formação desta concepção tradicional.

Muito dessa visão tradicional deve-se aos trabalhos de Savigny, para quem a interpretação é a “reconstrução do pensamento (claro ou obscuro, é o mesmo) expresso na lei, enquanto seja possível conhecê-lo na lei”⁴, significando a reconstrução do sentido da vontade desta. Em termos gerais, Savigny aponta que ao juiz cabe a única ação de estabelecer uma “interpretação puramente

² GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 25.

³ *Ibid.*, p. 29.

⁴ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 10.

lógica”⁵. O método savignyano consistia em avaliar o texto da lei, dentro de um período histórico, de modo a avaliar o sentido individual de cada conceito empregado, porém empregando-o no seio de um sistema:

A legislação apenas expressa um todo. A interpretação do particular também deve ser tal que, para poder compreender o particular, este se deve amoldar ao todo. A exposição do todo não pertence a este ponto propriamente, mas ao sistema. Porém, desde que cada parte não é inteligível sem o todo, deve ser concebida em relação com o todo, tarefa semelhante àquela que existe no sistema, mas com objetivos opostos.

Larenz esclarece que o método savignyano utiliza os critérios literal (gramatical), contextual, da intenção do legislador, das ideias normativas e teleológico-objetivos para permitir a interpretação do texto, sendo que todos esses critérios se interpenetram, sempre com o objetivo precípua de trazer à compreensão o sentido de um texto que se torna problemático para o intérprete⁶. O próprio Larenz, em sua obra, procura melhorar a noção dos critérios savignyanos de interpretação, sempre com vistas a sanar as lacunas do Direito através dos métodos próprios⁷.

Na visão de Maximiliano, talvez o maior expoente da corrente tradicional-positivista da interpretação dos textos jurídicos no Brasil, a interpretação

⁵ SAVIGNY, Friederich Karl von. *Metodologia jurídica*. Trad. para o português: Hebe A. M. Caletti Marengo. Campinas: Edicamp, 2001. p. 4.

⁶ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 439.

⁷ *Ibid.*, p. 520. “A interpretação da lei e o desenvolvimento judicial do Direito não devem ver-se como essencialmente diferentes, mas só como distintos graus do mesmo processo de pensamento. Isto quer dizer que já a simples interpretação da lei por um tribunal, desde que seja a primeira ou se afaste de uma interpretação anterior representa um desenvolvimento do Direito, mesmo que o próprio tribunal não tenha disso consciência; assim como, por outro lado, o desenvolvimento judicial do Direito que ultrapasse os limites da interpretação lança mão constantemente de métodos ‘interpretativos’ em sentido amplo. Assinalamos como limite da interpretação em sentido estrito o sentido literal possível. Um desenvolvimento do Direito conduzido metodicamente para além deste limite, mas ainda no quadro do plano originário, da teleologia da lei em si, é preenchimento de lacunas, desenvolvimento do Direito *imanente à lei*; o desenvolvimento do Direito que esteja já para além deste limite, mas adentro do quadro e dos princípios directivos do ordenamento jurídico no seu conjunto é desenvolvimento do direito *superador da lei*. Para cada um destes três graus são típicos determinados métodos; se bem que não possam traçar-se com limites rigorosos entre eles, é aconselhável, por isso mesmo, distingui-los. [...]”.

é vista como sendo uma arte, porém “guiada cientificamente”⁸. Observa-se a existência de um método interpretativo narrado pelo autor, o qual inicia com o processo gramatical (análise dos vocábulos empregados no texto), passando pelo processo lógico (simples estudo das normas em si por meio de raciocínio dedutivo) e finalmente o processo sistemático (comparação dos dispositivos sujeitos a exegese com o mesmo repositório ou de leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto)⁹, embora não seja identificada nenhuma hierarquia entre tais processos.

Não sem motivo, verifica-se a existência de um ponto comum entre os autores narrados, na tentativa de adotar um método científico para a ação de interpretar: são elas fruto da modernidade e do racionalismo típico que a acompanha. Leal, repassando o panorama histórico da Ciência do Direito, lembra que, entre os séculos XV a XVII, a ciência jurídica foi amplamente influenciada pelos sistemas racionais, enaltecendo e refinando o método da interpretação dos textos já iniciado pelos romanos¹⁰. No século XIX, porém, há um aperfeiçoamento no padrão romano de interpretação, agregando-se à Ciência do Direito qualidade de “sistema que se constrói a partir de premissas, cuja validade repousa na sua generalidade racional, indicadora dos padrões éticos eleitos”¹¹.

A visão tradicional da interpretação dos textos jurídicos, portanto, está assentada em uma base comum, na qual a ação interpretativa resume-se a uma atividade dotada de um método próprio, científico, cujo objetivo é o de descobrir, desvelar, extrair a norma inserida no texto. Opera-se com o descobrimento do significado da norma escondida no texto jurídico.

Warat¹² observa que essa visão formalista está ligada ao postulado da racionalidade, o qual pressupõe um “direito positivo coerente, preciso, completo, não redundante, ‘decidível’ e logicamente derivável”. Há uma clara tendência de tornar o Direito ciência metafísica, isto é, algo lógico, racional e despido de quaisquer valores, implicando a perda do ideal de justiça primitivo. Aqui, a lei é a única fonte do Direito e a interpretação corresponde a uma atividade mecânica

⁸ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 9.

⁹ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 87-106.

¹⁰ LEAL, Rogério Gesta. *Hermenêutica e direito*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 1999. p. 28.

¹¹ *Ibid.*, p. 30.

¹² WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994. p. 52.

de cálculo lógico¹³. Na visão tradicional, a linguagem é uma mera ferramenta, um suporte através do qual se exprime a norma logicamente extraída do texto.

1.2 CRÍTICA AO FORMALISMO, O GIRO ONTOLÓGICO-LINGUÍSTICO E A NOVA FORMA DE INTERPRETAÇÃO

O formalismo jurídico exposto no item anterior estava calçado na ideia da cientificidade e lógica do processo de interpretação das leis, a fim de encontrar a norma jurídica concreta aplicável ao caso. O Direito tinha um método, e tal quais as ciências naturais, dele não poderia se afastar para ser considerado autêntica ciência.

O formalismo, entretanto, passou a se defrontar com várias críticas. As principais delas foram feitas pelas tendências realistas do Direito. As tendências realistas partiam do entendimento da interpretação como um ato de vontade do juiz, quem construía sua decisão a partir das próprias experiências. Ao contrário da tendência formalista, a tendência realista defendia que a atividade científica do jurista residiria na atividade exclusivamente linguística: afastou-se o caráter lógico preponderante da atividade interpretativa de extração da norma para se defender a teorização da norma através de uma condição semântica de sentido¹⁴.

O maior mérito das tendências realistas foi o de proporcionar o levantamento do “véu da ignorância” que marcava o formalismo, demonstrando os equívocos das teses que o marcavam. Nas palavras de Warat¹⁵:

Certo é que a posição epistemológica do realismo brevemente exposta (talvez de algum modo distorcida por minha interpretação valorativa dela) serviu para desnudar a mensagem ideológica do formalismo, destruir o mito da segurança jurídica e alertar-nos sobre as propriedades da linguagem em que as normas são formuladas, revelando a função prescritiva não manifesta das correntes doutrinárias e dos tribunais. Serviu, também, para mostrar-nos, ao sublinhar e [sic] flexibilidade significativa da linguagem jurídica, a necessidade de contrapor à segurança do valor equidade. Tal valor, muitas vezes, não pode ser satisfeito

¹³ Ibid., p. 55.

¹⁴ WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994. p. 58.

¹⁵ Ibid., p. 59.

quando se acredita que a ordem positiva proporciona uma segurança absoluta e aqui já enunciamos uma conclusão que pode ser extraída mediante uma leitura conotativa das premissas do realismo.

O perigo contido nas teses realistas, porém, é o de substituir a “ditadura das leis” pela “ditadura dos juízes”, pois tais teses erigem o culto do julgador, colocando a questão da condição semântica para a análise da linguagem em um segundo plano¹⁶. Aqui, o juiz é o único intérprete autorizado a atuar como tal, conforme sua consciência, sua experiência, seus credos e sua (de)formação humanista, podendo estabelecer a interpretação da lei consoante sua vontade, inclusive a afastando.

Tendo as correntes realistas rompido com o paradigma formalista em determinados pontos, porém trocando um problema por outro, outras correntes tidas como intermediárias se formaram ao longo dos séculos XIX e XX. A teoria pura de Kelsen é um demonstrativo da corrente intermediária: se por um lado pretende ser “[...] uma filosofia do método e dos conceitos fundamentais da nominada ciência jurídica”, encarando o Direito como “objeto independente que pertence à esfera do normativo”, uma disciplina autônoma com objeto próprio¹⁷, também considera que o processo de interpretação e aplicação do Direito se dá através de um método próprio centrado na figura do juiz, que deverá demonstrar fundamentos argumentativos para sua forma de decidir:

A tensão entre a segurança e a equidade dilui-se argumentativamente na medida em que se preserva uma aparente segurança, na medida em que se mostra retoricamente que as soluções de equidade, as divergências decisórias, são produtos derivados e controlados pelo próprio sistema. Os componentes irracionais das decisões não criam insegurança enquanto não podem ser ideologicamente sentidos como racionais.¹⁸

Em outras palavras, interpretar – no contexto das tendências intermediárias – passou a ser a demonstração argumentativa de um processo de aplicação do Direito. Neste caso, o intérprete deve demonstrar – através dos métodos

¹⁶ Ibid., p. 59.

¹⁷ LEAL, Rogério Gesta. *Hermenêutica e direito*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 1999. p. 57.

¹⁸ WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994. p. 63.

próprios - como chegou à conclusão no momento da aplicação da norma ao caso concreto, como meio de legitimar sua decisão. Há uma amálgama entre descobrimento do sentido do texto, a racionalidade do método para justificação e a possibilidade de decidir além da lógica da lei, de acordo com elementos externos a ela. A interpretação, entretanto, permanece como meio para se chegar a um fim: a resposta possível ao determinado caso.

A forma de encarar a interpretação, e o relevante papel dela para o direito, foi modificada com a viragem cultural para a linguagem. Essa virada para a linguagem ocorreu quando os filósofos¹⁹ passaram a contar que todos os fenômenos e problemas culturais traduzem fundamentalmente problemas de linguagem, e, como tais, “não só exigem uma específica análise linguística como por essa análise se resolveriam ou mesmo a ela se reduziriam”²⁰. Conceber a linguagem como o centro da problemática científica do conhecimento acabou por impor a legitimação do discurso ético, valorativo, em contraposição ao discurso meramente positivista-normativista²¹.

A compreensão do Direito passou por profundas transformações a partir da virada linguística: se antes se via a linguagem como uma ferramenta, um terceiro elemento, tal qual um suporte entre a percepção do agente e o ato de interpretar, a partir das teorias heideggerianas sobre o *Dasein*²², essa percepção mudou: o ato de interpretar não pode se afastar da linguagem, consistindo em um ato de manifestação própria *através* da linguagem. Não é mais, ela, um terceiro, um suporte, mas o próprio ambiente em que se dá a interpretação. O objetivo da interpretação, na perspectiva da viragem linguística, passa então a ser a atribuição de sentido, a “determinação do sentido normativo-jurídico em concreta função judicativa”²³.

¹⁹ Destacando-se, entre outros, os trabalhos de Schleiermacher, Betti, Heideger e Gadamer, como apontado por ENGELMANN, Wilson. *Direito natural, ética e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 200-210.

²⁰ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *O actual problema metodológico da interpretação juridical* - I. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 117.

²¹ *Ibid.*, p. 128.

²² ENGELMANN, Wilson. *Direito natural, ética e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 211. “Embora não se saiba expressamente, a diferença entre o ser e o ente está no *Dasein* e em sua existência. Nesse contexto, ‘existência significa, de certa maneira, *ser na efetivação dessa diferença*’”.

²³ *Ibid.*, p. 340-341.

Constatada essa mudança no modo de entender o processo de manifestação do ser, a hermenêutica filosófica passou a ocupar um lugar de destaque na compreensão do direito. Neste sentido, Streck²⁴:

O Direito passa a ser compreendido a partir desse novo lugar destinado à linguagem, nessa “terceira” etapa da história do conhecimento: na metafísica clássica, a preocupação era com coisas; na metafísica moderna, com a mente, a consciência; já no paradigma exurgente da invasão da filosofia pela linguagem, a preocupação é com a palavra, a linguagem. Não há essências. Tampouco definimos a realidade a partir de nossa consciência assujeitadora do mundo. O mundo não é um conjunto de objetificações. Daí o alerta de Heidegger: a pedra não tem o mundo, o animal é pobre em mundo, e o homem é formador de mundo. Neste novo paradigma, a linguagem constitui mundo; é condição de possibilidade. Desse modo, a linguagem não está à disposição do sujeito. Antes disto, é o sujeito que depende da linguagem. O mensageiro já vem com a mensagem. No conto está o contador.

A virada linguística leva a uma nova forma de compreender o direito e supera a mera análise e elaboração do método interpretativo, isto é, rompe com o formalismo anterior de considerar a interpretação apenas um método para se extrair a norma do texto legal e aplicá-la ao caso analisado. O giro ontológico-linguístico trabalha não na perspectiva metafísica de diferenciar “norma” e “texto”, mas sim de enxergar a norma como resultado de um processo de atribuição de sentido (compreensão) ao texto²⁵. Atribuição de sentido, diga-se, que não é realizada de qualquer forma, escolhendo qualquer sentido, mas sim observando o sentido hermeneuticamente adequado de acordo com a construção

²⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 277-278.

²⁵ ENGELMANN, Wilson. *Direito natural, ética e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 222. “A compreensão, iluminada pela pré-compreensão, projeta várias possibilidades. E o interessante é que Heidegger refere que à interpretação cabe justamente elaborar as diversas formas que são apresentadas pela compreensão. Neste sentido, geralmente a interpretação é apresentada como aquele momento em que houve a compreensão. Heidegger dirá que não. A interpretação representa uma elaboração de formas e sentidos projetados pela compreensão e já inseridos desde sempre na estrutura da pré-compreensão”.

histórica (tradição)²⁶ de sentido do vocábulo analisado, conjugando-a com a realidade (saber pragmático). Os sentidos de um texto, afirma Streck²⁷, “são atribuíveis a partir da facticidade em que está inserido o intérprete e respeitando os conteúdos de base do texto, que devem nos dizer algo”.

Portanto, e à guisa de conclusão parcial, rompe-se com o sentido comum de interpretar. Não se trata mais de colocar o método como o centro da atividade hermenêutica, focando-se o “desvelar” do sentido. Ao contrário, a interpretação deve ser tida como momento de atribuição de sentido, da compreensão, a qual se dá dentro do círculo hermenêutico.

2 A VISÃO TRADICIONAL NA INTERPRETAÇÃO DOS TRATADOS CONTRA DUPLA TRIBUTAÇÃO INTERNACIONAL

Os tratados ou convenções contra a dupla tributação internacional são instrumentos utilizados pelo Estados para evitar a dupla tributação jurídica sobre a renda e o capital²⁸. Tais tratados não possuem o condão de instituir novas obrigações tributárias, limitando-se a distribuir a competência entre os Estados signatários, a fim de que estes possam coordenar a imposição tributária.

Embora parte da doutrina afirme que as regras dos tratados para evitar a dupla tributação internacional encerrem “normas de conflito” – isto é, regras necessárias para estabelecer previamente qual a legislação aplicável a cada caso específico, quando o fato tributável envolver a mesma renda, mesmo contribuinte e dois Estados distintos visando a aplicar a sua legislação tributária²⁹ –, o fato é que a posição majoritária entende os tratados como encerrando “normas de competência”. Estas, por sua vez, podem ser compreendidas como regras distributivas de potestade tributária entre os Estados signatários. Assim, os

²⁶ ENGELMANN, Wilson. *Direito natural, ética e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 236. “[...] Gadamer entende que o verdadeiro sentido de um texto também será denominado pela situação histórica (a sua tradição) do intérprete”.

²⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 338.

²⁸ SERRANO ANTÓN, Fernando. Los principios básicos de lá fiscalidad internacional y los convênios para evitar lá doble imposición internacional: historia, tipos, fines, estrutura y aplicación. In: SERRANO ANTÓN, Fernando (Org.). *Fiscalidad internacional*. 3. ed. Madrid: CEF, 2007. p. 236. Existem dois tipos de dupla tributação internacional: a jurídica e a econômica. A jurídica é definida como a tributação decorrente de impostos comparáveis (mesma hipótese de incidência) sobre a mesma renda de um mesmo contribuinte em dois ou mais Estados por idênticos períodos. A econômica é definida por exclusão, correspondendo à dupla tributação que difere em um dos três pontos anteriormente mencionados.

²⁹ UCKMAR, Victor et al. *Manual de direito tributário internacional*. São Paulo: Dialética, 2012. p. 44.

tratados para evitar a dupla tributação internacional não “decidem” de antemão sobre a aplicação do direito estrangeiro, mas sim asseguram que a vontade comum dos Estados signatários afasta a aplicação da legislação local no ponto já indicado no tratado, excluindo a possibilidade de aplicação da lei interna ao caso específico ou vice-versa. Assim, através de um princípio de especificidade, seria correto falar em *Grenznormen* (regras de limitação da competência), como se verifica na opinião de Vogel³⁰:

Where it otherwise would apply, or by obliging one or both States to allow a credit against their domestic tax for taxes paid in the other State. Within the scope of a treaty, therefore, a tax obligation exists only if and to the extent that, in addition to the requirements of domestic law, the treaty requirements also are satisfied. Consequently, rules of double taxation are not conflict rules (Kollisionsnormen) similar to those in private international law. Rather, they are “rules of limitation of law” (Grenznormen) comparable to those of an “international administrative law” (Internationales Verwaltungsrecht), as it has been described and analysed by Karl Neumeyer. Ordinarily, however, such rules of limitation are embodied in, or closely related to, the substantive rules of the domestic law of the State in question [...].

A interpretação dos tratados para evitar a dupla tributação internacional deve ter em conta a natureza de limitação de competência para ser efetiva. Considerado um conjunto de regras de distribuição da competência, o tratado deverá ser interpretado apenas em relação ao alcance e aplicação da legislação interna sobre um determinado fato. Neste caso, verificar-se-ão se as definições contidas no texto do tratado afastam a competência do Estado em relação ao caso específico analisado na forma das regras analisadas, a fim de resolver qualquer dúvida sobre o entendimento deste por parte dos intérpretes. A operação interpretativa dos tratados para evitar a dupla tributação internacional é assim narrada por Campo Azpiazu³¹:

³⁰ VOGEL, Klaus et al. *On double taxation conventions*. Londres: Kluwer Law, 1997. p. 20.

³¹ CAMPO AZPIAZU, Carolina Del. Modelos, fines, estructura e interpretación y calificación de los convenios de doble imposición. In: CORDÓN EZQUERRO, Teodoro (Dir.). *Manual de fiscalidad internacional*. 3. ed. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, v. I, 2007. p. 559.

El Convenio define las rentas que se incluyen en cada artículo, por lo que será necesario comprobar, de acuerdo con las definiciones que plantea el Convenio, cuál es el artículo aplicable al caso concreto. No hay que olvidar que se está analizando sólo el Convenio y, aunque probablemente la renta tendrá la misma naturaleza en la legislación interna, se pretende determinar la potestad tributaria según el Convenio. A continuación el Convenio determinará la potestad para gravar esa renta. Como se ha mencionado en líneas anteriores, el Convenio puede determinar que la tributación sea exclusiva de uno de los Estados o que sea compartida y ambos Estados puedan gravar. Si la potestad es compartida el Estado de la fuente podrá aplicar su legislación interna con los límites que establezca el Convenio.

Em outras palavras: ao definir o que é “renda tributável”, o próprio tratado para evitar a dupla tributação internacional traz em seu bojo a definição do termo “renda” para fins de tributação; mais adiante, afirma qual será o Estado contratante competente para tributar a “renda” conceituada. Tome-se como exemplo o tratado Brasil-Canadá para evitar a dupla tributação sobre a renda, introduzida no ordenamento brasileiro pelo Decreto nº 92.318, de 23 de janeiro de 1986. Ali se lê que o tratado é aplicável em relação “aos impostos sobre a renda cobrados por cada um dos Estados Contratantes, seja qual for o sistema usado para sua cobrança” (art. II)³². No mesmo tratado, o art. III traz definições-base a serem consideradas pelos Estados contratantes, como “Brasil” e “Canadá” em seus sentidos físicos³³, a fim de limitar a competência territorial.

³² BRASIL. Decreto nº 92.318, de 23 de janeiro de 1986. Dispõe sobre a execução da Convenção destinada a evitar a dupla tributação em matéria de impostos sobre a renda, celebrada entre os Governos do Brasil e do Canadá. Disponível em: <<http://idg.receita.fazenda.gov.br/aceso-rapido/legislacao/acordos-internacionais/acordos-para-evitar-a-dupla-tributacao/canada/decreto-no-92-318-de-23-de-janeiro-de-1986>>. Acesso em 16 maio 2016.

³³ Id., *ibid.*, “a) o termo ‘Brasil’ designa o território da República Federativa do Brasil, isto é, a terra firme continental e insular e respectivo espaço aéreo, bem como o mar territorial e o leito e subsolo desse mar, dentro do qual, em conformidade com o Direito Internacional e com as leis brasileiras, o Brasil possa exercer seus direitos; b) o termo ‘Canadá’, empregado em sentido geográfico, designa o território do Canadá, incluindo qualquer área além dos mares territoriais do Canadá que, segundo as leis do Canadá, seja uma área sobre a qual o Canadá possa exercer direitos com respeito ao fundo do mar e subsolo e seus recursos naturais; [...]”.

Outra definição contida no tratado são “pessoa”³⁴, “nacional”³⁵ e “sociedade”³⁶, a fim de estipular a identidade subjetiva dos contribuintes a serem alcançados pela exação e assim por diante.

Ao trazer suas próprias definições, o tratado para evitar a dupla tributação busca esclarecer os elementos básicos para distribuição da competência entre os Estados contratantes para fins de tributação. Todavia, considerando os defeitos comuns da linguagem, o próprio tratado traz disposição específica buscando integrar aspectos não previstos em seu texto. Daí a existência do art. III, segunda alínea, cuja redação é a seguinte³⁷:

Para a aplicação da presente Convenção por um Estado Contratante, qualquer expressão que não se encontre de outro modo definida terá o significado que lhe é atribuído pela legislação desse Estado Contratante relativa aos impostos que são objeto da presente Convenção, a não ser que o contexto imponha interpretação diferente.

Há, portanto, um sistema interpretativo organizado no bojo do próprio tratado: além de termos previamente definidos, consta de regra uma cláusula geral de interpretação para sanar quaisquer dúvidas ou entendimentos conflitantes. Em qualquer caso, a interpretação dos tratados para evitar a dupla tributação internacional não deve fugir do contexto em que foi elaborada, devendo tomar em conta o “conteúdo semântico da Convenção” para produzir a norma concreta individual em cada caso³⁸.

³⁴ Id., “d) o termo ‘pessoa’ compreende uma pessoa física, uma sociedade ou qualquer outro grupo de pessoas; [...]”.

³⁵ Id., “e) o termo ‘nacionais’ designa: i) todas as pessoas físicas, que possuam a nacionalidade de um dos Estados Contratantes; ii) todas as pessoas jurídicas, sociedades de pessoas e associações constituídas de acordo com as leis em vigor num Estado Contratante”.

³⁶ Id., “f) o termo ‘sociedade’ designa qualquer pessoa jurídica ou qualquer entidade que, para fins tributários, seja considerada como pessoa jurídica; [...]”.

³⁷ BRASIL. Decreto nº 92.318, de 23 de janeiro de 1986. Dispõe sobre a execução da Convenção destinada a evitar a dupla tributação em matéria de impostos sobre a renda, celebrada entre os Governos do Brasil e do Canadá. Disponível em: <<http://idg.receita.fazenda.gov.br/aceso-rapido/legislacao/acordos-internacionais/acordos-para-evitar-a-dupla-tributacao/canada/decreto-no-92-318-de-23-de-janeiro-de-1986>>. Acesso em: 16 maio 2016.

³⁸ TORRES, Heleno Taveira. *Pluritributação internacional sobre as rendas das empresas*. São Paulo: RT, 2002. p. 643.

Há, entretanto, um problema para se chegar à conclusão comum sobre o contexto do tratado. Xavier³⁹, seguindo a doutrina tradicional, esclarece o significado de “contexto”:

O *contexto* compreende, além do texto (incluindo preâmbulo e anexos), qualquer acordo relacionado com o tratado que tiver sido celebrado pelas partes em conexão com a conclusão do tratado, bem como qualquer instrumento elaborado por uma ou mais partes em conexão com a conclusão do tratado e aceite pelas outras partes como instrumento relacionado com o tratado.

Uckmar⁴⁰, reforçando esse entendimento, aponta que os princípios gerais de interpretação dos tratados internacionais hauridos da Convenção de Viena⁴¹ seguem, de maneira geral, princípios de boa-fé. Neste sentido, como os tratados para evitar a dupla tributação devem seguir as regras gerais naquilo que não dispuserem de maneira distinta, eles devem ser interpretados também em consonância com tais regras. Logo, o significado corrente das palavras e das expressões definidas e não definidas deve ser extraído à luz do contexto, do objeto e do escopo do próprio tratado.

Em suma, a interpretação dos tratados para evitar a dupla tributação, dentro da acepção clássica, deve levar em consideração os métodos gramatical (“o sentido comum atribuível aos termos do tratado”), sistemático (“em seu contexto”), teleológico (“à luz de seu objetivo e finalidade”) e histórico (“qualquer acordo posterior entre as partes relativo à interpretação do tratado ou à aplicação de suas disposições”). A visão tradicional da interpretação dos tratados em geral, e dos tratados para evitar a dupla tributação em particular, ainda segue a linha savignyana, estabelecendo o método de estabelecimento do contexto e dos termos do tratado como razão última do processo de interpretação.

³⁹ XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 135.

⁴⁰ UCKMAR, Victor et al. *Manual de direito tributário internacional*. São Paulo: Dialética, 2012. p. 46.

⁴¹ São eles: interpretação autêntica contida no texto dos tratados, no protocolo final, ou em textos anexos; a interpretação consensual das duas Administrações para a solução de casos específicos; a interpretação sistemática de acordo com os princípios do tratado, os princípios do direito tributário internacional e as normas internas dos dois Estados.

Importa destacar que a visão tradicional observa interpretação e aplicação como dois fenômenos distintos, seguindo a afirmação de Xavier⁴²:

Embora reconheçamos que interpretação e aplicação do direito são operações interdependentes, como que de solução circular, envolvendo fases sucessivas de adequação das normas à realidade, nem por isso pomos em causa que a interpretação é um fenômeno conceitualmente distinto da aplicação, precedendo-a logicamente.

Torres⁴³, complementando a exposição acima, separa – ainda que didaticamente – a interpretação da aplicação, considerando a existência de um processo onde há uma “sucessão de prioridades”: primeiro, a busca do significado ordinário no texto do tratado; segundo, se a expressão não for clara, recorrer ao contexto do próprio tratado ou o reenvio às normas internas do Estado. Tudo, ressalta-se, com o objetivo de formar a “norma individual e concreta de direito interno aplicável ao fato-evento como elemento de estraneidade. Esta é a concepção que a doutrina tradicional do direito internacional tributário estabelece”.

Ao considerar interpretação e aplicação problemas apartados, a visão tradicional empurra a interpretação do tratado para evitar a dupla tributação para um segundo plano: ela se torna um meio para se chegar a um resultado, isto é, a concretização do direito estatal de tributar determinada renda.

De já, devemos esclarecer que a manutenção deste paradigma, em tempos de viragem ontológica para a linguagem, não pode ser mantida. Isto se dá porque o processo de interpretação passa necessariamente pela compreensão do texto fundamentalmente em sua historicidade, a fim de que se possa atribuir a ele o significado, a norma orientadora do caso concreto, como já afirmado.

2.1 NOVOS PARADIGMAS PARA A INTERPRETAÇÃO DOS TRATADOS CONTRA DUPLA TRIBUTAÇÃO INTERNACIONAL

Como visto no tópico anterior, a doutrina clássica parte do entendimento sobre interpretação e aplicabilidade do tratado para evitar a dupla tributação

⁴² XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 141.

⁴³ TÔRRES, Heleno Taveira. *Pluritributação internacional sobre as rendas das empresas*. São Paulo: RT, 2001. p. 640-641.

internacional como operações distintas, porém interdependentes. Interpreta-se para aplicar ao caso concreto, em operações de simples qualificação dentro do contexto do próprio tratado. Conforme Torres⁴⁴:

A tarefa do intérprete, portanto, é a de buscar compor a “significação” que os enunciados denotam no seu “contexto”, para, no quaro das possíveis relações com os “residentes” de um ou do outro Estado contratante, obter a efetiva representação do comportamento regulado.

Em assim sendo, continua Torres⁴⁵, a interpretação do tratado para evitar a dupla tributação resume-se à formulação de uma norma jurídica individual e concreta “formulada no interior de cada um dos Estados contratantes” no momento em que o tratado é aplicado ao caso concreto, tomando em conta o “conteúdo semântico” do tratado.

Inicialmente, a primeira crítica a ser feita à visão tradicional refere-se às operações apartadas de interpretação e aplicação do tratado. Já foi esclarecido, na primeira parte deste trabalho, que o ato de interpretar implica necessariamente a compreensão prévia como condição para atribuição de sentido. A interpretação deve ser vista como o “momento discursivo-argumentativo em que falamos dos entes (processo, Direito etc.) pela compreensão que temos de seu ser”⁴⁶. A interpretação depende da compreensão; esta, por sua vez, funda-se em sentidos prévios já constituídos através da linguagem, a qual representa a historicidade do ser, isto é, a estrutura prévia de sentido⁴⁷. O fato analisado é compreendido a partir do sentido histórico atribuído aos termos do tratado para evitar a dupla tributação. Somente se interpretará adequadamente se houver já uma gama de sentidos prévios postos para que a norma seja construída corretamente e, assim, resolva a questão da competência tributária dos Estados signatários. A visão tradicional peca ao apartar as duas operações (interpretação e aplicação),

⁴⁴ TÔRRES, Heleno Taveira. *Pluritributação internacional sobre as rendas das empresas*. São Paulo: RT, 2001. p. 642.

⁴⁵ Id., *ibid.*, p. 643.

⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 241.

⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 243.

olvidando o compreender como aspecto essencial da interpretação dos tratados para evitar a dupla tributação internacional.

Uma segunda questão a ser analisada refere-se à pré-compreensão dos termos usados nos tratados para evitar a dupla tributação internacional, a sua historicidade. A doutrina tradicional aponta a dificuldade no estabelecimento de conceitos unívocos em um modelo de tratado para evitar a dupla tributação em face dos ordenamentos jurídicos distintos, com legislações e línguas distintas dificultando o processo.

Todavia, tal afirmação parece incorreta. Historicamente, como aponta Serrano Antón⁴⁸, a utilização de tratados para evitar a dupla tributação vem ocorrendo desde o século XIX: inicialmente utilizados para isentar a renda dos representantes diplomáticos, a partir do final da Primeira Guerra Mundial, com o incremento do comércio entre países aliados e o crescimento industrial, houve o aumento da rede de tratados para evitar a dupla tributação com a finalidade de evitar a imposição desmedida sobre o comércio mundial. Se até 1921 cada país utilizava sua soberania para tratar dos acordos de maneira individualizada, em 1928 a Sociedade das Nações reuniu informações e coordenou a criação de um modelo-base a ser seguido pelo Países-membros. Não tendo tal modelo sido amplamente recepcionado, a Organização Europeia para Cooperação Econômica (OECE, depois modificada para Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE) lançou seu modelo de tratado para evitar a dupla tributação internacional em 1963, tornando-se, então, o *standard* de quaisquer negociações⁴⁹. De lá para cá, foi estabelecida uma rede de aproximadamente 2.000 tratados bilaterais para evitar a dupla tributação, estabelecendo-se uma rede de tratados semelhantes, com conceitos comuns e mesmos princípios orientadores⁵⁰.

Avery Jones⁵¹, inclusive, percebe a existência de uma relação de circularidade: os conceitos utilizados no modelo da OCDE não só sofrem influência dos ordenamentos internos, como também os influencia em uma relação

⁴⁸ SERRANO ANTÓN, Fernando. Los principios básicos de lá fiscalidad internacional y los convênios para evitar lá doble imposición internacional: historia, tipos, fines, estrutura y aplicación. In: SERRANO ANTÓN, Fernando (Org.). *Fiscalidad internacional*. 3. ed. Madrid: CEF, 2007. p. 244.

⁴⁹ Id., *ibid.*, p. 246.

⁵⁰ AVI-YONAH, Reuven. *International tax as international law*. New York: Cambridge University Press, 2007. p. 3.

⁵¹ AVERY JONES, John F et al. The origins of concepts and expressions used in the OECD model and their adoption by States. *British Tax Review*, Londres, n. 6, p. 695, 2006.

de circularidade. Através da análise dos conceitos presentes no modelo OCDE, afirmou-se que todos os conceitos presentes no modelo podem ser encontrados em versões anteriores de algum tratado ou nas legislações internas dos países continentais europeus (de tradição *civil law*, em contraposição ao *common law* britânico), principalmente porque foram estes que mais influenciaram a criação da rede de tratados após a Primeira Guerra Mundial.

Ora, se há uma convergência de horizontes no que tange à compreensão dos termos empregados tanto pela legislação interna quanto pelo tratado, a análise dos casos deve observar a pragmática, e não somente a semântica. Não se poderá admitir um uso dissonante dos termos do tratado. Há um sentido e uma coordenação já explicitadas historicamente, no sentido de haver uma linguagem tributária internacional já formada⁵². A interpenetração histórica dos sentidos demonstra o equívoco quanto ao entendimento tradicional de que a interpretação do tratado é autônoma em relação à legislação interna, isto é, deve sempre ser observada no contexto do próprio tratado e somente dele para, só em caso excepcional, recorrer ao que dispõe a legislação interna.

Ora, se o sentido histórico dos termos do tratado já está posto, caberá ao intérprete compreender o caso e atribuir-lhe o sentido próprio coordenando o disposto no tratado para evitar a dupla tributação e a legislação interna, não simplesmente extrair a norma aplicável ao caso ou proceder à qualificação do caso para fins de aplicação da legislação correlata.

Terceira questão que se deve colocar é que a interpretação dos tratados para evitar a dupla tributação se dá no interior do Estado contratante, sob os auspícios da Constituição⁵³. Com isto, além do princípio da boa-fé (manifestação de uma obrigação estatal a nível de direito internacional público), deve-se levar em consideração também o quadro das obrigações internas previstas na Constituição. Quer-se com isto dizer que o tratado, para evitar a dupla tributação, deve ser interpretado no contexto da concretização dos direitos fundamentais, exigindo que a construção de sentido de seus termos leve em consideração,

⁵² A expressão linguagem tributária internacional foi usada pela Suprema Corte da Austrália em *Thiel v. FCT* 21 ATR 531, 537 (1990), citado por VOGEL, Klaus et al. *On double taxation conventions*. Londres: Kluwer Law, 1997. p. 37.

⁵³ SANTIAGO, Igor Mauler. *Direito tributário internacional*. Métodos de solução de conflito. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 33. “Na prática, porém, ante o caráter eminentemente descentralizado da sociedade internacional, a doutrina se vê obrigada a reconhecer o alcance limitado desse princípio de supremacia, que não é por si mesmo capaz de acarretar a anulação da norma nacional contrária, não impondo mais do que a responsabilização internacional do Estado faltoso”.

além do princípio da boa-fé, também os princípios da igualdade e capacidade contributiva.

Nesse quadro, pode-se destacar que o tratado para evitar a dupla tributação internacional, em *ultima ratio*, pode ser compreendido como um compromisso do Estado em concretizar o princípio da capacidade contributiva no plano interno e no plano internacional. Veja-se que um dos objetivos declarados do tratado é o de impedir a dupla tributação jurídica, pelos manifestos efeitos danosos à circulação de bens e capital, buscando adequar o peso da carga tributária aos contribuintes em situação peculiar por serem estrangeiros ou mesmo nacionais que auferiram renda tributável em território estrangeiro⁵⁴.

O fato de se buscar coordenar a imposição tributária entre Estados para garantir uma equitativa distribuição da arrecadação e evitar distorções fiscais⁵⁵ faz do tratado um compromisso entre Estados – baseado na Constituição de cada qual e nos estreitos limites de suas competências para firmá-los – para evitar a tributação excessiva da renda produzida em território estrangeiro, o que, ao final, garante as bases de uma tributação mais justa.

Ora, se se busca justiça na tributação das rendas internacionais através de um tratado para evitar a dupla tributação, este só pode ser compreendido como instrumento para manutenção da capacidade contributiva na forma preconizada por Buffon⁵⁶:

O princípio da capacidade contributiva pode ser entendido como corolário da justiça fiscal, visto que sua observância implica que a carga tributária seja repartida de acordo com a possibilidade de cada indivíduo de suportá-la. Por isso mesmo, o conteúdo e o significado do princípio parecem algo bastante simples de se compreender.

Assim, ao contrário do que dispõe a visão tradicional, a interpretação dos tratados para evitar a dupla tributação internacional deve ter como horizonte a construção de sentidos capazes para adequar a correta distribuição da carga tributária entre Estados (competência impositiva), em respeito à capacidade

⁵⁴ FALCON Y TELLA, Ramón; PULIDO GUERRA, Elvira. *Derecho fiscal internacional*. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 15.

⁵⁵ Id., *ibid*.

⁵⁶ BUFFON, Marciano. *Tributação e dignidade humana: entre os direitos e deveres fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 178.

contributiva do contribuinte (dever de contribuir). Por esse prisma, o significado das expressões contidas nos tratados deve ser construído no sentido histórico gadameriano, de acordo com a finalidade última de concretizar a matriz constitucional da capacidade contributiva.

A interpretação dos tratados para evitar a dupla tributação internacional, portanto, necessita de uma revisão profunda. Deve-se abandonar o extremo apego ao dogmatismo, à interpretação meramente semântica dos termos, para se construir uma teoria hermenêutica adequada à concretização dos direitos dos Estados para arrecadar (e dos contribuintes em pagar) a fatia justa adequada à capacidade contributiva.

CONCLUSÃO

A interpretação é tradicionalmente vista no Direito como sendo um processo de obtenção da norma, através da leitura do texto das leis. A visão tradicional da interpretação coloca o método interpretativo em primeiro plano, considerando a linguagem um meio que o pensamento utiliza para se chegar à norma aplicável ao caso concreto. Não só o intérprete é reduzido à qualidade de mero observador, como o paradigma dominante é o da filosofia da consciência de Descartes, de cunho metafísico. O ser é uma idealização da mente; a realidade é explicada pelo pensamento. Logo, a interpretação é a reprodução desse pensamento.

Heidegger rompeu com a noção metafísica, colocando a linguagem como centro da vida. O ser humano se define pela linguagem, sendo esta a própria expressão do ser. Nesta linha de sentido, o giro ontológico-linguístico traz a linguagem para o centro da atividade humana. Gadamer, utilizando essa base, passa a considerar que o método interpretativo não é o essencial; ao contrário, a interpretação é uma construção de sentido histórico, baseada na linguagem. A linguagem é a história do próprio ser, pois carrega, entre os conceitos e ideias, o acúmulo de experiências. Assim, interpretar é atribuir sentido, não se limitando ao método interpretativo.

A interpretação no Direito, após o giro ontológico-linguístico, passa então a colocar a linguagem no centro da atividade do intérprete. A norma não mais é extraída do texto da lei, como se estivesse ali em estado puro permitindo sua descoberta original e livre de um histórico. A norma jurídica é construída pelo intérprete de acordo com as pré-compreensões decorrentes do sentido historicamente dado aos termos. Em outras palavras, o intérprete atua dentro de um contexto e constrói a única resposta correta a ser dada ao caso. Livra-

-se da semântica e sintática puras para adotar a pragmática da linguagem. A interpretação não ocorre senão em um contexto.

Neste quadrante, a adoção do paradigma proposto pelo giro ontológico-linguístico é mais propícia a garante direitos fundamentais, pois somente haverá uma resposta correta, sempre acorde à concretização da Constituição.

A interpretação dos tratados para evitar a dupla tributação internacional deve obedecer ao novo paradigma do giro ontológico-linguístico. A doutrina tradicional sobre a interpretação dos tratados para evitar a dupla tributação utiliza dogmatismos relacionados à filosófica da consciência e ao emprego do método, visando a adquirir um caráter de autonomia própria. Todavia, com a viragem ontológica para a linguagem, a interpretação dos tratados para evitar a dupla tributação internacional deve ser revista, especialmente no que tange à interpretação conforme a Constituição dos Estados contratantes.

Neste sentido, a interpretação dos tratados para evitar a dupla tributação internacional deve ter em conta a formação histórica dos conceitos encartados no tratado, para permitir não só a coordenação das competências impositivas dos Estados, mas também a concretização dos direitos constitucionais dos contribuintes, em especial a capacidade contributiva.

REFERÊNCIAS

VERY JONES, John F. et al. The origins of concepts and expressions used in the OECD model and their adoption by States. *British Tax Review* n. 6, Londres, 2006.

AVI-YONAH, Reuven. *International tax as international law*. New York: Cambridge University Press, 2007.

BRASIL. Decreto nº 92.318, de 23 de janeiro de 1986. Dispõe sobre a execução da Convenção destinada a evitar a dupla tributação em matéria de impostos sobre a renda, celebrada entre os Governos do Brasil e do Canadá. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/AcordosInternacionais/Canada/Dec923181986.htm>>. Acesso em: 12 fev. 2013.

BUFFON, Marciano. *Tributação e dignidade humana: entre os direitos e deveres fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CAMPO AZPIAZU, Carolina Del. Modelos, fines, estructura e interpretación y calificación de los convenios de doble imposición. In: CORDÓN EZQUERRO, Teodoro (Dir.). *Manual de fiscalidad internacional*. 3. ed. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, v. I, 2007.

- CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica* – I. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- ENGELMANN, Wilson. *Direito natural, ética e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- FALCON Y TELLA, Ramón; PULIDO GUERRA, Elvira. *Derecho fiscal internacional*. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LEAL, Rogério Gesta. *Hermenêutica e direito*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 1999.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- SANTIAGO, Igor Mauler. *Direito tributário internacional*. Métodos de solução de conflito. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- SAVIGNY, Friederich Karl von. *Metodologia jurídica*. Trad. para o português: Hebe A. M. Caletti Marengo. Campinas: Edicamp, 2001.
- SERRANO ANTÓN, Fernando. Los principios básicos de lá fiscalidad internacional y los convênios para evitar lá doble imposición internacional: historia, tipos, fines, estrutura y aplicación. In: SERRANO ANTÓN, Fernando (Org.). *Fiscalidad internacional*. 3. ed. Madrid: CEF, 2007.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- _____. *Verdade e consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- TÔRRES, Heleno Taveira. *Pluritributação internacional sobre as rendas das empresas*. São Paulo: RT, 2001.
- UCKMAR, Victor et al. *Manual de direito tributário internacional*. São Paulo: Dialética, 2012.
- WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, v. I, 1994.
- XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

Submissão em: 23.07.2015

Avaliado em: 15.09.2015 (Avaliador A)

Avaliado em: 31.07.2015 (Avaliador B)

Avaliado em: 19.05.2016 (Avaliador C)

Aceito em: 20.05.2016

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO PELA FALHA NO DEVER DE INFORMAÇÃO, À LUZ DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA¹

MEDICAL LIABILITY FOR FAILURE IN THE DUTY TO INFORM UNDER THE PRINCIPLE OF OBJECTIVE GOOD FAITH

Eugênio Facchini Neto²

Doutor em Direito Comparado (Florença/Itália)

Luciana Gemelli Eick³

Especialista em Direito dos Contratos e Responsabilidade Civil pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos

ÁREA(S) DO DIREITO: direito civil; responsabilidade civil; bioética.

RESUMO: Busca-se, nesse estudo, analisar a responsabilidade civil do médico, enquanto profissional liberal, por falta ou deficiência de informações ao paciente, comprometendo o consentimento informado deste. Grande

atenção foi dada ao princípio da boa-fé, nele encontrando-se um dos fundamentos para o dever de informação, uma vez que o dever de informar, na legislação consumerista, assume caráter de direito básico, devendo, portanto, ser observado. A inobservância do referido dever configura inadimplemento con-

¹ O presente texto foi apresentado, em versão ampliada (51 laudas), pela coautora Luciana G. Eick como trabalho final na disciplina “Direito Privado e Sociedade – Perfil Constitucional e em Perspectiva Comparada”, ministrada pelo coautor Eugênio Facchini Neto, no programa de Mestrado em Direito junto ao PPGD da Faculdade de Direito da PUC/RS. Referido texto original foi inicialmente reduzido pelo coautor Facchini para 15 laudas e, posteriormente, por ele aumentado, com suas próprias contribuições, até as 27 laudas de sua feição definitiva (no formato texto, pré-impressão). Assim, pode-se dizer que se trata de texto escrito a quatro mãos.

² Mestre em Direito Civil pela Universidade de São Paulo, Professor Titular dos Cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Professor e Ex-Diretor da Escola Superior da Magistratura Ajuris e Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/6714748405905770>.

³ Mestre em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e Advogada. E-mail: lgeick@gmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/3007664171259083>.

tratual, acarretando a responsabilidade civil ao médico quando, dessa ausência de informação, sobrevierem danos ao paciente, mesmo na ausência de culpa do médico.

PALAVRAS-CHAVE: Consentimento informado; dever de informar; princípio da boa-fé objetiva; responsabilidade civil.

ABSTRACT: *This study analyzes the physician's civil liability, as a liberal professional, in regard to the failure concerning the duty to inform his patient. Great attention was given to the principle of good faith, seen as one of the grounds for the duty to inform, since this duty, in consumer law, assumes the character of basic right and should therefore be observed. The failure to observe this duty leads to the breach of contract and puts the physician in the situation of civil liability, when the absence of information causes damages to the patient, even in the absence of doctor's fault.*

KEYWORDS: *Informed consent; duty to inform; principle of good faith; civil liability.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O dever de informar do médico; 2 O consentimento informado; 3 Formas de expressão do consentimento; 4 O direito básico à informação e o princípio da boa-fé no direito privado brasileiro; 5 Responsabilidade civil do médico pela falha no dever de informação; 6 Críticas ao consentimento informado; Considerações finais; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 The medical duty to inform; 2 Informed consent; 3 Ways to expression the consent; 4 The basic right to information and the principle of good faith in Brazilian private law; 5 The physician's liability for breach of the duty to inform; 6 Criticism of informed consent; Final considerations; References.*

INTRODUÇÃO

A atividade médica contém riscos inerentes, pois inelimináveis e intrinsecamente ligados à própria natureza do serviço prestado. Não é exagero referir que todo e qualquer procedimento médico, especialmente cirúrgico, por mais simples que possa aparentar, enseja um risco que não deriva necessariamente de falhas na prestação do serviço, mas sim das imponderáveis reações do corpo humano a determinadas ações sobre o mesmo. É verdade, também, que o médico, em princípio, não responde pelos riscos inerentes. Na busca da cura ou da melhoria das condições de sua saúde, deve o próprio paciente assumir os riscos relacionados às intervenções médicas, sempre que não houver falhas em tais prestações. Todavia, para que uma tal solução se sustente, é necessário que o paciente tenha sido devidamente esclarecido sobre os possíveis ou potenciais riscos. É nesse contexto que deve ser analisado o direito do paciente a receber as informações pertinentes e o correlato dever

do profissional da saúde de fornecê-las, respeitando-se, assim, a autonomia do paciente.

De fato, em um passado não muito distante, a mentalidade cultural defendia a ideia de que, quanto menos o paciente soubesse a respeito de seu estado de saúde, melhores seriam as chances de recuperação. Hoje, porém, existe uma tendência crescente para que se adote uma postura aberta e transparente, revelando-se ao paciente as suas reais condições de saúde. Parte-se da ideia, hoje assente e inabalável, de que o paciente é sujeito de direito e não apenas objeto de cuidado. A sua inerente vulnerabilidade não lhe retira o direito fundamental de decidir sobre o que é melhor para si. É claro que, no exercício desse direito, contará ele com a participação inestimável do seu médico, que, detentor do conhecimento técnico, lhe prestará todas as informações necessárias para uma tomada de posição a respeito dos tratamentos possíveis ou recomendáveis.

De fato, são amplos os deveres do médico em sua típica atuação profissional. Como qualquer outro profissional, no desempenho de suas atividades, deve o médico dedicar ao paciente toda a sua diligência e cuidado, estando atento às particularidades do caso. Por dedicar-se a uma profissão altamente técnica, deve ele, também, atuar em conformidade com esse *standard* de elevada perícia técnica. E, além disso, deve dar aos seus pacientes toda a informação possível e necessária, esclarecendo-os a tal ponto que estejam eles habilitados a dar o seu consentimento consciente ao tratamento proposto, sabedores das alternativas existentes, riscos inerentes, custos envolvidos, etc. Esse ensaio abordará o último desses deveres, analisando-se a sua essência, as diversas formas de expressão do consentimento, a sua vinculação com o dever de esclarecimento inerente ao princípio da boa-fé objetiva, bem como as consequências das falhas no dever de informar no âmbito da responsabilidade civil do médico. Antes de tecermos as considerações finais, também faremos referências às críticas que se podem endereçar à exigência de se obter um amplo consentimento informado.

Como metodologia de trabalho, efetuou-se revisão bibliográfica tanto na doutrina nacional quanto na estrangeira sobre os aspectos analisados no texto. Diante dos propósitos do trabalho e dos seus limites inerentes, não se efetuou ampla pesquisa jurisprudencial. Optou-se, ao contrário, por fazer referências limitadas a alguns precedentes relacionados estritamente aos temas tratados.

1 O DEVER DE INFORMAR DO MÉDICO

A questão ética, no que diz respeito a comunicar a verdade ao paciente, mudou. Não é mais “se devemos ou não comunicar”, mas antes “como” vamos partilhar essa informação, levando-se em conta a condição psicológica do doente e os seus valores familiares, culturais e religiosos⁴.

A ideia de um dever de informar do médico não é muito antiga, considerando-se a história mais que milenar da medicina. Durante muito tempo reconheceu-se, no médico, o detentor exclusivo do conhecimento técnico e, nestas vestes, autorizado a tomar as decisões que entendesse fossem as melhores para o seu paciente. Este não era visto propriamente como um sujeito autônomo de direitos, cuja opinião devesse ser seriamente levada em consideração.

Segundo Heloisa H. Barbosa⁵, “desde os tempos de Hipócrates até os nossos dias, busca-se o *bem* do paciente, ou seja, aquilo que, do ponto de vista da medicina, se considera benéfico para o paciente”, sem, contudo, levar em consideração a percepção do próprio paciente. Nessa relação por assim dizer *paternalista*, “atribui-se ao médico o poder de decisão sobre o que é melhor para o paciente”, da mesma forma que os pais agem em relação aos seus filhos menores. Essa “foi durante longo tempo considerada a relação ética ideal, a despeito de negar ao enfermo sua capacidade de decisão como pessoa adulta. O médico tomava todas as decisões sem o paciente, a quem se dirigia para comentar o tratamento com vista a assegurar o seu cumprimento”. Esse tipo de relação *paternalista* foi a que predominou desde as origens da medicina até recentemente, com base em três crenças: “A obrigação de reverência aos médicos, seres dotados de um poder sobrenatural de curar; a fé nos doutores; a obediência ao médico, já que ‘quem sabe mais, pode mais’”⁶.

Foi substancialmente após as atrocidades ocorridas durante a Segunda Guerra Mundial, quando o mundo tomou conhecimento de alguns experimentos “científicos” levados a efeito pelos médicos nazistas, usando os judeus, ciganos e outras minorias perseguidas, que a comunidade internacional resolveu intervir

⁴ Manifestou-se nesses termos Léo Pessini, ex-Vice-Presidente da Sociedade Brasileira de Bioética e representante brasileiro na diretoria da International Association of Bioethics, citado por Décio Policastro (*Erro médico e suas consequências jurídicas*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 61).

⁵ BARBOSA, Heloisa Helena. Responsabilidade civil em face das pesquisas em seres humanos: efeitos do consentimento livre e esclarecido. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig (Org.). *Bioética e responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 224.

⁶ COSTA, Sérgio; DINIZ, Débora. *Bioética: ensaios*. Brasília: S.I.F. Costa, D. Diniz, 2001. p. 36.

nessa seara. Em 1947 foi editado o chamado “Código de Nuremberg”, que constituiu o grande marco ético-jurídico sobre o tema. Foi ele elaborado para servir de referência em vista do julgamento dos médicos nazistas por um tribunal militar americano, em delegação do Tribunal Internacional de Nuremberg. Já, no seu art. 1º, se exige o consentimento voluntário do ser humano como elemento absolutamente essencial para as pesquisas médicas em que ele venha a ser objeto⁷.

Nos Estados Unidos, o célebre *Relatório Belmont*, de 1978, é considerado um marco na identificação de princípios da bioética a serem aplicados na área médica, especialmente no âmbito de pesquisas científicas. Os princípios ali previstos foram posteriormente acolhidos pela comunidade médica e também pela comunidade jurídica atuante no campo do chamado biodireito, como sendo os fundamentos basilares do exercício da medicina. Tais princípios foram identificados como sendo o da *autonomia* (pacientes e participantes de pesquisa devem ser tratados como sujeitos dotados de autonomia e com capacidade para participar de decisões que lhe digam respeito), *beneficência* (baseado no aforisma hipocrático do *primum non nocere*, ou seja, não se deve causar dano ao paciente) e *justiça* (pessoas e situações iguais devem ser tratadas com igualdade). O primeiro desses princípios teve impacto direto no tema de que ora nos ocupamos.

A importância dos princípios da bioética nos é relevada por Daisy Gogliano⁸, quando afirma que os princípios configuram verdadeiras “tábuas de valores, mandamentos, comandos que devem ser aplicados por adequação aos casos práticos, para uma tomada de decisão diante de um dilema moral”.

Posteriormente, a doutrina começou a se preocupar não apenas com o requisito do consentimento para a intervenção médica na pesquisa, mas passou a exigir adequação quanto ao modo, ao momento e à forma de se informar sobre todo e qualquer tipo de intervenção⁹.

O consentimento fornecido pelo paciente, após receber as informações necessárias, sendo essas prestadas de forma compreensível, constitui requisito

⁷ MATHIEU, Bertrand. *La bioéthique*. Paris: Dalloz, 2009. p. 7.

⁸ GOGLIANO, Daisy. O consentimento esclarecido em matéria de bioética: ilusão de exclusão de responsabilidade. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério (Coord.). *Responsabilidade civil - Estudos em homenagem ao Professor Rui Geraldo Camargo Viana*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 121.

⁹ BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. *Direito médico - Abordagem constitucional da responsabilidade médica*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 108.

indispensável da relação médico-paciente, “por ser uma decisão que leva em consideração os objetivos, os valores, as preferências e necessidades do paciente e por ele tomada depois da avaliação dos riscos e benefícios”¹⁰. Nesse sentido, Cláudia Lima Marques afirma que o “consumidor informado deve ter tempo para refletir sobre se aceita ou não o serviço e, em tema tão importante como sua saúde e vida, não deve ser pressionado sem justa causa pelo médico ou hospital”¹¹.

Do ponto de vista legal, uma exegese simplista do art. 15 do Código Civil (“Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”) poderia levar ao entendimento de que somente as intervenções que acarretassem risco de morte é que deveriam ser precedidas de consentimento informado do paciente. Todavia, uma leitura constitucional desse dispositivo, com ênfase no princípio da autonomia da vontade, leva à compreensão de que *todo e qualquer* procedimento médico deve ser precedido de consentimento do paciente, mesmo que do mesmo não decorram maiores riscos.

Aliás, uma interpretação sistêmica também levaria a essa conclusão, pois também há previsão na legislação penal a respeito do tema, já que nosso Código Penal penaliza com detenção de três meses a um ano ou multa a intervenção médica ou cirúrgica sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, sem diferenciar se a intervenção acarreta risco de vida ou não. Apenas excepcionalmente em situação de iminente perigo de morte considera justificada a falta de consentimento (CP, art. 146 e seu § 3º, I)¹².

Destarte, nas ações de assistência à saúde, nas pesquisas realizadas com seres humanos, nas ações cotidianas, e não somente em circunstâncias limítrofes

¹⁰ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 580.

¹¹ MARQUES, Cláudia Lima. A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 827, p. 27, set. 2004.

¹² Código Penal:

“(Constrangimento ilegal). Art. 146. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda:

Pena – detenção, de três meses a um ano, ou multa.

[...]

§ 3º Não se compreendem na disposição deste artigo:

I – a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida;

[...]”

e que comportem riscos sérios à saúde ou à própria vida, o indivíduo autônomo tem o direito de consentir ou recusar o que lhe é proposto, tanto no que se refere à prevenção quanto no que diz respeito a ações curativas que afetem a sua integridade psicofísica ou social¹³.

Com Gustavo Tepedino¹⁴ pode-se dizer que “o dever de informação diz com os riscos do tratamento, a ponderação quanto às vantagens e desvantagens da hospitalização ou das diversas técnicas a serem empregadas, bem como a revelação quanto aos prognósticos e ao quadro clínico e cirúrgico, salvo quando esta informação possa afetar psicologicamente o paciente”.

Há situações em que tal dever de informar é particularmente acentuado. Por exemplo, ao ser submetido a tratamentos experimentais, técnicas novas, procedimentos que possam acarretar sérios riscos à saúde ou consequências definitivas, ou, ainda, quando se trata apenas de alcançar uma melhoria estética, o paciente deverá ser informado exaustivamente sobre o seu quadro clínico, as alternativas terapêuticas existentes, as eventuais complicações ou os efeitos colaterais de cada tipo de intervenção, devendo ser esclarecido quanto às dúvidas que suscitar. Só após isso tudo é que deverá prestar o seu consentimento.

No campo da cirurgia estética, aliás, há consenso sobre a existência de um dever redobrado de informação, por parte do médico, não só no Direito pátrio, mas também no âmbito do direito comparado. Na França, Jean Penneau¹⁵, a esse respeito, refere que “no domínio particular da cirurgia estética, a jurisprudência impõe igualmente uma informação exaustiva, abrangendo os riscos propriamente ditos da intervenção”.

O dever de informar do médico tem natureza instrumental, isto é, serve para esclarecer devidamente o seu paciente, de forma que este, ao concordar em se submeter ao procedimento sugerido, esteja devidamente ciente e consciente de todo o contexto. Ou seja, informa-se para se obter o “consentimento informado”. É o nosso próximo tópico.

¹³ FORTES, Paulo Antônio de Carvalho. *Ética e saúde: questões éticas, deontológicas e legais, tomada de decisões, autonomia e direitos do paciente, estudo de casos*. São Paulo: EPU, 1998. p. 51.

¹⁴ TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, t. II, 2006. p. 90.

¹⁵ PENNEAU, Jean. *La responsabilité du médecin*. Paris: Dalloz, 1992. p. 18/19.

2 O CONSENTIMENTO INFORMADO

O termo consentimento informado originou-se do inglês *informed consent*, embora a mesma figura também atenda pelos nomes de consentimento pós-informação, consentimento consciente, consentimento esclarecido, consentimento livre e esclarecido¹⁶ e, mais comumente, consentimento informado¹⁷. Essa última é a terminologia que utilizaremos de forma preferencial no texto.

Atualmente, praticamente todos os códigos deontológicos de profissionais da área da saúde e normas de pesquisas que envolvam os seres humanos exigem a obtenção do chamado consentimento informado dos pacientes ou dos sujeitos de pesquisa¹⁸. O objetivo fundamental dessa exigência “é possibilitar e proteger a escolha individual autônoma”. Todavia, também visa a proteger os pacientes e os sujeitos de pesquisa contra danos e encorajar os profissionais médicos para que ajam com responsabilidade nas interações com pacientes e sujeitos de pesquisa¹⁹. A importância do consentimento informado tem a ver, como frisamos antes, com o reconhecimento do respeito à autonomia do paciente ou sujeito de experimentação²⁰.

Sobre isso, Joaquim Clotet afirma que o consentimento informado constitui condição indispensável para a existência da relação médico-paciente e da pesquisa em seres humanos, consistindo tal consentimento em uma “decisão voluntária, verbal ou escrita, protagonizada por uma pessoa autônoma e capaz, tomada após um processo informativo, para a aceitação de um tratamento

¹⁶ Joaquim Clotet refere que o “termo ‘consentimento livre e esclarecido’ é tradução do termo francês *consentement libre et éclairé*. Trata-se da forma utilizada nas resoluções da Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (Conep) aprovadas pelo Plenário do Conselho Nacional de Saúde (CNS). Na língua alemã, a forma corriqueira é *Aufgeklärte Zustimmung* (assentimento elucidado); só excepcionalmente emprega-se *Einverständnis nach adäquater Aufklärung* (acordo após adequado esclarecimento). Nas línguas italiana e espanhola são usadas as expressões *consenso informato* e *consentimiento informato*, respectivamente” (CLOTET, Joaquim. *Bioética: uma aproximação*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003. p. 227).

¹⁷ CLOTET, Joaquim; FRANCISCONI, Carlos F.; GOLDIM, José R. (Org.). *Consentimento informado e a sua prática na assistência e pesquisa no Brasil*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000. p. 11.

¹⁸ PITHAN, Livia Haygert. O consentimento informado como exigência ética e jurídica. In: CLOTET, Joaquim; FEIJÓ, Anamaria Gonçalves dos Santos; OLIVEIRA, Marília Gerhardt de (Coord.). *Bioética: uma visão panorâmica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2005. p. 137.

¹⁹ BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios de ética biomédica*. Trad. Luciana Pudenzi. São Paulo: Loyola, 2002. p. 162.

²⁰ CLOTET, Joaquim. *Bioética: uma aproximação*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003. p. 88.

específico ou uma experimentação, consciente de seus riscos, benefícios e possíveis consequências”²¹.

O consentimento informado está, portanto, intimamente ligado ao conceito de informação. A informação deve ser compreendida como um processo gradual, que avança progressivamente, não podendo ser reduzido a um simples documento escrito²². Ou seja, a existência de um documento escrito, assinado pelo paciente, onde se afirma ter o paciente sido informado, por si só, não representa prova cabal e indiscutível de que o esclarecimento tenha sido dado. Por outro lado, a ausência de documento escrito tampouco significa automaticamente que o esclarecimento não tenha sido dado ao paciente ou que este não tenha concordado com a intervenção. Tanto em um caso como no outro, os elementos probatórios convincentes podem desfazer a presunção que resulta da presença ou não de um documento firmado pelo paciente.

Também Juan Manuel Prevot²³ sustenta não existir obrigatoriedade de instrumentar por escrito o consentimento informado, ainda que isso seja aconselhado. Todavia, essa regra comporta várias exceções: é o caso de tratamentos novos, ou que ensejam riscos ainda não devidamente conhecidos ou controláveis, ou sobre os quais pese controvérsia científica, bem como no caso de intervenções mutilantes ou de transplantes²⁴.

A expressão consentimento informado é normalmente empregada para denotar dois sentidos principais. O sentido mais frequente – e também o mais singelo – o apreende como a aquiescência de uma pessoa a submeter-se a um procedimento terapêutico ou participar de uma pesquisa.

Todavia, dentro dessa perspectiva mais limitada, Livia Pithan alerta para a perigosa tendência de o consentimento informado ser reduzido à mera expressão escrita de um contrato firmado por partes desiguais, sem que, necessariamente, tenha sido respeitada uma escolha autônoma. De fato, em uma segunda e mais profunda acepção, a expressão “consentimento informado” assenta-se em um ideal mais igualitário da relação médico-paciente, valorizada na literatura da bioética, “e que busca encará-lo como processo comunicativo que precede

²¹ Idem, p. 228.

²² QUINTANA TRÍAS, Octavi. Bioética y consentimiento informado. In: CASADO, Maria (Ed.). *Materiales de bioética y derecho*. Barcelona: CEDECS Editorial, 1996. p. 163.

²³ PREVOT, Juan Manuel. *Responsabilidad médica*. Paraná (Argentina): Delta, 2007. p. 82.

²⁴ É o que sustenta ITURRASPE, Jorge Mosset. *Responsabilidad por daños*. Santa Fe: Ed. Rubinzal Culzoni, t. VIII, 2004. p. 309.

uma decisão autônoma em se submeter a tratamento de saúde ou pesquisa”²⁵. A referida autonomia na decisão implica uma devida troca de informações e entendimento entre o médico e o seu respectivo paciente.

Do mesmo modo, Beauchamp e Childress argumentam ser essencial a compreensão do consentimento informado “como um processo que ocorre com o tempo, e que se evite a visão comum de que um formulário de consentimento assinado é a essência do consentimento”²⁶.

Para que um paciente participe das decisões que lhe interessem é imprescindível que tenha informações sobre todos os aspectos de sua enfermidade e das intervenções que lhe são propostas. O consentimento informado é, portanto, um processo de diálogo, sendo considerado o cerne da relação médico-paciente. Nesse processo, o médico fornece ao paciente as informações pertinentes e o paciente, por sua vez, solicita esclarecimentos a respeito do que não entende, faz perguntas sobre aspectos que lhe sejam relevantes e, finalmente, o médico traz ao conhecimento do paciente os pormenores da intervenção, bem como as consequências dessa²⁷.

Ou seja, como leciona Tepedino, o paciente “deve obter as informações necessárias para que seu consentimento seja expressão de uma livre avaliação das circunstâncias que cercam o seu estado de saúde e as condições de sua recuperação”²⁸.

A informação a ser fornecida deve conter os riscos normalmente previsíveis em função da experiência habitual e dos dados estatísticos, não sendo preciso que sejam informados os riscos excepcionais ou raros²⁹. A

²⁵ PITHAN, Livia Haygert. O consentimento informado como exigência ética e jurídica. In: CLOTET, Joaquim; FEIJÓ, Anamaria Gonçalves dos Santos; OLIVEIRA, Marília Gerhardt de (Coord.). *Bioética: uma visão panorâmica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2005. p. 138 e 139.

²⁶ BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios de ética biomédica*. Trad. Luciana Pudenzi. São Paulo: Loyola, 2002. p. 163.

²⁷ QUINTANA TRÍAS, Octavio. Bioética y consentimiento informado. In: CASADO, Maria (Ed.). *Materiales de bioética y derecho*. Barcelona: CEDECS Editorial, 1996. p. 164.

²⁸ TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. *Revista Trimestral de Direito Civil*, São Paulo: Padma, v. 2, p. 51, abr./jun. 2000.

²⁹ Nesse sentido, v. Mariana Massara Rodrigues de Oliveira, *Em Responsabilidade civil dos médicos* (Curitiba: Juruá, 2007. p. 127).

esse respeito, Guido Alpa³⁰ refere que a obrigação de informar o paciente se estende aos riscos previsíveis, não abrangendo eventualidades anômalas, quase beirando ao fortuito, não se podendo desconhecer que o médico deve ponderar a exigência de informação com a necessidade de evitar que o paciente, por qualquer remotíssima eventualidade, recuse submeter-se até mesmo a uma banal intervenção. Assume relevância, nessa situação, a importância dos interesses e dos bens em jogo. Assim, não se deve aceitar que, por força de um mero cálculo estatístico, o paciente não venha informado de riscos, ainda que reduzidos, que incidam gravemente sobre a sua condição física, especialmente aqueles que acarretem riscos de vida.

Assim sendo, em resumo, o médico só poderá agir sem o consentimento do paciente ante a uma emergência ou quando diante de fato novo ocorrido em meio a uma cirurgia. Isso porque a interrupção da intervenção médica, com o propósito de obter o consentimento informado do paciente ou de seus familiares, pode trazer perigo de vida para o doente³¹. Nesse sentido, já decidiu o TJRS que, em caso de risco de vida do paciente, não há que se falar em consentimento informado³².

Sobre essa última situação, aliás, prescreve o Código de Ética Médica (editado pela Resolução CFM nº 1931/2009 e em vigor a partir de 2010), em seu art. 22, que “é vedado ao médico: Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte”.

Uma vez prestadas as informações pertinentes pelo médico, cabe ao paciente manifestar a sua vontade, concordando ou não com o procedimento proposto. Essa manifestação não necessariamente deve ser vazada por escrito.

³⁰ ALPA, Guido. *Trattato di Diritto Civile*. La Responsabilità Civile. Milano: Giuffrè, v. IV, 1999. p. 727/728.

³¹ FABIAN, Christoph. *O dever de informar no direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 137.

³² “Apelação cível. Responsabilidade civil. Ação de reparação de danos morais. Autor hospitalizado por apresentar problema nos rins. Tratamento médico adequado. Realização, num primeiro momento, do procedimento de litotripsia extracorpórea, indicado nas circunstâncias do caso. Agravamento do estado de saúde. Intervenção cirúrgica de urgência. Ablação do rim direito do autor. *Solução emergencial, adotada no decorrer do ato cirúrgico, com o fito de preservar a vida do demandante, sob risco iminente. Consentimento prévio do autor e dos seus familiares que não se afigurava necessário, nesse contexto, em face do estado de necessidade e da situação de perigo iminente.* Lição doutrinária a esse respeito [...]. Sentença de improcedência da ação a merecer integral confirmação. Apelação conhecida e desprovida.” (Apelação Cível nº 70005386727, Rel. Des. Miguel Ângelo da Silva, J. 23.03.2005)

Ela pode ser exteriorizada por vários meios. É o tópico que será abordado na sequência.

3 FORMAS DE EXPRESSÃO DO CONSENTIMENTO

Miguel Kfourri Neto aponta para a necessidade de que o consentimento informado seja perfectibilizado na forma escrita, sob pena de o profissional da medicina ficar sujeito à “impossibilidade de provar a efetiva obtenção do assentimento do enfermo – fato que também poderá redundar em consequências gravosas, no âmbito da responsabilidade civil”³³.

Tal entendimento, todavia, é absolutamente minoritário. Com a devida vênia do ilustre jurista, o consentimento informado não se resume à mera existência de um documento escrito. Judith Martins-Costa afirma que o fato de inexistir termo escrito não pressupõe que também inexistam o consentimento informado, “da mesma forma que a mera existência de termo escrito não implica garantias legais de isenção de responsabilidade legal por má-prática médica”. Isso porque o termo escrito jamais irá substituir a informação verbal³⁴.

De fato, salvo em algumas situações particulares, em princípio vigora a regra da informalidade da exteriorização do consentimento. Apesar da exigência do prévio fornecimento de informações e esclarecimentos e da coleta do consentimento do paciente, a experiência do direito comparado revela que os sistemas jurídicos, como regra, não prevêm a forma escrita como a única para comprovar tanto o fornecimento das informações quanto a outorga do consentimento, embora haja exceções.

Aliás, sendo o consentimento informado um processo gradual e verbal, é difícil reproduzi-lo integralmente em um documento escrito.

Vale ressaltar que o documento do consentimento informado não pode substituir a informação verbal. Muitas vezes os médicos apresentam ao paciente um documento escrito, contendo inúmeras informações, pedindo-lhe que date e assine tal peça. Como grande parte das reclamações tem como origem a alegação de falta de informação e compreensão por parte do paciente, os profissionais, na tentativa de se protegerem, passam a converter o documento em um texto defensivo, ou seja, em algo que venha a servir de prova em juízo. Assim, ao

³³ KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica e ônus da prova*, p. 297; *Responsabilidade civil do médico*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 167.

³⁴ MARTINS-COSTA, Judith. Entendendo problemas médico-jurídicos em ginecologia e obstetrícia. In: FREITAS, Fernando et al. *Rotinas em obstetrícia*. 5. ed. Porto Alegre: Artmed, 2004.

invés de informarem, os médicos passam a incluir todos os possíveis riscos e consequências acerca do procedimento que será adotado. Todavia, o paciente, ao se deparar com esse tipo de documento, além de não ficar informado (ou precisamente o contrário), passará a desconfiar desse e do próprio profissional³⁵.

Também afirmando que não basta o preenchimento de formulário que é oferecido por hospital, quando o paciente ali ingressa, manifesta-se Antônio Jeová dos Santos. Refere ele que “a autorização, permitindo a realização de qualquer manobra cirúrgica, escrita de forma genérica e à qual o paciente concorda mecanicamente, é considerada mero ato burocrático. Quase sempre o doente desconhece o real sentido da intervenção médica”³⁶.

Um dos maiores especialistas brasileiros em bioética, Joaquim Clotet, refere que, sob o aspecto jurídico, o consentimento informado apresentado na forma de declaração escrita poderá colaborar para que haja a comprovação de um fato em caso de demanda judicial. Segundo o autor, o consentimento informado “obtido na forma de documento poderia ser utilizado como testemunho irrecusável na medicina defensiva”³⁷. No entanto, tal preocupação não deve ser a principal, por parte do médico, que não deve ver no seu paciente um futuro adversário ou litigante. Por essa razão é que “o exercício do consentimento informado envolve em primeiro lugar, uma relação humana dialogante”, pela qual se manifesta “o reconhecimento do paciente ou sujeito da pesquisa como ser autônomo, livre e merecedor de respeito”³⁸.

Ruy Rosado de Aguiar Jr. aponta para a necessidade de obtenção do consentimento informado do paciente para as indicações terapêuticas e cirúrgicas, bem como em casos em que os procedimentos adotados oferecerem riscos ao leigo. Sob a ótica do autor, o consentimento esclarecido só poderá ser afastado em casos de urgência. Desse modo, o referido jurista esclarece que caberá ao

³⁵ QUINTANA TRÍAS, Octavi. *Bioética y consentimiento informado*, cit., p. 164-5.

³⁶ SANTOS, Antonio Jeová. *Dano moral indenizável*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 274.

³⁷ “A medicina defensiva pode ser definida como a prática médica que prioriza condutas e estratégias diagnóstico-terapêuticas que têm como objetivo evitar demandas judiciais. Implica um desvio da conduta considerada cientificamente padrão nos cuidados com o paciente por se caracterizar pelo uso excessivo de recursos técnicos. O benefício visado pela prática da medicina defensiva é, essencialmente, do próprio médico e subsidiariamente do paciente.” (ANDERSON, Richard. Billions for defense: the pervasive nature of defensive medicine. *Archives of Internal Medicine*, v. 159, n. 8, p. 2399-402, nov. 1999. Apud MARTINS-COSTA, Judith. Entendendo problemas médico-jurídicos em ginecologia e obstetria. In: FREITAS, Fernando et al. *Rotinas em obstetria*. 5. ed. Porto Alegre: Artmed, 2004)

³⁸ CLOTET, Joaquim. *Bioética: uma aproximação*, cit., p. 89.

juiz a verificação da existência da informação, bem como do consentimento, sendo esses extraídos do conjunto probatório, sendo, portanto, mais precavido o médico que “obtiver declaração escrita do paciente ou de seu representante”³⁹.

Com relação à maneira como o consentimento deve ser obtido, Paulo Antônio de Carvalho Fortes⁴⁰ ensina que esse deve ser livre, esclarecido, renovável e revogável. Isso significa que ele não deve ser alcançado mediante a prática de coação física, psíquica ou moral, ou valendo-se da simulação ou das práticas enganosas, ou quaisquer outras formas de manipulação que obstaculizam a livre manifestação da vontade pessoal. Além disso, o consentimento deve estar imune a restrições mentais ensejadas por distúrbios psicológicos, por pressão de familiares, de amigos e principalmente dos profissionais da saúde. É perfeitamente aceitável, porém, que o médico exerça ação persuasiva, desde que essa ação não coaja ou manipule os fatos ou os dados.

O consentimento informado deve ser visualizado como uma forma de respeitar a autonomia do paciente, consistindo em uma forma de aperfeiçoamento da prática médica no País e, portanto, melhorando o relacionamento médico-paciente, tendo o diálogo como base⁴¹. Não se esgota ele na simples obtenção de um documento escrito, com viés defensivo, devendo consistir, ao contrário, no estabelecimento de uma relação de negociação, na qual o médico compartilha os seus conhecimentos técnicos, mas garante ao paciente a tomada de decisões a partir de seus próprios valores, no exercício de sua autonomia.

Deve ficar claro, porém, que

um consentimento genérico (*blanket consent*) não é suficiente, já que, com fundamento nas regras gerais, “o consentimento é validamente prestado só quando é feito de forma livre e especificamente em relação a um tratamento claramente individualizado” (como prevê o

³⁹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. *Revista dos Tribunais*, n. 718, p. 33-53, 1995. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Direito & medicina – Aspectos jurídicos da medicina*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 36.

⁴⁰ FORTES, Paulo Antônio de Carvalho. *Ética e saúde: questões éticas, deontológicas e legais, tomada de decisões, autonomia e direitos do paciente, estudo de casos*. São Paulo: EPU, 1998. p. 51.

⁴¹ CLOTET, Joaquim. *Bioética: uma aproximação*, cit., p. 88.

art. 23 do Código [italiano], em matéria de proteção de dados).⁴²

Todavia, a regra de que não há necessidade de um consentimento escrito comporta várias exceções: é o caso de tratamentos novos, ou que ensejam riscos ainda não devidamente conhecidos ou controláveis, ou sobre os quais pese controvérsia científica, bem como no caso de intervenções mutilantes ou de transplantes⁴³. Por vezes, é o próprio legislador que, em alguns casos, exige a prova escrita. É o caso, por exemplo, da França, em que necessariamente o consentimento deve ser vazado por escrito, em matéria de pesquisas bioéticas sobre uma pessoa (art. L.1122-1-1 do *Code de la Santé Publique*), bem como em caso de testes genéticos efetuados para fins médicos (art. R.1131-4 do *Code de la Santé Publique*⁴⁴).

No Direito português, exige-se a forma escrita para o consentimento em caso de *ensaios clínicos* com seres humanos (art. 6.º, n.º 1, al. d), da Lei n.º 46/2004, 19 de agosto), da *doação de órgãos e tecidos* (art. 19.º, n.º 2, da CEDHBio e art. 8.º, n.º 1, da Lei n.º 22/2007, 29 de junho), das *intervenções psicocirúrgicas* (art. 5.º, n.º 2, da Lei n.º 36/1998, 24 de julho - Lei da Saúde Mental), da *procriação medicamente assistida* (art. 14.º, n.º 1, da Lei n.º 46/2006, de 31 de julho)⁴⁵, bem como na interrupção voluntária da gravidez, de procedimentos de esterilização, do diagnóstico pré-natal, de testes de biologia molecular em crianças e adolescentes, para a prática de eletroconvulsoterapia, bem como para a realização de testes de seropositividade⁴⁶.

Também é o caso da Província argentina de Jujuy, cujas normas (Lei n.º 3.832 - Código de Ética Médica de la Provincia de Jujuy) exigem o

⁴² RESTA, Giorgio. O acesso ao material biológico humano com fins de pesquisa e de aproveitamento industrial: questões relativas ao consentimento e à responsabilidade na perspectiva do direito comparado. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Leticia Ludwig (Org.). *Bioética e responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 169.

⁴³ É o que sustenta ITURRASPE, Jorge Mosset. *Responsabilidad por daños*. Santa Fe: Ed. Rubinzal Culzoni, t. VIII, 2004. p. 309.

⁴⁴ *Code de la Santé Publique*, com as atualizações em vigor a partir de 18.04.2015. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006072665&dateTexte=20160610>>. Acesso em: 19 abr. 2015.

⁴⁵ FERREIRA ROSA, Paulo Jorge. A responsabilidade civil médica por violação do “consentimento informado” em Portugal.Coimbra, Estado da Arte, 2013. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/23852/1/paper%20consent%20info2.pdf>>. Acesso em: 18 jul. 2015.

⁴⁶ PEREIRA, André Gonçalo Dias. *O consentimento informado na relação médico-paciente - Estudo de direito civil*. Coimbra: Coimbra, 2004. p. 482.

consentimento escrito para operações mutilantes (art. 89), para esterilizações (art. 90), para radioterapias que possam afetar um órgão (art. 91), para terapias convulsivas, neuropsiquiátricas ou neurocirúrgicas (art. 92)⁴⁷.

Antes de se encerrar esse tópico, cumpriria tecer algumas considerações sobre o ônus da prova. Enfim, estabelecido que o médico deve prestar as informações necessárias e pertinentes ao seu paciente e dele obter o consentimento informado, caberia discutir sobre o ônus da prova de ter assim agido. Ou seja, considerando que, como regra, não há obrigatoriedade de se apresentar prova escrita sobre o fornecimento de informações e obtenção do consentimento esclarecido, caso remanesçam dúvidas sobre o cumprimento desse dever por parte do médico, como deve ser resolvida a questão? Caberia ao paciente demonstrar que não lhe foram prestadas as informações ou caberia ao médico comprovar tê-las dado. Dúvidas sobre os fatos relevantes do processo, como se sabe, resolvem-se pelas regras pertinentes ao ônus da prova, julgando-se o feito desfavoravelmente à parte que teria o ônus de provar o fato sobre o qual pesam dúvidas.

Genericamente falando, a regra do Código de Processo Civil acerca do ônus da prova, como se sabe, atribui ao autor da ação judicial a prova do fato constitutivo de seu direito, enquanto ao réu cabe a prova da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito (art. 333 do CPC). No entanto, no regime do CDC, a distribuição do ônus da prova, em razão da proteção do interesse do consumidor, nas hipóteses de responsabilidade por falta do serviço, como é o caso da responsabilidade civil médica, segundo os ensinamentos de Bruno Miragem⁴⁸, observa duas peculiaridades: em primeiro lugar, pode haver a inversão *ex vi lege* do ônus da prova, prevista no § 3º do art. 14 do CDC: “§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I – que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro”; *secundus*, pode ocorrer a inversão *ope iudicis*, pela qual o juiz, para facilitar a defesa do consumidor, com base no art. 6º, VIII, do CDC, quando vislumbrar verossimilhança nas alegações ou hipossuficiência do consumidor, pode determinar a inversão do ônus da prova em favor do consumidor.

⁴⁷ Segundo informação fornecida por Ricardo Lorenzetti, em *Responsabilidad Civil de los Médicos* (Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, t. I, 1997. p. 208).

⁴⁸ MIRAGEM, Bruno. Responsabilidade civil médica no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, n. 63, p. 87/88, jul./set. 2007.

Todavia, no caso específico do dever de esclarecer e obter o consentimento informado do seu paciente, tem-se como assente que é do médico o ônus da prova. Assim, qualquer dúvida remanescente a partir dos elementos probatórios juntados aos autos resolve-se em favor do paciente, entendendo-se que o médico não lhe deu as informações necessárias.

Esse é o entendimento substancialmente em vigor na Europa, a partir da pré-compreensão de que a ação do médico só é lícita se fizer prova de que a intervenção tinha na sua base um consentimento justificante. Assim sendo, será o médico a suportar o ônus da prova. Por força deste e de outros argumentos,

no direito comparado, a orientação absolutamente dominante, nos dias de hoje, é a de que, em princípio, compete ao médico provar que prestou as informações devidas; por outro lado, apela-se ao princípio da colaboração processual no sentido de que cada parte deve contribuir com os elementos probatórios que mais facilmente lhe possam ser exigidos.⁴⁹

Também nos Estados Unidos assim se orienta a jurisprudência, como se vê da seguinte afirmação: “*Any reasonable doubt as to the sufficiency of the evidence must be resolved in favor of the plaintiffs...*”⁵⁰.

⁴⁹ Nesses termos, PEREIRA, André Gonçalo Dias. Op. cit., p. 191. Referido autor menciona que em Portugal ainda não há um consenso a respeito. Posiciona-se ele, porém, no sentido de que “tendo em vista o princípio do equilíbrio processual, da impossibilidade da prova do fato negativo, a facilidade relativa da prova para o médico (já que este é um perito e o paciente é um leigo) e os exemplos do direito estrangeiro [...] entendo, com Orlando de Carvalho, Figueiredo Dias, Sinde Monteiro, Costa Andrade e Capelo de Souza que o *onus probandi* do cumprimento do dever de informar e do dever de obter o consentimento recai sobre o réu” (p. 200).

⁵⁰ Em tradução livre: “Qualquer dúvida razoável quanto à suficiência das evidências deve ser resolvida em favor dos autores”. Foi o que decidiu a Suprema Corte da Virgínia, em 1994, ao julgar o caso *Rizzo v. Schiller*, que envolvia interessante caso de uma paciente que baixou hospital às 9h do dia 07.11.1989 para dar à luz. Por ocasião do ingresso, assinou um termo genérico de “*authorization for medical and surgical procedures*”, pelo qual autorizava o seu médico pessoal, bem como outros médicos integrantes do *staff* do hospital, “*to perform diagnostic or therapeutic medical and surgical procedures*”. Doze horas mais tarde, às 22h15, quando as contrações tornaram-se mais fortes, o seu médico determinou a sua remoção para a sala de parto. Nos quinze minutos seguintes, apesar das fortes contrações, ela não conseguiu fazer com que o bebê passasse naturalmente pelo canal vaginal. Diante disso, o seu médico lhe disse que iria usar fórceps para retirada do nenê, que nasceu às 22h30. Em razão do uso do fórceps, o nenê sofreu traumatismo craniano, que o deixou com paralisia cerebral e permanentemente incapacitado. A pretensão indenizatória contra o médico foi julgada improcedente em primeiro grau, por falta de prova de culpa do médico quanto ao procedimento em si. Os autores (genitores e a própria criança) recorreram e a Suprema Corte da Virgínia lhes deu ganho de causa, por entender que o uso

Há várias formas de se fundamentar juridicamente o dever de informar que pesa sobre o médico. Pode-se fundamentá-lo no direito à autonomia do paciente, ou seja, no seu direito fundamental à autodeterminação, que o coloca no controle das decisões que lhe dizem respeito, após tomar conhecimento dos dados relevantes para tanto. Mas também é possível fundamentar tal dever com base no princípio da boa-fé, em sua função de criação de deveres laterais ou instrumentais de conduta. É o que se passa a examinar.

4 O DIREITO BÁSICO À INFORMAÇÃO E O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ NO DIREITO PRIVADO BRASILEIRO

A prestação de serviços médicos usualmente configura também uma relação de consumo. Sendo assim, não se pode olvidar que a informação constitui um dos direitos básicos do consumidor, nos termos do disposto no art. 6º, III, do CDC. Neste contexto, a informação tem o escopo de fornecer ao paciente os elementos necessários e relevantes, de forma clara e adequada ao seu nível de compreensão, para que ele possa consentir, após devidamente esclarecido, com os procedimentos propostos. Sendo tais informações um direito do paciente, do outro lado da relação jurídica formada há o correlato dever do médico de fornecer tais informações ao seu paciente.

Tal dever de informar decorre do princípio da boa-fé, que permeia todas as relações obrigacionais. Deste princípio se extraem alguns deveres de conduta para as partes, entre os quais tem especial importância para a prestação de serviços médicos a cooperação, o sigilo e o reforçado dever de informação. Assim sendo, para que haja o consentimento esclarecido é necessário que a informação a ser prestada pelo médico seja completa, verdadeira e adequada⁵¹. De fato, “o médico deve esclarecer o seu paciente sobre a sua doença, prescrições a seguir,

do fórceps, naquele momento, não era imperiosa e inevitável (como comprovado pericialmente, a criança muito provavelmente nasceria normalmente, alguns momentos mais tarde, caso o médico simplesmente aguardasse mais um pouco). Em sendo assim, “*the patient should be informed about the use of the forceps and should be given the opportunity to participate in the decision regarding whether the forceps will be used*”. Entendeu-se, também, que a simples assinatura no formulário de consentimento que lhe foi apresentado quando da internação não equivalia a um consentimento esclarecido, pois não foi ela informada dos específicos procedimentos que seriam realizados, nem dos seus riscos associados. Concluiu-se o julgamento afirmando-se que “a lei exige consentimento informado, e não mero consentimento, e a ausência de obtenção de consentimento informado é equivalente à ausência de consentimento”. Esse acórdão encontra-se reproduzido no livro de Marshall S. Shapo e Richard J. Peltz, *Tort and Injury Law* (3. ed. Durham: Carolina Academic Press, 2006. p. 212/214).

⁵¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 400.

riscos possíveis, cuidados com o seu tratamento, aconselhando a ele e a seus familiares sobre as preocupações essenciais requeridas pelo seu estado”⁵².

O princípio da boa-fé representa um dos princípios basilares do direito privado brasileiro, especialmente no direito do consumidor. O Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990) refere-se em duas passagens principais à boa-fé. Primeiramente, no art. 4º, III, como princípio para interpretação teleológica, e, posteriormente, no art. 52, IV, como cláusula geral. No Código Civil, além das dezenas de referências à boa-fé subjetiva, menção expressa à boa-fé objetiva é feita nos arts. 113, 128, 187 e 422. O Código, porém, não fornece elementos para a sua caracterização, tendo tais normas um nítido sabor principiológico, com todas as consequências daí resultantes.

A boa-fé objetiva, como se sabe, impõe aos partícipes da relação obrigacional uma conduta calcada na lealdade, devendo eles levar em consideração não só os seus próprios interesses, mas também os interesses e as necessidades do seu parceiro contratual, respeitando as suas expectativas, agindo de maneira a não lhe causar lesão ou a lhe deixar em excessiva desvantagem. Trata-se do dever de cooperação, que, segundo Cláudia L. Marques⁵³, compele cada contratante a fazer o que estiver ao seu alcance para que ambas as partes atinjam os objetivos fixados quando da contratação, bem como envidar esforços para que reste adimplido o acordo entabulado. Em outra obra, a mesma jurista refere que “boa-fé objetiva significa uma atuação ‘refletida’, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso”⁵⁴.

Judith Martins-Costa, autora da obra mais alentada e aprofundada sobre o tema no Direito pátrio, destaca serem três as funções da boa-fé objetiva trazida pela doutrina, “quais sejam a de cânone hermenêutico-integrativo do contrato, a de norma de criação de deveres jurídicos e a de norma de limitação ao exercício

⁵² STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial: doutrina e jurisprudência*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 286.

⁵³ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 181-2.

⁵⁴ MARQUES, Cláudia Lima. A abusividade nos contratos de seguro-saúde e assistência médica no Brasil. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre: Ajuris, v. 64, n. 34, p. 55, jul. 1995.

de direitos subjetivos”⁵⁵. No nosso Código Civil, essas três funções comparecem, respectivamente, nos arts. 113, 422 e 187.

Sem diminuir a importância das demais funções do princípio da boa-fé objetiva, destacamos, como de particular valia para o presente estudo, a sua função criadora de deveres jurídicos, os denominados deveres anexos, laterais ou instrumentais.

A doutrina utiliza inúmeras expressões para denominar os deveres instrumentais, tais como deveres anexos, deveres laterais, deveres acessórios de conduta, deveres de conduta, deveres de proteção ou deveres de tutela. Todas essas designações reportam-se, direta ou indiretamente, às “denominações alemãs ‘*Nebenpflichten*’⁵⁶ (Esser), a qual é predominante na doutrina de língua portuguesa, ‘*Schutzpflichten*’ (Stoll) e ‘*weitere Verhaltenspflichten*’ (Larenz), uma vez ter sido a doutrina germânica a pioneira em seu tratamento”. Esses deveres “são ditos, geralmente, ‘deveres de cooperação e proteção dos recíprocos interesses’, e se dirigem a ambos os participantes do vínculo obrigacional, credor e devedor”⁵⁷.

A característica essencial dos deveres instrumentais é que esses deveres “direcionam a relação obrigacional ao seu adequado adimplemento”.⁵⁸

De maneira exemplificativa, a doutrina elenca diversos deveres anexos, entre os quais destacamos: a) deveres de cuidado, previdência e segurança; b) deveres de aviso, informação e esclarecimento; c) dever de prestar contas; d) deveres de colaboração e de cooperação; e) deveres de proteção e cuidado com a pessoa e o patrimônio da contraparte; f) deveres de omissão e de segredo⁵⁹.

Entre esses, destacaremos o dever de informar e de esclarecer. Menezes Cordeiro assevera que “o campo mais produtivo no domínio do dever de esclarecimento é o dos contratos de prestação de serviços médicos”. Nesse sentido, prossegue o autor lusitano, o dever de esclarecimento “estende-se aos

⁵⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 427-8.

⁵⁶ A expressão *Nebenpflicht* pode ser literalmente traduzido como “deveres laterais”. Isso porque *neben* significa algo que está ao lado e *pflichten* significa dever.

⁵⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, cit., p. 438-9.

⁵⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, t. I, v. V, 2003. p. 37.

⁵⁹ MARQUES, Cláudia Lima. A abusividade nos contratos de seguro-saúde e de assistência médica no Brasil. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 64, n. 34, p. 53-4, jul. 1995.

efeitos típicos das terapêuticas prescritas e não a todos os efeitos possíveis que estas possam acarretar; varia, ainda, em profundidade, consoante a inteligência e os conhecimentos do paciente e as necessidades do caso”⁶⁰.

Assim, para que o fornecedor cumpra com o dever de informar não basta que ele simplesmente transmita as informações ao consumidor – “é necessário que esta informação seja transmitida de modo adequado, eficiente, ou seja, de modo que seja percebida ou pelo menos perceptível ao consumidor”. Deve ela, ainda, ser adequada e veraz. “Será adequada a informação apta a atingir os fins que se pretende alcançar com a mesma, o que no caso é o esclarecimento do consumidor”⁶¹.

No campo do exercício da medicina, afirma Cláudia Lima Marques que o médico falha com o seu dever de aconselhamento, quando receita determinados remédios, aconselha o paciente a submeter-se a determinada cirurgia ou a determinado tratamento, a utilizar determinado hospital, deixando (ou omitindo) de informar as outras possibilidades ou outros possíveis caminhos, que como especialista deve conhecer e informar⁶².

O descumprimento dos deveres laterais de informação e esclarecimento pode significar até mesmo uma situação de descumprimento contratual. É Jorge Cesa quem ensina que a ausência de informação equipara-se, em alguns casos, “ao descumprimento do dever de prestação, principal ou secundário, conforme as especificidades do caso, igualando-se a ausência de informação à falta de qualidade essencial do objeto”⁶³. Segundo o jurista gaúcho, nos passos de Clóvis do Couto e Silva⁶⁴, a violação dos deveres laterais de conduta pode configurar

⁶⁰ MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1984. p. 605/606.

⁶¹ MIRAGEM, Bruno. *Direito do consumidor: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 122.

⁶² MARQUES, Cláudia Lima. *A abusividade nos contratos de seguro-saúde e assistência médica no Brasil*, cit., p. 57.

⁶³ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 117.

⁶⁴ COUTO E SILVA, Clóvis do. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. In: FRADERA, Vera J. (Org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 38. Segundo a visão do grande mestre, em uma obrigação conflui uma série de condutas que, em seu conjunto, visam à plena satisfação do credor. Cada uma dessas condutas, vistas como deveres, pode ser considerada individualmente, de forma que o descumprimento de qualquer delas pode caracterizar o inadimplemento parcial, mesmo que na forma da violação positiva do contrato.

uma das formas de violação positiva do contrato. Aliás, o próprio Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 12, *caput* e § 1º, equipara a carência de informação ao defeito do produto.

Nesse mesmo sentido posiciona-se Cláudia Lima Marques: descumprir o dever anexo de informar o contraente sobre os riscos de um serviço a ser executado, ou sobre como usar um produto, significa inadimplir, mesmo que parcialmente⁶⁵.

Também Rafael Nichele⁶⁶ afirma que o descumprimento do dever de informar, de aconselhar, de assistir, de cuidar, tanto pelos médicos quanto pelos hospitais, resulta no inadimplemento do contrato médico-hospitalar, pois os deveres em comento constituem verdadeiros deveres de conduta decorrentes da boa-fé objetiva, sendo o seu inadimplemento caracterizado pela sua simples inobservância, ainda que o dano causado não possa ser imputado por má prática médica.

Dessa forma, ainda que a obrigação principal haja sido inteiramente cumprida, pode persistir o dever de indenizar, como resultado da violação do dever de informar⁶⁷.

Também a jurisprudência entende que a violação aos deveres anexos implica inadimplemento contratual⁶⁸.

⁶⁵ MARQUES, Cláudia Lima. *A abusividade nos contratos de seguro-saúde e de assistência médica no Brasil*, cit., p. 54.

⁶⁶ NICHELE, Rafael. A responsabilidade civil dos hospitais e o defeito na prestação dos serviços médicos. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 30, n. 91, p. 194, set. 2003.

⁶⁷ “Embargos infringentes. Responsabilidade medica. Deveres anexos. Informação oportuna de extravio de material orgânico extraído para exame laboratorial. Dano extrapatrimonial. Responde o médico, sob o fundamento de ‘dano moral’, por omissão de cientificação ao paciente sobre o extravio de material, retirado cirurgicamente, para exame laboratorial, na medida em que contribui para, no mínimo, a ampliação do estado de ansiedade daquele que aguarda resultado. Incluso ao dever de informar sobre a compreensão do resultado (conteúdo do laudo) se encontra o secundário de informar sobre a impossibilidade do exercício daquele, em razão de extravio do material. Mensuração que se realizou adequadamente, tanto quanto viável. Embargos infringentes rejeitados.” (TJRS, Embargos Infringentes nº 596234443, Terceiro Grupo de Câmaras Cíveis, Rel. Antônio Janyr Dall’Agnol Júnior, J. 07.03.1997)

⁶⁸ “DIREITO CIVIL - CONTRATOS - BOA-FÉ OBJETIVA - STANDARD ÉTICO-JURÍDICO - OBSERVÂNCIA PELAS PARTES CONTRATANTES - DEVERES ANEXOS - DUTY TO MITIGATE THE LOSS - DEVER DE MITIGAR O PRÓPRIO PREJUÍZO - INÉRCIA DO CREDOR - AGRAVAMENTO DO DANO - INADIMPLEMENTO CONTRATUAL - RECURSO IMPROVIDO - 1. Boa-fé objetiva. *Standard* ético-jurídico. Observância pelos contratantes em todas as fases. Condutas pautadas pela probidade, cooperação e lealdade. 2. Relações obrigacionais. Atuação das partes. Preservação dos direitos dos contratantes na consecução dos fins. Impossibilidade de violação aos

Na verdade, sustenta Paulo Luiz Neto Lôbo que o dever de informar “não é apenas a realização do princípio da boa-fé”. Isso porque, com a evolução Direito do Consumidor, ele assumiu contornos cada vez mais objetivos, de forma que atualmente o dever de informar não constitui apenas um dever anexo, mas sim um verdadeiro direito fundamental⁶⁹.

Assim, em resumo, nas situações em que se caracterize também uma relação de consumo, o dever de informar pode assumir caráter de direito básico, ou seja, de um dever principal a ser observado, consoante dispõe o art. 6º, III, do CDC. Portanto, pode-se dizer que quando o profissional de medicina deixa de informar o seu respectivo paciente estará descumprindo o princípio genérico da boa-fé objetiva, as regras deontológicas do seu Código de Ética Médica, além de violar um direito básico do consumidor. Assim, a inobservância do dever de informar enseja o inadimplemento contratual, e, portanto, atribui responsabilidade civil ao médico quando, dessa ausência de informação, sobrevierem danos ao paciente, por violação do princípio da autonomia privada do paciente, direito fundamental que é.

preceitos éticos insertos no ordenamento jurídico. 3. Preceito decorrente da boa-fé objetiva. *Duty to mitigate the loss*: o dever de mitigar o próprio prejuízo. Os contratantes devem tomar as medidas necessárias e possíveis para que o dano não seja agravado. A parte a que a perda aproveita não pode permanecer deliberadamente inerte diante do dano. Agravamento do prejuízo, em razão da inércia do credor. *Infringência aos deveres de cooperação e lealdade*. 4. Lição da doutrinadora Vera Maria Jacob de Fradera. Descuido com o dever de mitigar o prejuízo sofrido. O fato de ter deixado o devedor na posse do imóvel por quase 7 (sete) anos, sem que este cumprisse com o seu dever contratual (pagamento das prestações relativas ao contrato de compra e venda), evidencia a ausência de zelo com o patrimônio do credor, com o conseqüente agravamento significativo das perdas, uma vez que a realização mais célere dos atos de defesa possessória diminuiriam a extensão do dano. 5. *Violação ao princípio da boa-fé objetiva. Caracterização de inadimplemento contratual a justificar a penalidade imposta pela Corte originária, (exclusão de um ano de ressarcimento)*. 6. Recurso improvido.” (REsp 758.518/PR, 3ª T., Rel. Min. Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJRS), J. 17.06.2010, REPDJe 01.07.2010, DJe 28.06.2010) (grifou-se)

“Recurso especial. Civil. Indenização. Aplicação do princípio da boa-fé contratual. Deveres anexos ao contrato. O princípio da boa-fé se aplica às relações contratuais regidas pelo CDC, impondo, por conseguinte, a obediência aos deveres anexos ao contrato, que são decorrência lógica desse princípio. O dever anexo de cooperação pressupõe ações recíprocas de lealdade dentro da relação contratual. A violação a qualquer dos deveres anexos implica em inadimplemento contratual de quem lhe tenha dado causa. A alteração dos valores arbitrados a título de reparação de danos extrapatrimoniais somente é possível, em sede de recurso especial, nos casos em que o quantum determinado revela-se irrisório ou exagerado. Recursos não providos.” (REsp 595.631/SC, 3ª T., Relª Min. Nancy Andrighi, J. 08.06.2004) (grifou-se)

⁶⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A informação como direito fundamental do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 37, p. 67.

De fato, a ideia de autonomia se coloca no centro do debate moral que caracteriza as sociedades ocidentais⁷⁰. Isso vale em todos os contextos sociais, mas é particularmente verdadeiro para aquelas relações onde estão em jogo importantes interesses, inclusive vitais. Tal é, por exemplo, o caso da relação médico-paciente, que se apresenta atualmente fortemente influenciada pela autonomia conquistada recentemente pelo paciente.

Analisado o dever de informar e esclarecer como algo derivado do princípio da boa-fé objetiva, aplicável, portanto, a todas as relações obrigacionais (e não somente a estas), cumpre analisar especificamente as nuances da falha de tal dever no âmbito do exercício da medicina. É o objeto do próximo item.

5 RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO PELA FALHA NO DEVER DE INFORMAÇÃO

Tratando-se de responsabilidade do médico escolhido e contratado pelo paciente, a sua responsabilidade é obviamente contratual (sem aqui entrarmos na polêmica sobre a persistência e validade da dicotomia – responsabilidade contratual x responsabilidade extracontratual), ainda que raramente médico e paciente realmente redijam um contrato de prestação de serviços médicos. Todavia, mesmo nessa hipótese, a relação contratual existirá e o médico responderá civilmente pelo imperfeito cumprimento de seu dever contratual, que inclui não só a prestação dos serviços técnicos, com zelo e exaçação, mas também o dever de bem esclarecer o seu paciente, dele obtendo o prévio consentimento informado. Nas hipóteses em que o médico não é escolhido pelo paciente, mas lhe é imposto por seu plano de saúde, ou nas hipóteses de atendimento de urgência por médico plantonista, ou em todas as demais hipóteses em que o médico não é por ele escolhido, mas sim a ele alocado pelo estabelecimento hospitalar, a responsabilidade médica persiste, mas de forma extracontratual. Os deveres que se impõem ao médico, todavia, são idênticos em ambas as hipóteses e, conseqüentemente, igualmente incidirá ele em responsabilidade civil em caso de falha no dever de bem informar o seu paciente.

A base legal para a responsabilização do médico pela falha no dever de informação é ampla, em nosso direito, como já visto, pois encontram-se previsões no Código Civil (art. 15), no Código Penal (CP, art. 146 e seu § 3º, I), no CDC (art. 6º, inciso III, bem como das regras que também aludem a um genérico

⁷⁰ LEIST, Anton. *Autonomia e Giustizia*. In: RODOTÁ, Stefano (Org.). *Questioni di bioetica*. Bari: Laterza, 1997. p. 19.

dever de informar, como é o caso dos arts. 4º, inciso IV, 8º, parágrafo único, e 9º; das regras sobre responsabilidade civil, fixadas nos arts. 12 e 14; das regras que integram a informação ao conteúdo do contrato, arts. 30, 31, 36, parágrafo único, 37 e 38; bem como da regra assecuratória do amplo conhecimento do conteúdo do contrato pelo consumidor, art. 46, entre outros). No Código de Ética Médica (Resolução CFM nº 1.931/2009), as previsões expressas encontram-se nos arts. 22, 24, 31 e 34.

No âmbito jurisprudencial, cada vez mais os Tribunais pátrios vêm entendendo que a não observância do dever de obter o consentimento informado do paciente para se submeter a intervenções médicas gera dever de indenizar⁷¹, ainda que não se tenha identificado um verdadeiro erro médico. Isso porque

⁷¹ “APELAÇÃO CÍVEL - RESPONSABILIDADE CIVIL - PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ - NULIDADE NÃO CONFIGURADA - CONSUMIDOR - IMPLANTE CAPILAR - APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - AUSÊNCIA DE ERRO MÉDICO - FALHA NO DEVER DE INFORMAÇÃO - DANO EXTRAPATRIMONIAL CONFIGURADO - [...] O consentimento informado estabelece que o médico deve dar ao paciente informações suficientes sobre o tratamento proposto. O direito de informação contém disposição expressa na Constituição Federal (art. 5º, XIV), constituindo-se num dos direitos do consumidor (art. 6º, inciso III, do CDC). Dever de informação igualmente presente no Código de Ética Médica. Situação concreta dos autos. Hipótese em que o autor alega que além de a técnica adotada para o implante capilar ter sido incorreta, também não lhe foi comunicado que a única cirurgia capilar feita poderia não ter o resultado desejado. Ainda, reclama que deixaram de lhe informar de que deveria retornar para fazer novas sessões de implante capilar. Ausência de erro médico. O dano reclamado pelo autor não está relacionado com o suposto erro médico, sobretudo porque o implante capilar realizado está dentro da técnica médica preconizada. Falha no dever de informação. Dever de indenizar caracterizado. O acolhimento da pretensão inicial tem a ver com a falha no dever de informação. O autor logrou comprovar o fato constitutivo do seu direito consubstanciado na alegação de que não recebeu as informações suficientes sobre o tratamento capilar realizado, e muito menos acerca da necessidade de se submeter a terapias complementares, ou, mesmo, realizar nova sessão de implante capilar, para a obtenção do resultado satisfatório e almejado. Presença dos requisitos necessários para impor à parte ré o dever de indenizar, solidariamente, não havendo a comprovação de excludente de responsabilidade, não podendo ser considerado para tanto o fato de o autor não ter ultimado o tratamento. Desde a primeira consulta, o autor não foi suficientemente informado que poderia se submeter à terapia complementar em face de ser portador de calcície em grau IV, de modo que ele pudesse optar em fazer ou não o implante capilar. *Inobservância ao dever de informação e do consentimento informado, o que dá ensejo à indenização por danos extrapatrimoniais*. Indenização fixada dentro dos valores institucionalizados pela jurisprudência desta Corte. Sentença modificada. Preliminar afastada. Apelação parcialmente provida. Unânime.” (TJRS, Apelação Cível nº 70048922017, 9ª C.Cív., Rel. Leonel Pires Ohlweiler, J. 12.12.2012) (grifou-se)

“RESPONSABILIDADE CIVIL - Hospital. Santa Casa. Consentimento informado. A Santa Casa, apesar de ser instituição sem fins lucrativos, responde solidariamente pelo erro do seu médico, que deixa de cumprir com a obrigação de obter consentimento informado a respeito de cirurgia de risco, da qual resultou a perda da visão da paciente. Recurso não conhecido.” (REsp 467.878/RJ, 4ª T., Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, J. 05.12.2002, DJ 10.02.2003, p. 222)

o atendimento ao dever de informar, por si só, é considerado uma espécie de obrigação de resultado⁷², ainda que a prestação principal (a prestação do serviço médico) não o seja.

Não é diverso no direito comparado. Ao contrário. Segundo Franz Petry⁷³, na Europa as demandas de responsabilidade civil médica e hospitalar cada vez mais se baseiam em alegação de ausência ou deficiência de consentimento informado. Tal informação é corroborada por Dias Pereira⁷⁴, que pontua que estudo elaborado pelo *Colégio Oficial de Médicos de Barcelona*, no ano de 1998, concluiu que metade das ações judiciais relativas à responsabilidade médica envolve um problema de comunicação (violação da confidencialidade, realização de intervenções médicas sem informar o paciente ou transmissão de informação insuficiente ou errada). Na Alemanha, já na década de setenta, duas terças partes dos processos de responsabilidade médica diziam respeito à ausência ou insuficiência de informação⁷⁵.

Gerson Branco ressalta que, estando presente o consentimento do paciente, ainda que tácito, não pode o médico ser responsabilizado por riscos naturais advindos de determinada intervenção cirúrgica ou da utilização de medicação, salvo quando proceder com culpa. Na ausência de tal consentimento, porém, o médico assumirá o risco se “através da sua superioridade escolher arbitrariamente a condução do tratamento, expondo o paciente a riscos muitas vezes injustificados, ou, se justificados, que não seriam assumidos”⁷⁶.

⁷² Nesses termos, MARQUES, Claudia Lima. A responsabilidade civil dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 827/11, p. 31, 2004.

⁷³ PETRY, Franz Michael. Medical Practitioners' Liability in German Law. In: FAURE, Michael; KOZIOL, Helmut (Ed.). *Cases on Medical Malpractice in a Comparative Perspective*. Wien: Springer-Verlag, 2001. p. 47.

⁷⁴ PEREIRA, André Gonçalo Dias. *O consentimento informado na relação médico-paciente* – Estudo de direito civil. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 21. Refere o autor que uma das razões para tais indicadores reside no fato da grande dificuldade de se provar a culpa médica, ao passo que é mais fácil fundamentar a causa na falta ou insuficiência de consentimento informado.

⁷⁵ Esta última informação foi obtida em CORTÉS, Galán. *Responsabilidad Médica y Consentimiento Informado*. Madrid: Civitas, 2001. p. 21.

⁷⁶ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Aspectos da responsabilidade civil e do dano médico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 85, n. 733, p. 61 e 62, nov. 1996.

De fato, pode-se afirmar, com Bruno Miragem⁷⁷, que a existência do consentimento informado não exime o profissional médico da responsabilidade por seus atos, senão exclusivamente em relação aos danos que vierem a resultar dos riscos involuntários decorrentes do tratamento ou dos procedimentos médicos a que se refiram.

A dúvida que pode surgir, e sobre a qual ainda não há consenso, diz respeito a se a falha na prestação das informações necessárias ao paciente (ou por não terem sido prestadas ou por terem sido incompletas) é considerada uma fonte de responsabilidade civil *per se*, independentemente de qualquer dano sofrido pelo paciente, ou se só haveria responsabilidade civil na hipótese de um dano concreto ao paciente. Sustenta Bruno Miragem ser ultrapassada a ideia de que seria necessário um dano específico, em razão da eficácia que se reconhece à boa-fé objetiva como fonte autônoma de deveres jurídicos, cuja violação acarreta um dever de indenizar⁷⁸, invocando o magistério de Claudia L. Marques, no sentido de que “a boa-fé é uma fonte autônoma de deveres de informação, de cooperação e de cuidado para com o outro, com o parceiro contratual, e que a violação destes deveres secundários ou anexos é um dano, um incumprimento por si só (quebra positiva de contrato)”⁷⁹.

Assim, tem-se que médicos e hospitais não respondem, em princípio, pelos riscos inerentes às atividades que exercem. No entanto, podem, eventualmente, vir a ser responsabilizados se deixarem de informar aos pacientes acerca das consequências possíveis do tratamento a que serão submetidos. Isso porque, segundo Cavalieri Filho, o consentimento informado consiste no único meio de afastar a “responsabilidade médica pelos riscos inerentes à sua atividade. O ônus da prova quanto ao cumprimento do dever de informar caberá sempre ao médico ou hospital”⁸⁰.

No Brasil, como dito, a jurisprudência tem exigido a presença de um processo informativo, sendo que a ausência do referido processo pode ensejar a responsabilidade civil do médico pelos danos eventualmente sofridos pelo paciente, como consequência inerente ao próprio procedimento, ainda que sem culpa do médico.

⁷⁷ MIRAGEM, Bruno. *Direito civil: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 587.

⁷⁸ MIRAGEM, Bruno. *Op. loc. cit.*

⁷⁹ MARQUES, Claudia Lima. A responsabilidade civil dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 827/11, p. 30, 2004.

⁸⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 400.

Nesse sentido, refere-se caso em que houve responsabilização civil do médico, diante da ausência de informação do paciente sobre as consequências advindas de uma cirurgia de prostatectomia, da qual resultou incontinência urinária e impotência sexual do paciente⁸¹. Na ação indenizatória movida pelo paciente, o médico que realizou a cirurgia alegou tratar-se de risco inerente, sendo que a perícia médica confirmou serem consequências possíveis naquela espécie de cirurgia, independentemente de falha médica. Mesmo sem ter havido “defeito no serviço” ou culpa do médico, o pedido indenizatório foi acolhido, eis que o paciente não havia sido informado dessas possíveis (e prováveis) consequências, para que pudesse decidir a respeito. Logo, trata-se, aqui, de procedimento cirúrgico realizado sem a informada aquiescência do paciente quanto a aspecto importante.

Destaca-se, do voto do eminente Relator, a seguinte passagem:

Se um paciente sofre de hipertrofia prostática com as conhecidas consequências em relação às dificuldades de micção e frequentes infecções urinárias, e o tratamento cirúrgico indicado tem riscos tão elevados, sequelas frequentes de incontinência urinária e impotência, impõe-se que se comprove expressamente que o paciente estava ciente de tais riscos e com eles concordou, pois é intuitivo, e de sabedoria comum, que ninguém, em sã consciência, trocaria um problema de próstata aumentada, dificuldade de micção e infecções urinárias pelo risco de sequela permanente de impotência sexual, incontinência urinária e uso de fraldas pelo resto da vida.

Compreende-se, portanto, que se o paciente foi informado apenas dos “resultados positivos que poderiam ser obtidos, sem ter sido advertido dos

⁸¹ “Responsabilidade civil. Erro médico. Caracterização. Limites. Cirurgia de prostatectomia. Lesões permanentes. Sequelas de incontinência urinária e impotência. Prova pericial deficiente. Evento ocorrido sob a égide do Código de Defesa do Consumidor. Observância do princípio da reparação necessária. Responsabilidade objetiva dos prestadores de serviços médicos. Responsabilidade mediante verificação de culpa do médico com aplicação do princípio da inversão do ônus da prova. Sentença de improcedência reformada.” (TJRS, Apelação Cível nº 20.632/99, 5ª C.Cív., Rel. Des. Roberto Wider, J. 03.03. 2001)

possíveis efeitos negativos (riscos inerentes), eis aí a violação do dever de informar, suficiente para respaldar a responsabilidade médica”⁸².

Afirma-se, por exemplo, que o “dever de informar é para o médico um dever essencial”. Desse modo, a simples omissão de informação ao paciente constitui um erro profissional, que se apresenta como muito grave “se o paciente, em decorrência de tratamento adotado, perde a vida ou sofre graves e irreversíveis danos em sua integridade física e psíquica”⁸³. Nesse sentido, “sem informação clara e suficiente, esclarecimento adequado e alerta sobre os riscos da futura intervenção médica, não há consentimento livre e racional do consumidor no Brasil”⁸⁴.

O profissional deve esclarecer ao paciente sobre os possíveis riscos que um tratamento pode acarretar. Todavia, aqueles riscos que raramente acontecem dispensam o dever de informação, a não ser em casos de cirurgia puramente estética⁸⁵. No que tange à probabilidade do risco, não se faz necessária uma completa exposição estatística sobre esses. O que deve ser esclarecido é a possibilidade de que os mesmos se verifiquem no caso concreto. Esse dever de informar abrange também os efeitos colaterais advindos do tratamento⁸⁶.

Relativamente às cirurgias puramente estéticas, as peculiaridades das informações a serem prestadas pelo médico são destacadas pelo especialista Gustavo Borges:

O médico deve prestar ao paciente todas as informações sobre: os riscos da(s) cirurgia(s); as mudanças corporais que “podem” ser alcançadas com o procedimento cirúrgico, sempre, e taxativamente alertando sobre a impossibilidade de se prometer, face às limitações científicas e anatômicas, a um determinado “resultado”; quais as partes do corpo que serão afetadas e os possíveis efeitos colaterais; as vantagens e desvantagens da hospitalização e da técnica a ser empregada; a duração

⁸² CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 401.

⁸³ FORSTER, Nestor José. *Erro médico*. São Leopoldo: Unisinos, 2002. p. 37-8.

⁸⁴ MARQUES, Cláudia Lima. *A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor*, cit., p.17.

⁸⁵ FRADERA, Vera Maria Jacob de. A responsabilidade civil dos médicos. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre: Ajuris, a. 19, n. 55, p. 121, jul. 1992.

⁸⁶ FABIAN, Christoph. *O dever de informar no direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 136.

que se prevê do tratamento, desde o pré-cirúrgico até o pós-cirúrgico; os exames que serão necessários, assim como suas finalidades; a necessidade ou não de anestesia e o tipo a ser aplicada; e, por fim, o instrumental que será utilizado, de modo a dar suporte a todos os subsídios para que o paciente possa se autodeterminar, de forma esclarecida, na tomada da decisão, tendo plena ciência dos riscos e de suas condições clínicas.⁸⁷

Também a Professora Vera de Fradera⁸⁸ refere que, em se tratando de procedimento puramente estético, “os deveres de informação e vigilância têm sua observância exigida de forma rigorosa”.

No mesmo sentido leciona Ruy Rosado de Aguiar Jr.⁸⁹, afirmando que o cirurgião plástico assumiria uma obrigação de meios, e não de resultado, como sustenta a maioria, mas com a particularidade do “recrudescimento dos deveres de informação, a qual deve ser exaustiva, e de consentimento, claramente manifestado, esclarecido, determinado”.

Antes de encerrarmos esse despretensioso ensaio, cumpre dizer que não é unânime a ideia de que pesa sobre o médico o dever de prestar abundantes informações ao paciente, de forma a esclarecê-lo suficientemente antes de obter o seu consentimento consciente e racional ao procedimento proposto. Há quem critique, em suma, a própria concepção do consentimento informado. É o tópico que brevemente abordaremos a seguir.

6 CRÍTICAS AO CONSENTIMENTO INFORMADO

Como vimos, apesar das boas razões que se costumam invocar para sustentar o dever de informar por parte do médico, há quem critique a existência de tal obrigação por parte dos galenos.

Alude-se à tradição, no sentido de que “nos textos atribuídos a Hipócrates, recomendava-se que o médico escondesse tudo o que pudesse do doente”⁹⁰, ao

⁸⁷ BORGES, Gustavo. *Erro médico nas cirurgias plásticas*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 182/183.

⁸⁸ FRADERA, Vera Maria Jacob de. Responsabilidade civil dos médicos. *Revista da Ajuris*, v. 55, p. 121.

⁸⁹ AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *Responsabilidade civil do médico*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Direito & medicina - Aspectos jurídicos da medicina*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

⁹⁰ OLIVEIRA, Guilherme de. *Temas de direito da medicina*. Coimbra: Coimbra, 1999. p. 60.

passo que outros referem ser bom que exista autoridade dos médicos para guiar adequadamente a terapia⁹¹.

Lorenzetti⁹² resume a crítica que entende mais sólida, referindo que ela se baseia no ceticismo. Afirma-se que, na verdade, a informação é dada depois que a decisão médica já está tomada; que a comunicação se transmite por meio de formas complexas; que a informação nunca chega a mudar a decisão do paciente; que há apenas uma burocratização e uma ritualização, pois normalmente a informação se converte apenas em um formulário escrito elaborado com o único propósito de evitar demandas e que não satisfaz a necessidade de informação.

De fato, pela experiência vivida, sabe-se que, por mais que informações técnicas sejam facilmente obtidas por meio de pesquisas instantâneas na rede, os pacientes continuam sendo leigos em medicina e sabem que o conhecimento obtido por meio do “doutor Google” é superficial e que as informações referem-se a uma média de casos e de pacientes, normalmente não considerando as variáveis individuais. Assim, confiam eles na opinião do seu médico. Caso ele entenda necessário um determinado exame ou a realização de certo procedimento, o paciente dificilmente objetará, ainda que o médico refira a presença de determinados riscos e consequências, desde que não sejam graves ou que sejam certas. Sendo elas meramente possíveis do ponto estatístico, ou não sendo graves, nem permanentes, é muito provável que se submetam ao procedimento. Para quem pensa assim, de pouco valeria a pena incutir no paciente um temor ou uma apreensão frente a riscos e consequências que provavelmente não se concretizarão.

Todavia, coerentemente com o que se afirmou ao longo deste artigo, o simples fato de que tal posicionamento crítico reflita muito do que ocorre empiricamente na realidade, não basta para retirar da ideia da necessidade de se obter um consentimento informado toda a sua importância e veracidade. Se as críticas espelham o existente, há que se alterar a cultura existente no meio médico, de forma a que evolua no sentido de se respeitar melhor a autonomia do paciente.

Enfim, ainda que o paciente confie no seu médico e que esteja disposto a se submeter à sua sugestão de tratamento, parece realmente consentâneo com os

⁹¹ CONZÁLEZ, Gitrama. Configuración jurídica de los servicios médicos. In: *Estudios de Derecho Público y Privado, homenaje al profesor Serrano*. Valladolid, 1966. p. 334. Apud LORENZETTI, Ricardo Luis. *Responsabilidad Civil de los Médicos*. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni Editores, t. I, 1997. p. 188.

⁹² LORENZETTI, Ricardo Luis. *Responsabilidad Civil de los Médicos*, cit., p. 188/189.

valores do nosso tempo que seja o paciente a tomar a decisão final, por vontade e escolha sua, depois de devidamente informado e esclarecido por seu médico. É bom para ele e é bom também para o médico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O consentimento informado deve ser percebido como algo que vai além de um mero documento escrito. Deve ser compreendido como um processo gradual de informação. O seu objetivo é evidenciar o respeito à autonomia dos pacientes, que são reconhecidos como sujeitos aptos a decidirem por si mesmo, sem obviamente reduzir a crucial importância da participação dos seus médicos nesse processo de tomada de decisão.

Nas relações de consumo, o dever de informar assume feições de direito básico, ou seja, é um dever principal a ser observado. Deste modo, pode-se dizer que, quando o médico deixa de informar o seu respectivo paciente, além de estar descumprindo normas deontológicas de sua profissão, está também violando um direito básico do consumidor. A inobservância do dever de informar enseja o inadimplemento contratual, ou, no mínimo, o mau cumprimento do contrato de prestação de serviços médicos. Consequentemente, é possível se reconhecer a responsabilidade civil ao médico quando, dessa ausência de informação, sobrevierem danos ao paciente, mesmo que sem culpa do médico. Aliás, não faltam posicionamentos doutrinários e até mesmo jurisprudenciais, na experiência estrangeira, que inclusive identificam tal responsabilidade pelo simples fato da violação do direito fundamental do paciente à informação idônea, que lhe permita uma tomada de posição esclarecida, independentemente, inclusive, da ocorrência de qualquer dano concreto. A violação do direito à autonomia já representaria um dano em si.

O dever de informar consiste, portanto, em valor essencial para o relacionamento entre o profissional e o seu respectivo paciente, contribuindo, assim, para reduzir as frequentes e desgastantes demandas judiciais. Quer-se, com isso, garantir uma saudável relação entre os dois, evitando-se que a doença do paciente acabe por contaminar também o relacionamento com o seu médico.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. *Revista dos Tribunais*, n. 718, p. 33-53, 1995.

_____. Responsabilidade civil do médico. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Direito & medicina – Aspectos jurídicos da medicina*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

ALPA, Guido. *Trattato di Diritto Civile*. La Responsabilità Civile. Milano: Giuffrè, v. IV, 1999.

BARBOSA, Heloísa Helena. Responsabilidade civil em face das pesquisas em seres humanos: efeitos do consentimento livre e esclarecido. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig (Org.). *Bioética e responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. *Direito médico – Abordagem constitucional da responsabilidade médica*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios de ética biomédica*. Trad. Luciana Pudenzi. São Paulo: Loyola, 2002.

BORGES, Gustavo. *Erro médico nas cirurgias plásticas*. São Paulo: Atlas, 2014.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Aspectos da responsabilidade civil e do dano médico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 85, n. 733, p. 53-75, nov. 1996.

_____. Responsabilidade civil por erro médico: aspectos. *Revista síntese de Direito Civil e Processo Civil*, n. 4, p. 128-51, mar./abr. 2000.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CLOTET, Joaquim; FRANCISCONI, Carlos F.; GOLDIM, José R. (Org.). *Consentimento informado e sua prática na assistência e pesquisa no Brasil*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

_____. *Bioética: uma aproximação*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.

CORTÊS, Galán. *Responsabilidad Médica y Consentimiento Informado*. Madrid: Civitas, 2001.

COSTA, Sérgio; DINIZ, Débora. *Bioética: ensaios*. Brasília: S.I.F. Costa, D. Diniz, 2001.

COUTO E SILVA, Clóvis do. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. In: FRADERA, Véra J. (Org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FABIAN, Christoph. *O dever de informar no direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA ROSA, Paulo Jorge. A responsabilidade civil médica por violação do “consentimento informado” em Portugal. Coimbra, Estado da Arte, 2013. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/23852/1/paper%20consent%20info2.pdf>>. Acesso em: 18 jul. 2015.

FORSTER, Nestor José. *Erro médico*. São Leopoldo: Unisinos, 2002.

FORTES, Paulo Antônio de Carvalho. *Ética e saúde: questões éticas, deontológicas e legais, tomada de decisões, autonomia e direitos do paciente, estudos de casos*. São Paulo: EPU, 1998.

FRADERA, Vera Maria Jacob de. A responsabilidade civil dos médicos. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, a. 19, n. 55, p. 116-139, jul. 1992.

GOGLIANO, Daisy. O consentimento esclarecido em matéria de bioética: ilusão de exclusão de responsabilidade. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério (Coord.). *Responsabilidade civil - Estudos em homenagem ao Professor Rui Geraldo Camargo Viana*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ITURRASPE, Jorge Mosset. *Responsabilidad por daños*. Santa Fe: Ed. Rubinzal Culzoni, t. VIII, 2004.

KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica e ônus da prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Responsabilidade civil do médico*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LEIST, Anton. Autonomia e Giustizia. In: RODOTÁ, Stefano (Org.). *Questioni di bioetica*. Bari: Laterza, 1997.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A informação como direito fundamental do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 37, p. 59-76.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Responsabilidad Civil de los Médicos*. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni Editores, t. I, 1997.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. A abusividade nos contratos de seguro-saúde e assistência médica no Brasil. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 64, n. 34, p. 34-77, jul. 1995.

_____. A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 827, p. 11-48, set. 2004.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, t. I, v. V, 2003.

_____. Entendendo problemas médico-jurídicos em ginecologia e obstetrícia. In: FREITAS, Fernando et al. *Rotinas em obstetrícia*. 5. ed. Porto Alegre: Artmed, 2004.

MATHIEU, Bertrand. *La bioéthique*. Paris: Dalloz, 2009.

MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1984.

MIRAGEM, Bruno. Responsabilidade civil médica no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, n. 63jul./set. 2007.

_____. *Direito do consumidor: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Direito civil: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2015.

NICHELE, Rafael. A responsabilidade civil dos hospitais e o defeito na prestação dos serviços médicos. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre: Ajuris, v. 30, n. 91, set. 2003.

OLIVEIRA, Guilherme de. *Temas de direito da medicina*. Coimbra: Coimbra, 1999.

OLIVEIRA, Mariana Massara Rodrigues de. *Responsabilidade civil dos médicos*. Curitiba: Juruá, 2007.

PENNEAU, Jean. *La responsabilité du médecin*. Paris: Dalloz, 1992.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. *O consentimento informado na relação médico-paciente - Estudo de direito civil*. Coimbra: Coimbra, 2004.

PETRY, Franz Michael. Medical Practitioners' Liability in German Law. In: FAURE, Michael; KOZIOL, Helmut (Ed.). *Cases on Medical Malpractice in a Comparative Perspective*. Wien: Springer-Verlag, 2001.

PITHAN, Livia Haygert. O consentimento informado como exigência ética e jurídica. In: CLOTET, Joaquim; FEIJÓ, Anamaria Gonçalves dos Santos; OLIVEIRA, Marília Gerhardt de (Coord.). *Bioética: uma visão panorâmica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2005.

POLICASTRO, Décio. *Erro médico e suas consequências jurídicas*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

PREVOT, Juan Manuel. *Responsabilidad médica*. Paraná (Argentina): Delta, 2007.

QUINTANA TRÍAS, Octavi. Bioética y consentimiento informado. In: CASADO, Maria (Ed.). *Materiales de bioética y derecho*. Barcelona: CEDECS Editorial, 1996.

RESTA, Giorgio. O acesso ao material biológico humano com fins de pesquisa e de aproveitamento industrial: questões relativas ao consentimento e à responsabilidade na perspectiva do direito comparado. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig (Org.). *Bioética e responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RODOTÁ, Stefano (Org.). *Questioni di bioetica*. Bari: Laterza, 1997.

SANTOS, Antonio Jeová. *Dano moral indenizável*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SHAPO, Marshall S.; PELTZ, Richard J. *Tort and Injury Law*. 3. ed. Durham: Carolina Academic Press, 2006.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial: doutrina e jurisprudência*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. *Revista Trimestral de Direito Civil*, São Paulo: Padma, v. 2, p. 41-75, abr./jun. 2000.

_____. A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, t. II, 2006.

Submissão em: 01.10.2015

Avaliado em: 02.10.2015 (Avaliador A)

Avaliado em: 11.10.2015 (Avaliador B)

Avaliado em: 06.10.2015 (Avaliador C)

Avaliado em: 19.10.2015 (Avaliador D)

Aceito em: 23.10.2015

A TEORIA DOS PRINCÍPIOS DE ROBERT ALEXY APLICADA ÀS COLISÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS OCORRIDAS NA INTERNET

THE PRINCIPLES THEORY OF ROBERT ALEXY APPLIED TO COLLISIONS OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE INTERNET

Letícia Bodanese Rodegheri¹

Advogada no RS

ÁREA(S) DO DIREITO: direitos fundamentais; direito cibernético.

RESUMO: As Tecnologias de Informação e Comunicação (TIC), em especial a Internet, trouxeram uma série de inovações à sociedade moderna, dentre as quais a possibilidade de ampliação na troca de informações. Porém, ao mesmo tempo em que facilitam o direito à liberdade de expressão e informação, podem fazer surgir colisões entre direitos fundamentais. O Poder Judiciário, acionado pelos cidadãos, deve buscar uma solução a tais conflitos, independentemente da existência ou não de legislação específica sobre o tema. O presente artigo, utilizando-se da teoria dos princípios de Robert Alexy, objetiva verificar formas de conciliar os direitos fundamentais sem, no entanto, generalizar as situações. Para tanto, foi empregado o método de abordagem dedutivo e a técnica de

pesquisa documental. Conclui-se que a teoria de Robert Alexy é adequada para solucionar este novo tipo de conflito – ocorrido na Internet –, justamente por verificar as características do caso concreto e não determinar, previamente, a precedência de um direito fundamental sobre o outro.

PALAVRAS-CHAVE: direitos fundamentais; colisão; internet.

ABSTRACT: *The Information and Communication Technologies (ICT), particularly the Internet, have brought a number of innovations to modern society, as the possibility of expanding the exchange of information. However, facilitating the right to freedom of expression and information it is also possible to create collisions between fundamental rights. The judiciary, driven by citizens, should seek a solution to such conflicts, independently of the existence or not of specific legislation on the subject. This*

¹ Mestre em Direito – Linha de Pesquisa Direitos na Sociedade em Rede pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), Santa Maria, RS, Brasil. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria, tendo recebido Láurea Acadêmica pelo destaque em ensino, pesquisa e extensão. E-mail: leticiabrodegheri@gmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/9079731624860345>.

paper, using the theory of the principles of Robert Alexy, objectively verifies ways to reconcile the fundamental rights without, however, generalize situations. To this end, it was employed the deductive method of approach and documentary technique of research. The conclusion is that the theory of Robert Alexy is adequate to address this new type of conflict - occurred on the Internet - just by checking the characteristics of the case and not in determine, previously, the precedence of a fundamental right about the other.

KEYWORDS: *fundamental rights; collision; internet.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A tutela dos direitos fundamentais no século XXI: destaque para a liberdade de expressão; 2 A teoria de Robert Alexy aplicada às colisões de direitos fundamentais na internet; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 The protection of fundamental rights in the twenty-first century: emphasis on freedom of expression; 2 Robert Alexy's theory applied to the collisions of fundamental rights on the internet; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

O advento das Tecnologias de Informação e Comunicação (TIC), em especial a internet, proporcionou maior dinamicidade às relações sociais, construindo um novo espaço para a manifestação do pensamento. Trata-se de um ambiente de ingresso variado, já que é aberto às manifestações de todos aqueles que detenham interesse na temática, bem como possuam um computador com acesso à internet.

Por ser um ambiente caracterizado pela porosidade, abertura e convergência de várias mídias, uma vez que suporta textos, imagens, sons e outros recursos audiovisuais aplicados simultaneamente, atrai a atenção dos indivíduos, que veem na rede um novo local para a manifestação do pensamento e construção de debates.

Esse cenário evidencia a liberdade de expressão, porque a interconectividade, a comunicabilidade e a interatividade da internet possibilitam a promoção do debate público *on-line*. Permite-se a livre vinculação de conteúdo, de forma rápida, com baixos custos e sem a necessidade de mediação presente nos meios de comunicação tradicionais - a exemplo da televisão, rádio e jornal.

Diante de tamanha facilidade de uso e acesso, bem como da grande liberdade de exposição de pensamentos, críticas e opiniões pelos cidadãos, há também a emergência de um aspecto negativo, qual seja, de conflitos entre direitos fundamentais, especialmente entre liberdade de expressão e informação

e privacidade. Isto porque, em muitos casos, o meio é utilizado de forma exagerada e sem o devido cuidado com as consequências que uma publicação pode trazer, necessitando que o direito, ainda que sem legislação específica sobre o tema, solucione eventuais litígios.

Sob este viés, emerge uma problemática central: como conciliar direitos fundamentais em conflito na internet, meio de comunicação dinâmico e com acesso crescente na atualidade, de forma a preencher eventuais lacunas no direito positivado?

Para tanto, empregou-se o método de abordagem dedutivo, partindo-se do exame dos direitos fundamentais e de sua importância frente à Constituição Federal de 1988 para, em um segundo momento, averiguar possíveis soluções aos conflitos entre direitos fundamentais entabulados na internet, especialmente através da teoria de Robert Alexy. Também foi utilizada a técnica de pesquisa documental, com a finalidade de analisar um julgado versando sobre conflito de direitos fundamentais na internet.

O artigo está dividido em dois tópicos centrais, a saber: na primeira parte, são analisados os direitos fundamentais, sob a ótica da Constituição Federal de 1988, como direitos inerentes à própria natureza do ser humano, bem como características da internet que potencializam o exercício da liberdade de expressão em detrimento de outros de outros direitos fundamentais. Na segunda parte, é abordada a teoria de Robert Alexy, no que concerne à colisão entre direitos fundamentais, aplicada a uma decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em processo judicial versando sobre possível violação ao direito de intimidade na internet.

1 A TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO SÉCULO XXI: DESTAQUE PARA A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Os direitos fundamentais são os interesses jurídicos previstos na Constituição que o Estado deve respeitar e proporcionar às pessoas a fim de que elas tenham uma vida digna. Dentro desse conteúdo, devem ser incluídos todos os direitos necessários para a garantia da vida humana livre e isonômica, sejam eles individuais, políticos, sociais e de solidariedade.

Tais direitos são frutos de um movimento de constitucionalização que começou ainda no século XVIII. Dentre as primeiras normas escritas, destacam-se as constituições dos Estados Unidos da América (1787), após a independência das Treze Colônias e da França (1791), a partir da Revolução Francesa, “[...]”

apresentando dois traços marcantes: *organização do Estado e limitação do poder estatal, por meio da previsão de direitos e garantias fundamentais*² (grifos do autor).

Relembra Ingo Wolfgang Sarlet³ da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que é fruto da revolução e provocou a instauração de um regime burguês na França. Também não se pode olvidar da Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, que foi redigida como consequência das atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial. Consoante o art. I, há a retomada dos valores da Revolução Francesa, reconhecendo a liberdade, igualdade e fraternidade entre os homens: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”⁴.

Essas normas traçam uma estrutura básica de organização do Estado e garantem aos cidadãos os direitos mínimos individuais e coletivos, chamados de direitos fundamentais. São vitais para o progresso da sociedade, pois são direitos inerentes à pessoa humana e pré-existentes ao ordenamento jurídico, já que decorrem da própria natureza do ser humano e, por isso, são indispensáveis nos estados democráticos.

Os direitos fundamentais são direitos subjetivos, ou seja, posições jurídicas ocupadas pelo indivíduo de fazer valer sua pretensão frente ao Estado. A proteção dos direitos fundamentais encobre uma estrutura complexa de normas, garantidoras de direitos subjetivos e impositivas de deveres objetivos, cumprindo uma função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: a) constituem normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; b) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)⁵.

² MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 01.

³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 47.

⁴ Declaração Universal dos Direitos Humanos. Adotada e proclamada pela Resolução nº 217 A (III). *Assembleia Geral das Nações Unidas*, de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>>. Acesso em: 22 out. 2015.

⁵ SCHÄFER, Jairo Gilberto. *Direitos fundamentais: proteção e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 32.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, conhecida como “Constituição Cidadã”, rompeu com o regime ditatorial e iniciou a consolidação do Estado Democrático de Direito, instaurando uma nova ordem política, jurídica e social, marcada pela acentuada preocupação com a proteção dos direitos fundamentais. Ademais, a Constituição de 1988, diferente das Constituições anteriores, tratou, já no Título II – Dos Direitos e das Garantias Fundamentais –, extenso rol de direitos do cidadão, ao contrário de suas antecessoras, que traziam, em primeiro lugar, as normas de organização do Estado⁷.

A Constituição Federal de 1988 elenca direitos como à vida, liberdade, igualdade, segurança, privacidade, intimidade, livre manifestação do pensamento, da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, entre outros⁸, os quais objetivam conferir aos cidadãos o poder para que, livre e igualmente, possam fazer valer as suas pretensões frente ao Estado.

Também alargou substancialmente o rol de direitos e garantias previstos, abarcando tanto os direitos civis e políticos, como os direitos econômicos, sociais e culturais. Foi a primeira Constituição brasileira a inserir, em sua declaração de direitos, os direitos sociais, que, anteriormente, encontravam-se esparsos pela ordem econômica e social.

A generalidade de direitos previstos na Carta Magna enaltece a posição do Brasil como um país democrático, que prevê a proteção aos direitos fundamentais e também eleva o cidadão à condição de membro integrante do Estado. Isto porque o Estado é submetido à vontade popular, na medida em

⁶ “O então Presidente da Câmara dos Deputados, Ulysses Guimarães, declarou, em 27 de julho de 1988, a entrada em vigor da nova Constituição Federal – apropriadamente batizada de Constituição Cidadã porque era o Brasil, nessa época, um país recém-saído da ditadura militar na qual os princípios constitucionais foram trocados por porões de tortura dos oponentes políticos do militarismo.” (*Isto É. A Constituição cidadã*. Disponível em: <http://www.istoe.com.br/reportagens/161883_A+CONSTITUICAO+CIDADA>. Acesso em: 22 out. 2015)

⁷ Como assevera Flavia Piovesan: “Com efeito, a busca do Texto em resguardar o valor da dignidade da pessoa humana é redimensionada, na medida em que, enfaticamente, privilegia a temática dos direitos fundamentais. Constata-se, assim, uma nova topologia constitucional: o Texto de 1988, em seus primeiros capítulos, apresenta avançada Carta de direitos e garantias, elevando-os, inclusive, a clausula pétrea, o que, mais uma vez, revela a vontade constitucional de priorizar os direitos e garantias fundamentais” (PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 8. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 32-33).

⁸ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 22 out. 2015.

que há a previsão de eleições livres, diretas, bem como o reconhecimento da dignidade da pessoa humana.

O princípio da dignidade da pessoa humana é basilar no sistema brasileiro e representa um valor moral e espiritual da pessoa, bem como a qualidade inerente a cada ser humano que o faz merecedor do respeito por parte do Estado e da comunidade. Implica “[...] um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram 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 [...]”⁹.

O reconhecimento da dignidade deve ser estendido a todos os cidadãos, firmando-se a liberdade, igualdade, justiça, paz e também a liberdade de expressão como imprescindíveis para a construção da democracia e a consequente consolidação do Estado Democrático de Direito. Tais direitos compreendem o mais amplo exercício de expressar livremente ideias e opiniões, bem como o direito de comunicar e receber informações sobre determinados fatos.

Prima-se pela livre circulação de ideias, opiniões, fatos, através de qualquer meio existente, não sendo permitida a censura prévia. Sabe-se, no entanto, que o exercício desses direitos não é absoluto, pois há limitações decorrentes do uso abusivo, principalmente quando ferem direitos de personalidade.

Especificamente, a liberdade de expressão recai na difusão e manifestação do livre pensamento, abrangendo sentimentos e conhecimentos artísticos, intelectuais e científicos. Decorre da liberdade de pensar ou de opinião, que é o direito de alguém possuir convicções sobre ciência, religião, arte, política, entre outros assuntos. Condiz não somente com o aspecto pessoal interno, o que é irrelevante juridicamente, mas com algo mais, ou seja, a possibilidade do ser humano de exprimir o que pensa¹⁰.

Tratando-se de um direito que confere ao cidadão a liberdade de opor a sua reivindicação frente ao Estado ou a outro particular, normalmente o direito à liberdade de expressão é entendido como um direito de primeira geração, conforme a classificação de Paulo Bonavides¹¹. No entanto, pode ser tratado como um direito social, ou seja, de segunda geração, porquanto objetiva tutelar

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 62.

¹⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

¹¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

o direito individual de manifestar os pensamentos e opiniões e, também, a possibilidade de exercer um direito que é inerente à natureza social do homem: o de comunicar-se.

A liberdade de expressão como um direito social significa o conjunto das pretensões ou exigências das quais derivam expectativas legítimas que os cidadãos têm não como indivíduos isolados, uns independentes dos outros, mas como indivíduos sociais que vivem, e não podem deixar de viver, em sociedade, com outros indivíduos. Entende-se que o reconhecimento dos direitos sociais requer a intervenção direta do Estado, tanto que são denominados também direitos de prestação, exatamente porque exigem, diferentemente dos direitos de liberdade, que o Estado intervenha com providências adequadas¹².

Entre as medidas que podem ser adotadas pelo Estado, destaca-se a devida aplicação dos princípios e da ponderação de valores ao decidir entre o conflito de direitos fundamentais, a exemplo dos recorrentes litígios entre o direito à informação ou à livre expressão da opinião, e o direito à intimidade, consoante será abaixo analisado.

Porém, antes de tratar de eventuais litígios, convém destacar que o desenvolvimento da sociedade e o aprimoramento das técnicas vêm contribuindo para a consolidação do entendimento de que o direito à liberdade de expressão não é restrito aos jornalistas que, em geral, detêm o dever de informar. Estando previsto na Constituição Federal de 1988¹³, é aplicável a todas as relações jurídicas e sociais, independente de profissão ou *status* social da pessoa. Nunes Júnior¹⁴ traz o direito de informação em três níveis, a saber:

¹² PINTO, Oriana Piske de Azevedo Magalhães. É possível a implementação dos direitos fundamentais nas relações privadas? – Parte I. Publicado em 22 fev. 2008. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2008/e-possivel-a-implementacao-dos-direitos-fundamentais-nas-relacoes-privadas-parte-i-juiza-oriana-piske>>. Acesso em: 22 out. 2015.

¹³ A Constituição Federal de 1988 trata da liberdade de expressão no art. 5º, IX – “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”; art. 5º, XIV – “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”; e no art. 220, *caput* – “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição” (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 22 out. 2015).

¹⁴ NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística*. São Paulo: FTD, 1997. p. 31.

Direito de informar – faculdade de veicular informações. Permitido a todo indivíduo veicular as informações que julgar pertinentes.

Direito de se informar – faculdade de o indivíduo buscar as informações desejadas sem qualquer espécie de impedimento ou obstrução.

Direito de ser informado – faculdade de ser mantido integral e corretamente informado. Está relacionado aos assuntos relativos às atividades do Poder Público.

O direito de informar, comumente utilizado para designar a atividade dos jornalistas, vem sendo alargado na atualidade, pois existem meios de comunicação, como a internet, que permitem ao cidadão ser o próprio editor das informações que deseja compartilhar com outros indivíduos. Significa que o indivíduo detém a possibilidade de exercer os direitos de se informar e de ser informado, como também pode informar os demais, através do compartilhamento de dados e fatos na internet.

Esse alargamento das possibilidades de recebimento e veiculação de informações pelos cidadãos advém do recente crescimento dos meios de comunicação, em número e em qualidade. Não se trata apenas da existência de jornais e revistas, ou seja, de informação de forma impressa, como também há os recursos disponibilizados pelos meios audiovisuais e cibernéticos, que possibilitam ao cidadão o exercício do direito de expressão em todos os seus níveis.

Edilson Pereira Nobre Júnior¹⁵ traz o posicionamento de Jorge Miranda, que relaciona a liberdade de expressão com as liberdades de informação e de comunicação social, atribuindo, ainda, maior amplitude ao abranger outras duas liberdades, exemplificada por três caracteres específicos: a) a pluralidade de destinatários, o caráter coletivo ou de massas; b) o princípio da máxima difusão; c) a utilização de meios adequados, como a imprensa escrita, os meios audiovisuais e a cibernética.

Portanto, a internet – como um meio cibernético – contribui para a criação de um ambiente mais democrático e possível de interação, pois os internautas

¹⁵ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Liberdade de expressão *versus* direitos da personalidade. *Revista CEJ*, Brasília, a. XIII, n. 45, p. 4-13, abr./jun. 2009. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1163/1257>>. Acesso em: 22 out. 2015.

têm a possibilidade de receber, armazenar e, ao mesmo tempo, produzir informações. O exercício cotidiano da cidadania pode ser praticado com o uso das novas tecnologias informacionais, proporcionando a tomada de decisões com a transposição das barreiras de espaço e de tempo, através de uma maior transparência pela acessibilidade instantânea das informações.

A crescente difusão do uso da internet deve-se, em grande parte, à rapidez com que as informações são veiculadas, visto que um fato ocorrido em qualquer local do planeta é rapidamente noticiado, comentado e compartilhado por todos aqueles que detêm interesse na matéria e acesso à rede. Encontra-se uma das principais características do meio, qual seja, a liberação da emissão, pois permite a qualquer pessoa “[...] *consumir, produzir e distribuir informação* sob qualquer formato em tempo real e para qualquer lugar do mundo sem ter de movimentar grandes volumes financeiros ou ter de pedir concessão a quem quer que seja”¹⁶ (grifo dos autores).

Maria Eduarda Gonçalves¹⁷ traz que a penetração da internet é uma das características marcantes da sociedade contemporânea, seja na vida econômica, social e política:

Para além de seus impactes na economia, estas tecnologias vêm afetando profundamente os modos de organização das relações sociais e as condições da realização de valores básicos das sociedades modernas, como a liberdade e a democracia.

Os cibernautas organizam-se em um ambiente, como, por exemplo, em um *blog*, *site* ou rede social, com o intuito de disseminar as ideias na forma de uma militância ativa e atuante na *web*. Trata-se de uma forma de ação política organizada¹⁸ que utiliza a internet como veículo de propagação de ideologias ou informações, buscando a transformação da realidade.

¹⁶ LEMOS, André; LÉVY, Pierre. *O futuro da internet: em direção a uma ciberdemocracia planetária*. São Paulo: Paulos, 2010. p. 25.

¹⁷ GONÇALVES, Maria Eduarda. *Direito da informação: novos direitos e formas de regulação na sociedade da informação*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 07.

¹⁸ Trata-se do ativismo digital ou ciberativismo, como mecanismo de ação política no ambiente virtual, que se configura em “[...] ações coletivas deliberadas que visam à transformação de valores e instituições da sociedade, [que] manifestam-se na e pela internet. O mesmo pode ser dito do movimento ambiental, o movimento das mulheres, vários movimentos pelos direitos humanos, movimentos de identidade étnica, movimentos religiosos, movimentos nacionalistas e dos defensores/proponentes de uma lista infindável de projetos culturais e causas políticas. O ciberespaço tornou-se uma ágora

Essa atuação dos indivíduos, de forma isolada ou em grupos, contribui para a promoção da liberdade de expressão na sociedade informacional, não sendo a informação propriedade exclusiva do jornalista ou de quem detém o “furo” da reportagem, mas sim do grande público, que pode escolher o que é importante ler, consultar e veicular nas mídias de massa.

Em geral, essa atuação dos indivíduos é positiva, possibilitando o conhecimento em tempo real de informações ou, então, a veiculação de outros pontos de vista ou de outros dados que, muitas vezes, não são divulgados pelos meios de comunicação tradicionais em razão da fixação de pautas ou da ligação do meio com interesses políticos e econômicos. Porém, em que pese esse aspecto positivo, a direta inserção de informações na rede pelos indivíduos vêm provocando questionamentos sobre os limites de atuação dos cibercidadãos, especialmente quando da ocorrência de lesão a direitos fundamentais de outros indivíduos, citados ou comentados nas publicações.

Diante da realidade brasileira, em que se avultam ações judiciais versando sobre colisões entre direitos fundamentais na internet e ainda persiste a não existência de legislação específica sobre o tema¹⁹, mostra-se necessário averiguar a possibilidade de aplicação de teorias como a de Robert Alexy. Isto será abordado abaixo, através do cotejo da teoria com uma decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ).

2 A TEORIA DE ROBERT ALEXY APLICADA ÀS COLISÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NA INTERNET

Como visto acima, a utilização da internet denota um grande potencial comunicacional, pois permite a publicação de mensagens e informações em tempo real, por qualquer cidadão, sem a necessidade de estar vinculado a um meio de comunicação oficial, como um jornal ou rádio. Porém, ao possibilitar

eletrônica global em que a diversidade da divergência humana explode numa cacofonia de sotaques” (CASTELLS, Manuel. *A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003. p. 115).

¹⁹ No Brasil, foi aprovado e sancionado pela Presidência da República, no dia 23 de abril de 2014, o Projeto de Lei nº 2.126/2011, que trata sobre o Marco Civil na Internet - Lei nº 12.965/2014. Dilma sanciona o Marco Civil da internet. In: *Blog do Planalto*. 23 abr. 2014. Disponível em: <<http://blog.planalto.gov.br/dilma-sanciona-o-marco-civil-da-internet/>>. Acesso em: 22 out. 2015. Tem como objetivo regular o uso da internet no país, estabelecendo princípios, garantias, direitos e deveres, em especial em relação à segurança das informações veiculadas na internet, porém resguardando o direito de livre expressão. (BRASIL. Projeto de Lei nº 2.126/2011. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=517255>>. Acesso em: 22 out. 2015)

novas e maiores formas de expressão e comunicação entre os cidadãos, também se somam colisões entre direitos fundamentais, uma vez que, em muitos casos, não há razoabilidade na escolha de frases, informações e características atribuídas a outras pessoas.

A título ilustrativo, a empresa Google, através do Relatório de Transparência, divulgado em abril de 2013, informou que, no período de julho a dezembro de 2012, o Brasil foi o país que mais solicitou a remoção de conteúdo em *sites* e *blogs*. Foram 697 pedidos do governo brasileiro, revelando um crescimento de 265% em comparação ao número de solicitações no primeiro semestre de 2012 (191pedidos). De acordo com o Relatório, o segundo país com maior número de solicitações foram os Estados Unidos, com 321 pedidos²⁰.

O Relatório descreve que, dos 697 pedidos, 640 são oriundos de ordens judiciais que, em sua maioria, estavam relacionadas a supostas violações ao Código Eleitoral Brasileiro, no período das eleições municipais de 2012. Conteúdos foram removidos pelo Google em resposta a 35 decisões judiciais. Quanto aos demais pedidos, a empresa recorreu das decisões, sob o argumento de que o conteúdo está albergado pela proteção à liberdade de expressão, de acordo com a Constituição Federal de 1988²¹.

Esses dados evidenciam um lado negativo das TIC: o aumento do número de conflitos por violação a direitos fundamentais. Demonstram, ainda, que a escolha pela via judicial recai na não obtenção êxito pelos internautas (ou na não escolha) em resolver os conflitos de forma consensual, através de pedidos ao próprio detentor do *site* ou *blog* ou, então, por meio da inserção de comentários no local em que a informação foi veiculada.

Esse ajuizamento de uma série de ações força o Poder Judiciário a emitir decisões, quer dizer, soluções a estes casos, porque, no sistema jurídico brasileiro, vige o princípio de que é proibido ao juiz se omitir da decisão de um processo – vedação ao *non liquet*. Isto traz à tona algumas características dos direitos fundamentais que devem ser levadas em conta na solução de tais colisões, utilizando-se do proposto pela teoria de Robert Alexy.

²⁰ Brasil fica em 1º lugar em pedidos de remoção de conteúdo no Google. 25 abr. 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2013/04/brasil-fica-em-1-lugar-em-pedidos-de-remocao-de-conteudo-no-google.html>>. Acesso em: 22 out. 2015.

²¹ GOOGLE. *Transparency report*. Disponível em: <<http://www.google.com/transparencyreport/>>. Acesso em: 22 out. 2015.

Os direitos fundamentais detêm duas características principais, quais sejam, a universalidade e a relatividade. Da universalidade extrai-se que os direitos fundamentais destinam-se a todos, indistintamente, porque decorrem da própria condição humana. São relativos – nenhum direito fundamental é absoluto –, porque há a possibilidade de ocorrência de conflitos aparentes (recorde-se que o sistema constitucional é um todo unitário e todos os direitos devem conviver em harmonia) entre os direitos fundamentais. Nesses conflitos não se permite a total desconsideração de um direito em favor do outro, de forma abstrata, porque a análise deve ser feita no caso concreto, atendendo às particulares e peculiaridades de cada situação fática.

Robert Alexy define que as colisões entre direitos fundamentais podem ocorrer em sentido estrito ou amplo. Há colisões em sentido estrito sempre que o exercício de um direito fundamental por um titular tiver repercussões negativas sobre direitos fundamentais de outros titulares de direitos fundamentais, as quais podem se dar sobre o mesmo ou diferentes direitos fundamentais²².

Por outro lado, as colisões em sentido amplo estão relacionadas a bens coletivos. É caso, por exemplo, da exigência de que as indústrias de tabaco coloquem advertências sobre os prejuízos à saúde em seus produtos. Significa uma intervenção na liberdade do exercício profissional – dos produtores de tabaco –, em detrimento da proteção da população diante de riscos à saúde, um bem coletivo. Com a intervenção, de forma mediata também se protegem a vida e a saúde do particular (bens individuais). É, ainda, a justificativa para a proteção conferida aos bens coletivos ecológicos em detrimento do direito fundamental à propriedade, no caso da abolição da utilização do saibro que afeta a água subterrânea, consoante o entendimento do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Neste último caso, há uma restrição ao direito de propriedade, em razão da possibilidade de contaminação da água subterrânea, cuja qualidade da água é um bem coletivo clássico²³.

Para solucionar tais colisões entre direitos fundamentais, é necessário verificar se tais direitos têm o caráter de regras ou de princípios. Torna-se

²² ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 57.

²³ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 60-61.

essencial²⁴ distinguir regras e princípios, que pertencem ao gênero norma, porque ambos dizem o que deve ser – quer dizer, formulados por meio das expressões deonticas básicas de dever, da permissão e da proibição. Alexy afirma que há várias maneiras de distinguir princípios e regras, mas escolhe o critério da diferença qualitativa. Para o autor, princípios são “[...] normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”²⁵. Os princípios são considerados *mandamentos de otimização*, por serem satisfeitos em diferentes graus, e a medida de sua satisfação depende de possibilidades fáticas e jurídicas²⁶.

Os embates entre direitos fundamentais devem, segundo a teoria dos princípios, ser designados como colisões de princípios, cujo procedimento para a solução é a ponderação. Entende-se, portanto, que princípios e ponderações são dois lados de um mesmo objeto, em que um é do tipo normativo e o outro do tipo metodológico:

Quem efetua ponderações no direito pressupõe que as normas, entre as quais é ponderado, têm a estrutura de princípios e quem classifica normas como princípios deve chegar a ponderações. O litígio sobre a teoria dos princípios é, com isso, essencialmente, um litígio sobre a ponderação.²⁷

Já as regras são normas que “[...] são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos”²⁸. Entende Alexy que as regras contêm *determinações* no

²⁴ De acordo com Alexy: “Para a teoria dos direitos fundamentais, a mais importante delas é a distinção entre regras e princípios. Essa distinção é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Sem ela não pode haver nem uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico” (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 85).

²⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90.

²⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90.

²⁷ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 64.

²⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 91.

âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível²⁹. Isso significa que as regras são mandamentos definitivos, cuja forma de aplicação não é a ponderação, mas a subsunção. Portanto, quando duas regras colidem, há um conflito entre elas (e não uma colisão, como ocorre entre os princípios).

O ponto em comum entre a colisão de princípios e o conflito de regras é que as duas normas, aplicadas isoladamente, conduzem a resultados inconciliáveis entre si, ou contraditórios. A distinção entre a colisão de princípios e o conflito de regras é a forma de solução dos conflitos.

O conflito entre regras é solucionado ao se introduzir, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimina o conflito ou, então, se uma das regras for declarada inválida. O exemplo citado pelo autor é a introdução de uma cláusula de exceção entre a proibição de sair da sala de aula antes que o sinal toque e o dever de deixar a sala se o alarme de incêndio tocar. Assim, se o sinal ainda não tocou, mas o alarme de incêndio tiver soado, as regras conduzem a juízos concretos contraditórios entre si. A solução é a inclusão de uma cláusula de exceção na primeira regra, de que se pode sair da sala de aula, mesmo antes de o sinal tocar, se soar o alarme de incêndio. Se o conflito não puder ser resolvido pela inserção da cláusula de exceção, ao menos uma das regras deverá ser declarada inválida, o que se pode dar por meio de regras como *lex posterior derogat legi priori* e *lex specialis derogat legi generali*, ou, então, verificando-se a importância de cada regra em conflito – exemplo: norma constitucional e norma estadual³⁰.

Diversamente há a solução de colisões entre princípios. Se dois princípios são colidentes, a exemplo de um proibir determinada conduta e o outro permitir a mesma conduta, a solução não significa que um deles será declarado inválido e nem que deverá ser incluída uma cláusula de exceção. O que ocorre, neste caso, é que um dos princípios tem precedência em face do outro, sob determinadas condições. Significa a natureza de mandamento de otimização dos princípios, justamente por demonstrar a inexistência de precedência absoluta entre os mesmos, o que é afirmado pela lei de colisão.

A lei de colisão tem grande importância, pois denota que é o resultado da ponderação que deve ser objeto da fundamentação. A solução de uma colisão de princípios não deve ser dada na dimensão da validade (que é o caso

²⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 91.

³⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 92-93.

das regras), mas na dimensão de peso, quer dizer, através da ponderação de interesses opostos no caso concreto. A lei de colisão demonstra que a observação das peculiaridades do caso concreto é *conditio sine qua non* para a ponderação, razão pela qual não existe relação de precedência absoluta entre os princípios³¹.

A lei de colisão é válida para solucionar todas as colisões, já que formula um enunciado de preferência condicionado entre os princípios, que é fundamentado pela ponderação. A ponderação é, neste sentido, apontada por Alexy como o pilar que permite resolver eventuais colisões de princípios e, também, manter a sua normatividade, sem que sejam excluídos do ordenamento jurídico.

Alexy afirma que a ideia de otimização está incluída nos três princípios parciais que compõem o princípio da proporcionalidade: princípio da adequação ou idoneidade (exclui a utilização de meios que, visando à satisfação de um princípio, prejudiquem o outro, sem indicar a qual o princípio devem servir); da necessidade (é a escolha, entre dois meios que possibilitem a realização de um princípio, daquele que intervir menos intensamente no outro princípio), bem como da proporcionalidade em sentido estrito, que corresponde à ponderação e que é, portanto, o que interessa quando se trata da colisão de princípios³².

Esse princípio da proporcionalidade em sentido estrito é denominado, por Alexy, de lei do sopesamento³³. Através dessa lei, é efetuado um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva. É útil nos casos em que se fomenta um direito fundamental com grande eficiência, mas, ao mesmo tempo, são restringidos outros direitos fundamentais de forma muito intensa, em virtude da inexistência de medida alterativa tão eficiente e que restrinja menos o direito fundamental atingido do que a que foi empregada³⁴.

Neste caso, basta que os motivos que fundamentam a adoção de uma medida tenham *peso* suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental

³¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

³² ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 588-593.

³³ A lei do sopesamento, de acordo com Alexy, tem a seguinte redação: “Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro” (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 593).

³⁴ LEONARDI, Marcel. *Tutela e privacidade na internet*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 271.

atingido³⁵. Não é necessário que implique a não realização de um direito fundamental, mas basta que justifique aquela restrição. Se a medida escolhida não é capaz de justificar, de forma suficiente, a limitação empregada, então ela é desproporcional e desarrazoada para aquele caso concreto.

Aplicando a teoria a um caso concreto que versa sobre colisão entre direitos fundamentais na internet, verifica-se a adoção, ainda que não expressa no julgado, pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), da teoria colacionada acima.

A ação, promovida pela apresentadora Xuxa Meneghel, objetivava que a empresa Google se abstinhasse de disponibilizar aos usuários quaisquer resultados/*links* na hipótese de utilização dos critérios “Xuxa”, “pedófila”, “Xuxa Meneghel” no mecanismo de busca de propriedade da empresa. Interposto recurso especial no STJ, a ação foi julgada procedente em favor da empresa Google, sob o argumento de que, além da pouca efetividade de eventual restrição, já que os cibernautas encontrariam outras formas de chegar aos resultados, por mais que o conteúdo seja ilegal, estaria tolhendo-se o direito à informação da população. Destaca-se:

[...] 7. Não se pode, sob o pretexto de dificultar a propagação de conteúdo ilícito ou ofensivo na *web*, reprimir o direito da coletividade à informação. Sopesados os direitos envolvidos e o risco potencial de violação de cada um deles, o fiel da balança deve pender para a garantia da liberdade de informação assegurada pelo art. 220, § 1º, da CF/1988, sobretudo considerando que a internet representa, hoje, importante veículo de comunicação social de massa. 8. Preenchidos os requisitos indispensáveis à exclusão, da *web*, de uma determinada página virtual, sob a alegação de veicular conteúdo ilícito ou ofensivo – notadamente a identificação do URL dessa página –, a vítima carecerá de interesse de agir contra o provedor de pesquisa, por absoluta falta de utilidade da jurisdição. Se a

³⁵ “A lei do sopesamento mostra que ele pode ser dividido em três passos. No primeiro é avaliado o grau de não-satisfação ou afetação de um dos princípios. Depois, em um segundo passo, avalia-se a importância da satisfação do princípio colidente. Por fim, em um terceiro passo, deve ser avaliado se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação ou não-satisfação do outro princípio.” (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 594)

vítima identificou, via URL, o autor do ato ilícito, não tem motivo para demandar contra aquele que apenas facilita o acesso a esse ato que, até então, se encontra publicamente disponível na rede para divulgação. 9. Recurso especial provido. (REsp 1316921/RJ, 3ª T., Relª Min. Nancy Andrighi, J. 26.06.2012, DJe 29.06.2012)³⁶

Afirma-se, por exemplo, que, na hipótese de proibição para que fossem apontados resultados na pesquisa da palavra “pedofilia”, impediria os usuários de localizarem reportagens, notícias, denúncias e outras informações sobre o tema, muitas delas de interesse público. Restringiria, até mesmo, a

[...] difusão de entrevista concedida recentemente pela própria recorrida, abordando a pedofilia e que serve de alerta para toda a sociedade. Curiosamente, a vedação dificultaria até mesmo a divulgação do próprio resultado do presente julgamento!³⁷

A conclusão dos Ministros foi no sentido de que não se pode, sob o pretexto de dificultar a propagação de conteúdo ilícito ou ofensivo na *web*, reprimir o direito da coletividade à informação. A decisão pautou-se em duas vertentes: a primeira, que seria impossível restringir a pesquisa nos *sites* de busca, como o Google, porquanto os cibercidadãos encontrariam outras formas de chegar àqueles resultados que a apresentadora almejava fossem “apagados” e, sob outro enfoque, que violaria o direito à informação dos cidadãos que deve ser garantido, inclusive na internet, pois é um dos mais importantes veículos de comunicação em massa.

A decisão reflete, ainda que não expressamente, o emprego da teoria de Alexy destacada acima. No conflito entre o direito à liberdade de informação

³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão da decisão que proveu o Recurso Especial da Google Brasil Internet Ltda. Recurso Especial nº 1316921/RJ. Google Brasil Internet Ltda. e Maria da Graça Xuxa Meneghel. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. 26 de junho de 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201103079096&dt_publicacao=29/06/2012>. Acesso em: 22 out. 2015.

³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão da decisão que proveu o Recurso Especial da Google Brasil Internet Ltda. Recurso Especial nº 1316921/RJ. Google Brasil Internet Ltda. e Maria da Graça Xuxa Meneghel. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. 26 de junho de 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201103079096&dt_publicacao=29/06/2012>. Acesso em: 22 out. 2015.

e o direito à intimidade, verificou-se, neste caso concreto, que a satisfação do princípio da liberdade da informação justifica a não-satisfação do princípio da proteção da intimidade. Isto se deu por razões de interesse público, destacando-se a tutela de um direito coletivo e que o pedido da demandante, qual seja, a não disponibilização de determinados termos no mecanismo de busca, não iria satisfazer, por completo, a sua intimidade e, ainda, restringiria, de modo exacerbado, os direitos de outros cidadãos.

CONCLUSÃO

A tutela dos direitos fundamentais, especialmente quando da ocorrência de colisões entre eles, sempre foi um assunto delicado e que ensejou as mais variadas discussões doutrinárias. Isto porque se sabe que os bens em conflito apresentam suma importância e que não há a possibilidade de, previamente, entabular situações e determinar qual direito será aplicado em desfavor de outro.

Com o advento da internet, vislumbrou-se, em um primeiro momento, uma série de benefícios, como o aumento na circulação das informações, a facilidade de busca de dados e serviços, bem como a possibilidade de comunicação em tempo real, independentemente das fronteiras territoriais.

Com o passar do tempo e a popularização do uso, passou-se a constatar que os cibernautas, imbuídos da vontade de publicar e compartilhar informações, muitas vezes apresentam condutas desarrazoadas e violadoras de direitos fundamentais de outros cidadãos, especialmente quando se tratam da honra, privacidade e intimidade. Emergem, portanto, ações judiciais, ao mesmo tempo em que há uma lacuna legislativa no Brasil sobre o tema, apesar de, recentemente, ter sido aprovado o Marco Civil da internet.

Ainda restam muitas questões não regulamentadas, não se podendo desconsiderar que a falta de legislação específica faz os Magistrados desprenderem uma especial atenção às peculiaridades e características inerentes à internet – que a tornam um meio atrativo e distinto dos demais meios de comunicação – e, portanto, que os litígios nela entabulados também precisam de uma solução e de uma consideração especial.

É com essa percepção que se encontra a teoria dos princípios de Robert Alexy, que demonstra ser um meio apto a solucionar estas eventuais colisões de direitos fundamentais. Pelo que foi exposto, verifica-se que é necessário que seja realizado um sopesamento dos princípios no caso concreto, considerando

as particularidades e especificidades da situação, sem emitir um prévio juízo de valor.

No processo julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, verificou-se a primazia do direito à informação em detrimento do direito à intimidade. Porém, isto não significa que, em todas as ações judiciais versando sobre essa colisão, a solução será a mesma. Deve-se atentar para cada caso e verificar, conforme destacado por Alexy, se a aplicação de um direito fundamental é a medida suficiente para tutelar a situação jurídica e se não há outro meio que menos restrinja a aplicação daquele direito que não foi satisfeito.

Isto reflete que a teoria defendida por Alexy não objetiva uma homogeneização da ordem jurídica fundamental nem a criação de regras pré-definidas pelos Magistrados. Ao contrário, prima por encontrar o direito fundamental que merece ser tutelado naquele caso concreto, de acordo com as características do litígio e, por conseguinte, enaltecer a posição e a importância dos direitos fundamentais e do seu exercício pelos cidadãos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 22 out. 2015.

_____. Projeto de Lei nº 2.126/2011. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=517255>>. Acesso em: 22 out. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão da decisão que proveu o Recurso Especial da Google Brasil Internet Ltda. Recurso Especial nº 1316921/RJ. Google Brasil Internet Ltda. e Maria da Graça Xuxa Meneghel. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. 26 de junho de 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201103079096&dt_publicacao=29/06/2012>. Acesso em: 22 out. 2015.

BRASIL fica em 1º lugar em pedidos de remoção de conteúdo no Google. 25 abr. 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2013/04/brasil-fica-em-1-lugar-em-pedidos-de-remocao-de-conteudo-no-google.html>>. Acesso em: 22 out. 2015.

CASTELLS, Manuel. *A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos. Adotada e proclamada pela Resolução nº 217 A (III). *Assembleia Geral das Nações Unidas*, de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>>. Acesso em: 22 out. 2015.

DILMA sanciona o Marco Civil da Internet. In: *Blog do Planalto*. 23 abr. 2014. Disponível em: <<http://blog.planalto.gov.br/dilma-sanciona-o-marco-civil-da-internet/>>. Acesso em: 22 out. 2015.

GONÇALVES, Maria Eduarda. *Direito da informação: novos direitos e formas de regulação na sociedade da informação*. Coimbra: Almedina, 2003.

GOOGLE. *Transparency report*. Disponível em: <<http://www.google.com/transparencyreport/>>. Acesso em: 22 out. 2015.

ISTO É. *A Constituição Cidadã*. Disponível em: <http://www.istoe.com.br/reportagens/161883_A+CONSTITUICAO+CIDADA>. Acesso em: 22 out. 2015.

LEMOS, André; LÉVY, Pierre. *O futuro da internet: em direção a uma ciberdemocracia planetária*. São Paulo: Paulos, 2010.

LEONARDI, Marcel. *Tutela e privacidade na internet*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Liberdade de expressão *versus* direitos da personalidade. *Revista CEJ*, Brasília, a. XIII, n. 45, p. 4-13, abr./jun. 2009. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1163/1257>>. Acesso em: 22 out. 2015.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística*. São Paulo: FTD, 1997.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 8. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

PINTO, Oriana Piske de Azevedo Magalhães. *É possível a implementação dos direitos fundamentais nas relações privadas? – Parte I*. Publicado em 22 fev. 2008. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2008/e-possivel-a-implementacao-dos-direitos-fundamentais-nas-relacoes-privadas-parte-i-juiza-oriana-piske>>. Acesso em: 22 out. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCHÄFER, Jairo Gilberto. *Direitos fundamentais: proteção e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

Submissão em: 26.07.2015

Avaliado em: 05.08.2015 (Avaliador A)

Avaliado em: 07.08.2015 (Avaliador B)

Aceito em: 19.11.2015

EUTANÁSIA, CÉLULAS-TRONCO E FETO ANENCÉFALO: OS DEBATES NAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS E OS ARGUMENTOS PARA A DISCUSSÃO DA EUTANÁSIA

*EUTHANASIA, STEM CELLS AND ANENCEPHALIC FETUS: DEBATES IN
PUBLIC HEARINGS AND ARGUMENTS TO DISCUSS EUTHANASIA*

Roberto Baptista Dias da Silva¹

Professor de Direito Constitucional nos cursos de graduação, especialização, mestrado e doutorado da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP

Gisela Barroso Istamati²

Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP (Núcleo de Pesquisa em Direito Constitucional)

ÁREA(S) DO DIREITO: direitos fundamentais; direito constitucional; biodireito;

RESUMO: Este trabalho tem o objetivo de analisar os elementos comuns às Audiências Públicas realizadas nos casos da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510 (ADI 3510 – caso das células-tronco) e da Arguição de Descumprimento de

Preceito Fundamental 54 (ADPF 54 – caso interrupção da gravidez de feto anencefálico), com o intuito de averiguar como os argumentos desenvolvidos pelas entidades participantes se relacionam com o debate sobre a eutanásia. Os temas, além de figurarem no campo do Direito Constitucional e do Biodireito, estão interligados por remeterem a questões semelhantes: a proteção da

¹ Doutor em Direito Constitucional pela mesma Universidade, Coordenador do curso de graduação da FGV Direito SP, Coordenador Acadêmico do Curso de Especialização em Direito Constitucional da PUC-SP (Cogeae), Advogado e Presidente da Comissão de Direito Constitucional da OAB/SP. E-mail: rdiasdasilva@puccsp.br. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/5190647173036381>.

² Advogada em São Paulo. E-mail: gi_istamati@yahoo.com.br. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/3817801388055407>.

dignidade da pessoa humana, o direito à vida e a autonomia individual. Do ponto de vista metodológico, o artigo fará uma análise comparativa e qualitativa dos argumentos desenvolvidos nas referidas ações constitucionais para, então, concluir que eles deverão variar muito pouco se o Supremo Tribunal Federal se deparar com a questão do direito à eutanásia e, para decidi-la, convocar a sociedade civil para expor seus pontos de vista sobre o tema numa audiência pública. Enfim, este é um trabalho sobre a vida e a morte e sobre as relações entre ambas. Mas é também um ensaio sobre a judicialização da vida e da morte e os argumentos levados à Suprema Corte brasileira quando ela se depara com tais questões.

PALAVRAS-CHAVE: direitos fundamentais; biodireito; Supremo Tribunal Federal; audiências públicas; células-tronco; feto anencéfalo; eutanásia.

ABSTRACT: *The scope of this work is to review the common elements in the Public Hearings held for the cases of ADI 3510 (Direct Action of Unconstitutionality, case of stem cells) and ADPF 54 (Claim of Breach of Fundamental Precept, case of interruption of pregnancy due to anencephalic fetus), with the aim of investigating how the arguments made by participating civic, religious and scientific organizations may influence the debate on euthanasia. The topics are interconnected since they lead to similar issues, such as the protection of the dignity of the human person, the right to life and individual autonomy, besides appearing in the field of Biolaw. From the methodological standpoint, the article will make a comparative and qualitative analysis of the arguments developed in said constitutional actions, subsequently concluding that they shall have few variations, if the Federal Supreme Court deals with the matter of the right to euthanasia and, to decide it, it would call the civil society to expose its points of view on the theme at public audience. In fact, this is a work about life and death and the relations between both. But it is also an essay on taking to court the life and death and the arguments taken to the Brazilian Supreme Court when it deals with such matters.*

KEYWORDS: *fundamental rights; biolaw; Supreme Court of Brazil; public hearings; stem cells; anencephalic fetus; euthanasia.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Eutanásia: o que é e o que não é; 2 Histórico dos casos (ADI 3510 e ADPF 54); 3 Análise comparativa dos argumentos nas audiências públicas; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Euthanasia: what it is and what it is not; 2 Description of the cases (ADI 3510 e ADPF 54); 3 Comparative analysis of arguments in the public hearings; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

O tema da eutanásia, por si só, traz consigo relevantes polêmicas médicas, religiosas, éticas e jurídicas. Como se não bastasse, tal assunto é relacionado a outras duas questões morais contemporâneas também muito controvertidas: o início da vida e o aborto, que, neste trabalho, se apresentam por meio da análise dos casos das células-tronco (ADIn 3510)³ e da interrupção da gravidez do feto anencefálico (ADPF 54)⁴, ambos julgados pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

Da análise das audiências públicas realizadas nesses dois casos, observam-se certas dicotomias, também presentes no debate sobre a eutanásia, como, por exemplo, o confronto entre desenvolvimento científico e os limites éticos à atuação dos médicos diante da alta tecnologia que se desenvolve a cada dia; e o contraponto entre concepções religiosas e opiniões científicas. Ademais, os temas estão interligados por remeterem a questões semelhantes: a proteção da dignidade da pessoa humana, o direito à vida e a autonomia individual.

Para além da constatação de elementos comuns entre os dois casos mencionados, procuraremos analisar como os argumentos desenvolvidos no âmbito das audiências públicas podem contribuir, também do ponto de vista argumentativo, para o debate acerca da eutanásia no Brasil.

É importante destacar os motivos pelos quais analisaremos as audiências públicas e não os votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. A escolha se deve, primeiramente, porque as audiências públicas são importantes mecanismos para conferir legitimidade democrática à Corte, viabilizando que o STF dialogue com a sociedade civil, ampliando o rol de intérpretes da Constituição. Além disso, as audiências públicas criam a oportunidade para que ocorra o debate de teses opostas e com fundamentos variados, ampliando e fomentando a discussão do tema dentro e fora da Corte, além de instigar que a população também reflita sobre as questões em análise pelo Tribunal.

³ Este acórdão pode ser localizado no *site* do STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2299631>>. Acesso em: 23 abr. 2015.

⁴ Este acórdão pode ser localizado no *site* do STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2226954>>. Acesso em: 23 abr. 2015.

1 EUTANÁSIA: O QUE É E O QUE NÃO É

O termo eutanásia é utilizado, muitas vezes, de forma genérica e ampla, abrangendo uma série de significados que podem desviar o foco da discussão que se pretende travar neste artigo.

Neste ensaio, a eutanásia é entendida como o comportamento médico que antecipa ou não adia a morte de uma pessoa por motivos humanitários, mediante requerimento expresso ou por vontade presumida – mas sempre em atenção aos interesses fundamentais – daquele que sofre uma enfermidade terminal incurável, lesão ou invalidez irreversível, que lhe cause sofrimentos insuportáveis e afete sua qualidade de vida, considerando sua própria noção de dignidade⁵.

Assim, o primeiro pressuposto para se admitir a eutanásia é o “requerimento expresso” ou “vontade presumida” do paciente. Entretanto, para que este possa manifestar sua decisão sobre a própria vida, é necessário estar amplamente informado sobre os diagnósticos atingidos, os tratamentos recomendados e os riscos envolvidos.

Nesse sentido, a informação é imprescindível para exercer o direito geral de liberdade (direito à autonomia) no que concerne à condução de sua própria vida e, em última análise, de sua própria morte. Deste modo, o médico deve revelar todos os fatos ao paciente para que ele possa prestar seu “consentimento informado”, decisão voluntária tomada após um processo informativo e deliberativo. Trata-se, portanto, do exercício da autonomia da vontade no âmbito do consentimento informado⁶.

Além disso, do conceito apresentado, estão contempladas a *eutanásia ativa* e a *eutanásia passiva*, esta última também conhecida como *ortotanásia*⁷, ocasionada por omissão, em que se suspendem os tratamentos médicos com vista a não

⁵ DIAS, Roberto. *O direito fundamental à morte digna: uma visão constitucional da eutanásia*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 148.

⁶ Para uma análise sobre o consentimento informado, ver PEREIRA, André Gonçalo Dias. *O consentimento informado na relação médico-paciente: estudo de direito civil*. Coimbra: Coimbra, 2004.

⁷ Há quem diferencie eutanásia passiva de ortotanásia. Para Maria Elisa Villas-Bôas, a eutanásia passiva ocorre quando, para pôr termo aos sofrimentos, omitem-se ou suspendem-se as condutas que ainda era indicadas e proporcionais e que poderiam beneficiar o paciente. Já a ortotanásia é definida por ela como “condutas médicas restritivas”. Neste último caso, o médico procura prover “conforto ao paciente, sem interferir no momento da morte, sem encurtar o tempo natural de vida nem adiá-lo indevida e artificialmente, para que a morte chegue na hora certa, quando o organismo efetivamente alcançou um grau de deterioração incontornável” (VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao*

adiar a morte⁸. A *eutanásia ativa* caracteriza-se pela adoção de condutas médicas comissivas tendentes a antecipar a morte.

Também podemos inferir da definição apresentada acima o conceito de *eutanásia de duplo efeito ou indireta*, motivada por ação desprovida da intenção de provocar a morte. Neste caso, a morte é o resultado indireto de se administrar medicamentos que aliviem a dor e o sofrimento do paciente⁹.

Nesse sentido, eutanásia não se confunde com *suicídio assistido*, na medida em que este se dá na “hipótese em que a morte advém de ato praticado pelo próprio paciente, orientado ou auxiliado por terceiro ou por médico”¹⁰. Nessa situação, o enfermo está, em princípio, sempre consciente, manifestando sua opção pela morte.

Por fim, ressaltamos que, para este estudo, a eutanásia não pode se confundir com *eugenia* ou com *genocídio*. A primeira se configura como uma técnica voltada a um suposto aperfeiçoamento da espécie humana. Trata-se de mera supressão indolor da vida de pessoas portadoras de doenças contagiosas, enfermidades incuráveis e deficiências ou, ainda, de recém-nascidos mal formados, sempre com o intuito de aprimorar a raça humana. E o genocídio caracteriza-se como o extermínio deliberado, no seu todo ou em parte, de uma etnia, de uma raça, de um grupo religioso ou de uma comunidade¹¹. Eutanásia, como entendida neste artigo, sequer se aproxima da eugenia ou do genocídio.

2 HISTÓRICO DOS CASOS (ADIN 3510 E ADPF 54)

2.1 O CASO DAS CÉLULAS-TRONCO - ADIN 3510-0/DF

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510-0/DF, ajuizada no dia 30 de maio de 2005, questionava a constitucionalidade do art. 5º da Lei de

prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final da vida, p. 74-75 e 80-81. O trecho entre aspas consta da p. 80).

⁸ Para Gunther Jakobs, falar em eutanásia passiva é um eufemismo, “porque, por exemplo, a desconexão de uma máquina-coração-pulmão de funcionamento automático ou de um respirador similar não requer menos atividade que a injeção de um veneno” (JAKOBS, Gunther. *Suicídio, eutanásia e direito penal*. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003. p. 37).

⁹ BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. Disponível em: <http://osconstitucionalistas.com.br/Artigos/A_Morte_Como_Ela_E-Barroso_Martel.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2016.

¹⁰ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 381.

¹¹ BIANCHI, Giorgio. Genocídio. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 2. ed. Trad. João Ferreira et al. Brasília: UnB, 1986. p. 543-544.

Biossegurança¹², que autoriza a realização de pesquisas com células-tronco retiradas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados. Alegava-se, para tanto, que ocorreria violação ao direito à vida¹³ e à dignidade da pessoa humana¹⁴, ambos consagrados na Constituição Federal brasileira de 1988.

A tese central era a de que a vida humana acontece na – e a partir da – fecundação, pois o embrião já apresentaria todas as características genéticas que singularizarão o indivíduo pela vida toda. Assim, qualquer método utilizado com a intenção de destruí-la seria um assassinato¹⁵. Ademais, sendo o embrião um ser humano como qualquer outro, sua dignidade seria violada pela permissão da realização das pesquisas.

Houve realização de audiência pública em abril de 2007¹⁶, conforme pedido feito na petição inicial. O Ministro Carlos Ayres Britto, relator do caso, julgou a admitiu a realização da audiência por possibilitar “uma maior participação da sociedade civil” e legitimar “ainda mais” a decisão que seria tomada pelo Supremo Tribunal Federal¹⁷.

Após a audiência pública, o STF rejeitou a alegação de inconstitucionalidade da Lei de Biossegurança, admitindo, assim, a pesquisa com células-tronco embrionárias obtidas por fertilização *in vitro*.

¹² “Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições: I – sejam embriões inviáveis; ou II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta lei, ou que, já congelados na data da publicação desta lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento. § 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores. § 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa. § 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.”

¹³ Constituição Federal, art. 5º, *caput*.

¹⁴ Constituição Federal, art. 1º, III.

¹⁵ Cf. Petição Inicial da ADIn 3510, p. 3.

¹⁶ As notas taquigráficas da audiência pública podem ser acessadas em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=598460#60%20-%20Certid%E3o%20-%20de%20audi%Eancia>>. Acesso em: 23 abr. 2015.

¹⁷ Decisão monocrática do Ministro Carlos Britto, de 19 de dezembro de 2006, publicada no Diário Oficial da União em 1º de fevereiro de 2007.

2.2 A INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ DO FETO ANENCÉFALO - ADPF 54

A Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), em 17 de junho de 2004, ingressou com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54.

A violação dos preceitos fundamentais invocados decorreria da interpretação que vinha sendo dada aos arts. 124, 126, *caput*, e 128, I e II, do Código Penal¹⁸, por diversos juízes e tribunais. Com base em tais dispositivos legais, o Judiciário brasileiro, em várias ocasiões, proibia a antecipação terapêutica do parto nas hipóteses de fetos anencéfalos, patologia que torna absolutamente inviável a vida extrauterina.

A autora da ADPF pedia que o STF conferisse interpretação conforme a Constituição aos artigos do Código Penal mencionados acima. O intuito era o de impedir que as normas que proíbem o aborto se aplicassem à antecipação terapêutica do parto dos fetos anencéfalos.

Para tanto, foram indicados vários preceitos fundamentais que seriam vulnerados pelo Judiciário ao impor a pena cominada ao aborto nos casos de gravidezes de fetos anencéfalos. Haveria, primeiramente, violação à dignidade da pessoa humana (art. 1º, IV, da CF), pois exigir que a mulher leve adiante a gravidez que certamente não dará origem à vida seria equiparável à prática da tortura, vedada pelo art. 5º, III, da CF. Ocorreria, também, desrespeito ao princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade (art. 5º, II, da CF), pois a antecipação terapêutica do parto do feto anencéfalo não é proibida por nenhuma norma jurídica. Por fim, seria uma ofensa ao direito à saúde (arts. 6º, *caput*, e 196, da CF), uma vez que o estado da gestante que sabe que seu filho é portador da anencefalia pode ser incompatível com seu completo bem-estar físico, mental e social.

¹⁸ Código Penal: “Art. 124. Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque: Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos. [...] Art. 126. Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos. Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de 14 (quatorze) anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência. [...] Art. 128. Não se pune o aborto praticado por médico: aborto necessário I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante; aborto no caso de gravidez resultante de estupro II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal”.

Em 12 de abril de 2012, após realização de audiência pública¹⁹, o STF julgou a ação em definitivo, declarando a inconstitucionalidade da interpretação das normas do Código Penal que impede a interrupção da gravidez de feto anencéfalo.

3 ANÁLISE COMPARATIVA DOS ARGUMENTOS NAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS

Conforme indicado na introdução, é possível apontar diversos aspectos comuns aos casos acima descritos e a eutanásia, sendo que escolhemos uma via específica para compará-los, a qual é fruto do método desenvolvido que apresenta a seguinte lógica:

Primeiramente, começamos por listar os argumentos lançados na audiência pública que precedeu o julgamento da ADIn 3510-0, apontando quais são os raciocínios potencialmente favoráveis ou potencialmente contrários às células tronco. Essa análise se assemelha a uma ficha técnica, em que são anotados dados tais como: nome da entidade, representante, data, principais argumentos e a conclusão. Faremos o mesmo procedimento para a ADPF 54, com a devida ressalva de que aqui os argumentos são os potencialmente favoráveis ou não à questão do feto anencéfalo.

Em seguida, para atingir a finalidade de comparação passamos a listar as alegações comuns aos dois casos. Para tanto, compararemos a lista de argumentos da ADIn 3510-0 com a da ADPF 54. Afastaremos, igualmente, os argumentos da primeira lista que não apresentam contraponto correspondente na segunda lista. Com este trabalho, será possível agrupar os argumentos comuns às audiências públicas em três categorias: a) direito à vida; b) dignidade; c) autonomia do indivíduo. Estes que serão analisados.

Para tanto, estruturaremos a análise de cada audiência pública em dois grupos: o primeiro com os argumentos potencialmente favoráveis (Bloco A), enquanto o outro grupo sistematizará os argumentos contrários ao pleito (Bloco B). Os argumentos reunidos nesses grupos sintetizarão, também, raciocínios

¹⁹ As notas taquigráficas da audiência pública podem ser acessadas em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaAdpf54>>. Acesso em: 23 abr. 2015.

que, se aplicados à eutanásia, indicariam a sua aceitação (Bloco A) ou a sua rejeição (Bloco B).

Nessa estrutura, nem sempre citaremos todas as entidades que levantaram determinado argumento, uma vez que nos ateremos àquelas que o fizeram de forma significativa. Isto se dá porque o intuito desta pesquisa é realizar uma análise qualitativa e não quantitativa, ou seja, importa mais analisar o conteúdo dos argumentos que se sobressaem do que o número de vezes que eles aparecem.

Direito à vida

As manifestações que se mostram favoráveis às células-troncos e à interrupção da gravidez do feto anencéfalo trabalham com o conceito de “potencialidade de vida” e “expectativa de vida”. Analisar tais argumentos é importante, pois eles guardam estrita relação com a discussão da eutanásia, quando se discute expectativa de vida do paciente terminal *versus* tratamentos invasivos a que é submetido.

| Direito à vida: bloco A |
|---|
| Células-tronco |
| “Pesquisar células-tronco embrionárias obtidas de embriões congelados não é aborto. No aborto, temos uma vida no útero que só será interrompida por intervenção humana, enquanto que, no embrião congelado, não há vida se não houver intervenção humana. É preciso haver intervenção humana para a formação de embrião.” ²⁰ |
| Interrupção da gravidez de feto anencéfalo |
| “O que importa é a expectativa de vida, é todo potencial de alguém que será, mesmo com a promessa de vir a ser alguém. O anencéfalo não o será.” ²¹ |

Já quando analisamos os argumentos contrários, é possível notar que a discussão gira em torno da inviolabilidade do direito à vida:

²⁰ Dra. Mayana Zatz, Presidente da Associação Brasileira de Distrofia Muscular – Audiência Pública realizada nos autos do processo da ADIn 3510, de 20 de abril de 2007, p. 12.

²¹ Dr. Roberto Luiz D’Ávila, representante do Conselho Regional de Medicina (CRM) – Audiência Pública realizada nos autos do processo da ADPF 54, de 4 de setembro de 2008 (2º dia), p. 7.

| Direito à vida: bloco B |
|---|
| Células-tronco |
| “Respeito ao embrião humano como pessoa humana, garantindo-lhe o direito à vida e à integridade física, desde o primeiro momento da existência, e isto é o princípio de igualdade que deve ser respeitado.” ²² |
| Interrupção da gravidez de feto anencéfalo |
| “A vida de cada indivíduo não é apenas um bem pessoal inalienável, mas também um bem social.” ²³ “O direito à vida é inviolável. Se não soubermos respeitar o direito à vida, todos os outros passam a ser direitos mortos, sem finalidade, porque a vida não vai existir.” ²⁴ |

Com relação a este último ponto, sobre a inviolabilidade do direito à vida, não raro encontramos, na doutrina brasileira, a afirmação de que o ordenamento jurídico considera a vida humana um bem indisponível²⁵. Entendemos que há, aqui, uma confusão entre inviolabilidade e indisponibilidade. Ora, o art. 5º, *caput*, da Constituição Federal fala em “inviolabilidade do direito à vida”²⁶, e não em indisponibilidade de tal direito. Entendemos que a inviolabilidade da vida impede que ela seja desrespeitada pelo Estado ou por terceiros. Sem dúvida, a ação contra a vida alheia é coibida constitucionalmente, mas não se pode ler o texto constitucional de forma a proibir que qualquer pessoa decida sobre a sua própria vida. Entender de modo diverso é transformar o direito à vida em um dever de viver. E isso a Constituição brasileira não impõe²⁷.

²² Dra. Cláudia Maria de Castro Batista, Professora da UFRJ, pesquisadora de células-tronco – Audiência Pública realizada nos autos do processo da ADIn 3510, de 20 de abril de 2007, p. 65.

²³ Padre Luiz Antônio Bento, representante da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – Audiência Pública realizada nos autos do processo da ADPF 54, de 4 de setembro de 2008 (2º dia), p. 6.

²⁴ Deputado Federal Luiz Bassama. Audiência Pública realizada nos autos do processo da ADPF 54, de 28 de agosto de 2008 (2º dia).

²⁵ Cf., por exemplo, SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 181.

²⁶ Constituição Federal: “ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”.

²⁷ Nesse sentido, ver MOLLER, Letícia Ludwig. *Direito à morte com dignidade e autonomia*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 144-145. Essa autora afirma que o direito à vida, previsto no *caput* do art. 5º da Constituição Federal, não deve ser compreendido como “um dever à vida”. Sobre a questão de a vida não ser um dever, conferir, também, DIAS, Roberto. *O direito fundamental à morte digna: uma visão constitucional da eutanásia*, p. 118 e ss.

Assim, como assevera Jorge Reis Novais²⁸, a renúncia é também uma forma de exercício do direito fundamental, dado que, por um lado, a realização de um direito fundamental inclui, em alguma medida, a possibilidade de se dispor dele, inclusive no sentido da sua limitação, desde que esta seja uma expressão genuína da autodeterminação da pessoa e do livre desenvolvimento da personalidade individual.

Ademais, o direito à vida deve ser entendido como um direito a algo, composto por três elementos²⁹: o sujeito do direito, ou seja, aquele que está vivo; os responsáveis pela obrigação correspondente ao direito, ativa e passivamente; e o objeto do direito, isto é, o valor protegido, qual seja, a própria vida.

Com base nas ideias de William Godwin, pode-se afirmar que, ao se levar em conta o direito de cada um, busca-se tratar a justiça como aquela que surge da consideração dos múltiplos fatores que determinam cada acontecimento individualmente considerado, no qual as pessoas envolvidas têm vontade e voz³⁰.

E mesmo que assim não se entendesse, o imperativo categórico formulado por Kant – segundo o qual cada ser racional deve agir somente de acordo com a máxima que possa servir de lei universal³¹ – seria aplicável ao caso da eutanásia, na medida em que uma pessoa livre, numa situação concreta que solapa sua dignidade, ao pretender o fim de sua própria vida, deve admitir, diante dessas circunstâncias, essa máxima, simultaneamente, como uma lei universal. Com base na dignidade da pessoa humana, devem-se analisar as condições sob as quais um princípio precede ao outro de maneira que a máxima pretendida pelo sujeito do direito possa ser aceita, ao mesmo tempo, como um direito individual dele e como uma máxima universal, ou seja, como um direito a ser exercido por qualquer pessoa nas mesmas circunstâncias.

Embora nos casos ora analisados (ADIn 3510-0 e ADPF 54) discuta-se o interesse de um embrião ou de um feto anencéfalo – que, portanto, não têm uma personalidade individual –, pode-se intuir que, para os especialistas contrários

²⁸ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra, p. 235.

²⁹ Nesse sentido, conferir ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2002. p. 186 e ss. Ver, também, VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 19 e ss.

³⁰ GODWIN, William. *Investigación acerca de la Justicia Política y su influencia en la virtud y la dicha generalidades*. Trad. J. Prince. Buenos Aires: Editorial Americalee, 1945.

³¹ Para uma análise profunda sobre o tema, ver KANT, Immanuel. *A fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2005. p. 47-51.

às pesquisas com células-tronco e à interrupção da gravidez de feto anencéfalo (Bloco B), há uma proteção máxima à vida, de forma que, para eles, a eutanásia também não poderia ser admitida. E dificilmente teriam impacto para eles as teses jurídicas defendendo que, em certas circunstâncias, o direito à vida é passível de renúncia, pois a concepção de vida lhes é sagrada, posta como um bem que serve à coletividade e não a si próprio. O mesmo não se depreende dos argumentos expostos no Bloco A, em que a vida deve ser preservada, salvo quando é possível antever que ela, potencialmente, não terá continuidade.

Essa questão, transportada para o tema da eutanásia, é resolvida quando se admite que, na teoria dos direitos fundamentais, o direito à vida pode, sim, ser disposto pelo próprio titular. Se a discussão das audiências públicas girasse em torno da disponibilidade da vida pelo próprio titular, esta estaria em consonância com a tese central da eutanásia que defendemos.

Recorrer a argumentos religiosos para sustentar a preservação da vida é, constitucionalmente, antidemocrático, na medida em que pertencemos a um Estado laico. O argumento da sacralidade da vida e sua preservação a qualquer custo – inclusive transformando o direito à vida num dever de viver – pode ser relevante para que os seguidores de uma determinada religião possam agir conforme os dogmas religiosos em que acreditam. E seria legítimo que as autoridades religiosas impusessem sanções aos fiéis que desrespeitassem tais dogmas. Mas jamais tais argumentos poderiam ser usados para que um Estado laico impusesse sanções aos cidadãos. Admitir isso seria exigir, por meio de regras estatais, uma moral única, rejeitando o pluralismo inerente a um Estado laico.

Dignidade

O cerne da dignidade remonta ao pensamento de Kant, ao não admitir que o ser humano seja entendido como objeto, mas apenas como sujeito de direitos. Considerá-lo como meio e não como fim em si mesmo seria a própria negação da dignidade da pessoa humana³². Nas palavras de Dworkin, a dignidade, na concepção kantiana, deve ser compreendida como o direito de as pessoas

³² KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*, p. 59; PÉREZ, Jesús Gonzáles. *La dignidad de la persona*. Madrid: Civitas, 1986. p. 60 a 115; SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 35. Para além do entendimento da dignidade do ponto de vista negativo – ou seja, daquilo que não se compatibiliza com a noção de dignidade –, Kant também aponta para um núcleo positivo do conceito, ao afirmar que o fundamento da dignidade humana é a autonomia da vontade (KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*, p. 70-71, 80-81). Conferir, também, KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003. p. 83. Giovanni Pico Della Mirandola

nunca serem “tratadas de maneira que se negue a evidente importância de suas próprias vidas”³³.

A norma constitucional que protege a dignidade da pessoa humana foi diversas vezes citada ao longo das audiências públicas ora estudadas. Como as análises são das manifestações de representantes de entidades da sociedade civil, não se nota um rigor jurídico na definição de tal instituto jurídico. Nem poderia ser diferente, se pensarmos que até mesmo para os estudiosos do Direito há grandes dificuldades para conceituá-lo. Assim, vamos nos deter ao que foi apresentado e depois apresentar nossas impressões sobre o assunto.

Cumprido destacar que os especialistas que apresentaram argumentos favoráveis às pesquisas com células-tronco pressupuseram que os embriões gerados a partir da técnica de fertilização *in vitro* não eram seres humanos, ou seja, não eram vida, mas apenas um amontoado de células e, portanto, não haveria motivos para se falar em dignidade da pessoa humana. Assim, serão apresentados apenas os argumentos dos especialistas favoráveis à interrupção do feto anencéfalo.

| Dignidade: bloco A |
|--|
| Interrupção da gravidez de feto anencéfalo |
| <p>“Atualmente, o que acontece no caso da gestação de anencéfalos é que um grande número de mulheres tem seu direito à autodeterminação desrespeitado e ferida a sua dignidade [...] Obrigar uma mulher a manter uma gestação desse tipo, não lhe oferecer a possibilidade da interrupção desse processo, é tratá-la como coisa.”³³</p> <p>“A grande maioria das mães reconhece que o feto está morto e permanecer num luto durante 6 meses seria tortura psicológica.”³⁴</p> <p>“O que se deseja é simplesmente garantir a dignidade da pessoa humana, através da possibilidade de ela optar de modo informado.”³⁵</p> |

também afirmava a importância do livre arbítrio para a dignidade do homem (*Discurso sobre a dignidade do homem*. Lisboa: Edições 70, 2006. p. 57).

³³ DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 339.

³⁴ Dra. Maria José Fontelas Rosado Nunes, representante da entidade Católica pelo Direito de Decidir – Audiência Pública realizada nos autos do processo da ADPF 54, de 26 de agosto de 2008 (1º dia).

³⁵ Dr. Heverton Neves Pettersen, representante da Sociedade Brasileira de Medicina Fetal – Audiência Pública realizada nos autos do processo da ADPF 54, de 28 de agosto de 2008 (2º dia).

³⁶ Deputado Federal José Aristodemo Pinotti – Audiência Pública realizada nos autos do processo da ADPF 54, de 28 de agosto de 2008 (2º dia).

Com relação aos argumentos contrários à realização de pesquisas com células-tronco e à antecipação do feto anencéfalo, a dignidade da pessoa humana é invocada como um direito inerente à pessoa, desde a fecundação:

| Dignidade: bloco B |
|--|
| Células-tronco |
| <p>“Dignidade da pessoa humana deve ser concedida desde o momento da fecundação. [...] As exigências éticas em relação ao cuidado da vida e à integridade do embrião demandam que se respeite o ser humano a partir da fecundação. O caráter pessoal deve ser reconhecido desde a constatação do início da existência humana.”³⁶</p> |
| Interrupção da gravidez de feto anencéfalo |
| <p>“As pretensões de desqualificação da pessoa humana ferem a dignidade intrínseca e inviolável da pessoa. Só pelo fato de pertencer à espécie humana, esse indivíduo tem uma dignidade; e é essa dignidade que queremos reafirmar, que precisa ser tutelada, que precisa ser respeitada.”³⁷</p> <p>“A mãe não perde a dignidade pelo fato de gerar um filho doente, ao contrário, cresce a sua dignidade no respeito à vida e à dignidade do filho que ama; e, se ela não induzir o aborto, jamais terá remorso por tê-lo amado.”³⁸</p> |

Nas duas audiências públicas, houve uma grande preocupação com a dignidade da pessoa humana. Em ambas, nota-se a intenção de garanti-la, ora invocando-a em conjunto com a autonomia do sujeito, ora como um direito inerente à pessoa. A nosso ver, os dois aspectos apresentados estão corretos, pois eles se complementam. O ponto central é o enfoque do argumento que se quer defender. Partindo desse pressuposto, a dignidade pode ser invocada tanto para defender as pesquisas com células-tronco e a interrupção da gravidez de feto anencéfalo, quanto para não as admitir. E o mesmo vale para a eutanásia.

Para compreender como isto é possível, uma mesma norma ser invocada tanto para defender como para rejeitar uma tese, socorremo-nos da observação de Oscar Vilhena Vieira:

³⁷ Dra. Cláudia Maria de Castro Batista, Professora da UFRJ, pesquisadora de células-tronco. Audiência Pública realizada nos autos do processo da ADIn 3510, de 20 de abril de 2007, p. 65.

³⁸ Padre Luiz Antônio Bento, representante da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – Audiência Pública realizada nos autos do processo da ADPF 54, de 28 de agosto de 2008 (2º dia).

³⁹ Dr. Dernival da Silva Brandão – Audiência Pública realizada nos autos do processo da ADPF 54, de 28 de agosto de 2008 (2º dia).

A dignidade é multidimensional, estando associada a um grande conjunto de condições ligadas à existência humana, a começar pela própria vida, passando pela integridade física e psíquica, liberdade etc. Nesse sentido, a realização da dignidade humana está vinculada à realização de outros direitos fundamentais – estes, sim, expressamente consagrados pela Constituição de 1988.⁴⁰

Com essa passagem, fica claro que a dignidade humana compõe o núcleo essencial dos direitos fundamentais. No entanto, os problemas surgem quando os direitos fundamentais colidem, pois nos deparamos com um impasse lógico.

Basta analisar os casos apresentados: temos, de um lado, o direito à vida e a obrigação de o Estado agir a favor dessa vida e, do outro lado, a autonomia de uma pessoa decidir conforme sua concepção de dignidade. Aqui, a dignidade comporá o direito fundamental à vida e à liberdade e, portanto, estará em polos opostos dos direitos em colisão.

Assim, quando os aspectos reais da dignidade estão presentes na argumentação dos dois lados em conflito, a discussão torna-se mais complexa. Em circunstâncias como essas, segundo Luis Roberto Barroso⁴¹, o pano de fundo cultural e político pode influenciar o modo de raciocínio do juiz ou da Corte.

Isto explica porque a dignidade da pessoa humana é utilizada tanto para defender como para rejeitar uma tese, uma vez que seu emprego oscila de acordo com o grupo ao qual o sujeito pertence.

Sendo assim, a dignidade humana age tanto como justificção moral quanto como fundamento jurídico-normativo dos direitos fundamentais⁴². Esse fato contribui para o argumento que desenvolvemos acima, segundo o qual a prática da eutanásia apenas pode ser admitida se estiver presente a vontade do paciente, em atenção aos interesses fundamentais daquele que sofre de uma enfermidade, considerando sua própria noção de dignidade.

⁴⁰ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos fundamentais: uma leitura jurisprudencial do STF*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 64.

⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 66.

⁴² BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 64.

Assim, almeja-se preservar o direito à escolha, tal como ocorre com as mulheres que pretendem interromper a gestação, observado sempre o exercício do consentimento informado, condição indispensável da relação médico-paciente. Mas jamais essa escolha pode derivar de uma imposição de terceiros ou do Estado, pois, se assim fosse, não seria uma verdadeira escolha. Na eutanásia, a pessoa deve observar seu conceito de dignidade e, por meio de sua autonomia, escolher se deseja permanecer viva ou não.

Autonomia

Como mencionamos acima, Kant relaciona dignidade da pessoa humana e autonomia. Segundo ele, o fundamento da dignidade humana e único princípio da moral⁴³ é a autonomia da vontade, entendida como “não escolher senão de modo a que as máximas da escolha do próprio querer sejam simultaneamente incluídas como lei universal”⁴⁴.

Neste ponto, pretendemos analisar a questão dos avanços científicos frente aos limites da atuação médica, examinando o princípio da autonomia do paciente e o direito à saúde.

O desenvolvimento científico propicia rápidos e precisos diagnósticos, bem como auxilia a geração de novas vidas. Também pode salvar vidas por meio de tratamentos de doenças e moléstias que acometem as pessoas, bem como pode prolongar a vida do paciente. A questão é: até que ponto é legítima a atuação ética do médico frente ao direito de escolha do paciente, o direito à sua autodeterminação?

No caso das células-tronco, a autonomia é posta como o direito de os casais que buscam engravidar escolherem se desejam ou não que os embriões congelados sejam destinados a pesquisas, ao passo que, na interrupção da gravidez de fetos anencéfalos, a questão é mais profunda, pois envolve o direito

⁴³ Moralidade entendida como a “relação de toda a ação com a legislação, somente mediante a qual é possível um reino dos fins” (KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*, p. 64).

⁴⁴ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*, p. 70-71. No mesmo livro, o autor menciona que “a todo ser racional que tem uma vontade devemos lhe atribuir necessariamente também a ideia da liberdade, sob a qual ele age” (p. 81). E, em outra obra, Kant afirma que a “liberdade (a independência de ser constrangido pela escolha alheia), na medida em que pode coexistir com a liberdade de todos os outros de acordo com uma lei universal, é o único direito original pertencente a todos os homens em virtude da humanidade destes” (*A metafísica dos costumes*, p. 83). Para uma visão específica da autonomia da vontade, conferir STRENGER, Irineu. *Da autonomia da vontade: direito interno e internacional*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2000.

de a mulher interromper uma gestação que sabe que não gerará um filho vivo. Nas pesquisas com células-tronco, não se discute a autonomia do embrião, pois especialistas a favor das pesquisas entendem que o embrião não é vida.

Nesse sentido, cumpre averiguar os argumentos apresentados por aqueles que são favoráveis às pesquisas com células-tronco e à interrupção da gravidez de feto anencéfalo:

| |
|--|
| Autonomia: bloco A |
| Células-tronco |
| “No entanto, não vamos ignorar que um dos pressupostos da lei é de que os casais tenham de consentir.” ⁴⁴ |
| Interrupção da gravidez de feto anencéfalo |
| “Por fim, lembrando que nenhuma mulher será obrigada a antecipar o parto e garantindo àqueles que desejarem manter a gestação que serão amparadas e cuidadas pelas equipes de saúde.” ⁴⁵ “É uma obrigação de conduta. Não conseguimos fazer Medicina impondo a nossa vontade [...] respeitamos a autonomia, no seu desejo de progredir ou não com a gravidez.” ⁴⁶ “A mulher que decide manter a gravidez tem sua decisão respeitada, mas as mulheres que não desejam manter essa gestação veem os seus direitos negados. Essa é uma situação antidemocrática.” ⁴⁷ |

Na audiência pública sobre a interrupção da gravidez de feto anencéfalo, os integrantes do Bloco B não apresentaram argumentos referentes à autonomia da mulher, justamente porque defendem que estas devem prosseguir com a gravidez, independentemente da vontade da gestante, na medida em que o feto anencéfalo representa uma vida a ser preservada. Sendo assim, apenas analisaremos a questão do ponto de vista dos argumentos suscitados no caso

⁴⁵ Profa. Dra. Débora Diniz, representante do Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero - ANIS. Audiência Pública realizada nos autos do processo da ADIn 3510, de 20 de abril de 2007, p. 208.

⁴⁶ Ministro da Saúde Sr. José Gomes Temporão - Audiência Pública realizada nos autos do processo da ADPF 54, de 4 de setembro de 2008 (3º dia).

⁴⁷ Dr. Roberto Luiz D’ávila, representante do Conselho Federal de Medicina - Audiência Pública realizada nos autos do processo da ADPF 54, de 28 de agosto de 2008 (2º dia), p. 5 e 6.

⁴⁸ Dra. Maria José Fontelas Rosado Nunes, representante da entidade Católicas pelo Direito de Decidir - Audiência Pública realizada nos autos do processo da ADPF 54, de 26 de agosto de 2008 (2º dia), p. 41.

das células-tronco, reunindo-os na manifestação da Dra. Cláudia Maria de Castro Batista, pois a ela foi incumbido desenvolver, especificamente, o tema da autonomia do embrião humano.

Basicamente o argumento utilizado se volta ao seguinte aspecto:

O embrião de três dias já tem uma autonomia funcional, que dá uma unidade a todo um organismo como um todo. Esse montinho é um todo que se comporta funcional e metabolicamente como um único ser, um único organismo e que se autodetermina.⁴⁹

Como pode se notar, ela não está a falar de autonomia da forma como desenvolvemos na análise do Bloco A, e nem poderia, pois a autonomia pressupõe a autodeterminação da pessoa na tomada de decisões que afetem sua vida, saúde, integridade físico-psíquica e relações sociais⁵⁰. A pessoa autônoma, portanto, é aquela que tem liberdade de pensamento, liberdade de opção e liberdade de ação, ou seja, é aquela que tem capacidade para escolher entre as alternativas que lhe são apresentadas sem qualquer coação interna ou externa.

Portanto, a autonomia não é enfrentada de forma contundente pelas entidades da sociedade civil que se manifestaram contra as pesquisas com células-tronco e a interrupção do feto anencéfalo.

Contudo, diante do que foi dito, podemos concluir que a questão da autonomia, aqui, é um argumento potencialmente favorável à eutanásia, pois, se nos detivermos principalmente aos argumentos desenvolvidos na audiência pública da interrupção da gravidez de feto anencéfalo, nos depararemos com as orientações do Conselho Federal de Medicina e do Ministro da Saúde, no sentido de ouvir a opinião do paciente para garantir-lhe o direito de escolha.

Assim, o exercício da autonomia está relacionado ao poder de escolha do paciente que está diante de uma circunstância específica. Esse é o mesmo argumento preconizado pelos defensores da eutanásia.

CONCLUSÃO

Ao consideramos que a audiência pública, no âmbito do STF, é uma importante expressão da legitimidade democrática institucional, em que

⁴⁹ Dra. Cláudia Maria de Castro Batista - Audiência Pública realizada nos autos do processo da ADIn 3510, p. 68.

⁵⁰ TONI, Cláudia Thomé. Eutanásia. Dissertação de Mestrado em Direito Penal - PUC-SP, 2003. p. 55.

o diálogo com a sociedade civil constitui, em última análise, uma ampliação de intérpretes da Constituição, em contraposição à tradicional concepção de “sociedade fechada” de intérpretes, restrita aos juízes, é possível averiguar uma tendência ou diretriz de como serão os argumentos apresentados caso o Tribunal venha a julgar matéria atinente à eutanásia.

Assim, da análise das audiências públicas, foi possível constatar – como era de se esperar – que o grau de valoração do direito à vida oscila de acordo com os interesses que cada entidade pretende resguardar. O mesmo deve ocorrer com a discussão sobre a eutanásia.

Em relação aos argumentos religiosos – que também estão presentes nos debates sobre a eutanásia –, é importante ter em vista que a afirmação de que a vida é um direito sagrado, que deve ser preservado a todo custo, é negar a existência de um Estado laico. Como mencionamos, é vedado ao Estado impor, por meio de suas leis e ações, o cumprimento de determinados deveres e convicções religiosos, porque a liberdade religiosa, garantida pela Constituição, consiste justamente em assegurar ao indivíduo o direito de crer no que lhes aprouver, bem como o direito de não crer em nada ou em ninguém.

Por sua vez, a dignidade da pessoa humana, diversas vezes citada ao longo das audiências públicas – ora invocada em conjunto com a autonomia do sujeito, ora como um direito inerente à pessoa –, nos mostrou, igualmente, que sua aplicabilidade está fortemente vinculada às crenças do sujeito que se manifesta. Não por acaso, grupos religiosos se mostraram inclinados a defender a dignidade da pessoa humana, desde a concepção, de forma plena, ao passo que entidades médicas e, por vezes, céticos defenderam uma concepção de dignidade atrelada à autonomia do sujeito para fazer suas escolhas.

Esse último ponto corrobora a ideia demonstrada no tópico em que tratamos sobre a eutanásia, defendida por nós apenas se estiver presente a vontade do paciente, em atenção aos interesses fundamentais daquele que sofre de uma enfermidade, considerando sua própria noção de dignidade.

Com tudo o que foi dito, entendemos que o direito à escolha do indivíduo, depois de receber as informações claras e precisas sobre a sua enfermidade, o diagnóstico, os prognósticos e os tratamentos existentes, deve ser respeitado, sem que a conduta do paciente sofra imposições por terceiros ou pelo Estado. A pessoa deve observar o seu conceito de dignidade e sua autonomia para

manifestar sua decisão de permanecer viva ou não. Enfim, a vida é um direito, e não um dever imposto ao seu titular.

Enfim, os argumentos lançados nas audiências públicas dos casos de interrupção de fetos anencéfalos e de pesquisas com células-tronco – decididos pelo STF – devem variar muito pouco, se a Corte se deparar com a questão do direito à eutanásia e, para decidi-la, convocar a sociedade civil para expor seus pontos de vista sobre o tema numa audiência pública.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. Gestação de fetos anencefálicos e pesquisa com células-tronco: dois temas acerca da vida e da dignidade na Constituição. *RDA*, Rio de Janeiro, jul./set. 2005.

BARROSO, Luís Roberto; Velho Martel, Leticia de Campos. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. Disponível em: <http://osconstitucionalistas.com.br/Artigos/A_Morte_Como_Ela_E-Barroso_Martel.pdf>, 2010. Acesso em: 12 fev. 2016.

BIANCHI, Giorgio. Genocídio. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 2. ed. Trad. João Ferreira et al. Brasília: UnB, 1986.

DIAS, Roberto. *O direito fundamental à morte digna: uma visão constitucional da eutanásia*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2009.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. A sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

JAKOBS, Gunther. *Suicídio, eutanásia e direito penal*. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003.

_____. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2005.

MIRANDOLA, Giovanni Pico Della. *Discurso sobre a dignidade do homem*. Lisboa: Edições 70, 2006.

MOLLER, Letícia Ludwig. *Direito à morte com dignidade e autonomia*. Curitiba: Juruá, 2007.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra, 2006.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. *O consentimento informado na relação médico-paciente: estudo de direito civil*. Coimbra: Coimbra, 2004.

PÉREZ, Jesús Gonzáles. *La dignidad de la persona*. Madrid: Civitas, 1986.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

STRENGER, Irineu. *Da autonomia da vontade: direito interno e internacional*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2000.

THOMÉ TONI, Cláudia. *Eutanásia*. Dissertação de Mestrado em Direito Penal - PUC-SP, 2003.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos fundamentais: uma leitura jurisprudencial do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006.

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final da vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

Submissão em: 25.07.2015

Avaliado em: 31.07.2015 (Avaliador A)

Avaliado em: 09.10.2015 (Avaliador B)

Aceito em: 17.05.2016

OS DIREITOS HUMANOS E AS UNIÕES HOMOAFETIVAS: OS DESAFIOS À PLENA IMPLEMENTAÇÃO DO DIREITO À DIVERSIDADE SEXUAL NO BRASIL

*SAME SEX UNION AND HUMAN RIGHTS: THE CHALLENGES FOR THE
FULL IMPLEMENTATION OF THE SEXUAL DIVERSITY RIGHT IN BRAZIL*

Sandro Gorski Silva¹

Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná

ÁREA(S) DO DIREITO: direitos humanos; direitos e garantias fundamentais.

RESUMO: O presente artigo se propõe a verificar a ligação existente entre os direitos humanos e as uniões homoafetivas, assim como avaliar quais foram e quais ainda serão os desafios para implementar plenamente o direito à diversidade sexual no Brasil. Para desenvolver este trabalho, realizou-se um estudo sobre os direitos humanos e investigaram-se os processos de luta pela aceitação social dos homossexuais e de transformação da caracterização da família no sistema jurídico brasileiro, tendo como ponto de partida o Código Civil de 1916. Analisaram-se, ainda, o

caso emblemático do reconhecimento das uniões homoafetivas realizado pelo Supremo Tribunal Federal e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, utilizando-se do método dedutivo para a avaliação dos dados coletados e a verificação dos casos concretos. Pretende-se, destarte, reafirmar a importância da luta pela regulamentação do direito à diversidade sexual, a fim de eliminar qualquer embaraço ao pleno exercício desse direito.

PALAVRAS-CHAVE: direitos humanos; diversidade sexual; público LGBT.

ABSTRACT: *This article proposes to verify the link between human rights and same-sex unions and also which were and which still*

¹ Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito (Curitiba/Paraná, Brasil), Especialista em Fundamentos Críticos: Los Derechos Humanos como Procesos de Lucha pela Universidad Pablo de Olavide (Sevilha/Espanha) e em Direito Processual Civil Contemporâneo pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

E-mail: sandrogorski@gmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/0437855341682183>.

will be the challenges to fully implement the sexual diversity right in Brazil. To develop this paper we carried out a study on human rights and we investigated the processes of struggle for social acceptance of homosexuals and the transformation of family characteristics in the Brazilian legal system, taking as its starting point the Civil Code of 1916. We also made an analysis about the emblematic case of recognition of same-sex unions held by the Supreme Court and the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights, using the deductive method for data evaluation and verification of court's cases. Thus, it is intended to reaffirm the importance of the fight for the regulation of the sexual diversity in order to eliminate any hurdle for the full exercise of this right.

KEYWORDS: *human rights; sexual diversity; LGBT people.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Os direitos humanos e o processo de luta pela dignidade; 2 Os desafios à plena implementação do direito à diversidade sexual no Brasil; Considerações finais; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Human rights and the struggle for human dignity; 2 The challenges for the full implementation of the sexual diversity right in Brazil; Conclusions; References.*

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, a América Continental e a Europa Ocidental notaram uma ruptura de paradigmas no que diz respeito à diversidade populacional. Essas sociedades se perceberam cada vez mais plurais, mais diversificadas, não se traduzindo mais no modelo tradicional, no qual o homem branco e rico dominava solenemente. A palavra de ordem tem sido, notadamente, a inclusão.

Nesse contexto, determinados grupos populacionais dantes não considerados passaram a receber a atenção do Estado, reflexo nítido da luta pelo reconhecimento dos direitos humanos que possuem perante os organismos internacionais, as Cortes de Justiça e os legisladores internos. Assim, mulheres, negros, pessoas LGBT, deficientes, entre outras minorias, foram incluídos no laço social e passaram a ser reconhecidos como sujeitos de direitos.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal, em maio de 2011, limitou-se apenas ao reconhecimento da validade jurídica das uniões civis entre pessoas do mesmo sexo, deixando sem resposta outros temas necessários à implementação do direito à diversidade sexual, como, por exemplo, a possibilidade de conversão em casamento, a adoção e, via de consequência, a questão relativa à licença-natalidade, a necessidade de proibir a discriminação em razão da orientação

sexual, criminalizando a homofobia, a revogação do crime de pederastia no âmbito militar, entre outros.

Desse modo, o presente artigo se propõe a verificar a ligação existente entre os direitos humanos e as uniões homoafetivas, assim como avaliar quais foram e quais ainda serão os desafios para implementar plenamente o direito à diversidade sexual no Brasil. Para desenvolver este trabalho, realizou-se um breve estudo sobre os direitos humanos e investigaram-se os processos de luta pela aceitação social dos homossexuais e de transformação da caracterização da família no sistema jurídico brasileiro, tendo como ponto de partida o Código Civil de 1916. Analisaram-se, ainda, o caso emblemático do reconhecimento das uniões homoafetivas realizado pelo Supremo Tribunal Federal e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, utilizando-se do método dedutivo para a avaliação dos dados coletados e a verificação dos casos concretos.

Pretende-se, destarte, reafirmar a importância da luta pela regulamentação do direito à diversidade sexual, a fim de eliminar qualquer embaraço ao pleno exercício desse direito fundamental.

1 OS DIREITOS HUMANOS E O PROCESSO DE LUTA PELA DIGNIDADE

A ideia dos direitos humanos é tão antiga quanto a história das civilizações e muitos foram aqueles que lutaram pelo reconhecimento de uma dignidade ao ser humano, sobretudo em razão das diversas formas de dominação, exclusão e opressão que experimentaram no passado. Segundo Douzinas², “os direitos humanos foram desde o início a experiência política da liberdade, a expressão da luta para libertar os indivíduos da repressão externa e permitir sua auto-realização”.

Conceitualmente, a expressão “direitos humanos” faz referência à natureza, ao movimento do humanismo e a sua forma jurídica, fruto de uma breve união, no começo da modernidade, entre a filosofia política e o direito, representada pelos textos de Hobbes, Locke e Rousseau, pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão francesa, pela Declaração da Independência e pela Declaração de Direitos norte-americanos, conforme observa Douzinas³.

² DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 22.

³ Idem, p. 36.

Contemporaneamente, os direitos humanos são concebidos como mecanismos de proteção para se evitar as atrocidades ocorridas no contexto do Pós-Guerra e, sobretudo, as extremas violações praticadas pelo regime de Hitler. Essa é a visão nítida da Declaração Universal de 1948, internacionalizada pelas diversas Constituições promulgadas após esse período, sendo reiterada, em 1993, pela Declaração de Direitos Humanos de Viena, conforme observa Comparato:

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, como se percebe da leitura de seu preâmbulo, foi redigida sob o impacto das atrocidades cometidas durante a 2ª Guerra Mundial, e cuja revelação só começou a ser feita – e de forma muito parcial, ou seja, com omissão de tudo o que se referia à União Soviética e de vários abusos cometidos pelas potências ocidentais – após o encerramento das hostilidades.⁴

Em igual sentido posiciona-se Piovesan:

Seja por fixar a ideia de que os direitos humanos são universais, decorrentes da dignidade humana e não derivados das peculiaridades sociais e culturais de determinada sociedade, seja por incluir em seu elenco não só direitos civis e políticos, mas também sociais, econômicos e culturais, a Declaração de 1948 demarca a concepção contemporânea dos direitos humanos.⁵

Assim, a partir da Declaração de 1948, os direitos humanos passaram a ser marcados por um processo de universalização e indivisibilidade. São ditos indivisíveis, porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais, não podendo um ser mitigado ou supervalorizado pelo outro, e vice-versa. Ou seja, trata-se de um bloco indivisível de direitos, interdependente e inter-relacionado, pois, na medida em que um deles é violado, todos os demais o são⁶. Diz-se, ainda, que os

⁴ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 226.

⁵ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 216.

⁶ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 45.

direitos humanos são universais, porque são inatos à condição de pessoa, isto é, a todos deve ser minimamente assegurada uma vida digna – valor intrínseco e irreduzível da espécie humana⁷.

De outro lado, a Declaração de 1948 introduziu no cenário mundial uma política de reconstrução da proteção da dignidade humana, o que foi internacionalizado como um direito inerente a qualquer pessoa, independentemente de qualquer fato ou circunstância, influenciando o Direito Constitucional ocidental a proteger os direitos humanos, limitando o poder do Estado⁸.

Vale dizer que essa política fez surgir o sistema normativo internacional de proteção dos direitos humanos, que, além de dar uma resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo, como destacado, estava fundamentado, essencialmente, na crença de que parte dessas violações não teria ocorrido se houvesse mecanismos protetivos como os que se propagaram na segunda metade do século XX, conforme destaca Piovesan⁹.

Depois de meio século, o Direito Internacional dos Direitos Humanos firmou-se, segundo Cançado Trindade, como um ramo autônomo da ciência jurídica, cuja fonte material é a “consciência jurídica universal”, que trata

de um direito de proteção, marcado por uma lógica própria, e voltado à salvaguarda dos direitos dos seres humanos e não dos Estados. Neste propósito se mostra constituído por um corpus juris dotado de uma multiplicidade de instrumentos internacionais de proteção, de natureza e efeitos jurídicos variáveis (tratados e resoluções), operando nos âmbitos tanto global (Nações Unidas) como regional.¹⁰

Cançado Trindade¹¹ acrescenta, ainda, que a noção dos direitos humanos como sendo um conjunto de direitos intrínsecos à condição inata de pessoa, além de ser um legado das correntes ligadas ao jusnaturalismo, enaltece a ideia

⁷ Idem, p. 49.

⁸ Idem, p. 41.

⁹ Idem, p. 43.

¹⁰ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, v. I, 2003. p. 38.

¹¹ Idem, p. 35.

de que esses direitos antecedem aos direitos dos Estados, que o poder deriva do povo e que a justiça é um norte para o direito estatal positivo. Isto é, antecedem a todas as formas de organização política e a proteção que buscam não pode e nem deve se esgotar na ação do Estado¹².

De outro lado, para Comparato¹³ a concepção de direitos humanos como sendo um direito natural seria fruto da lei escrita que condicionou a convivência humana em sociedade ao respeito desses direitos, fazendo surgir, a partir da concepção medieval de pessoa – indivíduo dotado de natureza racional –, o princípio da igualdade, que pressupõe a eliminação de todas as diferenças individuais e grupais, de ordem biológica ou cultural, o que, em última análise, consubstancia-se no núcleo do conceito universal dos direitos humanos¹⁴.

Tem-se, portanto, que os direitos humanos, além de serem aqueles necessários à vida digna, também têm como função limitar a atuação do Estado, segundo as deliberações de poder que emanam do povo, de modo a orientar a sua atuação, para que sejam sempre observados os critérios de justiça, humanidade e igualdade, assim como as ações protetivas impostas internacionalmente pelos sistemas global e regionais de proteção.

Destacam-se no sistema global de proteção o direito à igualdade, a proibição à discriminação (arts. I e II da Declaração de 1988) e o dever de os Estados-partes garantirem, sem qualquer forma de discriminação, os direitos previstos no Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (arts. 2º [I], 4º e 26) e no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (art. 2º), ambos de 1966.

No âmbito dos sistemas regionais europeu e interamericano, de igual forma, há cláusulas consagrando a igualdade e a proibição da discriminação. A Convenção Europeia (1950) as consignou em seu art. 14 e a Convenção Americana (1969) as adotou nos arts. 1º, 24 e 27.

Dessa forma, verifica-se que o direito à diversidade sexual encontra fundamento em toda a sistemática protetiva dos direitos humanos, não sendo admitida qualquer forma de discriminação em razão da orientação sexual, tendo, inclusive, as Nações Unidas, por meio do Conselho de Direitos Humanos,

¹² Idem, p. 45.

¹³ Comparato, op. cit., 2001, p. 12.

¹⁴ Idem, p. 19.

reconhecido expressamente, em 2011, que os direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais e Transexuais (LGBT) são direitos humanos¹⁵.

De toda sorte, verifica-se que a homossexualidade enfrentou no ocidente um longo processo de luta pela aceitação social na segunda metade do século XX, que culminou na ruptura de vários paradigmas que não permitiam que esse comportamento fosse visto como natural e digno de proteção. A despeito dessa conquista, emergiu um novo desafio: desconstituir dogmas jurídicos relacionados à caracterização familiar, a fim de permitir a união entre pessoas do mesmo sexo.

Com efeito, o próximo tópico irá analisar os grandes desafios enfrentados nesse processo de luta pela dignidade dos homossexuais, assim como as próximas batalhas que serão travadas para tornar integralmente efetivo o direito à diversidade sexual.

2 OS DESAFIOS À PLENA IMPLEMENTAÇÃO DO DIREITO À DIVERSIDADE SEXUAL NO BRASIL

2.1 A DESMISTIFICAÇÃO DO COMPORTAMENTO HOMOSSEXUAL

As relações entre pessoas do mesmo sexo existem desde os tempos mais remotos e foram notadas socialmente por diversas civilizações, o que nos revela que esse comportamento faz parte da história da humanidade. Exemplo disso eram Zeus e Ganimede, o casal mais famoso da mitologia grega.

Na Grécia antiga, o sexo de um homem, ora com outro homem, ora com uma mulher, era fato social notório, sendo que este se prestava apenas à procriação. No processo educacional, um mestre iniciava sexualmente os adolescentes, objetivando transmitir-lhes sabedoria¹⁶.

No entanto, com o advento do cristianismo, essa conduta passou a ser castigada por atentar as leis divinas. Nesse período, a Igreja exercia forte domínio social e a população cristã perfazia a voz de Deus, ou seja, o entendimento majoritário do povo era considerado regra divina. Com isso, a Igreja passou a ser a maior perseguidora daqueles que praticavam atos sexuais com pessoas do mesmo sexo, notadamente no período da Santa Inquisição. Nessa época, a influência da Igreja foi extrema, tanto que chegou a fazer parte das discussões

¹⁵ GORISCH, Patrícia. *O reconhecimento dos direitos humanos LGBT: de Stonewall à ONU*. Curitiba: Appris, 2014. p. 44.

¹⁶ DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: o preconceito & a justiça*. 4. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 36.

jurídicas. Em 1179, o III Concílio de Latrão classificou a conduta como crime. Posteriormente, a primeira codificação ocidental culminou pena de morte àquela prática¹⁷.

Foi somente a partir da ruptura com a Igreja, quando o casamento passou a ser oficializado pelo Estado, sem deixar de lado o seu caráter patrimonial, que outras formas de relacionamento surgiram, e aquele comportamento passou a ser visto como opcional, compreensível, e não mais como crime¹⁸.

Conceitualmente, a homossexualidade surgiu no século XIX, definida pela medicina como uma atração sexual e afetiva entre pessoas do mesmo sexo, caracterizada, à época, por um desvio comportamental¹⁹.

Nesse período, a homossexualidade recebeu, inclusive, outra terminologia acrescida do sufixo “ismo”, cujo significado, na medicina, refere-se a um distúrbio mental, a uma doença, motivo pelo qual se empregou a expressão “homossexualismo”, que a vinculou a esse contexto modelado por uma específica parcela da sociedade, que a cunhou a partir do aparato científico disponível naquele momento histórico.

Quem, primeiramente, dedicou-se ao tema foi o médico Karoly Benkert²⁰, sendo-lhe atribuído, inclusive, o termo “homossexualidade”, que significa sexualidade semelhante – *homo* do grego é semelhante e *sexus* remete à sexualidade. Ele concluiu, em 1869, que a homossexualidade não era uma preferência sexual.

Mais tarde surgiram outros grupos de médicos que a chamaram de perversão sexual, por afastar-se da heterossexualidade²¹. Em 1935, Sigmund Freud desconsiderou o aspecto patológico, passando a admiti-la e protegê-la, vendo-a como uma variação da função sexual, não podendo mais ser considerada crime, sob pena de se cometer grande injustiça e crueldade²².

No entanto, somente em 1948 Alfred Kinsey constatou, após experimentos empíricos nos Estados Unidos, que a homossexualidade de fato não era uma

¹⁷ Idem, p. 38.

¹⁸ Idem, p. 41.

¹⁹ GIRARDI, Viviane. *Famílias contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 66.

²⁰ Dias, op. cit., p. 46.

²¹ Girardi, op. cit., p. 67.

²² Idem, loc. cit.

doença, mas, sim, uma série de comportamentos relativos à identidade sexual, considerados “variações normais do comportamento sexual humano”²³.

A partir dessa constatação, grandes movimentos sociais começaram a surgir, a fim de pleitear dignidade e igualdade de tratamento perante a sociedade, que, constantemente, atentava contra a população homossexual. A primeira manifestação ocorreu entre os dias 27 e 29 de junho de 1969, no Greenwich Village, na cidade de Nova Iorque, e ficou conhecida como o motim de *Stonewall*²⁴.

No ano seguinte, inspirados pelo ocorrido em Nova Iorque, gays e feministas juntaram-se para paralisar a convenção nacional da Associação Americana de Psiquiatria, em São Francisco, nos Estados Unidos. A interrupção aconteceu no momento em que se apresentou um documento que estipulava tratamento para a mudança da orientação sexual utilizando-se de choque elétrico e drogas, em conjunto com imagens sexualmente provocantes com pessoas do mesmo sexo²⁵.

Esses protestos foram responsáveis por desmistificar o estereótipo negativo da homossexualidade, razão pela qual, finalmente em 1974, aquela associação retirou-a da condição de distúrbios mentais²⁶.

Em 1993, foi a vez da Organização Mundial da Saúde (OMS) remover, também, a concepção doentia da homossexualidade do Capítulo de “Desvios e Transtornos Sexuais”, passando-a para o Capítulo de “Sintomas Decorrentes de Circunstâncias Psicossociais”. No entanto, desde de 1995, a OMS não mais a consigna, no catálogo de doenças, transtornos ou sintomas²⁷.

Segundo Viviane Girardi, a tipificação patológica foi de grande relevância para a população homossexual, ao longo do período histórico, pois lhes garantiu proteção contra a tirania estatal e religiosa, que a via como pecado ou, ainda, como crime. No entanto, lamenta-se que esse discurso médico ainda se verifique atualmente, servindo como fundamento de discriminação²⁸.

²³ HOPCKE, Robert H. *Jung, junguianos e a homossexualidade*. Trad. Cássia Rocha. São Paulo: Siciliano, 1989. Apud Girardi, op. cit., 2005, p. 19.

²⁴ POLIKOFF, Nancy D. *Beyond (straight and gay) marriage: valuing all families under the law*. Boston: Beacon Press, 2008. p. 35.

²⁵ Idem, loc. cit.

²⁶ Dias, op. cit., 2009, p. 53.

²⁷ Idem, loc. cit.

²⁸ Girardi, op. cit., p. 69.

Muito embora não seja mais considerada doença, há, ainda hoje, correntes de “conversão” que pretendem movimentos “ex-gays”, mesmo tendo o Conselho Federal de Psicologia brasileiro proibido a possibilidade de tratamento, ou “cura”, para a homossexualidade há mais de dez anos.

2.2 A REGULAMENTAÇÃO DA FAMÍLIA NO BRASIL

A sociedade já reconheceu há muito tempo o importante papel que a família desempenha no círculo social, notadamente porque ela perfaz o ideal pessoal de felicidade, desenvolve a personalidade humana e forma núcleos sociais, que se dão ao redor da “estrutura familiar e não em torno de outros grupos ou dos indivíduos em si mesmos”²⁹.

Com efeito, o legislador brasileiro, influenciado pela cultura do início do século XX, foi levado a disciplinar as relações jurídicas atinentes à família, fazendo surgir, no Código Civil de 1916, um regramento que passou a ser a lei fundamental sobre a matéria, pois a Constituição de 1891, ainda vigente à época, pouco discorria sobre a questão, limitando-se a prever o casamento³⁰.

Isso fez com que o diploma de 1916 passasse a ocupar o centro do ordenamento jurídico brasileiro, ainda que existisse a superioridade hierárquica constitucional, sobretudo porque passou a regular a vida privada dos indivíduos. Às antigas Constituições restava um papel secundário, eis que raramente adentravam na vida do particular³¹.

Estruturalmente, a codificação novecentista se baseava fundamentalmente em 3 pilares – no contrato, na família e na propriedade –, o que contribuiu para que a instituição familiar recebesse mais relevância que as próprias pessoas que a formavam, por isso caracterizada como transpessoal, ou seja, ainda que qualificada como patriarcal, matrimonializada e hierarquizada, o foco do legislador não estava nas relações pessoais, mas sempre na instituição que ocupava o topo da pirâmide³².

O casamento, considerado tão somente a partir da união matrimonializada, era o único meio de outorgar legitimidade à família e gerava um vínculo

²⁹ Dias, op. cit., 2009, p. 119.

³⁰ FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992. p. 45.

³¹ Girardi, op. cit., 2005, p. 35.

³² Fachin, op. cit., p. 46.

indissolúvel³³. Na sociedade conjugal, não existia igualdade entre os homens e as mulheres, uma vez que a própria lei estabelecia o homem como sendo o chefe da família, restando à mulher a posição de submissão e, inclusive, de relativamente capaz após o casamento, sequer se cogitando a possibilidade de divórcio.

Com relação aos filhos, existia diferenciação entre filhos legítimos e ilegítimos, entre filhos naturais e adotivos. De igual forma, as entidades extra-matrimoniais desmereciam atenção, sendo consideradas ilegítimas e impedidas de figurar no centro das relações jurídicas, razão pela qual se proibiam as doações, as indenizações de seguros e a possibilidade de receber herança³⁴.

Esse cenário contribuiu para que o antigo diploma ficasse conhecido como a “lei da desigualdade”³⁵, notadamente, porque não observava laços de afetividade para a caracterização da família, na medida que somente o parentesco consanguíneo e aquele por afinidade, oriundo do casamento, eram os fatores determinantes para a configuração clássica de família. Em relação às uniões formadas entre pessoas do mesmo sexo nada existia.

Essa (falta de) juridicidade foi resultado de uma sociedade dominada pelas classes abastadas que queriam defender apenas os seus interesses. A população brasileira de 1900 se limitava a comunidades agrícolas proprietárias de escravos e agregados de fazendas e engenhos, que, em eleições fictas, praticamente nomeavam os seus governantes. Assim, a norma jurídica servia de instrumento para que os sujeitos de direito (aqueles que tinham propriedade) modelassem as relações de direito, segundo modelos jurídicos privados, garantindo apenas interesses próprios³⁶.

Com a evolução social, percebeu-se que o diploma não retratava a realidade, porque não proporcionava à família uma concepção baseada na afetividade e era também bastante excludente. Com efeito, o Direito de Família passou a ser cenário de severas alterações, sobretudo com o fim de dissolver com dogmas conservadores e com a visão ultrapassada do modelo familiar codificado.

³³ Dias, op. cit., 2009, p. 121.

³⁴ Idem, p. 121.

³⁵ FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família*: curso de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 32.

³⁶ Idem, p. 16.

Esse processo de transformação iniciou-se com a Lei nº 4.212/1962, conhecida como o Estatuto da Mulher Casada, responsável por trazer a capacidade para a mulher. Mais tarde, a possibilidade de divórcio foi garantida pela Lei nº 6.515/1977. Mas foi com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que se instalaram mudanças mais acentuadas, tais como a igualdade entre os homens e as mulheres, entre os direitos e os deveres na sociedade conjugal e, também, entre os filhos, pondo fim à discriminação relativa à filiação.

Com a promulgação da nova ordem jurídica, surgiram as primeiras leis que implementaram os princípios constitucionais, incidindo diretamente sobre o Direito Civil e as relações por este regulada, tais como: o Estatuto da Criança e do Adolescente (1990), o Código de Defesa do Consumidor (1990), a Lei sobre Investigação de Paternidade (1992) e a Lei sobre os Direitos dos Companheiros (1994)³⁷.

No âmbito da constituição familiar, o texto constitucional consagrou o princípio da afetividade, tutelando o afeto dos indivíduos como elemento caracterizador da família, o que lhe conferiu uma outra concepção³⁸. Segundo Viviane Girardi³⁹, a família está, após a Constituição de 1988, mais fundamentada na “solidariedade e ajuda mútua dos seus membros do que no império da lei”.

Para Maria Berenice Dias, o novo texto constitucional permitiu que todas as espécies de vínculos com base no afeto tivessem feição de família e merecessem proteção do Estado, sobretudo face à cláusula de proteção da dignidade da pessoa humana, consagrada como pétrea na Constituição Federal de 1988⁴⁰.

Em consonância, Ana Carla Matos⁴¹ destaca que “diversos juristas apontam a não-possibilidade de se restringir a um determinado modelo ideal de sociedade, (pois) insuficiente para realidade fática atual”.

Com efeito, o foco legislativo saiu, então, da instituição estritamente considerada para concentrar-se nas pessoas que formam o parentesco afetivo,

³⁷ Girardi, op. cit., 2005, p. 36.

³⁸ NAHAS, Luciana Faísca. *União homossexual: proteção constitucional*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 110.

³⁹ Girardi, op. cit., p. 24.

⁴⁰ Dias, op. cit., 2009, p. 129.

⁴¹ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *Unões entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 8.

destacando-se o caráter eudemonista como norte para o Direito de Família⁴², isto é, a busca pela felicidade passou a ser considerada um bem supremo, princípio e fundamento dos valores morais.

Desse modo, o Código Civil de 1916 tornou-se obsoleto, “letra morta de lei”, pois quase todo diploma foi revogado/derrogado ou ganhou novo sentido em virtude da promulgação da nova Carta Magna⁴³. Justamente nesse aspecto está o grande mérito da Constituição de 1988, pois, além de praticamente revogar toda a disposição anterior ultrapassada, implantou a necessidade de elaboração de um novo diploma, abordando questões pontuais, não somente sobre a família, como também sobre toda a vida civil do cidadão brasileiro.

Nesse contexto, tornou-se necessário reestruturar ou dar nova interpretação às leis infraconstitucionais, visto que muitas leis não foram recepcionadas ou não estavam em plena harmonia com todos os direitos e garantias assegurados pela Constituição de 1988.

Assim, ganhou força o projeto de elaboração de um novo Código Civil, que resultou no diploma que está vigente desde 2003. A nova legislação contou com a aplicação de diversos princípios constitucionais, ratificando alguns dos direitos garantidos pela Carta Constitucional, e trouxe inúmeras modificações na caracterização do conceito de família, entre elas a admissão da entidade familiar além da família clássica, compreendendo comunidades não abarcadas pelo casamento, como a família monoparental e a união estável.

Em comparação com o antigo diploma, a alteração mais relevante foi a transferência de matérias antes reguladas pelo Código e agora objeto da esfera constitucional, fazendo com que a legislação infraconstitucional ficasse em um segundo plano, tendo em vista que a família, conforme anteriormente visto, passou a ser considerada como a realização de um desejo, de um sentimento de cada um, digna de amparo pela Lei Maior.

Com efeito, verifica-se que o Direito de Família foi objeto de um processo de relativização, pois os valores que antes eram primordiais na caracterização da família hoje foram mitigados, em virtude de as novas leis colocarem o ser humano como o centro das relações jurídicas, em detrimento da instituição e dos

⁴² MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de. *A constitucionalização do casamento homossexual*. São Paulo: LTr, 2008. p. 38.

⁴³ Girardi, op. cit., p. 36.

valores patrimoniais estritamente considerados. Para Fachin⁴⁴, a transformação legislativa ocorrida, trazendo elementos valorativos da pessoa, considerada em sua dignidade humana, é a maneira pela qual se efetiva o real Estado de Direito.

A nova ordem constitucional promulgada eliminou, ainda, a desigualdade entre o homem e a mulher, por meio do princípio da isonomia jurídica, afirmando que todos são iguais perante a lei, proibindo-se a discriminação em razão de origem, sexo, raça, cor, idade ou qualquer outra forma de discriminação. A dignidade da pessoa humana foi posta acima de todas as outras relações sociais.

Assim, relativizou-se o conceito de família para o Direito de Família contemporâneo, tendo o casamento perdido, inclusive, o *status* de instituição, pois hoje seria considerado somente mais um dos meios pelos quais pode um indivíduo realizar-se com a finalidade de formação familiar, em um contexto eudemonista⁴⁵.

Nesse sentido expõe Fachin⁴⁶: “Sob o pálio da CF 1988, diversos aspectos fundamentais redirecionaram a jurisprudência, a doutrina e a legislação. Por isso, a reavivitação do Direito Civil da Família compreende o Direito Constitucional da Família”.

Esse fenômeno da repersonalização ou relativização da caracterização familiar impôs ao Direito de Família, portanto, a necessidade de ser cotejado sempre com olhos no texto constitucional⁴⁷. Para Viviane Girardi, esse fenômeno de incidência do direito constitucional sobre a matéria infraconstitucional, chamado também de constitucionalização do Direito Civil, foi igualmente verificado em outros países ocidentais, nos quais “o deslocamento deu-se quanto ao ponto de articulação desse sistema, antes centralizado no Código e agora voltado para o texto constitucional”⁴⁸.

A alteração do ponto de convergência permitiu, assim, que os limites interpretativos de aplicação civis não se restringissem mais à visão liberal

⁴⁴ FACHIN, Luiz Edson. *Comentários ao novo Código Civil: do direito de família, do direito pessoal, das relações de parentesco*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 4.

⁴⁵ Matos, op. cit., 2004, p. 27.

⁴⁶ Fachin, op. cit., 2004, p. 15.

⁴⁷ FACHIN, Luiz Edson. Transformações do direito civil brasileiro contemporâneo. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira (Org.). *Diálogos sobre direito civil: construindo uma racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 41-46.

⁴⁸ Girardi, op. cit., 2005, p. 37.

burguesa, que prevaleceu no diploma anterior, mas se voltassem, agora, para os “valores de uma ética social que funda a Constituição Federal de 1988”⁴⁹.

Isso porque o texto constitucional estabeleceu a proteção à família, considerando-a como base da sociedade, tal qual prevê a Declaração Universal dos Direitos do Homem no art. 16.3: “A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito a proteção da sociedade e do Estado”⁵⁰.

Com essa nova concepção, difícil seria fazer uma distinção entre o matrimônio, a união estável ou, mesmo, a capacidade reprodutiva, pois esses elementos não servem mais para a caracterização da família⁵¹. Sendo assim, tornou-se ultrapassada a proposta de somente se considerar como família aquela união formada entre pessoas de sexos diferentes.

2.3 O RECONHECIMENTO DO DIREITO À DIVERSIDADE SEXUAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E PELAS NAÇÕES UNIDAS

No final do século XX, as famílias formadas por pessoas de igual sexo passaram a ser admitidas pelo direito, inicialmente, como meras sociedades de fato, sendo no campo dos direitos das obrigações que as questões advindas dessas relações eram analisadas, justificando-se, assim, a partilha e a herança. Quando não existia patrimônio a ser dividido, aplicava-se a ideia de relação laboral, indenizando-se o serviço doméstico, fazendo-se crer a ideia de prestação de serviços⁵².

Com as alterações legislativas assinaladas anteriormente, a apreciação de conflitos oriundos das relações afetivas entre pares do mesmo sexo saiu do campo do direito das obrigações, pois o caráter não patrimonial pareceu estar bastante evidente, passando, em semelhança às relações entre heterossexuais, para a esfera do Direito de Família.

Isso porque se percebeu que os grupos familiares existentes vão muito além dos modelos codificados, sendo o afeto o critério responsável pela constituição,

⁴⁹ Idem, p. 39.

⁵⁰ Idem, p. 40.

⁵¹ Dias, op. cit., 2009, p. 128.

⁵² Idem, p. 124.

transformação e extinção dos laços familiares, em detrimento do modelo único patriarcal que se voltava para o patrimônio.

De toda sorte, para terem esse direito reconhecido juridicamente, os pares de igual sexo necessitavam pedir a chancela do Estado, pois o exercício do direito à diversidade sexual não estava garantido automaticamente. Com efeito, chegou até o Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277/DF e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ, as quais, julgadas conjuntamente em 2011, outorgaram validade a união estável homoafetiva, *in verbis*:

1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF) - PERDA PARCIAL DE OBJETO - RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO - CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA - JULGAMENTO CONJUNTO - Encampação dos fundamentos da ADPF 132/RJ pela ADIn 4.277/DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação.

2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES - A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL - HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALORSÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL - LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE - DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA - CLÁUSULA PÉTREA - O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou

implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea.

3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA - RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA - A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL - DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA - INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA - O *caput* do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais

heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.

4. UNIÃO ESTÁVEL - NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA - FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO - IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA” - A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no § 3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo

a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu § 3º. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese *subjudice*. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, *verbis*: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO – Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do

reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição.

6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”) – RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA – PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES – Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.⁵³

A Corte Interamericana de Direitos Humanos também já teve a oportunidade de decidir sobre a questão envolvendo a discriminação em razão da orientação sexual no caso *Atala Riffo y Niñas v. Chile*⁵⁴.

A Corte entendeu que, ao conferir a custódia das três filhas ao pai, sob o fundamento de que a Sra. Atala não poderia obtê-la em razão de conviver com pessoa do mesmo sexo após o divórcio, o Estado chileno violou o art. 1.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que dispõe sobre a obrigação do Estado-parte de respeitar e garantir o pleno e livre exercício dos direitos e das liberdades nela previstos sem qualquer discriminação.

No julgamento, ficou consignado que a conduta discriminatória do Estado chileno é incompatível com a Convenção Americana e que o direito interno, seja por meio de decisão, seja por meio de norma, não pode restringir ou diminuir

⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277/DF. Requerente: Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 5 de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000180733&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 23 dez. 2014.

⁵⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Atala Riffo y Niñas versus Chile*. Disponível em: <http://joomla.corteidh.or.cr:8080/joomla/index.php?option=com_content&view=article&catid=40:resumen&id=1612>. Acesso em: 23 dez. 2014.

direitos de uma pessoa, considerando a sua orientação sexual, porquanto esta encontra respaldo no direito à livre autodeterminação, o que garante ao indivíduo a livre escolha de opções e circunstâncias que lhe dão sentido à vida, segundo as suas próprias convicções.

A Corte afirmou, também, que a Convenção Americana não traz um modelo fechado ou tradicional de família, mas, ao revés, entende que o conceito de família é amplo e abarca outros laços familiares baseados no afeto.

De outro lado, a decisão enfatizou que o princípio do melhor interesse da criança não pode ser invocado para gerar uma discriminação por orientação sexual contra os próprios pais e tampouco pode se basear em especulações, presunções, estereótipos e considerações generalizadas de características dos pais ou preferências culturais pertinentes a conceitos tradicionais de família, devendo os riscos e danos ser concretamente provados.

No âmbito do Sistema Global de Proteção, as Nações Unidas editaram, em 2011, uma Resolução no Conselho de Direitos Humanos, afirmando expressamente que os direitos LGBT são direitos humanos⁵⁵. Muito embora não tenha força vinculante originária, a resolução pode se tornar documento de observância obrigatória, após a aceitação explícita ou tácita dos Estados. Tendo em vista que o Brasil foi um dos Estados proponentes da resolução, considera-se que houve aceite tácito, o que implica dizer que o território brasileiro deve cumpri-la⁵⁶.

De toda sorte, em que pese todo o reconhecimento de direitos das pessoas LGBT, o Brasil ainda necessita percorrer um grande caminho para que essa população possa exercer os seus direitos plenamente. Esse desafio será abordado a seguir.

2.4 OS PRÓXIMOS DESAFIOS DA SOCIEDADE BRASILEIRA

Tendo em vista que a Suprema Corte brasileira apenas reconheceu a validade jurídica das uniões homoafetivas, silenciando-se a respeito de diversos outros temas decorrentes dessa judicialização, os casais homoafetivos têm verificado, na prática, algumas barreiras para exercer plenamente o direito à diversidade sexual.

⁵⁵ Gorisch, op. cit., 2014, p. 44.

⁵⁶ Idem, p. 45.

A primeira e mais contundente delas diz respeito à possibilidade de conversão da união estável entre pares do mesmo sexo, chancelada pelo Supremo Tribunal em casamento. Isso porque o art. 226, § 3º, do texto constitucional estabelece que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento.

De forma inteligente, a Corregedoria-Geral de Justiça dos Tribunais de Justiça dos Estados tem criado resoluções/instruções aos cartórios regulamentando essa conversão na própria via extrajudicial. De toda sorte, não fosse esse ato de vigor intelectual, o direito à conversão da união estável em casamento somente seria reconhecido por meio de eventual decisão judicial favorável, o que demanda o ajuizamento de ação, cuja duração, sabe-se, tem desrespeitado o limite do razoável nos Tribunais brasileiros. Isso sem mencionar a possibilidade de o feito ser distribuído a um magistrado ou ter a participação de um membro do Ministério Público com entendimento dissidente, o que retardaria ainda mais o processo de conversão.

Visando à pacificação da questão, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Resolução nº 175, em maio de 2013, garantindo a vedação da recusa de habilitação para o casamento de casais homossexuais. No entanto, a competência do CNJ não é jurisdicional e, portanto, a resolução editada trata-se de uma recomendação aos juízes brasileiros, sem caráter vinculante.

Dado o contexto atual sobre a possibilidade de conversão em casamento, acredita-se que a questão tenha sido pacificada em todos os Tribunais. Mas, não raras vezes, tem-se notícia da propositura de reclamações no Supremo Tribunal Federal visando à preservação do entendimento pacificado pela Corte em 2011, o que justifica a necessidade de o Congresso Nacional arrematar toda e qualquer discussão sobre a possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Outra questão que desperta entendimentos dissonantes é a adoção. Muito embora o Estatuto da Criança e do Adolescente não traga qualquer proibição sobre a possibilidade de adoção por casais homoafetivos, na prática, na fila da adoção, testemunha-se que a pretensão de adoção por esses cônjuges depende unicamente da vontade do operador do Direito no caso concreto.

Por essa razão, muitos casais pleiteiam a adoção individualmente, o que traz inúmeros prejuízos à criança, na medida em que ela fica completamente

desamparada em relação ao outro parceiro, que não tem responsabilidade ou deveres decorrentes do poder familiar⁵⁷.

Nesse sentido, muito atento à realidade do país e, principalmente, ao número de crianças em abrigos consideradas inadotáveis, porque não são objeto de desejo de uma grande maioria que aguarda o deferimento da adoção, o Superior Tribunal de Justiça manifestou-se sobre o tema, confirmando a concessão de uma adoção para um casal formado por pessoas do mesmo sexo⁵⁸.

Ocorre que esse cenário relava duas situações. A primeira positiva, porque já há um precedente no Brasil conferindo a adoção a casal homoafetivo. De outro lado, a conjuntura negativa: trata-se de precedente sem efeito vinculante – o que não gera observância obrigatória para os demais órgãos jurisdicionais do País. Com efeito, é necessário deixar esse direito mais explícito no sistema legal, incorporando a visão dos tratados e das convenções internacionais a respeito, impedindo a possibilidade de discriminação em razão da orientação sexual.

Decorrente não só da adoção, mas também da reprodução humana assistida envolvendo uniões do mesmo sexo, a “licença-maternidade” precisa ser revista. Tal qual atualmente é prevista, só dá direito à mulher, excluindo os casais formados por dois homens e, na hipótese de serem duas mulheres, apenas uma delas pode receber o benefício.

No que diz respeito ao direito à intimidade e não intromissão na vida privada, atualmente não há qualquer garantia sobre a confidencialidade de informações envolvendo a diversidade sexual no âmbito laboral, seja no momento da contratação, para evitar a discriminação, seja na oportunidade em que se pleiteia a extensão de benefícios trabalhistas ao parceiro de trabalhador homossexual, como, por exemplo, o plano de saúde.

No tocante à discriminação em razão da orientação sexual, não há na legislação penal brasileira um crime específico prevendo a responsabilidade daquele que atenta contra a população LBGT e tampouco causas de aumento de pena de crimes por ela motivados. De outro lado, o Código Penal Militar ainda estabelece o crime de pederastia, e não há a garantia de que os homossexuais possam prestar serviço militar ou seguir qualquer carreira nas forças armadas.

⁵⁷ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direitos das famílias*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2013. p. 512.

⁵⁸ Idem, *ibidem*.

No sistema carcerário, não se verifica qualquer atenção à orientação sexual do preso, o que legitima a ocorrência da discriminação, e, não raras vezes, causa risco à integridade física e psíquica do encarcerado.

Desse modo, uma possível solução para que as violações aos direitos humanos do público LGBT cessem passa, necessariamente, pela readequação do sistema jurídico, tal qual defende Maria Berenice Dias, com a criação de um Estatuto da Diversidade Sexual⁵⁹. Mas não pode e nem deve limitar-se a essa alteração legislativa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ruptura de paradigmas em relação à diversidade populacional perpetrada nos últimos anos na América Continental e na Europa Ocidental fez com essas sociedades se tornassem mais plurais, mais diversificadas, não se traduzindo mais no modelo tradicional em que o homem branco e rico dominava solenemente.

Esse processo possibilitou, nos últimos anos, uma onda de reconhecimento dos direitos LGBT, o que permitiu uma parcial inclusão desse público na sociedade, haja vista que o direito à diversidade sexual não foi integralmente implementado no Brasil.

Frise-se que o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, realizado pelo Supremo Tribunal Federal, em maio de 2011, não dirimiu diversos outros temas necessários à efetivação do direito à diversidade sexual, como, por exemplo, a possibilidade de conversão em casamento, a adoção e, via de consequência, a questão relativa à licença-natalidade, a necessidade de proibir a discriminação em razão da orientação sexual, criminalizando a homofobia, a revogação do crime de pederastia no âmbito militar, entre outros.

Para que esses desafios sejam vencidos, necessário se faz a aprovação de uma lei que altere todo o sistema legal brasileiro, consignando a igualdade de direitos e readequando todos os dispositivos que são passíveis de gerar qualquer obstáculo ao pleno exercício da diversidade sexual.

Todavia, de nada adianta a mudança e/ou a criação de uma lei se não houver políticas públicas de educação em direitos humanos voltadas à desmistificação dos conceitos que ainda estigmatizam a população LGBT.

⁵⁹ BRASIL. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Estatuto da Diversidade Sexual. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/22519/oab-estatuto-da-diversidade-sexual-e-marco-na-defesa-do-ser-humano>>. Acesso em: 21 jan. 2015.

Há uma necessidade urgente de romper-se com o discurso hegemônico que pretende reproduzir socialmente a visão da família patriarcal. Somente assim o direito à diversidade sexual se tornará efetivo.

Espera-se, destarte, que o presente estudo tenha colaborado para o processo de luta pela dignidade desse grupo minoritário e que a elucidação dos desafios assinalados contribua para a eliminação do preconceito e consolide uma sociedade em que todos os cidadãos cumpridores de seus deveres tenham efetivamente os mesmos direitos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277/DF. Requerente: Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 5 de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000180733&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 23 dez. 2014.

_____. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Estatuto da Diversidade Sexual. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/22519/oab-estatuto-da-diversidade-sexual-e-marco-na-defesa-do-ser-humano>>. Acesso em: 21 jan. 2015.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, v. I, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Atala Riffo y Niñas *versus* Chile. Disponível em: <http://joomla.corteidh.or.cr:8080/joomla/index.php?option=com_content&view=article&catid=40:resumen&id=1612>. Acesso em: 23 dez. 2014.

DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: o preconceito & a justiça*. 4. ed. São Paulo: RT, 2009.

_____. *Manual de direitos das famílias*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2013.

DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.

_____. *Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. Transformações do direito civil brasileiro contemporâneo. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira (Org.). *Diálogos sobre direito civil: construindo uma racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 41-46.

_____. *Comentários ao novo Código Civil: do direito de família, do direito pessoal, das relações de parentesco*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GIRARDI, Viviane. *Famílias contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

GORISCH, Patrícia. *O reconhecimento dos direitos humanos LGBT: de Stonewall à ONU*. Curitiba: Appris, 2014.

HOPCKE, Robert H. Jung, junguianos e a homossexualidade. Trad. Cássia Rocha. São Paulo: Siciliano, 1989. Apud GIRARDI, Viviane. *Famílias contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *Uniões entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de. *A constitucionalização do casamento homossexual*. São Paulo: LTr, 2008.

NAHAS, Luciana Faísca. *União homossexual: proteção constitucional*. Curitiba: Juruá, 2008.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

POLIKOFF, Nancy D. *Beyond (straight and gay) marriage: valuing all families under the law*. Boston: Beacon Press, 2008.

Submissão em: 25.07.2015

Avaliado em: 05.09.2015 (Avaliador A)

Avaliado em: 23.11.2015 (Avaliador B)

Aceito em: 08.06.2016

NEOLIBERALISMO, IDEOLOGIA E PROCESSO: A FORMAÇÃO JUDICIAL EMANCIPATÓRIA COMO FATOR DE PROTEÇÃO AO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

NEOLIBERALISM, IDEOLOGY E PROCEDURE: THE EMANCIPATORY JUDICIAL FORMATION AS FACTOR OF PROTECTION TO SUSTAINABLE DEVELOPMENT

Sérgio Cabral dos Reis¹

Doutorando em Direito pela UFSC

ÁREA(S) DO DIREITO: jurisdição constitucional.

RESUMO: O processo, como meio do exercício da jurisdição estatal, nem sempre tem servido à efetiva tutela dos direitos, pois a ideologia hegemônica enraíza o seu paradigma de dominação em todas as instituições, o que inclui o Poder Judiciário. Para que o processo sirva de instrumento de solução adequada dos complexos dilemas e conflitos sociais pós-modernos, e, por consequência, caminhe em direito aos valores constitucionais do desenvolvimento sustentável, os juízes, emancipados a partir de uma formação

crítica multidisciplinar, devem romper com o paradigma neoliberal hegemônico.

PALAVRAS-CHAVE: Jurisdição; processo; ideológica; educação emancipatória; desenvolvimento sustentável.

ABSTRACT: *The procedure, as a way of exercise of State jurisdiction, has not always served the effective tutelage of rights, on this account, the hegemonic ideology, which roots the paradigm of domination in all institutions, what includes the judicial power. For the process to serve as a suitable solution tool for complex dilemmas and postmodern social conflicts, and, by consequence, walk according to*

¹ Mestre em Direito Processual e Cidadania pela Unipar (PR), Máster em *Teoría Crítica en Derechos Humanos y Globalización* pela Universidad Pablo de Olavide (Sevilla, Espanha), Professor efeito da UEPB, Professor da Graduação e da Pós-Graduação do Unipê, Professor da Esmat XIII (PB), Professor convidado da Esmatra VI (PE), Professor convidado da ESA-PB, Professor convidado da Fesmip, Membro da ABDPro (Associação Brasileira de Direito Processual), Ex-Juiz do Trabalho no Paraná e em Sergipe e Juiz do Trabalho na Paraíba.

E-mail: sergio.juiz@gmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/2132414809153133>.

the constitutional values of sustainable development, the judges, emancipated by a critical multidisciplinary formation, must break up with the hegemonic neoliberal paradigm.

KEYWORDS: *Jurisdiction; procedure; ideological; emancipatory education; sustainable development.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Neoliberalismo e desenvolvimento democrático sustentável; 2 Discurso ideológico: identificando a lógica do entrave ao desenvolvimento socioambiental; 3 A superação do discurso ideológico pela educação emancipatória; 4 Estado Democrático de Direito e desenvolvimento sustentável: a formação judicial interdisciplinar para romper com o plano formal; 5 Jurisdição e pós-positivismo: rompendo com o racionalismo liberal rumo à tutela judicial do desenvolvimento sustentável; Considerações finais; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Neoliberalism and sustainable democratic development; 2 Ideological speech: identifying the logic of obstacle to environmental development; 3 The overcoming of ideological speech by emancipatory education; 4 Democratic State and the sustainable development: the interdisciplinary judicial formation in order to break-up with the formal level; 5 Jurisdiction e post-positivism: breaking-up with the liberal rationalism towards judicial tutelage of sustainable development; Closing remarks; References.*

INTRODUÇÃO

Relevantes questões envolvendo o desenvolvimento sustentável deságuam na jurisdição estatal. Mas é imperioso de logo indagar: Estariam os juízes preparados para a efetiva tutela dos direitos envolvendo a ideia de desenvolvimento sustentável? Em outros termos, o processo, como meio do exercício da jurisdição estatal, tem servido à efetiva tutela dos direitos? A ideologia hegemônica, como se verá, enraíza o seu paradigma de dominação em todas as instituições, o que inclui o Poder Judiciário.

A preocupação deste artigo coincide com a de Ovídio A. Baptista da Silva, como se observa na seguinte manifestação doutrinária:

O Direito tornou-se, no mundo moderno, uma função de interesses que lhe são estranhos, de modo que a tentativa de pensá-lo criticamente, buscando revelar seus compromissos ideológicos e as vertentes históricas que o conformaram, não terá força capaz de, minimamente, transformá-lo. O Direito tornou-se uma espécie de superestrutura social, imodificável, na

medida em que, *funcionalizado*, serve de suporte político a outros interesses.

E, com a lucidez habitual, conclui a sua lição:

O risco que esse estado de coisa representa está em que o direito processual civil – segundo a doutrina, tornado “científico” – sendo operado por juízes que o sistema concebe como irresponsáveis, depois de livrar-se das amarras que o sujeitavam ao direito material, perca o constrangimento e se revele um simples instrumento do Poder. Em última análise, confunda-se com o Poder.²

Impõe-se perceber, como premissa, que a atual globalização neoliberal, apesar das promessas de prosperidade, apresenta uma grave crise de degradação socioambiental, que é explicada a partir de uma diversidade de perspectivas ideológicas. Por um lado, é percebida como resultado da pressão exercida pelo crescimento populacional sobre os limitados recursos da Terra. Por outro, é interpretada como o efeito da acumulação de capital e da maximização da taxa de lucro a exíguo prazo, fatores que induzem a padrões tecnológicos de uso e ritmos de exploração da natureza e da força de trabalho, bem como formas de consumo que vêm esgotando as reservas de recursos naturais e provocando o endividamento coletivo da população. A sustentabilidade, nesse cenário, aparece como um critério normativo para a reconstrução da ordem econômica, como uma condição para a sobrevivência humana e um suporte para chegar a um desenvolvimento duradouro, questionando as próprias bases da produção. Mas a avaliação do desenvolvimento sustentável não pode estar dissociada da vida que as pessoas podem levar e da verdadeira liberdade que desfrutam.

A partir desse contexto, pretende-se estabelecer, neste artigo, por meio de um estudo multidisciplinar, não dogmático, uma correlação entre uma nova teoria democrática e o desenvolvimento sustentável, bem como demonstrar que o discurso (ideológico) neoliberal hegemônico constitui o maior entrave ao desenvolvimento socioeconômico, tendo como fator de libertação a educação emancipatória, com reflexos da prestação jurisdicional.

² SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. VIII.

1 NEOLIBERALISMO E DESENVOLVIMENTO DEMOCRÁTICO SUSTENTÁVEL

Sustentabilidade, democracia e direitos humanos são institutos correlacionados. De início, impõe-se perceber que “sustentabilidade” é um conceito que tem natureza multidimensional: (a) tem natureza *social*, no sentido de repelir qualquer modelo excludente, de modo que devem ser assegurados os direitos sociais aos cidadãos, como forma de reduzir as desigualdades sociais e possibilitar o exercício da liberdade real; (b) tem natureza *ética*, reconhecendo os laços de solidariedade que existem entre as pessoas, que devem ser reconhecidas, no seu devido apreço, como partes integrantes de um projeto recíproco e duradouro direcionado à universalização do bem-estar físico, psíquico e espiritual; (c) tem natureza *ambiental*, no sentido de que existe dignidade do ambiente, assim como se reconhece o direito das gerações atuais – sem prejuízo das futuras – ao ambiente limpo, em todos os aspectos. Tendo em vista a finitude dos recursos naturais, não se admite, em termos de sustentabilidade, qualquer evasão de responsabilidade ambiental nem retrocesso no atinente à biodiversidade, para não correr o risco de empobrecimento da qualidade de todas as vidas; (d) tem natureza *econômica*, no sentido de ser indispensável escolher e aplicar as grandes e as pequenas políticas econômicas sustentáveis, a fim de reestruturar a produção e o consumo, bem como democratizar o acesso a uma renda que garanta um projeto de vida razoável; (e) finalmente, tem dimensão jurídico-política, no sentido de que ela, a sustentabilidade, é um direito fundamental de reconhecimento da liberdade de cada cidadão³.

Por outro lado, indaga-se: Quais são as causas da insustentabilidade? Em primeiro lugar, o antropocentrismo ilusório, que coloca o homem não apenas fora, mas acima da natureza, quando, na verdade, esta vive sem aquele, o que não se verifica na equação contrária. Em segundo lugar, um projeto ilimitado de desenvolvimento humano, pautado na quantidade de bens, ao invés de considerar a qualidade de vida, compartilhada por todos, e a escassez de recursos naturais. Em terceiro lugar, uma visão compartimentada, mecanicista e patriarcal da realidade, causando uma injusta opressão de gênero. Em quarto lugar, como característica da modernidade, a exaltação do individualismo e a dinâmica da competição, motor fundamental da acumulação capitalista, em que os mais fortes levam vantagem e praticam um rigoroso darwinismo social, tudo em um espírito hostil à natureza e à vida humana, pois ambas são fundadas sobre

³ FREITAS, Juares. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 53-65.

a cooperação e a interdependência entre todos. Em quinto lugar, a primazia do desperdício sobre o cuidado, do capital material sobre o capital humano⁴.

O que se percebe, atualmente, é que a presença humana agressiva e destruidora do equilíbrio dinâmico da natureza, com a drástica diminuição da biodiversidade, das águas, das florestas e da fertilidade dos solos, demonstra que o modelo atual de habitar o planeta tornou-se insustentável, colocando em risco um projeto viável de futuro⁵, e a ideologia neoliberal acelera esse processo destrutivo.

Conforme preleciona António José Avelãs Nunes⁶, o neoliberalismo é a expressão ideológica da hegemonia do capital financeiro sobre o capital produtivo, hegemonia construída e consolidada com base na ação de estado capitalista, porque exige um forte *estado de classe* ao serviço dos objetivos do setor dominante das classes dominantes: o setor financeiro.

Sem a necessária reflexão ética, o capitalismo global caminhará gerando riscos socioambientais. Da acumulação primitiva, passando pelo processo industrial até a financialização atual, o capitalismo se reinventa determinando as relações humanas como relações de consumo. Assim, pode-se dizer que a globalização, calcada na competição, nos interesses comerciais e financeiros, na lógica do mercado e no consumismo, ao invés de se basear na cooperação e na solidariedade, está levando a humanidade a um grande desastre social (exclusão, desemprego, baixos salários, etc.) e ambiental⁷.

No cenário em que “tudo se transforma em mercadoria, mediante uma ordem jurídica que altera a cogência pela negociação, afasta o Estado-legislador do centro dos poderes e intenta limitar o Estado-juiz a retomar-se como *bouche de la loi*”⁸, revela-se imperioso redefinir o papel do Estado e superar os entraves

⁴ BOFF, Leonardo. *Sustentabilidade: o que é – o que não é*. Petrópolis: Vozes, 2012. p. 69-74.

⁵ Idem, p. 68-69.

⁶ NUNES, António José Avelãs. *A crise atual do capitalismo: capital financeiro, neoliberalismo, globalização*. São Paulo: RT, 2012. p. 54.

⁷ A globalização capitalista, que visa apenas à realização do interesse próprio e imediato de cada indivíduo, grupo social ou povo, sem a menor consideração pelo bem comum da coletividade e das gerações futuras, desagrega a humanidade, fato que reclama, atualmente, uma perspectiva de que as relações jurídicas de propriedade e de concorrência empresarial sejam substituídas por relações de uso comum e de cooperação econômica, sob a supervisão do Estado e do próprio povo, na construção de um sistema mundial de direitos humanos.

⁸ FACHIN, Luiz Edson. Entre duas modernidades: a Constituição da *persona* e o mercado. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.).

ideológicos que comprometem a efetividade dos direitos humanos no Brasil, para se construir um novo paradigma, agora pautado por uma agenda de inclusão social e proteção ao meio ambiente que aponte em direção ao desenvolvimento sustentável⁹, mais igualitário e democrático¹⁰.

Como enfatiza Judith Martins-Costa, “tal qual a economia, também o Direito não é neutro. Consiste na ruptura da neutralidade, é tecido por humana escolha, é produção de normas e tomadas de decisões”¹¹. Assim, em um país “comumente tolerante e cortês com os poderosos, mas insensível com os excluídos e cruel com aqueles que desafiam a estabilidade social baseada na hierarquia e na desigualdade”, como é o caso do Brasil, impõe-se exigir justificação jurídica das decisões, inclusive, para reduzir o espaço de pura discricionariedade, no âmbito legislativo, propiciando, em respeito à transparência republicana e ao Estado de Direito, o “reconhecimento de direitos àqueles que são desconsiderados pelo sistema político e pela própria sociedade”, os quais devem ser tratados com igual consideração e respeito no desenvolvimento de suas potencialidades¹².

Constituição & ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 313.

⁹ O direito ao desenvolvimento, previsto em Declaração específica adotada pela ONU (1986), demanda uma globalização ética e solidária. Assim, as crises sucessivas do capitalismo, as falhas de mercado, a concentração do poder econômico e a assimetria entre as nações têm deixado clara a necessidade de os Estados atuarem no espaço econômico, não apenas para criar condições para o acúmulo de capital, mas a fim de superar a sempre crescente exclusão social, para cuidar de valores éticos, pois, sem eles, sem finalidades morais, a economia contemporânea não readquire o seu necessário equilíbrio.

¹⁰ É preciso, pois, recuperar a ética no centro das discussões estatais, incentivando o exercício pleno da cidadania, inclusive participativa, em processo permanente de inclusão política e econômica, com ampliação da democracia e reforço do papel prestativo do Estado, e pelo fomento de uma cultura pluralista, tolerante, democrática e centrada nos direitos humanos. E a ética dos direitos humanos é orientada pela afirmação da dignidade e pela prevenção ao sofrimento, notadamente daqueles grupos sociais em posições de vulnerabilidade. Enfim, ao imperativo da eficácia econômica, deve ser conjugada a exigência ética da justiça social, inspirada em uma ordem democrática concretizadora de políticas públicas e planos de desenvolvimento que não garantam apenas o pleno exercício dos direitos civis e políticos, mas também, em decorrência da indivisibilidade dos direitos humanos, os direitos sociais, econômicos e culturais.

¹¹ MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social entre *cosmos* e *taxis*: a boa-fé nas relações de consumo. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: RT, 2002. p. 617.

¹² VIEIRA, Oscar Vilhena. A desigualdade e a subversão do Estado de Direito. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; DIMOULIS, Dimitri (Org.). *Estado de Direito e o desafio do desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 223 e 232.

Impõe-se, portanto, demarcar posição no Brasil. O libertarianismo, cujo maior representante é Robert Nozick¹³, que prega um Estado minimalista em todos os setores, sequer deve ser cogitado. O liberalismo igualitário de John Rawls¹⁴, embora seja um avanço em relação ao utilitarismo, também não se revela suficiente, dado o elevado quadro de exclusão e desigualdade sociais, sendo por tudo isso demasiadamente abstrato e teórico¹⁵. Os cidadãos brasileiros, em sua larga maioria, ainda não têm liberdade efetiva, são carentes, infelizmente, de necessidades básicas, porque as instituições por aqui ainda não estão bem ordenadas¹⁶.

A sociedade brasileira, desse modo, tendo em vista o potencial destrutivo da globalização econômica, deve adotar uma teoria tridimensional da justiça, incorporando, com base na lição de Nancy Fraser¹⁷, a dimensão política da *representação* ao lado da dimensão econômica da *distribuição* e da dimensão cultural do *reconhecimento*, evitando, assim, má distribuição de riquezas e falso reconhecimento de categorias que se posicionam socialmente em situação de maior vulnerabilidade.

O direito ao desenvolvimento demanda uma globalização ética e solidária, pressupõe um estado de interação entre os valores democráticos e a realização plena dos direitos humanos¹⁸. A base da mudança rumo ao desenvolvimento, por certo, está além de instituições abstratas, pois, como preleciona Amartya Sen¹⁹, passa pelo fortalecimento da democracia, corrigindo-se paulatinamente os atuais e notórios déficits de representatividade mediante a ampliação de condições de efetiva participação popular nos destinos do país. Pressupõe a remoção das principais fontes de privação de liberdade, como a pobreza e a

¹³ NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e Utopia*. Trad. Fernando Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. IX.

¹⁴ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 12-19.

¹⁵ GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política*. Trad. Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 64-65.

¹⁶ VITA, Álvaro de. *A justiça igualitária e seus críticos*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 205-215.

¹⁷ FRASER, Nancy. Reenquadrando a justiça em um mundo globalizado. *Revista Lua Nova*, n. 77, p. 17-21, 2009.

¹⁸ PIOVESAN, Flávia. Direito ao desenvolvimento: desafios contemporâneos. In: PRONER, Carol; CORREAS, Oscar (Coord.). *Teoria crítica dos direitos humanos: in memoriam a Joaquín Herrera Flores*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 226-231.

¹⁹ SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Trad. Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 384-389.

tiranias, a carência de oportunidades econômicas e a destituição social sistemática, a negligência dos serviços públicos e a intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos²⁰.

A mudança, portanto, não é automática, exige ativismo de cidadãos politicamente engajados, o que reforça a necessidade de se investir em educação de qualidade no Brasil²¹. Devem-se criar, em outros termos, todos os meios, para que essa participação não seja meramente formal e simbólica, mas sim com capacidade concreta de influência no processo decisório, tornando, assim, a sociedade mais justa e inclusiva.

É preciso criar espaço para uma sociedade sustentável, com a realização plena da democracia, regime de governo em que os cidadãos merecem igual consideração e respeito, sociedade em que a economia vem submetida à política, que se orienta pela ética, e a ética, por sua vez, inspira-se em valores intangíveis e espirituais que assinalam um sentido transcendente à vida e à história, pois tal preocupação está sempre presente nos seres humanos em sociedade²².

A educação emancipatória tem papel fundamental nesse contexto, conforme se verá nos itens que se seguem, pois, além de ter o condão de criar consciência crítica em relação aos processos de opressão injusta e em favor de práticas ambientais sustentáveis, legitima o processo democrático no sentido de ampliar a participação constante e ativa dos cidadãos nos assuntos do Estado e das suas organizações de massas, ideia esta, certamente, superior ao simples fato de votar nas eleições periódicas²³.

²⁰ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 18.

²¹ Esse fortalecimento da democracia e da justiça social, os quais pressupõem a plena realização dos direitos sociais, econômicos e culturais, é componente indispensável à concepção do direito ao desenvolvimento, que, inspirado no valor da solidariedade, há de prover igual oportunidade a todos no acesso a recursos básicos, como educação, saúde, alimentação, moradia, trabalho e distribuição de renda. Demais disso, compreendem, no direito ao desenvolvimento, os princípios da inclusão, igualdade e não discriminação, especialmente nas questões envolvendo igualdade de gênero e necessidades dos grupos vulneráveis. Para a plena realização do direito ao desenvolvimento, é imperioso reformar as instituições internacionais, especialmente do Banco Mundial e do Fundo Monetário Internacional, quanto ao comércio, à dívida e à transferência, a ponto de se garantir, sempre, um orçamento mínimo e básico aos Estados, para salvaguardar os direitos humanos.

²² BOFF, Leonardo. *Sustentabilidade: o que é – o que não é*. Petrópolis: Vozes, 2012. p. 126.

²³ HOBBSAWM, Eric. *Globalização, democracia e terrorismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 103.

2 DISCURSO IDEOLÓGICO: IDENTIFICANDO A LÓGICA DO ENTRAVE AO DESENVOLVIMENTO SOCIOAMBIENTAL

Segundo Juarez Freitas²⁴, o desenvolvimento sustentável é um paradigma axiológico e existencial que vincula plenamente o Estado e a sociedade e se mostra inconciliável com o vicioso descumprimento da função socioambiental dos bens e serviços. Trata-se de uma determinação ética e jurídico-institucional que: (a) é oriunda diretamente da Constituição²⁵, de responsabilização de todos pelos direitos presentes e futuros ao ambiente qualificadamente sadio e favorável ao bem-estar, monitorado por metas e indicadores viáveis; (b) fixa a responsabilidade objetiva pela prevenção e pela precaução, de maneira que se chegue, antes dos eventos danosos, à semelhança do que sucede nos dispositivos antecipatórios biológicos; (c) impõe fiscalização aprofundada das escolhas públicas e do setor privado, evitando armadilhas falaciosas e políticas inconsistentes, de modo a enfatizar o dever de promoção segura e concomitante do desenvolvimento material e imaterial; (d) exige séria educação socioambiental.

Deve-se proteger, pois, a ideia de sustentabilidade do discurso ideológico hegemônico, aético e que se preocupa apenas com a acumulação imediata de bens materiais. É que o discurso ideológico, próprio dos defensores do mercadológico Estado Liberal, mantém os cidadãos distantes do processo de participação democrática e reféns da degradação ambiental, do risco de colapso ecológico e do avanço da desigualdade e da pobreza, fatos estes que são eloquentes sinais da crise do mundo globalizado²⁶.

Observe-se que “a ideologia tem um papel fundamental na construção da *hegemonia*, ou seja, na produção de uma consciência que assegura a adesão e o consentimento das grandes massas”²⁷, e o paradigma dominante, em nome da “lógica do mercado”, compromete qualquer discurso adequado de proteção ambiental e tutela dos direitos sociais.

Ainda que o discurso seja construído, coerentemente, com outras palavras, procura-se manter um estado de coisas em que uma minoria enriquece economicamente; enquanto outros, na direção contrária, sequer têm acesso aos

²⁴ FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 32-39.

²⁵ Arts. 3º, III, 170, VI, 174, §1º, 192, 205, 218, 219 e 225 da CF.

²⁶ LEFF, Enrique. *Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder*. 9. ed. Trad. Lúcia Mathilde Endlic Orth. Petrópolis: Vozes, 2012. p. 9.

²⁷ FIGUEIREDO, Luiz Eduardo. Ideologia. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 454.

bens elementares de uma vida com dignidade, tudo isso em um ambiente de exploração do trabalho alheio e da degradação desenfreada do meio ambiente. Qualquer perspectiva de desenvolvimento, nesse contexto, pressupõe um estado de consciência crítica por parte do povo, que, emancipado, deve ter o poder de decidir racional e razoavelmente sobre o seu destino, o que inclui um espírito de solidariedade em relação às gerações futuras.

É premissa básica deste trabalho o fato de que os direitos humanos devem ser entendidos como processos de luta pela dignidade humana. Em outros termos, os direitos humanos são os instrumentos que permitem a constatação de indignações e a criação de condições materiais de uma vida digna. Em uma perspectiva dinâmica, os direitos humanos são as práticas que possibilitam, dentro de uma sociedade pluralista, a iniciação de processos em que grupos subordinados pela divisão social hegemônica possam conquistar suficiente poder (político, social, econômico, cultural e jurídico), com a finalidade de atingir um acesso igualitário aos bens indispensáveis à vida com dignidade²⁸.

Não se deve começar, pois, pelos “direitos” positivados, mas sim pelos “bens” (materiais e imateriais) exigíveis, para se viver com dignidade (liberdade de expressão, convicção religiosa, educação, moradia, trabalho, meio ambiente, cidadania, alimentação sadia, tempo para o lazer e a formação, patrimônio histórico-artístico, etc.), pois a luta pelos direitos existe exatamente em função do injusto e desigual processo de divisão desses bens. Os direitos humanos, desse modo, seriam sempre os resultados provisórios das lutas sociais pela vida com dignidade, entendida não de forma abstrata, como simples acesso aos bens, mas concretamente, ou seja, pelo acesso aos bens de forma igualitária, sem privilégios ou situações de opressão e subordinação²⁹.

A eficácia dos direitos humanos como componente essencial da democracia também constitui a base do desenvolvimento de uma nação. É preciso perceber, entretanto, que a questão da eficácia dos direitos humanos não tem cunho científico, é meramente *ideológica*³⁰. O Direito como criação humana, como produção da linguagem, encontra-se, a todo momento, com a ideologia, e,

²⁸ FLORES, Joaquín Herrera. *Teoria crítica dos direitos humanos: os direitos humanos como produtos culturais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 1-12.

²⁹ FLORES, Joaquín Herrera. *A (re)invenção dos direitos humanos*. Florianópolis: Boiteux, 2009. p. 29-40.

³⁰ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 182.

desse encontro, cabe uma reflexão filosófica dos contornos e das potencialidades do próprio Direito enquanto fenômeno ideológico³¹.

É certo que *ideologia* é um termo que não possui sentido unívoco, mas, por outro lado, não é incorreto dizer que se trata de um termo relacionado à maneira pela qual se apreende a realidade³². Trata-se de um processo pelo qual as ideias da classe dominante tornam-se ideias de todas as classes sociais, transformando-se, com efeito, em ideias dominantes. A função da ideologia, portanto, é fazer com que o pensamento hegemônico apareça como legítimo e, dessa forma, aceitável³³.

Exatamente porque jamais poderá dizer tudo até o fim, o discurso ideológico é aquele em que os termos ausentes garantem a suposta veracidade daquilo que explicitamente se afirma, em que a história é neutralizada, as diferenças são abolidas, as contradições são ocultadas, a fim de desarmar, coerentemente, toda a tentativa de interrogação³⁴. Observe-se que a reprodução social não se faz mecanicamente, ela ocorre, sem repressão, a partir de dinâmicas ideológicas que têm no Direito um papel relevante de buscar o *consentimento* dos explorados à sua própria exploração³⁵.

A ideologia não é construída a partir de “maquinação diabólica dos poderosos”, mas a partir do poder das ideias. Como ensina Ovídio A. Baptista da Silva, “a marca do pensamento ideológico expressa-se frequentemente com um ‘é claro’, ‘nem seria necessário explicar’. De tão claras que as coisas lhe parecem, o pensamento ideológico é incapaz de curvar-se criticamente a si mesmo”³⁶.

Tudo na sociedade está “impregnado de ideologia”. Além da cultura liberal e conservadora, o sistema ideológico socialmente estabelecido e hegemônico funciona de modo a apresentar, desvirtuando a realidade, as suas próprias regras de seletividade, preconceito, discriminação e até mesmo, sempre em nome da manutenção do atual estágio de injusta dominação e acumulação

³¹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da ciência jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 128.

³² SOUZA, Luiz Sergio Fernandes de. *O papel da ideologia no preenchimento das lacunas no Direito*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2005. p. 10.

³³ BASTOS, Ronaldo. *O conceito de direito em Marx*. Porto Alegre: Safe, 2012. p. 118.

³⁴ CHAUI, Marilena. *Cultura e democracia: o discurso competente e outras falas*. 13. ed. São Paulo: Cortez, 2011. p. 15-17.

³⁵ MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 556-560.

³⁶ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Ideologia e processo: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 23.

lucrativa, conceitos como “normalidade”, “objetividade” e “imparcialidade científica”, procurando, com isso, desqualificar qualquer pensamento crítico que procure identificar os pressupostos ocultos do seu discurso pretensamente racional³⁷.

O discurso ideológico, de pretensões hegemônicas, procura descrever as suas ideias de forma aparentemente desconectada da realidade, mas, na verdade, o respectivo contexto histórico e social é que torna compreensíveis os argumentos pertinentes. Ele utiliza uma linguagem valorativa que tem por objeto os próprios valores, seleciona as próprias seleções, estima as estimativas, ao indicar ao interessado como ele deve vê-las, rotula o valor e, ainda que este seja algo aberto, restringe-o, na perspectiva de convencer que a informação é verdadeira³⁸.

As mentiras ideológicas, entretanto, são sempre “meias-verdades”, pois, do contrário, não convenceriam ninguém. A justificativa moral do discurso capitalista neoliberal vincula-se à noção de bem-estar geral definida como produto do progresso material. Cria-se, pois, um “espírito” que justifique o processo de acumulação de capital³⁹.

Se “os direitos humanos venceram as batalhas ideológicas da modernidade”⁴⁰, uma vez que procuram priorizar o ser humano como valor fundamental da sociedade, precisa-se de uma hermenêutica emancipatória quanto à ideologia neoliberal, que compromete a efetividade dos mesmos, especialmente em matéria de políticas públicas. Afinal, o respeito à pessoa humana é o valor referencial das ideologias, verdadeira qualidade de *condição transcendental do processo histórico*, legitimando a atuação estatal⁴¹. Sem essa noção, certamente, corre-se o risco de se adotar uma postura que, na prática, inviabilize a concretização dos direitos sociais.

³⁷ MÉSZÁROS, István. *O poder da ideologia*. 1. ed. 4. reimp. Trad. Magda Lopes e Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo, 2012. p. 57-58.

³⁸ FREIRE, Carlos Coelho de Miranda. *Conflito e decisão no Direito*. João Pessoa: Ideia, 2008. p. 25-26.

³⁹ SOUZA, Jessé. *Os batalhadores brasileiros: nova classe média ou nova classe trabalhadora?* 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: UFMG, 2012. p. 19-32.

⁴⁰ DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Trad. Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 20.

⁴¹ REALE, Miguel. *O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias*. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 99-111.

A racionalidade liberal de expansão material capitalista – que reprime, aliena e coisifica o homem – deve ceder espaço à (nova) racionalidade emancipatória, libertadora, um modelo crítico-interdisciplinar de reflexão analítica que não permite engodo, falácia ou pensamento colonizado⁴². No caso dos direitos sociais e da proteção ambiental, a premissa básica ou o ponto de partida nesta discussão diz respeito ao fato de que a lógica capitalista deve ser compatibilizada com valores que lhe são estranhos, pois a eficiência econômica não pode prevalecer, a não ser que inclua em sua estrutura a eficiência do desenvolvimento do cidadão⁴³, característica do Estado Constitucional contemporâneo. Crescimento econômico, por exemplo, mesmo que acelerado, não é sinônimo de desenvolvimento se ele não amplia o emprego, se não reduz a pobreza, se não atenua as injustas desigualdades sociais e se não preza pelos limitados recursos naturais⁴⁴.

A ideologia dominante compromete a eficácia dos direitos sociais e a tutela do meio ambiente. Ela condiciona e, concomitantemente, é fruto da organização do sistema jurídico, a qual utiliza técnicas de neutralização na busca de consenso, de modo que o Direito funciona como instrumento de dominação, já que é elaborado, de maneira abstrata, por um corpo de especialistas que detêm o monopólio da produção cultural legítima e é recepcionado por uma significativa parcela da sociedade que ignora o que as imposições de sentido têm de arbitrárias⁴⁵.

O discurso ideológico, por meio do sistema normativo, dissimula as relações de dominação, criando “elaborações teóricas que ocultam o afastamento do princípio da legalidade, quando isso é necessário ao exercício do poder”, e “fórmulas racionais indispensáveis ao ocultamento das desigualdades sob a aparência de uma isonomia jurídica”⁴⁶. Em outras palavras, o discurso ideológico procura apagar as diferenças, como as que existem entre as classes e as relações

⁴² WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 2-4.

⁴³ SILVEIRA, Wladimir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. *Direitos humanos: conceitos, significados e funções*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 18-19.

⁴⁴ SACHS, Ignacy. *Desenvolvimento: incluyente, sustentável, sustentado*. Rio de Janeiro: Garamond, 2008. p. 14.

⁴⁵ SOUZA, Luiz Sergio Fernandes de. *O papel da ideologia no preenchimento das lacunas no Direito*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2005. p. 11.

⁴⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. *Direito e poder: ensaio de epistemologia jurídica*. 1. ed. 3. tir. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 118.

de gênero, e fornecer aos membros da sociedade o sentimento da identidade social, encontrando certos referenciais identificadores (liberdade, igualdade, nação, progresso, etc.). Incumbe à teoria crítica do direito, nesse contexto, criar condições para a construção de espaços de libertação, a fim de garantir o exercício pleno da cidadania.

3 A SUPERACÃO DO DISCURSO IDEOLÓGICO PELA EDUCAÇÃO EMANCIPATÓRIA

Preleciona Ovídio A. Baptista da Silva:

A crise do Direito mostra sua cara a partir do momento em que o Estado perde legitimidade, ante o ataque impiedoso do neoliberalismo, em seu empenho de privatizá-lo ainda mais, destruindo metodicamente o sentido de coletividade, numa exasperação do *individualismo* que é, como se sabe, o pilar da modernidade.⁴⁷

É preciso superar, assim, o discurso ideológico hegemônico, a fim de criar um mundo melhor e de assegurar um futuro promissor às gerações vindouras. Sem educação emancipatória, entretanto, essa missão torna-se impossível. Trata-se, ao lado de outras políticas públicas (redução dos juros, combate ao trabalho infantil, eficácia dos direitos sociais, etc.), de um componente essencial do processo de desenvolvimento sustentável, pelo seu valor intrínseco, na medida em que contribui para despertar sobre os valores culturais, a conscientização e a compreensão dos direitos humanos, aumentando a adaptabilidade e o sentido da autonomia, bem como a autoconfiança e a autoestima⁴⁸.

Como visto pela dinâmica da ideologia, a educação que prepara para a emancipação, desejada no processo de desenvolvimento socioambiental, deve ser aquela que não simplesmente formula, em nível abstrato, problemas, mas a que conscientiza do passado histórico, tornando-o presente, para a análise da responsabilidade individual ante os destinos coletivos do futuro⁴⁹. Como

⁴⁷ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Ideologia e processo: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 56.

⁴⁸ SACHS, Ignacy. *Desenvolvimento: includente, sustentável, sustentado*. Rio de Janeiro: Garamond, 2008. p. 39-40.

⁴⁹ BITTAR, Eduardo C. B. *Democracia, justiça e direitos humanos: estudos de teoria crítica e filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 43.

pontifica Enrique Leff, “os desafios do desenvolvimento sustentável implicam a necessidade de formar capacidades para orientar um desenvolvimento fundado em bases ecológicas, de equidade social, diversidade cultural e democracia participativa”⁵⁰.

Conforme preleciona Leonardo Boff⁵¹, a educação, como mecanismo de mudança rumo ao desenvolvimento sustentável, tem como missão os seguintes aspectos: (a) permitir aos educandos a apropriação de todos os conhecimentos e experiências acumulados pela humanidade, úteis para atender as suas necessidades e desenvolver as suas potencialidades; (b) apropriar-se de critérios que lhe permitem fazer a crítica e a avaliação dos conhecimentos e das experiências do passado, para ver o seu caráter situado e histórico, relativizá-lo e preservar o que realmente conta e vale para a vida; (c) enriquecer este legado com os seus próprios conhecimentos e experiências, o que exige criatividade e fantasia inventiva, de tal forma que esse acúmulo sirva para conhecer melhor a si mesmo, a realidade circundante e elaborar uma visão de conjunto que situe o seu projeto de vida dentro do processo social e ecológico mais amplo; (d) aprender a conhecer, aprender a fazer, aprender a ser, aprender a viver juntos e aprender a cuidar da natureza, de todas as formas de vida e de todos os seres.

Nesse contexto, como política pública prioritária, como pauta global e local, revela-se impositivo ao Estado o investimento permanente em educação de qualidade, tendo como foco processar o reenquadramento valorativo do desenvolvimento multidimensional, conjugado a estímulos e à alteração dos estilos de vida, de sorte que o paradigma novo possa florescer⁵². É preciso perceber, entretanto, que, no reino do capital, além do processo de doutrinação permanente à ideologia hegemônica, a educação, ela mesma, é tratada como mercadoria⁵³, descartável⁵⁴ inclusive.

⁵⁰ LEFF, Enrique. *Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder*. 9. ed. Trad. Lúcia Mathilde Endlic Orth. Petrópolis: Vozes, 2012. p. 246.

⁵¹ BOFF, Leonardo. *Sustentabilidade: o que é - o que não é*. Petrópolis: Vozes, 2012. p. 150.

⁵² FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 189-202.

⁵³ MÉSZÁROS, István. *A educação para além do capital*. 2. ed. Trad. Isa Tavares. São Paulo: Boitempo, 2008. p. 82.

⁵⁴ BAUMAN, Zygmunt. *Capitalismo parasitário: e outros temas contemporâneos*. Trad. Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010. p. 42.

Quase tudo está à venda atualmente, inclusive, no caso dos Estados Unidos, a matrícula em uma universidade de prestígio⁵⁵. De igual forma, a força de trabalho. Embora o sistema do capital seja orientado à expansão e acumulação, à educação e o trabalho são valores jurídicos que devem ser tratados com ética e prioridade na gestão de políticas públicas. A educação exigível, portanto, não pode ter como base um parâmetro mínimo, pois se trata de condição essencial ao desenvolvimento da democracia, base do respeito aos direitos humanos e regime de governo que pressupõe cidadãos emancipados⁵⁶.

É preciso criar um processo de emancipação dos conservadorismos hegemônicos rumo a uma democracia de alta intensidade, com respeito à igualdade, reconhecimento das diferenças e inclusão social⁵⁷. A Constituição promete um sistema educacional qualitativo, que prepara o cidadão para a vida, jamais se limitando às exigências do mercado de trabalho, de modo que, de uma maneira geral, as políticas públicas nessa área devem fomentar valores como “o respeito aos direitos humanos e a tolerância, além da participação social na vida pública, sempre em condições de liberdade e dignidade”⁵⁸.

Note-se que o direito à educação está indissociavelmente ligado ao direito ao trabalho. Após a crise do Direito do Trabalho, ocasionada pela reestruturação produtiva e pelo avanço da automação, somente se sobressairá no mercado o trabalhador qualificado e emancipado para além do capital, ciente de sua cidadania⁵⁹. Dessa forma, principalmente com o auxílio sindical, possuirá aptidão para protagonizar lutas por dignidade no ambiente de trabalho, combatendo atos de terrorismo psicológico, alienação e exploração, decorrentes da competitividade capitalista, além de criar espaços de desconexão (do trabalho), fato que também interessa à empresa, que colherá os frutos de sua criatividade. Em outros termos, a transformação progressiva da consciência fará do trabalho uma atividade de realização pessoal, com ganhos para todos

⁵⁵ SANDEL, Michael J. *O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado*. Trad. Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012. p. 9-20.

⁵⁶ ADORNO, Theodor W. *Educação e emancipação*. Trad. Wolfgang Leo Maar. São Paulo: Paz e Terra, 2011. p. 141-142.

⁵⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social*. Trad. Mouzar Benedito. São Paulo: Boitempo, 2007. p. 62-63.

⁵⁸ DUARTE, Clarice Seixas. Direito público subjetivo e políticas educacionais. *São Paulo em Perspectiva*, v. 18, n. 2, p. 115, jun. 2004.

⁵⁹ POCHMANN, Marcio. *O trabalho no Brasil pós-neoliberal*. Brasília: Liber Livros, 2011. p. 60-65.

os envolvidos no processo⁶⁰. A luta efetiva por um trabalho decente, portanto, reclama um processo de formação adequado do cidadão trabalhador.

Para romper com o plano meramente formal, deve-se ter como premissa, repita-se, que os direitos humanos constituem um reflexo dinâmico de valores relativos aos bens essenciais ao desenvolvimento de uma vida digna, construídos a partir de um espaço simbólico de luta e ação social. Importa compreender, nesse contexto, que os direitos humanos não estão nos textos normativos, são concretizados, normalmente, por meio de uma racionalidade de resistência contra-hegemônica, a partir deles, emancipando o cidadão dos processos de dominação e dependência.

Deve-se enfatizar, assim, que o predicado de destaque dos direitos sociais envolve a sua *função emancipatória*, que está além da simples função regulatória⁶¹. O Estado, neste caso, busca corrigir normativamente as desigualdades sociais, assegurando ao povo o acesso aos bens necessários à vida com dignidade⁶². Busca-se, assim, constantemente, um avanço social quanto às condições de desenvolvimento na sociedade, o que, de ordinário, ocorre por meio de políticas públicas eficientes.

A concretização dos direitos sociais deve se circunscrever à garantia das *condições necessárias* ao desenvolvimento do cidadão⁶³, não apenas quanto ao mínimo existencial, mas em relação a fatores que permitam a participação de todos quanto à realização de um projeto razoável de vida (autonomia privada)

⁶⁰ MÉSZÁROS, István. *A educação para além do capital*. 2. ed. Trad. Isa Tavares. São Paulo: Boitempo, 2008. p. 65.

⁶¹ CAPLAN, Luciana. Direitos sociais da Constituição cidadã e as armadilhas ideológicas que levam à sua inefetividade: uma leitura a partir da teoria crítica. In: MONTESSO, Cláudio José; FREITAS, Marco Antônio de; STERN, Maria Coêlho Borges (Coord.). *Direitos sociais na Constituição de 1988: uma análise vinte anos depois*. São Paulo: LTr, 2008. p. 285-286.

⁶² LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos humanos, estado de derecho y Constitución*. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005. p. 85-86.

⁶³ Conforme preleciona Carlos Romero Lauria Paulo Neto, “os direitos fundamentais sociais atuam como parâmetro interpretativo em relação aos demais direitos fundamentais, inclusive dos direitos de liberdade. Negar isso pressuporia, no mínimo, defender-se uma hierarquia apriorística e abstrata entre os direitos fundamentais, ou, por outro lado, negar-lhes a relatividade; e, no máximo, refutar a fundamentalidade e o compartilhamento, entre todos os direitos fundamentais, da já aludida unidade axiológica fincada na dignidade humana” (Concretização dos direitos fundamentais sociais: funções objetiva e subjetiva e problemas de aplicabilidade e justiciabilidade. *Direito e Desenvolvimento*, ano 1, n. 1, p. 250, jan./jun. 2010).

e à formação da vontade coletiva (autonomia pública)⁶⁴. Ao Estado, em matéria de políticas públicas, não incumbe apenas concretizar o mínimo inerente à vida digna, especialmente quando se trata de educação emancipatória, mas, sim, considerando as limitações fático-jurídicas porventura existentes, estabelecer *progressivamente* a melhoria de condições de desenvolvimento do ser humano, sendo essa a função do Estado pós-moderno.

No campo ambiental, a educação emancipatória tem papel essencial no desenvolvimento sustentável. Os problemas ambientais, que comprometem o futuro da humanidade, apesar de serem globais e dos significativos avanços tecnológicos, não são de fácil solução, de modo que, em termos de políticas públicas, a produção e o consumo devem ser governados tendo em conta uma equação que compatibilize as reais necessidades e as possibilidades de todas as categorias de habitantes do planeta⁶⁵. Mas se, politicamente, os interesses do capital não permitem o sucesso dessa empreitada, sob a óptica individual, a partir de um consenso de que se vive em uma comunidade cosmopolita⁶⁶, é possível construir uma nova racionalidade⁶⁷, que, na prática, como manifestação da cidadania ecológica, faz valer a efetividade do direito à informação ambiental como prática usual da Administração Pública, que permite um adequado controle da tutela do meio ambiente⁶⁸.

Conforme preleciona Enrique Leff, a nova racionalidade ambiental, agora comprometida com a utopia de transformar o mundo, induz à problemática ambiental “sobre um conjunto de paradigmas científicos, mobilizando, articulando e intercambiando um conjunto de saberes técnicos e práticos, associados ao reconhecimento, valorização e formas de uso dos recursos

⁶⁴ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A judicialidade dos direitos fundamentais: críticas e parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécies*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 534-535.

⁶⁵ TOURAINE, Alain. *Após a crise: a decomposição da vida social e o surgimento de atores não sociais*. Trad. Francisco Morás. Petrópolis: Vozes, 2011. p. 55.

⁶⁶ NASCIMENTO, Valéria Ribas do. *O tempo das reconfigurações do constitucionalismo: os desafios para uma cultura cosmopolita*. São Paulo: LTr, 2011. p. 281.

⁶⁷ Conforme enfatiza Ignacy Sachs, “o uso produtivo não necessariamente precisa prejudicar o meio ambiente ou destruir a diversidade, se tivermos consciência de que todas as nossas atividades econômicas estão solidariamente fincadas no ambiente natural” (*Caminhos para o desenvolvimento sustentável*. Rio de Janeiro: Garamond, 2009. p. 32).

⁶⁸ BIANCHI, Patrícia. *Eficácia das normas ambientais*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 174-179.

naturais”⁶⁹. Entretanto, não se pode reduzir a educação ambiental a um processo geral de conscientização dos cidadãos, à incorporação de informações ecológicas e à fragmentação do saber ambiental em uma ligeira capacitação sobre problemas pontuais, em que a complexidade do saber ambiental permanece reduzida e mutilada⁷⁰. A educação ambiental deve permitir a construção de uma racionalidade produtiva que seja capaz de superar o falso dilema do neoliberalismo ambiental entre crescimento econômico e custos ambientais e a conscientização sobre os processos ambientais emergentes, que mobilizam a participação dos cidadãos na tomada de decisões, junto com a transformação dos métodos de pesquisa e formação, a partir de uma óptica holística e enfoques interdisciplinares⁷¹.

A sustentabilidade, pois, pressupõe a emancipação para a cidadania, não apenas a ventilada pela teoria liberal, mas a que converge para os valores realmente democráticos, os quais não são suficientemente propagados pelo capitalismo neoliberal. A democracia pós-moderna, ao contrário da teoria política liberal, não se confina ao Estado. Insere-se em qualquer espaço estrutural de interação social. Assim, também incide nas relações horizontais e privadas, como o espaço doméstico, combatendo relações patriarcais de gênero, e as relações de produção, a fim de humanizar as relações de trabalho e exigir, inclusive nas práticas empresariais transnacionais, maior responsabilização em relação à natureza. A nova teoria democrática procura transformar a realidade social com a eliminação de novos mecanismos de exclusão da cidadania, de modo que o princípio da comunidade permanece sempre revalorizado e, com ele, as ideias de igualdade, autonomia e solidariedade⁷².

A educação emancipatória, como se percebe, liberta o cidadão, que, consciente dos desafios e das perspectivas em relação ao melhor projeto de vida boa, pode e tem capacidade de decidir a respeito do seu futuro. Enquanto ideal utópico, essa liberdade inclui a própria relação com o Estado⁷³, que “não é

⁶⁹ LEFF, Enrique. *Epistemologia ambiental*. 5. ed. Trad. Sandra Valenzuela. São Paulo: Cortez, 2010. p. 87-88.

⁷⁰ LEFF, Enrique. *Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder*. 9. ed. Trad. Lúcia Mathilde Endlic Orth. Petrópolis: Vozes, 2012. p. 249.

⁷¹ Idem, p. 253.

⁷² SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 10. ed. São Paulo: Cortez, 2005. p. 270-278.

⁷³ Para Thamy Pogrebinski, a verdadeira emancipação humana é a emancipação da emancipação política. Resumidamente, eis a sua explicação: “É a emancipação de uma concepção de emancipação que

apenas uma forma ideológica, mas também, e ao mesmo tempo, uma forma do Ser social”⁷⁴.

Emancipado é o cidadão que, além de não depender do Estado para desenvolver as suas potencialidades, consegue visualizar, para fazer valer o seu direito a um futuro sustentável, os seus aparelhos ideológicos⁷⁵, que, mesmo sem repressão, reproduzem o modelo social desigual, insustentável e autoritário, por meio de formações ideológicas que, sob a forma jurídica, moldam a sociedade para ajustar os seus membros às estruturas sociais dominantes.

Nesse contexto de correlação pendular entre o desenvolvimento sustentável e os fatores (ideológicos) liberais que impedem a sua realização, impõe-se enfatizar a importância do processo adequado de formação judicial. Do contrário, na prática, quando os temas pertinentes desaguarem na esfera judicial, a resposta comprometerá os ideais desse paradigma que, diferentemente do capitalismo predatório liberal, preocupa-se com a solidariedade e o futuro da humanidade.

O problema da formação judicial, todavia, inicia-se na própria graduação jurídica, uma vez que as faculdades de Direito, em regra, ainda mantêm um paradigma de ensino fundamentado no positivismo dogmático, praticamente sem estímulo à criatividade e ao estudo interdisciplinar, perpetuando-se em um sistema hermético, rígido e infenso a transformações⁷⁶. Apesar de sério, o processo seletivo dos juízes também se revela inadequado, uma vez que apenas valoriza o conhecimento técnico, mas não tem o condão de avaliar a produtividade, a capacidade de trabalho, as condições para o enfrentamento de desafios e de adaptabilidade a novas circunstâncias⁷⁷. É preciso, pois, romper com esse modelo, para abrir a mente dos juízes para o paradigma do

depende de direitos. O homem genérico não deve precisar de direitos para ser reconhecido, tampouco deve precisar de um Estado para garantir esse reconhecimento. O homem genérico deve depender apenas de si mesmo, pois essa é a única dependência que pode ser concebida como independência. Essa é a única concepção de liberdade que pode efetivamente se aproximar da emancipação” (*O enigma do político*: Marx contra a política moderna. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009. p. 365).

⁷⁴ PACHUKANIS, Evgeny Bronislavovich. *Teoria geral do direito e marxismo*. Trad. Sílvio Donizete Chagas. São Paulo: Acadêmica, 1988. p. 39.

⁷⁵ Cf. ALTHUSSER, Louis. *Aparelhos ideológicos de Estado*. 11. ed. Trad. Walter José Evangelista e Maria Laura V. de Castro. Rio de Janeiro: Graal, 2010.

⁷⁶ NALINI, José Renato. Protagonismo ético judicial e perspectivas do Judiciário no século XXI. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, ano 98, v. 889, p. 11, nov. 2009.

⁷⁷ Idem, p. 15.

desenvolvimento sustentável, o único que, utopicamente⁷⁸, conduzi-los-á para soluções corretas, compatíveis com o sentimento constitucional, notadamente as de impacto coletivo.

4 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: A FORMAÇÃO JUDICIAL INTERDISCIPLINAR PARA ROMPER COM O PLANO FORMAL

As questões judiciais envolvendo temas relacionados ao desenvolvimento sustentável somente serão adequadamente resolvidas se os próprios juízes compreenderem a extensão e os limites da sua função típica no paradigma contemporâneo. O processo deve ser o reflexo da importância da jurisdição no contexto atual, fundado no Estado Constitucional de Direito. Se o raciocínio judicial ainda estiver pautado em premissas do passado, que não correspondem às exigências do mundo pós-moderno e complexo em que se vive agora, os ideais do desenvolvimento sustentável, certamente, estarão comprometidos, o que, conforme já visto, significa comprometer o futuro da humanidade. Infelizmente, entretanto, é um fato que ainda ocorre, pois boa parte dos juízes, embora não confessem expressamente, ainda se mantém presa ao raciocínio liberal.

Embora o pensamento humano seja sempre ideológico, no sentido de que se vive sob algum referencial dominante, deve-se construir um processo de emancipação quanto à “ideologia perniciosa”, que, segundo Ovídio A. Baptista da Silva, é “aquela que procura perpetuar-se através dos tempos, tentando transferir valores e conceitos que foram úteis a determinadas épocas, para novos contextos históricos e sociais”⁷⁹. Na parte que interessa a este artigo, voltado às condições de desenvolvimento humano sustentável, impõe-se romper com o racionalismo do Estado *Liberal* de Direito para se construir uma forma de pensar convergente com os ideais do Estado *Democrático* de Direito.

Observe-se que, atualmente, uma parte das críticas desferidas contra a atuação judicial em matéria de políticas públicas encontra fundamento no

⁷⁸ Observe-se, com base na lição de Ovídio A. Baptista da Silva, que, “enquanto o pensamento ideológico identifica-se com o passado que insiste em perenizar-se, a utopia procura introduzir na realidade algo que seria desejável, porém ainda inexistente, que o pensamento utópico imagina já realizado na situação presente. Enquanto a ideologia contém um cariz essencialmente conservador, as utopias – distorcendo igualmente a realidade – têm sentido organicamente revolucionário” (*Ideologia e processo: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 23).

⁷⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2. ed. rev. São Paulo: RT, 1997. p. 217.

modelo de jurisdição concebido sob os auspícios do Estado Liberal de Direito, que surgiu sobre as promessas de neutralidade e não intervenção, para viabilizar o desenvolvimento pleno dos indivíduos, à margem da atuação dos poderes públicos. As características marcantes deste modelo são as seguintes: (I) primado da lei; (II) divisão absoluta das funções estatais (separação dos poderes); (III) generalidade e abstração das regras; (IV) distinção entre direito público e direito privado (separação entre Estado e sociedade)⁸⁰.

A atividade dos juízes, no Estado Liberal de Direito, devia se restringir a aplicar normas editadas pelo legislador, ainda que se tratasse de prestações sociais. Em outras palavras, para evitar o retorno do antigo regime (absolutista) e pretensamente assegurar a liberdade, prestigiavam-se a democracia representativa, e os atos do Parlamento, de forma que a atuação judicial, para ser imparcial, deveria limitar-se à descrição da vontade do legislador (interpretação meramente literal), em uma operação meramente silogística.

A partir de uma rígida separação das funções típicas estatais, há um reforço, infelizmente ainda presente nos dias atuais, da “imagem doutrinária do juiz técnico, esterilizado politicamente e que faz da adjudicação um silogismo capaz de garantir, dogmaticamente, a certeza do direito”⁸¹.

É que a função do Estado, nesse paradigma clássico, deveria se restringir à garantia da autonomia da vontade e à liberdade contratual derivada, de modo que não se admitia que a função jurisdicional estabelecesse algum controle quanto ao conteúdo do contrato ou ao equilíbrio de suas prestações, mas apenas sobre a presença ou a ausência de consentimento isento de vícios e defeitos⁸².

Logo a história demonstrou, todavia, que a autonomia da vontade era incapaz de evitar injustiças sociais, causadas pelo seu exercício abusivo, reclamando uma pronta intervenção estatal. Se, antes, era a liberdade, agora, com a instituição do Estado Social de Direito, o valor preponderante passou a ser a igualdade material. Este modelo, contudo, encontra-se em crise.

⁸⁰ AMARAL, Francisco. O Direito Civil na pós-modernidade. In: FIUZA, César; FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 70-71.

⁸¹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. 1. ed. 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 45.

⁸² CUNHA, Wladimir Alcibiades Marinho Falcão. *Revisão judicial dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*. São Paulo: Método, 2007. p. 50.

O declínio do Estado Social de Direito, segundo Ricardo Lobo Torres, “tem as suas principais causas no endividamento exagerado dos países, na impossibilidade de atendimento das demandas sociais, no excessivo paternalismo e na crença ingênua na inesgotabilidade dos recursos públicos”, o que não ocorre no Estado Democrático de Direito, que concilia o Estado Social, agora considerando a questão financeira, com as novas exigências para a garantia dos direitos humanos⁸³.

O Estado Democrático de Direito, portanto, como terceiro estágio evolutivo, representa a vontade constitucional de realização do Estado Social⁸⁴, uma exigência do mundo moderno, inclusive como forma de elidir os problemas capitais da democracia moderna (contradições internas do elemento político sobre que se apoia e desvirtuamento do poder)⁸⁵, pois, como afirma Gilberto Bercovici, “eliminar as funções assistencial e redistributiva do Estado seria deslegitimá-lo de maneira irreversível”⁸⁶. Em outros termos, há um compromisso com o desenvolvimento sustentável e os seus valores.

Os valores do Estado Democrático de Direito são os mais adequados para os dilemas impostos pela sociedade complexa e pluralista contemporânea, valores esses concebidos, a partir da razão pública, “para permitir a convivência dos contrários, a coparticipação harmônica e pacífica de toda sorte de antagonismos políticos e crenças religiosas e morais”⁸⁷. Trata-se de um modelo que não se contenta com a mera proclamação formal e abstrata de direitos humanos na Constituição, mas sim com a concretização dos mesmos, a partir da identificação das diferenças e da singularidade dos cidadãos, da promoção da justiça social, da correção das disparidades econômicas e da neutralização de uma iníqua distribuição tanto de renda quanto de prestígio e de conhecimento⁸⁸. Nesse contexto, o Estado Democrático de Direito pressupõe *educar* a população

⁸³ TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. 2. tir. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 163-164.

⁸⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da produção do Direito*. 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 38.

⁸⁵ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 203.

⁸⁶ BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 65.

⁸⁷ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2. ed. rev. São Paulo: RT, 1997. p. 203.

⁸⁸ FARIA, José Eduardo. O Judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para avaliação da justiça brasileira. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. 1. ed. 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 95.

para o exercício da cidadania plena⁸⁹, com a realização de todos os direitos fundamentais, enfim, a ideia de *democracia em liberdade*⁹⁰.

Como ensina Régis Fernandes de Oliveira, “para que exista o Estado de Direito, em seu aspecto de legitimidade, um juízo estritamente valorativo, é fundamental que os direitos humanos sejam assegurados e plenamente exercidos em democracia”⁹¹. Assim, além da limitação do poder e do reconhecimento dos direitos humanos, o Estado Democrático de Direito, em tempos de crise moral, econômica e política, pressupõe justiça social no campo socioeconômico, superando as condições do neocapitalismo, inclusive com eliminação do trabalho explorado, e pluralismo sociopolítico, ao invés de partido e sindicato único vinculado ao Estado, válido sem ideologias ou utopias irrealizáveis, tendo como função primordial a defesa do ser humano concreto, em toda a extensão de sua dignidade⁹².

Em resumo, o Estado Democrático de Direito não deve ser identificado como formalista, não pode ser reduzido a simples ordem de organização e processo, legitima-se em um contexto marcado pela globalização econômica e por políticas públicas neoliberais como um Estado de justiça social, concretamente realizável por intermédio de estratégias políticas que têm em vista o cidadão concreto, em suas especificidades e peculiaridades, e a noção de indivisibilidade e universalidade dos direitos humanos⁹³.

Observe-se que, enquanto, no Estado Social, procura-se corrigir desigualdades por meio de políticas públicas, adaptando-se a legislação à realidade preexistente, no Estado Democrático de Direito impõe-se à ordem jurídica e à atividade estatal, simbolicamente, um conteúdo utópico de transformação ou de reestruturação das relações sociais⁹⁴.

Em outras palavras, no Estado Democrático de Direito o desafio é resgatar a concepção do potencial ético e transformador do Direito, atribuindo máxima efetividade às normas constitucionais e internacionais fundamentais, realçando

⁸⁹ MARQUES, Rafael da Silva. *Valor social do trabalho, na ordem econômica, na Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: LTr, 2007. p. 30.

⁹⁰ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2011. p. 81-82.

⁹¹ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Receitas públicas originárias*. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 12.

⁹² PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 153-154.

⁹³ Idem, p. 339-338.

⁹⁴ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política & teoria do Estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 96-101.

o princípio da dignidade da pessoa humana, fonte e sentido de toda experiência jurídica⁹⁵. O Estado, portanto, deve promover o desenvolvimento econômico nacional, a principal política pública (a mais abrangente)⁹⁶, mas, coordenando e harmonizando todas as outras (políticas públicas), sem perpetuar injustiças sociais⁹⁷.

Tem absoluta razão André Ramos Tavares, quando esclarece que “o desenvolvimento do Estado passa prioritariamente pelo desenvolvimento do homem, de seu cidadão, de seus direitos fundamentais. Sem ele, o mero avanço econômico pouco significará, apenas fará sentido para poucos”⁹⁸. Deve realizar todos os direitos fundamentais, sem distinção, pois “um Estado que apenas assegura os direitos daqueles que já possuem condições mínimas de existência consagra a *desigualdade*”⁹⁹, resultando no enfraquecimento do próprio Estado de Direito¹⁰⁰. Trata-se, em suma, da realização plena do princípio da igualdade substancial, gênese de todos os valores, expressão máxima da dignidade humana.

Sob o prisma da história política, social, cultural e econômica, o Estado Democrático de Direito é o mais evoluído na dinâmica dos direitos humanos, o qual pressupõe a força normativa da Constituição. Infelizmente, entretanto, é causa de ineficácia dos direitos sociais e da tutela ambiental o fato de que uma parte dos operadores do Direito ainda se mantém presa a

⁹⁵ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o princípio da dignidade humana. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 197.

⁹⁶ BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 63.

⁹⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 10-11.

⁹⁸ TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2011. p. 63.

⁹⁹ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessoalismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judicial*. São Paulo: RT, 2009. p. 501.

¹⁰⁰ Oscar Vilhena Vieira, corretamente, advoga a tese de “que a exclusão social e econômica, decorrente de níveis extremos e duradouros de desigualdade, destrói a imparcialidade da lei, causando a *invisibilidade* dos extremamente pobres, a *demonização* daqueles que desafiam o sistema e a *imunidade* dos privilegiados, aos olhos dos indivíduos e das instituições. Em suma, a desigualdade socioeconômica extrema e persistente corrói a reciprocidade, tanto em seu sentido moral quanto como interesse mútuo, o que enfraquece a integridade do Estado de Direito” (A desigualdade e a subversão do Estado de Direito. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; DIMOULIS, Dimitri (Org.). *Estado de Direito e o desafio do desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 207-208).

uma mentalidade preponderantemente privatista, “atribuindo maior força às normas infraconstitucionais do que às normas constitucionais, de natureza política e pública mais evidente”¹⁰¹. Trata-se, certamente, de um equívoco, pois, como se sabe, o constitucionalismo é o movimento político-ideológico vencedor nesta quadra da história, o que acarreta o rompimento com qualquer raciocínio que procure estabelecer a primazia da autonomia da vontade sobre os valores potencializados no texto constitucional.

Trabalhar com o texto constitucional, antes de tudo, é manter-se aberto aos novos campos do saber. É impossível, especialmente em matéria de políticas públicas e dos ideais do desenvolvimento sustentável, realizar um corte epistemológico em relação a outras disciplinas. Conforme preleciona André Ramos Tavares, “a Constituição, em suas normas abertas, imprecisas, quais findam por serem atreladas à realidade, demanda interdisciplinaridade. A leitura da realidade somente será completa com a participação das outras ciências”¹⁰². Assim, revelam-se absolutamente necessárias reciclagens abrangentes e periódicas sobre saúde, educação, moradia e outros grandes temas sociais, para que ocorra uma prestação jurisdicional adequada.

As Escolas da Magistratura, nesse norte, devem manter um processo educacional permanente, a fim de preparar os juízes para uma nova gestão jurisdicional, própria dos tempos de pós-modernidade. Antes de tudo, o juiz brasileiro deve ser um eficiente administrador, afastando qualquer espécie de burocracia processual, inerente cientificismo da modernidade. Espera-se do juiz, sob a égide do Estado Democrático de Direito, paciência, humildade, vocação para servir, de modo que não há mais espaço para a prepotência, arrogância, burocratismo exagerado, formalismo estéril, insensibilidade e recusa à transparência e permanente prestação de contas¹⁰³. Demais disso, o juiz deve perceber, notadamente diante do discurso globalizado em torno do desenvolvimento sustentável, que o paradigma liberal racionalista já restou superado, de modo que o processo não pode mais ser concebido como um

¹⁰¹ CAPLAN, Luciana. Direitos sociais da Constituição cidadã e as armadilhas ideológicas que levam à sua inefetividade: uma leitura a partir da teoria crítica. In: MONTESSO, Cláudio José; FREITAS, Marco Antônio de; STERN, Maria Coêlho Borges (Coord.). *Direitos sociais na Constituição de 1988: uma análise vinte anos depois*. São Paulo: LTr, 2008. p. 295.

¹⁰² TAVARES, André Ramos. *Fronteiras da hermenêutica constitucional*. São Paulo: Método, 2006. p. 51.

¹⁰³ NALINI, José Renato. Protagonismo ético judicial e perspectivas do Judiciário no século XXI. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, ano 98, v. 889, p. 25, nov. 2009.

instrumento puramente *formal*, abstrato e sem qualquer compromisso com a História¹⁰⁴.

5 JURISDIÇÃO E PÓS-POSITIVISMO: ROMPENDO COM O RACIONALISMO LIBERAL RUMO À TUTELA JUDICIAL DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Ainda que existam críticas relativamente pertinentes¹⁰⁵, é certo que, atualmente, a comunidade jurídica encontra-se sob a égide de uma nova forma de pensar o Direito Constitucional, de vivenciar a Constituição, denominada neoconstitucionalismo, positivismo crítico ou pós-positivismo. Resume bem Daniel Sarmento:

Essas mudanças envolvem vários fenômenos diferentes, mas reciprocamente implicados, que podem ser assim sintetizados: (a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do direito; (b) rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos ou “estilos” mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação etc.; (c) constitucionalização do direito, com irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; (d) reaproximação entre o direito e a moral, com a penetração cada vez maior da filosofia nos debates jurídicos; e (e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário.¹⁰⁶

¹⁰⁴ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Sentença e coisa julgada (ensaios e pareceres)*. 4. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 263.

¹⁰⁵ SARMENTO, Daniel. Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: RT, 2009; TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário*. São Paulo: RT, 2011. p. 293.

¹⁰⁶ SARMENTO, Daniel. Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: RT, 2009. p. 9-10.

Trata-se, pois, de uma espécie de Estado de Direito, um modelo de organização política, uma teoria¹⁰⁷ que serve para descrever esse modelo e uma filosofia política ou ideologia que justifica esse modelo¹⁰⁸.

Conforme prelecionam Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, “a superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação”¹⁰⁹. O pós-positivismo, na já clássica definição desses autores, é a designação provisória e genérica de “um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana”¹¹⁰, que “não pode ser vista como mera proclamação discursiva, lida em uma dimensão de abstração”¹¹¹.

Observe-se que, atualmente, há a constitucionalização do Direito Privado, com a presença da Constituição no Direito Privado, influenciando a concretização deste, ou seja, no âmbito das relações entre particulares, por meio das normas constitucionais, bem como com a presença do Direito Privado na Constituição¹¹².

¹⁰⁷ Embora algumas das seguintes colocações exijam uma reflexão mais acurada, que será feita ao longo do texto, pode-se afirmar, com base na lição de Luis Prieto Sanchís, que se lida, atualmente, com “mais princípios que regras; mais ponderação que subsunção; onipresença da Constituição em todas as áreas jurídicas e em todos os conflitos minimamente relevantes, em lugar de espaços extensos a favor da opção legislativa ou regulamentadora; onipotência judicial em lugar da autonomia do legislador ordinário e, por último, coexistência de uma constelação plural de valores, por vezes tendencialmente contraditórias, em lugar de uma homogeneidade ideológica em torno de um pequeno grupo de princípios coerentes entre si e em torno, sobretudo, das sucessivas opções legislativas” (*Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2000. p. 132).

¹⁰⁸ MAIA, Antonio Cavalcanti. As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro: Renovar, ano 2, n. 5, p. 252, jan./mar. 2007.

¹⁰⁹ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 107.

¹¹⁰ Idem, p. 107.

¹¹¹ FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 100.

¹¹² SARLET, Ingo Wolfgang. Mínimo existencial e Direito Privado: apontamentos sobre algumas dimensões da possível eficácia dos direitos fundamentais sociais no âmbito das relações privadas. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, v. 29, p. 54-55, jan./mar. 2007.

Afasta-se a tradição patrimonialista do Direito Privado, para centralizar o ser humano no palco das discussões jurídicas¹¹³.

Com a inserção das cláusulas gerais (boa-fé objetiva, função social do contrato, equilíbrio contratual, etc.) no universo contratual, como normas abertas que são, houve uma ampliação da possibilidade de incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas¹¹⁴. Enfim, no desenho contratual hodierno, embora a autonomia da vontade seja essencial a um imprescindível ambiente flexível nas relações privadas¹¹⁵, ela deixa de ser a única fonte de direito e obrigações, a fim de que a seu lado concorram valores e princípios que, mesmo não dispostos pelos contratantes, são impostos pela ordem jurídica, a começar pelo seu fundamento jurídico-positivo de validade, a Constituição¹¹⁶.

O neoconstitucionalismo exige, assim, a compreensão crítica da lei ou do contrato em face da Constituição, para, ao final, fazer surgir uma projeção ou cristalização da norma adequada. O marco filosófico do novo Direito Constitucional, pois, é o pós-positivismo, que, repita-se, traduz-se em um conjunto de ideias difusas que ultrapassam o legalismo estrito do positivismo normativista, sem recorrer às categorias da razão subjetiva do jusnaturalismo. Busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto. Procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. O pós-positivismo, sem desprezo à lei, reconhece que o direito não se esgota nos textos legislados, pois há valores compartilhados pela sociedade que integram a ordem jurídica por meio dos princípios, cuja normatividade resta reconhecida, promovendo-se, assim, uma reaproximação entre o Direito e a Filosofia, entre o Direito e a Ética, bem como a centralidade dos direitos fundamentais e as múltiplas implicações daí decorrentes¹¹⁷.

¹¹³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. In: FIUZA, César; FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 205-206.

¹¹⁴ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2011. p. 256.

¹¹⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 28.

¹¹⁶ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 7.

¹¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. O novo direito constitucional e a constitucionalização do direito. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. *Diálogos constitucionais: Direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 323.

A interpretação e a aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria da justiça, mas não podem comportar voluntarismos, sobretudo os judiciais. O sistema jurídico não é mais visto apenas como um conjunto de regras jurídicas, mas também pelos princípios constitucionais, que, quando aplicados judicialmente, exige-se sempre uma motivação juridicamente racional (fundamentação argumentativa)¹¹⁸. Assim, “as decisões judiciais dependem de argumentos complexos, exigem decisões envolvendo princípios que vão além do uso do esquema lógico-dedutivo, e requerem também por parte do juiz o uso da racionalidade teleológica”¹¹⁹.

A marca do neoconstitucionalismo é a ascensão dos valores, o reconhecimento da normatividade dos princípios e a essencialidade dos direitos fundamentais, inclusive nas relações entre particulares¹²⁰. Reclama, portanto, uma volta aos valores, com a reaproximação entre o *Direito* e a *Ética*¹²¹, passando à noção de que “o Direito é construção de significados”¹²², mas, em contrapartida, respeitando os espaços decisórios que, em uma sociedade democrática, cabe ao legislador¹²³. Se os princípios canalizam os valores para o âmbito das decisões judiciais, não se pode perder de vista que a Constituição possibilita também o confronto e a luta política dos partidos e das forças políticas portadoras de projetos alternativos para a concretização dos fins constitucionais.

A compreensão crítica (da lei em face da Constituição) já é uma tarefa de concretização. A lei não é mais objeto, mas sim componente que vai levar

¹¹⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 65-68.

¹¹⁹ MAIA, Antonio Cavalcanti. As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro: Renovar, ano 2, n. 5, p. 254, jan./mar. 2007.

¹²⁰ TEPEDINO, Gustavo. A constitucionalização do Direito Civil: perspectivas interpretativas diante do novo Código. In: FIUZA, César; FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 122-124.

¹²¹ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 107.

¹²² MARTINS-COSTA, Judith. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 72.

¹²³ SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional*. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 196-198.

à construção de uma nova norma, vista não como texto legal, mas sim como o significado da sua interpretação e, portanto, como um novo ou outro objeto.

O neoconstitucionalismo foi fruto de três mudanças de paradigmas: (1) a busca da efetividade das normas constitucionais, fundada na premissa da força normativa da Constituição; (2) a expansão da jurisdição constitucional; (3) o desenvolvimento de uma dogmática da interpretação constitucional, baseada em novos métodos hermenêuticos e na sistematização de princípios específicos de interpretação constitucional.

Como se sabe, inicialmente, concebia-se a Constituição como documento essencialmente *político*, paradigma em vigor até meados do século XX na Europa, cuja concretização de suas propostas ficava condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. Nessa época, a Constituição era um mero repositório de promessas vagas e de exortações ao legislador infraconstitucional, sem aplicabilidade imediata. Em outras palavras, as normas constitucionais eram vistas especialmente como programas políticos que deveriam inspirar a atuação do legislador, mas que não podiam ser invocadas perante o Judiciário, na defesa de direitos. Atualmente, todavia, assim como sempre ocorreu no constitucionalismo norte-americano, as normas constitucionais são concebidas como autênticas normas jurídicas dotadas de imperatividade, que é atributo de todas as normas jurídicas, e a sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado¹²⁴.

A Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de regras e princípios, permeável a valores jurídicos, em que as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central. As normas constitucionais que versam sobre os direitos fundamentais, como preleciona Andreas J. Krell, “contêm, por natureza, conceitos vagos, abstratos, de textura aberta, que constituem fórmulas *valorativas*, as quais não podem ser interpretadas adequadamente mediante os métodos tradicionais da hermenêutica jurídica”¹²⁵.

Os juízes contemporâneos, nesse contexto, como partícipes do processo de criação do Direito, devem saber realizar a nova interpretação, que, além

¹²⁴ SARMENTO, Daniel. Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: RT, 2009. p. 13-14.

¹²⁵ KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Safe, 2002. p. 71.

da tradicional técnica de subsunção de regras jurídicas, trabalha diferentes categorias, a saber: (a) cláusulas gerais; (b) conceitos jurídicos indeterminados; (c) princípios; (d) colisões de normas constitucionais; (e) ponderação; (f) argumentação¹²⁶. Assim, o pluralismo político e jurídico, a nova hermenêutica e a ponderação de interesses são componentes dessa reelaboração teórica, filosófica e prática que fez a travessia de um milênio para o outro.

A base do desenvolvimento sustentável é a Constituição, e esta, conforme preleciona José Joaquim Gomes Canotilho, é um sistema normativo aberto de regras e princípios. Nessa linha de raciocínio, deve-se perceber, em primeiro lugar, que a Constituição, assim como o próprio Direito, é um sistema¹²⁷, fato que revela a sua *dinamicidade*. Esse sistema é *aberto*, o que significa dizer que possui *estrutura dialógica*, à medida que a interpretação de suas normas possibilita a capacitação da mudança da realidade social, estando abertas às concepções cambiantes da “verdade” e da “justiça”¹²⁸. Além disso, trata-se de sistema *normativo*, porque a estruturação das expectativas referentes aos valores, programas, funções e pessoas é feita por meio de *normas*. Finalmente, a

¹²⁶ BARROSO, Luís Roberto. O novo direito constitucional e a constitucionalização do direito. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. *Diálogos constitucionais: Direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 330.

¹²⁷ Claus-Wilhelm Canaris conceitua sistema “como uma ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais do direito, na qual o elemento de adequação valorativa se dirige mais à característica de ordem teleológica e o da unidade interna à característica dos princípios gerais” (*Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3. ed. Introdução e tradução de Antônio Manuel da Rocha Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 77-78). Juárez Freitas, muito embora reconhecendo os méritos do consagrado autor alemão, diz que o conceito não é inteiramente satisfatório. Segundo ele, “falta no conceito de Canaris, sobretudo, (a) aludir à distinção entre princípios, regras e valores; (b) incorporar a vinculação aos objetivos do Estado Democrático, assim como estabelecidos na Constituição, na qual se encontram, expressa ou implicitamente, os princípios fundamentais, os quais se diferenciam tecnicamente dos princípios gerais; (c) introduzir o elemento de hierarquização material, topicamente produzida, no círculo hermenêutico, não estabelecida *a priori*, deixando claro que não se dá à Tópica papel apenas auxiliar”. Daí, a razão deste autor conceituar o sistema jurídico “como uma rede axiológica e hierarquizada topicamente de princípios fundamentais, de normas estritas (ou regras) e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias em sentido amplo, dar cumprimento aos objetivos justificadores do Estado Democrático, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição” (*A interpretação sistemática do direito*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 53 e 61, respectivamente).

¹²⁸ Para Karl Larenz, “enquanto sistema ‘aberto’, o sistema é sempre inacabado e inacabável”. Entende, também, que o sistema é “fragmentário”, à medida que “não podem integrar-se nele todas as normas ou regulamentações” (*Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 696-697).

Constituição é um sistema de *regras* e de *princípios*, pois as suas normas revelam-se sob a forma de princípios ou de regras¹²⁹.

A eficácia dos textos normativos que convergem para os ideais de desenvolvimento sustentável, portanto, depende da concretização da Constituição, entendida genericamente como o conjunto de valores normativa e hierarquicamente superiores, o qual se deseja implantar na sociedade¹³⁰. Não se trata de mero instrumento de governo, de um catálogo de competências e regulamentação de processos, mas, além disso, de um corpo normativo que enuncia diretrizes, fins e programas a serem realizados pelo Estado e pela sociedade.

Essa tarefa de concretizar a Constituição, em termos de pós-positivismo, exige formação adequada dos juízes, para emancipá-los em relação ao discurso ideológico neoliberal potencialmente alienador quanto às práticas reais de acumulação espoliativa. A concretização deve ocorrer hermeneuticamente diante das circunstâncias do caso concreto, não vem pronta, pois, no texto normativo. A questão não é tão simples, pois, entre os textos normativos e a efetividade dos direitos, há uma série de dificuldades fáticas e jurídicas¹³¹, exigindo um estudo processual multidisciplinar¹³².

¹²⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 1145.

¹³⁰ Conforme o preâmbulo da Constituição, o Brasil é um Estado Democrático que tem como finalidade “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna”, sendo que essa finalidade, certamente, tem força jurídico-normativa. Nesse contexto, é inegável que os direitos sociais não devem ser reivindicados como caridade ou generosidade, pois são eles autênticos e verdadeiros direitos fundamentais, acionáveis, exigíveis e demandam séria e responsável observância.

¹³¹ Ilustrativamente, impõe-se perceber que, a despeito da densidade normativa dos direitos sociais, estes não devem ser concebidos como direitos subjetivos definitivos, mas apenas garantidos *prima facie*. É que os direitos sociais, normalmente, aparecem sob a forma de princípios, que são mandados de otimização, visam a constituir um estado ideal de coisas, dependendo sempre das possibilidades fáticas e jurídicas. Podem, contudo, aparecer normativamente como uma regra, quando prevista a sua concessão na legislação ordinária, de modo que, neste caso, apresenta-se como um direito definitivo. Assim, em princípio, não basta a invocação de um direito social previsto constitucionalmente (habitação, saúde, educação, trabalho, etc.) em juízo, para que, por simples silogismo, defira-se o pedido, impondo-se ao Estado o dever de prestá-lo incondicionalmente.

¹³² Willis Santiago Guerra Filho afirma que “em um contexto como o atual, com elevada complexidade e velocidade no surgimento de inovações nas sociedades, não se pode ter ilusões quanto ao que se esperar do texto que é a Constituição, em seu sentido estritamente jurídico, que não pode ser visto como portador de soluções prontas, para problemas dessa ordem. Seu texto é como uma obra aberta, que ao ser interpretado se atribui a significação requerida no presente, levando em conta a constituição

A prática de uma verdadeira democracia participativa, compromissada com os ideais do desenvolvimento sustentável, não pode prescindir de um Poder Judiciário emancipado, responsável e politicamente legitimado. Conforme preleciona Ovídio A. Baptista da Silva, atribuir ao legislador a tarefa de criar o direito, como deseja o pensamento ideológico neoliberal, tem o condão de tornar os juízes, além de irresponsáveis, uma espécie de braço mecânico do poder hegemônico, fazendo com que a função precípua do Poder Judiciário seja manipulada pelo capital financeiro, consistindo apenas em acalmar o mercado¹³³. Pelo contrário, o Direito, em sua dimensão transformadora da realidade social, deve continuar comprometido com os ideais de justiça, os valores que propiciam o desenvolvimento das potencialidades humanas, enfim, com um futuro em bases sustentáveis.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, indaga-se: Qual é realmente o papel da educação emancipatória no desenvolvimento sustentável? Conforme se acredita ter demonstrado ao longo do texto, a educação e a democracia participativa são dois fatores essenciais ao desenvolvimento, que significa a ampliação das oportunidades de modelar a vida e lhe definir um destino. A educação tem o condão de mudar as pessoas, tirá-las de qualquer estado de alienação, de modo que, conscientemente, elas podem lutar pelo seu reconhecimento enquanto seres que merecem consideração e respeito, por um mundo sem opressão injusta e por práticas de respeito à escassez dos recursos naturais, propiciando, assim, um ambiente solidário que assegure um futuro decente à humanidade.

O discurso de resistência hegemônica, pautado na ética solidária e na visão holística de mundo, tem papel essencial na conscientização e no estímulo

em seu sentido empírico". E explica o ilustre Professor da PUC/SP: "Mostra-se aí, com toda clareza, a demanda do emprego de uma metodologia de pesquisa do Direito que se tem chamado de 'inclusiva', voltada para incorporação de conhecimentos advindos de ciências sociais empíricas e disciplinas jurídicas diversas, além da dogmática do Direito positivo nacional, como a história, o Direito comparado, a filosofia jurídica e a teoria do Direito na sua feição atual, sensível às contribuições tanto das ciências formais contemporâneas (semiótica, cibernética, teoria da comunicação etc.), como ao desenvolvimento de uma lógica material própria do discurso normativo (tópica, nova retórica, teorias da argumentação, lógica deontica etc.), onde ação e pensamento, ética e lógica, se encontram numa situação comunicativa concreta de diálogo, em que, pragmaticamente, são produzidas sempre novas interpretações, novos significados" (*Teoria processual da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002. p. 211-212).

¹³³ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Ideologia e processo: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 2 e 22.

de práticas de proteção ambiental e tutela dos direitos sociais. Os juízes, certamente, em especial em sua função típica, não estão fora deste processo. A educação que se deseja no projeto de desenvolvimento é algo que não mais se confunde com a simples propagação descritiva do conhecimento e da informação. Pelo contrário, o desenvolvimento sustentável, por intermédio da educação emancipatória, resulta de um comportamento ético e consciente face aos bens e serviços limitados da Terra. Trata-se de uma educação para a sustentabilidade do consumo, do trabalho digno e da produção. Trata-se, enfim, de uma educação que não deve ser focada apenas na lógica da competição capitalista e no mercado (profissionalização), já que este, por si, não dá conta das legítimas aspirações imateriais, mas sim oportuniza relações sociais marcadas pelo respeito, pela convivência pacífica, pela cooperação e pela valorização do amor ao próximo e à natureza¹³⁴.

A emancipação frente ao paradigma liberal racionalista e o compromisso com os ideais de desenvolvimento sustentável devem ter reflexos no procedimento judicial. Em outras palavras, a relevância do desenvolvimento sustentável deve nortear as decisões judiciais não apenas de caráter material (Direito Ambiental, Direito do Trabalho, Direito do Consumidor, Direito Econômico, etc.), mas também de natureza processual. A partir dessa premissa, as técnicas processuais, inclusive de aceleração do procedimento, devem estar em sintonia com a efetividade do direito material disputado. Os juízes, no particular, desde que apresentem motivação jurídica racional, ou seja, respeitando a autonomia do Direito e os limites dos textos normativos, devem construir a norma processual adequada ao caso, fato que, na prática, implica o desejável rompimento com o dogma, de índole ideológica liberal, de que os direitos nascem apenas da pena do legislador.

Ilustrativamente, embora o entendimento doutrinário e jurisprudencial seja contrário¹³⁵, e se deva criar uma cultura de respeitar os precedentes

¹³⁴ BOFF, Leonardo. *Sustentabilidade: o que é – o que não é*. Petrópolis: Vozes, 2012. p. 131-156.

¹³⁵ Informativo nº 429 do STJ: “ASTREINTES – GOVERNADOR – Em execução de obrigação de fazer resultante de mandado de segurança, o ente federado foi condenado a incorporar certo percentual aos vencimentos e proventos de seus servidores. Sucede que foram impostas *astreintes* aos representantes daquele ente público (o governador e a secretária de gestão administrativa) correspondentes a diárias 50% do valor do salário-mínimo, caso, após citados, não procedessem às aludidas incorporações em 30 dias. Anote-se que essa sanção pecuniária não se confunde com a de natureza punitiva derivada de ato atentatório ao exercício da jurisdição (art. 14, V, parágrafo único, do CPC). Diante disso, a jurisprudência do STJ permite a imposição de multa diária à Fazenda Pública na execução imediata, porém sua extensão ao agente público, ainda que escorada na necessidade de dar efetivo cumprimento

jurisprudenciais dos Tribunais Superiores, entende-se que, se as exigências do caso concreto reclamarem uma sobreposição quanto aos precedentes jurisprudenciais (ponderação entre os valores envolvidos), a multa coercitiva, como técnica processual, deve ser dirigida não ao Estado, mas sim ao agente público responsável pela remoção do ilícito, podendo ser uma medida extremamente eficaz. Se a multa coercitiva for dirigida apenas ao Estado, pessoa jurídica, a coletividade resta punida duplamente, pois, além de não ver imediatamente aplicados os recursos públicos de forma constitucionalmente adequada, tem que pagar, com outros recursos públicos, pela má gestão do governante¹³⁶. O agente representa fisicamente o Estado, e, em matéria de proteção social, em muitos casos, não se pode trabalhar abstratamente, de modo que, se a decisão ainda se encontra dotada de eficácia, deve ser cumprida, para não haver intervenção executiva. A efetividade da decisão, pois, depende da eficácia da técnica processual adotada.

Enfim, para que o processo sirva de instrumento de solução adequada dos complexos dilemas e conflitos sociais pós-modernos e, por consequência, caminhe em direção aos valores constitucionais do desenvolvimento sustentável, os juízes, emancipados a partir de uma formação crítica multidisciplinar, devem romper com o paradigma neoliberal hegemônico. Nesse contexto, com base nas lições de Ovídio A. Baptista da Silva¹³⁷, deve-se perceber que o Direito Processual, como produto da cultura, não pode ficar refém do cientificismo-racionalista do Estado Liberal e se encontra comprometido pelos valores sociopolíticos extraídos da Constituição. O juiz, assim, deve sempre perceber que a complexidade das sociedades democráticas contemporâneas pressupõe tolerância, diversidade e convivência com princípios e valores entre si conflitantes e até antagonísticos, fato que, não obstante a torne incompatível com a exigência que nossos interesses sejam aceitos como absolutos, impõe ao Poder Judiciário, institucionalmente, o

à ordem mandamental, é despida de juridicidade, pois inexistente norma que determine esse alcance da pessoa física representante da pessoa jurídica de direito público. No caso, além de sequer haver contraditório e ampla defesa, os agentes não foram partes na execução e atuaram no MS apenas como substitutos processuais. Por último, note-se que a execução da ação mandamental foi dirigida ao ente federado, pessoa jurídica de direito interno, e há norma que restringe ao réu a imposição das referidas *astreintes* (art. 461, § 4º, do CPC). Precedentes citados: REsp 770.753/RS, DJ 15.03.2007; REsp 893.041/RS, DJ 14.12.2006, e AgRg-Ag 1.028.620/DF, DJe 03.11.2008. REsp 747.371/DF, Rel. Min. Jorge Mussi, Julgado em 06.04.2010”.

¹³⁶ CAMBI, Eduardo. *Neonstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judicial*. São Paulo: RT, 2009. p. 430.

¹³⁷ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 137-163.

dever de proferir e fazer valer a decisão que seja juridicamente razoável para o caso concreto. O juiz, nesse sentido, tem a missão de conferir adequadamente sentido aos textos normativos nos respectivos contextos em que estão inseridos, cuidando sempre para que eventuais juízos discricionários, permitidos pela abertura da linguagem normativa, não flertem com arbitrariedades. A tarefa do legislador democrático, ao criar os textos normativos, não é interpretá-los, mas sim constranger o juiz, impondo-lhe limites semânticos no processo final de criação e aplicação do Direito. A tarefa do juiz, portanto, quando da prestação jurisdicional, deve ser responsável, embora sempre deva interpretar criticamente os fatos da causa, não se limitando a descrevê-los.

Se essa leitura provocou reflexão sobre essas colocações, enfim, sobre essa forma de visualizar as questões jurídicas contemporâneas, este artigo terá atingido a sua finalidade, sem prejuízo de, simultaneamente, prestar justa homenagem ao Professor Ovídio A. Baptista da Silva, cujas lições continuam influenciando a formação deste autor.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Theodor W. *Educação e emancipação*. Trad. Wolfgang Leo Maar. São Paulo: Paz e Terra, 2011.

ALTHUSSER, Louis. *Aparelhos ideológicos de Estado*. 11. ed. Trad. Walter José Evangelista e Maria Laura V. de Castro. Rio de Janeiro: Graal, 2010.

AMARAL, Francisco. O Direito Civil na pós-modernidade. In: FIUZA, César; FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. O novo direito constitucional e a constitucionalização do Direito. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. *Diálogos constitucionais: Direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____; BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003.

BASTOS, Ronaldo. *O conceito de direito em Marx*. Porto Alegre: Safe, 2012.

BAUMAN, Zygmunt. *Capitalismo parasitário: e outros temas contemporâneos*. Trad. Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BIANCHI, Patrícia. *Eficácia das normas ambientais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

BITTAR, Eduardo C. B. *Democracia, justiça e direitos humanos: estudos de teoria crítica e filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOFF, Leonardo. *Sustentabilidade: o que é – o que não é*. Petrópolis: Vozes, 2012.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judicial*. São Paulo: RT, 2009.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. 1. ed. 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2005.

CUNHA, Wladimir Alcibiades Marinho Falcão. *Revisão judicial dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*. São Paulo: Método, 2007.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3. ed. Introdução e tradução de Antônio Manuel da Rocha Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPLAN, Luciana. Direitos sociais da Constituição cidadã e as armadilhas ideológicas que levam à sua inefetividade: uma leitura a partir da teoria crítica. In: MONTESSO, Cláudio José; FREITAS, Marco Antônio de; STERN, Maria Coêlho Borges (Coord.). *Direitos sociais na Constituição de 1988: uma análise vinte anos depois*. São Paulo: LTr, 2008.

CHAUI, Marilena. *Cultura e democracia: o discurso competente e outras falas*. 13. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Direito e poder: ensaio de epistemologia jurídica*. 1. ed. 3. tir. São Paulo: Saraiva, 2010.

DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Trad. Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

DUARTE, Clarice Seixas. Direito público subjetivo e políticas educacionais. *São Paulo em Perspectiva*, v. 18, n. 2, jun. 2004.

FARIA, José Eduardo. O Judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para avaliação da justiça brasileira. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. 1. ed. 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2005.

FACHIN, Luiz Edson. Entre duas modernidades: a Constituição da *persona* e o mercado. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). *Constituição & ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____.; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FIGUEIREDO, Luiz Eduardo. Ideologia. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FLORES, Joaquín Herrera. *Teoria crítica dos direitos humanos: os direitos humanos como produtos culturais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. *A (re)invenção dos direitos humanos*. Florianópolis: Boiteux, 2009.

FRASER, Nancy. Reenquadrando a justiça em um mundo globalizado. *Revista Lua Nova*, n. 77, 2009.

FREIRE, Carlos Coelho de Miranda. *Conflito e decisão no Direito*. João Pessoa: Ideia, 2008.

FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____. *A interpretação sistemática do direito*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política*. Trad. Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da ciência jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Teoria processual da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

HOBSBAWM, Eric. *Globalização, democracia e terrorismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Safe, 2002.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEFF, Enrique. *Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder*. 9. ed. Trad. Lúcia Mathilde Endlic Orth. Petrópolis: Vozes, 2012.

_____. *Epistemologia ambiental*. 5. ed. Trad. Sandra Valenzuela. São Paulo: Cortez, 2010.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do Direito Civil*. In: FIUZA, César; FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos humanos, estado de derecho y Constitución*. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005.

MAIA, Antonio Cavalcanti. *As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo*. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro: Renovar, ano 2, n. 5, jan./mar. 2007.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2011.

MARQUES, Rafael da Silva. *Valor social do trabalho, na ordem econômica, na Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: LTr, 2007.

MARTINS-COSTA, Judith. *Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. *Mercado e solidariedade social entre cosmos e taxis: a boa-fé nas relações de consumo*. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: RT, 2002.

MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MÉSZÁROS, István. *O poder da ideologia*. 1. ed. 4. reimp. Trad. Magda Lopes e Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo, 2012.

_____. *A educação para além do capital*. 2. ed. Trad. Isa Tavares. São Paulo: Boitempo, 2008.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

NALINI, José Renato. *Protagonismo ético judicial e perspectivas do Judiciário no século XXI*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, ano 98, v. 889, nov. 2009.

NASCIMENTO, Valéria Ribas do. *O tempo das reconfigurações do constitucionalismo: os desafios para uma cultura cosmopolita*. São Paulo: LTr, 2011.

NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e utopia*. Trad. Fernando Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

NUNES, António José Avelãs. *A crise atual do capitalismo: capital financeiro, neoliberalismo, globalização*. São Paulo: RT, 2012.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Receitas públicas originárias*. São Paulo: Malheiros, 1994.

PACHUKANIS, Evgeny Bronislavovich. *Teoria geral do direito e marxismo*. Trad. Sílvio Donizete Chagas. São Paulo: Acadêmica, 1988.

PAULO NETO, Carlos Romero Lauria. Concretização dos direitos fundamentais sociais: funções objetiva e subjetiva e problemas de aplicabilidade e justiciabilidade. *Direito e Desenvolvimento*, ano 1, n. 1, jan./jun. 2010.

PIOVESAN, Flávia. Direito ao desenvolvimento: desafios contemporâneos. In: PRONER, Carol; CORREAS, Oscar (Coord.). *Teoria crítica dos direitos humanos: in memoriam a Joaquín Herrera Flores*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Temas de direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Direitos humanos e o princípio da dignidade humana. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003.

POCHMANN, Marcio. *O trabalho no Brasil pós-neoliberal*. Brasília: Liber Livros, 2011.

POGREBINSCHI, Thamy. *O enigma do político: Marx contra a política moderna*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2011.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REALE, Miguel. *O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias*. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005.

SACHS, Ignacy. *Caminhos para o desenvolvimento sustentável*. Rio de Janeiro: Garamond, 2009.

_____. *Desenvolvimento: incluyente, sustentável, sustentado*. Rio de Janeiro: Garamond, 2008.

SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2000.

SANDEL, Michael J. *O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado*. Trad. Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social*. Trad. Mouzar Benedito. São Paulo: Boitempo, 2007.

_____. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 10. ed. São Paulo: Cortez, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. Mínimo existencial e Direito Privado: apontamentos sobre algumas dimensões da possível eficácia dos direitos fundamentais sociais no âmbito das relações privadas. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, v. 29, jan./mar. 2007.

SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional*. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: RT, 2009.

SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Trad. Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

_____. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. *Ideologia e processo: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Sentença e coisa julgada (ensaios e pareceres)*. 4. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2. ed. rev. São Paulo: RT, 1997.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVEIRA, Wladimir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. *Direitos humanos: conceitos, significados e funções*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOUZA, Jessé. *Os batalhadores brasileiros: nova classe média ou nova classe trabalhadora?* 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: UFMG, 2012.

SOUZA, Luiz Sergio Fernandes de. *O papel da ideologia no preenchimento das lacunas no Direito*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2005.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A judicialidade dos direitos fundamentais: críticas e parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécies*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da produção do Direito*. 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política & teoria do Estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2011.

_____. *Fronteiras da hermenêutica constitucional*. São Paulo: Método, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. A constitucionalização do Direito Civil: perspectivas interpretativas diante do novo Código. In: FIUZA, César; FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TÔRRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário*. São Paulo: RT, 2011.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. 2. tir. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TOURAINÉ, Alain. *Após a crise: a decomposição da vida social e o surgimento de atores não sociais*. Trad. Francisco Morás. Petrópolis: Vozes, 2011.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A desigualdade e a subversão do Estado de Direito. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; DIMOULIS, Dimitri (Org.). *Estado de Direito e o desafio do desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2011.

VITA, Álvaro de. *A justiça igualitária e seus críticos*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2006.

Submissão em: 25.07.2015

Avaliado em: 01.08.2015 (Avaliador A)

Avaliado em: 19.04.2016 (Avaliador B)

Aceito em: 22.05.2016

REFLEXÕES SOBRE O CUMPRIMENTO DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE, OS REGIMES E O SISTEMA PRISIONAL

REFLECTIONS ON IMPLEMENTATION OF PENS CUSTODIAL, ARRANGEMENTS AND PRISON SYSTEM

Voltaire de Lima Moraes¹

Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

ÁREA(S) DO DIREITO: direito penal; direito processual penal.

RESUMO: Este trabalho procura fazer reflexões sobre as penas privativas de liberdade, as dificuldades do sistema prisional brasileiro, os regimes de cumprimento dessas penas e como se dá a progressão de um regime para outro. Para isso, é feita uma análise do Código Penal, do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal, em uma visão também da doutrina e do que vêm decidindo os Tribunais a esse respeito.

PALAVRAS-CHAVE: Direito penal; direito processual penal; sistema prisional; penas privativas de liberdade.

ABSTRACT: *This work seeks to reflect on the deprivation of freedom, the difficulties of the Brazilian prison system, compliance schemes such penalties and how is the progression from one system to another. For this, an analysis of the Penal Code, the Criminal Procedure Code and the Penal Execution Law is made, in view also of doctrine and that the courts are deciding about it.*

KEYWORDS: *Criminal law; criminal procedure; prison system; custodial sentences.*

SUMÁRIO: 1 Das penas e do sistema prisional; 2 Da pena de reclusão; 3 Da pena de detenção; 4 Da prisão simples; 5 Do regime fechado; 6 Do regime

¹ Bacharel em Direito pela UFRGS, Mestre e Doutor em Direito pela PUCRS, Professor Titular de Direito Processual Civil no Curso de Graduação da Faculdade de Direito da PUCRS, Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS, Mestrado e Doutorado. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/6443159202914417>.

semiaberto; 7 Do regime aberto; 8 Do regime especial; 9 Da progressão de regime; Considerações finais.

SUMMARY: 1 Penalties and prison system; 2 The penalty of imprisonment; 3 The penalty of detention; 4 From simple imprisonment; 5 From the closed regime; 6 From the semi-open regime; 7 From the open procedure; 8 From the special arrangements; 9 The progression system; Final considerations.

1 DAS PENAS E DO SISTEMA PRISIONAL

O Código Penal, ao tratar das espécies de penas a serem impostas ao autor de um crime, estabelece, no seu art. 32, as seguintes: I – privativas de liberdade; II – restritivas de direito; III – de multa.

As penas privativas de liberdade são de três espécies: a) reclusão; b) detenção, prevista no Código Penal (art. 33, *caput*); e c) prisão simples, quando a conduta ilícita não caracterizar crime, mas contravenção penal, prevista na Lei das Contravenções Penais (art. 5º, I).

A pena privativa de liberdade é aquela que, imposta ao réu, lhe retira o seu direito de livremente locomover-se para o lugar que melhor lhe aprouver. A esse respeito, preleciona Cleber Masson²: “Pena privativa de liberdade é a modalidade de sanção penal que retira do condenado seu direito de locomoção, em razão da prisão por tempo determinado”.

Sustenta Luigi Ferrajoli³ que

a pena privativa de liberdade é entretanto, uma pena caracteristicamente burguesa. É verdade que a prisão é uma instituição antiquíssima. A prisão Tuliana, chamada depois Mamertina, e descrita por Salustio e por Lívio: segundo a lenda, foi construída em Roma pelo rei Anco Márcio para infundir temor à plebe, e mais tarde ampliada por Sêrvio Túlio.

O Código Penal (CP) ainda dispõe que a determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 desse diploma legal; e este dispositivo trata dos vetores a serem

² MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado* – Parte geral. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, v. 1, 2012. p. 560.

³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. Prefácio da 1ª ed. italiana, Norberto Bobbio. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 359.

considerados pelo juiz ao aplicar a pena ao condenado, fixando as cominadas, determinando o regime de cumprimento inicial da pena privativa (inciso III) e ainda quando cabível a substituição da pena privativa de liberdade por outra espécie de pena (inciso IV).

No que se refere à pena privativa de liberdade, esclarece Luiz Regis Prado⁴ que, “largamente utilizada nas modernas legislações, comparativamente às outras sanções penais, a pena privativa de liberdade era outrora apenas um instrumento de custódia provisória do acusado, enquanto se desenrolava o processo ou se aguardava o início da execução da pena”.

Lembra Ataliba Nogueira⁵, ao tratar da pena de prisão, que,

desde a mais remota antiguidade, a Sagrada Escritura e outros livros históricos referem-se a ela numerosas vezes. Empregavam a prisão não como pena, mas *ad custodiendum*. Para segurança do réu, como dispunha o velho direito português, expressão que significa ter seguro o réu, isto é, preso, seja para facilitar a prova até o julgamento, seja, depois, para aguardar a execução da sentença condenatória. Só por exceção se pode encontrar, nos tempos antigos, a prisão propriamente dita pronunciada como castigo.

A prisão como pena, na verdade, aparece somente no Direito Canônico, mediante a custódia do apenado “[...] em cela, dos religiosos que houvessem perpetrado delitos eclesiásticos, bem como daqueles submetidos a julgamento pelos tribunais da Igreja”, conforme assevera Luiz Regis Prado⁶.

Muito embora com razão Luiz Regis Prado⁷, ao dizer que, “durante muito tempo, a detenção preventiva e mesmo a execução da pena ocorreriam em locais aleatoriamente determinados, a maioria sem condições mínimas de segurança e salubridade”, o fato é que ainda hoje a realidade prisional, lamentavelmente, não é muito diferente.

⁴ PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Curso de direito penal*. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 457.

⁵ NOGUEIRA, Ataliba. *Pena sem prisão*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1956. p. 62-63.

⁶ PRADO, Luiz Regis. Op. cit., p. 457.

⁷ Idem, p. 457.

Com efeito, muitos presídios brasileiros que recebem presos, provisoriamente ou definitivamente condenados, não oferecem as mínimas condições de segurança e higiene. Ao invés de servirem de lugares de recuperação, antessalas de reinserção social, constituem-se em verdadeiras *escolas* estratégicas de cometimento de crimes, interna e externamente.

Afora isso, é preciso que os presos provisórios sejam separados dos definitivos, em obediência ao disposto no art. 300, *caput*, do Código de Processo Penal (CPP), com a sua nova redação dada pela Lei nº 12.403/2011: a redação anterior falava sempre que possível; a atual, contudo, é taxativa e deve ser observada. Antes dessa modificação feita no CPP, a Lei de Execução Penal, que é de 11 de julho de 1984 (Lei nº 7.210), já estabelecia, e continua estabelecendo, que o preso provisório deve ficar separado do condenado por sentença transitado em julgado (art. 84, *caput*). Assim, não é mais possível aceitar, com os braços cruzados, que, mesmo diante de dois comandos legais, ainda se possa constatar a inexistência dessa separação. É preciso também aqui agir, o quanto antes, em cumprimento desses preceitos legais.

Não há, por parte do Poder Executivo, ainda, uma efetiva política voltada para tornar concretos os bons propósitos que nortearam o surgimento do sistema prisional, para onde são levados os autores de ilícitos penais, que consiste, basicamente, em ali criar condições para que retornem a conviver em sociedade, a salvo de inclinações para práticas criminosas.

Em conferência ministrada na Escola Superior da Magistratura⁸, em Porto Alegre/RS, o Ministro do STF, Gilmar Mendes, conforme boletim de imprensa da AJuris (Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul),

[...] apontou a necessidade da sociedade cobrar da classe política a inclusão da questão prisional na agenda dos debates sobre segurança pública. “Precisamos rearticular esse tema e fazer o entendimento de que ele está diretamente ligado à sociedade, que sempre manifesta o desejo de investimentos em segurança. O sistema prisional invariavelmente é lembrado pela prioridade dos direitos humanos em detrimento a segurança pública. Mas se nós não ressocializarmos os presos, eles

⁸ Conferência ministrada pelo Ministro Gilmar Mendes em 13 de março de 2015. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/2015/03/13/gilmar-mendes-e-mais-facil-ganhar-na-loteria-que-receber-liberacao-para-construir-presidio/>>. Acesso em: 17 mar. 2015.

saem das cadeias sem dinheiro, sem condições, e como, no mínimo, mensageiros das organizações criminosas". O ministro destacou que, além da falta de investimento histórica no sistema prisional, há também um mau uso dos recursos pelos gestores públicos. Segundo ele, há retido no Fundo Penitenciário Nacional (Funpen) R\$ 1,7 bilhão, o que poderia reduzir sensivelmente o déficit de vagas. "É mais fácil ganhar na loteria do que receber liberação para construir presídio", ironizou. A burocracia criada é tamanha que, no Paraná, se travou a execução de projeto de construção de uma nova casa prisional pelo desacordo na elaboração de vagas para estacionamento, revelou o ministro.

Mas o passivo dessa frustração, que decorre do não atingimento desses propósitos, não se deve atribuir somente ao Poder Executivo, mas à sociedade como um todo. Ninguém ignora o fato de que a ideia que campeia solta, em alguns segmentos societários, é de que todo aquele que comete um crime deve ser encarcerado e lá ficar, não importando as condições de insalubridade para onde vai ser levado; sentimento popular equivocado, pois uma custódia nessas condições não se presta a gerar condições de recuperação mínimas; antes, de pelo contrário, cria um ambiente de revolta, pois a pena está indo além da que foi aplicada, o que transforma o apenado em um revoltado permanente, pouco se importando com o que lhe vai acontecer no amanhã, criando-lhe um clima de maquinações negativas e, em sequência, um projetar de ações criminosas. Primeiramente, no plano interno, para ali sobreviver em um sistema prisional de descontrole estatal; depois, no externo, envolvendo pessoas com práticas criminosas.

O dia em que houver um mutirão cívico de conscientização de todos os Poderes, as instituições e a sociedade – não sei se isso realmente um dia ocorrerá – em favor de um sistema prisional que preserve a dignidade do preso e crie uma efetiva política de reinserção social, e, ainda, propicie condições para que a pena seja efetivamente cumprida nos limites (nem aquém e nem além) impostos pelo Poder Judiciário, então será revitalizada a importância das penas privativas de liberdade na sua plenitude. Caso contrário, o decurso do tempo as fará claudicar inexoravelmente e todo o sistema de imposição de penas privativas de liberdade deverá ser revisto, pois não terá atingido as finalidades que o conceberam. E,

então, ter-se-á que dar razão a Ataliba Nogueira⁹, ao dizer: “A prisão é barbaria inexplicável, própria do contraditório, romântico e estúpido século XIX”.

A propósito, cabe lembrar a percuciente observação feita por Guilherme de Souza Nucci¹⁰, ao dizer que,

se não houver investimento efetivo para o aumento do número de vagas, respeitadas as condições estabelecidas na Lei de Execução Penal para os regimes fechado, semiaberto e aberto, nada de útil se poderá esperar do processo de recuperação do condenado. Na verdade, quando o presídio está superlotado a ressocialização torna-se muito mais difícil, dependente quase que exclusivamente da boa vontade de cada sentenciado.

O processo de ressocialização é, antes de tudo, uma responsabilidade do Estado brasileiro e para o qual todos os segmentos da sociedade devem a ele aderir. Caso contrário, estaremos sempre a lamentar crimes praticados por ex-apenados, e por uma simples razão: o Estado brasileiro, por ausência de políticas de ressocialização, e a sociedade porque se mostrou omissa, pois, com isso, não deram a eles as mínimas condições de reinserção social.

Com isso, sem possibilidades de desenvolver uma atividade digna, outra alternativa não resta ao ex-apenado senão voltar a delinquir, forma ilícita de sobreviver.

De outro lado, é preciso enfrentar com determinação e efetiva vontade o quadro de descontrole que se verifica nos mais diferentes presídios do País, constatável no dia a dia. Basta, para isso, visitar as páginas dos diferentes periódicos ou noticiários de rádios e televisões para constatar que os presos, com certa frequência, em razão de uma gestão deficiente existente no sistema prisional, ostentam armas, falam em celulares livremente e o que é pior, encomendam a prática de crimes, sendo que as autoridades gestoras desse sistema não conseguem breicar com eficiência essas práticas.

A propósito, por pertinente, sustenta Mariana Py Muniz Cappellari¹¹ que

⁹ NOGUEIRA, Ataliba. Op. cit., p. 123.

¹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 970.

¹¹ CAPPELLARI, Mariana Py Muniz. *Os direitos humanos na execução penal e o papel da Organização dos Estados Americanos (OEA)*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014. p. 111.

talvez a maior mazela do sistema penitenciário, para além da completa ausência de estrutura e de condições dignas de acolhimento ao preso, seja a total perda do controle interno da prisão por parte do Estado e do domínio deste ambiente pelas facções, eis que apesar da aparente simbiose gerada na relação entre Estado e facções, a manutenção e a tomada de poder por parte dessas, frequentemente é fruto gerador das mais assíduas violações de direitos humanos.

Com isso, passa-se um quadro de descalabro existente em presídios para a toda a sociedade, que cada vez mais se sente indefesa e inquieta, ao mesmo tempo em que os presos provisórios ou que cumprem pena não se sentem intimidados a renovar essas condutas inaceitáveis à luz da legislação vigente e do bom senso.

A esse respeito, basta lembrar que, recentemente, a mídia escrita noticiou em manchete¹²: “Noite do Pó no Central: Detentos promovem farra natalina, formando fila para usar cocaína em galeria do Pavilhão B”, no Presídio Central de Porto Alegre.

De outro ângulo, as inadequadas condições do sistema prisional brasileiro já constituíram motivo para impedir a extradição de um condenado em uma ação penal, conhecida popularmente como mensalão, por ofensa aos direitos fundamentais, comprometendo a imagem, com isso, do próprio País¹³:

A Corte Suprema de Cassação, instância superior do Judiciário italiano, julga nesta quarta (11) o recurso do governo brasileiro pedindo a extradição do ex-diretor do Banco do Brasil Henrique Pizzolato. Os cinco juízes da 6ª sessão da corte vão debater as condições do sistema prisional do Brasil. Em outubro, a defesa do petista teve uma importante vitória quando a Corte de Apelação de Bolonha recusou sua extradição por entender que as penitenciárias brasileiras não ofereciam garantias de que os direitos fundamentais de Pizzolato seriam respeitados.

¹² *Jornal Zero Hora*, 30 dez. 2014.

¹³ *Jornal Folha de São Paulo*, 11 fev. 2015, p. 6.

A reversão desse quadro nefasto para a sociedade, o voltar a delinquir, necessariamente passa por uma mudança cultural, um novo revisitar de usos e costumes tradicionais, que se mostraram métodos de enfrentamento paliativos, arcaicos e ultrapassados, adotados pelo Estado brasileiro e com a complacência de uma indolente sociedade, que se mostra omissa ao enfrentar esse processo deletério.

Nenhum efeito positivo e permanente terá a aplicação da pena restritiva de liberdade, mediante reclusão ou detenção se ela não vier acompanhada de uma política de ressocialização concreta, com um sistema prisional voltado a criar condições humanitárias ao apenado e efetivas possibilidades que levem a sua reinserção social, mas também com a certeza de que as penas privativas de liberdade serão efetivamente cumpridas, pois, com isso, também se afasta toda e qualquer sensação de que a impunidade está a ocorrer.

Caso contrário, continuaremos a fomentar medidas paliativas, de soluções efêmeras, que só atendem ao clamor social de custódia imediata de autores de crimes, pois, na ausência de políticas sérias e consistentes de recuperação desses segregados, tudo volta à estaca zero, em uma frustração generalizada.

A propósito, cabe lembrar que a Corte Europeia dos Direitos Humanos, recentemente, conforme nos revela Aline Pinheiro¹⁴, por uma de suas câmaras,

[...] flexibilizou a regra de que cada prisioneiro tem de ter, pelo menos, quatro metros quadrados de espaço pessoal. O colegiado considerou que, se o preso tem direito a ficar algumas horas fora da cela e as condições sanitárias da prisão são dignas, a falta de espaço individual, por si só, não qualifica como tratamento desumano. A decisão foi anunciada nessa quinta-feira (12/3) e ainda deve ser revista pela câmara principal de julgamentos.

Assim, a cela individual, mesmo diminuta, deve existir, porém é inadmissível ver-se o quadro retratado pela mídia, fato público e notório, em que os presos se amontoam em um mesmo cubículo.

É preciso haver conscientização fecunda e ampla a esse respeito. Caso contrário, ao invés de evoluirmos, estaremos a retroceder, ou, para ser mais

¹⁴ Site do Conjur, por Aline Pinheiro. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-13/corte-europeia-aceita-celas-menores-metros-quadrados>>. Acesso em: 21 mar. 2015.

otimista, estaremos ficando no mesmo lugar, sem uma solução efetiva sobre tal temática.

E ter presente a constatação feita por Manoel Pedro Pimentel¹⁵: “A questão mais séria que a pena de prisão apresenta não está situada na fase da sua *cominação*, ou quando da sua *aplicação*, mas no momento da sua *execução*”.

Isso tudo leva a um revisitar das penas privativas de liberdade, dos regimes de cumprimento dessas penas e da progressão desses regimes, à luz da lei, da doutrina e da jurisprudência.

2 DA PENA DE RECLUSÃO

Dispõe o Código Penal (CP) que a pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto (art. 33, *caput*). O cumprimento da pena em determinado regime vai depender do montante da pena privativa de liberdade imposta ao condenado.

A propósito, cabe salientar que a penitenciária destina-se ao condenado à pena de reclusão, em regime fechado, conforme dispõe a Lei de Execução Penal (LEP), em seu art. 87, *caput*.

A pena de reclusão é encontrada em vários crimes, previstos no CP, *v.g.*: homicídio (art. 121, *caput*); aborto provocado por terceiro (art. 125); perigo de contágio de moléstia grave (art. 131); furto (155); estelionato (art.171); estupro (art. 213); bigamia (art. 235); incêndio doloso (art. 250, *caput*); moeda falsa (art. 289); peculato doloso (art. 312, *caput*); coação no curso do processo (art. 344).

No Código de Defesa do Consumidor (CDC, Lei nº 8.078/1990), contudo, em termos de tutela penal do consumidor, todos os crimes previstos estabelecem a pena de detenção; não há um único crime cuja pena prevista seja a de reclusão.

Em termos de tutela penal do meio ambiente (Lei nº 9.605/1998), no entanto, são tipificadas algumas condutas, cujo apenamento imposto envolve pena de reclusão, *v.g.*: exportar para o exterior peles e couros de anfíbios e répteis em bruto, sem a autorização da autoridade ambiental competente (art. 30); pescar mediante a utilização de explosivos ou substâncias que, em contato com a água, produzam efeito semelhante ou, ainda, pescar utilizando-se de substâncias tóxicas ou outro meio proibido pela autoridade competente (art. 35, I e II); causar dano direto ou indireto às Unidades de Conservação

¹⁵ PIMENTEL, Manuel Pedro. *O crime e a pena na atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 184.

e às áreas de que trata o art. 27 do Decreto nº 99.274, de 6 de junho de 1990, independentemente de sua localização (art. 40).

Por aí já se vê que a pena de reclusão está presente não somente no Código Penal, mas em outras leis.

3 DA PENA DE DETENÇÃO

A pena de detenção, conforme preceitua o Código Penal (CP), será cumprida em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado (art. 33, *caput*).

Assevera Luiz Regis Prado¹⁶ que

a diferenciação entre reclusão e detenção hoje se restringe quase que exclusivamente ao regime de cumprimento da pena, que na primeira hipótese deve ser feito em regime fechado, semiaberto ou aberto, enquanto na segunda alternativa - detenção - admite-se a execução somente em regime semiaberto ou aberto, segundo dispõe o art. 33, *caput*, do Código Penal. Contudo é possível a transferência do condenado a pena de detenção para regime fechado, demonstrada a necessidade da medida.

No entanto, é possível verificar algumas distinções estabelecidas em lei e em súmula do STJ entre a pena de detenção e a de reclusão, afora essa constante do art. 33, *caput*, do CP, a saber: a) em se tratando de concurso material, em que há a aplicação cumulativa das penas de reclusão e de detenção, aquela é executada primeiramente (art. 69, *caput*, do CP); b) no caso de crime que implique incapacidade para o exercício do poder familiar, na atual terminologia do Código Civil (*v.g.*, arts. 1.689 e 1.728, II), isso somente ocorrerá, como efeito da condenação, nos casos de crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado (art. 92, II, do CP); c) quando se tratar de aplicação de medida de segurança, em sendo o crime cometido em apenado com detenção, o juiz poderá submeter o autor inimputável a tratamento ambulatorial (art. 97 do CP); d) por fim, a concessão de fiança ou não, em concurso material, leva em consideração a pena imposta, conforme a Súmula nº 81 do STJ: “Não

¹⁶ PRADO, Luiz Regis. Op. cit., p. 463.

se concede fiança quando, em concurso material, a soma das penas mínimas cominadas for superior a dois de reclusão”.

4 DA PRISÃO SIMPLES

Estabelece a Lei das Contravenções Penais (LCP) regras a serem observadas quanto ao cumprimento da pena de prisão.

Com efeito, dispõe o seu art. 6º, *caput*, que a prisão simples deve ser cumprida, sem rigor penitenciário, em estabelecimento especial ou seção especial de prisão comum, em regime semiaberto ou aberto. Com isso, não há a menor possibilidade de a prisão simples ser cumprida no regime fechado.

O § 1º desse artigo ainda preceitua que o condenado à pena de prisão simples deve ficar sempre separado dos que tiverem sido condenados à pena de reclusão ou de detenção. Não quis assim o legislador que um condenado por uma infração de menor potencial ofensivo, no caso contravenção, viesse a cumprir pena no mesmo lugar em que estivessem condenadas pessoas por um crime. É, assim, nítida a preocupação do legislador a esse respeito, cabendo ao juiz, ao Ministério Público e à defesa do condenado exercer fiscalização para que tal preceito legal seja observado, no âmbito de suas competência e atribuições.

A Lei das Contravenções Penais também dispõe que, não excedendo a pena aplicada a 15 (quinze) dias, o trabalho é considerado facultativo (art. 6º, § 2º).

5 DO REGIME FECHADO

O Código Penal também dispõe sobre como devem ser cumpridas as penas privativas de liberdade, se em regime fechado, semiaberto ou aberto, considerando o montante da pena imposta pelo Poder Judiciário ao condenado. Assim é que, com a ressalva constante do § 2º do art. 33¹⁷, se a pena privativa de liberdade for superior a 8 (oito) anos, o condenado deverá começar a cumpri-la em regime fechado (art. 33, § 2º, alínea *a*).

O próprio Código Penal ainda preceitua que se considera regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média (art. 33, § 1º, alínea *a*).

¹⁷ O § 2º do art. 33 do Código Penal está assim disposto: “As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso”.

Neste regime, o condenado deverá ser submetido, quando do início do cumprimento da pena, a exame criminológico de classificação para individualização da execução (art. 34, *caput*, do CP).

Enquanto durar esse regime, o condenado fica sujeito ao trabalho no período diurno e submetido a isolamento durante o período noturno (art. 34, § 1º, do CP).

É admissível o trabalho externo neste regime, mas em serviços ou obras públicas (art. 34, § 3º, do CP).

É possível que o condenado que cumpre pena em regime fechado remir parte do tempo de execução da pena em razão de trabalho ou de estudo (art. 126 da LEP). A esse respeito, cabe lembrar a Súmula nº 341 do STJ. No entanto, lembra Guilherme de Souza Nucci¹⁸ que a Súmula nº 341 do STJ (“A frequência a curso de ensino formal é causa de remição de parte do tempo de execução da pena sob regime fechado ou semiaberto”) está superada pela edição da Lei nº 12.433/2011, que disciplinou integralmente o tema.

Assim é que o art. 126, § 1º, I, da LEP dispõe que “a contagem de tempo referida no caput será feita à razão de: I – 1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar – atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificação profissional – divididas, no mínimo, em 3 (três) dias”. E o § 2º desse artigo estabelece que “as atividades de estudo a que se refere o § 1º deste artigo poderão ser desenvolvidas de forma presencial ou por metodologia de ensino a distância e deverão ser certificadas pelas autoridades educacionais competentes dos cursos frequentados”.

Cabe ainda registrar que o futuro Código de Processo Civil, recentemente sancionado e agora em período de *vacatio legis* (Lei nº 13.105/2015), dispõe que, em caso de inadimplemento de obrigação de prestar alimentos, uma vez decretada a prisão do devedor, o cumprimento dessa segregação dar-se-á em regime fechado, devendo o preso, contudo, ficar separado dos presos comuns (art. 528, § 4º).

6 DO REGIME SEMIABERTO

Em se tratando de condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e que não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto (art. 33, § 2º, alínea *b*).

¹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit., p. 983-984.

No regime semiaberto, a execução da pena ocorre em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar (art. 33, § 1º, alínea *b*, do CP). No mesmo sentido é o que dispõe a LEP (art. 91).

Questão delicada, e que preocupa a todos, essencialmente à sociedade, que muitas vezes sente-se intranquila, é quando faltam vagas no regime semiaberto. Ao discorrer sobre isso, citando posicionamento do STF, observa Cleber Masson¹⁹ que,

configurada a impossibilidade do imediato cumprimento da sanção penal em colônia penal agrícola, industrial ou em estabelecimento similar por deficiência do Estado, não se pode manter o condenado preso em regime mais rigoroso do que o imposto na sentença condenatória. É necessário assegurar ao sentenciado o direito de permanecer em liberdade, se por outro motivo não estiver preso, até que o Poder Público providencie vaga em estabelecimento apropriado. Para o Supremo Tribunal Federal, a ausência de vagas no regime semiaberto não implica a transmutação a ponto de alcançar a forma fechada. Assim, implicitamente, a consequência natural é a custódia em regime aberto ou, inexistente a casa de albergado, a prisão domiciliar.

Ocorre que em muitas comarcas não existe casa do albergado e a prisão domiciliar não é efetivamente controlada pelos gestores do sistema prisional, o que faz com que muitos delitos sejam cometidos por apenados submetidos a regime semiaberto, pois não estão segregados onde deveriam, por falta de vagas: colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar.

É urgente, pois, que as autoridades gestoras do sistema prisional adotem providências no sentido de criar essas vagas e manter controle sobre esses apenados, notadamente os que cumprem penas em situações anormais, ou seja, em outro local que não o próprio do regime a que foram condenados. E a incumbência de criação de vagas, sabidamente, é do Poder Executivo.

Ao condenado, quando iniciar o cumprimento da pena em regime semiaberto, é aplicável o disposto no *caput* do art. 34 do CP, ou seja, deverá ser submetido a exame criminológico (art. 35, *caput*, do CP). No entanto, lembra

¹⁹ MASSON, Cleber. Op. cit., p. 599.

Cleber Masson²⁰ que “prevalece, contudo, o entendimento de que esse exame é facultativo, nada obstante a posição contrária permita uma mais adequada individualização da pena [...]”.

O trabalho externo é permitido, como também a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior (art. 35, § 2º, do CP).

Cabe também consignar que é admissível ao condenado que cumpre pena em regime semiaberto remir parte do tempo de execução da pena em razão trabalho ou de estudo, a exemplo do que ocorre no regime fechado (art. 126 da LEP).

7 DO REGIME ABERTO

Sendo o condenado não reincidente, cuja pena privativa de liberdade seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto (art. 33, § 2º, alínea *c*, do CP).

No regime aberto a execução da pena se dá em casa de albergado ou estabelecimento adequado (art. 33, § 1º, alínea *c*, do CP).

Dispõe a LEP (art. 93) que a Casa do Albergado destina-se ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime aberto, e da pena de limitação de fim de semana.

A LEP, a respeito da Casa do Albergado, ainda estabelece regras quanto a sua localização, ao dispor que o prédio deverá situar-se em centro urbano, separado dos demais estabelecimentos, e caracterizar-se pela ausência de obstáculos físicos contra a fuga (art. 94), sendo que em cada região haverá, pelo menos, uma Casa do Albergado, a qual deverá conter, além dos aposentos para acomodar os presos, local adequado para cursos e palestras (art. 95, *caput*).

A vontade do legislador, como nesse caso, nem sempre é observada e cumprida efetivamente pelo Poder Executivo, quer pela ausência da Casa do Albergado, quer porque, quando encontrada, em poucos lugares, não atende os comandos legais, mormente quanto as suas acomodações e à falta de local apropriado para que sejam ministrados cursos e palestras.

A esse respeito, cabe lembrar o magistério de Guilherme de Souza Nucci²¹, ao dizer o seguinte:

²⁰ Idem, p. 599.

²¹ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit., p. 971.

Este é outro sintoma do flagrante descaso do Poder Executivo, encarregado de construir e manter as casas do albergado, com a execução penal. Há cidades, como São Paulo, que não possuem uma única casa do albergado, disseminando o *regime aberto da impunidade*, que é o denominado regime da prisão albergue domiciliar (PAD), sem qualquer fiscalização efetiva. O sentenciado cumpre pena em sua própria casa e não há acompanhamento do Estado brasileiro, nem tampouco cursos e palestras. Logo, somente cumpre as regras legais e se quiser.

Com isso, o cumprimento da pena em regime aberto é um faz de conta, comprometendo os bons propósitos que o conceberam, tudo isso em razão de uma falta de vontade política do Poder Executivo em tornar letras vivas os dispositivos legais que regem esse regime.

De outro lado, aqui, as regras de cumprimento da pena sofrem uma flexibilização maior. Tanto é assim que o condenado deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga (art. 36, § 1º, do CP).

Consigne-se, por oportuno, que o condenado a cumprir pena em regime aberto poderá fazê-lo em prisão domiciliar, conforme dispõe o art. 117 da LEP, quando se tratar de: I – condenado maior de 70 (setenta) anos; II – condenado acometido de doença grave; III – condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental; IV – condenada gestante.

Importante também registrar que o condenado poderá ser transferido deste regime se praticar fato definido como crime doloso, se frustrar os fins da execução ou se, podendo, não pagar a multa cumulativamente aplicada (art. 36, § 2º, do CP).

8 DO REGIME ESPECIAL

Este regime tem como destinatárias as mulheres. Isso significa que elas cumprem pena em estabelecimento próprio, devendo, para isso, ser observados os deveres e direitos inerentes à sua condição pessoal (art. 37 do CP).

Esclarece Luiz Regis Prado²² que,

além dos requisitos básicos de cada unidade celular (art. 88, LEP), a penitenciária de mulheres poderá ser dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar criança maior de seis meses e menor de sete anos, com finalidade de assistir o menor desamparado cuja responsável esteja presa (art. 89, LEP). O novo § 3º do art. 83 da LEP (Lei nº 12.121/2009) determina que a segurança das dependências internas dos estabelecimentos penais destinados a mulheres seja feita única e exclusivamente por agentes do sexo feminino.

Mas não só as mulheres devem ser submetidas a regime especial. Também os homens, maiores de 60 (sessenta) anos, em face da nova redação dada pela Lei nº 9.460/1997 ao § 1º do art. 82 da LEP, que assim preceitua: “A mulher e o maior de sessenta anos, separadamente, serão recolhidos a estabelecimento próprio e adequado à sua condição pessoal”. A propósito, cabe lembrar que o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003), em seu art. 1º, considera idoso a pessoa com idade igual ou superior a 60 anos.

9 DA PROGRESSÃO DE REGIME

Dispõe o art. 112 da LEP que a pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para o regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

Registre-se, por pertinente, que a progressão ou regressão de regimes é da competência do juízo da execução (art. 66, III, *b*, da LEP).

O Código Penal (art. 33, § 2º), por seu turno, preceitua que as penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso, ou seja, o que dispõem as alíneas *a*, *b* e *c* desse dispositivo legal.

A esse respeito, salienta Luiz Regis Prado que

²² PRADO, Luiz Regis. Op. cit., p. 469.

a Lei nº 10.792/2003 suprime um dos requisitos para a progressão do acusado, qual seja o “mérito”, exigindo o cumprimento ao menos de um sexto da pena no regime anterior e atestado de bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento. No entanto, verifica-se que o art. 33, § 2º, do Código Penal não foi objeto de alteração pela nova lei, o que significa sua vigência plena no sentido de que as penas devem ser executadas progressivamente, segundo o mérito do condenado.

Importante ainda consignar que o Código Penal estabelece que, quando se tratar de condenado por crime contra a Administração Pública, a progressão do regime de cumprimento da pena fica condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto ilícito praticado, com os devidos acréscimos legais (art. 33, § 4º).

Observa Rogério Greco²³ que “a progressão é uma medida de política criminal que serve de estímulo ao condenado durante o cumprimento de sua pena. A possibilidade de ir galgando regimes menos rigorosos faz com que os condenados tenham a esperança de retorno paulatino ao convívio social”.

Assim, se não houvesse a possibilidade de progressão, a volta ao convívio social ficaria mais distante e a esperança de voltar a conviver mais rapidamente em sociedade seria uma mera ilusão.

Contudo, cabe dizer que de nada vale voltar mais rapidamente ao convívio social, em razão da progressão, se não houver uma política governamental que propicie àquele que cumpriu pena ver-se reinserido efetivamente na vida social, propiciando-lhe desenvolver um trabalho condizente com as suas aspirações. Voltar ao convívio social e ser o ex-apanado castrado em suas aspirações de trabalhar, decorrência de preconceito inconcebível, por ter sido um dia condenado, soa como um convite a voltar a delinquir.

A sociedade precisa enfrentar essa realidade. Caso contrário, não evoluiremos para uma convivência mais harmônica e superior.

Ainda, quanto à progressão de regime, algumas temáticas, depois de um amplo debate ocorrido em Tribunais, foram pacificadas mediante enunciados do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

²³ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. p. 486.

Assim é que está pacificado o entendimento de que “os condenados por crimes hediondos ou assemelhados cometidos antes da vigência da Lei nº 11.464/2007 sujeitam-se ao disposto no art. 112²⁴ da Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) para a progressão de regime prisional” (Súmula nº 471 do STJ); e, de outro lado, foi definitivamente firmado o entendimento de que “é inadmissível a chamada progressão *per saltum* de regime prisional” (Súmula nº 491 do STJ).

Cabe ainda destacar o fato de que, inobstante a nova redação dada ao art. 112 da LEP não disponha expressamente sobre a necessidade de exame criminológico, como requisito a ser satisfeito para ser obtida a progressão de regime, tanto o STJ²⁵ como o STF²⁶ admitem a sua realização, diante de caso concreto, devendo, para isso, haver decisão motivada.

Impõe-se, ainda, destacar alguns aspectos com relação à regressão do regime de cumprimento da pena, ou seja, do menos gravoso para o mais gravoso. O art. 118, *caput*, da Lei de Execução Penal prevê a regressão de regime, sendo que em seus incisos I e II estabelece as situações em que isso ocorre: a) praticar fato definido como crime doloso ou falta grave; b) sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime.

A esse respeito, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul²⁷ entendeu que a fuga do apenado, durante o período de cumprimento da pena, caracteriza falta

²⁴ O art. 112, *caput*, da LEP, assim dispõe: “A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão”. E os seus parágrafos assim dispõem: “§ 1º A decisão será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor”; “§ 2º Idêntico procedimento será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitadas os prazos previstos nas normas vigentes”.

²⁵ Súmula nº 439: “Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada”.

²⁶ Súmula Vinculante nº 26: “Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 8.072, de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico”.

²⁷ Agravo em Execução Penal nº 70059537969, 7ª Câmara Criminal, Rel. Des. José Conrado Kurtz de Souza, J. 26.02.2015. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/search>>. Acesso em: 18 mar. 2015.

grave, o que implica a regressão do regime prisional e alteração da data-base para a concessão de nova progressão de regime.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A melhoria do sistema prisional brasileiro passa por uma nova reflexão e tomada de efetiva posição política do Poder Executivo em investir nos estabelecimentos prisionais, melhorando as suas condições sanitárias, as acomodações e a alimentação dos presos, definitivos ou provisórios, a fim de que se evite que ali continue a ser um local de abandono e descalabro generalizado, *escola* de fomento de crimes, encomendados a quem está solto, mas refém de quem está preso, ao invés de serem locais adequados que propiciem condições a uma reinserção social duradoura.

O Poder Executivo precisa adotar uma política que restabeleça, o mais rápido possível, o seu controle sobre os estabelecimentos prisionais, e não se omita desse dever, sob pena de serem incentivadas as políticas de criação permanente de facções criminosas que acabam por dominar o interior dos presídios e expandir suas ações criminosas para o âmbito externo.

A sociedade brasileira precisa conscientizar-se, também, que a reinserção social do apenado não constitui tarefa somente do Poder Executivo, mas que também lhe diz respeito, criando condições educacionais e de trabalho para que aquele que cumpriu pena possa voltar a ter uma vida digna, desenvolvendo atividade digna e evitando, com isso, que volte a delinquir.

O processo de ressocialização não constitui uma responsabilidade somente do Estado brasileiro, mas de toda a sociedade, que, juntos, devem caminhar unidos, desenvolvendo uma parceria necessária e imperativa nesse campo, sob pena de claudicarem os anseios, por todos buscados, de uma qualidade de vida melhor, a ser vivida no campo e nas cidades.

É imperativa a retomada do controle de todo o sistema prisional pelo Estado brasileiro, de maneira efetiva, pois, caso contrário, a intranquilidade social será agravada.

O Estado brasileiro não pode fechar os olhos e ignorar o fato de que os presos, definitivos e até mesmo os provisórios, continuam a receber tratamento desumano, nos mais diferentes presídios, em incompreensível afronta aos direitos humanos, decorrente de uma política que não valoriza como deveria essa área vital para toda e qualquer sociedade evoluída ou em evolução.

Embora atualmente não haja mais disposição legal expressa que obrigue a realização de exame criminológico como um dos requisitos para obter a progressão de regime, o juiz poderá determinar a sua realização, em face das peculiaridades do caso, desde que mediante decisão fundamentada.

É urgente uma tomada de posição, por todas as autoridades, no sentido de que os presos provisórios sejam separados dos definitivos, sob pena de afronta à lei; é inadmissível que eles, provisórios e definitivos, ocupem o mesmo espaço de segregação.

A persistir a constatação de que o sistema prisional brasileiro continuará sendo administrado com políticas paliativas e de pouca efetividade, isso inexoravelmente levará a rever a utilidade e eficácia das penas privativas de liberdade, pois é inadmissível que elas possam também contribuir, ainda que indiretamente, em razão de uma política institucional equivocada (comissiva e/ou omissiva) para uma instabilidade que tende a se alastrar, não somente no plano interno dos presídios como no externo, afetando toda a sociedade.

É imperiosa a necessidade de criação de vagas que visem a atender as decisões judiciais, fazendo com que os condenados a penas privativas de liberdade as cumpram nos estabelecimentos correspondentes aos regimes que lhe foram impostos e não em outros, à falta delas.

Submissão em: 26.07.2015

Avaliado em: 04.10.2015 (Avaliador A)

Avaliado em: 08.10.2015 (Avaliador C)

Avaliado em: 12.10.2015 (Avaliador D)

Avaliado em: 19.10.2015 (Avaliador E)

Aceito em: 23.10.2015

DIÁLOGO ENTRE OS SUBSISTEMAS SOCIAIS DA SAÚDE E DO DIREITO: ATRIBUIÇÕES E LIMITES

DIALOGUE BETWEEN SOCIAL SUBSYSTEMS OF HEALTH AND THE LAW: RESPONSIBILITIES AND LIMITS

Wilson Medeiros Pereira¹
Juiz Federal

ÁREA(S) DO DIREITO: direitos e garantias fundamentais; direitos sociais.

RESUMO: Aplicação da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann na atuação do subsistema saúde e do subsistema direito. Análise da dispensação de medicamentos essenciais, com enfoque na alteração trazida pela Lei nº 12.401/2011.

PALAVRAS-CHAVE: teoria; sistema; direito; saúde.

ABSTRACT: *Application of the theory of Niklas Luhmann's systems in the health subsystem performance and the right subsystem. Analysis of dispensing essential medicines, with a focus on changes brought by Law nº 12.401/2011.*

KEYWORDS: *theory; system; right; health.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Histórico brasileiro do acesso à saúde; 2 O subsistema social do direito; 3 O subsistema social da saúde; 4 Dispensação de medicamentos essenciais antes e depois da Lei nº 12.401/2011; 5 Diálogo entre o sistema da saúde e o subsistema do direito; Considerações finais; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Brazilian access to health records; 2 The social subsystem law; 3 The social subsystem of health; 4 Dispensation of essential drugs before and after the Law nº 12.401/2011; 5 Dialogue between the health system and the subsystem of law; Final considerations; References.*

INTRODUÇÃO

Ao longo da história, a saúde passou por diversas abordagens. Em um primeiro momento, era vista como uma condescendência divina, com forte caráter espiritual, e não como política de alcance

¹ Mestre em Direito Público e Evolução Social pela Universidade Estácio de Sá (Rio de Janeiro/RJ – Brasil). E-mail: medeiros2006@yahoo.com.br. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/7742065097603624>.

das massas. Entre os pensadores clássicos, dividiam-se as opiniões. Adam Smith pregava que o Estado não deveria se envolver com políticas de saúde, pois configurava problema eclesiástico ou da sociedade. Diferentemente, Karl Marx verificava tratar-se de problema do Estado, uma vez que a força trabalhadora estava relacionada com as condições de trabalho, saneamento, moradia, alimentação, etc.

Os pesquisadores creditam ao chanceler alemão Otto Von Bismarck a ideia inicial de conferir ao Estado a responsabilidade pelo atendimento dos direitos sociais, ao instituir o seguro-doença em 1883, e tornar compulsória a participação do trabalhador, empregador e governo².

O ensaio em referência se inicia com um histórico brasileiro no tocante ao acesso à saúde, percorrendo as suas diversas influências políticas. A seguir, com o apoio na teoria de sistemas de Niklas Luhmann, abordará o campo de atuação do subsistema saúde e do subsistema direito, aventando as atribuições de cada um. Nos itens seguintes, esta parte da pesquisa discorrerá sobre a dispensação de medicamentos essenciais, com enfoque na alteração trazida pela Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011. Ao final, serão explicitados os contornos e a factibilidade do diálogo entre os subsistemas saúde e direito.

1 HISTÓRICO BRASILEIRO DO ACESSO À SAÚDE

Para estudar a saúde no Brasil, torna necessário percorrer um panorama histórico. Marcada pelo modelo curativo, com ênfase na assistência médica e no ambiente hospitalar, as políticas sociais encontraram obstáculos para a implantação, sobretudo para fazê-la alcançar a população menos favorecida.

Everardo Duarte Nunes esclarece que o Brasil, no período de 1880 a 1930, esteve dedicado à investigação bacteriológica e parasitológica, com vistas à produção agroexportadora e às doenças tropicais. A atenção estava voltada ao saber científico, sem preocupação com as causas sociais da patologia. Os pobres e negros sequer eram considerados ou ouvidos como detentores de direitos e se submetiam às imposições governamentais na perspectiva puramente vertical.

² REIS JUNIOR, Paulo Bianchi. A judicialização do acesso a medicamentos: a perspectiva da Secretaria Municipal de Saúde do Rio de Janeiro. Dissertação (Mestrado em Administração Pública). Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2008. p. 37-38.

Em 1918, surge o Código Sanitário brasileiro, inaugurando as campanhas de saneamento e controle de endemias³.

Pela chamada Lei Eloy Chaves, em 1923, são criadas as Caixas de Aposentadoria e Pensão (CAPs), tornando obrigatório o seguro social e o financiamento contributivo pelo empregado e empregador. As CAPs atendiam setores estratégicos do ponto de vista econômico do País, nessa época vinculados à produção e reprodução de mercadoria.

A partir de 1930, por meio dos Institutos de Aposentadorias e Pensões (IAPs), começa, no Brasil, o sistema público de previdência social. Tais institutos também atendiam setores específicos da sociedade e estavam condicionados à contribuição dos empresários, dos trabalhadores e do governo.

Especificamente na área da saúde, a intervenção estatal se mostra, em 1930, com a criação do Ministério da Educação e Saúde. Em 1937, é criado o Departamento Nacional de Saúde, a quem competia coordenar as campanhas sanitárias. Naquela época, a ação estatal se preocupava, timidamente, com a saúde preventiva, restringindo-se às campanhas contra epidemias e com a saúde curativa de cunho mais individual, destinada aos trabalhadores contribuintes por meio da previdência social. O atendimento à população pobre era realizado pela filantropia da igreja⁴.

Em virtude do fenômeno da industrialização por que passava o País, novos problemas surgiram. Em consequência das condições precárias dos trabalhadores, incluindo a habitacional, o Estado começa a se preocupar com a saúde da classe laboral, com vistas a melhorar a produtividade e a consequente acumulação de riqueza. Fruto desta realidade, surgem os conflitos entre as classes sociais. Para amenizar a situação ou mesmo reprimi-la, o Estado passa a patrocinar os serviços de saúde, educação e habitação. Nesse cenário, verifica-se o advento da legislação trabalhista em 1940.

Em razão do período de grandes conflitos político-sociais no Brasil e no mundo, notadamente pelo medo do socialismo, somente em 1948 tem-se o

³ NUNES, Everardo Duarte. Tendências e perspectivas das pesquisas em ciências sociais em saúde na América Latina: uma visão geral. In: _____; GARCÍA, Juan César (Org.). *As ciências sociais em saúde na América Latina: tendências e perspectivas*. Brasília/DF: Opas, 1985. p. 29.

⁴ SARRETA, Fernanda de Oliveira. Educação permanente em saúde para os trabalhadores do SUS. Tese (Doutorado em Serviço Social). Franca: Unesp, 2009. p. 126. Disponível em: <<http://www.franca.unesp.br/Home/Pos-graduacao/ServicoSocial/fernanda.pdf>>. Acesso em: 19 jul. 2014.

ressurgimento da Medicina social, pois essa tendência poderia favorecer práticas de cunho socialista.

Terminada a 2ª Guerra Mundial e estabelecida divisão do mundo em polo capitalista e polo socialista, altera-se a relação do Estado com a sociedade, sobretudo pela implementação, nos países desenvolvidos, de políticas sociais no chamado Estado do Bem-Estar Social.

Influenciados por essas mudanças, dá-se o redimensionamento conceitual da saúde. Com o surgimento da Organização Mundial da Saúde (1946) e da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948, art. XXV⁵), a saúde passa a abarcar novos enfoques institucionais, como bem-estar físico, mental e social, incluindo a proteção individual e familiar, a habitação, os meios de sobrevivência, a segurança em caso de desemprego, a invalidez, a velhice, etc.

Como influência norte-americana, durante as Guerras Mundiais, o Brasil adotou um modelo de saúde estruturado, em grandes hospitais, em detrimento da saúde básica, atendendo, por conseguinte, aos interesses da indústria farmacêutica. Também como fruto das instabilidades políticas brasileiras – suicídio de Vargas, renúncia de Jânio Quadros e golpe militar –, as políticas de cunho social tornam-se mais difíceis de serem implementadas.

Com o alargamento da crise no País, em um misto de endividamento, repressão e deteriorização das condições sociais, o governo central, em 1977, promove uma reforma administrativa criando o Sistema Nacional de Assistência Médica e o Instituto Nacional de Administração da Previdência Social, estabelecendo critérios e condições para que a iniciativa privada constituísse hospitais particulares e ampliasse as coberturas previdenciárias. Como assevera Everardo Nunes, o governo militar adotou um modelo de atenção médica curativa, especializada e com elevadas tecnologias, porém muito dependente da “indústria” da saúde⁶.

Ao findar o milagre econômico, eram nítidos os sinais de esgotamento do Regime Militar. Os movimentos sociais reacenderam e pregavam a democratização da saúde.

⁵ “XXV - Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle.” (Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 30 jul. 2014)

⁶ Nunes, op. cit., 1985, p. 46.

Na segunda metade da década seguinte, é instaurada a Assembleia Nacional Constituinte destinada a escrever a nova Constituição. O texto promulgado em 5 de outubro de 1988 estabeleceu a saúde como direito de todos e dever do Estado. Deflue da previsão constitucional que as três esferas de governo têm responsabilidades e atribuições, devendo observar os princípios da universalidade, integridade, igualdade e participação comunitária.

No Brasil, há considerável número de diplomas legislativos dispendo sobre o direito à saúde. Em sede constitucional, há diversos dispositivos (arts. 6º, 7º, IV, XXII; 23, II; 24, XII; 30, VII; 196, 197, 199, 200, 208, 220 e 227). Em todas as constituições dos Estados-membros e na Lei Orgânica do Distrito Federal, há a clara determinação da responsabilidade do ente público para com a saúde do cidadão.

As leis orgânicas municipais também não destoam destas previsões, sendo, na verdade, uma reprodução da Constituição do Estado nesta parte. Exemplificativamente, a Lei Orgânica do Município de Montes Claros⁷ reflete bem esta situação, que, em seus arts. 182 e 183, faz uma cópia dos arts. 186 e 187 da Constituição mineira⁸.

⁷ Lei Orgânica de Montes Claros:

“Art. 182. A saúde é direito de todos os munícipes e dever do Poder Público, assegurada mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 183. O direito a saúde implica nos seguintes direitos fundamentais:

- I - condições dignas de trabalho, saneamento, moradia, alimentação, educação, transporte e lazer;
- II - respeito ao meio ambiente e controle da poluição ambiental;
- III - acesso universal e igualitário de todos os habitantes do Município às ações e serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde, sem qualquer discriminação;
- IV - proibição de cobrança ao usuário, pela prestação de serviços de assistência à saúde, por estabelecimentos públicos ou contratados.” (Disponível em: <http://www.montesclaros.mg.gov.br/prefeitura/legislacao/paginas/arquivos/lei_organica_municipal.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2014)

⁸ Constituição do Estado de Minas Gerais:

“Art. 186. A saúde é direito de todos, e a assistência a ela é dever do Estado, assegurada mediante políticas sociais e econômicas que visem à eliminação do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Parágrafo único. O direito à saúde implica a garantia de:

- I - condições dignas de trabalho, moradia, alimentação, educação, transporte, lazer e saneamento básico;
- II - acesso às informações de interesse para a saúde, obrigado o Poder Público a manter a população informada sobre os riscos e danos à saúde e sobre as medidas de prevenção e controle;
- III - dignidade, gratuidade e boa qualidade no atendimento e no tratamento de saúde;
- IV - participação da sociedade, por intermédio de entidades representativas, na elaboração de políticas, na definição de estratégias de implementação e no controle das atividades com impacto

Na verdade, desde 1980, desenvolve-se no País a ideia de descentralização das políticas públicas. Na perspectiva constitucional, o novo texto estabeleceu competências comuns e legislativas concorrentes, sendo que todos os entes da federação deverão cuidar da saúde. Não obstante, na prática não se veem alcançados os propósitos constitucionais, pois se verifica a omissão de todos os entes.

O grande problema da descentralização brasileira consiste na redistribuição de atribuições e obrigações entre os entes federados, desacompanhada da redistribuição da arrecadação.

A partir da perspectiva neoliberal, ocorre um esvaziamento do Estado dos compromissos sociais. A estabilidade monetária acaba por dominar toda a pauta governamental. A política neoliberal foi implementada na década de 1990, cuja tônica governamental era o setor financeiro e o ajuste fiscal. Em meio a esse turbilhão de debates e retração estatal, o Sistema Único de Saúde (SUS) é regulamentado. Distanciando-se dos comandos constitucionais, o Estado brasileiro passa a preocupar mais especificamente com o núcleo estratégico, ao repassar para a iniciativa privada ou assemelhada as responsabilidades para com as políticas públicas. Neste cenário, surgem as Organizações Não Governamentais (ONGs) e as Organizações Sociais (OSs). Na verdade, ocorre uma precarização das políticas de saúde.

Para melhor compreensão da complexidade do sistema sanitário, percorrer-se-á a visão da teoria do sistema de Niklas Luhmann.

O sistema de saúde está localizado entre o sistema político, o sistema econômico e o sistema do direito. Muitas decisões judiciais tomam por base argumentos não de direito, tais como políticos, religiosos e afetivos.

2 O SUBSISTEMA SOCIAL DO DIREITO

A sociedade é um grande sistema social estruturado em subsistemas que se comunicam. Cada subsistema ostenta uma linguagem. O direito configura um subsistema social e, sendo responsável por diversas decisões que se comunicam com a sociedade, acaba por tomar lugar de destaque. Todavia, não há qualquer hierarquia entre os subsistemas sociais.

A partir da visão de Niklas Luhmann, a teoria dos sistemas se sustenta em dois pilares: a comunicação e a evolução. Busca ultrapassar a ideia de perquirir

sobre a saúde.” (Disponível em: <<http://www.almg.gov.br/opencms/export/sites/default/consulte/legislacao/Downloads/pdfs/ConstituicaoEstadual.pdf>>. Acesso em: 31 jul. 2014)

como as situações deveriam ser decididas, mas observa como estão sendo decididas. Nesta senda, permite verificar o desenvolvimento da sociedade⁹.

Na perspectiva da teoria da diferenciação é mister a existência da sociedade moderna. O que interessa não são as pessoas da sociedade, mas, sim, a comunicação que se estabelece entre elas. A teoria luhmanniana não tem aplicação em uma sociedade estratificada/segmentada, dividida em clãs, tribos ou famílias. Não há complexidade nestas sociedades. As mudanças sociais decorrem da complexidade¹⁰.

A sociedade se movimenta a partir da retroalimentação dos subsistemas sociais, cada um com papéis e diferenças funcionais, sendo que cada setor ostenta uma função autônoma e diferenciada. A especialização funcional dos subsistemas é importante e implica dizer que cada subsistema é responsável por um tipo de decisão, sendo que um não pode substituir o outro¹¹.

Para Luhmann, o direito não deve ser visto como simples dogma ou conjunto de regras positivadas, mas como subsistema que pressupõe validade temporal, ao operacionalizar pela forma binária direito/não direito¹².

Em uma sociedade globalizada, a comunicação desse subsistema pode causar irritação em outro, uma vez que aqui reside o problema central da função do Poder Judiciário na decisão sobre pedidos de medicamentos. Nesta linha de raciocínio, a decisão judicial deve se valer dos códigos direito/não direito, e não dos códigos de outros subsistemas: sanitário, político, religioso, etc.

Pelas funções de cada subsistema e pela leitura da Constituição da República de 1988 há uma expectativa que a saúde pública seja efetivada pelos sistemas de saúde, político e econômico. Como estas expectativas não vêm tendo correspondência prática, o problema é levado ao sistema do direito, no sentido de fazer valer as promessas constitucionais, redundando em um problema de instabilidade. Ainda assim, na perspectiva das diferenciações funcionais o sistema do direito deve se limitar ao seu código, sob pena de desestruturar a autopoiese do sistema¹³.

⁹ WEBBER, Suelen da Silva. *Decisão, risco e saúde: o paradoxo da decisão judicial frente a pedidos de medicamentos experimentais*. Curitiba: Juruá Editora, 2013. p. 25-26.

¹⁰ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Heder, 2005. p. 43-44.

¹¹ Idem, p. 47.

¹² Webber, op. cit., 2013, p. 29.

¹³ Idem, 2013, p. 39.

3 O SUBSISTEMA SOCIAL DA SAÚDE

A saúde conta com diversas e específicas nuances, além do que a realidade da globalização e evolução tecnológica faz dela um subsistema social. Para ser como tal, vale declinar a estrutura operacional fechada, mas cognitivamente aberta, a programação, a capacidade de comunicação por meio de acoplamentos, a capacidade de lidar com os próprios riscos, a possibilidade de tomar decisões, assim como lidar, também, com os códigos próprios.

Apenas o sistema saúde ostenta a viabilidade de cura; é fechado e aberto simultaneamente se auto-organizando, autorreproduzindo e autogerenciando. A cura dos indivíduos depende do surgimento de uma programação própria, mas que apresenta uma complexidade interna, uma vez que há diversos mecanismos para a cura de um paciente. No que tange ao código binário, fala-se em saúde/enfermidade. Registre-se que, nesse sistema, o que faz surgir a comunicação é a ausência de saúde, e não a presença dela¹⁴.

Como supramencionado, nos primórdios das civilizações a ausência de saúde era vinculada à ideia de punição sobrenatural ou algo mágico. Com a evolução, sobretudo em virtude da visão científica e social, a saúde assume outros parâmetros. Atualmente, inclui questões conjunturais e mais consentâneas com o indivíduo na sua inteireza, inclusive no aspecto de proteção, de qualidade e de recuperação.

Do ponto de vista de atividade de regulamentar ou normatizar, a conceituação de saúde abarca muita expectativa. De acordo com a Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) – 1946¹⁵, a saúde é conceituada como estado de completo bem-estar físico, mental e social, não se restringindo à simples ausência de doença.

O Brasil é signatário da Carta de Ottawa, elaborada, em novembro de 1986, durante a Primeira Conferência Internacional sobre Promoção da Saúde. Nesse documento, a promoção da saúde inclui o bem-estar físico, mental e social dos indivíduos e grupos, satisfação de necessidades e modificação favorável do meio ambiente¹⁶.

¹⁴ Idem, p. 44-45.

¹⁵ Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso em: 18 jun. 2014.

¹⁶ Disponível em: <http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/carta_ottawa.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2014.

Ambos os documentos lançam mão de conceitos muito vagos e até com variedades de significados. Qual o alcance da expressão bem-estar físico e mental? Cada indivíduo apresenta uma especificidade, não sendo possível estabelecer um padrão mínimo de qualidade boa ou ruim. Tais previsões ostentam elevadas cargas valorativas, dificultando a comunicação com os subsistemas.

No sistema sanitário, há muitas organizações e são responsáveis pelas decisões pertinentes à promoção de saúde. De abrangência internacional, podem ser citados a Organização Mundial da Saúde, criada em 1946 e vinculada à ONU, que elaborou o Regulamento Sanitário Internacional; a Organização Mundial do Comércio (OMC), que é muito importante, sobretudo nas discussões atinentes à quebra de patentes de remédios; e a Organização Pan-Americana de Saúde, cuja missão é promover a saúde, combater doenças, melhorar a qualidade de vida e elevar a expectativa de vida dos povos da América. No plano doméstico, citam-se o Ministério da Saúde, as Secretarias de Estado da Saúde, as Secretarias Municipais de Saúde, o SUS e a Agência de Vigilância Sanitária (Anvisa), criada pela Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999.

Em sede constitucional, o art. 196¹⁷ da atual Constituição também traz ampla previsão. Ao regulamentar esse dispositivo, a Lei Federal nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, estabelece os fatores determinantes e condicionantes da saúde, entre os quais alimentação, moradia, saneamento básico, meio ambiente e trabalho.

Essas alvissareiras previsões deságuam, em constantes irritações, entre os subsistemas do direito e do político, haja vista a baixa operacionalização de tais conceituações. Por esta razão, há autores que preferem o conceito mais enxuto a partir do código binário saúde/enfermidade¹⁸.

Outro ponto importante na área da saúde diz respeito aos medicamentos experimentais. Conforme a Diretiva 2001/20/CE¹⁹, aprovada pelo Parlamento

¹⁷ O art. 196 da CRFB/1988 retrata esta nova performance conceitual: “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 2 ago. 2014).

¹⁸ SCHWARTZ, Germano. O tratamento jurídico do risco no direito à saúde. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 49. Disponível em: <http://ec.europa.eu/health/files/eudralex/vol-1/dir_2001_20/dir_2001_20_pt.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2014.

¹⁹ Disponível em: <http://ec.europa.eu/health/files/eudralex/vol-1/dir_2001_20/dir_2001_20_pt.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2014.

Europeu, medicamento experimental compreende o princípio ativo sob a forma farmacêutica ou de placebo, utilizado como referência em um ensaio clínico, incluindo produto autorizado para outra destinação.

Em solo brasileiro, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária denomina de uso *off label*, isto é, uso não aprovado, assumindo o profissional da saúde o risco nesta prescrição, podendo, inclusive, caracterizar erro médico. É a situação de um medicamento aprovado para uma determinada indicação patológica e utilizado para outra²⁰. Aqui merece uma reflexão mais percuciente. Se a autorização de utilização de um medicamento *off label* for feita pelo Poder Judiciário, quem deveria ser responsabilizado por eventuais efeitos colaterais?

O Brasil é um dos países mais rigorosos para a aprovação de novos medicamentos. Conforme orientações disponibilizadas pela Anvisa²¹, uma pesquisa clínica submete-se às seguintes fases:

Fase pré-clínica: os testes são feitos em animais. Nesta fase, 90% das substâncias estudadas são eliminadas em virtude do perfil de toxicidade.

Fase I: começam os testes com seres humanos voluntários (20 a 100 pessoas) que estejam saudáveis. Verificam-se a dosagem tolerável, a relação dose/efeito e os efeitos colaterais, objetivando estabelecer uma evolução preliminar da segurança – perfil farmacodinâmico.

Fase II ou Estudo Terapêutico Piloto: a droga é aplicada aos voluntários portadores da doença – objeto da pesquisa (100 a 200 indivíduos). Objetiva demonstrar a atividade e estabelecer a segurança a curto prazo do fármaco.

Fase III: estendem-se os estudos em grande escala, incluindo outros países, sendo testado, em, aproximadamente, 800 pessoas. Tem por objetivo determinar o risco/benefício, a curto e longo prazos, das formulações do princípio ativo, bem como aferir o valor

²⁰ Comunicado Anvisa, publicado em 23 de maio de 2005. Disponível em: <http://www.Anvisa.gov.br/medicamentos/registro/registro_offlabel.htm>. Acesso em: 19 jun. 2014.

²¹ Disponível em: <<http://Anvisa.gov.br/medicamentos/pesquisa/def.htm>>. Acesso em: 19 jun. 2014.

terapêutico relativo. A partir da Fase III, o medicamento poderá receber aprovação para a comercialização.

Fase IV: o produto já está sendo comercializado. É uma vigilância pós-comercialização, buscando estabelecer o valor terapêutico, o surgimento de novas reações adversas e/ou confirmação da frequência de surgimento das já conhecidas, e as estratégias de tratamento.

Como se percebe, o sistema de saúde é muito mais preparado ou especializado para a definição, o acompanhamento e a aprovação de novos medicamentos. Ao sistema direito cabe comunicar-se com o da saúde.

A perspectiva da teoria dos sistemas trabalha com o parâmetro binário risco/perigo. O risco pressupõe a tomada de decisão, ao passo que o perigo são as consequências indesejadas provenientes do ambiente.

Na hipótese de uma decisão judicial determinar a entrega de um medicamento não autorizado pela Anvisa, é um caso de risco para o sujeito que tomará a medicação e um perigo para o restante da sociedade, pois não se sabe as consequências que daí advirão²².

Obviamente, em nenhuma atividade cogita-se risco zero. O que se busca é o gerenciamento desses riscos. Essa é a atribuição desenvolvida pela Anvisa com o propósito de trazer mais segurança aos indivíduos, ou, pelo menos, a sensação de segurança.

4 DISPENSAÇÃO DE MEDICAMENTOS ESSENCIAIS ANTES E DEPOIS DA LEI N° 12.401/2011

A Organização Mundial de Saúde declina a seguinte conceituação para os medicamentos essenciais:

Aqueles que satisfazem as necessidades prioritárias de saúde da população, sendo selecionados considerando sua relevância para a saúde pública, comprovadas eficácia e segurança e estudos comparados de custo-efetividade. Devem estar disponíveis, nas quantidades adequadas, nas formas farmacêuticas apropriadas, com

²² Webber, 2013, p. 72.

garantia de qualidade e informação adequada, a preços que os indivíduos e a sociedade possam pagar.²³

A OMS publica, desde a década de 1970, uma relação de medicamentos essenciais, funcionando como diretriz das políticas de saúde. Classifica-se como lista modelo, devendo ser adaptada para a realidade de cada país, considerando a peculiaridade, o perfil epidemiológico e a disponibilidade de medicamento.

Alinhado à recomendação da OMS e em cumprimento às determinações da CRFB/1988, o Ministério da Saúde instituiu a Política Nacional de Medicamento em 1998, e, por meio da Portaria nº 507, de 23 de abril de 1999, foi publicada uma Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (Rename). Tais instrumentos estabeleceram a modelação de atuações coordenadas entre as três esferas de governo. Nesta perspectiva, ao gestor municipal competiu-se à dispensação de medicamentos essenciais de atenção básica, enquanto ao estadual coube a responsabilidade específica do fornecimento dos medicamentos excepcionais, nesses incluídos os fármacos de alto custo ou de uso contínuos indicados pelo Ministério da Saúde. Pela sugestão da OMS, as listas de medicamentos deveriam ser atualizadas permanentemente.

Até abril de 2013, a lista modelo da OMS havia sido atualizada 18 (dezoito) vezes²⁴, e a Lista Rename está na 8ª edição (2013)²⁵. Conforme dispõe o parágrafo único do art. 26 do Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011, a atualização da Rename deverá ocorrer a cada dois anos²⁶.

As listas nacionais devem ser revisadas periodicamente, sendo que a inclusão ou ampliação de medicamentos estão condicionadas à comprovação da eficácia e demonstração da vantagem clínica e financeira em comparação com os recursos já disponibilizados.

²³ Organización Mundial de la Salud. Perspectivas políticas sobre medicamentos de la OMS. Selección de medicamentos esenciales. Ginebra, junio 2002. Disponível em: <http://whqlibdoc.who.int/hq/2002/WHO_EDM_2002.2_spa.pdf>. Acesso em: 3 ago. 2014.

²⁴ Disponível em: <http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/93142/1/EML_18_eng.pdf?ua=1>. Acesso em: 1º ago. 2014.

²⁵ Disponível em: <<http://www.youblisher.com/p/941590-Rename/>>. Acesso em: 1º ago. 2014.

²⁶ “Art. 26. O Ministério da Saúde é o órgão competente para dispor sobre a Rename e os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas em âmbito nacional, observadas as diretrizes pactuadas pela CIT.

Parágrafo único. A cada dois anos, o Ministério da Saúde consolidará e publicará as atualizações da Rename, do respectivo FTN e dos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas.” (Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/D7508.htm>. Acesso em: 2 ago. 2014)

Como decorrência da pouca atualização destas listas, ou, ainda, pela não dispensação dos medicamentos, apesar de constantes da Rename, os pedidos são levados ao Poder Judiciário.

Ante a necessidade de algum medicamento, verifica-se se o fármaco encontra-se contemplado em algum programa de saúde de responsabilidade do sistema público de saúde, que se dá pela ação conjunta do Ministério da Saúde e das Secretarias Estaduais de Saúde. Não estando, inicia-se um longo caminho para promover a inclusão.

Pela redação originária da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, estava compreendida, no campo de atuação do SUS, a execução de ações de assistência terapêutica integral, incluindo a farmacêutica²⁷; contudo, não constava uma regulamentação expressa quanto aos medicamentos experimentais ou não autorizados pela Anvisa.

Com o advento da Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011, a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, foi alterada para inserir dispositivo sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologias em saúde no SUS. Regulamentando o novo diploma legislativo, o Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011, dispôs, de forma mais detalhada, sobre a assistência à saúde, o planejamento e a articulação entre os entes da federação. Nessa toada, há uma reformulação da Rename, que passa a compreender os medicamentos disponíveis pelas políticas públicas do SUS, fruto de uma análise das melhores evidências apresentadas e sugeridas para o tratamento de agravos que atingem a população²⁸.

Além da mudança retrocitada e em matéria de medicamentos não registrados, a Lei nº 8.080/1990 passou a declinar as proibições específicas em todas as esferas do SUS²⁹. Estão vedadas qualquer forma de pagamento, ressarcimento ou reembolso de produto ou procedimento clínico não autorizados

²⁷ “Art. 6º Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS):

I - a execução de ações:

[...]

d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica.” (Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm>. Acesso em: 2 ago. 2014)

²⁸ Relação Nacional de Medicamentos Essenciais: Rename 2013. Disponível em: <<http://www.youblisher.com/p/941590-Rename/>>. Acesso em: 2 ago. 2014.

²⁹ “Art. 19-T. São vedados, em todas as esferas de gestão do SUS:

I - o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento, produto e procedimento clínico ou cirúrgico experimental, ou de uso não autorizado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - Anvisa;

pela Anvisa, bem como a dispensação dos medicamentos e produtos sem registro.

A Lei nº 12401, de 28 de abril de 2011, foi publicada, no dia posterior, e estabeleceu, em seu art. 2º, uma *vacatio legis* de 180 (cento e oitenta dias), entrando em vigência em 29.10.2011. Portanto, a partir dessa data, o Poder Público está proibido de disponibilizar medicamentos não autorizados.

Na hipótese de o tratamento sugerido pelo profissional médico referir-se a um fármaco não autorizado pela Anvisa, o não fornecimento pelo ente federativo não configura abuso ou ilegalidade; pelo contrário, é o estrito cumprimento do comando legislativo.

Desse cenário surgem problemas de alta envergadura nas hipóteses nas quais o Poder Judiciário determina a aquisição de um medicamento que ainda não se autorizou a utilização no Brasil. É preciso, portanto, estabelecer um diálogo entre os sistemas.

5 DIÁLOGO ENTRE O SISTEMA DA SAÚDE E O SISTEMA DO DIREITO

A complexidade do sistema não impede a comunicação, mesmo que isso provoque efêmeras irritações. Esta comunicação ocorrerá pelo acoplamento, quer operacional, quer estrutural, diferenciando-se apenas pela sua duração. A comunicação estabelecida entre o direito e a saúde provoca contínua irritação, cabendo ao acoplamento estrutural diminuir a complexidade desordenada e construir a complexidade sistêmica³⁰.

O processo seletivo se dá mediante a comunicação. Os subsistemas têm as suas funções determinadas pelos códigos binários e, a partir daí, vinculam-se a comunicação e a informação. Quando se foge dessa lógica, surge uma terceira função e o ruído inviabiliza a comunicação. Especificamente no direito, cabe ao sistema dizer se é direito/não direito; caso utilize outros parâmetros para determinar a concessão de um medicamento não autorizado pela Anvisa, o sistema direito acaba burlando o código/programação sistêmica³¹.

II - a dispensação, o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento e produto, nacional ou importado, sem registro na Anvisa." (Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12401.htm#art1>. Acesso em: 3 ago. 2014)

³⁰ Webber, op. cit., 2013, p. 95-96.

³¹ Idem, p. 98.

Deve-se trazer ao lume que a demora da Anvisa em autorizar determinado medicamento não credencia o Judiciário, ou qualquer outro subsistema, a fazê-lo. Caso isso ocorrer, haverá quebra da comunicação. Nessa situação, deverá existir uma readequação do sistema saúde, e não substituição de funções pelo sistema direito³².

É verdade que os acoplamentos fazem diminuir os ruídos entre os subsistemas, mas não os elimina, pois a sua função é de comunicação tão somente³³.

Segundo o comando constitucional (arts. 196 e 198), os entes governamentais têm responsabilidade solidária na prestação de assistência à população por meio das políticas públicas. Para a dinâmica do sistema, seria adequada uma clara e justa distribuição de competências entre os entes públicos. Em que pese a relação de atribuição de responsabilidade dos medicamentos constantes nas listas dos Estados e nas dos Municípios, existem situações nas quais não se pode aferir com precisão de quem é a responsabilidade pelo fornecimento. Além desses casos, devem ser citados os medicamentos sem autorização da Anvisa.

Quando a determinação de fornecimento promana do Poder Judiciário, o cumprimento fica mais complexo e pode ensejar a duplicidade ou triplicidade do fornecimento do medicamento. Se o processo tramita na Justiça Estadual, figuram no polo passivo o Estado e o Município e, quando compete à Justiça Federal, geralmente, os três entes políticos são inseridos como réus. Em quaisquer das situações, regra geral, o Judiciário determina o cumprimento de forma solidária.

Depos desta ordem, e não havendo diálogo entre os entes governamentais, todos fornecerão o medicamento pleiteado. E mais, por se tratar de urgência, a Administração Pública fará a aquisição com dispensa de licitação (art. 24, IV, Lei nº 8.666/1993)³⁴. Como consequência, as aquisições de forma fracionada ou

³² Idem, p. 99.

³³ Idem, p. 108-109.

³⁴ “Art. 24. [...] IV - Nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos.” (Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 3 ago. 2014)

sem concorrência pública exigem maior alocação de recursos. Diferentemente, se fossem comprados os medicamentos, com a devida antecedência e em maior número, possivelmente os custos seriam menores.

Existem práticas exitosas de diálogo entre os sistemas. A título de exemplo, cita-se a criação de uma Central Única de Demandas Judiciais pelo Município do Rio de Janeiro e o Estado fluminense, a qual estabeleceu um mecanismo de cumprimento das decisões judiciais. Os mandados são encaminhados para esta Central, que verificará qual o ente responsável pelo cumprimento da ordem³⁵. Entre outras vantagens, afastaram-se discussões jurídicas sobre o cumprimento da ordem, bem como evitaram o fornecimento de medicamentos em duplicidade.

5.1 MEDICAMENTOS EXPERIMENTAIS OU NÃO AUTORIZADOS

Na análise de pedidos de medicamentos, outras implicações devem ser consideradas. Em um mundo capitalista, é natural os empresários almejem o lucro e o crescimento. Não há qualquer mal nisso. Todavia, na seara da indústria farmacêutica, na qual o mais importante deveria ser a busca da cura, os grandes laboratórios se enveredam em caminhos tortuosos e perigosos com o afã de obterem a maior lucratividade possível.

Nessa senda, a indústria farmacêutica distancia a sua visão das pesquisas ou dos testes de laboratórios para a cura de doenças que atinge a massa da população de baixa renda. Não se veem laboratórios preocupados com descobertas científicas de novos medicamentos para as doenças comuns em países subdesenvolvidos, como, por exemplo, malária, tuberculose e esquistossomose³⁶, pois não dão lucro. Além disso, os laboratórios criam mecanismos de *lobby* com médicos, hospitais e futuros profissionais da saúde.

A crescente judicialização das políticas públicas deve-se à baixa efetividade das normas constitucionais nesta área. A par da teoria dos sistemas, o Judiciário não pode atuar como substituto do sistema de saúde e nem deve utilizar de argumentos econômicos, religiosos, etc., mas se ater à argumentação jurídica (direito/não direito)³⁷.

Outra constatação perigosa a respeito da determinação de medicamento não autorizado pela Anvisa diz respeito à hipótese de o fármaco ainda se

³⁵ Reis Junior, op. cit., p. 75-76.

³⁶ Webber, op. cit., 2013, p. 132-133.

³⁷ Idem, p. 144-145.

encontrar em fase de experimentos. Quando um laboratório se envereda na pesquisa de um tratamento para determinada patologia, as despesas com a execução das pesquisas e dos testes devem ficar a cargo desse laboratório. Na hipótese de o Judiciário determinar para o Poder Público arcar com o pagamento de tal fármaco, acabará custeando algo que era de responsabilidade da entidade privada.

Por outro lado, conforme mencionado no item 4 deste ensaio, a partir da Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011, há uma proibição expressa de dispensação de medicamentos não autorizados pela Anvisa. Se um magistrado expede uma ordem para que o Município, o Estado ou a União adquira um medicamento nessa situação, deverá o julgador indicar porque está afastando o cumprimento da lei em referência.

Esta discussão dá ensejo à análise das hipóteses nas quais o juiz pode deixar de aplicar uma lei. Lênio Luiz Streck³⁸ sugere cinco situações:

- a) quando a lei for inconstitucional;
- b) quando se tratar de aplicação de critérios para a resolução de antinomias (por exemplo, lei posterior revoga a anterior);
- c) quando o juiz estabelecer uma interpretação conforme a Constituição, tornando-se necessária a adição de um sentido ao dispositivo legal. O texto não sofrerá qualquer alteração, mas será mudada a interpretação;
- d) quando aplicar a nulidade parcial sem redução de texto. Aqui há exclusão de determinada interpretação do texto;
- e) quando se tratar de declaração de inconstitucionalidade com redução de texto. Neste caso, efetivamente haverá exclusão de alguma palavra no texto.

Não se encaixando em quaisquer destas opções, o juiz não poderá deixar de aplicar a lei. Portanto, resta estudar se o art. 19-T da Lei nº 8.080/1990, inserido pela Lei nº 12.401/2011, pode ser afastado.

Aplicando-se os passos sugeridos por Lênio Luiz Streck, em uma primeira visualização não se encontra qualquer hipótese para afastar a nova legislação. Não há qualquer inconstitucionalidade formal ou material; no tocante à antinomia, também não verifica, haja vista não contrariar a lei anterior, ocorreu apenas um acréscimo.

³⁸ STRECK, Lênio Luiz Streck. *Verdade e consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 605-606.

Percorrendo uma análise mais detida da hipótese “c” (*quando o juiz estabelecer uma interpretação conforme a Constituição, tornando-se necessária a adição de um sentido ao dispositivo legal*), tem-se por factível o afastamento da proibição legal quando se tratar da situação na qual o medicamento não autorizado for o único indicado para o paciente e já tiver decorrido o prazo previsto no art. 19-R da Lei nº 8.080/1990, para a Anvisa analisar o registro de um medicamento/tratamento (180 dias)³⁹.

Fora essa hipótese, tem-se que o comando legal deverá ser aplicado. A observância de uma lei é algo caro à democracia. Não cabe ao Judiciário fazer uma mutação legal, já que a lei decorreu de uma decisão política, vontade geral.

Poder-se-ia argumentar que a decisão judicial se baseou em laudo pericial elaborado por alguém pertencente ao sistema de saúde. Ainda que assim fosse, não se mostra plausível o parecer de um *expert* sobrepor à decisão da entidade competente para tal atribuição. A Anvisa dispõe de todo um instrumental técnico e são aplicados sucessivos estudos e análises para a autorização de um novo medicamento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O princípio da separação dos Poderes não acabou, continua válido, porém deve ser reformulado. O formato clássico não encontra guarida jurídica ou política. O desenvolvimento da sociedade exige uma atuação cooperativa e não estanque. O diálogo institucional é caminho factível e necessário.

Na perspectiva pátria, a realidade social impôs aos Poderes constituídos uma alteração de comportamento. O Legislativo não pode se esvaziar de suas responsabilidades enquanto instrumento de inovação na órbita jurídica, e o Executivo deve desempenhar o seu mister de molde a tornar a *res publica* voltada aos cidadãos. O Poder Judiciário não deve se imiscuir nas questões que

³⁹ “Art. 19-Q. A incorporação, a exclusão ou a alteração pelo SUS de novos medicamentos, produtos e procedimentos, bem como a constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, são atribuições do Ministério da Saúde, assessorado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS.

Art. 19-R. A incorporação, a exclusão e a alteração a que se refere o art. 19-Q serão efetuadas mediante a instauração de processo administrativo, a ser concluído em prazo não superior a 180 (cento e oitenta) dias, contado da data em que foi protocolado o pedido, admitida a sua prorrogação por 90 (noventa) dias corridos, quando as circunstâncias exigirem.” (Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em: 2 ago. 2014)

envolvam escolhas políticas coletivas e gerais; todavia, isso não significa olvidar o seu papel de garantidor de direitos.

Os direitos sociais, vistos como direitos humanos, figuram como novo paradigma de atuação dos Poderes Públicos. A sociedade atual caminha para uma mudança de formato, devendo a visão montesquiana da tripartição dos Poderes ser revisitada. As crescentes demandas da sociedade exigem uma atuação mais célere dos Poderes da República.

Regra geral, não se mostra plausível o Judiciário determinar o campo de implementação ou a modalidade de política pública a ser efetivada. Esta não é sua tarefa e nem encontra guarida constitucional. Todavia, em situações de excepcionalidade, notadamente diante da omissão abusiva ou do desvio de perspectiva dos demais Poderes, é forçoso que este quadro seja sindicado pelo Judiciário.

Na seara das políticas públicas de saúde, é mister que haja um diálogo entre os subsistemas do direito e o da saúde. Este é mais estruturado e preparado para as decisões de cunho técnico e do ponto de vista global. O Judiciário deve ser o garantidor dos direitos tomando por fundamentos conceitos de direito. No tocante aos pedidos de medicamentos, insumos ou tratamentos médico-hospitalares, soa coerente a observância das normas técnicas expedidas pelos órgãos competentes. Especificamente no caso do fornecimento de medicamentos, sugere-se o seu deferimento apenas àqueles autorizados pela Anvisa. Nas hipóteses de decisões administrativas arbitrárias, não se justifica a observância do pronunciamento dessa Agência.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha*: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BRASIL. Anvisa. Registro de medicamentos - como a Anvisa vê o uso *off label* de medicamentos. Disponível em: <http://www.Anvisa.gov.br/medicamentos/registro/registro_offlabel.htm>. Acesso em: 19 jun. 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador* - Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 7. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

GALVÃO, Pedro. *Utilitarismo, de John Stuart Mill*. Porto: Porto, 2005.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights: Why liberty depends on taxes*. New York: Norton & Co, 1999.

LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Heder, 2005.

_____. *Sociologia do direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MARSHAL, T. H. *cidadania e classe social*. Brasília: Fundação Projeto Rondon, 1998.

OMS. Perspectivas políticas sobre medicamentos de la OMS. Selección de medicamentos esenciales. Ginebra, junio 2002. Disponível em: <http://whqlibdoc.who.int/hq/2002/WHO_EDM_2002.2_spa.pdf>. Acesso em: 3 ago. 2014.

REIS JUNIOR, Paulo Bianchi. A judicialização do acesso a medicamentos: a perspectiva da Secretaria Municipal de Saúde do Rio de Janeiro. Dissertação (Mestrado em Administração Pública). Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2008.

SARRETA, Fernanda de Oliveira. Educação permanente em saúde para os trabalhadores do SUS. Tese (Doutorado em Serviço Social). Franca: UNESP, 2009, p. 126. Disponível em: <<http://www.franca.unesp.br/Home/Pos-graduacao/ServicoSocial/fernanda.pdf>>. Acesso em: 19 jul. 2014.

SCHWARTZ, Germano. O tratamento jurídico do risco no direito à saúde. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 49. Disponível em: <http://ec.europa.eu/health/files/eudralex/vol-1/dir_2001_20/dir_2001_20_pt.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2014.

SEN, Amartya. *Desigualdade reexaminada*. Trad. Ricardo Doninelli Mendes. Rio de Janeiro: Record, 2001.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: RT, 2013.

_____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____. *Verdade e consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SUNDFELD, Carlos Ari. Saúde constitucional. Não se deve confundir direito à saúde com direito a remédio. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur>>.

com.br/2007-mar-02/nao_confundir_direito_saude_direito_remedio>. Acesso em: 12 mar. 2014.

WEBBER, Suelen da Silva. *Decisão, risco e saúde: o paradoxo da decisão judicial frente a pedidos de medicamentos experimentais*. Curitiba: Juruá, 2013.

Submissão em: 25.07.2015

Avaliado em: 02.09.2015 (Avaliador A)

Avaliado em: 29.05.2016 (Avaliador B)

Aceito em: 08.06.2016

INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS E RESPONSABILIDADE DO JUIZ – ENTRE REMINISCÊNCIAS HISTÓRICAS E PERSPECTIVAS FUTURAS¹⁻²

INTERPRETATION OF LEGAL RULES AND RESPONSIBILITIES OF THE JUDGE – HISTORICAL REMINISCENCES AND FUTURE PERSPECTIVES

Andrea Landi³
Doutor em Direito

ÁREA(S) DO DIREITO: história do direito; hermenêutica jurídica.

RESUMO: A responsabilidade do juiz por errônea interpretação das normas foi um tema de particular importância no Direito Comum e permaneceu sendo naqueles ordenamentos que ainda o seguem, onde o direito vigente deve levar em consideração o relevante aporte nomopoiético da doutrina. A simbiose dialética entre juristas e juízes, que ali se realiza através do mecanismo da *communis opinio doctorum* vinculante para o juiz, pode constituir um momento de reflexão sobre aspectos atuais da

jurisdição nos ordenamentos de direito codificado, sobretudo para desvelar a inconsistência de alguns mitos da modernidade, como a estatalidade do direito, o formalismo e o silogismo judicial.

PALAVRAS-CHAVE: interpretação judicial; direito comum medieval; *communis opinio doctorum*.

ABSTRACT: *The judge's responsibility for erroneous interpretation of the legal rules was a subject of particular importance in the ius commune and remain being in those jurisdictions which still follow this approach to law, where the applicable*

¹ Título original: "Interpretazione delle norme e responsabilità del giudice fra reminiscenze storiche e prospettive future". Publicado: Revista "Justice – Justiz – Giustizia", 2014/4, ISSN 1661-2981, <http://www.weblaw.ch>, Weblaw AG (2014).

² Tradução e notas de Eugênio Facchini Neto, Doutor em Direito Comparado pela Universidade de Florença, Itália, Mestre em Direito Civil pela Universidade de São Paulo, Professor Titular dos Cursos de Doutorado, Mestrado e Graduação da Faculdade de Direito da PUC/RS, Desembargador no Tribunal de Justiça do RS. Com as iniciais N.T. (Nota do Tradutor) foram introduzidas, em notas de rodapé, algumas observações para facilitar a compreensão do texto pelo público brasileiro. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/6714748405905770>.

³ Professor associado de História do Direito junto ao Departamento de Direito da Universidade de Pisa, Itália.

law should take into consideration the relevant contribution of the doctrine. The dialectic symbiosis between jurists and judges, which takes place through the mechanism of the opinio communis doctorum, binding to the judge, may be a moment of reflection on current aspects of jurisdiction in codified law systems, especially for unveiling the inconsistency of some myths of modernity, such as the statality of the law, the formalism and the legal syllogism.

KEYWORDS: *judicial interpretation; medieval ius commune; opinio communis doctorum.*

SUMÁRIO: 1 A interpretação das normas; 2 A solução do Direito Comum; 3 Algumas perspectivas atuais.

SUMMARY: *1 Legal interpretation; 2 The ius commune solution; 3 Some current perspectives.*

1 A INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS

1 Se é verdade que a jurisdição constitui uma função essencial em todas as experiências históricas, também é verdadeiro que ela pode assumir conteúdos diversos, segundo o papel que o juiz é chamado a desempenhar em determinadas épocas: de fato, ao lado de um conteúdo mínimo, encontrável em todas as experiências e representado pela conversão de um preceito abstrato em um preceito concreto, pode ser atribuída a ele uma ulterior atividade que vai além da mera cognição das normas, objetivando uma correta aplicação delas ao caso concreto levado ao seu conhecimento.

2. Bastaria pensar na experiência romana, em que o pretor, com seu edito, era chamado a individualizar uma tutela jurisdicional para aquelas *fattispecie* que estavam se consolidando na prática mas que, enquanto ignoradas pelo *ius civile*, eram desprovidas de uma tutela.

3. Ou então se pense na Alta Idade Média, onde o juiz era chamado a individualizar a existência das normas em um patrimônio consuetudinário de difícil conhecimento, mediante um *accertamento* do fato (*inquisitio per testes*), envolvendo os depositários da sabedoria popular (os *antiquiores loci*); tudo isso em um contexto no qual moral e direito se confundiam⁴.

4. Frise-se, porém, que, desprezando-se algumas variações identificáveis em épocas diversas, o juiz sempre deve se envolver com a interpretação das normas; daí que, se esta não é feita de modo correto, sua decisão provavelmente

⁴ Para uma primeira aproximação a estes temas, confira-se SANTARELLI, U. Auctor iuris homo. *Introduzione allo studio dell'esperienza giuridica basso-medioevale*. Torino: Giappichelli, 1997. p. 67-75.

será dispensadora de injustiça para as partes da demanda e, por vezes, poderá também expô-lo à responsabilização profissional.

5. Nas páginas que seguem, tentaremos exatamente analisar este aspecto da responsabilidade do juiz, derivada da incorreta interpretação e aplicação das normas, antecipando desde logo que, enquanto na experiência do direito comum este era um dos aspectos mais relevantes de responsabilidade do juiz, os ordenamentos contemporâneos – inclusive aqueles que ainda observam aquele sistema – parecem limitar tal aspecto de responsabilidade para garantir, de modo pleno, a independência da magistratura⁵.

6. Mas vamos proceder de forma ordenada.

2 A SOLUÇÃO DO DIREITO COMUM

7. Como é sabido, a experiência do direito comum⁶ encontra sua origem na Baixa Idade Média, quando, depois da redescoberta dos textos justinaneus,

⁵ Retoma-se, aqui, temáticas já tratadas em outra sede: LANDI, A. Petrucci-A. *Iudex qui litem suam facit*. La responsabilidad del giudice dal diritto romano al diritto comune. In: *Estudios sobre la responsabilidad jurídica del juez, el servidor público y los profesionistas*. México D.F.: Escuela Libre de Derecho, 2013. p. 85-116. A este escrito se remete o leitor desejo de ulteriores aprofundamentos.

⁶ N.T. Com a expressão direito comum (*ius commune, diritto comune, Gemeines Recht, droit comum, derecho comun*), costuma-se designar a experiência jurídica da Europa continental, que vai do século XI às codificações oitocentescas. Trata-se de um fenômeno ligado às grandes modificações desencadeadas a partir da passagem da Alta Idade Média para a Baixa Idade Média, por volta do ano mil, com o renascimento urbano (paulatinamente grandes contingentes humanos passam a deixar a zona rural – feudos – e a se instalarem nas cidades), econômico (a economia exclusivamente agrária anterior passa a conviver com o comércio crescente e com a atividade bancária) e cultural (a cultura urbana substitui crescentemente os mosteiros medievais como centros de cultura). O chamado *ius commune* está ligado à redescoberta dos textos justinianeus (especialmente o Digesto, mas também as *Institutas*, o *Codex* e as *Novellae*, que, em seu conjunto, passam a se chamar, a partir desse período, de *corpus iuris civilis*) e à sua utilização para a solução dos novos problemas jurídicos que passaram a se colocar nessa nova sociedade cada vez mais urbanizada. Tal redescoberta teria se dado em 1076, por Placito di Marturi, e depois foi objeto de primeiras aplicações práticas por Pepo. Mas foi Imerio, em Bolonha, onde lecionou entre 1.100 e 1.120, o primeiro a fazer um estudo sistemático dos textos justinianeus, fundando um modelo de ensino baseado nos textos compilados por Justiniano. Não por acaso se tem que o renascimento jurídico nasce em Bolonha, onde é criada a primeira Faculdade de Direito onde se estuda o direito de forma autônoma, com base nos textos justinianeus. Para lá correram alunos provenientes não só da Itália, mas também de outros países europeus. Ex-alunos dessa primeira Escola de Direito logo fundaram outras Escolas em suas cidades de origem, inicialmente no norte da Itália, depois mais ao sul e na sequência, em outros países europeus. Em todas essas escolas, usavam-se os mesmos textos jurídicos (compilações justinianeas), adotava-se o mesmo método (escolástico, com comentários e distinções) e empregava-se a mesma língua, o latim. Os diplomas obtidos pelos estudantes dessas Escolas eram reconhecidos em todos os lugares europeus e habilitavam seus egressos a praticarem o Direito em qualquer país. Isso formou uma cultura jurídica europeia

começou-se, inicialmente em Bolonha e depois nas Escolas de Direito que pouco depois foram criadas em toda a Europa, decalcadas sobre o modelo bolonhês, a fazer uma releitura de tais textos: de um lado, para reconduzir à unidade uma pluralidade de normas derivadas das autoridades universais (Império e Papado) e das instituições particulares (cidades, corporações, autoridades régias, *Universitates* etc.); e, de outro, para dar veste jurídica aos novos negócios que a praxe mercantil e urbana continuamente inventava.

8. Nas instituições particulares, a jurisdição era exercitada por juízes que eram políticos (cônsules *de iustitia, podestà, capitano del popolo*⁷) e por isso, na grande maioria dos casos, não tinham conhecimento jurídico: para possibilitar uma solução sobre questões jurídicas surgidas nas controvérsias que eram trazidas à sua apreciação, as normas previam então o recurso ao chamado *consilium sapientis iudiciale*, isto é, a um parecer que o julgador pedia a um *expert* em direito (frequentemente um famoso jurista acadêmico), com base no qual ele posteriormente resolvia a controvérsia.

9. Em tais ordenamentos, colocava-se, de modo claro, a necessidade de se sujeitar a atividade jurisdicional a um controle, identificando pontualmente os aspectos da responsabilidade do juiz, seja sob a base das disposições contidas na redescoberta compilação justinianeia, seja, sobretudo, mediante a criação de um procedimento estatutário específico – o chamado *giudizio di sindacato* – destinado a exercitar tal controle.

10. Em tal procedimento, alguns *syndici*, nomeados pelas instituições municipais, tinham a tarefa de avaliar a atividade do juiz, ao término do seu mandato, para verificar se teria havido um indevido exercício de suas

homogênea, chamada, por isso mesmo, de direito comum, baseada substancialmente no antigo direito romano, mas posteriormente acrescida de algumas “constituições” imperiais e principalmente dos chamados *libri feudorum*, ou seja, compêndios que disciplinavam as relações feudais ainda imperantes especialmente no meio rural, principalmente com base nos costumes. Outro fator de unidade para esse direito “comum” foi o próprio direito canônico, que se estendia por muitas áreas (direito de família, sucessões, muitos crimes etc.), e era idêntico em todos os lugares.

⁷ N.T.: “*Podestà*” era o nome que se dava, nas cidades autônomas italianas durante os séculos XIII-XIV, ao Magistrado que exercia o poder mais elevado naquelas comunidades, absorvendo os poderes administrativos, jurisdicionais e militares; normalmente era um estrangeiro (alguém de fora da cidade) e permanecia no cargo durante um breve período – de seis meses a um ano. Era escolhido pelo *Consiglio Generale*, a mais importante assembleia municipal. Ao fim do mandato, devia prestar contas de sua gestão. Ele não tinha, porém, poderes legislativos nem exercia o comando da guarda municipal, que estava sob o comando do *Capitano del Popolo*. Também os *consoli de iustitia* eram Magistrados eletivos que igualmente cumulavam funções administrativas, judiciais e militares, por um breve período de tempo em algumas regiões da Europa medieval.

funções; em caso de ter sido identificado um exercício *contra legem*, eles deviam proceder contra o Magistrado, impondo-lhe a justa sanção e condenando-o ao ressarcimento dos danos causados à instituição municipal e aos cidadãos envolvidos nas atividades processuais e que tivessem sido, de alguma forma, prejudicados.

11. Das fontes romanas, a ciência jurídica baixo-medieval havia retomado a figura do *Iudex qui litem suam facit*, que, como se recorda, estava compreendida na categoria dos “quase-delitos”, chegando, *grosso modo* – ainda que com diferenciações que se podia encontrar em alguns intérpretes – a identificar três *fattispecie* de responsabilidade que davam margem a um igual número de formas de ressarcimento⁸: em primeiro lugar, a responsabilidade do juiz que tinha julgado mal *per imperitiam*, pelo que ele era punido com uma pena deixada ao arbítrio do juiz encarregado de avaliar seu comportamento (*religioni iudicantis*, segundo o que dispunha as *Institutiones* justinianeias⁹); depois era previsto o caso do juiz que dolosamente tivesse emitido uma sentença contrária à justiça, para o que era prevista a pena da *vera litis aestimatio* na esfera civil e da *retorquutio* na esfera penal (isto é, vinha imposta ao juiz a mesma pena que ele havia cominado ao inocente), e ainda, segundo Accursio, isso era acompanhado da infâmia¹⁰; e, por fim, a do juiz que tivesse emitido uma sentença injusta por corrupção, o que era punido com a perda do cargo e o pagamento do *quadruplum*. Nesses últimos dois casos, a doutrina era propensa a falar de uma responsabilidade *ex maleficio* do julgador¹¹, evoluindo na Idade Moderna para a unificação das duas *fattispecie*, com a previsão da pena consistente na condenação do juiz ao pagamento da *aestimatio litis* e das despesas.

⁸ Conforme NICOLINI, U. *Il principio di legalità nelle democrazie italiane*. Legislazione e dottrina politico-giuridica nell'età comunale. Milano: Marzorati, 1947. p. 456-458.

⁹ Na l. *Si iudex* Inst. De *Obligationibus, quae ex quasi delicto nascuntur* (Inst. 4.5 pr.): “*Si iudex litem suam fecerit non proprie ex maleficio obligatus videtur; sed quia neque ex maleficio, neque ex contractu obligatus est, et utique peccasse aliquid intelligitur, licet per imprudentiam: ideo videtur quasi ex maleficio teneri, et in quantum de ea re aequum religioni iudicantis videbitur poenam sustinebit*”.

¹⁰ Sobre esta qualificação, confira-se MIGLIORINO, F. *Fama e infamia*. Problemi della società medievale nel pensiero giuridico nei secoli XII e XIII. Catania: Editrice Giannotta, 1985.

¹¹ Lapidária a gl. *Litem suam* in l. *Si iudex*, cit.: “*Idest controversiam vel litigium, ut in id teneatur ipse in quo laesit aliquem: et hoc quando per ignorantiam, vel imperitiam [...]. Nam si dolo, tunc non habet locum hic titulus: sed ex maleficio tenetur, et sit infamis*”.

12. Ao longo do século XV (*Quattrocento*), com o triunfo da *communis opinio* e da chamada pragmatização (*prammattizzazione*) do direito comum¹², afirmou-se a regra segundo a qual o juiz deveria conformar suas decisões à opinião comum dos juristas (*communis opinio doctorum*¹³), para não expor-se ao risco do “*giudizio di sindacato*” (*A communi opinione non est recedendum*), uma vez que, em favor desta, subsistia uma espécie de presunção, ainda que *iuris tantum*, de veracidade¹⁴.

13. Em outros termos, segundo a avaliação unânime da *scientia iuris*, o juiz que se afastasse da opinião comum dos juristas sem uma forte razão, por sua imperícia, teria julgado em causa própria (*Iudex qui litem suam facit*); para isentar-se *a priori* de qualquer responsabilidade, ele deveria ter aderido, sem tardança, àquela opinião, ainda que pessoalmente não a dividisse por inteiro.

14. Em tal contexto, compreende-se como a imperícia na identificação e na aplicação do princípio do direito – isto é, da regra a seguir no caso em julgamento – acarretasse notáveis dificuldades para um juiz que, como já dito, nem sempre era um *expert* jurídico.

15. Uma precisa reconstrução da responsabilidade do juiz que tivesse julgado em causa própria, em consequência de errônea individualização da regra a aplicar, encontra-se no comentário de Bartolo da Sassoferrato à C. 7.49.2, em que, “segundo o vezo casuístico e por amor da maior completude possível”¹⁵,

¹² Quando ocorreu, no âmbito das obras jurídicas, “uma produção, em grande parte substitutiva daquela universitária, eminentemente ligada às exigências da prática forense” – segundo CAVANNA, A. *Storia del diritto moderno in Europa, I. Le fonti e il pensiero giuridico*. Milano: Giuffrè, 1982. p. 146.

¹³ N.T.: A expressão *communis opinio doctorum* (opinião comum dos doutores) era usada, no direito medieval e moderno, para expressar a opinião mais difundida entre os cultores da ciência jurídica, especialmente juristas e professores. Era especialmente relevante quando os textos eram passíveis de interpretações controvertidas. Nessas hipóteses, ganhava relevância a identificação do que consistia a “opinião comum dos doutores”, ou no sentido quantitativo, mas também no sentido qualitativo, já que alguns intérpretes tinham maior prestígio do que outros (Accursio e Bartolo, por exemplo). Em alguns momentos históricos, tal *communis opinio doctorum* exerceu papel de fonte subsidiária do Direito, como foi o caso de Portugal, sob as Ordenações Manuelinas. A República de San Marino ainda hoje segue o regime do direito comum e, portanto, a opinião comum dos doutores segue sendo fonte do Direito.

¹⁴ Como observou E. Cortese (*Il diritto nella storia medievale, II. Il basso Medioevo*. Roma: Il Cigno Galilei Galilei Edizioni di Arte e Scienza, 1995. p. 460), “a *opinio communis* sempre permaneceu apenas *probabilis* – ou seja, provida de boa idoneidade para a demonstração, portanto atendível –, mas não foi jamais *necessaria* (vinculante); todavia, no século XVI, concluiu-se que era perigoso para juízes e advogados não observar suas orientações: caso tivessem eles contrariado levemente uma *opinio communis*, podiam incorrer em danos e desgraças”.

¹⁵ Como referido por Nicolini (*Il principio di legalità*, cit., p. 461). Uma pontual reconstrução da análise bartoliana deste trecho também se encontra em CRESCENZI, V. *Communis opinio doctorum*. In: *El*

ele distingue dois casos de *imperitia iudicis* que acarretam a responsabilidade do juiz, que sofrerá uma pena cuja fixação é remetida, para usar as palavras da Inst. 4.5 pr., *religioni iudicantis* (isto é, a outro juiz chamado a avaliar o seu comportamento)¹⁶.

16. O primeiro caso ocorre quando ele tenha julgado *contra casum legis*: e aqui Bártolo distingue entre a hipótese em que o juiz tenha errado ao interpretar uma lei obscura e difícil, na qual *mitius punietur* [pune-se de forma branda], e aquela em que ele se encontrava frente a uma lei fácil e de claro significado, situação na qual deveria ele ser punido mais severamente.

17. O segundo caso se configura quando o juiz tenha errado em uma matéria na qual coexistiam opiniões doutrinárias divergentes, escolhendo uma opinião “mala” e não seguindo aquela que *ab omnibus communiter approbatur et communiter observatur*.

18. Conclui, enfim, o mestre marchigiano¹⁷ que se deveria excluir qualquer responsabilização para o juiz quando sobre a matéria objeto da demanda subsistissem *opiniones ita fortes, quod quandoque observatur una et quandoque servatur altera*: em tal hipótese, de fato, a lei se afigura incerta, e o juiz, que erra na individualização do princípio a aplicar, deve ser, portanto, escusado.

19. Trata-se, portanto, segundo Bártolo, de verificar a subsistência da *communis opinio*, a qual, sendo um remédio endojurisprudencial para garantir um mínimo de certeza do direito no *mare magnum* das opiniões doutrinárias, deve ser vista, definitivamente, como “instrumento de certificação e racionalização do direito vigente [...] destinada a predeterminar as possíveis interpretações de um instituto ou de normas singulares concretamente invocáveis no âmbito de um processo”¹⁸; um instrumento, em suma, que representa um vínculo objetivo para o julgador no exercício da jurisdição.

“*ius commune*” com dret vigent. L’ experiència judicial d’ Andorra i San Marino. Actes del I simposi jurídic Principat d’ Andorra/ República de San Marino, II, Andorra, Institut d’ Estudis Andorrans, 1994. p. 694/698, e mais amplamente, Id., *La communis opinio doctorum e l’ auctoritas rerum similiter iudicatarum nell’ esperienza di diritto comune vigente nella Repubblica di San Marino*. In: *Initium*, revista catalana d’ història del dret, 3, p. 599/602, 1998. Também aborda o tema GRANDÓN, J. Barrientos. El *mos italicus* en un jurista indiano: Francisco Carrasco del Saz (157-1625). *Ius fugit*, revista interdisciplinar de estudios histórico jurídicos, 2, p. 50-51, 1993.

¹⁶ Bartolo da Sassoferrato, *In l. De eo C. De poena iudicis qui male iudicavit* (C. 7.49.2). In: Id., *Commentaria in secundam Codicis partem*, Lugduni, Excudebat Dionysius Harsaeus, 1550, fo. 86 ra-vb, n. 3-6.

¹⁷ N.T.: nascido na região italiana denominada *Marche*, localizada na costa centro-oriental da península.

¹⁸ ROSSI, G. La forza del diritto: la *communis opinio doctorum* come argine all’ *arbitrium iudicis* nel processo della prima età moderna. In: *Il diritto come forza*. La forza del diritto. Le fonti in azione nel diritto

20. De outra parte, à medida em que se aproxima da Idade Moderna e o juiz assume cada vez mais uma qualificação profissional, o maior tecnicismo das questões jurídicas passa a impor-lhe, de maneira mais rigorosa, a necessidade de conhecer as opiniões doutrinárias e suas aplicações.

21. Como emblematicamente foi escrito, exigia-se ao juiz que possuísse dois tipos de sal: o “sal da sabedoria”, para não ser insípido, e o “sal da reta consciência”, para não se tornar diabólico¹⁹; faltando o primeiro – que se obtinha especialmente com o conhecimento e a precisa aplicação da *communis opinio*²⁰ – ele teria julgado *per imperitiam* e deveria ser submetido à punição determinada pelo seu superior, enquanto, faltando o segundo, ele teria dolosamente julgado mal e, portanto, deveria ser condenado ao integral ressarcimento dos danos.

3 ALGUMAS PERSPECTIVAS ATUAIS

22. Como acabamos de ver, na experiência de direito comum a errônea interpretação das normas expunha o juiz à responsabilização: uma característica, esta, que parece ter sido mantida, inclusive, em alguns ordenamentos em que ainda vigora aquele sistema, embora atualmente se deva levar em conta o princípio da independência da magistratura e da sua sujeição somente à lei, como afirmado nos modernos ordenamentos constitucionais.

23. Todavia, a assim chamada “cláusula de salvaguarda”²¹ – que daria substância ao princípio acima citado e dá tanta margem a discussões também na Itália, a ponto de atrair as críticas da Corte de Justiça da União Europeia

europeo tra medioevo ed età contemporanea. Organizado por A. Sciumè. Torino: Giappichelli, 2012. p. 43.

¹⁹ Imagem que se encontra em vários autores – dos autores do *quattrocento*, Barbazza e Giason del Maino, aos autores do *cinquecento*, Cravetta, Menochio, Tepato –, cuja primeira formulação é provavelmente originária de Baldo; conforme Nicolini, *Il principio di legalità*, cit., p. 463, e M. Meccarelli, *Arbitrium. Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*, Milano: Giuffrè, 1998, p. 345, nt. 110.

²⁰ Significativo a este propósito o que se lê em um célebre tratado relativo ao juiz que queria ser perfeito: entre as tantas características, que vão da castidade a ser inexorável (inflexível, que não cede a pressões), aparece aquela de ser *librorum cumulo circumdatus, et studens*; conforme G. Alvarez de Velasco (séc. XVII), *Judex perfectus seu de judice perfecto Christo Jesu, Lausonii et Coloniae Allobrogum, Sumptibus Marci-Michaelis Bousquet et Sociorum*, 1740, rubr. 15, ann. 1, p. 280-297, um compêndio do qual se encontra em M. A. Savelli (1624?-1695), *Summa diversorum tractatum*, I, Venetiis, Apud Paulum Balleonium, 1707, p. 16-30, de cujo epílogo (p. 30) é extraída a citação entre vírgulas.

²¹ Na legislação italiana, confira-se o art. 2º da Lei nº 117, de 13 de abril de 1988, bem como o art. 2º, segunda parte, do Decreto Legislativo nº 109, de 23 de fevereiro de 2006.

(sentença de 24 de novembro de 2011, caso *Commissione/Italia*)²² – pode prestar-se a mal entendidos, se transportada *de plano* para ordenamentos que ainda observam o direito comum.

24. Afirmar, de fato, que, “no exercício das funções judiciárias, a atividade de interpretação das normas de direito e de valoração dos fatos e das provas não dá margem a responsabilidade” – como expressa o art. 15, segunda parte, da Lei sobre o Ordenamento Judiciário (Lei nº 83, de 28 de outubro de 1992), da República de São Marinho – acaba por acarretar, ao menos à primeira vista, a ineficácia do *giudizio di sindacato* que aquela mesma lei havia previsto no precedente art. 14²³.

25. E, sobretudo, naquilo que diz respeito à jurisdição civil e comercial²⁴, aparece, em estridente contraste com o princípio da sujeição do juiz somente à lei, o fato de que, nestes ordenamentos [sujeitos ainda ao direito comum], ele não somente deve conhecer e aplicar o direito editado pelo poder político (leis e consolidações), mas também o *ius commune* – ou seja, “o orgânico sistema normativo elaborado pela jurisprudência ao longo de séculos, com base no direito romano justiniano, no direito canônico e nos costumes”²⁵ – deste modo, produzindo ele próprio o direito.

26. Certamente, também nestes sistemas, a *produção* do direito por parte do juiz não pode ser equiparada *tout court* àquela proveniente do legislador, especialmente porque o direito comum é, por sua natureza, subsidiário em relação ao *ius proprium*; todavia, é indubitável que aqui, mais do que em outro lugar, revela-se com clareza inequívoca a natureza de mito do princípio

²² Um preciso resumo destas discussões encontra-se em ROMBOLI, R. La responsabilità del giudice nell'ordinamento costituzionale italiano. In: *Estudios sobre la responsabilidad jurídica*, cit., p. 194-213, com remissões bibliográficas (p. 219-220).

²³ Onde se prevê, exatamente, que os Magistrados “no curso do mandato podem ser chamados a responder mediante a *azione di sindacato*”, a qual pode ser promovida por iniciativa de “ao menos um terço dos componentes da Comissão Conciliar para os Negócios de Justiça” ou de “um quinto dos integrantes do Conselho Grande e Geral”. Sobre esta problemática, v. Crescenzi, *La communis opinio doctorum e l'auctoritas*, cit., p. 604-609.

²⁴ As considerações que estamos fazendo no texto concernem precipuamente à jurisdição civil *lato sensu*, uma vez que, em matéria penal, o direito comum foi suplantado pelo sistema codificado; para San Marino, v. Lei nº 17, de 25 de fevereiro de 1974, que promulgou o Código Penal vigente.

²⁵ Um direito jurisprudencial que, usando de forma aproximada a terminologia do moderno direito constitucional, pode ser enquadrado como *fonte cultural*. A definição entre vírgulas no texto foi extraída da *Giudice delle Appellazioni della Repubblica di San Marino* (G. Astuti), 30 de julho 1963, in *Giurisprudenza Sammarinese*, Anno III (1965), fasc. 1, p. 46.

iluminístico do “juiz boca da lei”. Se, de fato, esse é considerado ultrapassado há muito tempo também nos ordenamentos codificados ou de base legal²⁶, com maior razão deve ser negado naqueles ordenamentos que, ainda que tenham recepcionado os princípios do moderno constitucionalismo, ainda permanecem ancorados na tradição do direito comum, onde *ab immemorabili* ao juiz é reconhecido um amplíssimo poder discricionário para converter – como se disse inicialmente – o preceito abstrato (a ser identificado no interior de um sistema normativo muito complexo) em um preceito concreto.

27. Mas isto tem como imprescindível consequência que de tal tradição se extraíam os contrapesos ao exercício da jurisdição, que na sua falta se configuraria como exercício *arbitrário*: entre todos, a possível sujeição do juiz a um procedimento disciplinar (*sindacato*) – com a cautela inegociável de que seja presidido por órgão totalmente independentes do poder político – e, ainda antes disso, levar na devida conta a polissemia do termo “lei”, à qual o juiz está sujeito; com esse termo, no que diz respeito ao direito privado, não se deve entender apenas o direito de origem política, mas também o direito comum e, sobretudo, a *lex contractus*.

28. Como tive ocasião de afirmar em outro local²⁷, é exatamente este limite à atividade judicial que constitui uma característica peculiar da jurisdição civil do direito comum, em que as partes são livres na autodeterminação das suas relações jurídicas, seja sob o perfil da regulamentação, seja na individuação do *nomen iuris* atribuído à convenção²⁸. Disto deriva que ao juiz – e, de forma mais genérica, ao intérprete – não resta alternativa que não tomar conhecimento da escolha das partes, limitando-se a avaliar se o conjunto de interesses disciplinados não contrarie os ditames da *aequitas*, elemento central de todo o sistema jurídico; e, somente no caso em que tenha havido uma violação desta, ele poderá colocar

²⁶ Neste sentido: ROMBOLI. *La responsabilità del giudice*, cit., p. 211.

²⁷ Cf. LANDI, A. *Inderogabilità dell'autonomia privata e rilevanza delle sopravvenienze*. Un'indagine sulla cosiddetta *clausula rebus sic stantibus* nel maturo diritto comune. In: CIENFUEGOS, C. Soriano (Coord.). *Pacta sunt servanda y rebus sic stantibus*. Desarrollos actuales y perspectivas históricas. Memorias del Coloquio Internacional de Derecho Privado – Ciudad de México, 29 y 30 de enero de 2014. México D.F.: Universidad Panamericana-Editorial Novum, 2015. p. 57-70.

²⁸ Nestes termos, cf. SANTARELLI, U. *La categoria dei contratti irregolari*. Lezioni di storia del diritto. Torino: Giappichelli, 1990. p. 145-155.

em discussão a *lex contractus*, e, portanto, intervir a fim de que seja restabelecido o equilíbrio substancial que fora violado com a pactuação iníqua²⁹.

29. Na “aldeia global” da sociedade do século 21, quando cada vez mais o tráfego comercial se expande para além das fronteiras nacionais e se abre a uma dimensão supraestatal e até mesmo mundial, ao juiz de cada ordenamento é exigido, então, que exerça *responsavelmente* aquela *ars boni et aequi* que constitui a essência da jurisdição, deixando de lado as reconfortantes mitologias do passado – sobretudo a estatalidade do direito (e a conseqüente pretensão de identificar o direito com a lei), o formalismo e o silogismo judicial – e passe olhar mais para a concretude da experiência jurídica e ser, assim, um verdadeiro dispensador de justiça³⁰.

30. Nessa perspectiva – se nos é consentido dizer à guisa de conclusão –, também uma robusta ciência jurídica é chamada a recriar aquela simbiose dialética entre doutrina e juízes que, se foi o cimento para a construção do edifício jurídico do *utrumque ius*³¹ medieval, poderá sê-lo igualmente – muito além de

²⁹ Sobre o tema, permanece fundamental o texto de GROSSI, P. *Ricerche sulle obbligazioni pecuniarie nel diritto comune*. Milano: Giuffrè, 1960. p. 91-192. Para um exemplo deste modo de raciocinar, veja-se *Rota florentina, Florentina rescissionis donationis, die 10 Maii 1669, coram F. Burghesio*. In: *Selectarum Rotae florentinae decisionum thesaurus ex bibliotheca Iohannis Pauli Ombrosi*, XII, Florentiae, Ex typographia Bonducciana, 1785, dec. 19. p. 130-145, onde as partes haviam definido *donatio*, um contrato no qual o presumido doador transferia certos bens aos próprios irmãos “desejando acertar-se” com esses, em razão de desavenças patrimoniais anteriores; a Rota, não podendo desconhecer a qualificação jurídica dada à convenção entre as partes, a definiu não como *donatio simplex* – isto é, proveniente *ex mera liberalitate* –, mas *donatio correspectiva*, em relação à qual se podia inclusive admitir a rescisão por lesão, evidentemente não proponível contra uma doação verdadeira e própria. (N.T. “Rota” era a denominação dada a grandes tribunais existentes na Itália, a partir do início da Idade Moderna. Ainda hoje é o nome que se dá ao tribunal eclesiástico da Santa Sé – Tribunal da Rota Romana (*Tribunal Rotae Romanae*), que funciona como instância recursal junto ao Vaticano)

³⁰ Como escreveu um juiz atento à dimensão histórica do direito: “A justiça jamais poderá dispensar a apreciação judicial e, portanto, de seres humanos, em carne e osso, que avaliam o comportamento de outros seres humanos, sempre em carne e osso; embasados na lei, é claro, mas também avaliando as singulares circunstâncias do caso e encarando as pessoas no rosto” (GARRÉ, R. *Un apprezzamento poco apprezzato?* In: *Justice-Justiz-Giustizia*, 2014/2, p. 3).

³¹ N.T.: A expressão latina *utrumque ius* (um e outro direito) designava o direito civil e o direito canônico, ambos universais, e de cujo íntimo relacionamento derivou o direito comum. Era comum, no período medieval, os estudiosos frequentarem tanto os cursos jurídicos quanto os cursos de direito canônico, ministrado nas faculdades de teologia. Quem assim procedia, recebia o título de *doctor utriusque juris*. Hoje, tal título ainda é obtido junto à Pontifícia Universidade de Latrão, no Vaticano, após um período de seis anos de estudo, bem como pelas Universidades de Wuerzburg (Alemanha) e de Fribourg (Suíça).

nostálgicos e caprichosos transplantes daquela experiência – na edificação de uma nova ordem jurídica para a moderna sociedade globalizada.

Submissão em: 14.01.2016

Aceito em: 16.05.2016

**DIREITO CONSTITUCIONAL AMBIENTAL E
INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA: A PROTEÇÃO JURÍDICO-
-CONSTITUCIONAL PARA UM MEIO-AMBIENTE
ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO**

*ENVIRONMENTAL CONSTITUTIONAL LAW AND SYSTEMATIC
INTERPRETATION: A LEGAL AND CONSTITUTIONAL PROTECTION FOR
THE BALANCED ENVIRONMENT*

Graziela Maria Rigo Ferrari¹

Advogada no RS

ÁREA(S) DO DIREITO: direito ambiental; direito constitucional.

RESUMO: O trabalho se propõe a analisar a interpretação dada ao art. 225, *caput*, § 1º, inciso VII da Constituição Federal a partir de um caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal na perspectiva do chamado direito constitucional ambiental e a nova hermenêutica, evidenciando o caráter meta individual do objeto de proteção bem como a tutela jurídica autônoma que lhe é atribuída.

PALAVRAS-CHAVE: meio ambiente; proteção constitucional; interpretação sistemática.

ABSTRACT: *This article aims at analyzing the Supreme Court interpretation of the Article 225, caput, § 1., Section VII of the Federal Constitution, related to the so-called environmental constitutional law and the new hermeneutic, to show the “meta individual” character concerns both to the object of protection and the autonomous legal protection.*

KEYWORDS: *environment; constitutional protection; systematic interpretation.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Relatório do julgamento da ADIn 1.856/RJ; 2 Direito constitucional ambiental e interpretação sistemática; Conclusão; Referências.

¹ Especialista em Processo Civil pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Especialista em Direito de Família pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Mestranda em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. *E-mail:* graziela.ferrari@acad.pucrs.br. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/7586698186827173>.

SUMMARY: *Introduction; 1 Trial report of ADIN 1,856/RJ; 2 Environmental constitutional law and interpretation systematic; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

O ordenamento constitucional brasileiro positivou direitos que visam a dignificar não apenas o homem, mas igualmente outros seres da Natureza e que compõem o meio ambiente saudável e sustentável que se pretende para as gerações presentes e futuras.

O presente artigo propõe-se a evidenciar que este meio ambiente é dotado de *status* de direito fundamental e, como tal, goza de toda a proteção que implique a preservação de sua integridade, inexistindo espaço para lacunas ou exceções.

Desta forma, no item 1, parte-se da descrição de um caso colhido da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em que se evidenciam os principais aspectos do debate travado na Alta Corte sobre a constitucionalidade ou não da Lei Estadual nº 2.895, de 20 de março de 1998, do Estado do Rio de Janeiro, a qual autorizava a chamada rinha de galo, em face do art. 225, § 1º, inciso VII, da Constituição Federal.

Em seguida, no item 2, passa-se ao enfrentamento do tema direito constitucional ambiental e a chamada interpretação sistemática a fim de demonstrar que o ambiente saudável, no qual se incluem todos os seres da fauna e flora, requer, para sua proteção, a compreensão não apenas do alcance dos termos dos dispositivos legais atinentes, mas também o conjunto de princípios e valores que informam a Carta de 1988 com sua carga eficaz devidamente apreendida.

Estabelecidos tais parâmetros, apresenta-se a conclusão.

1 RELATÓRIO DO JULGAMENTO DA ADIN 1.856/RJ

(Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1856/RJ, Tribunal Pleno, julgada em 26 de maio de 2011)

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral da República com a finalidade de questionar a validade jurídico-constitucional da Lei Estadual nº 2.895, de 20 de março de 1998, do Estado do

Rio de Janeiro², editada com o objetivo declarado de legitimar a realização de exposições e de competições entre aves não pertencentes à fauna silvestre e defender o patrimônio genético da espécie *gallus-gallus*.

Encontra-se assim ementada:

Ação direta de inconstitucionalidade. Briga de galos (Lei fluminense nº 2.895/1998). Legislação estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa. Diploma legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga. Crime ambiental (Lei nº 9.605/1998, art. 32). Meio ambiente. Direito à preservação de sua integridade (CF, art. 225). Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade. Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade. Proteção constitucional da fauna

² Lei Estadual nº 2.895/1998: “Art. 1º Fica autorizada a criação e a realização de exposições e competições entre aves das Raças Combatentes em todo o território do Estado do Rio de Janeiro, cuja regulamentação fica restrita na forma da presente lei. Art. 2º As atividades esportivas do galismo inerentes à preservação de aves das Raças Combatentes serão realizadas em recintos e/ou locais próprios nas sedes das Associações, Clubes ou Centros Esportivos denominados rinhadeiros. Art. 3º Todas as Associações, Clubes ou Centros Esportivos seguirão as normas gerais da presente lei, e, supletivamente, cabendo a *Federação Esportiva e de Preservação do Galo Combatente do Estado do Rio de Janeiro*, na forma estatutária, elaborar regulamentos anuais desta atividade esportiva, de forma a viabilizar a preservação desta espécie nos campeonatos realizados anualmente nas Sedes das Associações. Art. 4º A devida autorização para a realização dos eventos (exposições e competições) programadas anualmente pelas Associadas será obtida por requerimento à autoridade competente local da Guarnição e ou Agrupamento de Incêndio (Corpo de Bombeiro) sob a forma de um Alvará (Certificado de Registro) após ter sido efetuado o pagamento da(s) taxa(s) ao erário. Art. 5º Os locais onde se realizarão os eventos deverão ser vistoriados anualmente pela autoridade competente antes de fornecer o Alvará como medida preventiva de proteção e segurança dos sócios frequentadores. Art. 6º Um médico veterinário e/ou assistente capacitado atestará, antes das competições, o estado de saúde das aves que participarão do evento. Art. 7º Em se tratando de competições internacionais com aves vindas do exterior, haverá um período mínimo de 72 horas para uma observação médica, mesmo que as aves venham acompanhadas de atestado de saúde. Art. 8º Fica terminantemente vedada a prática desta atividade em locais próximos a Igreja, Escola ou Hospital, se observando a distância mínima de 80 metros a fim de resguardar o silêncio, a ordem e o sossego público. Art. 9º Nos locais onde se realizam as competições, é vedada a permanência de menores de 18 anos, a não ser quando acompanhadas dos pais ou responsáveis diretos. Art. 10. A Federação Esportiva e de Preservação do Galo Combatente do Estado do Rio de Janeiro normatizará em 30 dias, contados da vigência desta lei, o ingresso e a autorização para funcionamento de Associações, Clubes ou Centros Esportivos. Art. 11 Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário”.

(CF, art. 225, § 1º, VII). Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural. Reconhecimento da inconstitucionalidade da lei estadual impugnada. Ação direta procedente. Legislação estadual que autoriza a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes. Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna. Inconstitucionalidade. A promoção de briga de galos, além de caracterizar prática criminosa tipificada na legislação ambiental, configura conduta atentatória à Constituição da República, que veda a submissão de animais a atos de crueldade, cuja natureza perversa, à semelhança da “farra do boi” (RE 153.531/SC), não permite sejam eles qualificados como inocente manifestação cultural, de caráter meramente folclórico. Precedentes. A proteção jurídico-constitucional dispensada à fauna abrange tanto os animais silvestres quanto os domésticos ou domesticados, nesta classe incluídos os galos utilizados em rinhas, pois o texto da Lei Fundamental vedou, em cláusula genérica, qualquer forma de submissão de animais a atos de crueldade. Essa especial tutela, que tem por fundamento legitimador a autoridade da Constituição da República, é motivada pela necessidade de impedir a ocorrência de situações de risco que ameacem ou que façam periclitare todas as formas de vida, não só a do gênero humano, mas, também, a própria vida animal, cuja integridade restaria comprometida, não fora a vedação constitucional, por práticas aviltantes, perversas e violentas contra os seres irracionais, como os galos de briga (*gallus-gallus*). Magistério da doutrina. Alegação de inépcia da petição inicial. Não se revela inepta a petição inicial, que, ao impugnar a validade constitucional de lei estadual: (a) indica, de forma adequada, a norma de parâmetro, cuja autoridade teria sido desrespeitada; (b) estabelece, de maneira clara, a relação de antagonismo entre essa legislação de menor positividade jurídica e o texto da

Constituição da República; (c) fundamenta, de modo inteligível, as razões consubstanciadoras da pretensão de inconstitucionalidade deduzida pelo autor; e (d) postula, com objetividade, o reconhecimento da procedência do pedido, com a consequente declaração de ilegitimidade constitucional da lei questionada em sede de controle normativo abstrato, delimitando, assim, o âmbito material do julgamento a ser proferido pelo Supremo Tribunal Federal. Precedentes.

O autor da ação sustentou a inconstitucionalidade do referido diploma sob o argumento de que tal regra – ao “autorizar a criação e a realização de exposições e competições entre aves de raças combatentes (fauna não silvestre)” – ofendeu o preceito contido no art. 225, *caput*, c/c seu § 1º, VII, da Constituição Federal.

Os fundamentos apresentados pelo Procurador-Geral da República são de que a lei estadual, ao invés de proteger a fauna e manter o ambiente ecologicamente equilibrado, possibilita a prática de competição que submete os animais a tratamento cruel, como é comum em brigas de galo, em flagrante violação ao comando constitucional que veda práticas cruéis envolvendo animais, revelando verdadeira antinomia entre o texto estadual e o texto constitucional bem como verdadeiro afastamento do legislador estadual da observância do princípio da intervenção estatal obrigatória na defesa do meio ambiente, que torna compulsória a atividade de órgãos e agentes estatais.

A Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, instada a prestar esclarecimentos, com base no inteiro teor do processo legislativo que deu origem ao projeto da referida lei, manifestou-se pelo reconhecimento da plena validade constitucional desta, sob a justificativa primeira de que houve preocupação em regulamentar a atividade com o intuito de propiciar controle e fiscalização. Do ponto de vista social, trata-se de fator de integração de comunidades do interior do Estado a gerar apreciável número de empregos. No plano jurídico, considera como inexistente afronta à Constituição, visto que a competência para legislar sobre caça, pesca e fauna, a partir de 1988, não é exclusiva da União, limitando-se, a legislação federal, a estabelecer normas gerais sobre a matéria, enquanto os Estados e Distrito Federal, a estabelecerem normas suplementares. Por outra, como o objeto de proteção previsto no art. 225 da Carta Maior é a “fauna” em sentido lato, os animais domésticos ou domesticados, de cativeiro, criatórios ou de zoológico, não se incluem nesta qualificação, seguindo classificação adotada

pelo Ibama - Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis. Mas, ainda que se admitisse que o animal em questão “galo” pudesse ser incluído na classificação de fauna silvestre, o sentido semântico da expressão “[...] ‘vedada as práticas que [...] submetam os animais a crueldade’” é de “coibir práticas em que há ação do homem contra o animal, assim como ocorre na caça, na ferra do boi, etc.”. No caso do “galismo”, as aves lutam sem interferência humana, por seu espírito atávico, sem que sejam forçadas a combater. Prossegue dizendo que, sob o “princípio da conservação das leis e atos normativos infraconstitucionais”, em existindo duas ou mais interpretações de um preceito legal, deve-se optar por aquele que, em conformidade com a Constituição, possa ser validada. Por fim, justificou que, no exercício de atividade discricionária política-legislativa, havia duas opções frente ao caso concreto: permanecer inerte, nada regulamentando ou disciplinar a atividade, tendo sido optado pela segunda em razão de regular poder de polícia.

O Governador do Estado do Rio de Janeiro, sucintamente, atacou a ação proposta sob argumentos técnicos de inépcia da inicial por ausência de indicação de quais dispositivos da lei seriam frontalmente contrários à Constituição Federal e em razão da narrativa dos fatos não apresentar conclusão lógica. Em se tratando de alegada crueldade contra animais, só pode ser constatada mediante produção de provas, o que, em sede de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, não é admissível. Quanto ao conteúdo da lei em si, não vislumbra onde estaria agredindo o meio ambiente, desprotegeria a fauna ou submeteria animais a tratamento cruel por práticas que, de acordo com os dispositivos citados da Constituição, sejam definidas “na forma da lei”. Essa indefinição é que deixa ao crivo do contexto probatório, pois, ante a ausência de tipificação legal, leva à subjetividade e arbítrio, desta feita contrariando o art. 5º, II, da Constituição Federal, que prevê que nenhuma conduta terá comando senão o da lei, em consonância com o princípio da democracia, do art. 1º da Constituição Federal.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em caráter liminar, deferiu a suspensão dos efeitos da lei até o final julgamento da ação.

O Advogado-Geral da União, acolhendo as manifestações da Assembleia Legislativa e do Governador do Estado, opinou pela improcedência.

O Ministério Público Federal, de seu turno, opinou pela procedência, mediante parecer que apontou o afastamento da alegada inépcia da inicial pela desnecessidade de impugnação específica de cada dispositivo da lei atacada,

visto que a inconstitucionalidade encontra-se presente em todo o texto legal, conforme demonstrado pelo autor da ação. No mérito, sustentou que o art. 225, § 1º, VII, da Constituição Federal, que proíbe a submissão de animais a práticas cruéis, abrange todos os exemplares da fauna, mesmo que domesticados ou em cativeiro.

Seguiram-se, então, os votos dos Ministros da Corte.

O voto do ministro relator, Celso de Mello, principia apreciando a questão preliminar de inépcia ressaltando que a inicial respeita a exigência que se contém no art. 3º da Lei nº 9.868/1999³ (que trata da ação direta de inconstitucionalidade), visto que *impugna* a validade constitucional da lei fluminense, *indica* a norma parâmetro por ela transgredida (art. 225, § 1º, VII, da CF), *estabelece* a situação de antagonismo entre a lei e o texto constitucional e *fundamenta* as razões da pretensão de inconstitucionalidade, delimitando, assim, o âmbito material. Fez menção expressa ao argumento do Governador do Estado do Rio de Janeiro acerca da necessidade de provas, para dizer que “crueldade” não indica tal requisito, especialmente em se tratando de “briga de galos”, onde sabidamente as aves sofrem ferimentos quando em combate. Por outra, aponta a desnecessidade da impugnação a cada um dos 11 (onze) artigos da lei estadual em exame, pois restou evidenciado que o Estado do Rio de Janeiro objetivou disciplinar a “briga de galos” mediante diversas regras contidas na lei em questão, com o intuito de viabilizar a prática de “competições entre aves das raças combatentes (fauna não silvestre)” e para preservar e defender o patrimônio genético da espécie *gallus-gallus*. Uma vez que todos os artigos da lei acham-se vinculados a tornar viável tal prática que o ordenamento positivo brasileiro considera ilícita e criminosa (art. 32 da Lei nº 9.605/1998)⁴, o diploma não pode subsistir em sua integralidade.

Na questão de fundo, o relator aponta que o constituinte objetivou, com a regra constante do inciso VII do § 1º do art. 225 da Constituição Federal⁵,

³ Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999: “Art. 3º A petição indicará: I - o dispositivo de lei ou ato normativo impugnado e os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações; II - o pedido, com suas especificações”.

⁴ Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998: “Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa. § 1º Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos. § 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal”.

⁵ CF/1988: “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1º Para assegurar a efetividade

assegurar a “efetividade do direito fundamental à preservação da integridade do meio ambiente” através de um “conceito amplo e abrangente” das noções de meio ambiente natural, cultural, artificial (espaço urbano) e laboral. Além disso, veiculou conteúdo impregnado de alto significado ético-jurídico que se justifica por sua própria razão de ser no sentido de impedir a ocorrência de situações de risco que ameacem ou façam periclitarem todas as formas de vida, incluindo-se a animal, cuja integridade restaria comprometida por práticas aviltantes, perversas e violentas. Tal norma estabelece íntima conexão com a própria subsistência do gênero humano em um meio ambiente ecologicamente equilibrado e configura uma das prerrogativas asseguradas às formações sociais contemporâneas, que se qualifica por seu caráter de “metaindividualidade”, que é o reconhecimento de que “*todos* têm direito ao meio ambiente equilibrado”. Trata-se de “típico direito de terceira geração”, que assiste de modo “subjetivamente indeterminado” a todo gênero humano e que justifica a obrigação que incumbe “ao Estado e à própria coletividade” de “defendê-lo e preservá-lo em benefício das presentes e futuras gerações”.

Discorre que o meio ambiente, hoje, transcende o ambiente doméstico do direito nacional e projeta-se em declarações internacionais refletindo o compromisso de todos com esse direito fundamental que assiste a toda a Humanidade. Trata-se de patrimônio público a ser protegido pelos organismos sociais e instituições estatais, caracterizando-se como uma prerrogativa de titularidade coletiva.

Invoca precedentes e, em especial, enfatiza que há quase 60 (sessenta) anos a Corte Suprema do País já enfatizava que as “brigas de galos” se configuravam em atos de crueldade contra referidas aves.

Ressalta que o preceito constitucional apontado, em cláusula genérica, vedou “*qualquer forma* de submissão de animais a atos de crueldade”, sejam silvestres, domésticos ou domesticados, destacando que os galos de briga acham-se abrangidos pelo conceito genérico de fauna, encontrando apoio, ainda, na legislação ambiental (Lei nº 9.605/1998).

Afasta a pretensa justificação de atividade desportiva, prática cultural ou expressão folclórica classificando-as como clara tentativa de fraudar a aplicação da norma constitucional.

desse direito, incumbe ao poder público: [...] VII – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade”.

Valendo-se do parecer do Subprocurador-Geral da República, destaca que a tese de que animais domesticados não estão abrangidos pela proteção constitucional não se sustenta, pois não haveria qualquer sentido para que o legislador constituinte tivesse resolvido permitir que essa “categoria” da fauna pudesse ser objeto de crueldade, assim como a alusão da inexistência de interferência humana contraria as informações de entidades ambientalistas acerca de toda uma preparação e condicionamento dos animais para o combate, o que é conduzido por um treinador, cujos métodos, segundo tais informações, submetem o animal a uma rotina estafante, longe de ser mero espírito combativo, restando patente o envolvimento humano.

Por essas razões, o voto do relator foi pela procedência da ação.

Iniciaram-se debates, primeiramente a partir do voto divergente do Ministro Dias Toffoli opinando pela improcedência da ação sob o argumento de que a referência “na forma da lei” do inciso VII do art. 225 remeteria à legislação ordinária a competência para estabelecer a proteção e gradação, devendo a ponderação ser feita pelo legislador, e não pelo Judiciário. Seguiram-se manifestações dos Ministros Ayres Britto, Celso de Mello e Dias Toffoli, tendo Ayres Britto acompanhado o relator mediante o argumento de que a expressão “na forma da lei” deve ser interpretada conjuntamente com o preâmbulo da Constituição Federal que alude a uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Fraternidade, no seu entender, remete a não conviver com crueldade, mormente a que conduz ao derramamento de sangue, mutilação ou morte. Como o jogo em questão só vale até que ocorra a morte de um dos contendores, trata-se de meio para chegar ao fim: morte. Equipare-se, em outros termos, à tortura.

O Ministro Luiz Fux manifestou-se para registrar que a Constituição Federal tem normatividade suficiente para superar lei infraconstitucional, tratando-se, o mencionado inciso VII, de regra-princípio ao que o Ministro Ayres Britto complementou para dizer que ausência de lei não é sinônimo para autorização de tortura de ser vivo.

O Ministro Marco Aurélio de Mello proferiu entendimento de que a lei estadual padece de vício de forma porque o tema deveria ser tratado por lei federal, ao que se seguiu a colocação do Ministro Gilmar Mendes sobre a necessidade de bem fundamentar a decisão, visto que, diante da invocação da ausência de lei federal, pudesse o legislador estadual autorizar a prática debatida. Seguiram-se comentários e a retificação de voto do Ministro Dias

Toffoli para inconstitucionalidade formal da lei em razão da existência de lei federal proibitiva, já vigente.

Deste ponto, novos debates foram travados sobre se a inconstitucionalidade seria formal ou material seguida de invocação de ofensa à dignidade da pessoa humana proposta pelo Ministro Cezar Peluso e acompanhada pelo Ministro Ricardo Lewandowski, ao que o Ministro Dias Toffoli acresceu dizendo que, havendo lei federal, realmente não caberia ao Estado autorizar o que está por ela vetado. Neste caso, seguindo raciocínio do Ministro Marco Aurélio de Mello, a inconstitucionalidade é formal.

O colegiado, então, passou à análise sobre a imposição ao Poder Público de atuar efetivamente coibindo tal prática, ao que se seguiu a manifestação da Ministra Carmen Lúcia para dizer que o *caput* do art. 225 aponta para algo que é “um passo adiante no constitucionalismo brasileiro, que são os deveres da sociedade”. Neste sentido, e forte no § 1º, a sociedade tem de ser democrática para que se tenha um Estado democrático, e, se assim for necessário, deverá o Poder Público atuar para este fim.

Ao final, a votação encerrou-se de forma unânime para julgar procedente a ação direta e declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 2.895/1998 do Estado do Rio de Janeiro.

2 DIREITO CONSTITUCIONAL AMBIENTAL E INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA

Desimporta ao presente trabalho adentrar na questão técnica atinente ao argumento de inépcia da inicial, visto que o objetivo que se busca na apresentação de tal jurisprudência é a questão da interpretação dada ao art. 225, *caput*, § 1º, VII, da Constituição Federal na perspectiva do chamado direito constitucional ambiental.

Deste modo, passa-se diretamente à questão de fundo.

Profundas modificações se operaram nas sociedades através do reconhecimento, em caráter universal (exceção a algumas nações ainda arraigadas em conceitos arcaicos e de visão autoritária), de qual o bem maior a ser protegido: não mais o patrimônio, mas a pessoa humana.

Em vista da mudança do paradigma, o ordenamento jurídico como um todo, e nele se inclui o brasileiro, precisou ser revisto, e novas conformações, especialmente de caráter principiológico e valorativo, foram paulatinamente

sendo construídas, a exigir dos intérpretes posições renovadas, no abandono de um conceito de mera busca do sentido de determinada expressão ou regra, no mais das vezes não conforme com as necessidades de seus destinatários.

De fato, se nos encontramos diante de novos padrões em que coexistem regras, valores e princípios de caráter fundamental para os quais as primeiras precisam estar voltadas, não mais se afigura possível uma interpretação que não considere o todo, daí que o primeiro aspecto a chamar a atenção no acórdão, e que se deu por iniciativa do Ministro Ayres Britto ao final seguido pela Ministra Carmen Lúcia, foi de que a norma constitucional invocada pelo autor da ação (art. 225, § 1º, VII, da CF) insere-se em um contexto maior, e em conformidade e consonância com esse contexto é que precisa ser examinada e compreendida.

Em verdade, trata-se de validar a proposta preconizada por renomados autores, e aqui se evocam as lições de Juarez Freitas⁶, de uma interpretação sistemática do Direito, em um verdadeiro diálogo de fontes na busca da melhor solução para as controvérsias que se apresentam diuturnamente e das inúmeras facetas da vida moderna.

Segundo Freitas, tem-se por sistema

[...] uma rede axiológica e hierarquizada topicamente de princípios fundamentais, de normas estritas (ou regras) e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias em sentido lato dar cumprimento aos objetivos justificadores do Estado Democrático, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição. (2010, p. 56 – grifo no original)

Partindo-se dessa premissa, impõe-se reconhecer que a Constituição Federal de 1988 apresentou novos contornos à sociedade brasileira.

Instituiu-se o Estado Democrático de Direito (art. 1º), calcado em princípios fundantes como o da dignidade da pessoa humana⁷ (art. 1º, III), com objetivos, entre outros, da construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I)⁸.

⁶ FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. São Paulo: Malheiros, 2010.

⁷ Sobre o tema, vide, por todos: SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

⁸ Vide, sobre este aspecto, MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista de Direito Civil*, 65, p. 21-32, 1993. Disponível em: <http://buscalegis.ufsc.br>. Acesso em: 14 jul. 2010.

Foram proclamados direitos fundamentais, relacionados especialmente no art. 5º, mas que encontram postos em outros tantos artigos espalhados pelo ordenamento, positivando direitos de caráter universal que dignificam não apenas o homem, mas outros seres, como da Natureza, exatamente como se deu na questão do meio ambiente.

Estes, em especial, são os chamados direitos de terceira dimensão, voltada para os denominados “grupos”. Surgem a partir do reconhecimento da necessidade de proteção em escala maior de determinados direitos que são comuns à espécie humana e que independem de uma definição específica de seus titulares, de forma individualizada, embora possam, sim, ser invocados de forma individual. São também chamados direitos de *fraternidade* ou *solidariedade* cuja titularidade é coletiva, pois, ainda que não atinjam determinada pessoa em particular, possuem um potencial ofensivo a cada ser humano, a alguns ou a todos ao mesmo tempo⁹.

Ainda que de definição vaga, como atesta Norberto Bobbio¹⁰, na verdade, trata-se de uma resposta a movimentos de lutas, como se dá exatamente no campo ambiental, onde há uma inegável desconsideração ou negligência em compreender que o bem-estar da humanidade depende de ecossistemas saudáveis.

Resultado desses movimentos é que hoje, no dizer de Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer¹¹, a proteção ao meio ambiente desponta como novo “valor constitucional” (2013, p. 29), de sorte que, usando expressão cunhada por Pereira da Silva¹², pode-se falar em um “esverdear” da Teoria da Constituição e do Direito Constitucional.

Os autores propõem uma abordagem do tema na perspectiva de uma concepção “antropocêntrica jurídico-ecológica” que classificam como “o propósito de reconhecer o valor intrínseco inerente não apenas ao ser humano, como também a outras formas de vida não humanas (e a Natureza em si)”,

⁹ Vide ensinamentos de SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

¹⁰ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Regina Lyra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 25.

¹¹ SARLET, Ingo; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental - Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

¹² PEREIRA DA SILVA, Vasco. 2002, apud SARLET, Ingo; FENSTERSEIFER, Tiago, 2013.

ressaltando que tal “reconhecimento” conduz à atribuição de “uma dignidade para além da esfera humana”, além de permitir “a identificação de uma dimensão ecológica da própria dignidade da pessoa humana” (Sarlet; Fensterseifer, 2013, p. 40).

Nessa ótica, dizem:

A proteção de valores e bens jurídicos ecológicos imporá restrições aos próprios direitos e ao comportamento do ser humano, inclusive a ponto de caracterizar também deveres morais e jurídicos (o próprio direito ao ambiente possui um regime jurídico constitucional de “direito-dever-fundamental”). E isso não apenas para proteger outros seres humanos, mas de modo a afirmar valores e proteger bens jurídicos que transcendem a órbita humana. (Sarlet; Fensterseifer, 2013, p. 40)

E apontam o rumo adotado pelo constituinte de 1988 justamente no sentido contrário ao antropocentrismo clássico a partir dos próprios termos do art. 225 da Constituição Federal, o qual atribui uma tutela jurídica autônoma de bens específicos como a fauna, a flora, o bem-estar animal (Sarlet; Fensterseifer, 2013, p. 40).

Segundo esses autores, “na absoluta maioria das vezes, serão os mesmos fundamentos teóricos e instrumentos normativos disponíveis para promover a proteção da vida e da dignidade do ser humano que servirão para promover a proteção ecológica” (Sarlet; Fensterseifer, 2013, p. 42).

Nesta altura, tem-se que o art. 225, *caput*, § 1º, VII, da Constituição Federal de 1988, quando faz referência à proteção da fauna e da flora, vedando práticas que coloquem em risco a função ecológica, provoquem extinção de espécies ou submetam animais a crueldades, por si só, apresenta carga normativa e garantidora suficiente para o fim colimado, pois impende seja lido e compreendido dentro do “sistema” e com o critério de fundamentalidade que os valores e princípios constitucionais lhe atribuem, daí que a invocação da Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro, assim como, em um primeiro momento, pelo Ministro Dias Toffoli, no sentido de que seria necessária uma lei infraconstitucional para lhe dar aplicabilidade, não encontra qualquer suporte.

Juarez Freitas¹³ defende que a dimensão jurídico-política da sustentabilidade (ou direito a um ambiente saudável) aponta para uma eficácia imediata e direta, independentemente de regulamentação (2012, p. 67).

Nesse sentido, a interpretação a ser dada à expressão “na forma da lei” não implica, por um lado, uma dependência de regulamentação para produção de efeitos, tampouco, por outro, uma permissividade de aberturas semânticas ou atribuições de exceções que contrariem o espírito protetivo colimado.

Na acertada proposição do voto do relator, Ministro Celso de Mello, “na forma da lei” já se encontra devidamente atendida através da legislação infraconstitucional ambiental (Lei nº 9.605/1998) que criminalizou determinadas condutas, nela se incluindo a prática de crueldade, que não pode ser outra senão a que permite o preparo de animais domésticos, como galos (sejam de que espécie for) para lutarem até a morte, mediante olhares ávidos de humanos, aguardando o resultado da banca de apostas.

Do mesmo modo o conceito fauna, como igualmente bem referido pelo Relator Ministro Celso de Mello, é “amplo e abrangente” e não se poderia imaginar que a Carta Constitucional, na absoluta contramão do que apregoa todo o sistema, pudesse considerar algum tipo de exceção por espécie ou categoria de seres do reino animal ou mesmo da flora, a fim de permitir qualquer das práticas mencionadas no artigo, como pretendeu o ente estatal, no caso, o Estado do Rio de Janeiro. Pelo contrário, como salientam Sarlet e Fensterseifer:

Parece difícil conceber que o constituinte, ao proteger a vida de espécies naturais, em face de sua ameaça de extinção, estivesse a promover unicamente a proteção de algum valor instrumental de espécies naturais; pelo contrário, deixou transparecer, em vista de tal consagração normativa, uma tutela da vida em geral nitidamente não meramente instrumental em relação ao ser humano, mas numa perspectiva concorrente e interdependente. Especialmente no que diz com a vedação de práticas cruéis contra animais, o constituinte revela, de forma clara, sua preocupação com o bem-estar dos animais não humanos e a refutação de uma

¹³ FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

visão meramente instrumental da vida animal. (2013, p. 90)

Ao que se acrescentam as palavras de Freitas: “Sustentável é a política que insere todos os seres vivos” (2012, p. 47).

De modo que a invocação a animal “domesticado”, “em cativeiro” ou “zoológico”, mostrou-se – como bem ressaltado no julgamento – uma descarada desculpa para permitir uma prática odiosa e ilegal.

Não menos inapropriada a menção de que se trataria de um “fator de integração de comunidades” como se estivéssemos vivendo em séculos passados, em meio a barbáries.

A “virada ecológica” que se opera, inclusive, na concepção dos direitos fundamentais e no próprio princípio da Dignidade da Pessoa Humana¹⁴, impõe fortes restrições ao exercício dos demais direitos fundamentais (liberais e sociais) (Sarlet; Fensterseifer, 2013, p. 43), de onde se conclui que este tipo de “manifestação popular” precisa, vez por todas, ser banida do meio social.

Como referem Sarlet e Fensterseifer, tal perspectiva, em verdade, evidencia o já mencionado caráter político-jurídico do legislador constituinte, que não apenas incluiu o direito ao ambiente saudável o *status* de direito fundamental, em sentido material e formal, como ainda impôs a orientação a partir do princípio da solidariedade (2013, p. 48), de modo que é dever de todos a tomada de consciência de que atos desta estirpe mostram-se totalmente dissociados da nova ordem constitucional, em especial, porque se opõem ao direito de uma coletividade que é de preservação do meio ambiental saudável.

Nesse aspecto, tanto pequenas comunidades como municípios e mesmo Estados (através de qualquer de seus órgãos) não se eximem da observância desses preceitos, tampouco encontram suporte para legislar contrariamente à orientação da Constituição Federal.

¹⁴ SARLET, Ingo. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 70. O autor apresenta o seguinte conceito de dignidade da pessoa humana: “Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em 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 corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida”.

Alertam Sarlet e Fensterseifer que “o novo modelo de Estado de Direito objetiva conciliar direitos liberais, sociais e ecológicos em um mesmo projeto jurídico-político para a comunidade estatal e o desenvolvimento existencial do ser humano” (2013, p. 56), assim como há inegável “preponderância de uma carga normativa prestacional” a exigir uma atuação estatal que perpassasse pela promoção de políticas públicas (Sarlet; Fensterseifer, 2013, p. 58).

Desta forma, a promoção de política pública que deve se dar em nível estadual e municipal se encontra exatamente na contramão do que estabeleceu a decantada lei estadual fluminense.

Impõe-se referir, igualmente, que o mesmo art. 225 da Constituição Federal tratou de abarcar não apenas o direito de uma coletividade presente, como também futura, anunciando novas titularidades com a “completa revisão das teorias clássicas dos direitos subjetivos” (Freitas, 2012, p. 68).

Enfatizando essa perspectiva, ressaltam Sarlet e Fensterseifer (2013, p. 51/52):

Cabe ao Direito e ao Estado (sem desconsiderar a responsabilidade de forma individualizada dos membros de determinada comunidade) sincronizar os “ritmos diferentes” – entre o ser humano e a Natureza; e entre as gerações presentes e as gerações futuras –, regulando responsabilidades e deveres para com “seres ainda virtuais, colocados em relação a nós, em relação aos nossos contemporâneos, numa situação de dependência radical e total assimetria”. O princípio da precaução revela bem essa responsabilidade para com as gerações futuras, colocando o jurista, de certa forma, como guardião do tempo e das vidas futuras, o que determina a função prospectiva do Direito em vista da resolução de conflitos futuros.

Ao que se somam as palavras de Freitas, quando aduz que:

Sustentabilidade é [...] princípio constitucional-síntese, não mera norma vaga, pois determina, numa perspectiva tópico-sistemática, *a universalização concreta e eficaz do respeito às condições multidimensionais da vida de qualidade, com o pronunciado resguardo do direito ao futuro.* (2012, p. 73 – grifo no original)

CONCLUSÃO

Por estas premissas, bem se vê que não apenas se mostra necessário o abandono de velhos hábitos interpretativos, visto que, no momento em que o ordenamento jurídico brasileiro lança a tutela da Natureza (aqui entendida em todas as suas facetas, flora e fauna) como um bem maior que se iguala em importância aos demais direitos tutelados em nível constitucional e com caráter de fundamentalidade, não há como fugir a necessárias ponderações, visto que, ainda que se reconheça a preponderância da proteção humana, em se tratando de violação ao meio ambiente como um bem maior que garanta a sobrevivência tanto da própria espécie humana como de tantas outras que fazem parte de um necessário equilíbrio ecológico, há de se dar a opção entre qual o bem jurídico a ser protegido, no caso concreto, o qual impõe ao intérprete, escolhas as quais terão, necessariamente, de ser devidamente motivadas e fundamentadas, sem descurar que a tomada de decisão envolve direitos subjetivos que dizem respeito às condições existenciais não apenas da geração presente, assim como das futuras.

Entre empregos, atividades comunitárias e socialização de pequenos grupos e a proteção ao meio ambiente, a ponderação necessária deve levar em conta direitos de todas as dimensões, com um olhar no preâmbulo da Constituição e no conjunto sistêmico de seus preceitos valorativos e principiológicos, os quais apontam para uma dignidade que abarca não apenas a figura humana, mas toda espécie de vida.

Deste modo, não mais é possível pensar em desenvolvimento sustentável que não leve em conta fatores múltiplos tais como políticos, sociais, econômicos, éticos, ambientais e mesmo jurídicos, seja na implementação e aplicação de políticas públicas, seja na prevenção e precaução a danos com vistas a garantir um meio ambiente saudável e uma sociedade mais justa e igualitária, repita-se, tanto para a geração presente quanto para as futuras, impondo-se as devidas responsabilidades a cada ente envolvido neste processo.

Uma vez compreendido que, em nível nacional, se está diante de um princípio de caráter constitucional que vincula a todos os participantes do Estado Democrático de Direito fundado a partir da Constituição Federal de 1988, e dadas as particularidades evidenciadas neste trabalho, a busca por uma nova interpretação jurídica também neste campo é medida que se impõe e que desafia o abandono de pré-compreensões ou automatismos capazes de induzir a erros de avaliação.

Na análise e interpretação do art. 225, *caput*, § 1º, VII, da Constituição Federal, tido por violado, outro destino não poderia ter sido dado à Ação Direta de Inconstitucionalidade da Lei Estadual fluminense nº 2.895, de 20 de março de 1998, que não fosse a procedência, ainda que, em um primeiro momento, houvesse algum duvidoso entendimento, dissociado do espírito da ordem constitucional, posteriormente suplantado, consoante se demonstrou acerca dos debates travados, bem como de uma compreensão mais clara acerca de uma interpretação hermenêutica que não pode se operar por compartimentos, tampouco pode ser relegada a normatizações infraconstitucionais.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Regina Lyra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.856/RJ. Requerente: Procurador-Geral da República. Intimados: Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro e Governador do Estado do Rio de Janeiro. Julgada procedente. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%281856.NUME.+OU+1856.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/lyp2fes>>. Acesso em: 1º dez. 2014.

_____. Lei nº 2.895, de 20 de março de 1998. Disponível em: <<http://www.alerj.rj.gov.br/processo2.htm/>>. Acesso em: 1º dez. 2014.

_____. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm>. Acesso em: 1º dez. 2014.

_____. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm>. Acesso em: 1º dez. 2014.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *Sustentabilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista de Direito Civil*, 65, 1993, p. 21-32. Disponível em: <http://buscalegis.ufsc.br>. Acesso em: 14 jul. 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental – Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

Submissão em: 26.07.2015

Aceito em: 17.05.2016

A LEI DE IMPRENSA: BREVE ANÁLISE SOBRE A POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DA ADPF 130

PRESS LAW: A BRIEF ANALYSIS OF SUPREME COURT POSITION IN JUDGING THE ADPF 130

Helen Lentz Ribeiro Bernasiuk¹

Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS

ÁREA(S) DO DIREITO: direito constitucional; liberdade de imprensa.

RESUMO: O presente estudo tem como objetivo a análise da posição do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, que tinha por fundamento a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 5.250/1967 - Lei de imprensa.

PALAVRAS-CHAVE: liberdade de expressão; lei de imprensa; não recepção; ADPF n. 130.

ABSTRACT: *This study aims to analyze the position of the Supreme Court in the judgment of accusation of breach of Fundamental Precept, which was founded in the Act declared unconstitutional 5250/67 - Press Law.*

KEYWORDS: *freedom of expression; press law; no reception; ADPF 130 n.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O caso; 2 A solução jurídica; 3 A liberdade de imprensa no contexto democrático brasileiro; 4 Direitos de dano da imprensa após o julgamento da ADPF 130;

¹ Especialista em Direito Civil pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Especialista em Direito Público pela Uniderp - Anhanguera e Assessora no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. E-mail: helenbernasiuk@gmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/4798723812833494>.

5 Direito de dano: causas de exoneração; 6 Direito de resposta: como fica?; Conclusão; Referências.

SUMMARY: Introduction; 1 The case; 2 The legal solution; 3 Freedom of the press in the Brazilian democratic context; 4 Rights damage to the press, after the trial of ADPF 130; 5 Right damage: free causes; 6 Right of reply: what now?; Conclusion; References.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objeto realizar uma breve análise do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da ADPF 130, bem como verificar, ainda que rapidamente, como fica a responsabilidade civil – direito de dano – da imprensa, já que a denominada Lei de Imprensa não foi recepcionada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

A não recepção da legislação pelo ordenamento jurídico brasileiro gera a necessidade de resolver conflitos decorrentes de simultânea necessidade de tutela constitucional de valores que se apresentem em contradição concreta.

Após o julgamento da ADPF 130, a hipótese de colisão entre liberdade de expressão, prevista no art. 5º, IX, da Constituição Federal, com outros direitos, como intimidade, honra e imagem (art. 5º, X, da CF), ambas as situações não sujeitas à reserva de lei, requerem do intérprete a difícil tarefa de análise dos casos concretos.

Deste modo, será realizada uma breve análise do julgamento e um panorama, do direito de dano, em face da imprensa.

1 O CASO

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130 ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT, com o objetivo de declarar inconstitucional a Lei nº 5.250/1967, que dispõe acerca da liberdade de manifestação do pensamento e de informações, denominada Lei da Imprensa.

Inúmeros dispositivos legais da referida norma foram contestados, ao argumento de que não teriam sido recepcionados pela nova ordem constitucional, em especial aos arts. 5º, IV, V, IX, X, XIII e XIV, e 220 a 223, e que outros dispositivos carecem de interpretação compatível. Ainda, o PDT fez um pedido alternativo, postulando a declaração de inconstitucionalidade total da lei.

Tudo isso para postular que as expressões “subversão da ordem política e social” e “perturbação da ordem pública ou alarma social” não sejam interpretadas como censura de natureza política, ideológica e artística, ou venham como liberdade de manifestação do pensamento e de expressão jornalística.

No que atine ao art. 37, requereu o emprego da técnica da “interpretação conforme a Constituição”, para deixar claro que o jornalista não é penalmente responsável por entrevista autorizada. À derradeira, tornou a postular o uso da técnica da “interpretação conforme” de toda a Lei de Imprensa, de maneira a rechaçar qualquer entendimento significativo de censura ou restrição às encarecidas de censura ou restrição às encarecidas liberdades de manifestação do pensamento e expressão jornalísticas.

Ainda, um dos pedidos alternativos foi o da não recepção da legislação no ordenamento jurídico brasileiro.

2 A SOLUÇÃO JURÍDICA

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130 foi julgada procedente, considerada não recepcionada pela nova ordem constitucional, a denominada Lei de Imprensa.

O ministro relator foi seguido por sete colegas da Corte, sendo que três ministros discordaram de pontos específicos do voto e apenas um ministro discordou totalmente do voto proferido pelo relator².

Entre os argumentos expostos pelo Ministro Ayres Britto no julgamento, um deles entendeu pela necessidade de ponderação de valores constitucionais para preservar as liberdades de expressão e de comunicação, ou seja, no caso de existir uma violação ao direito de personalidade, a indenização deve ser proporcional. Ainda, preconiza a impossibilidade de a liberdade sofrer qualquer restrição, porquanto ela deve ser plena.

Em seu voto, há uma vedação sobre a disposição, ao argumento de que as normas de imprensa possuem uma eficácia plena que impediria a sua

² Conforme se verifica da leitura do acórdão: “[...] acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em julgar procedente a ação, o que fazem nos termos do voto do Relator e por maioria de votos. [...] Vencidos, em parte, o Ministro Joaquim Barbosa e a Ministra Ellen Gracie, que a julgavam improcedente quanto aos arts. 1º, § 1º; 2º, *caput*; 14; 16, I, e arts. 20, 21 e 22, todos da Lei nº 5.250, de 09.02.1967; o Ministro Gilmar Mendes (Presidente), que a julgava improcedente quanto aos arts. 29 a 36, e vencido integralmente o Ministro Marco Aurélio, que julgava improcedente a ADPF em causa”.

regulamentação. Aduziu, também, a impossibilidade de uma interpretação conforme. Ademais, vedou a diferenciação de crimes.

O relator iniciou sua sustentação realizando uma interpretação comparativa (Haberle) ao aludir sobre a importância da imprensa na Constituição estadunidense. Afirma, em seu voto, que opta pelo método-hermenêutico concretizador (Hesse), porquanto faz uma análise que delimita o marco normativo constitucional, ao se referir que a imprensa é

objetivamente uma atividade [...] que, pela sua força de multiplicar condutas e plasmar caracteres, ganha a dimensão da instituição-ideia [...] e se põe com a mais rematada expressão do jornalismo como profissão, quer o jornalismo enquanto vocação ou pendor individual [...]. Donde a Constituição mesma falar de “liberdade de informação jornalística (§ 1º do art. 220), expressão exatamente igual à liberdade de imprensa”.

Afirma que a imprensa possui com a democracia uma relação mútua de dependência e retroalimentação. Preconiza que a liberdade de imprensa constitui núcleo duro do texto constitucional, razão pela qual não é possível ao Estado legislar sobre esses direitos, ainda mais fazendo isso no sentido de restringi-los. Entende que há uma proibição ao Poder Legislativo, não podendo a lei ou emenda à Constituição interferir nesse direito.

Ainda, assevera que a Lei de Imprensa foi concebida e promulgada em um período autoritário da história brasileira, regime este inconciliável com a democracia proclamada na Constituição de 1988.

Ao fim de seu voto, o ministro relator entende por acatar o pedido alternativo, a fim de declarar a lei não recepcionada em sua integralidade.

O Ministro Celso de Mello acompanhou o relator em alguns argumentos e divergiu de outros. Entendeu que não há direitos absolutos, bem como existem técnicas interpretativas para a colisão de direitos. Há, também, a possibilidade de utilização dos direitos fundamentais nas relações privadas. Asseverou a possibilidade de utilização de parâmetros para o direito de resposta, como o de que tenha o mesmo grau de importância da ofensa, que tenha uma imediatez e uma correlação lógica entre ofensa e resposta, ou seja, a resposta não pode conter expressões injuriosas.

Por sua vez, o Ministro Marco Aurélio votou pela improcedência, sob o fundamento de que, muito embora tenha sido aprovada a lei durante regime autoritário, sua substituição deveria ficar a cargo do legislador.

Joaquim Barbosa e Ellen Gracie julgaram pela procedência parcial; entenderam que os arts. 20, 21 e 22 da Lei de Imprensa, que abordava delitos penais no âmbito da comunicação pública e social, são compatíveis com a Constituição.

Gilmar Ferreira Mendes entendeu que a não recepção da lei deixaria um vazio normativo no que tange ao direito de resposta, isso porque, não obstante esteja constitucionalmente previsto, diversas regras específicas estavam contidas na lei. Preconiza o ministro a necessidade de ponderação a partir do caso concreto³:

[...] na jurisprudência da Corte Constitucional alemã, não há essa hierarquização entre direitos fundamentais. Essa é a premissa básica, de modo que a ponderação se faz a partir do caso concreto. Nós vamos encontrar - o Ministro Direito acabou de mencionar no seu voto - o Caso Lebach, em que a Corte Constitucional, considerando uma situação muito peculiar de um presidiário que estava na iminência de obter liberdade condicional e se via às voltas com o anúncio de um programa de TV, o qual noticiaria fatos ligados àquele assassinato, reconhece que era legítimo àquele presidiário obter uma proibição de divulgação sobre a sua situação, fazendo, portanto, uma ponderação específica, e dizendo: o interesse jornalístico já se fez, já se cumpriu; agora, um documentário só vai prejudicar a reinserção social desse pobre homem. E então a Corte veda a divulgação. Vejam, portanto, como é importante a reflexão sobre esse assunto, a partir de um caso concreto.

Joaquim Barbosa entendeu pela possibilidade de a liberdade de imprensa sofrer certas restrições, porquanto não se pode olvidar do poder político que

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130. Relator: Min. Carlos Britto, 06.11.2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 5 out. 2014, p. 274.

alguns hegemônicos exercem nos meios de comunicação. O ministro entende que nem sempre a interferência do Estado é negativa, na medida em que pode proteger minorias perseguidas por detentores do monopólio sobre os meios de comunicação.

O Ministro Marco Aurélio⁴, voto vencido, entendia pela recepção da Lei de Imprensa no ordenamento jurídico brasileiro. O ministro inicia fazendo uma problematização do tema. Aduz que o vácuo normativo não interessa a ninguém e, inclusive, que na lei há inúmeros preceitos que protegem a atividade jornalística e a liberdade de informação, questionando:

[...] a quem interessa o vácuo normativo? A jornais? A jornalistas? Aos cidadãos em geral, destinatários da vida organizada? Diz-se que amanhã passaremos, depois da decisão do Supremo, a ter liberdade. Penso que não, Presidente. Passaremos a ter a babel; passaremos a ter, nos conflitos de interesse, o critério de plantão estabelecido pelo julgador, a partir de um ato de vontade – o ato interpretativo do arcabouço da ordem jurídica.

Presidente, estamos a nos defrontar com uma lei que se encontra em vigor há quarenta e dois anos, dois meses e vinte e um dias e, desse período, vinte anos, seis meses e vinte e quatro dias, vigente a Constituição Federal, que se diz ter sido elaborada num clima de embriaguez democrática.

A Ministra Ellen Gracie, em seu judicioso voto, entendeu que a liberdade de imprensa não constitui valor absoluto, ao afirmar que “a ofensa proferida por intermédio dos meios de comunicação, quanto maior for a sua extensão, maior gravame trará e, portanto, maior reprovabilidade merecerá”⁵.

A conclusão, como referido, foi pelo julgamento de procedência da ação, entendendo os Ministros, por maioria, pela não recepção da Lei nº 5.250/1967, no ordenamento jurídico brasileiro. Restaram vencidos em parte os Ministros Joaquim Barbosa e Ellen Gracie, que julgavam improcedente quanto aos arts. 1º,

⁴ Ibidem, p. 134.

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130. Relator: Min. Carlos Britto, 06.11.2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 5 out. 2014.

§ 1º; 2º, *caput*; 14; 16, I, e arts. 20, 21 e 22, todos da Lei nº 5.250, de 09.02.1967; o Ministro Gilmar Mendes (Presidente), que a julgava improcedente quanto aos arts. 29 a 36, e vencido integralmente o Ministro Marco Aurélio, que julgava improcedente a ADPF em causa.

3 A LIBERDADE DE IMPRENSA NO CONTEXTO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO

A Constituição Federal da República Federativa do Brasil⁶ garante o exercício da liberdade de informação jornalística; todavia, preconiza a observância de parâmetros, como o direito da personalidade (art. 220, § 1º, da Constituição Federal), cabendo ao Poder Judiciário, quando transgredidos os limites constitucionais do dever de informação, caracterizando seu exercício abusivo, reconhecer a responsabilidade civil, que resulte em indenização por danos morais (e materiais), por cláusula expressa disposta no art. 5º, V e X, da CF.

A tendência no Direito brasileiro tem sido trabalhar liberdade de expressão como gênero.

A Constituição veda ao anonimato, na medida em que liberdades de expressões são restringidas o mínimo possível. Desse modo, a proibição do anonimato tem como fundamento garantir a possibilidade de ajuizamento de uma posterior demanda indenizatória. Por outro lado, essa proibição do anonimato pode inibir o discurso, razão pela qual, se tem a possibilidade de sigilo da fonte.

O direito de resposta também é um limite à liberdade de expressão. O efeito inibidor é que implica publicação da resposta e o custo é do órgão de imprensa. O custo econômico do direito de resposta acaba sendo um fator inibidor da liberdade de imprensa. Também deve ser proporcional ao agravo e deve possuir imediatividade, para que tenha um efeito útil.

Consoante analisa Rui Stoco, o dano moral⁷ é “decorrência lógica e natural da ofensa à honra, dispensa comprovação, ou seja, emerge *in re ipsa* do agravo sofrido e será sempre devido”.

⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília/DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 set. 2014.

⁷ STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 921.

É importante, para se afastar o monopólio político, a livre expressão política. A jurista portuguesa Mariana Duarte Silva⁸ ressalta a importância da liberdade de imprensa, especialmente na esfera política:

A livre expressão política tem ainda efeitos positivos ao nível da própria actuação dos órgãos de soberania. A imprensa publicita os seus fracassos, a corrupção e a incompetência, dados que os governantes prefeririam manter ocultos, mas que um sistema de liberdade de expressão os impede de o fazerem. São obrigados a actuar num sistema que lhes fornece incentivos para agradar eleitores, respondendo às suas preferências, caso contrário, a afastarem-se.

O direito a indenização é um direito típico de eficácia direta das relações privadas.

Temos também a proibição da censura. Tem-se uma tendência de qualificar tudo como censura. Há uma tendência dominante no Brasil de que a proibição de censura não se confunde com todo e qualquer limite à liberdade de expressão.

Não se pode confundir, todavia, liberdade de expressão com irresponsabilidade de afirmação, conforme entendimento emanado pela Ministra Nancy Andrighi⁹; quando a crítica se desvia para ofensas, é cabível a indenização por danos morais.

4 DIREITOS DE DANO DA IMPRENSA APÓS O JULGAMENTO DA ADPF 130

O Ministro Celso de Mello¹⁰, ao proferir o seu voto no julgamento da ADPF 130, preconizou que as publicações que extravasam, abusiva e criminosamente, o exercício ordinário da liberdade de expressão e de comunicação, degradando-se ao nível primário de insulto, da ofensa e do estímulo à intolerância e ao ódio público, não merecem a dignidade de proteção

⁸ SILVA, Mariana Duarte. A economia de um direito humano: análise económica do direito à liberdade de expressão garantido na Convenção Europeia dos Direitos do Homem. *Direito Público*, Porto Alegre, v. 4, n. 13, p. 74-78, jul./set. 2006, p. 87-88.

⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 801249. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 09.08.2007. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 26 nov. 2014.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130. Relator: Min. Carlos Britto, 06.11.2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 26 nov. 2014.

constitucional que assegura a liberdade de expressão, pois essas liberdades não podem compreender, em seu âmbito de tutela, exteriorizações revestidas de ilicitude penal ou civil.

A responsabilidade civil, conforme preconiza o jurista argentino Ramón Daniel Pizarro¹¹, é

[...] una consecuencia lógica y natural de todo daño causado injustamente, y como la solución más posible orientada al restablecimiento de aquel equilibrio alterado.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130¹², entendeu que o reconhecimento *a posteriori* da responsabilidade civil, em razão de processo judicial que resulte em condenação ao pagamento de indenização, não transgride os §§ 1º e 2º da Constituição Federal, porquanto é o próprio estatuto constitucional que estabelece, no seu art. 5º, V e X, de forma expressa, a reparabilidade patrimonial dos gravames quando caracterizado o exercício abusivo pelo órgão de comunicação social, da liberdade de informação.

O direito civil brasileiro¹³ preconiza que a indenização por injúria, calúnia ou difamação consistirá na reparação do dano que dela resulte.

De se referir que, no que tange ao *quantum* indenizatório, não há mais a existência de tarifação. O Supremo Tribunal Federal¹⁴, ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130, entendeu pela “proporcionalidade entre liberdade de imprensa e responsabilidade civil por danos morais e materiais”, ou seja, de que a excessividade indenizatória seria, em si, um poderoso fator de inibição de liberdade de imprensa. A relação de

¹¹ PIZARRO, Ramón Daniel. *Responsabilidad civil por el riesgo o vicio de las cosas*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1983. p. 04.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130. Relator: Min. Carlos Britto, 06.11.2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 5 out. 2014.

¹³ Código Civil: “Art. 953. A indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte o ofendido. Parágrafo único. Se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso” (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília/DF, 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 26 nov. 2014).

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130. Relator: Min. Carlos Britto, 06.11.2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 5 out. 2014.

proporcionalidade entre o dano e a indenização deve operar no âmbito interno da potencialidade da ofensa e da concreta situação do ofendido.

Restou sedimentado que, em se tratando de agentes públicos, o *quantum* indenizatório não deve ser muito elevado; ainda que tenha sido injustamente ofendido em sua honra e imagem, deva ser uma indenização módica, em razão de estar em foco permanente.

Em se tratando de agente público, ainda que injustamente ofendido em sua honra e imagem, subjaz à indenização uma imperiosa cláusula de modicidade. Isto porque todo agente público está sob permanente vigília da cidadania. E quando o agente estatal não prima por todas as aparências de legalidade e legitimidade no seu atuar oficial, atrai contra si mais fortes suspeitas de um comportamento antijurídico francamente sindicável pelos cidadãos.

Deste modo, conclui-se que inexistente a tarifação acerca do *quantum* indenizatório. Ele deve ser fixado pelo juiz, na análise das peculiaridades do caso concreto. De se referir, todavia, que, em se tratando de agentes públicos, tem se que o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que, ainda que sejam injustamente ofendidos em sua honra e imagem, necessário que o valor da indenização possua cláusula de modicidade, ou seja, de que o valor não seja exorbitante. Isso porque, se o valor arbitrado nos casos em que os políticos são ofendidos injustamente for exorbitante, seria um fator de inibição da liberdade de imprensa, na medida em que matérias envolvendo “escândalos políticos” acabariam sendo pouco realizadas, ou com muita parcimônia, em razão da excessividade indenizatória.

Não obstante o entendimento do Supremo Tribunal Federal, no que tange à responsabilidade civil da imprensa seja o da modicidade, será o juiz, na análise do caso concreto, que determinará o *quantum* indenizatório.

No que tange ao prazo para ajuizamento da ação indenizatória, cumpre referir que a mencionada lei, em seu art. 56, previa o prazo de três meses, a contar da data da publicação¹⁵ ou transmissão para que fosse ajuizada a demanda indenizatória.

¹⁵ BRASIL. Lei nº 5.250/1967. Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 5 out. 2014.

Art. 56. A ação para haver indenização por dano moral poderá ser exercida separadamente da ação para haver reparação de dano material, e sob pena de decadência deverá ser proposta dentro de três meses da data da publicação ou transmissão que lhe der causa.

O entendimento majoritário, antes do julgamento pelo STF, era o da inaplicabilidade do art. 56 da Lei de Imprensa, ao fundamento de que não havia sido recepcionada pela Carta Magna, conforme se verifica do seguinte julgado¹⁶:

Responsabilidade civil. Lei de Imprensa. Prazo decadencial. Inaplicabilidade. Não recepção pela Constituição de 1988. Precedentes. Recurso acolhido.

Deste modo, após o julgamento da ADPF 130, deve-se aplicar o Código Civil, razão pela qual aplicável o prazo trienal para o ajuizamento de ação de reparação civil, a teor do que dispõe art. 206¹⁷, § 3º, V.

O prazo para contestação nas ações indenizatórias também restou modificado. Na Lei de Imprensa¹⁸, o prazo para contestação era de cinco dias.

Todavia, após o julgamento da ADPF 130 pelo Supremo Tribunal Federal, restou sedimentado o entendimento de que aplicável o prazo disposto no Código de Processo Civil¹⁹, que preconiza o prazo de 15 (quinze) dias para o réu oferecer contestação.

¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 404.070. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 28.06.2002. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 4 out. 2014.

¹⁷ BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília/DF, 17 de janeiro 1973. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L5869.htm>>. Acesso em: 22 set. 2014.

¹⁸ Lei de Imprensa: “Art. 57. A petição inicial da ação para haver reparação de dano moral deverá ser instruída com o exemplar do jornal ou periódico que tiver publicado o escrito ou notícia, ou com a notificação feita, nos termos do art. 53, § 3º, à empresa de radiodifusão, e deverá desde logo indicar as provas e as diligências que o autor julgar necessárias, arrolar testemunhas e ser acompanhada da prova documental em que se fundar o pedido. [...] § 3º Na contestação, apresentada no prazo de 5 (cinco) dias, o réu exercerá a exceção da verdade, se fôr o caso, indicará as provas e diligências que julgar necessárias e arrolará as testemunhas. A contestação será acompanhada da prova documental que pretende produzir”.

¹⁹ CPC: “Art. 297. O réu poderá oferecer, no prazo de 15 (quinze) dias, em petição escrita, dirigida ao juiz da causa, contestação, exceção e reconvenção”.

A Ministra Carmem Lúcia²⁰ preconiza que o argumento pela não recepção do dispositivo acerca do prazo para contestação era a contrariedade ao princípio da isonomia:

Se, eventualmente, um jornalista é caluniado por um cidadão comum, este terá prazo de quinze dias para contestar numa ação proposta pelo jornalista, enquanto este terá apenas cinco dias se se tratar de situação inversa. O prazo para contestar, portanto, deveria ser o mesmo previsto no Código de Processo Civil.

5 DIREITO DE DANO: CAUSAS DE EXONERAÇÃO

Não obstante a Lei de Imprensa não tenha sido recepcionada pela nova ordem constitucional, há entendimento²¹ no sentido de que os parâmetros dispostos no art. 27, que falava acerca do exercício regular da atividade, podem ser utilizados pelos juízos, a fim de preencher o conteúdo da cláusula geral de exclusão da responsabilidade civil.

Não constituem atos ilícitos aqueles praticados no exercício regular de um direito, a teor do que disciplina o disposto no art. 188 do Código Civil²². Assim, a notícia, para eximir a responsabilidade, deve possuir alguns parâmetros, a saber: a crítica deve ser honesta, há a necessidade de veracidade das informações e a matéria veiculada deve conter a sua natureza puramente jornalística, ou seja, a de informar.

5.1 VERACIDADE DOS FATOS

A matéria jornalística que se limita à narrativa dos fatos, exatamente como ocorreram, sem tecer qualquer comentário à conduta da parte, não enseja dever de indenizar, porquanto inexistente ato ilícito.

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130. Relator: Min. Carlos Britto, 06.11.2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 5 out. 2014.

²¹ GONÇALVES, Thiago de Oliveira. Responsabilidade civil pelo exercício da liberdade de imprensa: análise crítica da posição do STF na ADPF 130. *Revista de Direito das Comunicações*, v. 2, p. 85-114, jul./dez. 2010, p. 104.

²² BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília/DF, 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 22 set. 2011.

O Supremo Tribunal Federal dos Estados Unidos, ao julgar o caso *New York Times Co. v. Sullivan* (376 U.S 254- 1964)²³, firmou entendimento de que o jornal, a imprensa, para ser responsabilizado civilmente, somente quando uma imputação alegadamente difamatória tiver sido proferida com o conhecimento de sua falsidade, ou com displicência em razão a sua veracidade.

No caso mencionado, o jornal *The New York Times* publicou anúncio que, em verdade, era uma crítica acerca da conduta das autoridades civis do Alabama na repressão dos movimentos de liberdades civis. O texto continha algumas imperfeições; todavia, no contexto geral, era válido. O jornal foi condenado a uma indenização que à época inviabilizaria a sua própria solidez econômica. A Suprema Corte, todavia, entendeu que, estando em discussão o interesse público, a responsabilização, em razão de difamação, somente ocorrerá nos casos em que uma imputação alegadamente difamatória tiver sido proferida com o conhecimento de sua falsidade, ou com displicência em razão a sua veracidade. Tércio Sampaio Ferraz²⁴ Junior, ao comentar o referido julgado, faz a seguinte consideração:

A regra *New York Times* trazia, para a proteção de reputação, sério abalo, posto que a prova da *actual malice* era, e é muito difícil de ser feita.

No Direito brasileiro, o Superior Tribunal de Justiça²⁵ firmou entendimento que da atividade jornalística não são exigidas verdades absolutas, provadas previamente em sede de investigações no âmbito administrativo, policial ou judicial. O dever de veracidade não é concebido como dogma absoluto, nos dizeres do Ministro Luis Felipe Salomão. *Verbis*:

O dever de veracidade ao qual estão vinculados os órgãos de imprensa não deve consubstanciar-se dogma absoluto, ou condição peremptoriamente necessária à liberdade de imprensa, mas um compromisso ético com a informação verossímil, o que pode, eventualmente, abarcar informações não totalmente precisas.

²³ UNITED STATES. Supreme Court of the. *New York Times Co. v. Sullivan* (376 U.S. 254/1964) Disponível em: <http://www.supremecourt.gov>. Acesso em: 5 out. 2014, 22h10.

²⁴ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Liberdade de opinião, liberdade de informação: mídia e privacidade. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 23, p. 24-29, p. 24, 1998.

²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 680794. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 17.06.2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 2 out. 2014.

Nessa mesma linha, a eminente Ministra Nancy Andrighi²⁶, na relatoria do Recurso Especial nº 984.803/ES, lançou voto elucidativo acerca dos limites e deveres investigatórios da imprensa:

Embora se deva exigir da mídia um mínimo de diligência investigativa, isso não significa que sua cognição deva ser plena e exauriente à semelhança daquilo que ocorre em juízo. A elaboração de reportagens pode durar horas ou meses, dependendo de sua complexidade, mas não se pode exigir que a mídia só divulgue fatos após ter certeza plena de sua veracidade. Isso se dá, em primeiro lugar, porque a recorrente, como qualquer outro particular, não detém poderes estatais para empreender tal cognição. Ademais, impor tal exigência à imprensa significaria engessá-la e condená-la a morte. O processo de divulgação de informação satisfaz verdadeiro interesse público, devendo ser célere e eficaz, razão pela qual não se coaduna com rigorismos próprios de um procedimento judicial.

O dever de veracidade diz com a verdade baseada em fatos, ou seja, aquela que diz respeito a eventos que se realizam num contexto em que podem envolver várias pessoas, “devendo aquilo que se compreende por verdade ser estabelecido por testemunhas, dependendo do que dela se vai mencionar”²⁷.

Evidente que não se exige uma verdade absoluta, até mesmo porque a verdade é relativa.

Inexiste dever de indenizar, nos casos em que não extrapolados os limites da liberdade de imprensa, consagrado pelo art. 5^o²⁸, V e X, da Constituição Federal. Assim, quando a matéria jornalística não faz qualquer comentário ofensivo e desrespeitoso à imagem e honra da parte, não há dever de indenizar,

²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 984803. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 2 out. 2014.

²⁷ GONÇALVES, Thiago de Oliveira. Responsabilidade civil pelo exercício da liberdade de imprensa: análise crítica da posição do STF na ADPF 130. *Revista de Direito das Comunicações*, v. 2, p. 85-114, jul./dez. 2010, p. 106.

²⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília/DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 set. 2014.

pois inexistente ato ilícito da empresa jornalística, razão pela qual não há falar em dano moral.

5.2 A CRÍTICA HONESTA

Sendo a matéria veiculada, uma crítica honesta que não implique ofensa injusta, porquanto sua matéria é estritamente jornalística, não há o dever de indenizar. Nesse sentido, Alexandre Guimarães Gavião Pinto²⁹ afirma que:

Sempre que a matéria jornalística veiculada pelas empresas de comunicação tiver natureza estritamente jornalística, não causando qualquer abalo na honra ou imagem da parte, baseada em fato real, não atingindo também sua intimidade, a pretensão indenizatória não deve prosperar, já que, nestas hipóteses, agem as empresas no estrito exercício do direito de informar, limitando-se a divulgar fato verídico, baseado em informações idôneas, que não vulneram a intimidade e a vida privada das pessoas.

Para ser considerada descabida, deve a crítica ultrapassar limites razoáveis, atingindo a pessoa do criticado. O direito de crítica, no direito inglês, apresenta alguns fundamentos, entre os quais “sobre fatos considerados verdadeiros; somente é admitido no momento em que se tratar de um assunto de interesse geral deve, enfim, ser a expressão de um ponto de vista honesto”³⁰.

No julgamento da ADPF 130, o Ministro Celso de Mello³¹ firmou posicionamento de que, quando não há o ânimo de injuriar ou difamar, mas tão somente publicizar desvios de conduta de agente público ou político, o interesse social sobrepõe-se ao direito de personalidade, ainda que a crítica seja rigorosa. Neste sentido, segue excerto pertinente do julgado:

²⁹ PINTO, Alexandre Guimarães Gavião. Conflitos entre o direito à intimidade e à vida privada e o direito à informação, liberdade de expressão e de comunicação. Possíveis soluções. Utilização indispensável do princípio da proporcionalidade. *Revista de direito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, n. 74, p. 31-40, p. 38, jan. 2008.

³⁰ PORTO, Sérgio José. *A responsabilidade civil por difamação no direito inglês*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 94.

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130. Relator: Min. Carlos Britto, 06.11.2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 26 nov. 2014.

A crítica jornalística, desse modo, traduz direito impregnado de qualificação constitucional, plenamente oponível aos que exercem qualquer parcela de autoridade no âmbito do Estado, pois o interesse social, fundado na necessidade de preservação dos limites ético-jurídicos que devem pautar a prática da função pública, sobrepõe-se a eventuais suscetibilidades que possam revelar os detentores de poder.

Uma vez dela ausente o “*animus injuriandi vel diffamandi*, [...] a crítica que os meios de comunicação dirigem às pessoas públicas, especialmente às autoridades e aos agentes do Estado, por mais acerba, dura e veemente que possa ser, deixa de sofrer, quanto ao seu concreto exercício, as limitações externas que ordinariamente resultam dos direitos de personalidade”.

[...]

Vê-se, pois, que a crítica jornalística, quando inspirada pelo interesse público, não importando a acrimônia e a contundência da opinião manifestada, ainda mais quando dirigida a figuras públicas, com alto grau de responsabilidade na condução dos negócios do Estado, não traduz nem se reduz, em sua expressão concreta, à dimensão de abuso da liberdade de imprensa, não se relevando suscetível, por isso mesmo, em situações de caráter ordinário, à possibilidade de sofrer qualquer pressão estatal ou de se expor a qualquer reação hostil do ordenamento positivo [...].

Não obstante não seja absoluto, o direito de crítica encontra suporte no pluralismo político, que representa um dos fundamentos do próprio Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, V)³².

³² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília/DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 nov. 2014.

5.3 MATÉRIA PURAMENTE JORNALÍSTICA

Inexiste direito de dano, nos casos em que a matéria veiculada possuir natureza estritamente jornalística. Isso porque, nesses casos, agem de acordo com exercício regular de um direito, que é o de informar, baseado em informações idôneas que não vulneram a intimidade e a vida privada das pessoas. Nesse sentido, assevera Alexandre Guimarães Gavião Pinto que³³:

É preciso se ter presente que não responde civilmente o órgão de divulgação que, sem ofender a vida privada dos envolvidos no fato noticiado, comunica a ocorrência de acontecimento de interesse social.

6 DIREITO DE RESPOSTA: COMO FICA?

Preconiza o art. 5º, V, da Constituição Federal que a todos “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além de indenização por dano material, moral ou à imagem”. O direito de resposta, “surgido na França em 1822, sua origem ideológica remete-se à Revolução Francesa, é uma conquista da democracia, estruturada a partir do direito”³⁴.

Na Convenção Americana de Direitos Humanos³⁵, consta o direito de resposta, em seu art. 14:

14.1. Toda pessoa atingida por informações inexatas ou ofensivas emitidas em seu prejuízo por meio de difusão legalmente regulamentada que se dirijam ao público em geral tem direito a fazer, pelo mesmo órgão de difusão, sua retificação ou resposta, nas condições que estabeleça a lei.

Não obstante a Lei de Imprensa não tenha sido recepcionada pelo ordenamento jurídico, não restou excluído o direito de resposta, que constava no art. 29 da referida norma.

³³ PINTO, Alexandre Guimarães Gavião. Conflitos entre o direito à intimidade e à vida privada e o direito à informação, liberdade de expressão e de comunicação. Possíveis soluções. Utilização indispensável do princípio da proporcionalidade. *Revista de direito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 74, p. 31-40, p. 39, jan. 2008.

³⁴ GERMANO, Luiz Paulo Rosek. *Direito de resposta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 189.

³⁵ Convenção Interamericana de Direitos Humanos (assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos). Disponível em: <http://www.cidh.org/Basicos/Português/c.Convenção_Americana.htm>.

De se referir que a inexistência de regulação legislativa por situação de vácuo normativo não é obstáculo ao exercício da prerrogativa fundada no preceito constitucional. Neste sentido, o Ministro Celso de Mello³⁶, em seu voto proferido no julgamento da ADPF 130, consignou que:

[...] a ausência de regulação legislativa, motivada por transitória situação de vácuo normativo, não se revelará obstáculo ao exercício da prerrogativa fundada em referido preceito constitucional, que possui densidade normativa suficiente para atribuir, a quem se sentir prejudicado por publicação inverídica ou incorreta, direito, pretensão e ação, cuja titularidade bastará para viabilizar, em cada situação ocorrente, a prática concreta da resposta e/ou da retificação.

A Lei de Imprensa³⁷, em seu art. 29, § 3º, previa o direito de resposta. O direito de resposta pertence ao ofendido. Outrossim, independe de sentença judicial, por ser um direito autônomo.

O Ministro Gilmar Mendes³⁸, ao discorrer sobre a desigualdade entre a mídia e o indivíduo, explicitou a dificuldade de, na prática, se exercer o direito de resposta. *Verbis*:

É evidente, nem é preciso dizer. Se alguém já tentou exercer o direito de resposta, sabe o quão difícil é isso. Muitas vezes, vem a destempo, quando os fatos já caíram no olvido completo; ou tente negociar com o órgão de mídia o direito de resposta, para correção do fato; não se consegue, tem-se dificuldade. Quando, às vezes, se consegue uma contemporização, é uma carta ao leitor.

É consabido que são raras as exceções em que os meios jornalísticos publicam a resposta com o mesmo espaço de destaque, em que veiculada a notícia.

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130. Relator: Min. Carlos Britto, 06.11.2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 5 out. 2014.

³⁷ BRASIL. Lei nº 5.250/1967. Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 5 out. 2014.

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130. Relator: Min. Carlos Britto, 06.11.2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 5 out. 2014.

O direito de resposta tem como objeto a garantia do contraditório argumentativo.

Após o julgamento da ADPF 130, restou afastada a possibilidade de censura prévia; todavia, como já referido, “inverdades, falsidades, dissimulações, dentre outras improbidades objetivas, estão a merecer por parte do sistema jurídico eventuais restrições”³⁹. O jurista Luiz Paulo Rosek Germano afirma que se privilegia a informação e o direito de resposta proporcional ao agravo.

A informação maliciosa, com conteúdo ideológica, exige o direito ao exercício de resposta por parte de todas e quaisquer autoridades: jornalistas, empresários, membros do Poder Judiciário, Legislativo e Executivo.

O direito de resposta é uma faculdade cabível a qualquer pessoa (natural ou jurídica), quando acusada por divulgação de fato equivocado ou inverídico, de publicar, naquele órgão que veiculou a notícia, uma resposta. Para que seja cabível o direito de resposta, é necessária a presença de alguns requisitos, entre os quais⁴⁰:

- (i) que a informação difundida pelo meio de comunicação social seja inverídica ou errônea; (ii) que diga respeito ao titular do direito de resposta; (iii) que contenha uma acusação ou ofensa a este.

No âmbito do direito espanhol⁴¹, o direito de resposta pode ser exercido pelo prejudicado, seja pessoa física ou jurídica, e, em caso de falecimento, seus herdeiros ou os representantes legais poderão exercer tal direito.

No direito português, o direito de resposta está contido nos arts. 24 e seguintes da Lei de Imprensa⁴² (nº 2/1999, de 13 de janeiro de 1999). Os pressupostos para que haja o direito de resposta são os seguintes:

1. Tem direito de resposta nas publicações periódicas qualquer pessoa singular ou colectiva, organização,

³⁹ *Ibidem*, 2011, p. 185.

⁴⁰ FARIAS, Edilson. *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 232.

⁴¹ Conforme voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130. Relator: Min. Carlos Britto, 06.11.2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 5 out. 2014.

⁴² PORTUGUAL. Lei nº 2/1999, de 13 de janeiro de 1999. Lei de Imprensa. Disponível em: <<http://bocc.ubi.pt/pag/estado-portugues-lei-imprensa.html>>. Acesso em: 20 out. 2014.

serviço ou organismo público, bem como o titular de qualquer órgão ou responsável por estabelecimento público, que tiver sido objecto de referências, ainda que indirectas, que possam afectar a sua reputação e boa fama.

Conforme se verifica da lei portuguesa, a resposta é gratuita e deve constar no mesmo local em que publicada a notícia; ainda deve possuir o mesmo destaque da publicação que ensejou a retificação. Todavia, caso o conteúdo da resposta seja inverídico, este deverá adimplir três vezes o valor que o jornal cobra por publicidade naquele espaço.

O Ministro Gilmar Mendes, ao discorrer sobre o direito de resposta no âmbito do direito alemão, assevera que o art. 56 da Lei de Imprensa daquele país protege o direito de resposta que foi afetado por alguma publicação. Aduz que⁴³ “a resposta deve ser publicada sem cobrança à pessoa afetada, sem alterações e omissões no texto, e deve possuir extensão semelhante ao artigo a ser respondido”.

Cumprе assinalar a possibilidade de a parte sofrer indenização caso extrapole os limites da resposta, porquanto inviável que se utilize deste meio como forma de injuriar ou difamar o ofensor. Nesse sentido, colhe-se a seguinte ementa⁴⁴:

[...] O pedido reconvençional, por outro lado, também deve ser julgado procedente. Isso porque as declarações verberadas pelo ora recorrido, segundo as quais o recorrente seria “pessoa sem caráter, que foi puxada pelos fundilhos das calças, um ‘desequilibrado’, ‘traidor’ e ‘fascista’” *transbordam os limites dos direitos de resposta e manifestação do pensamento, igualmente, garantidos constitucionalmente*. Isso decorre do fato de que os predicados irrogados à pessoa do recorrente não revelam qualquer intuito de resposta à acusação anterior – de que haveria uma “fetranscoca” arquitetada pelo

⁴³ Conforme voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130. Relator: Min. Carlos Britto, 06.11.2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 5 out. 2014.

⁴⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 296.391. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 19.03.2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 2 out. 2014.

recorrido. *Em realidade, a pretexto de responder às agressões anteriormente sofridas, utiliza-se do mesmo instrumento de que fez uso seu adversário político: ofensas diretas à honra do ora recorrente.*

5. Não se há confundir direito de resposta com direito de vingança, porquanto aquele não constitui crédito ao ofendido para que possa injuriar ou difamar o seu ofensor. Conclusão diversa conduziria à impunidade daqueles que, na ânsia de votos ou visibilidade, a pretexto de exercerem o direito de resposta, tentam manchar a reputação daqueles que os ladeiam. Seria compactuar com o debate de baixo nível que, amiúde, impregna os meios de comunicação.

6. Da exegese dos arts. 29 e 30 da Lei nº 5.250/1967, extrai-se que o direito a que faz referência consiste apenas na retificação da publicação anterior, com vistas à elucidação dos fatos divulgados e correção de erros ou acusações infundadas. Quisesse o recorrido fazer uso do seu direito de resposta, puro e simples, teria esclarecido que a tal “fetranscoca” não existia ou, caso existisse, não guardava com ele qualquer relação. Porém, foi além, devendo suportar, agora, o dever de indenizar a parte contrária.

Assim, tem-se que o fato de o Supremo Tribunal Federal não ter recepcionado a Lei de Imprensa não acarreta a inviabilidade do direito de resposta, tendo em vista que tal prerrogativa adquiriu *status* constitucional ao ser prevista no art. 5º, V, da Constituição Federal, sendo, por isso, lícito o seu exercício. É um direito fundamental autônomo.

CONCLUSÃO

Em que pese a prevalência do entendimento no sentido de ser inviável a existência de uma lei que regule a liberdade de informação e comunicação, é possível se verificar um ativismo judicial na decisão do Supremo Tribunal que entendeu pela não recepção da Lei da Imprensa no ordenamento jurídico brasileiro, inclusive expressamente constante no voto de que “o Judiciário pode oferecer soluções melhores que essa lei no caso concreto”.

É bem verdade que é por meio de uma imprensa livre que a Constituição Federal se materializa, constituindo os meios de comunicação um dos vetores de expansão de direitos constitucionalmente consagrados. Do mesmo modo, aquele que divulga fato inverídico ou ofensivo à personalidade de outrem poderá sofrer sanções legais, a fim de reparado o dano, por meio de ação judicial. Ou, ainda, pelo exercício do direito de resposta, consagrado na Constituição Federal.

O direito de resposta não se refere apenas ao jornalismo, porquanto não se trata de retificação de fato, mas diz respeito também a opiniões ofensivas. Também a inexistência de regulação legislativa, em razão do vácuo normativo, não é óbice ao seu exercício, porquanto sua prerrogativa é fundada em preceito constitucional.

No Brasil, a tendência é a proteção da comunicação, mas também dos próprios meios de comunicação. Quanto mais liberdade *prima facie*, mais se preserva a democracia. A liberdade de expressão não implicaria um dever apriorístico de verdade. Evidente que no âmbito jornalístico, em que o objetivo é a informação e, em alguns casos, até no âmbito de propaganda eleitoral.

Não se pode olvidar que a imprensa, atualmente, é também uma atividade empresarial, inserida no regime da livre iniciativa, razão pela qual seus empresários e profissionais também devem estar sujeitos aos limites legais e constitucionais. Assim, devem responder por danos causados aos indivíduos em geral, nos casos em que extrapolarem a intimidade de alguém, sem que haja um interesse público, ou, ainda, que alterada a veracidade dos fatos.

A Constituição Federal, embora garanta o exercício da liberdade de informação jornalística, garante, também, o reconhecimento da responsabilidade civil, em regular processo judicial de que resulte a condenação ao pagamento de indenização por danos morais e materiais. Essa reparação não transgredir os §§ 1º e 2º do art. 220⁴⁵ da Constituição Federal, pois é o próprio estatuto constitucional que estabelece, em cláusula expressa (art. 5º, V e X), a reparabilidade patrimonial de tais gravames, quando caracterizado o exercício abusivo, pelo órgão de comunicação social, da liberdade de informação.

Há uma grande margem de arbítrio acerca do tema. O que for discurso do ódio é vedado. Nem sempre uma hipótese de discurso do ódio levará automaticamente à publicação, mas pode ser um critério para análise *a posteriori*.

⁴⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília/DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 set. 2014.

Há casos em que a decisão é decidida pelo “politicamente correto”, conforme se verifica do caso Ellwanger, que foi um caso paradigmático no Direito brasileiro.

Não se pode olvidar que o reconhecimento dos direitos é algo dinâmico, tanto no plano das Constituições quanto no plano Internacional dos Direitos Humanos.

Muito embora a Constituição contemple alguns direitos, não significa que estes serão plenamente satisfeitos.

Não há um consenso fechado acerca dos limites e extensão real das liberdades de expressão. Temos decisões erráticas na jurisprudência brasileira.

Deste modo, cabe ao intérprete, ao aplicador dos direitos fundamentais, atribuir importância distinta aos valores por ele densificados. Conforme assinala Ingo Wolfgang Sarlet⁴⁶, “sempre atento às circunstâncias do caso concreto, mas também igualmente receptivo às hierarquizações axiológicas levadas a cabo pelo legislador democraticamente legitimado”.

Assim, a colisão entre direitos de liberdade de expressão e informação com outros direitos fundamentais do indivíduo deverá ser solucionada pela ponderação na forma constitucional, que assegura a proibição da censura, mas impõe responsabilidade, em casos de abuso da liberdade de expressão e informação, que será verificado pelo julgador, na análise do caso concreto.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília/DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 set. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 296.391. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 19.03.2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 2 out. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 984803. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 2 out. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 680794. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 17.06.2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 2 out. 2014.

⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 412.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 801249. Relatora: Min. Nancy Andrichi, 09.08.2007. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 26 nov. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 404.070. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 28.06.2002. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 4 out. 2014.

_____. Lei nº 5. 869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília/DF, 17 de janeiro 1973. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L5869.htm>>. Acesso em: 22 set. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130. Relator: Min. Carlos Britto, 06.11.2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 26 nov. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 404.070. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 28.06.2002. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 4 out. 2014.

_____. Lei nº 5. 869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília/DF, 17 de janeiro 1973. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L5869.htm>>. Acesso em: 22 set. 2014.

CONVENÇÃO Interamericana de Direitos Humanos (assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos). Disponível em: <http://www.cidh.org/Basicos/Português/c.Convenção_Americana.htm>.

FARIAS, Edilsom. *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Liberdade de opinião, liberdade de informação: mídia e privacidade. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 23, 1998, p. 24-29.

GERMANO, Luiz Paulo Rosek. *Direito de resposta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

GONÇALVES, Thiago de Oliveira. Responsabilidade civil pelo exercício da liberdade de imprensa: análise crítica da posição do STF na ADFP 130. *Revista de Direito das Comunicações*, v. 2, p. 85-114, jul./dez. 2010.

PINTO, Alexandre Guimarães Gavião. Conflitos entre o direito à intimidade e à vida privada e o direito à informação, liberdade de expressão e de comunicação. Possíveis soluções. Utilização indispensável do princípio da proporcionalidade. *Revista de direito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, n. 74, p. 31-40, jan. 2008.

PIZARRO, Ramón Daniel. *Responsabilidad Civil por el riesgo o vicio de las cosas*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1983.

PORTO, Sérgio José. *A responsabilidade civil por difamação no direito inglês*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

PORTUGUAL. Lei nº 2/1999, de 13 de janeiro de 1999. Lei de Imprensa. Disponível em: <<http://bocc.ubi.pt/pag/estado-portugues-lei-imprensa.html>>. Acesso em: 20 out. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SILVA, Mariana Duarte. *A economia de um direito humano: análise económica do direito à liberdade de expressão garantido na Convenção Europeia dos direitos do homem*. *Direito Público*, Porto Alegre, v. 4, n. 13, p. 74-78, jul./set. 2006.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

UNITED STATES. Supreme Court of the. *New York Times Co. v. Sullivan* (376 U.S. 254/1964) Disponível em: <http://www.supremecourt.gov>. Acesso em: 5 out. 2014.

Submissão em: 26.07.2015

Aceito em: 17.05.2016

OS CEGOS DO CASTELO: A EXPERIÊNCIA DAS PROMOTORAS LEGAIS POPULARES NA CONSTRUÇÃO DE UM DIREITO DEMOCRÁTICO¹

THE CASTLE'S BLIND: THE EXPERIENCE OF POPULAR LEGAL PROMOTERS IN THE BUILD OF A DEMOCRATIC LAW

Leidiane Pias Dias²

Advogada

ÁREA(S) DO DIREITO: direitos humanos.

RESUMO: O presente ensaio visa a analisar a relação entre o Direito e a sociedade, explorando as fragilidades percebidas pela pouca sintonia entre o primeiro e as necessidades e anseios das camadas populares, em especial dos grupos socialmente vulneráveis. Para enfrentar essa temática, selecionou-se a categoria mulher por ser considerada um grupo minoritário que, ao longo da história, vem sendo colocado à margem do Direito. Desse modo, diante da necessidade de construção de um Direito verdadeiramente democrático, estão as promotoras legais populares (PLPs). A formação de PLPs,

calcada na educação jurídica popular, possibilita a apropriação do saber jurídico por mulheres em situação de vulnerabilidade, que, empoderadas com noções de direitos, tornam-se agentes transformadoras de sua realidade e da sua comunidade. Assim, o Direito se faz transformador e democrático na medida em que se aproxima dos socialmente menos favorecidos.

PALAVRAS-CHAVE: Mulheres; educação jurídica popular; promotoras legais populares; direitos; comunidade; ensino jurídico; acesso à justiça.

ABSTRACT: *The present essay seen analyze the relationship between Law and society, exploring perceived as weaknesses*

¹ Prêmio Ajuris Direitos Humanos – Edição 2015 – Trabalho Premiado.

² Bacharela em Direito pelo Centro Universitário Metodista do Sul – IPA. Graduanda do Curso de Ciências Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Experiência profissional em Educação Popular pela Comissão Pastoral da Terra do Pará e pela ONG Themis – Gênero, Justiça e Direitos Humanos do Rio Grande do Sul. E-mail: leidepias@gmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/0572694483386953>.

for the little tuning between first and as needs and desires of the popular layers, particularly the socially vulnerable groups. To address this issue we selected the women category to be considered a minority group which, throughout history, has been placed at the Law margin. Thus, given the need to build a truly democratic Law, are the popular legal promoters (PLPs). The formation of PLPs, based in the legal popular education, allows the appropriation of legal knowledge for women in vulnerable situations, which empowered with notions of rights, become transforming agents of their reality and their community. So the Law becomes transformative and democratic in that it approaches the socially disadvantaged.

KEYWORDS: *Women; popular legal education; popular legal promoters; rights; community; legal education; access to justice.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O saber jurídico e monopólio: educação jurídica popular como alternativa para a democratização do Direito; 2 Empoderamento feminino por meio do saber: a experiência das promotoras legais populares; 3 De sujeitos vulneráveis a promotoras de cidadania: histórias e caminhos; Considerações finais; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 The legal knowledge and monopoly: legal popular education as an alternative to the democratization of Law; 2 Female empowerment through knowledge: the experience of Popular Legal Promoters; 3 From vulnerable subject to Promoters of Citizenship: stories and paths; Final considerations; References.*

INTRODUÇÃO

*Dos cegos do castelo me despeço e vou / A pé até encontrar
Um caminho, um lugar / Pro que eu sou
("Os cegos do Castelo", Nando Reis)*

Ao questionar a relação entre o Direito e a sociedade, não passa despercebida a fragilidade da eficácia do primeiro quando se trata de atingir grupos socialmente vulneráveis. Além disso, uma parcela dos profissionais operadores jurídicos, ao exercer os seus ofícios, está entre os muros do castelo do Direito – metódico, de origem elitista e formal – e cegos perante as mazelas sociais presentes de forma intensificada nas áreas de periferia. Como o Direito poderá alcançar sujeitos vulneráveis se suas demandas passam por profissionais não conhecedores das raízes dos litígios nem das origens e dos desdobramentos das desigualdades é uma questão levantada no trabalho e proposta para o debate.

Verificando a discrepância entre o campo jurídico e fático, onde o Direito permanece no nível formal, exercitando um discurso do no “vir-a-ser”, e não se efetiva satisfatoriamente no mundo dos fatos, a ONG Themis, há mais de 20 anos, propõe a formação de mulheres líderes comunitárias – as chamadas promotoras legais populares (PLPs) – por meio da utilização de um método dialético de repasse de conhecimento jurídico denominado educação popular, mas em uma perspectiva feminista.

É importante fazer considerações sobre o distanciamento existente entre os operadores do Direito e sujeitos das comunidades periféricas, em especial das mulheres que, independente do recorte econômico, ainda lutam pela igualdade material e por um tratamento mais digno pelo Estado. E nesse espaço entra em ação as PLPs, se propondo a ser o elo entre o campo social e o jurídico.

Busca-se, então, compreender se a apropriação do saber jurídico forjado a partir da formação e das ações dessas mulheres contribui, de fato, para que estas consigam transformar a sua realidade e da comunidade por meio do empoderamento desse saber, propiciando acesso à justiça a outras mulheres pela disseminação do conhecimento.

As instituições de ensino e o seu monopólio da transmissão do saber jurídico falham na sensibilização dos estudantes de Direito para as causas sociais e pode se tornar consequência da existência de um Direito longe dos anseios populares. Ao passo que o Direito está distante da realidade da população, os sujeitos que compõem essa realidade também estão alheios ao conhecimento jurídico, o que dificulta reivindicá-lo. Desse modo, a educação jurídica popular se mostra eficaz na disseminação do saber jurídico por propor uma forma de construir conhecimento a partir da realidade local, em um processo dialógico.

A categoria mulheres foi usada para demonstrar como a educação jurídica popular é colocada em prática e vem sendo uma importante ferramenta de superação do déficit de conhecimento sobre os direitos, contribuindo para a afirmação destes. Falar em Direito e mulher requer chamar a atenção para um Direito “masculino” percebido historicamente pelo tratamento deste dado à mulher. Essas compõem um grupo minoritário, não no sentido populacional, haja vista que é, atualmente, mais da metade da população brasileira, mas é minoria na medida em que lhes são endereçadas formas de violência e desrespeito específicos, impondo-lhes a necessidade de buscar direitos.

Entendemos que a formação de promotoras legais populares é instrumento de mudanças sociais e pessoais, percebidas por meio da realização de uma

pesquisa qualitativa com PLPs que atuam há mais de vinte anos e também com recém-formadas no curso. Essas entrevistas buscaram traçar uma linha entre os sonhos e as expectativas para o futuro das novas PLPs e a luta por justiça já travada pelas PLPs mais experientes. Com isso, espera-se ter elementos que corroboram com a importância de as PLPs atuarem em um cenário do Direito que ainda se constitui insuficiente, principalmente quando se fala em direitos das mulheres.

1 O SABER JURÍDICO E MONOPÓLIO: EDUCAÇÃO JURÍDICA POPULAR COMO ALTERNATIVA PARA A DEMOCRATIZAÇÃO DO DIREITO

1.1 CONTEXTO HISTÓRICO DA FORMAÇÃO DO DIREITO TÍPICAMENTE BRASILEIRO

O Direito, ao longo da história, passou por transformações – nem sempre cronológicas – e foi concebido de acordo com a sociedade que o gerou. No Brasil, o processo de constituição do Direito “não foi obra da evolução gradual e milenária de uma experiência grupal, como ocorre com o direito dos povos antigos [...]”³, mas foi originado da imposição portuguesa enquanto colonizadora do território brasileiro⁴.

A estrutura jurídica portuguesa foi implantada verticalmente no Brasil pela dominação da Coroa de Portugal, comandada por agentes públicos enviados de Portugal para que o Judiciário – instrumento de poder – pudesse ser mantido longe da população, a fim de não ser influenciado por interesses locais, e, por consequência, mantendo a soberania do rei e o seu domínio⁵. No entanto, o Direito alienígena foi se transformando e incorporando privilégios para a elite brasileira, insurgindo um Direito brasileiro que não poderia, de modo algum, estar a serviço da justiça naquela época, pois a sua base era constituída por agentes corruptos do Judiciário português e a aristocracia local, com interesses unicamente pessoais.

[...] a opção tomada pelo magistrado teve como objetivo não a proteção dos interesses de todo o conjunto social,

³ A. L. Machado Neto apud CRISTIANI, Claudio Valentim. O Direito no Brasil Colonial. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). *Fundamentos de história do direito*. Capítulo 13. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 295-309, p. 296.

⁴ Idem, *ibidem*.

⁵ Idem, p. 303.

antes, serviu para sufocar os legítimos interesses emergentes daqueles afastados do centro do poder, e para resolver os seus próprios problemas e os da elite dominante do Brasil-Colônia.⁶

O ensino superior também foi alvo estratégico português para um controle ideológico⁷⁻⁸ do povo dominado, em especial a formação de bacharéis, centralizando a academia na Metrópole⁹.

Nesse período, apenas os filhos dos coronéis e fazendeiros que viajavam até a Europa para estudar na Universidade de Coimbra tinham acesso à educação superior. Uma vez formados, cuidariam dos interesses da família e de sua classe social, de forma que as suas ideias continuariam sendo hegemônicas em detrimento das camadas menos favorecidas, fomentando o distanciamento do Direito em relação aos grupos minoritários até os dias de hoje, apesar de significativos avanços verificados nos últimos anos.

1.2 HEGEMONIA DO SABER JURÍDICO OFICIAL E O CONTROLE DA MÁQUINA DE JUSTIÇA

Destacamos que determinados grupos, ao ocuparem posições relevantes no plano econômico e jurídico-político, conseguem impor valores e interesses¹⁰ à sociedade, que em muitas situações não estão em sintonia com as necessidades e os desejos de sujeitos vulneráveis e tem como consequência a insuficiência

⁶ Idem, p. 295-309, p. 304.

⁷ KOZIMA, José Wanderley. Instituições, retórica e bacharelismo no Brasil. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). *Fundamentos de história do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 311-330, p. 321.

⁸ O pensador Karl Marx atribui ideologia como um instrumento utilizado pela classe dominante para fazer de seus interesses o interesse comum, ou seja, pauta a sociedade com seus próprios valores e, este, detentor de poder, consegue impô-la. Cf. MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A ideologia alemã*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

⁹ Luiz Antônio Cunha apud KOZIMA, José Wanderley. Instituições, retórica e bacharelismo no Brasil. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). *Fundamentos de história do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 311-330, p. 315.

¹⁰ Segundo Max Weber, a relação com as leis corresponde à chamada dominação legal, na qual o Estado mantém a sua legitimidade por meio dos estatutos legais e a máquina administrativa. Cf. SINHORETTO, Jacqueline. Os justicadores e sua justiça. Linchamentos, costume e conflito. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2001. p. 52, 206 p.

de efetivação de direitos da população pobre, negra, sem instrução formal, e grupos minoritários¹¹, como as mulheres.

É possível compreender o distanciamento do Direito da população quando pesquisas apontam problemas relacionados à equidade e à efetividade do sistema de justiça. Segundo o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea):

[...] a incerteza na reparação dos direitos também guarda relações com outros problemas, como a parcialidade do sistema judicial. [...] há um padrão discriminatório na manifestação de parte desse sistema. E, como regra, tal padrão afeta negativamente parcelas da população que já sofrem com discriminações variadas em seu cotidiano, de modo que reforça ainda mais estas últimas.¹²

O tensionamento pelo reconhecimento de direitos das minorias se choca com os interesses de grupos antagônicos, seja pela disputa do mesmo bem jurídico, por questões culturais baseadas na discriminação, como no caso das mulheres, ou pelo fato de os operadores do Direito e legisladores terem percepções diversas do que necessita a população, em especial os socialmente vulneráveis. Essa ideia macula a equidade necessária no sistema de justiça, provocando tratamento distinto entre determinados grupos. Ou seja, “as instituições que zelam pela justiça no Brasil não dispensam os cuidados necessários aos direitos que encarnam a cidadania e a dignidade, bem como a liberdade, a justiça e a solidariedade, previstas na Constituição de 1988”¹³.

Sobre as instituições de justiça, o Ipea realizou uma pesquisa para verificar o índice de confiabilidade da população brasileira. Constatou-se que, no ano de 2005, um ano após a reforma do Judiciário, a confiança no sistema de justiça

¹¹ Sobre as mulheres serem incluídas como minoria, Romero Perez afirma que “*las minorías a las que aquí nos referimos son un grupo vulnerable; vulnerabilidad que se traduce en tratos discriminatorios – bien sea en el ámbito político, social, cultural o económico – que, en definitiva, se reflejan en lesiones a los derechos humanos de quienes pertenecen a estos grupos*”. Cf. ROMERO PEREZ, Xiomara Lorena. Minorías marginadas, ocultas o invisibles. *Rev. Derecho Del Estado*, Bogotá, n. 26, 153-173 p., jan. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.org.com/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0122-98932011000100007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 29 maio 2015. p. 155.

¹² CAMPOS, André Gambier. Sistema de justiça no Brasil: problemas de equidade e efetividade. Brasília: Ipea, 2008. 60 p. Disponível em: <http://ipea.gov.br/agencia/index.php?option=com_content&view=article&id=4879>. Acesso em: 24 mar. 2015. p. 15

¹³ Idem, p. 8.

era, em média, 31% menor do que nos médicos, na Igreja Católica e nas Forças Armadas¹⁴. Já, no ano de 2014, a Fundação Getúlio Vargas realizou uma pesquisa livre¹⁵ sobre confiança nas instituições e constatou que o Poder Judiciário (29%) continua atrás das Forças Armadas (68%), da Igreja católica (59%) e até das emissoras de televisão (33%). Isso reflete o quanto a credibilidade em torno da justiça está abalada.

Podemos citar como um dos maiores responsáveis por este descrédito o afastamento entre o Direito e as minorias. Para a socióloga Jaqueline Sinhoretto, esse afastamento será superado apenas se a democracia no sistema de justiça passar por “[...] deslocar o olhar para a periferia, para as extremidades do corpo social, para as instituições locais, para além da lei e da regulamentação, observando as técnicas de intervenção do poder na produção dos efeitos que busca”¹⁶.

No mesmo trabalho supracitado, Sinhoretto traz a fala do Jurista Alberto Silva Franco: “[...] ou nós aprendemos a linguagem desse povo [...] ou nós seremos sempre pessoas absolutamente distantes dessa realidade social. E encastelados em nossa posição”¹⁷. Desse modo, podemos falar que há um direito formal, mas que materialmente ainda não atingiu todas as camadas sociais.

É imprescindível que, para tratar da relação entre o Direito e a população, abordemos a formação de operadores do sistema de justiça. O ensino formal do Direito no Brasil se preocupa em formar profissionais cumpridores da ritualística formal dos processos, porém são pouco sensibilizados com vistas ao campo social, não correspondendo às expectativas voltadas à solução de conflitos e busca da justiça.

[...] a produção do direito se funda nos marcos de uma educação puramente formal, em que as dimensões do desenvolvimento pleno e da formação para a cidadania são deturpadas através da reprodução de um ensino

¹⁴ Idem.

¹⁵ ÍNDICE DE CONFIANÇA NA JUSTIÇA BRASIL. Relatório ICJBrasil. 20. ed. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2014. p. 24. 40 p. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/6618>>. Acesso em: 28 jun. 2015.

¹⁶ SINHORETTO, Jaqueline. Ir aonde o povo está: etnografia de uma reforma da justiça. Tese (Doutorado em Sociologia) - Universidade de São Paulo, Faculdade de Letras e Ciências Humanas, Departamento de Sociologia. São Paulo, 2006. 418 p. Disponível em: <<http://www.nevusp.org/downloads/down176.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2015. p. 4.

¹⁷ Idem, p. 36.

voltado essencialmente para a qualificação profissional, devendo ressaltar-se que tal qualificação se restringe apenas aos modos de reprodução social necessários à manutenção do sistema político e econômico vigente.¹⁸

A justiça é vista em um âmbito formal e legalista – é justo o que está na lei –, desconsiderando os efeitos dessa “justiça” no âmbito social, na comunidade cercada pela pobreza e esquecida pelas políticas públicas estatais.

No tocante ao acesso à informação, uma esmagadora parcela da população desconhece direitos, sequer tem acesso à Constituição Federal. Em aula sobre direitos ministrada por meio da ONG Themis no Morro da Cruz – que leva noções básicas em direitos a mulheres da periferia –, uma aluna, ao receber a Constituição Federal, que fazia parte do material didático para uso nas aulas, afirmou: “É a primeira vez que pego em uma Constituição. A gente sempre ouve falar que nossos direitos estão na Constituição, mas até hoje eu não tinha visto uma”¹⁹. Essa afirmação apenas reforça que o conhecimento acerca dos direitos não é popular, reservado a uma parcela privilegiada, que nem sempre inclui os mais abastados economicamente. Segundo Sinhoretto,

esse desconhecimento do mundo do direito é a situação mais comum em praticamente todos os estratos sociais no Brasil, excetuando, é claro, os bacharéis em Direito e aqueles que, por dever de ofício, entram em contato com o funcionamento da justiça e a vigência das leis [...]. O mundo das leis é uma realidade consideravelmente autônoma em relação à vida cotidiana, é coisa para especialistas; No entanto, os especialistas repetidamente expressam algum espanto quando o alheamento ao mundo do direito atinge as classes medias e altas, supostamente bem informadas, ou seja, escolarizadas.²⁰

¹⁸ ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19, 2010, Fortaleza. Educação e emancipação: o Direito a partir da educação jurídica popular. Fortaleza: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, 2010. 10 p. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3856.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2015. p. 2836.

¹⁹ Relato extraído da aula sobre Políticas Públicas no 13º curso de PLPs no Morro da Cruz.

²⁰ SINHORETTO, Jaqueline. Ir aonde o povo está: etnografia de uma reforma da justiça. Tese (Doutorado em Sociologia) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Letras e Ciências Humanas, Departamento de Sociologia. São Paulo, 2006. 418 f. Disponível em: <<http://www.nevusp.org/downloads/down176.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2015. p. 285-286, p. 285.

O desconhecimento do mundo jurídico é condição que não escolhe classe social, mas são os pobres²¹ que possuem maior dificuldade de acesso à justiça. Um dado relevante para ser considerado quando se fala em acesso à justiça é que no Brasil há apenas 5.284 defensores públicos, ao mesmo em tempo que atua o dobro de promotores de justiça, ou seja, 12.056 e 16.987 juízes²².

1.3 EDUCAÇÃO JURÍDICA POPULAR: PROPOSTA PARA SUPERAR O DÉFICIT DE CONHECIMENTO EM DIREITOS

Na tentativa de tornar popular o conhecimento sobre os direitos em todas as suas dimensões, promover o protagonismo de grupos sociais por meio do empoderamento dos mecanismos de efetivação de direitos, com o objetivo de barrar os desmandos de um Estado violador – aproximando as comunidades do Direito e da justiça –, entra em campo as práticas fundadas no conceito da educação jurídica popular.

O termo educação jurídica popular tem origem na introdução das lições de Paulo Freire para mundo do Direito, na tentativa de problematizar o ensino jurídico e a sua fria relação com os sujeitos. Paulo Freire, ao criar o conceito de educação popular, procurou uma forma que rompesse com a hierarquia no ensino-aprendizagem, desconstruindo o conhecimento que hierarquiza e transformando-o em um processo baseado na horizontalidade das relações entre “educador/a e educando”, em que ambos os envolvidos se tornam sujeitos protagonistas na construção de um novo conhecimento, baseado na realidade e, por isso, de mais fácil compreensão. Desse modo,

a perspectiva da educação popular é a que trabalha a construção da qualidade social da educação numa perspectiva de co-gestão e co-responsabilidade entre os diversos atores envolvidos no processo e orientada na direção da construção de um modelo de

²¹ CAMPOS, André Gambier. Sistema de justiça no Brasil: problemas de equidade e efetividade. Brasília: Ipea, 2008. 60 p. Disponível em: <http://ipea.gov.br/agencia/index.php?option=com_content&view=article&id=4879>. Acesso em: 24 mar. 2015. p. 10.

²² BRASÍLIA. Ministério da Justiça. Índices Nacionais de Acesso à Justiça, 2014. Disponível em: <http://www.acessoajustica.gov.br/pub/centraisDeConteudo/indicadores_preDefinidos.faces>. Acesso em: 15 jun. 2015.

desenvolvimento baseado nos princípios da justiça social, equidade, sustentabilidade e autonomia.²³

No entanto, a ideia da educação jurídica popular não é muito difundida no mundo jurídico, pois as instituições de ensino – responsáveis pela formação de profissionais que atuarão no sistema de justiça – partem do pressuposto de que apenas o conhecimento científico é dado como válido, e, como consequência, “suprime, marginaliza e desacredita outros saberes socialmente constituídos”²⁴.

A maior problemática enfrentada pela educação jurídica popular é a população não conhecer os direitos nem se reconhecer como sujeito o portador destes, condições mínimas para o exercício da cidadania, se concretizando na sua percepção de existência no mundo jurídico. “É perceber a existência de um direito a ter direitos”²⁵. E, como diz Hannah Arendt, essa é a condição essencial para a “acessibilidade da justiça”²⁶.

Dentro da perspectiva de difusão do saber jurídico entre as práticas populares, tomando como partida o saber coletivo, percebemos que os espaços de ensino formal não são capazes de exercer a tarefa de promover a percepção do sujeito como portador e reivindicador de direitos. Assim, as escolas não abordam, de forma sistemática, as questões ligadas à cidadania, aos direitos e ao acesso à justiça; nem as universidades preparadas para contribuir com a superação do distanciamento entre a academia e a comunidade.

Sobre a Universidade, Boaventura de Souza Santos afirma que a mesma é responsável por criar condições para que a comunidade científica reflita com criticidade a sua relação com as comunidades sociais e estabeleceu como condição

²³ PONTUAL, Pedro de Carvalho. Contribuições de Paulo Freire e da educação popular à construção do sistema educacional brasileiro. *Revista E-Curriculum*, São Paulo, v. 7, n. 3, 1-11 p., dez. 2011. Disponível em: <<http://revistas.pucsp.br/index.php/curriculum/article/view/7592/5544>>. Acesso em: 16 maio 2015. p. 10.

²⁴ SOUZA JUNIOR, José Geraldo de. Direito como liberdade: o Direito achado na rua. Experiências populares emancipatórias de criação do Direito. Tese (Doutorado) – Curso de Direito, Programa de Pós-Graduação, Universidade de Brasília. Brasília, 2008. 338 p. Disponível em: <<http://repositorio.unb.br/handle/10482/1401>>. Acesso em: 22 fev. 2015. p. 166.

²⁵ ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. p. 330.

²⁶ CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris Editor, 1988. p. 22.

promover o reconhecimento de outras formas de saber e o confronto comunicativo entre elas. A universidade deve ser um ponto privilegiado de encontro entre saberes. A hegemonia da universidade deixa de residir no caráter único e exclusivo do saber que produz e transmite para passar a residir no caráter único e exclusivo da configuração de saberes que proporciona.²⁷

Mesmo com a existência de projetos de extensão e núcleos de prática jurídica que procuram ser o elo entre as universidades e o povo, os traços de uma educação jurídica popular são ainda muito sutis. No entanto, as Organizações Não Governamentais (ONGs) e os movimentos populares, por meio da articulação entre técnica e prática, vivência e troca de saberes, com o auxílio de profissionais alinhados a uma ideia de direito popular, conseguem experiências exitosas e duradouras na área da educação jurídica popular.

2 EMPODERAMENTO FEMININO POR MEIO DO SABER: A EXPERIÊNCIA DAS PROMOTORAS LEGAIS POPULARES

O projeto das promotoras legais populares será abordado para demonstrar como a educação jurídica popular vem sendo uma importante ferramenta para agir no déficit de conhecimentos sobre os direitos, contribuindo para a afirmação de direitos de grupos de mulheres. Essa experiência, implantada pela ONG Themis na década de 90, faz um recorte de gênero, selecionando a categoria mulheres para trabalhar em uma perspectiva de ensino não formal sobre os direitos, em especial os direitos da mulher e a sua luta histórica de conquistas e reivindicações. Neste sentido, fala-se em educação jurídica popular feminista²⁸, uma vez que se propõe a pensar a disseminação do conhecimento jurídico tendo a mulher não apenas como alvo da formação, mas como sujeito de direitos.

2.1 O DIREITO “MASCULINO” E A LUTA HISTÓRICA DAS MULHERES POR DIREITOS

A ideia de um direito “masculino” encontra raízes na História e nos dá uma compreensão acerca das causas que fazem com que a mulher tenha demorado a

²⁷ SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 8. ed. Porto: Afrontamento, 1994. Prémio Pen Club Português (Ensaio). Também publicado no Brasil (São Paulo: Editora Cortez, 1995. p. 194).

²⁸ SOUSA JUNIOR, José Geraldo de et al. (Org.). *O Direito achado na rua: introdução crítica ao direito das mulheres*. Brasília: Cead, Fub, 2011. p. 32. 350 p.

ser reconhecida como sujeito de direitos, e, mesmo após se tornar, a afirmação dessa condição ainda é sinônimo de sacrifícios e luta.

A análise de pontos histórico-jurídicos que afirmam a subjugação da mulher pelo Direito serve para percebermos a imposição de um direito eminentemente masculino e os motivos pelos quais até os dias de hoje ainda há um déficit de acesso à justiça, em seu sentido amplo, em relação às mulheres.

Na Grécia antiga, ser livre pressupunha ser homem ateniense e não escravo, ou seja, as mulheres ocupavam a mesma posição dos escravos, tendo como função principal a reprodução, limitando-a e excluindo-a do mundo do pensamento e do conhecimento²⁹. A relação patriarcal, a exemplo da grega, estabelecida em inúmeras sociedades se tornou a maneira pela qual ainda hoje somos educadas e educados, com a valorização de símbolos masculinos mais do que o feminino, resultado do confinamento social da mulher³⁰.

Já, na civilização romana, o homem, por meio do instituto do *pater familias*, possuía poder jurídico sobre a mulher – considerada incapaz –, podendo ele decidir sobre a sua vida e morte. A objetificação da mulher cravada no Direito romano influenciou o Direito Civil moderno brasileiro de tal maneira que até o ano de 2002, quando ainda vigorava o Código Civil de 1916, a mulher, ao casar-se, perdia a sua capacidade, e, para realizar alguns atos da vida civil, dependia da anuência do marido. Relativo aos direitos políticos, apenas em 1932, com a aprovação do Código Eleitoral, é que a mulher conquistou o direito de votar e ser votada, enfim, a sua cidadania.

O massacre de mulheres que detinham alguma forma de saber nas fogueiras da inquisição também pode ter contribuído para que estas permanecessem à sombra do conhecimento e dos espaços formais de educação, tendo reflexo na participação das mulheres no espaço público.

Existe, nessa perseguição às “feiticeiras”, um elemento claro de luta pela manutenção de uma posição de poder por parte do homem: a mulher, tida como bruxa, supostamente possuiria conhecimentos que

²⁹ ALVES, Branca Moreira; PITANGUY, Jacqueline. *O que é feminismo*. São Paulo: Editora Brasiliense, 2003. p. 12.

³⁰ GEBARA, Ivone. *O que é teologia feminista*. São Paulo: Editora Brasiliense, 2007. p. 19-21.

lhes confeririam espaços de atuação que escapavam ao domínio masculino.³¹

Negar a educação foi um fator que contribuiu para retardar a ocupação da mulher nos espaços considerados “masculinos”. A elas restou a alfabetização doméstica e a doutrina religiosa:

As mulheres mal sabiam ler e escrever: “Ensinaí as meninas a ler e a escrever corretamente. É vergonhoso, porém comum, ver-se mulheres de espírito e bem educadas (portanto, da boa sociedade) não saberem pronunciar bem o que lêem: ou elas hesitam ou lêem numa voz cantada... Cometem erros ainda mais grosseiros de ortografia, ou na maneira de formar ou ligar as letras ao escrever”. As mulheres eram semi-analfabetas. Criou-se o hábito de enviar as meninas a conventos que não eram destinados à educação, onde elas acompanhavam os exercícios devotos e recebiam uma instrução exclusivamente religiosa.³²

Outro fato histórico importante para traçar o trato dominador e castrador do Direito para com a mulher foi a Revolução Francesa. O principal marco jurídico da revolução foi a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, tão importante que se tornou inspiração para que fosse elaborada a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Mesmo avançada para a época, ao definir os direitos universais inerentes ao homem, a Carta francesa não foi capaz de abarcar as mulheres em sua ideologia.

As mulheres que lutaram lado a lado de revolucionários, como Georges Danton e Maximilien Robespierre, ousaram afirmar a sua exclusão da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, mesmo que, segundo os franceses, a interpretação da palavra “homem” dizia respeito a toda a humanidade. O argumento para a afirmação de que as mulheres haviam sido excluídas dos frutos do processo revolucionário se calcava na existência de leis ainda vigentes de opressão das mulheres, e, para que o Direito pudesse se alinhar às ideias da Declaração, estas deveriam ser revogadas³³. Assim, Olympe de Gouges

³¹ ALVES, Branca Moreira; PITANGUY, Jacqueline. *O que é feminismo*. São Paulo: Editora Brasiliense, 2003. p. 21.

³² ARIÈS, Philippe. *História social da criança e da família*. 2. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1981. p. 179.

³³ Idem, p. 34.

apresentou à Assembleia Nacional francesa a Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã, que tinha, em seu artigo primeiro: “A mulher nasce livre e permanece igual ao homem em direitos”³⁴. Esse documento foi importante do ponto de vista histórico por ter firmado a luta política das mulheres na busca pelo reconhecimento de direitos. No entanto, na época, Olympe de Gouges, que ousou reivindicar direitos iguais entre homens e mulheres, foi guilhotinada em 1793 por ser considerada mulher “desnaturada”, “perigosa demais”³⁵ e “[...] ter querido ser um homem de Estado e ter esquecido as virtudes próprias a seu sexo”³⁶.

Antes de avançar, é imprescindível ressaltar que os livros didáticos retratam a História sempre em uma perspectiva masculina e geralmente omitem-se em relação à participação das mulheres. Quando esses livros, responsáveis pela formação de milhares de crianças e adolescentes, deixam de mencionar a participação de mulheres nos grandes eventos históricos, as silenciam e reforça a sua invisibilidade nos espaços públicos, negando o seu protagonismo como sujeito de transformação.

O que restou às mulheres, ao longo da História, sob pena de fogueiras, guilhotinas e outras violências, foi uma educação pautada na sujeição. Segundo Rousseau, um dos intelectuais da Revolução Francesa:

Toda a educação das mulheres deve ser relacionada ao homem. Agradá-los, ser-lhes útil, fazer-se amada e honrada por eles, educá-los quando jovens, cuidá-los quando adultos, aconselhá-los, consolá-los, torná-lhes a vida útil e agradável – são esses os deveres das mulheres em todos os tempos e o que lhes deve ser ensinado desde a infância.³⁷

³⁴ REVISTA INTERNACIONAL INTERDISCIPLINAR INTERTHESIS. Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã. Florianópolis: UFSC, v. 4, n. 1, jan. 2007. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/interthesis/article/viewFile/911/10852>>. Acesso em: 12 abr. 2015. p. 1.

³⁵ Idem, p. 2.

³⁶ ALVES, Branca Moreira Alves; PITANGUY, Jacqueline. *O que é feminismo*. São Paulo: Editora Brasiliense, 2003. p. 34.

³⁷ Jean Jacques Rousseau apud ALVES, Branca Moreira Alves; PITANGUY, Jacqueline. *O que é feminismo*. São Paulo: Editora Brasiliense, 2003. p. 35.

Ainda hoje a mulher compõe um grupo minoritário³⁸ na sociedade, reflexo de uma exclusão histórica dos espaços políticos e privada de receber formação na mesma medida do que os homens, sendo, assim, alijada de contribuir para a formação de um direito verdadeiramente igualitário que fosse capaz de romper com os séculos de silêncio³⁹ e subjugação pelas instituições de poder.

Para a superação das desigualdades percebidas em relação aos direitos das mulheres, verificada na insuficiência de políticas públicas voltadas às suas necessidades, essa categoria deve ser tratada “nas especificidades e peculiaridades de sua condição social. Ao lado do direito à igualdade surge também como direito fundamental o direito à diferença. Importa o respeito à diferença e à diversidade, o que lhes assegura um tratamento especial”⁴⁰. Assim, “as pessoas e os grupos sociais têm o direito a ser iguais quando à diferença os inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza”⁴¹.

2.2 A ONG THEMIS⁴² E A SUA METODOLOGIA DE FORMAÇÃO JURÍDICA DAS PLPS

Ao perceber a existência de um direito masculino e elitizado, ausente nas vilas, a ONG Themis concebeu a formação de mulheres sobre as noções de direitos, na tentativa de empoderar mulheres líderes comunitárias para que estas pudessem transformar a sua realidade. Para tal, desenvolveu uma metodologia⁴³ inovadora no Brasil, inspirada em experiências semelhantes existentes na América Latina⁴⁴. Essa metodologia tem o objetivo de organizar as etapas do processo de formação que se distancia do ensino formal do direito,

³⁸ Ver nota de rodapé 9.

³⁹ Alves, op. cit., p. 23.

⁴⁰ PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas e direitos humanos. *Revista USP*, São Paulo, n. 69, p. 36-43, maio 2006 (trimestral). Disponível em: <<http://www.usp.br/revistausp/69/04-flavia.pdf>>. Acesso em: 3 maio 2015. p. 39.

⁴¹ SANTOS, Boaventura de Souza. Uma concepção multicultural de direitos humanos. *Lua Nova*, São Paulo, n. 39, p. 105-124, 1997. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451997000100007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 2 jun. 2015. p. 122.

⁴² THEMIS. Themis – Gênero, Justiça e Direitos Humanos, Porto Alegre. Disponível em: <<http://themis.org.br/>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

⁴³ BONETTI, Alinne de Lima. *Metodologia Themis de acesso à justiça*. Porto Alegre: Editora Themis, 2005.

⁴⁴ BONETTI, Alinne de Lima; GROSSI, Miriam Pilar. *Entre feministas e mulheristas: uma etnografia sobre promotoras legais populares e novas configurações da participação política feminina popular em Porto Alegre*. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Filosofia e Ciências Humanas, 2000. p. 4.

uma vez que a base do ensino é a realidade das mulheres em formação, e não somente a lei.

A Metodologia Themis tem como critério de escolha mulheres de lideranças comunitárias dos locais de moradia, além de serem obrigatoriamente alfabetizadas⁴⁵.

A metodologia utilizada pela Themis

fomenta o protagonismo das mulheres populares, que, capacitadas por meio dos cursos, fazem dos conhecimentos adquiridos instrumentos vivos de construção de direitos e acesso à justiça nas diversas áreas de atuação e participação. Na sua atuação cotidiana, elas combinam os saberes práticos decorrentes das necessidades das mulheres das suas comunidades (e também das suas próprias necessidades) com o conhecimento técnico e teórico sobre os direitos e, assim, têm se tornado referência sobre os temas relacionados à violação dos direitos das mulheres e à construção política desses direitos.⁴⁶

Ao utilizar a sua metodologia, a Themis reforça a importância da educação jurídica popular ao instigar grupos minoritários a perceber a sua existência no mundo do Direito. Esse processo fortalece o Estado Democrático de Direito na medida em que estabelece a oportunidade de participação das PLPs em espaços estratégicos de direcionamento de políticas públicas, como, por exemplo, os conselhos municipais e a relação direta com o Poder Público, por meio da firmação de convênios. Essa participação só é possível devido ao empoderamento das mulheres através do saber, mas não apenas um saber teórico, e sim conectado com o seu mundo, possibilitando-as ir à raiz das suas necessidades. Essas mulheres convivem com os problemas locais, como a falta ou precariedade das políticas públicas, o desrespeito aos direitos e a dificuldade de acesso à justiça, sendo que o curso traz a possibilidade de apropriação de instrumentos jurídicos para melhor contribuir com a transformação da sua realidade e fortalecer a sua militância. Unir educação em direitos transmitida de forma horizontal a um grupo específico, no caso as mulheres, dá a chance

⁴⁵ Idem, p. 15.

⁴⁶ SOUSA JUNIOR, José Geraldo de et al. (Org.). *O Direito achado na rua: introdução crítica ao direito das mulheres*. Brasília: Cead, Fub, 2011. p. 55. 350 p.

para que as mesmas se valorizem e se percebam como agentes responsáveis por transformação, seja da sua condição pessoal ou da sua comunidade.

As aulas dos cursos costumam ocorrer na própria comunidade, o que contribui para reforçar a autoestima comunitária, fazendo as mulheres acreditarem na possibilidade de usar o conhecimento jurídico a ser adquirido nas aulas para reivindicar melhores condições de vida no Morro e efetivar direitos. Também traz uma aproximação dos professores – a maioria operadores do Direito – com os problemas da comunidade, em uma tentativa de diminuir o distanciamento entre a comunidade e o sistema de justiça, fazendo com que esses profissionais se inteirem dos problemas que sofre a comunidade. Há, ainda, uma aproximação das novas PLPs com os órgãos públicos existentes na vila, como a rede de serviços de atendimento à mulher, em que a identidade pública das mesmas começa a ser formada.

2.2.1 O curso

O curso de PLPs é pensado para que as mulheres que estão à margem do direito formal possam se tornar multiplicadoras de cidadania por deterem saberes, auxiliando outras mulheres a superar situações de violência e buscar direitos.

O curso traz a possibilidade das participantes alterarem o próprio conceito de mulher, que deixa de ter a simples significação do dicionário que a caracteriza como “1. Ser humano do sexo feminino [...]. 2. Pessoa adulta do sexo feminino; [...]. 11. O ser humano do sexo feminino que apresenta características consideradas próprias do seu sexo, como delicadeza, carinho, sensibilidade etc. [...]”⁴⁷, e abre caminho para que elas possam se ver como uma pessoa capaz de interagir no mundo político, porque dele dependem as suas ações para que as políticas públicas sejam elaboradas, os mecanismos jurídicos de proteção à mulher sejam criados, ou seja, a mulher passa a se ver como cidadã partícipe das relações de forças capazes de mudar o seu meio.

O feminismo é elemento-chave presente em todas as discussões das aulas, mesmo que não seja referenciado. Ele se faz presente no momento em que se menciona a histórica luta das mulheres por direitos, da opressão ainda vivenciada na sociedade que as objetificam e as tornam vulneráveis a violências

⁴⁷ MICHAELIS. Dicionário On Line da Língua Portuguesa, 2015. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/>>. Acesso em: 10 maio 2015.

e as submetem nos espaços públicos. Assim, as aulas possuem uma carga concentrada de feminismo, o qual pode ser conceituado assim:

A política, o sistema jurídico, a religião, a vida intelectual e artística, são construções de uma cultura predominantemente masculina. O movimento feminista atual refuta a ideologia que legitima a diferenciação de papéis, reivindicando a igualdade em todos os níveis, seja no mundo externo, seja no âmbito doméstico.⁴⁸

O perfil dos professores convidados para as aulas também faz parte da metodologia Themis e a escolha do profissional passa pelo crivo das relações da entidade que conhece a atuação desses profissionais como defensores das minorias, ligados aos direitos humanos e ao mesmo tempo alinhados à metodologia da educação popular. Também são convidados profissionais do Direito ligados a instituições públicas para mostrar às mulheres o seu funcionamento. As participantes do curso percebem o mundo do dever-ser se chocando com a vida real.

Estudos sobre gênero e raça⁴⁹ e reflexões relacionadas às igualdades e diferenças na sociedade, em uma abordagem mais sociológica também integram a formação, intermediando as discussões decorrentes das desigualdades percebidas entre as pessoas negras e brancas, os homens e as mulheres e as questões históricas para se chegar à leitura atual de violação de direitos dos grupos mulheres e pessoas negras. A riqueza desses debates incentiva as mulheres e contribui para que percebam a aplicabilidade das informações recebidas no curso, pois para exercer a militância não é necessário ser um jurista, mas ter noção dos direitos, e que “percebam o seu lugar na sociedade, passando a nomear violências e violações antes inominadas”⁵⁰.

⁴⁸ ALVES, Branca Moreira Alves; PITANGUY, Jacqueline. *O que é feminismo*. São Paulo: Editora Brasiliense, 2003. p. 55.

⁴⁹ Embora o conceito raça tenha sido usado no passado para representar grupos humanos, separados por diferenças biológicas, e esse conceito, tendo sido contestado e decaído, sendo substituído por etnia, considerado “politicamente correto” e adotado pelo Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288/2010), o Movimento Negro se apropriou desse conceito e o ressignificou, usando-o como marcador de identidade racial. Por isso, o termo foi utilizado na programação do curso de PLPs e tema de debate nas aulas.

⁵⁰ OLIVEIRA, Fernanda Fernandes. Quando o Direito encontra a rua: um estudo sobre o curso de formação de Promotoras Legais Populares. Dissertação (Mestrado) - Curso de Educação, Programa de Pós-Graduação em Educação, Universidade de São Paulo, Faculdade de Educação. São Paulo, 2006.

Assim, a identidade das PLPs se constitui não a partir do que lhes falta (informações sobre direitos, ausência de justiça ou atuação do Estado), mas a partir do que são ou se tornam⁵¹. E isso é o que dá sentido à experiência, a possibilidade de construção de uma identidade de PLP a partir da vida das mulheres, as suas subjetividades, em um processo dialógico, circular.

3 DE SUJEITOS VULNERÁVEIS A PROMOTORAS DE CIDADANIA: HISTÓRIAS E CAMINHOS

Para perceber os impactos provocados pelo curso de formação de PLPs na vida das mulheres participantes, foram entrevistadas três PLPs recém-formadas e duas outras que atuam há pelo menos 21 anos. Traçou-se um panorama a partir das perspectivas e constatações destas duas gerações de PLPs e como a formação não convencional em direito influenciou na forma como cada uma dessas mulheres percebe a realidade e a sua relação com o mundo jurídico, em uma perspectiva subjetiva e também militante.

Os nomes das entrevistadas foram mantidos em sigilo e nos seus lugares foram trazidos nomes de feministas que contribuíram historicamente para a luta das mulheres por direitos. As personalidades escolhidas foram Berta Lutz, Rose Marie Muraro, Frida Kahlo, Simone de Beauvoir e Joana D'Arc.

3.1 AS PLPS E AS SUAS TRAJETÓRIAS PESSOAIS: CONTRIBUIÇÕES DO PROJETO PLPS NO COMBATE ÀS INJUSTIÇAS

3.1.1 Os sonhos e as expectativas para o futuro: as novas PLPs e a descoberta do mundo jurídico

As três novas PLPs entrevistadas formaram-se em março de 2015, na turma do Morro da Cruz. Berta Lutz⁵² e Rose Marie Muraro⁵³, irmãs gêmeas,

117 f. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/48/48134/tde-06032008-114852/pt-br.php>>. Acesso em: 10 mar. 2015. p. 12-13. p. 6.

⁵¹ Idem, p. 84.

⁵² Berta Lutz desempenhou importante papel para a aprovação do voto feminino no Brasil. Organizou o primeiro congresso feminista do País e discutiu na Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre os problemas relacionados à proteção do trabalho da mulher. Foi Deputada Federal e a sua atuação versou sobre o trabalho da mulher, a igualdade salarial, a licença-maternidade de três meses e a redução da jornada de trabalho. Cf. SENADO FEDERAL. Berta Lutz, 2015. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/entenda-o-assunto/bertha-lutz/>>. Acesso em: 20 maio 2015.

⁵³ Rose Marie Muraro foi escritora, intelectual e feminista. “Figura central na luta pela emancipação das mulheres, Rose Marie Muraro contrapôs-se aos valores conservadores de submissão das mulheres brasileiras e disseminou os ideais feministas de diferentes partes do mundo. Em 2005, foi reconhecida

possuem 19 anos e Frida Kahlo⁵⁴, 61. Todas as três mulheres possuem coisas em comum: são negras, moram na periferia, são prestativas ao trabalho comunitário e almejam que a sua comunidade melhore.

Levando em consideração as suas percepções pessoais em relação ao curso e ao trabalho das PLPs, as novas promotoras, apesar de terem concluído a formação há alguns meses, conseguiram perceber a sua importância na disseminação de informações que levem mulheres a terem acesso à justiça. A metodologia utilizada no curso das PLPs contribuiu para que a noção de partilha das informações fosse tão bem absorvida. A educação jurídica popular feminista coloca a mulher como peça fundamental na construção de um conhecimento dialético, ignorando a hierarquia no ensino, como é apresentado na educação formal.

Quanto aos desafios na atuação das promotoras, ainda que sejam inexperientes nesse processo, já percebem a complexidade de trabalhar a violência contra a mulher por haver uma certa naturalização do problema. “É difícil fazer a pessoa entender que a violência pode parar”. Berta relatou que, ainda em processo de formação no curso, já precisou atuar em caso de violência doméstica que ocorreu na Ilha da Pintada, local onde desenvolve projeto junto com a UFRGS. No geral, as novas PLPs percebem que as mulheres vítimas de violências não se sentem motivadas para denunciar, pois acham “que a justiça não vai funcionar”, seguindo a ideia de que a justiça vale apenas “para os ricos”.

Percebe-se que a noção de justiça apenas para poucos, mencionada pelas novas PLPs, está atrelada à ideia de que há uma fragmentação do conceito de justiça, com tratamento diverso dado pelo Direito, dependendo da condição social. Por esse motivo, denota-se justiça aos ricos e injustiça aos pobres, ou até mesmo que o Judiciário está a favor das injustiças. Essa questão demonstra a pouca confiabilidade nas instituições ligadas ao sistema de justiça⁵⁵ (abordado no primeiro capítulo deste trabalho) e a desmotivação de mulheres da periferia,

como Patrona do Feminismo Nacional”. Cf. ONU MULHERES. ONU Mulheres destaca legado da feminista Rose Marie Muraro, 2014. Disponível em: <<http://nacoesunidas.org/onu-mulheres-destaca-legado-da-feminista-rose-marie-muraro/>>. Acesso em: 20 maio 2015.

⁵⁴ Frida Kahlo foi uma importante pintora mexicana, membro do Partido Comunista e ativista de esquerda. É referência internacional da luta feminista. Cf. MUSEO FRIDA KHALO. Biografia de Frida Kahlo, 2015. Disponível em: <http://www.museofridakahlo.org.mx/assets/files/page_files/document/39/Biografia.pdf>. Acesso em: 20 maio 2015.

⁵⁵ CAMPOS, André Gambier. Sistema de justiça no Brasil: problemas de equidade e efetividade. Brasília: Ipea, 2008. 60 p. Disponível em: <http://ipea.gov.br/agencia/index.php?option=com_content&view=article&id=4879>. Acesso em: 24 mar. 2015. p. 8.

vítimas de violência, para denunciar os seus agressores. “Se tu botar um salto, se arrumar e ir na delegacia, tu é atendida, mas se tu tiver de chinelo com roupa velha, não te enxergam”, diz Frida. Após essa afirmação, em conversa mais informal, as entrevistadas chegaram à conclusão de que se uma mulher, mesmo “bem arrumada”, chegar em uma delegacia para denunciar o marido ou companheiro agressor, ainda assim poderá ser discriminada no atendimento pela simples condição de serem mulheres em um espaço masculinizado (que é o caso da maioria das delegacias, com a exceção das Delegacias de Atendimento à Mulher, que, no entanto, ainda há relatos de mau atendimento), atendidas por homens para denunciar outros homens.

A formação de PLPs proposta pela ONG Themis leva noções de direitos às mulheres da vila e provoca empoderamento nessas mulheres. É o que relata as entrevistadas ao afirmarem que se sentem mais poderosas simplesmente por saberem o que dizer quando são consultadas por alguém. “Me sinto empoderada institucionalmente falando”, afirma Rose.

A sensação de poder atrelado ao conhecimento percebido pelas mulheres entrevistadas reforça a tese de que o saber empodera e dá segurança nas ações da militância. Saber o que dizer, ter informações corretas a repassar para a comunidade afirma a promotora em um papel de liderança e, ao mesmo tempo, concretiza uma das facetas de sua atuação: disseminar conhecimentos em direitos e contribuir para que outras mulheres tenham acesso à justiça.

O reconhecimento público das PLPs é essencial para que haja, de um lado, a procura por sua contribuição na comunidade, e, de outro, relacionado à eficácia da atuação quando há necessidade de dialogar com o Poder Público, seja no posto de saúde ou na creche da comunidade, na delegacia ou com os outros dois poderes. O trabalho das PLPs, de forma indireta, acaba movimentando a justiça formal, haja vista que essa não funciona sozinha, dependendo que haja acesso a ela para que possa cumprir a sua função de dizer o Direito. Por esse motivo, há um desapontamento das recém-formadas em relação a não existência de um espaço na comunidade onde elas possam atuar.

As novas PLPs se formaram com o objetivo de se tornarem promotoras de cidadania e multiplicadoras em direitos, e repassar a outras mulheres confiança no sistema de justiça para a solução das questões relacionadas à violação de direitos. No entanto, as três entrevistadas afirmam que o Direito “não está a serviço de pessoas humildes na prática, apenas no papel”. Segundo Berta, “não se cumpre o que está escrito, nem na Constituição Federal, muito menos nas

leis. As leis não são aplicadas como deveriam, não acontece na prática”. Quando perguntadas sobre os motivos que as levam para fazer tal afirmação sobre as leis e o sistema de justiça, mencionam o funcionamento do Poder Judiciário para exemplificar. Frida, a mais experiente das três mulheres, por ter os seus 61 anos, afirmou que não possui boas experiências quando precisou acionar a justiça para resolver assuntos pessoais. “Os juízes acham que o problema é raso quando na verdade é mais profundo. Há uma banalidade de tratamento das causas das pessoas”.

Duas das três entrevistadas mencionaram o termo “não dá em nada” para se referir às ações de violência doméstica e não se sentem seguras em encorajar uma mulher violentada a procurar a delegacia para denunciar um agressor por saberem que não há um tratamento digno às mulheres nas delegacias. Perceberam que há uma exposição das mulheres que sofrem violência nas Delegacias de Polícia, incluindo a Delegacia da Mulher. “Por diversas vezes a mulher precisa contar sua história, que é doída, para ser encaminhada. Há uma burocracia”.

A entrevista com as novas PLPs também tentou demarcar as contribuições que o curso de formação ofereceu para a vida pessoal para a superação de violação de direitos, os seus ou de sua família. Nenhuma das entrevistadas afirmou já ter usado o “distintivo” em causa própria, somente de outrem.

Sobre mudanças na vida de uma mulher a partir da formação de PLPs, Berta afirmou ter atuado na comunidade onde trabalha, conversando com uma mulher que havia realizado o curso em anos anteriores, e que não conseguiu atuar como promotora. O motivo da desistência do “posto” de PLP se deu pelo fato de essa mulher ter sofrido violência doméstica e não ter conseguido denunciar o agressor, que atualmente ainda é seu marido. Segundo Berta, ela sentia vergonha perante a comunidade, pois não se sentia digna de orientar outras mulheres sobre os direitos se na sua vida pessoal não conseguiu colocar em prática.

Esse relato é importante para compreendermos algumas questões sobre as expectativas colocadas sobre o curso: para superar as situações de violência doméstica não basta receber informações sobre os direitos sem que a mulher receba apoio psicológico e infraestrutura para tal. Ela precisa ser encaminhada para uma rede de apoio e serviços de assistência, que na época do fato citado ainda se encontrava desestruturada e não havia sequer a Lei Maria da Penha. As

expectativas de superação da condição de vulnerabilidade dependem de outros fatores para além do acesso à informação, como políticas públicas estatais.

A partir da coleta desses dados, algumas questões precisam ser levantadas.

Primeiro, o empoderamento das novas PLPs ao ter contato com noções de Direito não é capaz de trazer segurança e confiança na justiça. Ao mesmo tempo em que repassam informações sobre os direitos das mulheres e as orientam a buscar a tutela do Estado, não acreditam na eficácia da solução do problema a ser resolvido por ele. Acreditam na justiça como o ideal para a situação, mas não na justiça como o conjunto de instituições estatais que devem servir para que a solução idealizada se estabeleça.

Segundo, o Judiciário ainda está em descompasso com o as necessidades populares. O relato de uma das novas PLPs, ao afirmar o desconhecimento dos juízes das causas que julgam, que pincela uma mecanização dos julgamentos por tentar dar rapidez aos processos devido ao acúmulo nas varas. Nesse momento seria interessante um tratamento multidisciplinar às causas de Direito de Família e Violência Doméstica para além do estudo social pedido pelo juiz em casos mais complexos. E mesmo que alguns profissionais sejam sensibilizados do ponto de vista social e reconheçam a importância de buscar outros elementos para embasar as suas decisões, a estrutura do Judiciário na qual estão inseridos não permite que fujam dos ritos formais sob o risco de serem apontados como parciais ou “malabaristas jurídicos” e verem a carreira comprometida.

3.1.2 O combate travado pelas antigas PLPs: histórias e perspectivas a partir da experiência e o acesso à justiça

A primeira turma de formandas do Projeto das PLPs data de 1994. As duas entrevistadas a seguir participaram desse curso. Essas mulheres são Simone de Beauvoir⁵⁶ e Joana D’Arc⁵⁷ e vão ilustrar, por meio de seus depoimentos, que há possibilidade de as mudanças ocorrerem a partir do conhecimento e de uma percepção crítica das circunstâncias que cercam a sua vida e a da comunidade.

⁵⁶ Simone de Beauvoir foi escritora, filósofa e feminista francesa. As suas obras desafiaram o seu tempo. Entre as suas obras destaca-se “O segundo sexo”, que faz uma profunda análise crítica do papel da mulher na sociedade. Cf. LIVRE, Enciclopédia. Simone de Beauvoir, 2015. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Simone_de_Beauvoir>. Acesso em: 20 maio 2015.

⁵⁷ Joana D’Arc foi uma heroína francesa que lutou na Guerra dos Cem Anos. Foi considerada bruxa e condenada a morrer na fogueira. Anos mais tarde, o processo que a condenou foi considerado nulo. Joana foi canonizada pela Igreja Católica em 1920. Cf. E-BIBLIOGRAFIAS. Joana D’Arc, 2015. Disponível em: <http://www.e-biografias.net/joana_darc/>. Acesso em: 20 maio 2015.

Simone foi a primeira entrevistada e começou contando a sua história de vida, e durante boa parte da entrevista falou a respeito de sua família, da relação com os filhos e as filhas, com as suas noras e os seus genros, com o ex-marido, e das transformações que o seu bairro sofreu desde que chegou ali. Em relação aos seus filhos, a PLP ressalta os desafios de dar a eles uma educação feminista e não diferenciadora: “Meus filhos eram humilhados por minha causa. Quando eu chegava no portão para chamá-los para entrar em casa, os amigos falavam: ‘Vai lá, mulherzinha, lavar louça e limpar a casa’”.

Simone afirma que fez o possível para que os seus filhos não reproduzissem o machismo. “Eles podem até não praticar o machismo pela educação que tiveram, mas aprenderam na sociedade. [...] A cultura do pai ficou dentro deles, mas eles conseguem transmitir outras ideias às suas filhas”.

E foi na Restinga onde Simone conseguiu ressignificar a sua vida. Começou a se envolver nas mobilizações da comunidade para resolver os problemas do bairro. Ao saber que haveria um curso na Restinga que falava dos direitos da mulher, procurou logo se inscrever. “Quando comecei a fazer o curso eu estava no fundo do poço”. Relata que a sua relação com o marido ficou mais difícil quando começou a frequentar o curso. “Eu passava noites acordada pensando o que poderia fazer para ser diferente, mas foi um aprendizado para entender que eu não precisava dele para sobreviver. Mas só depois que os filhos ficaram grandes eu tomei a decisão [de pedir separação]”.

Uma questão importante trazida por Simone diz respeito à reviravolta provocada pelo curso de PLPs em sua comunidade. “Todos os maridos tinha medo do curso. Alguns mostravam apoio fora de casa, mas dentro tentavam manter o domínio sobre a mulher”. Essa circunstância retrata a consciência dos maridos no que diz respeito às mulheres conhecerem direitos e não mais se submeterem às ordens.

A PLP, a partir desse ponto, teoriza sobre os tipos de promotoras que percebeu existir. Segundo Simone, há três tipos de PLPs:

As “assustadas”, que são as mulheres que não terminaram o curso. Tinham medo do conteúdo, pois achavam que o mesmo traria problemas para a vida conjugal. Simone ressaltou que houve muitas ameaças vindas dos maridos das alunas PLPs, com violência física em alguns casos, para que as mulheres abandonassem o curso. E relata:

A dominação masculina era muito forte na época pela dificuldade na região. Quem tinha filho não conseguia

trabalhar em Porto Alegre porque era muito longe. Ainda é, mas hoje tem mais condução. [...] Teve um caso que um marido vendeu a casa e foram embora por causa das PLPs. [...] Achavam que a gente era má influência para as mulheres.

Muitas, para não perder o casamento, acabaram abandonando o projeto. Outras mulheres resistiram e compõem o segundo tipo de PLP, segundo Simone: “As que transformaram a vida”. Essas são as mulheres que, a partir do curso, tomaram gosto pela leitura, retomaram os estudos e buscaram uma profissionalização. A promotora afirma que essas mulheres, mesmo não atuando na comunidade, conseguiram mudar as suas vidas e a de suas famílias. Ela cita como exemplo as PLPs, que se tornaram assistente social e auxiliar de enfermagem.

O curso também contribuiu para que muitas mulheres que estavam em uma relação insatisfatória e até de violência conseguissem colocar fim nos seus casamentos. “Poucas das mulheres que terminaram o curso continuaram com os maridos”, afirma Simone.

Já o terceiro grupo, na concepção da entrevistada Simone, é retratado com entusiasmo na sua fala: “São as promotoras que atuam na comunidade”. E segue o relato:

As PLPs que se formaram começaram a atuar nas escolas. Houve uma revolução. Atingiu os professores, pais, EJAs, que tinham alunos homens. Conseguimos montar grupos de alunos para debater sobre sexualidade e violência contra a mulher.

Diante das transformações que Simone percebeu em sua vida e das mudanças que as PLPs conseguiram desempenhar na Restinga, ela descreve as promotoras como “agentes de transformação social”. A definição da entrevistada diz muito sobre o seu olhar a respeito dos frutos do projeto. Os termos trazidos por ela trazem a sua percepção acerca do empoderamento das mulheres que realizaram o curso, que puderam reagir frente às desigualdades não só de classe social, mas de gênero, e as suas ações puderam atingir, também, professores, alunos e vizinhos.

Para Simone,

a Themis não tem noção do diferencial que fez na vida dessas mulheres. [...] Não se calcula o impacto social que o curso tem. A Themis não pensa a dimensão do trabalho. Foram tantas oficinas, palestras nas escolas, nas universidades. [...] Em 2007 fechamos a avenida principal de Brasília no Encontro Nacional de PLPs. Fomos recebidas pela Ministra de Políticas para as Mulheres e pelo vice-presidente. Era mais de 300 PLPs de todo o Brasil.

Apesar do impacto provocado pelo curso, muitas mulheres formadas encontram dificuldades para conciliar a subsistência com a militância. Simone aponta a falta de tempo como o grande desafio para as formadas. “A gente tem que ganhar a vida”. E completa: “Nem todas tem a sorte de ganhar a vida e conciliar com a militância. [...] Grande parte das PLPs que se destacaram tinham tempo para atuar”.

Quando perguntado à entrevistada sobre a maior frustração, esta afirma que foi em relação à política. “Toda vez que entra um governo assume, ele destrói tudo que foi feito pelo outro. Não respeitam o que foi aprendido, o que foi construído”.

Simone, ao retratar a atualidade, afirma que o respeito e reconhecimento das PLPs têm diminuído, pois o trabalho nas comunidades não é mais visto, principalmente com o fechamento dos SIMs nos bairros. Nos anos anteriores, segundo a entrevistada, o Poder Público percebia o poder político das PLPs dentro da comunidade: “Se nos tratassem mal e a gente chegasse numa reunião do CROP [grupo que se reúne toda semana no bairro para discutir sobre segurança, saúde, educação, etc.], eles estavam ‘ferrados’. [...] Eles tinham medo da gente”.

Ressaltou que, em todos os 21 anos de atuação como PLP, a pauta relacionada à mulher nunca foi prioridade na promoção de políticas públicas e todas as conquistas sociais foram tidas com muita reivindicação. Lamentou a extinção da Secretaria de Política para as Mulheres do Governo estadual, que foi transformada em um departamento dentro da Secretaria de Justiça e Direitos Humanos.

Acerca da confiabilidade na justiça, enquanto as novas PLPs ainda não sabem lidar com a contradição de não confiar na justiça e ao mesmo tempo orientar mulheres que estão em situação de violência a procurar os seus direitos

via sistema de justiça por meio da denúncia dos agressores, Simone conseguiu contornar essa situação através da sua experiência. Segundo ela, desempenha o papel de PLP ao orientar mulheres, mas sempre diz que a denúncia pode não resolver, mas é o caminho, há uma chance. Argumenta que, se não leva justiça para a mulher, pelo menos “engrossa o caldo” das estatísticas sobre a violência doméstica para dizer que isso existe.

A última entrevistada é Joana D’Arc.

A questão levantada por Joana retrata o verdadeiro sentido do termo jurídico:

Depois do curso comecei a perceber coisas que antes passava despercebido sobre legalidades e a quem se dirigir diante de uma necessidade ou problema. Sei que posso ganhar um briga com a citação de um artigo da lei ou da Constituição.

Joana compõe duas categorias de PLPs elencadas por Simone: transformou a sua vida e ainda atua na comunidade até os dias de hoje.

Depois de fazer o curso me senti muito mais segura e completa para minha trajetória de vida. As mudanças na minha vida foram muito mais seguras. Tive mais certeza do que queria. Pude expressar melhor meus pensamentos. Recebi formação rígida dos meus pais que são de outra geração. Cresci no interior, minha família me permitiu estudar, mas tinha regras machistas dentro da minha formação familiar e uma delas é a submissão ao marido e a gente traz isso para casamento. Depois que fiz o curso me libertei disso. Transformei minha relação. Tive que me separar e depois retomei a mesma relação, mas desta vez de parceria. O curso de PLPs me deu coragem de mudar. Consegui fazer a minha defesa do meu direito como mulher dentro da minha família.

Joana é uma das poucas PLPs que já possuía formação acadêmica incompleta. Coursou Pedagogia, porém não concluiu. No entanto, a entrevistada afirma que saber reivindicar direitos “não é questão acadêmica, é conhecimento direcionado”.

Sobre a sua atuação como PLP, afirma que

no início os homens achavam que as PLPs queriam separar os casais, que a gente não queria as mulheres com os maridos. [...] Nos colocamos em risco na época. Corremos riscos. Chegou a ir homens na porta do SIM e queriam saber: “Quem são essas mulheres que estão botando coisas na cabeça da minha mulher?”.

Quanto à questão da violência doméstica, ressaltou a dificuldade de lidar com a delegacia da Restinga: “Foi difícil convencer a delegacia que as mulheres que denunciavam violência doméstica mereciam crédito no que falavam”.

Simone também já havia retratado essa dificuldade:

Aprendemos no curso que o que o juiz leva em conta não é a fala da mulher na audiência, mas no que tá na ocorrência. As delegacias não registravam de forma correta a ocorrência. As PLPs tentaram resolver isso. Quando a delegacia não registrava direito, um grupo de PLPs iam falar com o delegado para dizer que a ocorrência não estava certa. A forma que eles se expressavam na ocorrência não dava importância para o que a mulher dizia. Eles tinham uma “fórmula”.

Foi a partir dessas ações que Joana afirma ter começado a construção de uma rede na Restinga: Polícia Civil, Polícia Militar, Assistência Social e alguns juízes. No entanto, ao comparar o ano de 1994 até então, analisa que o trabalho das PLPs é reconhecido por instituições do Governo, mas ainda falta um reconhecimento oficial. O projeto pensado para as promotoras não avançou, que seria a transformação das PLPs em política pública para que se tornem “agentes comunitárias de justiça”. Segundo Joana, “o trabalho que fazemos tem pessoas no Estado para fazer, mas não são preparadas. Fazermos trabalho voluntário. A gente fomenta os serviços públicos que já existem”. Apesar da ideia, Joana reconhece que poderá haver um engessamento do projeto das PLPs caso haja incentivo governamental.

3.2 CASTELO ADENTRO

É significativo o impacto que uma formação em direitos provoca em uma mulher que tem a sua trajetória pessoal marcada por injustiças e que vivencia as desigualdades. Essas desigualdades não são sofridas apenas no plano econômico, mas também por meio de uma hierarquia de gênero provocada pelo

machismo que, ainda nos dias de hoje, após avanços históricos de conquista das mulheres por igualdade nos espaços, ainda está entranhado na nossa cultura. Os riscos enfrentados pelas PLPs mais experientes, quando, na década de 90, tentavam mostrar às mulheres alternativas à vida submissa que levavam, mostra que o curso de formação em direitos rompia com o paradigma estabelecido na comunidade – onde o único direito das mulheres era procriar e cuidar da prole – e ameaçava a hegemonia masculina, que até então não era questionada. Propor igualdade de direitos na relação conjugal desestabilizou muitos casamentos e tantos sucumbiram diante dessa nova situação. Falar de direitos para um grupo de mulheres sem perspectiva social é abrir caminho para a superação, e, como lembrou Simone, mesmo que a mulher não atue na comunidade, ela provocará uma revolução dentro de casa.

A busca de uma mudança de paradigma nas relações entre homens e mulheres, a partir da compreensão de igualdade de direitos e feminismo, fez com que essas mulheres mudassem a relação com os filhos na tentativa de que os mesmos não reproduzissem o que as suas mães aprenderam a combater, o machismo.

Outro elemento importante conquistado por essas mulheres e reforçado com as noções de direito diz respeito ao fortalecimento das articulações políticas. Empoderadas⁵⁸ com a Constituição e o conhecimento de leis, conseguiram mais êxito em negociações com órgãos públicos ou reivindicando direitos, como bem lembrou Joana que disse saber ter vantagem em uma “briga” quando sabia mencionar na discussão o artigo de lei ou da Constituição Federal.

Inegável a contribuição do curso para fortalecer o espírito comunitário entre as mulheres formadas. As PLPs são um grupo de mulheres que estão sempre conectadas entre si, passando umas às outras informações sobre acontecimentos na cidade. Essa rede criada por elas propicia uma melhor articulação das estratégias para o acompanhamento das ações do Poder Público em torno do tema das mulheres. Um exemplo disso é a maciça e ativa participação de promotoras em reuniões abertas de conselhos municipais.

Enfim, ao longo de todos os 21 anos de existência, as PLPs com as contribuições da ONG Themis vêm realizando um espetacular trabalho no campo do Direito, sem mesmo nunca terem sentado nos bancos universitários.

⁵⁸ O termo empoderamento utilizado no texto não se trata de delegação de poder à mulher, e sim propiciá-la a descobrir o seu próprio poder, que seja capaz de fazê-la superar a sua condição de vulnerabilidade.

Os saberes compartilhados pelas PLPs advêm da experiência de vida de cada uma, somada a uma formação voltada especialmente para as mulheres, com as suas especificidades, e levando em consideração a realidade das comunidades onde estão inseridas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Impossível não perceber a ação transformadora do Projeto PLPs sem buscar as origens do Direito – eminentemente masculino e elitista – e a necessidade de popularizá-lo. Desse modo, foi necessário fazer uma síntese histórica para problematizar a existência de um Direito alinhado aos mais abastados financeiramente, forjado ainda no Brasil Imperial, onde os magistrados portugueses, donos de terras e bacharéis filhos de coronéis teciam a trama que resultou no distanciamento do sistema de justiça da população mais pobre.

Apesar de o conhecimento jurídico estar confinado nos “castelos” das Faculdades de Direito, a sua apropriação se torna fundamental para a construção da cidadania e garantia do exercício dos direitos. Por esse motivo, esse conhecimento deve ser democratizado, ou seja, levado a todas as camadas sociais para que as pessoas possam dele se apropriar com o objetivo de superar situações de violações de direitos e facilitar o acesso à justiça.

A academia não detém o único saber verdadeiro, tampouco o monopólio. O conhecimento também se constrói no dia a dia com as experiências vivenciadas, potencializando-se na troca de saberes não formais, produzindo outras formas de conhecimento. Desse modo, as ideias freirianas, mais do que nunca, devem ser trazidas para o mundo jurídico como forma de trabalhar a educação jurídica entre os populares. E, nesse momento, a Universidade deve assumir para si um papel fundamental: propiciar aos acadêmicos de Direito mais do que a prática jurídica, mas a interação do mesmo com as comunidades, por meio de projetos locais que propiciem um envolvimento jurídico-político. Jurídico, para atuar quando há visível demanda, e político, no sentido de o estudante perceber a intersecção do Direito nas atividades comunitárias e contribuir de forma a usar o conhecimento acadêmico em aprendizagem para auxiliá-las. Somente assim a academia conseguirá formar profissionais “desencastelados” em ideias e posturas.

Já existem práticas que permitem aproximar grupos minoritários do Direito. E o presente trabalho procurou trazer a experiência das promotoras legais populares, idealizado pela ONG Themis, mas que se espalhou por todo

o País. Nesse processo, que envolve a educação jurídica popular, se trabalhou com grupos de mulheres em situação de vulnerabilidade. Nesse espaço ocorre um verdadeiro “intercâmbio” entre os operadores do Direito e as moradoras da periferia, e, por esse motivo, é um dos pontos que merece destaque no trabalho. No entanto, muitos magistrados ou advogados que aceitam participar desses espaços comunitários já são, de alguma forma, alinhados à causa popular e se envolvem em discussões sobre a realidade das vilas. Resta-nos questionar sobre a eficácia da ideia de aproximação do sistema de justiça da periferia quando os profissionais trazidos à vila já assumem o compromisso de maior presença junto a esses grupos minoritários.

De outra banda, a interação de mulheres em situação de vulnerabilidade com o Direito propicia uma absorção de conceitos antes considerados alienígenas à sua realidade. Quando o curso de PLPs é pensado de modo a abordar temas de direito que estão presentes no dia a dia dessas mulheres, mais por violações do que por exercício desse direito, deparamo-nos com uma experiência exitosa, pois, como referido em vários momentos no trabalho, o conhecimento gera empoderamento, propiciando que essas mulheres busquem soluções para as injustiças na sua comunidade.

As PLPs entrevistadas demonstraram respostas críticas a questões relacionadas ao funcionamento do Estado, nas três esferas de poder, e, principalmente, ao Direito. No entanto, uma questão chama a atenção: enquanto as novas PLPs tem internalizado a função de multiplicadoras de cidadania, levando informações de acesso à justiça e direitos a outras mulheres, as PLPs experientes ultrapassaram esse marco e passaram para o campo político, uma vez que atuam no nível da reivindicação pela criação do Direito, ou seja, na luta por políticas públicas voltadas às mulheres.

Ainda assim, arrisca-se afirmar que as práticas da sociedade civil, em especial o programa de formação de PLPs, somado à sua atuação, vem contribuindo, de fato, para a desconstrução da lógica do monopólio do saber jurídico, aproximando o Direito das camadas populares e transformando mulheres vulneráveis em protagonistas de sua própria história.

REFERÊNCIAS

ALVES, Branca Moreira Alves; PITANGUY, Jacqueline. *O que é feminismo*. São Paulo: Editora Brasiliense, 2003.

ARENDDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

ARIÈS, Philippe. *História social da criança e da família*. 2. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1981.

BONETTI, Alinne de Lima. *Metodologia Themis de acesso à justiça*. Porto Alegre: Editora Themis, 2005.

_____. A ONG e a antropóloga: da experiência etnográfica à experiência profissional. *Revista Humanas: Cidadania, Democracia e Políticas Públicas*, Porto Alegre: Instituto de Filosofia e Ciências Humanas/UFRGS, v. 26/27, 2004/2005. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/naci/>>. Acesso em: 22 abr. 2015.

BONETTI, Alinne de Lima; GROSSI, Miriam Pilar. *Entre feministas e mulheristas: uma etnografia sobre promotoras legais populares e novas configurações da participação política feminina popular em Porto Alegre*. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Filosofia e Ciências Humanas, 2000.

CAMPOS, André Gambier. *Sistema de justiça no Brasil: problemas de equidade e efetividade*. Brasília: Ipea, 2008. 60 p. Disponível em: <http://ipea.gov.br/agencia/index.php?option=com_content&view=article&id=4879>. Acesso em: 24 mar. 2015.

CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris Editor, 1988.

CRISTIANI, Claudio Valentim. O Direito no Brasil Colonial. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). *Fundamentos de história do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 295-309.

E-BIBLIOGRAFIAS. Joana D'Arc. 2015. Disponível em: <http://www.e-biografias.net/joana_darc/>. Acesso em: 20 maio 2015.

ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19, 2010, Fortaleza. Educação e emancipação: o Direito a partir da educação jurídica popular. Fortaleza: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito, 2010. 10 p. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manuel/arquivos/anais/fortaleza/3856.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2015.

ÍNDICE DE CONFIANÇA NA JUSTIÇA BRASIL. Relatório ICJBrasil. 20. ed. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2014. 40 p. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/6618>>. Acesso em: 28 jun. 2015.

KOZIMA, José Wanderley. Instituições, retórica e bacharelismo no Brasil. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). *Fundamentos de história do Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 311-330.

LIVRE, Enciclopédia. Simone de Beauvoir, 2015. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Simone_de_Beauvoir>. Acesso em: 20 maio 2015.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A ideologia alemã*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

MICHAELIS. Dicionário On Line da Língua Portuguesa, 2015. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/>>. Acesso em: 10 maio 2015.

MUSEO FRIDA KHALO. Biografia de Frida Kahlo, 2015. Disponível em: <http://www.museofridakahlo.org.mx/assets/files/page_files/document/39/Biografia.pdf>. Acesso em: 20 maio 2015.

OLIVEIRA, Fernanda Fernandes. Quando o Direito encontra a rua: um estudo sobre o curso de formação de promotoras legais populares. Dissertação (Mestrado) – Curso de Educação, Programa de Pós-Graduação em Educação, Universidade de São Paulo, Faculdade de Educação. São Paulo, 2006. 117 p. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/48/48134/tde-06032008-114852/pt-br.php>>. Acesso em: 10 mar. 2015.

ONU MULHERES. *ONU Mulheres destaca legado da feminista Rose Marie Muraro*, 2014. Disponível em: <<http://nacoesunidas.org/onu-mulheres-destaca-legado-da-feminista-rose-marie-muraro/>>. Acesso em: 20 maio 2015.

PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas e direitos humanos. *Revista USP*, São Paulo, n. 69, p. 36-43, maio 2006. Disponível em: <<http://www.usp.br/revistausp/69/04-flavia.pdf>>. Acesso em: 3 maio 2015.

PONTUAL, Pedro de Carvalho. Contribuições de Paulo Freire e da educação popular à construção do sistema educacional brasileiro. *Revista E-Curriculum*, São Paulo, v. 7, n. 3, 1-11 p., dez. 2011. Disponível em: <<http://revistas.pucsp.br/index.php/curriculum/article/view/7592/5544>>. Acesso em: 16 maio 2015.

REVISTA INTERNACIONAL INTERDISCIPLINAR INTERTHESIS. Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã. Florianópolis: UFSC, v. 4, n. 1, jan. 2007. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/interthesis/article/viewFile/911/10852>>. Acesso em: 12 abr. 2015.

ROMERO PEREZ, Xiomara Lorena. Minorías marginadas, ocultas o invisibles. *Revista Derecho del Estado*, Bogotá, n. 26, p. 153-173, jan. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0122-98932011000100007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 29 maio 2015.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 8. ed. Porto: Afrontamento, 1994. Prêmio Pen Club Português (Ensaio).

_____. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 1995.

_____. Uma concepção multicultural de direitos humanos. *Lua Nova*, São Paulo, n. 39, p. 105-124, 1997. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451997000100007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 2 jun. 2015.

SENADO FEDERAL. Berta Lutz, 2015. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/entenda-o-assunto/bertha-lutz/>>. Acesso em: 20 maio 2015.

SINHORETTO, Jacqueline. Os justiçadores e sua justiça. Linchamentos, costume e conflito. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2001. 206 p.

_____. *Ir aonde o povo está*: etnografia de uma reforma da justiça. Tese (Doutorado em Sociologia) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Letras e Ciências Humanas. São Paulo, 2006. 418 f. Disponível em: <<http://www.nevusp.org/downloads/down176.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2015.

SOUSA JUNIOR, José Geraldo de et al. (Org.). *O Direito achado na rua*: introdução crítica ao direito das mulheres. Brasília: Cead, Fub, 2011. 350 p.

_____. Direito como liberdade: o Direito achado na rua. Experiências populares emancipatórias de criação do Direito. Tese (Doutorado) – Curso de Direito, Programa de Pós-Graduação, Universidade de Brasília. Brasília, 2008. 338 p. Disponível em: <<http://repositorio.unb.br/handle/10482/1401>>. Acesso em: 22 fev. 2015.

THEMIS. Themis – Gênero, Justiça e Direitos Humanos. Porto Alegre. Disponível em: <<http://themis.org.br/>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

Submissão em: 16.05.2016

Aceito em: 16.05.2016