



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

E-mail: sandra@ajuris.org.br

PRESIDENTE DA ASSOCIAÇÃO

Eugênio Couto Terra

VICE-PRESIDENTE CULTURAL

Jane Maria Köhler Vidal

DIRETOR DA REVISTA

Ingo Wolfgang Sarlet

FUNDADOR

Lenine Nequete

COMPOSIÇÃO DOS CONSELHOS

Conselho Diretivo

- ✓ *Jane Maria Köhler 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:

- ✓ *Prof. Dr. Alexandre Coutinho Pagliarini, UNINTER, PR; Prof. Dr. Alexandre Moraes da Rosa, UFSC, SC; Prof. Dr. André Viana Custódio, UNISC, RS; Prof. Dr. Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, UNICEUB, DF; Prof. Dr. Carlos Alberto Molinaro, PUC, RS; Prof. Dr. Carlos Luiz Strapazzon, UNOESC, SC; Prof. Dr. Clilton Guimarães dos Santos, UNIFIEO, SP; Prof. Dr. Cristhian Magnus de Marco, UNOESC, SC; Prof.ª Dr.ª Debora Gozço, UNIFIEO, SP; Prof. Dr. Fredie Souza Didier Junior, UFBA, BA; Prof. Dr. Ival de Assis Cripa, UNIFIEO, SP; Prof. Dr. Ivan Martins Motta, UNIFIEO, SP; Prof.ª Dr.ª Julia Maurmann Ximenes, IDP, DF; Prof.ª Dr.ª Lília Maia de Moraes Sales, UNIFOR, CE; Prof.ª Dr.ª Livia Gaigher Bósio Campello, UFMS, MS; Prof.ª Dr.ª Maîtê Cecília Fabbri Moro, UNINOVE, SP; Prof. Dr. Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e Cruz, UNIT, SE; Prof.ª Dr.ª Margareth Anne Leister, UNIFIEO, SP; Prof.ª Dr.ª Maria Celina Bodin de Moraes, PUC, RJ; Prof.ª Dr.ª Mônia Clarissa Hennig Leal, UNISC, RS; Prof. Dr. Narciso Leandro Xavier Baez, UNOESC, SC; Prof. Dr. Nereu José Giacomolli, PUC, RS; Prof. Dr. Patryck de Araujo Ayala, UFMT, MT; Prof. Dr. Rodrigo Garcia Schwarz, UNOESC, SC; Prof.ª Dr.ª Rosalice Fidalgo Pinheiro, UNIBRASIL, PR; Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira, UNINOVE, SP.*

Seções de artigos aceitos na cota-convite:

- ✓ *Doutrina Estrangeira e Jurisprudência Comentada.*

Editorial

Algumas décadas atrás, em nosso País, o conhecimento jurídico era obtido através da leitura de livros – manuais, instituições, cursos, tratados. Cada área tinha os seus grandes autores, conhecidos nacionalmente. As poucas revistas jurídicas então existentes destinavam um amplo espaço à divulgação de jurisprudência – tratava-se de uma época em que o acesso aos acórdãos dos tribunais era difícil, uma vez que inexistente a internet. As revistas publicadas pelos tribunais, divulgando parte dos acórdãos lá proferidos, normalmente vinham com atraso de um ano.

Todo esse cenário foi substancialmente alterado nos últimos vinte anos. O advento e a difusão da internet fizeram com que os tribunais logo passassem a divulgar não alguns, mas todos os acórdãos proferidos, quase que em tempo real. O problema do jurista, hoje, ao pesquisar a jurisprudência, não é mais de localizar os últimos acórdãos proferidos, mas sim de identificar quais os realmente relevantes, num infindável oceano de acórdãos facilmente localizáveis.

Sem a necessidade de atualizar seus leitores a respeito da jurisprudência mais recente, as revistas puderam voltar-se a um papel mais nobre, a de difundir um conhecimento doutrinário mais crítico e mais democrático. Isso porque esse período coincidiu com a grande ampliação dos cursos de Mestrado e de Doutorado no País. A produção doutrinária aumentou substancialmente. Submetida às exigências metodológicas dos cursos de pós-graduação, tais trabalhos normalmente são muito críticos e de boa qualidade. Ampliou-se enormemente também o número de autores que tem algo a dizer, fruto de pesquisas acadêmicas aprofundadas e sérias.

Para poder separar o joio do trigo, as revistas jurídicas, cujo número aumentou consideravelmente, por receberem uma quantidade de artigos muitas vezes superior à sua capacidade de divulgação, também tiveram que adotar métodos mais neutros e científicos de selecionar bons artigos. As melhores revistas – e a Revista AJURIS está entre estas – passaram a adotar o sistema do *Double Blind Review*. Todos os artigos enviados à Revista são encaminhados, sem identificação de autoria, a dois pareceristas externos – todos professores doutores. Para que seja aprovada a sua publicação, é necessário que ambos os pareceristas opinem favoravelmente. Caso diverjam, o trabalho é enviado a um terceiro parecerista, para desempatar. Isso garante a qualidade da publicação e evita políticas de compadrios. Além disso, para garantir uma melhor posição no *ranking* dos periódicos classificados pela Capes, é imperioso observar uma proporção maior de autores de fora do Estado, relativamente aos autores gaúchos.

O resultado tem sido uma qualificação da revista, com a seleção de excelentes artigos doutrinários, como o leitor logo constatará. Como é da filosofia de nossa Revista, desde o seu início, há um leque de áreas em que temos interesse de publicar, envolvendo tanto o direito público quanto o privado, material e processual.

Esse número segue esse padrão.

Desejamos uma ótima leitura a todos.

Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet,
Diretor da Revista

Prof. Dr. Eugênio Facchini Neto,
Coordenador do Conselho Editorial

A LIBERDADE ACADÊMICA ENQUANTO GARANTIA INSTITUCIONAL: UMA ANÁLISE A PARTIR DE SWEETZY VS. NEW HAMPSHIRE, 354 U.S. 234 (1957)

ACADEMIC FREEDOM AS AN INSTITUTIONAL GUARANTEE: AN ANALYSIS FROM SWEETZY VS. NEW HAMPSHIRE, 354 U.S. 234 (1957)

Amanda Costa Thomé Travincas¹

Professora Universitária na Unidade de Ensino Superior Dom Bosco, São Luís/MA

Manuela Ithamar Lima²

Assessora Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Maranhão

ÁREA(S) DO DIREITO: liberdade de expressão; direito constitucional.

RESUMO: Este estudo propõe-se a analisar a interpretação atribuída pela Suprema Corte norte-americana à liberdade acadêmica enquanto garantia institucional. É contumaz a alusão a *Sweetzy vs. New Hampshire* como o precedente que inaugura a narrativa acerca da liberdade acadêmica na Corte e, pontualmente, que cuida de acentuar a faceta da qual decorre a competência das instituições de ensino para dar tonalidade às atividades desempenhadas pelos atores envolvidos no contexto educacional. A abordagem ocupa-se do caso para a propulsão da discussão referente ao *sentido* e ao

alcance da atribuição de autonomia às universidades, a fim de, mediante abordagem indutiva, atentar para as consequências de tal reconhecimento no tocante à atuação docente.

PALAVRAS-CHAVE: liberdade de expressão; liberdade acadêmica; garantia institucional; *sweetzy vs. new hampshire*.

ABSTRACT: *This study aims to examine the interpretation given by the US Supreme Court to academic freedom as an institutional guarantee. It is contumacious the allusion to Sweetzy vs. New Hampshire as the precedent that opens the narrative about academic freedom in the Court and, exactly, that takes care to emphasize the aspect which follows the competence of*

¹ Mestre e Doutoranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. E-mail: acthomet@hotmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/9488722215544403>.

² Advogada. E-mail: manuela.ithamar@gmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/9401596742377695>.

educational institutions to give emphasis to the activities performed by the actors involved in the educational context. The approach is concerned with the case to propel the discussion regarding the meaning and scope of granting autonomy to Universities, in order to, by induction, pay attention to the consequences of such recognition in relation specifically to teaching practice.

KEYWORDS: *freedom of speech; academic freedom; institutional guarantee; sweezy vs. new hampshire.*

SUMÁRIO: Notas introdutórias; 1 No descomeço, a liberdade de expressão; 2 *Sweezy* e a narrativa da liberdade acadêmica na Suprema Corte norte-americana; 3 A liberdade acadêmica enquanto garantia institucional; Considerações finais; Referências.

SUMMARY: *Introductory notes; 1 Before the beginnig, the freedom of expression; 2 Sweezy and the narrative of academic freedom in the US Supreme Court; 3 Academic freedom as an institutional guarantee; Final considerations; References.*

NOTAS INTRODUTÓRIAS

Who may teach, what maybe taught, how it shall be taught, and who may be admitted to study³. A síntese consagrada no voto dissidente do Justice Frankfurter por ocasião do julgamento de *Sweezy vs. New Hampshire*, na década de 1950, é, não raramente, concebida como o marco inicial da discussão sobre a liberdade acadêmica na Suprema Corte norte-americana⁴. É também quando a narrativa da designada autonomia institucional começa a ser costurada na sua jurisprudência. A par da atenção de há muito voltada à definição do alcance da liberdade de expressão nos EUA, cujos contornos aqui recaem irretorquivelmente⁵, quando se trata de demarcar a atuação da Suprema

³ Em tradução nossa, “quem pode ensinar, o que pode ser ensinado, como deve ser ensinado, quem pode ser admitido para estudar” (USA. Supreme Court. *Sweezy vs. New Hampshire*, 354 U.S. 234, 1957. Disponível em: <<https://casetext.com/case/sweezy-v-new-hampshire>>. Acesso em: 9 out. 2014. p. 16).

⁴ Assim, BELOFF, Michael J. Academic Freedom – Rhetoric or reality? *Denning Law Journal*, v. 22, p. 121, 2010.

⁵ Robert J. Margesson traça três momentos de discussão sobre a liberdade acadêmica nos EUA. O primeiro se alonga dos anos 1800 aos anos 1930, quando a liberdade é consagrada em diretrizes profissionais; o segundo vai da década de 1940 a década de 1960, intervalo no qual se insere *Sweezy*; e, finalmente, nos anos 1970 até a atualidade, quando, segundo o autor, uma atmosfera conservadora paira sobre as decisões da Corte (MARGESSON, Robert J. *A Rhetorical History of Academic Freedom from 1900 to 2006*. Reino Unido: BiblioLife, 2011. p. 10-11).

Corte quanto à liberdade acadêmica e sua faceta institucional, em específico, é a *Sweezy* que se recorre.

É deste caso que se ocupa o presente estudo.

Devem-se ao largo empenho na interpretação da Primeira Emenda à Constituição norte-americana algumas das premissas mais significativas a resvalar sobre a compreensão da liberdade acadêmica até hoje. Conhecê-la torna indispensável dar um passo atrás. A primeira etapa do tratamento do tema é, então, respeitante àquele direito cuja imbricação com a liberdade acadêmica é significativa, qual seja, o direito à liberdade de expressão. A multifacetariedade que lhe caracteriza é razão para elucidar que, aqui, o que convém apresentar é o estreitamento entre os dois, ficando circunstancialmente preteridas outras discussões importantes que a rodeiam.

Na sequência, a descrição do caso se enviesa, propriamente, para o problema do significado da liberdade acadêmica. Se é o caso de atribuir a ela o *status* de direito subjetivo ou se, de outro turno, se trata unicamente de uma garantia institucional, é, como se verá, a questão subjacente enfrentada na Corte.

Da análise particular do referido caso passa-se à caracterização da liberdade acadêmica enquanto garantia institucional e os seus impactos sobre a atividade docente. A abordagem é, por conseguinte, indutiva, dada a realização de uma prospecção de teor geral a partir de uma avaliação pontual.

Em larga medida, este estudo se situa no plano do Direito norte-americano, somando-se ao conteúdo da decisão o aporte teórico sobre o tema construído naquele contexto. A despeito de não adentrar nas nuances do Direito pátrio, a considerar o fato de que a liberdade acadêmica é ainda pouco versada no Brasil, quer-se também, com este estudo, sinalizar para a importância de colocá-la em pauta.

1 NO DESCOMEÇO, A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A inexistência de previsão expressa do direito à liberdade acadêmica com *status* de fundamentalidade na Constituição norte-americana caracteriza-a como um típico direito não enumerado. Em Dworkin, tem-se que os direitos não enumerados (*non enumerated rights*) são aqueles que não possuem cobertura constitucional na condição de direito fundamental, em que pese assim sejam

reconhecidos para fins de tratamento teórico e jurisprudencial⁶. A possibilidade formal para tanto remete ao teor da Nona Emenda, da qual se extrai que a rotulação de direitos na Constituição não silencia a argumentação no sentido da existência de outros assim não tipicamente considerados. Em seus termos, a norma preconiza que “a enumeração, na Constituição, de certos direitos, não deve ser interpretada como negando ou coibindo a identificação de outros direitos do povo”⁷ [tradução nossa]. Note-se que não é a própria Emenda que cria novos direitos, restringindo-se, a bem dizer, ao fornecimento de uma regra de interpretação (*a rule of interpretation*). Assim, sintetizam Tribe e Dorf que, “quando se fala em ‘direitos da Nona Emenda’ incorre-se em um tipo de erro. A Nona Emenda não cria ou confere direitos; ela é uma regra de interpretação”⁸ [tradução nossa].

De tal sorte, a estratégia de fundamentação da liberdade acadêmica finca-se na conjugação da Primeira e da Nona Emendas à Constituição norte-americana, daquela se extraíndo a justificativa material para a sua existência, ao passo que na última encontra-se o seu aporte formal. Precisamente em relação ao primeiro ponto, deve-se advertir para a ampla defesa de uma relação de aderência entre a liberdade acadêmica e a liberdade de expressão⁹, o que não permite a conclusão de que há uma dissolução do conceito de uma na outra¹⁰. A qualificação do lugar de exercício do direito à liberdade acadêmica é fator que justifica, à partida, alguma razão para a defesa de sua autonomia. Assim, por exemplo, para Dworkin, a liberdade de expressão é o direito de dizer algo,

⁶ DWORKIN, Ronald. The concept of non enumerated rights. *University of Chicago Law Review*, v. 59, p. 381, 1992.

⁷ “The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people.” (USA. *Constitution of United States*. Disponível em: <<http://www.archives.gov/>>. Acesso em: 30 out. 2015)

⁸ TRIBE, Laurence; DORF, Michael C. *On reading the Constitution*. Cambridge: Harvard University, 1991. p. 55-6. Tribe afirma, também, que a Nona Emenda prova, exatamente, que existe uma Constituição não escrita (*unwritten Constitution*), uma matéria escura constitucional ou, ainda, uma Constituição fora da Constituição, o que torna clara a distinção entre Constituição e Direito Constitucional (TRIBE, Laurence. *The invisible Constitution*. New York: Oxford University Press, 2008. p. 20 e ss.). No Direito brasileiro, ilustrativamente, Ingo Wolfgang Sarlet (*A eficácia dos direitos fundamentais*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 79 e ss.), diferenciando direitos material e formalmente fundamentais; apenas formalmente fundamentais e apenas materialmente fundamentais, sendo esta última a hipótese da qual aqui se fala.

⁹ SHEPPARD, Steve. Academic Freedom: A Prologue. *Arkansas Law Review*, v. 65, p. 186, 2012.

¹⁰ POST, Robert C. Discipline and Freedom in the Academy. *Arkansas Law Review*, v. 65, p. 205, 2012.

ao passo que a liberdade acadêmica é o direito de dizer algo em um contexto subsidiado por quem considera a informação falsa ou indesejável¹¹.

Pode-se deduzir que tal distinção é precária, pois, levada ao extremo, implicaria o dever de reconhecimento de um direito comunicacional para cada espaço de exercício da expressão. Por outro lado, a compreensão do direito à liberdade de expressão como um direito de cunho geral e dotado de particular amplitude não obsta a sua decodificação em outras liberdades¹². O cerne da controvérsia é, notadamente, o questionamento de se há algo na atividade docente que faz os professores merecerem uma liberdade diferenciada se comparados a outros titulares do direito de dizer algo. Quer se pense a universidade como a consagração de uma verdadeira arena democrática, a justificar maior atenção a seus atores, quer não se veja no espaço acadêmico mais que qualquer outro lugar de exercício de direitos, o certo é que, mesmo os mais reticentes à defesa da liberdade acadêmica, se a negam, o fazem desconhecendo a existência de um direito subjetivo, mas não pondo entre aspas a sua condição de garantia institucional¹³.

A relação entre liberdade acadêmica e liberdade de expressão retorna, necessariamente, a *Abrams vs. United States* (1919). Foi no voto dissidente do Justice Holmes, nesta ocasião, que se consagrou o entendimento de que uma democracia, enquanto tal, constitui um verdadeiro mercado de ideias (*marketplace of ideas*), de modo que as restrições à expressão só se justificariam perante perigo claro e iminente (*clear and presente danger*). O caso dizia respeito à distribuição de panfletos com suposta intenção de provocar e estimular resistência quanto à participação dos Estados Unidos na guerra contra a Alemanha, além de defender uma greve geral dos trabalhadores das fábricas de munição para reduzir a produção de material bélico. Tais atos, em tese, constituiriam afronta à Lei de Espionagem (1917), que proibia qualquer reação à forma de governo norte-americana. Os réus foram acusados e também condenados por (a) uso de linguagem abusiva, (b) descrédito em relação à forma de governo, incitação de

¹¹ DWORKIN, Ronald. Por que liberdade acadêmica? In: DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 395.

¹² MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIÉRO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 440-1.

¹³ P. ex., FISH, Stanley. *But We're Professors: Academic Freedom and Public Employee Law in the United States*. Palestra proferida em 10 de outubro de 2014, Theatre London School of Hygiene & Tropical Medicine Keppel St, Bloomsbury. Disponível em: <<https://huffduffer.com/sapolion/185735>>. Acesso em: 10 nov. 2014.

(c) resistência à guerra e (d) greve. Desalinhando-se, Holmes alertou ser preciso vigilância contra qualquer tentativa de reduzir a liberdade de expressão, a não ser que ela produza ou se destine a produzir perigo claro e iminente. No mais, assertou que “o melhor teste de verdade é o poder do pensamento de ser aceito numa livre competição de mercado”¹⁴ [tradução nossa].

Post, a quem o caso é o ponto de partida para a discussão sobre a liberdade acadêmica nos EUA, ressalta que do precedente se extrai, como base de fundamentação para a proteção daquela liberdade, a tese do livre mercado de ideias, conforme a qual o avanço do conhecimento depende de um jogo não regulado de argumentos e contra-argumentos, que impele a multiplicidade de opiniões ao invés da unilateralidade. A atmosfera acadêmica é de busca da verdade científica, da qual é possível aproximar-se professores e alunos quando arriscam as suas ideias por meio do discurso¹⁵.

É, contudo, em *New York Times vs. Sullivan*, caso decidido pela Suprema Corte em 1964, que se prega o início da moderna compreensão da liberdade de expressão¹⁶. O giro operado pelo precedente é consequência da expansão que gerou à proteção daquela liberdade¹⁷, distinguindo-se, inclusive, da paleta conservadora do caso *Abrams. Sullivan* decorre da publicação de notícia no editorial *The New York Times* que atribuía à polícia do Alabama a prática de atos ilegais contra estudantes que participavam de uma manifestação. Disse-se ter havido cerco do *Alabama State College* por policiais que portavam espingardas e gás lacrimogênio, e que se seguiu de tal aproximação a cláusula de estudantes no refeitório do *campus*. Sullivan era o chefe da guarda policial de Montgomery/Alabama e se sentiu ofendido em sua honra pela notícia desprestigiada e supostamente falsa. Foi nessa ocasião que o Tribunal entendeu que a preservação dos direitos de personalidade de um funcionário ou uma pessoa pública em face da liberdade de expressão só se justificaria caso a informação solta no mercado de ideias, além de falsa, fosse divulgada com “malícia real” (*actual malice*), isto é,

¹⁴ USA. Supreme Court. *Abrams vs. United States*, 250 U.S. 616, 1919. Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/250/616>>. Acesso em: 30 nov. 2014.

¹⁵ POST, Robert C. *Democracy, expertise, and academic freedom*. Yale: Yale University Press, 2012. p. 6.

¹⁶ DWORKIN, Ronald. Por que liberdade de expressão? In: DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 311-343.

¹⁷ LEWIS, Anthony. *Liberdade para as ideias que odiamos*. Uma biografia da primeira emenda à Constituição americana. São Paulo: Aracati, 2011. p. 77.

quando a sua falsidade é sabida e se tem dolo ou indiferença ao fato de propagá-la¹⁸.

Em decisão de 9-0 favorável ao editorial, a Corte sagra a importância da expressão em relação a assuntos públicos e implica, mais adiante, a formação da aceção de liberdade acadêmica. Contudo, a advertência que compete ser feita é no sentido de que a irrestrita transposição dos fundamentos de *Sullivan* para o âmbito da liberdade acadêmica colocaria em xeque a confiabilidade que se espera do conhecimento científico. Ele é confiável, uma vez que subordinado a procedimentos de verificabilidade/falseabilidade¹⁹, isto é, porque sujeito a regulações capazes de clivar ideias que são absurdas daquelas que são válidas²⁰.

A primeira menção expressa à liberdade acadêmica na Suprema Corte situa-se entre estes dois precedentes, precisamente em 1952, em *Adler vs. Board of Education*. O caso diz com a possível violação dessa liberdade em virtude da dispensa de professores membros de organizações tidas como subversivas. Em Nova Iorque, a Seção 3022 da Lei de Educação, acrescida pela *Feinberg Law*, requeria que fossem removidos do quadro de funcionários de escolas públicas aqueles que pertencessem a grupos comunistas, defensores da derrubada do governo pelo uso da força, violência ou outros meios ilícitos. O Tribunal entendeu que a norma não padecia de qualquer inconstitucionalidade, devendo os funcionários do Estado lealdade aos seus propósitos. Em seu voto, seguido pela maioria, o *Justice* Minton ressaltou que um professor “molda a atitude de mentes jovens relativamente à sociedade em que vivem. Nesse sentido, o Estado tem uma preocupação vital. Tem de preservar a integridade das escolas”²¹ [tradução nossa]. É, contudo, na dissidência do *Justice* Douglas que a expressão liberdade acadêmica aparece. Na sua esteira, ninguém precisa mais de liberdade de pensamento e expressão que o professor. Isso porque, “não pode haver verdadeira liberdade acadêmica [...]. Onde a suspeita enche o ar e mantém estudiosos amedrontados em seus postos de trabalho” [tradução e grifos nossos], e acrescenta, “este sistema de espionagem e de vigilância [...] produz um pensamento padronizado, não a busca da verdade. No entanto,

¹⁸ USA. Supreme Court. *New York Times vs. Sullivan*, 376 U.S. 254, 1964. Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/376/254>>. Acesso em: 30 nov. 2014.

¹⁹ POST, Robert C. *Democracy, expertise, and academic freedom*. Yale: Yale University Press, 2012. p. 29.

²⁰ SCHAUER, Frederick. The permutations of academic freedom. *Arkansas Law Review*, v. 65, p. 198, 2012.

²¹ USA. Supreme Court. *Adler vs. Board of Education*, 342 US 485, 1952. Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/342/485>>. Acesso em: 30 nov. 2014.

foi para proteger a busca da verdade que a Primeira Emenda foi projetada” [tradução nossa].

Cinco anos depois, esta seria, majoritariamente, a posição da Corte.

2 SWEETZY E A NARRATIVA DA LIBERDADE ACADÊMICA NA SUPREMA CORTE NORTE-AMERICANA

Rabban afirma que a consagração da liberdade acadêmica na Suprema Corte tem sido acompanhada de uma retórica hiperbólica, pouco analítica e, de algum modo, ambígua²². O seu desenvolvimento, a partir dos anos 50, se deu aliançando à Primeira Emenda, ora retirando desta ligação um direito subjetivo, ora uma liberdade institucional. No tangente a esta última, *Sweezy vs. New Hampshire* é fundacional e ainda atual²³.

Em 1953, foi aprovada uma resolução relativa à investigação de atividades subversivas no Estado de New Hampshire. Segundo ela, cabia ao procurador-geral, agindo em nome da Assembleia Legislativa do Estado, investigar possíveis violações ao *Subversive Activities Act*, de 1951, bem como identificar a eventual existência de pessoas subversivas no território estadual. A Lei de Atividades Subversivas definia “organização subversiva” como aquela que apoiava atividades destinadas a mudar a forma de governo pela força ou violência. Conceituava, ainda, “pessoa subversiva” como alguém que ajuda na prática de atos tendentes a alterar a forma de governo pela força ou violência. Os professores e os outros empregados por uma instituição de ensino estavam sujeitos às disposições da lei.

Paul Sweezy, economista marxista estadunidense, coeditou um artigo condenando o uso de violência dos Estados Unidos para preservar a ordem capitalista e proferiu palestra sobre a temática no Curso de Humanidades da Universidade de New Hampshire. Por tais atos e sua manifesta opção política, foi intimado a depor pelo então procurador de New Hampshire, Louis Wyman. Na ocasião, Sweezy confirmou a sua orientação política e negou qualquer defesa de subversão da ordem por meios violentos; contudo, recusou-se a responder a algumas perguntas sob o argumento de que não eram pertinentes ao assunto investigado. As perguntas versavam sobre (1) o conteúdo do artigo escrito e de sua palestra na Universidade do Estado, bem como (2) o seu conhecimento

²² RABBAN, David. A functional analysis of “individual” and “institutional” academic freedom under the first amendment. *Law and Contemporary Problems*, v. 53, n. 3, p. 230, 1990.

²³ BARENDT, Eric. *Academic freedom and the law: a comparative study*. Oxford: Hart, 2010. p. 161.

acerca do Partido Progressista e de seus membros. Para tanto, não se acobertou no direito de não autoincriminação, mas nos direitos de expressão, associação e privacidade.

O fato levou Wyman a peticionar à Corte Superior de *Merrimack County*/New Hampshire, que entendeu ter Sweezy incorrido em desacato. Tendo o caso chegado à Suprema Corte de New Hampshire, em *Wyman vs. Sweezy* (1956), destacou-se a dificuldade de distinguir o ensino de algo e a sua defesa, mas, dada a clara vinculação do professor ao socialismo, considerou-se pertinente conceber que sua fala e escrita eram, de algum modo, uma forma de advogar aquela teoria. Também ficou claro que “o direito de palestra e o direito de associação para um objetivo comum, seja ele político ou não, são liberdades individuais garantidas a todos os cidadãos pelo Estado e pelas Constituições, mas não são direitos absolutos”²⁴ [tradução nossa]. Assim, qualquer efeito neutralizador (*stultifying effect*) das liberdades do investigado se justificaria se razoável para fins de interesse público quanto à integridade nacional²⁵.

À decisão da Suprema Corte de New Hampshire foi apresentado *writ of certiorari* à Suprema Corte norte-americana. Aceito o pedido, a Corte enfrentou o caso em 1957, decidindo, por maioria de 6-2, no sentido da reversão da decisão proferida em New Hampshire. O *Chief Justice* Warren repertoria a decisão seguida majoritariamente, ressaltando que “a essencialidade da liberdade na conjuntura de Universidades americanas é quase auto-evidente. Ninguém deve subestimar o papel vital em uma democracia por elas exercido, orientando e treinando os nossos jovens”, do que se segue que “impor qualquer camisa de força sobre os nossos líderes intelectuais nas faculdades e universidades colocaria em risco o futuro da nossa nação”²⁶ [tradução nossa]. E continua: “O conhecimento não pode prosperar em atmosfera de suspeita e desconfiança. Os professores e estudantes devem permanecer livres para perguntar, para estudar e para avaliar, para ganhar maturidade e compreensão; caso contrário, a nossa civilização vai estagnar e morrer”²⁷ [tradução nossa]. O voto e os seus fundamentos foram acompanhados pelos *Justices* Black, Douglas e Brennan.

²⁴ USA. Supreme Court of New Hampshire. *Wyman vs. Sweezy*, 100 NH 103, 1956. Disponível em: <<http://law.justia.com/cases/new-hampshire/supreme-court/1956/4395-0.html>>. Acesso em: 30 nov. 2014. *passim*.

²⁵ *Idem*.

²⁶ USA. Supreme Court. *Sweezy vs. New Hampshire*, 354 U.S. 234, 1957. Disponível em: <<https://casetext.com/case/sweezy-v-new-hampshire>>. Acesso em: 9 out. 2014. p. 9-10.

²⁷ *Idem*.

Concorrendo para o mesmo resultado, mas distinguindo-se quanto aos fundamentos, *Justice* Frankfurter entendeu que a Suprema Corte não tinha qualquer poder para rever a forma como o Estado de New Hampshire organiza-se no que toca à condução de suas investigações, na linha contrária do que defendeu Warren²⁸. Nada obstante isso, por compreender que os direitos de liberdade de *Sweezy* foram violados, junta-se pela reversão da decisão tomada no âmbito estadual. No que diz com a matéria, afirmou não conceber qualquer circunstância em que um interesse estatal justifique a violação das liberdades relacionadas ao caso. No mais, ressaltou a necessidade do afastamento do governo da vida intelectual da universidade. Por fim, em alusão à Conferência de *senior scholars* da *University of Cape Town* e da *University of the Witwatersrand*, na África do Sul, consagra que, na conjuntura do ensino, prevalecem quatro liberdades essenciais da universidade: determinar “quem pode ensinar, o que pode ser ensinado, como deve ser ensinado, quem pode ser admitido para estudar”²⁹ [tradução nossa]. Juntou-se a ele o *Justice* Harlan.

Em situação minoritária, os *Justices* Clark e Burton julgaram que o Tribunal extrapolaria os seus limites ao negar a autoridade do Legislativo para investigar atividades subversivas no âmbito estadual. O *Justice* Whittaker não votou no caso.

Apesar de inexistente referência expressa ao termo, é do voto do *Justice* Frankfurter que emerge a noção de liberdade acadêmica como garantia institucional. Não se pode aduzir exclusivamente desta ideia que professores, enquanto funcionários, não desfrutam de direitos quando ensinam ou pesquisam. Todavia, não é excessivo prospectar, aqui, um conflito, na medida em que revelada a autonomia das instituições para decidir sobre as quatro pautas sedimentadas.

3 A LIBERDADE ACADÊMICA ENQUANTO GARANTIA INSTITUCIONAL

Emerson e Haber lembram que as abordagens que torneiam o tema da liberdade acadêmica têm de ter como premissa a circunstância de que as universidades exercem funções democráticas. Mesmo se se resiste a admitir

²⁸ Para Warren, *Sweezy* aproximou-se, nesse particular, a outro precedente, o caso *Watkins*, no qual ficou certa a pertinência de avaliar o próprio poder de investigação do Estado por atuação do Congresso. Assim, cf. USA. Supreme Court. *Sweezy vs. New Hampshire*, 354 U.S. 234, 1957. Disponível em: <<https://casetext.com/case/sweezy-v-new-hampshire>>. Acesso em: 9 out. 2014. p. 2.

²⁹ *Idem*, p. 16.

que o *campus* constitui um lugar privilegiado apto a justificar uma cobertura protetiva distinta se comparado a outros sítios discursivos, não é possível afastar os seus propósitos de (a) transmitir o conhecimento existente e (b) reexaminá-lo criticamente³⁰.

Para tal fim, reconhece-se que as instituições de ensino são imbuídas da capacidade de autodeterminação ou autogoverno³¹. O seu exercício é triforme. Importa a autonomia didático-científica, administrativa e financeira. Das duas primeiras cuida o caso *Sweezy*.

A autonomia didático-científica garante às instituições a organização do ensino, da pesquisa e da extensão a serem ofertados. Relaciona-se a decisões de teor curricular, tal como a sua fixação e definição do modo de transmissão (o que pode ser ensinado e como deve ser ensinado). De seu turno, a autonomia administrativa consiste na competência para a edição de normas de organização interna (quem pode ensinar e quem pode ser admitido para estudar), ao passo que a autonomia financeira alinha-se à gestão dos recursos de que dispõe³².

Note-se que, linhas gerais, a liberdade acadêmica na condição de garantia institucional gera deveres de abstenção ao Estado, a quem não cabe ingerência no risco do planejamento institucional para a concretização dos seus objetivos. No que diz respeito à relação entre as universidades e o corpo docente, há quem considere que a autonomia institucional deve servir de garantidora da liberdade do professor³³. Isto é, caberia às universidades a função de assegurar o exercício profissional docente, estabelecendo o seu alcance e os seus limites – a dizer: a

³⁰ EMERSON, Thomas I.; HABER, David. Academic Freedom of the Faculty Member as Citizen. *Law and Contemporary Problems*, p. 547-548, 1963.

³¹ No Brasil, é o que dispõe o art. 207, *caput*: “As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio da indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão”. A autonomia universitária também conta com a previsão da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, em seu art. 53. Para uma reconstrução da concepção no Brasil, alertando para a necessidade da real compreensão da autonomia universitária, sob pena de propulsão do aumento da tutela estatal nas instituições (RANIERI, Nina. Aspectos jurídicos da autonomia universitária no Brasil. *Revista CEJ*, v. 9, n. 31, p. 19-30, 2005).

³² MALISKA, Marcos Augusto. Da educação, da cultura e do desporto. In: CANOTILHO, J. J. et al. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1968-1970.

³³ BOWEN, Roger W. Institutional Autonomy, Academic Freedom & Academic Responsibility. Disponível em: <<http://mtprof.msun.edu/Fall2006/bowen.html>>. Acesso em: 1º dez. 2014. Tal relação é retirada de outro precedente da Suprema Corte, qual seja, *Barenblatt vs. United States* (1959), que, tal como *Sweezy*, referia-se à possibilidade de recusa por parte de um professor à exposição de sua filiação política em sede de investigação realizada pelo Legislativo. A decisão a que chega a Corte nessa ocasião é exatamente oposta se comparada ao caso aqui analisado.

liberdade individual tem de ser definida nos termos das normas institucionais, o que não quer significar a pulverização daquela por estas.

Desse modo, a decisão sobre quem ensina, o que ensina e como ensina, correspondente a três das liberdades essenciais de *Sweezy* é, de início, eminentemente institucional³⁴. Veja-se que tais liberdades se portam em uma relação espiralada. Uma vez tendo optado pela contratação de um docente (1), e nos termos de tal contratação, a universidade determinará o que caberá a ele ensinar, considerado o currículo que executa (2), e como deverá fazê-lo (3), isto é, de quais métodos deverá se valer, entre os aceitos pela instituição, para cumprir o plano de ensino sob sua responsabilidade.

O não esvaziamento da liberdade do professor ordena o que Dworkin chama de isolamento. Conforme ensina, a liberdade acadêmica impõe: primeiro, o isolamento das instituições de ensino em relação às instituições políticas, isto é, ao Estado e às potências econômicas, quer dizer, o mercado; depois, o isolamento dos professores em face da direção institucional³⁵.

A conferência de peso maior à dimensão institucional da liberdade acadêmica faz com que, para alguns, sequer se possa falar em um direito individual titularizado por professores. Fish diz, por exemplo, que não há nada no exercício da profissão docente que a faça detentora de maior proteção que outras, de modo que, se o exercício profissional é sempre ditado por regras, com o ensino haveria de ser igual³⁶. Por outro lado, aceitar o conflito entre as dimensões institucional e individual é também concordar com a existência dos seus vetores. Nesse passo, regular a produção competente de conhecimento não seria o mesmo que tornar frívolo o papel do professor.

Pensa-se que é à segunda interpretação que cabe razão. Contudo, a opção não arrefece o problema. É que o ponto realmente relevante – acredita-se – está em definir o conteúdo da autonomia institucional e do direito subjetivo, o que, necessariamente, tem de ser feito em conjunto. *Sweezy* é indicativo no que toca

³⁴ O recorte realizado afasta, por oportuno, o desenvolvimento da quarta liberdade essencial definida no caso. Isso se dá porque a decisão sobre quem poderá estudar em uma instituição não posiciona, diretamente, professores e direção universitária.

³⁵ DWORKIN, Ronald. Por que liberdade acadêmica? In: DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 393-4.

³⁶ FISH, Stanley. *But We're Professors: Academic Freedom and Public Employee Law in the United States*. Palestra proferida em 10 de outubro de 2014, Theatre London School of Hygiene & Tropical Medicine Keppel St, Bloomsbury. Disponível em: <<https://huffduffer.com/sapolion/185735>>. Acesso em: 10 nov. 2014. passim.

à determinação de o que se fala quando se fala em autonomia institucional; contudo, é ainda vago em determinados aspectos.

De tal modo, cabem algumas precisões. Sobre a liberdade de contratação não pairam maiores questões. Às instituições cabe decidir quando e mediante qual processo contratar um docente. Quem é contratado, o é para a execução de parte de um currículo pré-aprovado. Se é assim, o professor é competente para ensiná-lo, o que não quer dizer que a ele não seja facultado construir a narrativa dos conteúdos na ordenação e a partir de discussões que julgue relevantes. Por fim, quanto à opção acerca de técnicas e métodos de ensino, deve-se considerá-la do professor, competindo às instituições apenas afastar os inadequados, sem ordenar qualquer deles.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Certa vez, disse-se que a história da liberdade de expressão nos EUA é surpreendentemente o resultado de certo voto divergente³⁷. Estava-se a falar de *Abrams vs. United States* (1919), do voto proferido pelo Justice Holmes e da fórmula do livre mercado de ideias. Se uma democracia é um fórum de expressão, uma universidade, que se ergue em um Estado Democrático, é dela um recorte. Começa aí, paralelamente e silenciosa, a história da liberdade acadêmica.

O caso *Sweezy vs. New Hampshire* (1957) descortina o tema, perfazendo-se como a primeira situação em que a Suprema Corte norte-americana decide favoravelmente à existência daquele direito e o faz considerando tratar-se de uma típica garantia a assegurar a autonomia das instituições de ensino. As quatro liberdades essenciais das quais se servem as universidades são, também, o preenchimento da dimensão institucional da liberdade acadêmica e tratam de definir a sua extensão e os seus limites. As distintas relações travadas no contexto educacional envolvendo as instituições, os professores, e, mesmo, o Estado e o mercado, não fazem de *Sweezy* todo o conto...

[...] Mas eis que ele começa.

REFERÊNCIAS

BARENDT, Eric. *Academic freedom and the law: a comparative study*. Oxford: Hart, 2010.

³⁷ LEWIS, Anthony. *Liberdade para as ideias que odiamos*. Uma biografia da primeira emenda à Constituição americana. São Paulo: Aracati, 2011. p. 39.

BELOFF, Michael J. Academic Freedom – Rhetoric or reality? *Denning Law Journal*, v. 22, p. 117-141, 2010.

BOWEN, Roger W. Institutional Autonomy, Academic Freedom, & Academic Responsibility. Disponível em: <<http://mtprof.msun.edu/Fall2006/bowen.html>>. Acesso em: 1º dez. 2014.

DWORKIN, Ronald. Por que liberdade acadêmica? In: DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 390-415.

_____. Por que liberdade de expressão? In: DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 311-343.

_____. The concept of non enumerated rights. *University of Chicago Law Review*, v. 59, p. 381-432, 1992.

EMERSON, Thomas I.; HABER, David. Academic Freedom of the Faculty Member as Citizen. *Law and Contemporary Problems*, p. 525-572, 1963.

FISH, Stanley. But We're Professors: Academic Freedom and Public Employee Law in the United States. Palestra proferida em 10 de outubro de 2014, Theatre London School of Hygiene & Tropical Medicine Keppel St, Bloomsbury. Disponível em: <<https://huffduffer.com/sapolion/185735>>. Acesso em: 10 nov. 2014.

LEWIS, Anthony. *Liberdade para as ideias que odiamos*. Uma biografia da primeira emenda à Constituição americana. São Paulo: Aracati, 2011.

MALISKA, Marcos Augusto. Da educação, da cultura e do desporto. In: CANOTILHO, J. J. et al. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1968-1970.

MARGESSION, Robert J. *A Rhetorical History of Academic Freedom from 1900 to 2006*. Reino Unido: BiblioLife, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

POST, Robert C. *Democracy, expertise, and academic freedom*. Yale: Yale University Press, 2012.

_____. Discipline and Freedom in the Academy. *Arkansas Law Review*, p. 203-216, v. 65, 2012.

RABBAN, David. A functional analysis of “individual” and “institutional” academic freedom under the first amendment. *Law and Contemporary Problems*, v. 53, n. 3, p. 228-301, 1990.

RANIERI, Nina. Aspectos jurídicos da autonomia universitária no Brasil. *Revista CEJ*, v. 9, n. 31, p. 19-30, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

SCHAUER, Frederick. The permutations of academic freedom. *Arkansas Law Review*, v. 65, p. 193-201, 2012.

SHEPPARD, Steve. Academic Freedom: a Prologue. *Arkansas Law Review*, v. 65, p. 177-191, 2012.

TRIBE, Laurence. *The invisible Constitution*. New York: Oxford University Press, 2008.

_____; DORF, Michael C. *On reading the Constitution*. Cambridge: Harvard University, 1991.

USA. Supreme Court of New Hampshire. *Wyman vs. Sweezy*, 100 NH 103, 1956. Disponível em: <<http://law.justia.com/cases/new-hampshire/supreme-court/1956/4395-0.html>>. Acesso em: 30 nov. 2014.

USA. Supreme Court. *Abrams vs. United States*, 250 U.S. 616, 1919. Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/250/616>>. Acesso em: 30 nov. 2014.

_____. Supreme Court. *Adler vs. Board of Education*, 342 US 485, 1952. Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/342/485>>. Acesso em: 30 nov. 2014.

_____. Supreme Court. *New York Times vs. Sullivan*, 376 U.S. 254, 1964. Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/376/254>>. Acesso em: 30 nov. 2014.

_____. Supreme Court. *Sweezy vs. New Hampshire*, 354 U.S. 234, 1957. Disponível em: <<https://casetext.com/case/sweezy-v-new-hampshire>>. Acesso em: 9 out. 2014.

Submissão em: 22.07.2015

Avaliado em: 04.08.2015 (Avaliador A)

Avaliado em: 29.08.2015 (Avaliador B)

Aceito em: 12.07.2016

DO MOVIMENTO SOCIAL LGBT BRASILEIRO AO PROJETO DE LEI N° 122/2006 E O ESTATUTO DA DIVERSIDADE SEXUAL

FROM LGBT BRAZILIAN SOCIAL MOVEMENT TO DRAFT LAW N° 122/2006 AND STATUTE OF SEXUAL DIVERSITY

Bruno Silva Kauss¹

Mestrando em Políticas Públicas na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS)

Renata Ovenhausen Albernaz²

Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

ÁREA(S) DO DIREITO: sociologia jurídica; teorias críticas do direito.

RESUMO: As reivindicações dos movimentos sociais LGBT, somadas a uma intensa pressão de organizações internacionais de direitos humanos, geraram desafios e tensões no Estado

Democrático de Direito brasileiro. O objetivo deste trabalho é investigar o papel do movimento social LGBT brasileiro na construção de uma cultura de direitos humanos e de acesso à justiça no Brasil. Como parâmetro de análise, considerou-se o histórico de direitos, políticas públicas e legalidade,

¹ Advogado no Rio Grande do Sul. Integrante do projeto de pesquisa: Pluralismo Jurídico, Multiculturalismo e Democracia Latino-Americanos: seus reflexos na legalidade, nas políticas públicas federais e na jurisprudência superior do Estado brasileiro atual (2005-2015). *E-mail:* bruno.kauss@ufrgs.br. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/1812212259751648>.

² Atua, como Professora Adjunta, nos Cursos de Graduação em Administração Pública e Social, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), e nos Cursos de Mestrado e Doutorado em Memória Social e Patrimônio Cultural junto à Universidade Federal de Pelotas (UFPEL). Coordenadora do projeto de pesquisa: Pluralismo Jurídico, Multiculturalismo e Democracia Latino-Americanos: seus reflexos na legalidade, nas políticas públicas federais e na jurisprudência superior do Estado brasileiro atual (2005-2015). *E-mail:* renata_albernaz@terra.com.br. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/7429671153120763>.

incluindo projetos de lei, notadamente o Projeto de Lei nº 122/2006 e o Estatuto da Diversidade Sexual. A metodologia consistiu em uma pesquisa documental, com o uso da técnica de revisão bibliográfica, recaindo sobre os documentos oficiais de governo, os relatórios e a jurisprudência. O referencial teórico foi baseado na sociologia jurídica e nas teorias críticas do direito. A investigação revelou que a atuação dos movimentos sociais LGBT influenciou no despertar de órgãos administrativos e judiciais e no âmbito de políticas públicas voltadas à população LGBT. De outra monta, mostrou a inoperância do Legislativo ao tratar de questões relacionadas a esta população. Trata-se, portanto, de pensar as lutas sociais mais como pontos de partida, ao invés de pontos de chegada, na construção de uma cultura de direitos humanos e de acesso à justiça com equidade e respeito à diversidade.

PALAVRAS-CHAVE: sociologia do direito; LGBT; movimentos sociais; teorias do reconhecimento; justiça.

ABSTRACT: *The demands of social movements LGBT, added to intense pressure from international human rights organizations, generated challenges and tensions in the Democratic State of Brazilian law. The objective of this study is to investigate the role of social movement Brazilian LGBT in building a culture of human rights and access to justice. As analysis parameter, it considered the rights of history, public policy and legality, including bills, notably the Bill n. 122/2006 and the Status of Sexual Diversity. The methodology consisted of a desk research, using the literature review technique, falling on official government documents, reports and case law. The theoretical framework was based on legal sociology and the critical theories of law. The investigation revealed that the role of social movements LGBT influenced the wake of administrative, judicial and in the context of public policies for the LGBT population. Other rides, showed the failure of the legislature to address issues related to this population. It is therefore to think the social struggles more as a starting point, rather than arrival points in building a culture of human rights and access to justice with fairness and respect for diversity.*

KEYWORDS: *sociology of law; LGBT; social movements; theories of recognition; justice.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Das tensões de sociedades complexas à construção de sentidos de justiça; 2 Vozes LGBT em movimento; 3 Direitos em construção na luta LGBT; Considerações finais; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Of companies from stress to complex construction of meaning of justice; 2 LGBT voices in motion; 3 Rights in construction in LGBT fight; Final considerations; References.*

INTRODUÇÃO

O presente trabalho foi realizado com o auxílio financeiro do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), entre 2013 e 2014, e constitui uma parcela de um projeto de pesquisa maior intitulado “Pluralismo Jurídico, Multiculturalismo e Democracia Latino-Americanos: seus reflexos na legalidade, nas políticas públicas e na jurisprudência superior do Estado brasileiro atual (2006-2012)”, coordenado pela Professora Dra. Renata Ovenhausen Albernaz, na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas (UFPEL/FD).

A partir da necessidade de melhor explorar o papel de atores políticos, como movimentos sociais na construção de direitos na sociedade brasileira, o presente trabalho objetiva investigar o papel do movimento social LGBT na construção de uma cultura de direitos humanos e de acesso à justiça no Brasil. Tomou-se como parâmetro de análise a historicidade de direitos, as políticas públicas e da legalidade, incluindo projetos de lei, notadamente o Projeto de Lei nº 122/2006 e o Estatuto da Diversidade Sexual.

A metodologia consistiu em uma pesquisa de caráter documental, com o uso da técnica de revisão bibliográfica, recaindo sobre os artigos, os relatórios, os documentos oficiais do governo e a jurisprudência. O referencial teórico foi baseado na sociologia jurídica e nas teorias críticas do direito. Quanto à sociologia do direito, cabe a esta a tarefa de compreender o papel das normas e estruturas jurídicas considerando os contextos sociais, as diferentes realidades jurisdicionais, entre outros fatores (Silva, 2012). No âmbito das teorias críticas do direito, partiu-se do pressuposto de que a discussão sobre os sentidos de justiça é produzida a partir da agência de atores sociais, a exemplo dos movimentos sociais LGBT.

A primeira parte do artigo aborda algumas discussões embasadas nas “teorias do reconhecimento”, as quais advogam por uma superação da mera garantia formal de direitos, exigindo a concretização destes. A segunda parte do artigo discute o histórico do movimento social LGBT no Brasil, bem como o papel desse movimento enquanto agente sociopolítico na construção de direitos. Na segunda e terceira partes, são discutidos alguns reflexos jurídicos e administrativos na construção de direitos e políticas públicas para o movimento LGBT.

1 DAS TENSÕES DE SOCIEDADES COMPLEXAS À CONSTRUÇÃO DE SENTIDOS DE JUSTIÇA

A partir da década de 1960, a conjuntura social, política e econômica alterou significativamente o panorama intelectual nas Ciências Humanas e Sociais, o que veio a provocar alterações em questões processuais, institucionais e de organização do direito, influenciando a sociologia jurídica e o surgimento de novas perspectivas teóricas, a exemplo do multiculturalismo. Nesta parte, serão abordadas algumas teorias críticas direito e da sociologia jurídica, buscando problematizar o que se convencionou chamar de “reconhecimento da diferença” em sociedades complexas.

A crise do direito passou a apresentar características comumente identificadas: o abandono do mito da universalidade da razão jurídica e de seus princípios intuitivos; a problematização do direito subjetivo, dando lugar à descentralização do sujeito e ao surgimento de novas identidades; a proliferação de fenômenos transculturais; o desenvolvimento acelerado das ciências e das tecnologias e a transnacionalização da economia (Santos, 2003). Nesse contexto, a pluralidade de identidades foi a fonte de tensão e contradição tanto na autorrepresentação de grupos quanto na ação social. Dessa forma, o multiculturalismo surgiu como alternativa e solução para dirimir os conflitos gerados pela diversidade cultural em determinados contextos democráticos.

Multicultural, para Stuart Hall (2006), é a qualidade de sociedades nas quais diferentes comunidades culturais tentam construir uma vida comum sem perder, de modo absoluto, os fatores de sua cultura original. Multiculturalismo, por sua vez, são as estratégias e políticas adotadas para governar e administrar os problemas gerados por essa diversidade em sociedades multiculturais. Com ênfase na problemática da diferença, acentua a afirmação de identidades e de seu reconhecimento (Semprini, 1999). O multiculturalismo atenta para importantes questões, como o reconhecimento de identidades no âmbito social, político e econômico; a desconstrução de papéis sociais e de discursos geradores de discriminação e violência; a implementação de políticas públicas afirmativas para grupos subalternizados; bem como a realização de justiça social. A relação e prática entre as culturas, denominada de interculturalismo (Warren, 2005), trata-se do modo pelo qual se inscrevem as experiências e narrativas intersubjetivas entre os atores das diferentes culturas e o respeito à diversidade cultural.

O direito recebe relevantes contribuições das análises multiculturalistas, produzidas a partir da ação concreta de atores sociais, a exemplo dos movimentos

sociais. No Brasil, a partir da década de 1970, importantes movimentos sociais organizados tomaram o cenário político pelo fim do autoritarismo e pela reivindicação de direitos. Nessa época, os movimentos ambientais, feministas, homossexuais, negros e indígenas incitaram uma árdua discussão pública originada a partir de suas reivindicações por reconhecimento identitário e proliferação de questões complexas dentro de segmentos sociais.

A atuação dos “novos movimentos sociais” (Gohn, 2011) foi derradeira no processo de reforma constitucional que sucedeu os “anos de chumbo”. No entanto, no Direito, assim como na Política, o dissenso trazido pelo multiculturalismo se mostrou insuficiente para a proteção assegurada pelos direitos individuais do cidadão, uma vez que as identidades coletivas são resultado de uma sociedade heterogênea e fragmentada. Nesse cenário, como realizar os direitos humanos de forma equânime e respeitando à autonomia individual, bem como os interesses coletivos?

Robert Alexy (1999) desenvolve uma estratégia de legitimação dos direitos humanos, informada por dois princípios fundamentais: universalidade de tais direitos e autonomia dos titulares. O princípio da universalidade aduz que todos os indivíduos possuem determinados direitos válidos *erga omnes* que transcendem as fronteiras do Estado, da cultura, da tradição, da religião e do grupo social. O princípio da autonomia desdobra-se no princípio da autonomia pública dos cidadãos e na autonomia privada dos sujeitos. A garantia e o desenvolvimento pleno de ambas só são possíveis no âmbito de um Estado Constitucional Democrático, no qual os direitos humanos, ao assumir a forma positiva de direitos constitucionais fundamentais e a participação democrática, passam a estimular o pluralismo.

Taylor (1997) é um crítico da noção de justiça como benevolência universal, segundo a qual todos os seres humanos devem ser iguais, sem distinções. Já, para Nancy Fraser (2006), as normas de justiça são geralmente pensadas como universais e vinculatórias, independente de compromisso com atores específicos. As reivindicações de reconhecimento da diferença, por sua vez, são pensadas caso a caso, levando em conta identidades específicas e particularidades, sendo, portanto, uma questão de justiça.

De acordo com Fraser (2006), a justiça requer arranjos sociais que permitam a todos os membros da sociedade interagir uns com os outros como parceiros. Para que a paridade de participação seja possível, ela afirma que ao menos dois postulados devem ser satisfeito. Primeiro, a (re)distribuição

dos recursos materiais, de modo que assegure a independência e voz dos participantes, a fim de excluir formas e níveis de desigualdade material e dependência econômica que impedem a paridade de participação. A segunda condição requer padrões institucionalizados de reconhecimento e valoração cultural, no intuito de assegurar igual oportunidade para alcançar estima social. Trata-se da “condição intersubjetiva” de paridade participativa, a fim de excluir normas institucionalizadas que sistematicamente depreciam algumas categorias de pessoas e as características associadas a elas. Embora a autora saliente essas duas possibilidades, ela sinaliza para uma terceira, que seria a participação política.

Outro autor Michael Walzer argumenta que “a igualdade é uma relação complexa de pessoas, mediadas por bens que criamos, compartilhamos e dividimos entre nós; não é uma identidade de posses. Requer, então, uma diversidade de critérios distributivos que expresse a diversidade de bens sociais” (Walzer, 2003, p. 21). Nesse sentido, Walzer, na mesma linha de Nancy Fraser, argumenta que, em sociedades multiculturais, os critérios de distribuição e redistribuição de bens considerados fundamentais precisam abarcar a complexidade das relações sociais, dos problemas socioeconômicos e das particularidades culturais.

De acordo com Boaventura de Souza Santos (2003), enquanto os direitos humanos e direitos fundamentais forem concebidos como universais, tenderão a operar como “localismo globalizado” – uma forma de globalização de-cima-para-baixo, isto é, um instrumento do Ocidente contra o resto do mundo. A fim de operar a globalização de-baixo-para-cima ou contra-hegemônica, os direitos humanos e os direitos fundamentais devem ser reconceptualizados como multiculturais.

Com isso, as teorias críticas direito, notadamente as teorias do reconhecimento expostas, além da sociologia jurídica, desempenham um papel importante na reflexão sobre as tensões provocadas pelos conflitos multiculturais. Tais teorias destacam a atuação dos movimentos sociais, a exemplo do LGBT, como atores fundamentais no processo de democratização de sociedades, como a sociedade brasileira. Resta, talvez, o desafio de ampliar os espaços de atuação desses movimentos nas sociedades multiculturais e destacar a sua importância social na concretização de direitos.

2 VOZES LGBT EM MOVIMENTO

Enquanto movimento social, lésbicas, travestis, bissexuais, *gays* e transexuais – além de pessoas que, embora não se reconheçam em nenhuma destas identidades, compartilham de um sentimento de pertencimento à população LGBT – possuem reivindicações históricas no Brasil. Durante a década de 1970, o movimento LGBT reivindicava transformações na sociedade, como o fim de hierarquias sociais, marginalização, discriminação, entre outras pautas (Facchini, 2003). Historicamente, estes movimentos formularam agendas, implementaram ações e provocaram o desafio para o Estado Democrático de Direito brasileiro para encontrar soluções às questões LGBT, por via judicial, administrativa ou das políticas públicas.

O movimento LGBT no Brasil iniciou como Movimento Homossexual Brasileiro (MHB), formado predominantemente por homens *gays*. Inicialmente, as mulheres lésbicas, travestis e transexuais foram invisibilizadas. A motivação disto era na tentativa de passar para a sociedade uma imagem de movimento “comportado”, excluindo as “sexualidades desviantes”, como eram denominadas principalmente travestis e transexuais (Simões; Facchini, 2009).

Facchini (2003) costuma dividir o movimento LGBT em momentos, também denominado pela autora como “ondas”. A primeira onda teria sido marcada pelo fim do regime militar no Brasil, também chamado de período de “abertura política”. Essa primeira fase é considerada revolucionária pelos embates políticos, e, por buscar a equidade entre os membros do movimento, o que ajudou a congrega diversas identidades LGBT. A segunda onda teria ocorrido no período de redemocratização e de abertura política em fins da década de 1980. A terceira onda, por sua vez, situa-se nos anos de 1990, quando o movimento LGBT inicia um conjunto de relações com instituições estatais e não estatais, principalmente no combate à epidemia de HIV e Aids.

Discutindo o histórico do movimento LGBT, o Grupo Somos construiu a primeira proposta de politização das questões relacionadas à população LGBT no Brasil. Fundado na Cidade de São Paulo, em 1978, e de caráter contestatório e antiautoritário, o Somos era inspirado no movimento argentino *Nuestro Mundo da Frente de Liberación Homossexual* (FLH), que tinha como ideia inicial discutir a sexualidade a partir da vivência dos seus integrantes (Passamani, 2009).

Na articulação de direitos para a população LGBT, João Antônio Mascarenhas, advogado e ativista, exerceu importante papel em fins do século passado. Mascarenhas foi um dos fundadores do jornal O Lampião da Esquina,

lançado em 1978, o qual contribuiu para a visibilidade de pautas e contestações do movimento social LGBT na época. De estilo anárquico e irreverente, O Lâmpião da Esquina se valia do sarcasmo e da sátira para tratar do “mundo homossexual”.

Ainda no ativismo político, Mascarenhas também ajudou a fundar o grupo organizado Triângulo Rosa, o qual tinha a proposta de se diferenciar de grupos de homossexuais voltados para a realização de ações no âmbito privado. O Triângulo Rosa se voltou, principalmente, para as ações políticas e de interesse público.

A forte atuação de Mascarenhas o levou a ser escolhido como representante oficial do MHB no processo de elaboração da Constituição Federal de 1988 para tentar promover a inserção da proibição da discriminação por orientação sexual no texto legal (Passamani, 2009). A proposta foi aprovada nas subcomissões de elaboração da Carta Maior; no entanto, esbarrou nas pressões de setores conservadores, o que resultou na rejeição da proposta.

No período em que o movimento LGBT consolidava as suas principais bases políticas, a expansão da epidemia de HIV e Aids tomou proporções incontroláveis, abalando as estruturas custosamente levantadas pelo movimento social. A epidemia, considerada pejorativamente como “peste *gay*”, alimentou discriminações odiosas contra uma população estigmatizada como provocadora do surgimento da doença e pela propagação do vírus.

O trabalho contra a expansão dos casos de HIV e Aids teve forte participação de movimentos LGBT, difusores de cuidados com a saúde e com o corpo dos sujeitos. Essa atitude do movimento possibilitou que vários grupos passassem a ser financiados por agências de cooperação governamental e de âmbito internacional.

Em meados da década de 1990, o movimento LGBT teve como marco a criação da maior associação LGBT da América Latina, a Associação Brasileira de Lésbicas, *Gays*, Bissexuais, Travestis e Transgêneros (ABGLT). Fundada em 1995 na Cidade de Curitiba, a ABGLT nasce com o objetivo de conquistar direitos e fortalecer o combate às discriminações contra as pessoas LGBT.

Neste momento, garantir o livre exercício de direitos e liberdades fundamentais à população LGBT se apresenta como um desafio ao Estado, aos governos e à sociedade civil. Isto porque a realização desses direitos entra em choque com o cenário nacional fortemente discriminatório e desigual. Nesse

sentido, as discriminações e as violências motivadas pela orientação sexual e identidade de gênero foram denunciadas no *Discriminatory Laws and Practices and Acts of Violence Against Individuals Based on their Sexual Orientation and Gender Identity*, da Organização das Nações Unidas (ONU), divulgado no final de 2011. Constatou-se que, neste relatório, que, globalmente, em função da orientação sexual e identidade de gênero, as pessoas LGBT são alvo de discriminações no trabalho, na escola, no ambiente familiar e comunitário, sofrendo punições em função da condição que assumem, sendo condenados em certos países à prisão, à tortura e à morte. Como causa da discriminação e da violência, encontra-se a ação de extremistas religiosos, militares, neonazistas e intolerantes à diversidade sexual e de gênero. Predomina, no pensamento global, a visão de que as diferentes expressões das sexualidades e manifestações de gênero representam uma ameaça à estrutura social sedimentada na norma heterossexual, no machismo e na violência contra as pessoas LGBT (ONU, 2011).

O movimento social LGBT brasileiro de hoje não se centra em pauta única. Representa, atualmente, perfis multifacetados e demandas das mais variadas ordens. A seguir, discutem-se alguns reflexos e desdobramentos da atuação dos movimentos sociais LGBT na construção de direitos, políticas públicas e projetos de lei.

3 DIREITOS EM CONSTRUÇÃO NA LUTA LGBT

Na década de 1980, a epidemia de HIV e Aids abriu espaço para que as abordagens sobre as sexualidades e os direitos humanos ganhassem maior proeminência na atuação dos movimentos sociais. Os movimentos sociais LGBT foram os primeiros a conferir respostas amplas à epidemia, produzindo mudanças significativas na época (Gohn, 2011). Da década de 1980, até a atualidade, muitas conquistas foram alcançadas. Todavia, em que pesem os avanços, há questões preocupantes que ainda não encontraram soluções, como é caso dos crimes de ódio contra os grupos LGBT. A seguir, serão abordadas, brevemente, algumas questões relativas aos direitos LGBT.

Travestis e transexuais estão entre as identidades de gênero mais discriminadas na sociedade, pelos meios de comunicação, inclusive no surgimento do movimento social LGBT, que, por muitas vezes, renegou espaço para essas identidades. Entre as inúmeras pautas que envolvem travestis e transexuais no movimento social LGBT, estão algumas demandas, como alteração do prenome e transgenitalização ou mudança de sexo.

Com relação à violência sofrida por travestis e transexuais, de acordo com a pesquisa divulgada no 2º Relatório sobre Violência Homofóbica 2012, da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR), entre 2011 e 2012, travestis e transexuais são a população mais afetada, chegando a 51,68% de total de 100%³. Com relação às demais identidades de gênero e/ou sexuais, o alto índice é seguido por *gays*, 36,79%; lésbicas, 9,78%; heterossexuais e bissexuais, 1,17% e 0,39%, respectivamente. No ano de 2011, as travestis correspondiam a 50,54% das vítimas; seguidas por *gays*, 36,5%; lésbicas, 6,7%; heterossexuais e bissexuais, 2,3% e 0,84%, respectivamente. O relatório aponta a invisibilização social das travestis e transexuais, bem como a subnotificação pelas grandes mídias, como possíveis causas dos índices de violência. Este índice preocupa com relação à necessidade de pensar estratégias de coibição da violência transfóbica, e, da mesma forma, ampliar os mecanismos já existentes.

Outra questão relacionada aos direitos de travestis e transexuais diz respeito à possibilidade de alteração do prenome. O Superior Tribunal de Justiça (STJ), por meio de interpretação conjugada dos arts. 55 e 58 da Lei nº 6.015/1973, tem conferido amparo legal para que as transexuais operadas obtenham autorização judicial para a alteração de seu prenome⁴. No Estado do Rio Grande do Sul, a partir do Decreto nº 49.122, de maio de 2012, travestis e transexuais puderam usufruir de seu nome social nos órgãos e nas entidades do Poder Executivo⁵. A estratégia de confecção de carteiras de identidade com o nome social integrou o “Programa RS sem Homofobia”. A confecção das carteiras de identidade com o nome social ficou a cargo do Instituto Geral de Perícias (IGP), por meio de uma parceria da Secretaria da Justiça e dos Direitos Humanos (SJDH) e da Secretaria Segurança Pública (SSP).

³ BRASIL. PR/SDH. 2º Relatório sobre Violência Homofóbica 2012. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/lgbt/pdf/relatorio-violencia-homofobica-ano-2012>>. Acesso em: 8 set. 2013.

⁴ A respeito da possibilidade de alteração do prenome de transexuais e transgêneros: STJ, Recurso Especial nº 737993/MG, (2005/0048606-4), 4ª T., Rel. Min. João Otávio de Noronha, J. 10.11.2009, DJe 18.12.2009, *RBDF*, v. 14, p. 116; STJ, Recurso Especial nº 1008398/SP, (2007/0273360-5), 3ª T., Relª Min. Nancy Andrighi, J. 15.10.2009, DJe 18.11.2009, *RMP*, v. 37, p. 301, *RSTJ*, v. 217, p. 840; STJ, REsp 876672, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Publicação: 05.03.2010; Sentença Estrangeira nº 2.149 - IT (2006/0186695-0), Rel. Ministro Barros Monteiro, Publicação: 11.12.2006. O Informativo nº 0415, do STJ, traz a discussão sobre a possibilidade de retificar registro civil no que concerne a prenome e a sexo, tendo em vista a realização de cirurgia de transgenitalização.

⁵ RIO GRANDE DO SUL. Secretaria da Justiça e dos Direitos Humanos do Estado do Rio Grande do Sul. Notícia disponível em: <<http://www.sjdh.rs.gov.br/?model=conteudo&menu =1&id=1177&pg>>. Acesso em: 13 maio 2013.

Todavia, até a presente pesquisa essa possibilidade se restringia aos Estados do Rio Grande do Sul, do Pará e de São Paulo, o que revela uma lacuna legislativa federal. A ausência de disciplina legal, que permita a alteração dos registros civis, ainda submete travestis e transexuais ao constrangimento de ser identificadas por uma identidade diversa da que mantêm no convívio social. Dessa forma, não se trata simplesmente de permitir o uso de um prenome, mas de reconhecer, no indivíduo, uma identidade e o conjunto de relações construídas no entorno desta.

Ainda sobre os direitos reconhecidos para travestis e transexuais, a cirurgia de transgenitalização ou, como foi batizada popularmente de “mudança de sexo”, é oferecida pelo Sistema Único de Saúde (SUS), em linhas gerais, diante de uma incompatibilidade com o sexo anatômico. O SUS garante gratuitamente todo o processo de transgenitalização, o respeito ao nome social da paciente e o acompanhamento terapêutico⁶. Porém, e com relação aos transexuais mulheres e homens que não desejam realizar uma cirurgia de transgenitalização? Hoje, predomina o discurso médico que associa a transexualidade a um distúrbio psíquico, para o qual a cura estaria na cirurgia. Entre o movimento social, alguns advogam pela mudança dos critérios de elegibilidade para a cirurgia, afastando o caráter médico relacionado à “cura” para a transexualidade. Outros, por sua vez, argumentam pela permanência dos critérios atuais.

Numa época em que as curas médicas ou religiosas surgem como “alternativas” para solucionar os possíveis problemas relacionados à sexualidade (Louro, 2008), a proteção às diversas manifestações sexuais e de gênero deve ser pautada pela autonomia na administração do corpo, sendo esse um dos parâmetros fundamentais para orientar o reconhecimento de direitos de travestis e transexuais. Nesse sentido,

o direito a controlar o próprio corpo – seja para proteger sua integridade ou para desfrutar seus prazeres – não é algo “supérfluo” [...]. É um dos mais básicos de todos os direitos, pois se não temos a possibilidade de evitar que nossos corpos sejam violados por outras pessoas, se nos negam a oportunidade de nos proteger da gravidez e da doença, como poderemos participar dos outros

⁶ BRASIL. Ministério da Saúde. Informação disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/saude/visualizar_texto.cfm?idtxt=34017&janela=1>. Acesso em: 8 set. 2013.

benefícios do desenvolvimento ou mesmo exigí-los?
(Cornwall; Jolly, 2008, p. 34)

Questões como o respeito à autonomia sobre o corpo, bem como o reconhecimento de direitos, reclamam iniciativas que, em muitos casos, não provêm de iniciativas estatais. É o caso de denúncia promovida em 1999, pelo movimento social “Nuances”, de Porto Alegre. O grupo promoveu uma denúncia perante o Ministério Público Federal (MPF) da 4ª Região contra o Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS) por violação aos direitos humanos, sustentando que o instituto violava os princípios constitucionais da igualdade e da livre expressão sexual, ao indeferir, administrativamente, uma série de pedidos de pensão previdenciária aos companheiros de mesmo sexo⁷. Em 18 de abril de 2000, a Juíza Simone Barbisan Fortes concedeu a liminar, equiparando as relações homoafetivas às heteroafetivas para fins de concessão dos benefícios pagos pelo INSS. No início dos anos 2000, o INSS conferiu a possibilidade de colocar o companheiro ou a companheira como dependente, a fim de desfrutar de alguns benefícios, como pensão por morte e/ou auxílio-reclusão.

Na linha de discussão sobre as uniões de mesmo sexo, para o registro civil destas, desde 2004, foi possível constituir um contrato de união estável. Isto foi possível após a decisão de algumas Corregedorias-Gerais de Justiça, a exemplo das sediadas no Rio Grande do Sul e em São Paulo. As decisões entendiam que o art. 127 da Lei de Registros Públicos não impedia o registro das uniões entre as pessoas do mesmo sexo, como união estável.

Posteriormente, em decisão histórica, o Supremo Tribunal Federal (STF), por meio da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 4277 (ADIn 4277/2011), e da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 (ADPF 132/2011), acabou por estender a possibilidade de habilitação para o regime jurídico da união estável às uniões homoafetivas em maio de 2011. A ADIn 4277/2011 e a ADPF 132/2011 se fundamentaram em princípios constitucionais, afirmando que o não reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo implicaria em violação dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), da proibição de discriminações odiosas

⁷ Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0, de 10.04.2000, Relator João Batista Pinto Silveira- Ação para compelir o INSS a considerar o companheiro homossexual como possível dependente frente a LOAS (Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&selForma=NU&txtValor=200071000093470&chkMostrarBaixados=5&selOrigem=TRF&hdnRefId=3db2de6b65e2918709c35484c3a9697f&txtPalavraGerada=rwPh>. Acesso em: 14 jun. 2013).

(art. 3º, inciso IV), da igualdade (art. 5º, *caput*), da liberdade (art. 5º, *caput*) e da proteção à segurança jurídica. A Constituição de 1988 atribuiu aos princípios a qualidade de normas embaadoras e informativas de toda a ordem jurídica (Sarlet, 2009). Na jurisprudência, a interpretação principiológica tem contribuído para o reconhecimento e garantia de direitos aos LGBT, até mais que a própria ação legislativa.

O julgamento entendeu que as discriminações odiosas são vedadas pelo texto constitucional por meio do art. 3º, inciso IV, o qual estabelece, entre os objetivos fundamentais da República, “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (CF/1988). Em relação ao sexo⁸, a decisão englobou tanto as discriminações em função do gênero quanto as relativas à expressão sexual. Após a decisão do STF, houve inúmeros cartórios pelo Brasil que passaram a regulamentar a declaração de união civil entre pessoas de mesmo sexo. Todavia, a insegurança jurídica permaneceu por dois motivos: primeiro, que nem todos os cartórios do Brasil passaram a respeitar a decisão do STF; e, segundo, a limitação quanto à união estável, que gerou controvérsias em relação à possibilidade de conversão em casamento civil.

Tais divergências foram superadas pela Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013, aprovada durante a 169ª Sessão Plenária do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a qual estabeleceu que os cartórios de todo o País não mais poderiam recusar a celebração de casamentos civis de casais do mesmo sexo ou deixar de converter uma união estável homoafetivas em casamento civil. Além disso, caso algum cartório vier a descumprir a resolução do CNJ, os interessados poderão levar o caso ao juiz corregedor daquela comarca para que ele determine o cumprimento da medida. No mais, poderá ser aberto processo administrativo contra o oficial que se negou a celebrar ou reverter a união estável em casamento.

A respeito da possibilidade de adoção por casais de mesmo sexo, a manutenção da possibilidade do registro de adoção a um casal de mulheres gaúchas pelo STJ⁹, em abril de 2010, constituiu outro fato marcante na conquista de direitos pela população LGBT. Nesse caso, a habilitação para a adoção havia

⁸ Apesar de haver diferenças conceituais entre gênero, sexo e sexualidade, a Constituição de 1988 não faz quaisquer distinções, sendo majoritário o entendimento de que o sexo engloba essas categorias. Cumpre salientar que o fato de a norma trazer em seu texto a proibição a outros tipos de discriminação é determinante na extensão do art. 3º, inciso IV, da CF/1988, a quaisquer outros casos.

⁹ BRASIL. STJ, Recurso Especial nº 2006/0209137-4, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, J. 27.04.2010.

sido conferida em 2006 pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS); no entanto, o Ministério Público Federal gaúcho (MPF/RS) recorreu da decisão. Não existe, atualmente, nenhuma normativa que impeça duas pessoas de mesmo sexo a adotar. No processo de adoção deve prevalecer o interesse do menor. No entanto, diante de um contexto social predominantemente discriminatório, até que ponto a avaliação do casal de mesmo sexo para a habilitação de adoção não é afetada por crenças, valores, entre outras prerrogativas de ordem subjetiva?

Erradicar discriminações odiosas contra a população LGBT é um grande desafio, pois, ao mesmo tempo em que busca garantir condições de equidade, clama por respeito à diferença. Como resolver essa questão em contextos multiculturais? Como garantir o “reconhecimento da diferença” sem cair em um discurso vazio?

3.1 POLÍTICAS PÚBLICAS LGBT: DISCUSSÕES QUE SUBSIDIAM O PLC 122/2006 E O ESTATUTO DA DIVERSIDADE SEXUAL

Os novos movimentos sociais são hoje autênticos titulares de um paradigma que nasce de lutas em torno de demandas políticas, sociais e econômicas. Os movimentos sociais como sujeitos coletivos de juridicidade são capazes de criar não só uma legitimidade alternativa ao instituído, como outros mecanismos de realização de direitos extraestatais. Nesse sentido, como resultados de processos político-sociais, as políticas públicas possuem um papel fundamental na concretização de direitos humanos e de acesso à justiça. Nesta seção serão abordadas políticas públicas voltadas à população LGBT, discussão esta que subsidia a problematização do Projeto de Lei nº 122/2006 e do Estatuto da Diversidade Sexual.

Primeiramente, a respeito do conceito de políticas públicas,

[...] são decisões que envolvem questões de ordem pública com abrangência ampla e que visam à satisfação do interesse de uma coletividade. Podem também ser compreendidas como estratégias de atuação pública, estruturadas por meio de um processo decisório composto de variáveis complexas que impactam na realidade. São de responsabilidade da autoridade formal legalmente constituída para promovê-las, mas tal encargo vem sendo cada vez mais compartilhado com a sociedade civil por meio do desenvolvimento

de variados mecanismos de participação no processo decisório. (Amabile, 2012, p. 390)

Na atualidade, é possível vislumbrar, ainda que incipiente, a existência de políticas públicas voltadas à população LGBT no Brasil, como parte de um anseio em dirimir problemas sociais que afetam os indivíduos dessa comunidade.

No âmbito das políticas públicas voltadas para a promoção e a difusão de direitos à população LGBT, a partir do lançamento do Programa Nacional dos Direitos Humanos (PNDH-1)¹⁰, em 1996, a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR) ficou encarregada de executar ações de defesa dos direitos humanos da população LGBT. No ano de 2004, após uma série de discussões entre a SDH/PR e a sociedade civil, foi lançado o Programa “Brasil sem Homofobia”¹¹. O Programa, em linhas gerais, buscou o combate às discriminações relacionadas à identidade sexual ou de gênero, por meio de ações voltadas para as instituições públicas e não governamentais; no combate à homofobia; na capacitação em direitos humanos para os profissionais e representantes do movimento social que atuam nessa esfera; entre outros.

A partir das metas do Programa Brasil sem Homofobia, originou-se outro projeto, “Escola sem Homofobia”, voltado à educação inclusiva e em direitos humanos.

O Projeto Escola sem Homofobia, apoiado pelo Ministério da Educação/Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade (MEC/Secad), tem como objetivo

contribuir para a implementação do Programa Brasil sem Homofobia pelo Ministério da Educação, através de ações que promovam ambientes políticos e sociais favoráveis à garantia dos direitos humanos e da respeitabilidade das orientações sexuais e identidade de gênero no âmbito escolar brasileiro. (Ministério Público Federal, 2011, p. 1)

¹⁰ O Decreto nº 1.904, de 13 de maio de 1996 (revogado). Atualmente, o Decreto nº 7.037, de 21 de dezembro de 2009, instituiu o PNDH-3, ainda em vigor, o qual tem como diretrizes a garantia da igualdade na diversidade, o combate às desigualdades estruturais, a valorização da pessoa humana como sujeito central do processo de desenvolvimento, entre outras diretrizes (Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7037.htm#art7>. Acesso em: 4 jul. 2013).

¹¹ BRASIL. Informações obtidas na Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.gov.br/>>. Acesso em: 11 mai. 2013.

O material educativo do Escola sem Homofobia foi destinado à formação de professores, dando a estes subsídios para trabalharem com o tema diversidade sexual e de gênero no ensino médio, sob uma abordagem teórica de direitos humanos. Tratava-se de um conjunto de instrumentos pedagógicos que visavam à desconstrução da imagem estereotipada da população LGBT, visando a contribuir para o convívio democrático com as diferenças sociais.

Segundo o Ministério da Educação (MEC, 2012), a discriminação contra as pessoas LGBT cerceia os mais básicos direitos de cidadania, incluindo a expressão afetivo-sexual e de gênero. Dessa forma, o projeto Escola sem Homofobia cumpria com um dos objetivos do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (Resolução nº 16, FNDE), pois adotava práticas pedagógicas e conteúdos curriculares que contemplavam e respeitavam as diversidades relativas ao gênero e à sexualidade.

No entanto, em maio de 2011, após as pressões da bancada religiosa congressista, além de deturpações feitas pelas grandes mídias, o Escola sem Homofobia foi vetado pela Presidenta em exercício, Dilma Rousseff. Nem o amparo de estudos quantitativos e qualitativos sobre discriminação sexual e de gênero nas escolas, nem apoio de organizações como a Unesco, foram suficientes para a concretização do Escola sem Homofobia, idealizado para ser implementado em mais de seis mil escolas pelo País. Por que persiste um entrave político para discutir a homofobia entre outras questões relacionadas a gênero e sexualidade nas escolas?

Segundo dados sobre violência homofóbica no Brasil, o “2º Relatório sobre Violência Homofóbica 2012”¹² demonstrou que, em relação a 2011¹³, o número de denúncias de violência homofóbica cresceu 166%, saltando de 1.159 para 3.084 registros. O número de violações contra a população LGBT subiu de 6.809, em 2011, para 9.982, em 2012, revelando um aumento de 46,6%. As fontes utilizadas no relatório são: o Disque 100 da SDH/PR¹⁴, o Ligue 180 da Secretaria

¹² BRASIL. SDH/PR. 2º Relatório sobre Violência Homofóbica 2012. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/lgbt/pdf/relatorio-violencia-homofobica-ano-2012>>. Acesso em: 6 set. 2013.

¹³ BRASIL. Relatório sobre Violência Homofóbica no Brasil: ano de 2011. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/lgbt/dados-estatisticos/relatorio-sobre-violencia-homofobica-no-brasil-ano-de-2011>>. Acesso em: 6 set. 2013.

¹⁴ BRASIL. Departamento de Ouvidoria Nacional dos Direitos Humanos, ou Disque 100. Possui a competência de receber, examinar e encaminhar denúncias e reclamações, relacionadas a conflitos sociais que envolvam violações de direitos humanos. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/disque100>>. Acesso em: 6 set. 2013.

de Políticas para as Mulheres (SPM)¹⁵ e a Ouvidoria do SUS do Ministério da Saúde¹⁶ – números que recebem diversos tipos de denúncia sobre violência no Brasil. O relatório se mostra um importante instrumento sobre o panorama da violência motivada por ódio contra o grupo LGBT no País, e, desde a sua criação, tem suscitado a necessidade de políticas e instrumentos de coibição deste tipo de crime.

Atualmente, discriminar alguém por força da sua orientação sexual, identidade de gênero, condição de pessoa idosa ou condição da pessoa com deficiência não constitui crime específico no Brasil¹⁷. Sobre esta discussão, o Projeto de Lei da Câmara nº 122, de 2006 (PLC 122/2006) que envolve a tipificação do crime de homofobia, foi, apresentado pela Deputada Federal Iara Bernardi em 2001, como o Projeto de Lei nº 5.003, de 2001, e está em curso há longo tempo. Na década dos anos 2000, o projeto sofreu alterações, as quais foram além da realização da conduta discriminatória¹⁸ motivada por expressão sexual e/ou de gênero.

O objetivo atual do PLC 122/2006 é alterar a Lei nº 7.716 (Lei do Racismo), de 5 de janeiro de 1989, o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 (Consolidação das Leis do Trabalho – CLT) para definir os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero, estabelecendo tipificações e delimitando as responsabilidades do ato e dos agentes¹⁹. Se aprovado, além das discriminações já previstas em razão da cor, etnia, origem e religião, também estariam incluídas as discriminações

¹⁵ BRASIL. Ouvidoria de Atendimento à Mulher, ou Ligue 180. Possui a responsabilidade de receber, examinar e encaminhar denúncias relacionadas à mulher e a questões relativas aos direitos humanos. Disponível em: <<http://www.spm.gov.br/ouvidoria>>. Acesso em: 6 set. 2013.

¹⁶ BRASIL. Departamento de Ouvidoria Geral do Sistema Único de Saúde, ou Disque Saúde 136. É um canal democrático que tem servido não apenas para disseminar informações a respeito da saúde, mas também de estímulo à participação social. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/saude/area.cfm?id_area=1003>. Acesso em: 6 set. 2013.

¹⁷ BRASIL. PLC 122. Disponível em: <<http://www.plc122.com.br>>. Acesso em: 5 set. 2013.

¹⁸ A respeito da diferenciação entre preconceito e discriminação: por preconceito, designam-se as percepções ou representações mentais dos indivíduos sobre determinadas pessoas ou grupo, o que impossibilita uma punição de fato. Já o termo discriminação representaria a externalização do preconceito, por meio de ações que podem vir a produzir violações de direitos de indivíduos e de grupos (Rios, 2012).

¹⁹ SENADO FEDERAL. Projeto de Lei da Câmara nº 122, de 2006, Rel. Paulo Paim. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=79604>. Acesso em: 5 set. 2013.

por expressão sexual e de gênero, além daquelas decorrentes da idade e de necessidades especiais.

Ainda sobre a tipificação da violência contra o grupo LGBT, em 17 de abril de 2009 instalou-se, em Recife, no Estado de Pernambuco, a primeira Comissão de Diversidade Sexual²⁰ da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/PE), para elaborar um projeto legislativo com o objetivo de criar e ampliar direitos à população LGBT. A ideia se espalhou por inúmeras seccionais estaduais, e, em março de 2011, em uma audiência pública realizada pelo Conselho Federal da OAB, por unanimidade, foi aprovada a criação da Comissão Especial da Diversidade Sexual. Esta comissão passou, então, a trabalhar em anteprojetos de lei e propostas de emendas constitucionais em parceria com os movimentos sociais e ativistas das causas LGBT.

Na II Conferência Nacional de Políticas Públicas e Direitos Humanos LGBT, em dezembro de 2011, aprovou-se moção de apoio ao Estatuto da Diversidade Sexual por diversos ativistas, movimentos sociais, entre outros agentes políticos, decidindo, também, pelo envio do projeto à Câmara Federal por meio de iniciativa popular. Em 17 de maio de 2012, Dia Internacional de Combate à Homofobia, foi lançada a campanha para angariar adesões ao estatuto.

O projeto do Estatuto da Diversidade Sexual foi elaborado por mais de sessenta Comissões da Diversidade Sexual das Seccionais e Subseções da OAB no Brasil, além de diversos movimentos sociais e ativistas políticos. Com 109 artigos, além de consagrar princípios, o projeto traz regras de direito de família, direito sucessório, previdenciário e de criminalização da homofobia, e alterações na legislação infraconstitucional, além de conclamar a necessidade de políticas públicas nas diferentes esferas federais.

Criminalizar a homofobia – entendida aqui de forma ampla como violência contra as pessoas LGBT – talvez seja hoje uma das principais demandas dos movimentos sociais. No entanto, se questiona se esta tipificação reduziria de fato a violência contra a população LGBT. A criminalização da homofobia produziria efeitos pedagógicos, a fim de gerar o reconhecimento da diferença, no sentido apregoado por Hall (2006) ou Fraser (2006)? Tais questões trazem indagações do tipo: se a punição, na forma como é pretendida para os casos de violência contra

²⁰ As informações coletadas a respeito do Estatuto da Diversidade Sexual estão disponíveis em: <<http://www.estatutodiversidadesexual.com.br>>. Acesso em: 5 set. 2013.

as pessoas LGBT, de fato, geraria efeitos sobre a diminuição da ocorrência dessas situações. Uma questão complexa, porém, que se deve considerar, a constatação de Foucault (1994) de que a punição em regime fechado, de um modo geral, não contribui para a redução das taxas de criminalidade, a eficácia da criminalização e da punição via sistema prisional são questionáveis. De acordo com Foucault, “as prisões não diminuem a taxa de criminalidade: pode-se aumentá-las, multiplicá-las ou transformá-las, a quantidade de crimes e criminosos permanece estável, ou, ainda pior, aumenta [...]”, apenas a criminalização não seria a solução (1994, p. 221)²¹.

Projetos como o PLC 122 e o Estatuto da Diversidade Sexual são importantes construções normativas, ainda em curso, na busca pelo combate à discriminação contra as pessoas LGBT. Como parte de um conjunto de políticas públicas – ainda incipientes – voltadas à população LGBT, tais projetos revelam anseios sociais, e, além disso, uma necessidade de mecanismos afirmativos e transformativos da realidade social no sentido de soerguer diferenças historicamente colocadas em posições muito desiguais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A linguagem dos direitos humanos necessita de ações e estratégias que a ponham em prática, e, por consequência, produza reais sentidos de justiça. A presente investigação revelou que a atuação dos movimentos sociais LGBT influenciou no despertar de órgãos administrativos e judiciais e no âmbito de políticas públicas para as questões LGBT. Todavia, no que pesem os avanços sociais, de outra monta, evidencia-se a total inércia e insensibilidade de instituições, como o Legislativo na garantia de direitos humanos e de acesso à justiça à população LGBT. No contexto social brasileiro, fortemente marcado por atos de violência homofóbica contra a população LGBT, exigem-se ações do Estado, dos governos e da sociedade civil para dirimir os efeitos de uma cultura de discriminação contra as diferenças. Nesse intento, as políticas públicas se apresentam como fundamentais para transformar a realidade e como parte de um processo de concretização de direitos humanos e de realização de justiça.

²¹ Isso porque, segundo Foucault (1994), as proposições e os princípios fundamentais que justificam a prisão ao longo da história se repetem, o que revela uma tentativa fracassada de reforma do sistema penitenciário. Para o autor, a prisão e os castigos não se destinam a suprimir as infrações, mas, antes, distingui-las e distribuí-las; que visam não tanto a docificação dos que estão prontos a transgredir as leis, mas que tendem a organizar as transgressões em uma tática geral de sujeições. A penalidade não somente reprimiria as ilegalidades, mas as diferenciaria a realizar a sua economia geral.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. Trad. Luís Afonso Heck. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, 217, p. 67/79, jul./set. 1999.

AMABILE, Antônio Eduardo de Noronha. *Dicionário de políticas públicas*. Org. Carmem Lúcia Freitas de Castro, Cynthia Rúbia Braga Gontijo e Antônio Eduardo de Noronha Amabile. Barbacena: EdUEMG, 2012.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 jun. 2013.

CONSELHO NACIONAL DE COMBATE À DISCRIMINAÇÃO. Brasil sem Homofobia: programa de combate à violência e à discriminação contra GLTB e promoção da cidadania homossexual. Brasília: Ministério da Saúde, 2004. Disponível em: <bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/brasil_sem_homofobia.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2013.

CORNWALL, Andrea; JOLLY, Susie. Introdução: a sexualidade é importante. In: CORNWALL, Andrea; JOLLY, Susie (Org.). *Questões de sexualidade: ensaios transculturais*. Trad. Jones de Freitas. Rio de Janeiro: ABIA, 2008.

FACCHINI, Regina. Movimento homossexual no Brasil: recompondo um histórico. *Cad. AEL*, v.10, n. 18/19, 2003.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Trad. Lígia M. Ponde Vassalo. Petrópolis: Vozes, 1994.

FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da Justiça numa era “pós-socialista”. Trad. Julio Assis Simões. *Cadernos de Campo*, São Paulo, n. 14/15, p. 1-382, 2006.

GOHN, Maria da Glória. Movimentos sociais na contemporaneidade. *Revista Brasileira de Educação*, v. 16, n. 47, 2011.

HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. Trad. Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro. Rio de Janeiro: DP&A, 2006.

LOURO, Guacira Lopes. *Um corpo estranho: ensaios sobre sexualidade e teoria queer*. Belo Horizonte: Autêntica, 2008.

ONU. Discriminatory Laws and Practices and Acts of Violence Against Individuals Based on their Sexual Orientation and Gender Identity, 2011, p. 1-4. Disponível em: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/19session/A.HRC.19.41_English.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2012.

- PASSAMANI, Guilherme Rodrigues. *O arco-íris (des)coberto*. Santa Maria: UFSM, 2009.
- RIOS, Roger Raupp. O direito da antidiscriminação e a tensão entre o direito à diferença e o direito geral de igualdade. *Direitos Fundamentais & Justiça*, ano 6, n. 18, p. 169-177, jan./mar. 2012.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Uma concepção multicultural de direitos humanos. São Paulo: Lua Nova, n. 39, 1997.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SEMPRINI, Andrea. *Multiculturalismo*. Trad. Laureano Pelegrin. São Paulo: EDUSC, 1999.
- SILVA, Enio Waldir da. *Sociologia jurídica*. Coleção Direito, Política e Cidadania. Ijuí: Unijuí, 35, 2012. 304 p.
- SIMÕES, J. A.; FACCHINI, R. *Na trilha do arco-íris: do movimento homossexual ao LGBT*. 1. ed. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, v. 1, 2009. 194 p.
- SOUZA, J. *A construção social da subcidadania - Para uma sociologia política da modernidade periférica*. Rio de Janeiro: IUPERJ, 2006.
- TAYLOR, Charles. *As fontes do self: a construção da identidade moderna*. São Paulo: Loyola, 1997.
- UNESCO. Carta sobre o Projeto Escola sem Homofobia. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/informacao-e-comunicacao/eventos/direitos-sexuais-e-reprodutivos/audiencia-publica-avaliacao-programas-federais-respeito-diversidade-sexual-nas-escolas/projeto-escola-sem-homofobia/carta-unesco>>. Acesso em: 13 maio 2013.
- WALZER, Michael. *Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade*. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- WARREN, Ilse Scherer. Redes de movimentos sociais no mundo multicultural. *Katálisis*, Florianópolis/SC, 24-31, v. 8, n. 1, jan./jun. 2005.

Submissão em: 26.07.2015

Avaliado em: 09.09.2015 (Avaliador A)

Avaliado em: 04.05.2016 (Avaliador B)

Aceito em: 12.07.2016

POLÍTICAS PÚBLICAS DE PROTEÇÃO E INCENTIVO AO TRABALHO DA MULHER

PUBLIC POLICIES OF PROTECTION AND INCENTIVE TO WORK WOMAN

Carliana Luiza Rigoni¹
Advogada

Rodrigo Goldschmidt²
Juiz do Trabalho

ÁREA(S) DO DIREITO: políticas públicas; direitos e garantias fundamentais.

RESUMO: As políticas públicas de gênero, voltadas à promoção e proteção do trabalho da mulher, são o principal enfoque do presente artigo. Nesse contexto, são apresentados aspectos acerca da evolução histórica das conquistas sociais femininas, em especial no campo dos direitos trabalhistas. Definidos alguns dos marcos legislativos nacionais e internacionais que tratam da igualdade de gênero e

da proteção do trabalho da mulher. Apresentada, nesse âmbito, uma perspectiva geral do princípio da isonomia com análise à Constituição da República Federativa do Brasil. Enfrenta as causas da discriminação do trabalho da mulher, sobremaneira na admissão, no curso da relação de trabalho, no término do contrato de trabalho e nos efeitos por ela causados. Apresenta, ainda, estudo sobre conceito e fases das políticas públicas. Ao final, investiga as políticas públicas com enfoque no trabalho feminino. Objetivando definir

¹ Advogada. Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho. Mestranda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC), Departamento de Mestrado, Chapecó, Santa Catarina, Brasil. *E-mail:* carli_rigoni@hotmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/8707697293753489>.

² Pós-Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professor e Pesquisador da Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC), Departamento de Mestrado, Chapecó, Santa Catarina - Brasil. Membro da Escola Judicial do TRT da 12ª Região. Juiz do Trabalho do TRT da 12ª Região. *E-mail:* rmgold@desbrava.com.br. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/9812281879332304>.

se as medidas protecionistas existentes são satisfatórias ou não para a garantia da igualdade de gênero.

PALAVRAS-CHAVE: discriminação; políticas públicas; trabalho feminino.

ABSTRACT: *Public policies of gender, aimed at the promotion and protection of women's work are the main focus of this article. In this context, aspects are presented about the historical evolution of women's social achievements, particularly in the field of labor rights. Defined some of the national and international legislative frameworks that deal with gender equality and protection of women's work. Presented in this context, an overview of the principle of equality analysis with the Constitution of the Federative Republic of Brazil. Take on the causes of discrimination of women's work, greatly on admission in the course of the employment relationship, the termination of employment contracts and the effects it causes. It also presents study on concept and phases of public policy. In the end, investigates public policies focusing on women's work. Aiming to determine whether existing protective measures are satisfactory or not to guarantee gender equality.*

KEYWORDS: *discrimination; public policy; working women.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Aspectos históricos; 2 Instrumentos de inibição a práticas discriminatórias; 3 O atual cenário do mercado de trabalho para as mulheres; 4 Políticas públicas; 5 Políticas públicas de proteção a mulher; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Historical aspects; 2 Inhibition of instruments to discriminatory practices; 3 The current situation of the labor market for women; 4 Public polices; 5 Public policies of woman protection; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

O protagonismo feminino na sociedade é um acontecimento recente, fruto de conquista das mulheres que tiveram que afirmar as suas capacidades e lutar para obterem direitos. A presença delas no mercado de trabalho é igualmente reflexo do esforço coletivo feminino, a fim de ver garantido o direito constitucional à igualdade de gênero. Entretanto, o direito de estar presente no mercado de trabalho em condições de igualdade com os homens não está completamente consolidado e encontra-se ameaçado de retrocesso.

O objeto de investigação do presente artigo são as políticas públicas voltadas à inibição da discriminação e a inclusão da mulher no contexto laboral. Justifica-se o estudo do tema, visto que o avanço social não tem acompanhado os avanços legislativos acerca da discriminação de gênero, já que as mulheres

continuam sofrendo discriminação em razão do sexo, especialmente no mercado de trabalho.

O objetivo maior é destacar as especificidades e as controvérsias que cercam o tema por meio do método indutivo. Os objetivos específicos consistem em: conceituar a discriminação ao trabalho da mulher; apresentar uma digressão histórica da presença da mulher no mercado de trabalho; apresentar a dignidade humana como garantidora da isonomia nas relações de trabalho; coligar as políticas públicas voltadas à proteção da mulher como instrumento inibidor da discriminação ao trabalho da mulher; destacar alguns avanços legislativos garantidores da igualdade de gênero; apresentar uma análise crítica ao atual cenário de participação das mulheres no mercado de trabalho considerando as políticas públicas voltadas ao tema já existentes.

1 ASPECTOS HISTÓRICOS

É constitucionalmente assegurado o direito à igualdade entre homens e mulheres em direito e obrigações, sejam eles brasileiros ou estrangeiros residentes no País. Na esfera trabalhista, a garantia do preceito constitucional à igualdade ocorre quando da admissão e no curso do contrato de trabalho, assegurando a isonomia de tratamento entre todos.

Dados atuais³ evidenciam um cenário de desrespeito à isonomia entre os sexos. Em uma análise comparativa, a mulher tem sido tratada de forma inferiorizada ao homem no acesso ao mercado de trabalho, nos cargos a elas oportunizados, nas atividades desenvolvidas e nos salários percebidos de maneira desproporcional. Uma das motivações para essa disparidade entre os sexos remonta a dados históricos.

A mulher galgou para obter direitos dos quais os homens sempre tiveram acesso pela condição inata a eles de serem homens. Há poucas décadas a função da mulher na sociedade restringia-se a educar os filhos, e cuidar do ambiente

³ Fatores como o setor da economia em que trabalham ou posição ocupada não diminuem as desigualdades salariais segundo constatou a FIBGE/Pnad, a pesquisa verificou que a média salarial feminina é de 74,5% se comparada à masculina. No Fórum Econômico Mundial, o Brasil ocupou o 82º lugar no Índice Global de Desigualdade de Gênero, tendo sido apontado índice de 60% para a disparidade econômica e de oportunidades entre os sexos. O índice GINI, que mede o grau de concentração de renda, representando 0 a perfeita igualdade e 1 a desigualdade máxima, apontou valores desiguais, onde os homens têm 0,491, enquanto as mulheres têm 0,474 da concentração da renda.

doméstico e sua figura no ambiente laboral era adstrita a mão de obra de baixo custo.

Cansadas da opressão marital, as mulheres lutaram e obtiveram direitos que hoje são tidos como comuns, mas que à época representavam liberdade e avanço feminino, a exemplo do direito ao voto, do direito de serem educadas como os homens, frequentarem escolas, proverem o seu próprio sustento e a sua independência financeira, entre outros.

No início do século XXI, as mulheres conquistaram, de forma consolidada, o seu espaço no mercado de trabalho, nas mais diversas áreas e cargos, mas as lacunas que separam as mulheres da igualdade de direitos entre os sexos e da não discriminação ainda são enormes (Rocha, 1991, p. 1).

A mulher permanece, na prática, como cidadã de “segunda categoria”, sem condições que suportem a expressividade social de suas especificidades, prejudicada por influências ideológicas que remontam a décadas passadas.

Diariamente, as mulheres têm que consolidar a sua inserção profissional, pois as ideias concebidas de forma pejorativa são sintomas de desigualdades. Motivos pouco consistentes são enfatizados no intuito de justificar as desigualdades, tal como diferenças fisiológicas, acabando por abafar talentos e enfraquecendo iniciativas.

A realidade é que o avanço parece estar relacionado ao direito de trabalhar e às atividades que podem ser desenvolvidas, mas o reconhecimento do trabalho, tanto no prisma salarial quanto nos cargos por elas ocupados, parece ser o mesmo dos primórdios.

As normas historicamente impostas acabaram por desenhar o crescimento social do indivíduo a partir do seu sexo, concebendo a sociedade de forma machista e com espaços assimétricos entre os sexos.

2 INSTRUMENTOS DE INIBIÇÃO A PRÁTICAS DISCRIMINATÓRIAS

Entende-se a isonomia como sendo a inexistência de diferenças de direitos e deveres entre dois seres comparados, não sendo, contudo, esse um conceito fechado. A igualdade de tratamento é um pilar em diversos ramos do direito. Na esfera trabalhista, a aplicação da igualdade de tratamento é consequência do princípio geral da igualdade entre os cidadãos de um Estado.

Os membros de uma sociedade devem receber tratamento idêntico. É inaceitável a utilização de fator discriminante em razão do sexo, sempre que o mesmo seja eleito com o propósito de desnivelar materialmente o homem da mulher; aceitando-o, porém, quando a finalidade pretendida for atenuar os desníveis existentes naturalmente (Moraes, 2002, p. 101).

A proibição de atos discriminatórios tem fundamentação principiológica e está consagrada no art. 5º, *caput*, da CRFB de 1988 – “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” –, e, ainda, no inciso I – “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”.

Fica, então, autorizado o tratamento especial para as situações que também se fizerem especiais e vedado o tratamento desigual em causas que sejam iguais ou muito semelhantes.

No âmbito internacional, a proteção ao trabalho feminino foi regulada pela OIT, Organização Internacional do Trabalho, que busca estabelecer a justiça social, melhorar as condições de trabalho e conseguir a adoção de um regime uniforme de trabalho realmente humano.

As primeiras medidas protecionistas foram adotadas na Convenção nº 3, de 1919, visando a conter a dispensa por parte do empregador. Relacionada ao estado gravídico da mulher, estabeleceu-se a garantia do emprego à mulher licenciada para gestação. Em 1951, na Convenção nº 100 foi prevista a igualdade de remuneração para ambos os sexos em trabalhos de igual valor. Apenas em 1968, com a Convenção nº 111, é que se define discriminação como toda forma de exclusão ou preferência fundada em razão de sexo, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão. Na Convenção nº 117 foram elencadas as principais formas de discriminação (Nascimento, 2007, p. 376).

Na legislação pátria, como advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, foram banidas todas as formas de discriminação ilícitas. O art. 7º, inciso XXX, da Constituição da República Federativa do Brasil veda a diferença salarial em decorrência de sexo. A exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento comprobatório de estado de gravidez ou procedimento de esterilidade caracteriza-se como discriminação segundo a Lei nº 9.029/1995, que apresenta, ainda, como forma

de discriminação a adoção de medidas que induzam à esterilização genética ou controle de natalidade.

A Lei nº 9.799, de 1999, introduziu o art. 373-A na Consolidação das Leis do Trabalho, estabelecendo regramentos, entre os quais se destaca: a criminalização da exigência de teste de procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez; a vedação de publicação de anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo; bem como ao comportamento de recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão de sexo ou estado de gravidez; a vedação ao comportamento de considerar o sexo como variável determinante para fins de remuneração; o mesmo quanto ao comportamento de impedir o acesso ou adotar critérios subjetivos para deferimento de inscrição ou aprovação em concursos, em empresa privada, em razão de sexo; e a vedação ao empregador ou preposto de proceder a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias.

Em 1979, foi aprovada em assembleia-geral da Organização das Nações Unidas a CEDAW, Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, promulgada no Brasil em 2002 - o Decreto nº 4.377. A convenção classifica a discriminação como restrição baseada no sexo e que tenha por objeto prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, com base na igualdade dos sexos e dos direitos humanos nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo (Salvati, 2004, p. 9).

A supracitada convenção enaltece o papel da mulher na sociedade e para o bem-estar de uma família, ressaltando a necessidade da participação plenamente reconhecida da mulher nas mesmas condições que os homens (Guerra, 2014, p. 231-233).

O Brasil se comprometeu a desenvolver uma série de políticas para eliminar a discriminação para a mulher, quais sejam: consagrar o princípio da igualdade entre homens e mulheres, garantir proteção jurídica efetiva contra a mulher, adotar medidas que proíbam a discriminação contra a mulher, derrogar leis e práticas discriminatórias às mulheres, entre outras.

A grande mobilização no plano internacional, que eclodiu com a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, acabou por gerar no Brasil um movimento a favor do reconhecimento do importante papel da mulher. A referida Convenção objetivou o

desenvolvimento de políticas públicas voltadas à mulher, não apenas visando à não discriminação, mas, principalmente, políticas que viabilizassem condições para que possam ter maiores oportunidades na sociedade tradicionalmente machista, a fim de materializar a igualdade entre os sexos, ou seja, as mulheres titulares de direitos e atenção a vontades no mesmo nível que os homens (Guerra, 2014, p. 231-233).

A extrema clareza da Constituição ora vigente expulsou do sistema as normas discriminatórias então existentes; entretanto, é na igualdade de sexo aquela que mais encontra barreiras, a saber, pelo fato de que a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher é o instrumento que mais fortemente recebeu reservas entre todas as convenções internacionais de direitos humanos (Coutinho, 2008, p. 45).

A discriminação corrompe toda a sociedade e prejudica a educação das futuras gerações. A participação da mulher no mercado influencia a sociedade como um todo. Em investigação, a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico mostrou que países que têm maior igualdade entre gêneros são mais desenvolvidos economicamente.

3 O ATUAL CENÁRIO DO MERCADO DE TRABALHO PARA AS MULHERES

Existe um descompasso evidente entre as disposições legais acerca da igualdade de gêneros e a prática averiguada na sociedade e no mercado. É fato que as mulheres têm, progressivamente, ocupado maior espaço no mercado de trabalho; entretanto, continuam atrás dos homens quando o assunto é salário, presença no mercado de trabalho e cargos de chefia.

Conforme balanço anual da Gazeta Mercantil, embora o relatório apontasse um incremento 5% entre os anos de 1990 e 2000, no que diz respeito à presença da mulher em cargos executivos, elas recebiam, à época, em média o equivalente a 3/4 dos salários dos homens, sendo a diferença mais perceptível nas funções menos qualificadas (Onodera, 2011, p. 35).

Apesar da capacitação profissional, em 2000 30% da mão de obra feminina em atividade no país tinha mais de 11 anos de escola, contra 20% dos homens, e as mulheres ganhavam 25% a menos do que seus os pares de sexo masculino, diferença visível ainda à época no tocante às promoções (Onodera, 2011, p. 62-65).

Em 2012, as mulheres receberam, em média, o equivalente a 79,8% dos salários dos homens, conforme pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística em 2014⁴.

Segundo estudo da Fundação Sistema Estadual de Análise de Dados (Seade) realizado em 2015, as mulheres com filhos continuam predominantes entre as desempregadas. Aquelas com filhos de até 5 anos são 34% do total; as que têm crianças com mais de 6 anos, 40,8%⁵.

Conforme estudo realizado pelo IBGE, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, no geral as mulheres continuam ocupando espaço menor no mercado de trabalho. Alguns fatores, como o grau de instrução, não são suficientes para que as diferenças salariais sejam amenizadas, e as desigualdades persistem ou acentuam-se se for considerada a graduação superior.

Segundo o International Business Report de 2012, no Brasil, apenas 3% dos cargos de *chief executive officer* (CEO) são exercidos por mulheres, abaixo da média global de 9%. O cenário é bem diferente de alguns países, como Austrália (30%), Tailândia (29%) e Itália (20%), onde as companhias têm mais de um quarto das posições de CEO sendo ocupadas por mulheres. O percentual de mulheres brasileiras que ocupam posição de sócia caiu para 6%.

Em matéria apresentada ao Jornal Le Monde Diplomatique Brasil, Philippe Pons tratou das mudanças no estilo de vida das mulheres norte-coreanas, afirmando que as norte-coreanas tornaram-se uma força viva da sociedade, pouco presentes, no entanto, na cúpula do poder, ocupando, em 2002 (estatísticas mais recentes conhecidas), apenas 4,5% no Comitê Central do Partido dos Trabalhadores e menos de um quarto dos assentos da Assembleia Popular Suprema.

Com base nos dados aqui apresentados, fica evidente a importância da integração entre as análises sobre o mercado de trabalho e a elaboração de políticas públicas. Urge, portanto, que o Estado regulamente a Constituição, implementando políticas públicas afirmativas à dignidade da mulher

⁴ Segundo o senso, os homens recebem 25,7% a mais que as mulheres. Quanto ao sexo, o aumento do número de mulheres, entre 2010 e 2011, foi superior ao de homens, 5,7% e 4,7%, respectivamente, mas os homens continuam a predominar, numericamente (57,7% contra 42,3%), e continuam a ganhar mais: em média, R\$ 1.962,97, 25,7% a mais do que a média recebida pelas mulheres (R\$ 1.561,12).

⁵ Nesse sentido, o texto ressalta que a participação também é maior no grupo das não negras (59,2%). O estudo alerta, entretanto, que a taxa de desemprego entre as mulheres negras continua sendo mais alta - de 13,8%, contra 11,2% -, reforçando a persistência da segregação por cor e gênero no mercado de trabalho brasileiro.

trabalhadora, visando à criação de novos postos de trabalho para ela, protegendo-a no acesso ao mercado de trabalho e na permanência no emprego, igualando-a, material e efetivamente, ao homem trabalhador. Assim agindo, o Estado estará reparando uma injustiça histórica e resistindo aos efeitos nocivos da flexibilização, que também estende os seus tentáculos nesse segmento, discriminando a mulher ante a sua condição de vulnerabilidade, para reduzir os salários e precarizar os direitos (Goldschmidt, 2009, p. 1).

4 POLÍTICAS PÚBLICAS

Situações experimentadas pela sociedade que causam sentimento coletivo de angústia ou perplexidade acabam sendo apontadas como problemas sociais. O posicionamento e a mobilização das pessoas que enfrentam tais problemas têm ligação direta com a natureza das políticas públicas.

A política pública é o meio legitimado para a resolução de problemas enfrentados por grupos da sociedade. É por meio dela que são mobilizados recursos e concebidas ideias no intuito de solucionar as adversidades.

Perceber essa evolução demonstra que a fruição dos direitos humanos é uma questão complexa, que demanda um aparato de garantias concretas do Estado que se alarga cada vez mais, de forma a disciplinar o processo social (Bucci, 2006, p. 4).

Quando da formulação de políticas, a administração tende a assumir um perfil de transversalidade entre a atuação popular e a administração tradicional, eis que os tradicionais paradigmas não se mostram mais suficientes (Silva, 2012, p. 61).

O processo de elaboração de uma política pública passa por etapas onde ela se transmuda do campo das ideias para a realidade fática, inicialmente, com o reconhecimento de um problema (depende de variáveis objetivas e subjetivas); posteriormente, o estabelecimento da agenda (afunilamento de assuntos a serem tomados como prioridade), seguido da formulação da política (decisão geral e decisão específica) e da implementação da política (mudanças pretendidas); e, por fim, a análise e a avaliação das políticas (Silva, 2012, p. 72-76).

A política pública pode assumir quatro formatos, quais sejam: as políticas distributivas (privilegiam grupos ou regiões), as políticas regulatórias (mais visíveis ao público), as políticas redistributivas (perdas para determinados grupos e ganhos para outros) e as últimas, que são as políticas constitutivas (lidam com procedimentos) (Souza, 2007, p. 72).

Para que ocorra esse processo de elaboração de uma política pública, alguns atores desempenham papel fundamental, quais sejam: os pesquisadores, preocupam-se em estudar origem, desenvolvimento e implementação da política pública; os profissionais da Administração Pública, vão gerir e avaliar; os políticos devem se valer de seus conhecimentos para a promoção das políticas públicas (Procopiuk, 2013, p. 139).

Os atores envolvidos no processo são um fator que contribui decisivamente para a chegada de uma questão à agenda. Existem também os participantes invisíveis, que têm influência predominante sobre a geração das alternativas e soluções: são os servidores públicos, analistas de grupos de interesse, assessores parlamentares, acadêmicos, pesquisadores e consultores. Os atores visíveis têm mais influência na definição da agenda, já os atores invisíveis têm mais influência na escolha de alternativas, atuando em especial sobre a agenda de decisão (Capella, 2007, p. 98-104).

No contexto das políticas públicas, há que se falar em uma autonomia relativa do Estado, onde este tem um espaço próprio de atuação e permeável a influências internas e externas. Essa autonomia relativa confere ao Estado determinadas capacidades que criam condições para a implementação de objetivos de políticas públicas (Souza, 2007, p. 71-72).

As políticas públicas são sempre e necessariamente empreendidas pelo Estado. Somente o Estado possui os atributos de legitimidade social, de permanência e organização jurídico-legal indispensáveis à produção consequente e duradoura das políticas públicas, cuja elaboração por organizações privadas seria inviável ou incompleta (Bucci, 2006, p. 87-88).

As políticas públicas são a forma de intervir na realidade social, resultado de um compromisso público entre o Estado e a sociedade, com o objetivo de promover a igualdade. Sem políticas concretas para a efetivação e garantia dos direitos, eles são intenções e acabam não efetivando.

5 POLÍTICAS PÚBLICAS DE PROTEÇÃO A MULHER

Gênero não é objeto comum das políticas públicas, a incorporação desse tema aos programas governamentais e às políticas públicas é de suma importância no processo de solidificação das conquistas femininas e na consequente eficácia da garantia do princípio da isonomia previsto constitucionalmente.

É importante que os cidadãos tenham oportunidade de manifestar as suas vontades diante de situações de dissenso quanto a decisões políticas, a fim de

obter-se solução alternativa melhor aceita pelos polos em conflito (Silva, 2012, p. 76).

A mobilização feminina em busca de políticas públicas que atendessem as suas necessidades ocorreu, inicialmente, sob um prisma mais coletivo, e não propriamente vinculado ao gênero, e a busca era por saneamento básico, postos de saúde, entre outros.

Surgem, então, movimentos feministas que tem como foco as mulheres e os assuntos de seus interesses, e acabam trazendo para a agenda pública a discriminação de gênero.

O período de 1975 a 1985 foi declarado “A Década da Mulher” pelas Nações Unidas, por ter sido um tempo de grandes conquistas para o chamado sexo frágil. Na década de 80 surgiram as primeiras políticas públicas com foco na proteção e promoção feminina, sintonizadas com a campanha da ONU (Organização das Nações Unidas).

Em 1983, em São Paulo, foram criados o Conselho Estadual da Condição Feminina e, em 1985, e a Delegacia de Polícia de Defesa da Mulher e o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, sendo instituído, ainda, o Programa de Assistência Integral à Saúde da Mulher. Em 1987, a Câmara dos Deputados aprovou projeto de lei de implantação do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, órgão que surgiu no Rio de Janeiro, objetivando assessorar, formular e estimular políticas públicas para a valorização feminina. Em 1988, o chamado *lobby* do batom, constituído por 26 deputados federais, abriu caminho para plantar e colher avanços na Constituição Federal: igualdade entre homens e mulheres perante a lei (Onodera, 2011, p. 16).

Constituindo-se, então, a agenda atual relacionada à questão de gênero, com diretrizes no campo das políticas públicas, tratou-se da geração de emprego e renda com apoio a projetos produtivos voltados à capacitação e organização das mulheres, à criação de empregos permanentes para o segmento feminino da população, inclusão de atividades voltadas à população feminina em programas de geração de emprego e renda, garantia de acesso a crédito para a criação ou continuidade de pequenos negócios e associações e incorporação por esses programas da perspectiva de superação da divisão sexual do trabalho.

Objeto da agenda ainda é o trabalho, com a garantia de direitos trabalhistas e o combate à discriminação nos diversos níveis da Administração Pública e à fiscalização do setor privado. Reconhecimento do valor do trabalho não

remunerado e minimização de sua carga sobre a mulher, por meio da criação de equipamentos sociais e programas de capacitação profissional.

Em face de todo esse contexto e histórico discriminatório ao trabalho das mulheres, tem-se o papel dos protagonistas nessa luta de inserção igualitária a mulher na sociedade nas mais variadas esferas.

Inobstante o fundamental papel de todos os indivíduos da sociedade, em especial da própria mulher na busca pela igualdade de gênero, existe a figura do Estado como um dos principais protagonistas na busca pela concretização do espaço feminino na sociedade, em especial no mercado de trabalho.

É por meio das políticas públicas que a sociedade se organiza, regula e governa, e com as políticas públicas são enfrentados problemas que afetam a sociedade coletivamente ou em um segmento social. O conteúdo expressa a manifestação do governo sobre o que pretendem realizar com base em leis, regulação, decisões, comandos executivos e judiciais, e a sua função específica é prover orientações normativas, guiadas por valores e finalidade, para a elaboração de estratégias, programas e planos que procuram adequar meios para atingir determinados fins (Procopiuk, 2013, p. 139).

Nos últimos anos ocorreram diversos avanços no campo das políticas públicas destinadas às mulheres, a exemplo da implantação de delegacias especializadas no atendimento a mulheres vítimas de violência e de casas de abrigo para o atendimento a elas e os seus filhos.

Em 2003, o Governo criou a Secretaria de Políticas para as Mulheres visando à construção de um país mais igualitário, por meio da valorização da mulher e de sua inclusão no processo de desenvolvimento social, econômico, político e cultural do País⁶.

A atuação da Secretaria de Políticas Públicas para as Mulheres se dá em três vertentes, quais sejam: políticas do trabalho e da autonomia econômica das mulheres; enfrentamento à violência contra as mulheres; programas e ações na área da saúde, educação, cultura, participação política, igualdade de gênero e diversidade.

⁶ A Secretaria de Políticas para as Mulheres da Presidência da República (SPM-PR) tem como principal objetivo promover a igualdade entre homens e mulheres e combater todas as formas de preconceito e discriminação herdadas de uma sociedade patriarcal e excludente. Desde a sua criação, em 2003, pela luta para a construção de um Brasil mais justo, igualitário e democrático, por meio da valorização da mulher e de sua inclusão no processo de desenvolvimento social, econômico, político e cultural do País.

Entre as linhas de atuação da Secretaria especializada, especial destaque é conferido às políticas de trabalho da mulher, que tem como principais programas e ações: a agenda do trabalho decente; o acompanhamento às políticas e à legislação sobre os direitos do trabalho das mulheres e as políticas; as ações que favoreçam a profissionalização das mulheres no esporte.

Como já foi dito, é no trabalho que as desigualdades de gênero tornam-se mais evidentes. As mulheres negras são as que sofrem a maior carga de discriminação, vivenciando as piores condições de trabalho, recebendo os menores rendimentos e ocupando cargos de menor prestígio na hierarquia profissional.

Nesse sentido, o Plano Nacional de Políticas para as Mulheres, desenvolve políticas que atuem na reversão do quadro de desigualdade racial e de gênero no mercado de trabalho, pautando-se em marcos nacionais e internacionais, como as Convenções n^{os} 100 e 101 da OIT, as recomendações das ações diretivas das convenções de Belém do Pará e CEDAW, e pelo diálogo com a sociedade civil⁷.

Foram, ainda, desenvolvidos programas que fomentam o empreendedorismo da mulher, programa pró-equidade de gênero, em parceria com o Ministério de Trabalho e Emprego, também foi lançado o Plano de Trabalho Doméstico Cidadão, projeto de apoio aos grupos produtivos de mulheres rurais, entre outros.

Acerca das políticas públicas, Camargo e Doliveira (2014, p. 251-253) afirmam a respeito da necessidade de implementação de políticas públicas que viabilizem e garantam os direitos assegurados, sendo esse instrumento essencial para que tal fim seja alcançado. É necessária a rearticulação de ações políticas e sociais sob o olhar do gênero, principalmente porque existe sim a diferença entre o feminino e o masculino, inferindo, significativamente, no modo de viver em sociedade e nas diretrizes de toda política pública elaborada e implementada.

Cabe, então, destacar as sugestões de políticas de promoção das mulheres na ciência, no sentido de modernizar os sistemas de carreira, encorajando a mobilidade, a flexibilidade e um melhor equilíbrio entre os afazeres pessoais e profissionais.

⁷ Em 2013, a Secretaria de Políticas para as Mulheres (SPM) completa uma década de existência, com contribuições efetivas para a consolidação das políticas públicas de gênero. O processo de construção do PNPMM contou com a participação da sociedade civil, movimento de mulheres rurais e urbanas, feministas e organismos estaduais e municipais de políticas para as mulheres, por meio das Conferências de Mulheres municipais, estaduais e nacional.

Também as recomendações de políticas objetivas que se relacionem ao aumento do número de mulheres na pesquisa, a redução das desigualdades de gênero em disciplinas científicas, a melhoria da posição feminina na hierarquia, o abrandamento das diferenças de remuneração entre gêneros e o aumento das oportunidades de obtenção de promoções, financiamento de projetos, participação no corpo diretivo das instituições, entre outros. É mediante algumas destas políticas públicas que se pode promover a socialização do conhecimento científico-tecnológico entre os gêneros.

O Conselho Superior do Ministério Público do Trabalho aprovou a Resolução nº 87, de 27.08.2009, acrescentando o art. 17, parágrafo único, da Resolução nº 69, de 12.12.2007, à previsão de instauração de procedimentos administrativos para o acompanhamento de ações estratégicas voltadas para o fomento de políticas públicas. No âmbito do Ministério Público do Trabalho, esses procedimentos receberam o nome de procedimentos promocionais (Brito, 2013, p. 933).

O relacionamento interpessoal carece de instrumentos que equalizem a efetiva igualdade entre as pessoas; porém, há um longo caminho a ser percorrido, principalmente porque a maioria das mulheres não ocupa muitos dos espaços sociopolíticos em igualdade. Dessa forma, é indispensável que a busca continue para que se efetive a valorização ao trabalho feminino, com a consequente igualdade material.

Diversos fatores são obstáculos ao ingresso da mulher no mercado de trabalho, e a impossibilidade de estudar na época regular as coloca em situação de desequilíbrio com os homens e até mesmo com outras mulheres, denotando-se que os fatores econômicos, como a pobreza, são também motivadores da exclusão feminina.

Há que se considerar, ainda, que por vezes as mulheres não encontram creches para que os seus filhos permaneçam durante o seu período de labor, sendo isso a causa determinante para o afastamento da mulher das vagas de emprego. O não reconhecimento do trabalho executado por elas em âmbito doméstico é outro fator discriminatório.

Para as que tiveram acesso à educação e contam com formação elevada, as dificuldades estão relacionadas ainda com a falta de reconhecimento em relação ao homem. Vagas de emprego são ofertadas preferencialmente aos homens, cargos de chefia são disponibilizados a eles, salários são desiguais quando comparando o exercício da mesma atividade.

Para que as escolhas públicas sejam aptas a alcançar os resultados pretendidos por toda sociedade, é necessária a alocação de vontades, mediante a participação de seus legítimos interessados.

A implantação de políticas públicas de gênero com objetivo central no trabalho da mulher é de suma importância, e políticas públicas que atendam à necessidade da mulher pobre, fornecendo a ela condições de que possa se ausentar de casa para trabalhar, com a criação de creches e espaços para as crianças, cujas mães estejam em horário de trabalho, dando o incentivo à qualificação feminina, com a finalidade de propiciar à mulher preparo para ingressar no mercado ainda que tardiamente.

As gestantes também sofrem discriminação em decorrência do seu estado gravídico, e é claro que o fornecimento de saúde é de suma relevância à mulher nesse período; entretanto, é preciso fornecer a elas condições de retornarem ao mercado após o cumprimento da licença, trazendo eficácia às normas trabalhistas.

Não há mais espaço ou tempo para a discriminação. As mulheres lutaram e conquistaram o seu espaço na sociedade, demonstram as suas habilidades e capacidades diariamente no exercício de suas atividades. Os argumentos históricos ou meramente biológicos servem para justificar a desproporcionalidade da presença feminina no mercado de trabalho em comparação com o homem.

CONCLUSÃO

As políticas públicas eficazes consideram, quando da sua elaboração, indicadores sociais de pobreza, desigualdade, emprego e educação, para que sejam capazes de diminuir ou afastar completamente as desigualdades existentes. A ação do Estado, que é ainda preponderantemente repreensiva, é ainda ineficaz para erradicar situações de discriminação da mulher que estão disseminadas na sociedade.

A mudança tem que advir inicialmente dos homens e das mulheres, que devem libertar-se de preconceitos originários de décadas passadas e que em nada se enquadra no cenário atual da sociedade. É preciso, ainda, o apoio das autoridades na implementação de políticas públicas eficazes, que se sobreponham às barreiras da pobreza, fortaleçam o acesso ao conhecimento, pois é por meio dele que surgem as bases para o desenvolvimento igualitário dos membros da sociedade.

Estigmas como o da ausência de capacidade da mulher, a fragilidade física, a existência de atividades que só são bem desenvolvidas por homens,

a obrigação exclusiva da mulher em educar os filhos e cuidar das atividades domésticas são socialmente tolerados, e é por essa razão que devem ser combatidas rapidamente, sob pena de retrocesso às conquistas femininas se não houver fomento ao pleno desenvolvimento da mulher em situação de igualdade com o homem.

É no mercado de trabalho que ficam ainda mais evidentes as situações de desrespeito constitucional à isonomia. Visando exclusivamente ao lucro, os empregadores se aproveitam da falta de espaço para a mulher no mercado e ofertam salários desiguais se comparados aos dos homens, enraizados em costumes de décadas passadas, que oferecem vagas de trabalho de forma discriminatória.

A igualdade de condições com os homens, inclusive no que diz respeito aos riscos e às proteções, afasta a possibilidade de discriminação. Uma sociedade mais igualitária é produto dos atos de homens e mulheres conjuntamente. A diferença de identidade entre os sexos deve ser preservada, sem que isso represente a prática de atos discriminatórios. Ainda que o avanço quanto ao término da discriminação de gênero seja grande, cabe à sociedade e ao poder público criar mecanismos que permitam que as mulheres estejam em patamar de igualdade.

As mulheres passaram anos reivindicando por seu espaço, por igualdade, não apenas pela igualdade entre os sexos, mas pela igualdade de oportunidades. Uma sociedade democrática não existe sem a igualdade entre os seus integrantes. Avanços ocorreram sim, mas insuficientes para se atingir o almejado equilíbrio.

Ainda é preciso a efetiva aplicação das normas jurídicas com o correto exercício do Estado nesse sentido, a valorização das mulheres, o respeito à dignidade humana com atenção ao mínimo para a sua manutenção, a cooperação mútua entre as pessoas com participação social e a consciência da importância e necessidade da igualdade para que os instrumentos existentes e novos sejam eficazes à eliminação da discriminação da mulher nos contratos individuais de trabalho.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Nacional dos Direitos da mulher. *Mulher e o trabalho* – Legislação trabalhista: limitações e conquistas. Rio de Janeiro: [s.e.], [s.a.].

_____. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em: <www.ibge.gov.br>. Acesso em: 4 jul. 2016.

_____. Secretaria de Políticas para as Mulheres. Disponível em: <www.seade.gov.br>. Acesso em: 20 jan. 2015.

BRITO, José Claudio Filho. Ação afirmativa: alternativa eficaz para a busca da diversidade no trabalho pelo Ministério do Trabalho. In: MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique. *Estudos aprofundados Ministério Público do Trabalho*. Bahia: JusPodivm, 2013.

BUCCL, Maria Paula Dallari. *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAMARGO, Maria Aparecida Santana; D'OLIVEIRA, Mariane Camargo. Mentis têm sexo? Resignificando o espaço feminino de produção do conhecimento científico-tecnológico. In: BOFF, Salette Oro; STALHOFER, Iásin Schaffer; FIOREZE, Renato (Org.). *Novas tecnologias, direitos intelectuais e políticas públicas*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2013.

CAPELLA, Ana Cláudia. Perspectivas teóricas sobre o processo de formulação de políticas públicas. In: HOCHMAN, Gilberto. *Políticas públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007.

COUTINHO, Simone Andréa Barcelos. *Direitos da filha e direitos fundamentais da mulher*. Curitiba: Juruá, 2008.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo. *Flexibilização dos direitos trabalhistas: ações afirmativas da dignidade da pessoa humana como forma de resistência*. São Paulo: LTr, 2009.

GUERRA, Sidney. *Direitos humanos: curso elementar*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAES, Alexandre. de. *Direitos humanos fundamentais*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2007.

ONODERA, Lucy. *Almanaque da mulher: o universo feminino nos anos 80, 90, e 2000*. São Paulo: Saraiva, 2011.

PONS, Philippe. *Mulheres e a mudança norte-coreana*. Le Monde Diplomatique. Brasil, p. 34, mar. 2015.

PROCOPIUCK, Mario. *Políticas públicas e fundamentos da administração pública: análise e avaliação, governança e redes de políticas, administração judiciária*. São Paulo: Atlas, 2013.

ROCHA, Silva Regin. *O trabalho da mulher à luz da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

SALVATI, Ideli. *Direitos da mulher*. Brasília: Senado Federal, 2004.

SILVA, Rogério Luiz Nery da. Políticas públicas e administração democrática. Sequência (Florianópolis), Florianópolis, n. 64, p. 57-85, July 2012.

SOUZA, Celina. Estado da arte da pesquisa em políticas públicas. In: HOCHMAN, Gilberto. *Políticas públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007.

Submissão em: 23.07.2015

Avaliado em: 12.08.2015 (Avaliador A)

Avaliado em: 29.07.2015 (Avaliador B)

Avaliado em: 14.06.2016(Avaliador D)

Aceito em: 12.07.2016

A MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES COMO GARANTIA FUNDAMENTAL NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

THE MOTIVATION OF DECISIONS AS FUNDAMENTAL GUARANTEE IN THE BRAZILIAN CRIMINAL PROCEEDINGS

Caroline Araujo¹

Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS

Yuri Felix²

Doutorando e Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS

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

RESUMO: O presente estudo objetiva uma breve análise do dever de motivação das decisões judiciais no processo penal, calcando-se tal dever em verdadeira garantia expressa na Constituição Federal (art. 93, IX). Parte-se da premissa de que a garantia inserida no art. 93, inciso IX, da CF/1988 reflete elemento essencial para a concretização do Estado

Democrático de Direito, por meio da observância de garantias previstas na Constituição. No entanto, ater-se-á, para a realização do presente estudo, questões relativas ao princípio da motivação das decisões judiciais, e demais princípios, como dignidade da pessoa humana, devido processo legal, contraditório e ampla defesa, presunção de inocência e duplo grau de jurisdição, que conferem àquele *status* de garantia fundamental.

¹ Especialista em Direito Público pela Escola da Magistratura Federal – Esmafe. Graduada em Direito pela Unifra. Advogada. *E-mail:* carolgabb@gmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/9725947122112974>.

² Foi Presidente da Comissão de Direito Penal e Direito Processual Penal da 40ª Subseção da OAB/SP. Ouvidor do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM. Professor e palestrante com artigos publicados em revistas especializadas. Advogado criminal. *E-mail:* advyuri@gmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/0866064520436785>.

PALAVRAS-CHAVE: Estado Democrático de Direito; processo penal; motivação das decisões judiciais; princípios constitucionais.

ABSTRACT: *This study aims at a brief analysis of the duty of motivation of judicial decisions in criminal proceedings, whether such duty treading on real guarantee expressed in the Constitution (art. 93, IX). Part on the assumption that the collateral inserted in article 93, item IX, CF/1988 reflects the essential element in the realization of the democratic rule of law, through the observance of guarantees provided in the Constitution. However, will confine itself-for the completion of this study, questions concerning the principle motivation of judicial decisions, and other principles such as human dignity, due process, contradictory and full defense, presumption of innocence and dual degree jurisdiction, which confer status to that fundamental guarantee.*

KEYWORDS: *rule of law; criminal procedure; motivation judgements; constitutional principles.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Estado Democrático de Direito e motivação como garantia fundamental; 2 A garantia fundamental da motivação como consequência da aplicação de outros princípios constitucionais; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Democratic State and motivation as a fundamental guarantee; 2 The fundamental guarantee of motivation as a result of the application of constitutional principles; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

Considerando-se a fundamental importância da motivação das decisões judiciais para o processo penal brasileiro no sistema acusatório, o presente artigo tem como objetivo traçar algumas considerações acerca do tema, cotejando conceitos e também expondo alguns princípios que fundamentam a motivação como um direito fundamental.

Mesmo que de forma breve, tendo em vista as limitações de espaço inerentes ao formato do presente trabalho, procederemos, primeiramente, à introdução de algumas questões referentes ao Estado Democrático de Direito, bem como ao conceito e aos aspectos legais da motivação das decisões judiciais, tendo em vista que a compreensão desse ponto é indispensável para compreensão do trabalho.

Posteriormente, faremos algumas considerações acerca dos princípios constitucionais, como dignidade da pessoa humana, devido processo legal,

ampla defesa, contraditório, presunção de inocência e duplo grau da jurisdição, destacando a importância destes como fundamento para a motivação das decisões judiciais como garantia fundamental.

1 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E MOTIVAÇÃO COMO GARANTIA FUNDAMENTAL

O Estado Democrático de Direito, proclamado no *caput* do art. 1º da Constituição Federal de 1988, adotou, igualmente em seu parágrafo único, o denominado princípio democrático, ao afirmar que “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”³. Referida expressão “Democrático de Direito” conjuga dois conceitos distintos, que, juntos, impingem a compreensão do Estado brasileiro. Democracia, cujo significado original do termo encontra origem na Grécia antiga: *demos* = povo, e *kraiten* = governo, quer dizer “governo do povo”, ou seja, vive um governo do povo, porém não exclusivamente para o povo, e que, segundo Kelsen, “via na participação no governo, ou seja, na criação e aplicação das normas gerais e individuais da ordem social que constitui a comunidade”⁴. E o termo “de Direito”, que refere-se a que tipo de direito exercerá o papel de limitar o exercício do poder estatal. No Estado Democrático de Direito, apenas o direito positivo poderá limitar a ação estatal, e somente ele poderá ser invocado nos Tribunais para garantir o cumprimento da lei. Todas as outras fontes de Direito, como o Direito canônico ou o Direito natural, ficam excluídas, a não ser que o direito positivo lhes atribua esta eficácia, e apenas nos limites estabelecidos pelo último⁵.

Nosso ordenamento jurídico, hierarquizado, tem como fonte originária de direito a Constituição. A Constituição é um ambiente vasto em proliferação de direitos; no entanto, para a sua concretização, se não espontaneamente realizados pelo Estado, merecerá amparo do Judiciário, tendo em vista ser o poder responsável pela garantia do referido texto constitucional e ambiente de salvaguarda dos cidadãos contra o Estado. Nesta esteira, as garantias processuais previstas na Constituição também funcionam como direitos fundamentais do povo, uma vez que, seja no que tange à intervenção ou até mesmo ao restabelecimento dos direitos materiais violados, ou ameaçados, deve o jurisdicionado ter a ciência

³ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 125.

⁴ Kelsen apud PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 30.

⁵ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 193.

do desenrolar do procedimento, bem como saber quais os seus poderes, seus deveres e suas faculdades. Em uma democracia deliberativa, na qual aos cidadãos é propiciada a participação no processo elaboração das leis, também devem ser conferidas aos jurisdicionados as mais amplas possibilidades de participar e influenciar a decisão do Judiciário, tudo com ordens ao alcance da tutela justa e efetiva⁶. Nesse contexto, insere-se o princípio da motivação, o qual governa a todos indistintamente. Na zona política, predominantemente, ao juiz, a fim de que possa ser verificada a imparcialidade e a justiça de suas decisões. E em todos os campos, social, político e processual, dirigindo-se não apenas às partes, para que possam intentar recursos ou conformarem-se, mas aos terceiros em geral, com o intento de que os eles verifiquem a legalidade, a justiça, a coerência e a clareza das decisões, possibilitando a alegação de nulidade da decisão àquele que entendê-la não condizente com o Estado Democrático de Direito⁷.

A motivação das decisões judiciais, prevista na Constituição Federal, em seu art. 93, IX, consiste em argumentar com a indicação de critérios de inferência, ou seja, das regras que autorizam passar do fato constatado (elementos de prova) à afirmação sobre a real ocorrência, ainda que em termos de probabilidade desta ou, acima de uma dúvida razoável, da hipótese fática debatida no processo. A natureza de tais regras são diversificadas, abrangendo: disposições legais, regras técnicas e científicas, noções consagradas pela experiência comum ou mesmo regras estabelecidas criativamente no próprio procedimento de abdução antes referido⁸.

Ada Pellegrini Grinover e colaboradores, ao abordar o tema, referem que a motivação é o instrumento pelo qual as partes e o meio social tomam conhecimento da atividade jurisdicional. As partes, para, se for o caso, impugnarem os fundamentos da sentença, buscando a sua reforma; e a sociedade, a fim de que possa formar opinião positiva ou negativa sobre a qualidade do serviço prestado pela justiça⁹. De tal modo, percebe-se tal princípio sob dois planos de análise: de maneira endoprocessual, vez que se cuida de garantia constitucional e processual constituída para que as partes possam conhecer as razões da decisão judicial, permitindo, ainda, que o órgão jurisdicional de

⁶ SILVA, Ana de Lourdes Coutinho. *Motivação das decisões judiciais*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 63.

⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 112.

⁸ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 163.

⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades do processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 143.

segundo grau tenha a possibilidade de controlar a atividade da instância inferior; e, de maneira extraprocessual, porquanto a motivação permite o controle social sobre a atividade jurisdicional, tornando possível, com efeito, a legitimação da função judicial por meio de uma atividade democrática¹⁰. Nesse sentido, Luigi Ferrajoli:

É por força da motivação que as decisões judiciais resultam apoiadas, e portanto, legitimadas, por asserções, enquanto tais verificáveis e falsificáveis ainda que de forma apropriada; que a validade das sentenças resulta condicionada à “verdade”, ainda que relativa, de seus argumentos; que, por fim, o poder jurisdicional não é “poder desumano” puramente protestativo da justiça de cadí, mas fundado no “saber”, ainda que só opinativo e provável, mas exatamente por isso refutável e controlável tanto pelo imputado e sua defesa como pela sociedade. Enquanto assegura o controle da legalidade e do nexos entre o convencimento e provas, a motivação carrega também o valor “endoprocessual” de garantia de defesa e o valor “extraprocessual” de garantia de publicidade. E pode ser, portanto, considerado o principal parâmetro tanto na legitimação interna ou jurídica quanto da externa ou democrática da função judiciária.¹¹

Assim, a motivação torna-se verdadeiro termômetro para se detectar possíveis injustiças no Estado Democrático de Direito, não permitindo decisões arbitrárias que firam direitos fundamentais dos indivíduos e possibilitando a eles a participação na vida pública, pois, além de exigir a declaração dos fundamentos em que a decisão se baseia, expondo-se as razões pelas quais se chegou àquela determinada decisão, exige a existência do fundamento em si para que a motivação seja justa e legal.

Com o objetivo de assegurar o devido processo legal, e a própria jurisdição em um Estado Democrático de Direito, a motivação passa a ter contornos de

¹⁰ SCHEID, Carlos Eduardo. *A motivação das decisões penais a partir da teoria garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 93.

¹¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 497.

direito fundamental, ainda que não encontre previsão no art. 5º da Constituição Federal. Acrescentam nesse sentido Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira:

A garantia da motivação das decisões judiciais possui natureza de direito fundamental do jurisdicionado. [...] Ainda, porém que não houvesse expressa disposição constitucional nesse sentido, o princípio da motivação não deixaria de ser um direito fundamental do jurisdicionado, eis que consectário da garantia do devido processo legal e manifestação do Estado de Direito.¹²

Completa, com propriedade, Ingo Sarlet, que, por força do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, além do conceito formal de Constituição e de direitos fundamentais, existe um direito material, no sentido que existem direitos que, por seu conteúdo, por sua substância, pertencem ao corpo fundamental da Constituição de um Estado, mesmo que não expresso no catálogo dos direitos fundamentais. Acrescenta ainda referido doutrinador que a regra citada implica na impossibilidade de se aplicar o tradicional princípio hermenêutico do *inclusiu unius alterius est exclusivus*, o que, em outras palavras, significa que na Constituição também está incluído o que não foi expressamente previsto, mas que implícita e indiretamente pode ser deduzido. Assim, não se resumem os direitos fundamentais naqueles previstos no art. 5º da Constituição, mas também aqueles direitos que, apesar de se encontrarem fora desse catálogo, por seu conteúdo e por sua importância, podem ser considerados direitos fundamentais¹³, como é o caso da motivação das decisões.

A garantia da motivação das decisões judiciais, bem como as garantias da ampla defesa, do contraditório e da publicidade dos atos processuais, representa garantia procedimental que tem como objetivo assegurar substancialmente a efetivação dos princípios norteadores do sistema garantista da justiça penal, no que diz respeito à formação do juízo, ou seja, coleta de prova, desenvolvimento

¹² DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. Salvador: JusPodivm, 2007. p. 227-228.

¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 127.

da defesa e convencimento do órgão julgante¹⁴. Dessa maneira, é possível presumir a motivação das decisões judiciais com o *status* de garantia e direito fundamental, com legitimação formal e material, de aplicação imediata, tanto no sentido da limitação do poder como de obter a prestação efetiva da tutela jurisdicional no Estado Democrático de Direito, sob pena de nulidade em caso de seu descumprimento. Trata-se de atribuir à motivação das decisões judiciais a qualidade de garantia de segundo grau ou garantia das garantias, na medida em que representa um instrumento de controle sobre a efetividade das demais garantias processuais do acusado¹⁵.

2 A GARANTIA FUNDAMENTAL DA MOTIVAÇÃO COMO CONSEQUÊNCIA DA APLICAÇÃO DE OUTROS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

A motivação das decisões judiciais no processo penal interage com outros princípios e garantias constitucionais, tais como o princípio da dignidade da pessoa humana, a garantia do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, da presunção de inocência e do duplo grau de jurisdição. Tais garantias são de grande importância, pois conferem suporte à motivação das decisões judiciais em seu *status* de direito fundamental, e por isso devem ser analisadas individualmente.

2.1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A Constituição Federal de 1988 erige a dignidade da pessoa humana como um dos seus fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, da CF). Com efeito, o ser humano é dotado de dignidade por ser pessoa, portanto, a dignidade não é um direito, mas a essência do ser humano, a qual exige compreensão e consideração. Sendo essência, não é algo acidental nem cambiante, conforme o tempo e o espaço, mas perene e inerente às pessoas, e não só a determinada pessoa, na medida em que sua trajetória terrena é limitada¹⁶.

Segundo Ingo Sarlet, a dignidade vem a ser

¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 434.

¹⁵ Idem, *ibidem*.

¹⁶ GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do processo penal: considerações críticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 10.

a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.¹⁷

Ao reconhecer a dignidade como princípio fundamental, a Constituição encerra normas que outorgam direitos subjetivos de cunho negativo, de não violação da dignidade, ao mesmo tempo em que impõe condutas positivas, no sentido de proteger e promover a dignidade da pessoa. Desse modo, quando se fala em direito à dignidade, está-se referindo ao direito a reconhecimento, respeito, proteção e até mesmo promoção e desenvolvimento dessa dignidade, podendo, inclusive, sustentar-se o direito à existência digna. Em vista disto, é possível entendê-la como um valor revelador da ordem jurídica do Estado e uma qualidade intrínseca da pessoa humana, de modo que não pode a sua observância ficar condicionada à previsão legal, ou seja, à concessão pelo ordenamento jurídico. Ainda que preexistam o direito, o reconhecimento e a proteção da dignidade pelo Estado legitimam essa garantia¹⁸.

A fundamentação do Estado Democrático de Direito, sob o pilar da dignidade da pessoa humana, produz importantes efeitos jurídicos, especialmente no direito penal e processo penal. Em um primeiro momento, é possível afirmar que se veda a instrumentalização do ser humano, ou seja, de seu tratamento como objeto, como coisa, inclusive no âmbito da justiça criminal e na busca de provas. Desse modo, o ser humano há de ser reconhecido, acima de tudo, como sujeito de direitos e não mero sujeito de deveres, obrigações e encargos¹⁹.

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 60.

¹⁸ *Idem*, p. 70.

¹⁹ GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do processo penal: considerações críticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 11.

As esferas de dignidade são irrenunciáveis e a limitação a direitos fundamentais, mormente os individuais, não podem fragilizar a dignidade da pessoa a ser verificada no caso concreto. Trata-se de uma base antropológica, princípio fundante da ordem jurídica, fundamento de todos os direitos e garantias fundamentais²⁰. Essa base humana alinha o suporte do ordenamento jurídico, como limite invencível da interferência do poder, em seu sentido negativo, não violação da dignidade, direito defesa, não aceitação da violação, e em seu sentido positivo e prestacional de respeito e efetivação. Portanto, inafastável o seu caráter limitador da intervenção estatal e como núcleo essencial dos direitos fundamentais, quando revestidos por tal entidade substancial, não comportando a dignidade da pessoa humana qualquer espécie de restrição.

A dignidade da pessoa humana como valor fonte do sistema constitucional é dotada de proeminência axiológica sobre os demais princípios, o que significa dizer que é um parâmetro objetivo de harmonização dos diversos dispositivos constitucionais. Neste sentido, a dignidade da pessoa humana serve de critério norteador para a aplicação, interpretação e integração de todos os dispositivos constitucionais. Como esclarece Edilson Farias, “o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana cumpre um relevante papel na arquitetura constitucional: o de fonte jurídico-positiva de direitos fundamentais. Esse princípio é o valor que da unidade e coerência ao conjunto de direitos fundamentais”²¹.

Desta forma, se os direitos e as garantias fundamentais adotados pelo ordenamento jurídico como núcleo primário da atuação estatal estão intimamente ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana, considerado esse o princípio constitucional de maior hierarquia no ordenamento jurídico²², por óbvio, a garantia à motivação no processo penal encontra na dignidade da pessoa humana um de seus sustentáculos como garantia fundamental.

2.2 DEVIDO PROCESSO LEGAL

O devido processo legal previsto no art. 5º, LIV, da Constituição Federal é importante princípio constitucional do direito processual, e, conforme Antonio

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 108.

²¹ FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000. p. 66-67.

²² SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 88.

Carlos de Araújo Cintra e colaboradores, tal princípio pode ser entendido como o processo devidamente estruturado mediante o qual se faz presente a legitimidade da jurisdição, entendida jurisdição como poder, função e atividade²³. Conforme Alexandre de Moraes, “o devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa”²⁴.

Neste sentido, José Rogério Cruz e Tucci, em uma análise voltada para o direito processual penal, assevera que o devido processo legal se desdobra nas garantias:

- a) de acesso à justiça; b) do juiz natural ou preconstituído;
- c) de tratamento paritário dos sujeitos parciais do processo;
- d) da plenitude de defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes;
- e) da publicidade dos atos processuais e da motivação das decisões jurisdicionais;
- f) da tutela jurisdicional dentro de um lapso de tempo razoável.²⁵

Preceitua José de Albuquerque Rocha que o devido processo legal, sob a ótica estritamente processual, “nada mais é do que a possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se do modo mais amplo possível”²⁶.

Como se percebe, o referido princípio do devido processo legal engloba a garantia de acesso à justiça. Previsto no art. 5º, XXXV, da CF, tal princípio dispõe que “a lei não excluirá do poder judiciário lesão ou ameaça a direito”, e cumpre esclarecer que ele tem a perspectiva de inserir o Poder Judiciário como o local onde os cidadãos possam fazer valer os seus direitos, principalmente na esfera do processo penal, os seus direitos de defesa, ou, melhor, de plena defesa. A garantia do acesso à justiça deve incluir tanto a acessibilidade econômica, representada na assistência jurídica gratuita aos necessitados, como a acessibilidade técnica

²³ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 131.

²⁴ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 121.

²⁵ TUCCI, Rogério Laura e; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Constituição de 1988 e processo*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 33.

²⁶ ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria geral do processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 60.

relativa à efetividade da defesa deduzida pelo profissional habilitado²⁷. Para Cândido Rangel Dinamarco, mais do que um princípio, o acesso à justiça é a síntese de todos os princípios e garantias do processo, seja a nível constitucional ou infraconstitucional, seja em sede legislativa ou doutrinária e jurisprudencial. Chega-se à ideia do acesso à justiça, que é o polo metodológico mais importante do sistema processual na atualidade, mediante o exame de todos e de qualquer um dos grandes princípios²⁸. A sua relação com a garantia à motivação é notória, uma vez que necessária a sua eficácia material em se tratando de sentença condenatório no âmbito penal, o amplo acesso à instância superior por meio dos recursos cabíveis.

Assim, o devido processo legal é o caminho que deve ser percorrido até que se possa privar alguém de sua liberdade ou de seus bens, mediante a garantia da motivação. Mais do que a vítima ou do que o próprio Estado, o acusado tem direito ao processo, direito ao devido processo legal, e a garantia da motivação, pois é somente por meio de um processo justo, respeitados os princípios que o norteiam, que se poderá dizer o direito ao caso concreto, pois qualquer outro tipo de julgamento estará fadado a cometer injustiças, posto que não respeitou os direitos básicos do cidadão²⁹. Ter direito ao devido processo legal é, no processo penal, dar condições de uma acusação regular, baseada em elementos colhidos de forma imparcial e verdadeira, e ainda dar condições ao acusado de exercer plenamente o seu direito de ampla defesa, com pleno acesso a todas as provas que sejam necessárias para provar a sua inocência.

2.3 CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA

Os princípios do contraditório e da ampla defesa, constitucionalmente assegurados, consoante a norma do art. 5º, LV, da Constituição Federal, merecem destaque para fins da motivação como um direito fundamental.

O contraditório, escreve Antonio Scarance Fernandes, pode ser definido como a ciência bilateral dos atos e termos processuais e a possibilidade de contrariá-los. O conceito lógico do contraditório pressupõe duas figuras: do dizer e do contradizer. Assim, em razão da garantia do contraditório no processo

²⁷ TUCCI, Rogério Laura e; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 96.

²⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 304.

²⁹ *Idem*, p. 322.

penal, não se admite que uma parte fique sem a ciência dos atos da parte contrária e sem oportunidade de contrariá-los³⁰. Os dois polos do contraditório seriam a informação e reação. A efetividade do contraditório no Estado Democrático de Direito está amparada no direito de informação e participação dos indivíduos na Administração da Justiça, pois, como afirma Aury Lopes Jr., “para participar é imprescindível que se tenha a informação”³¹.

Em uma visão moderna, o contraditório engloba o direito das partes de debater frente ao juiz, não sendo suficiente que as partes tenham a faculdade de ampla participação no processo, é necessário também que o juiz participe, respondendo adequadamente as petições e os requerimento das partes, fundamentando as suas decisões, evitando atuações de ofício e surpresas. Ao sentenciar, é essencial que se observe a correlação existente entre acusação-defesa-sentença³². Nesse sentido, o princípio do contraditório e da ampla defesa encontram-se associados. Como explica Ada Pellegrini Grinover e colaboradores, a defesa e o contraditório estão indissolúvelmente ligados, porquanto é do contraditório que brota o exercício da defesa, mas é esta que garante o contraditório. A defesa, assim, garante o contraditório, mas também por este se manifesta e é garantida³³.

A ampla defesa pode ser entendida como o asseguramento que é feito ao réu de condições que lhe possibilitem trazer ao processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade. É por isso que tal princípio assume múltiplas direções: ora traduzido na inquirição de testemunhas, ora da designação do defensor dativo, não importando, assim, as diversas modalidades em um primeiro momento. É por isso que a defesa ganha caráter necessariamente contraditório, é pela afirmação e negação sucessivas que os fragmentos dos fatos ocorridos no mundo da vida surgirão nos autos. Nada poderá ter valor inquestionável ou irrefutável. A tudo será assegurado o direito de contra-agir processualmente, contraditar, contradizer e contraproduzir. Disso se presume que a ampla defesa, vista como exteriorização do contraditório, e como mencionado, por ele garantida, não deve ser concebida apenas no sentido negativo de oposição ou resistência à pretensão do autor, senão e principalmente deve ser entendida em

³⁰ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 63-69.

³¹ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 233.

³² *Idem*, p. 232.

³³ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades do processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 64.

seu sentido positivo, como direito de participar, influenciar e incidir ativamente sobre o desenvolvimento do processo objetivando o seu resultado³⁴.

Nessa ordem de ideias percebe-se a íntima relação entre os princípios do contraditório e da ampla defesa com a motivação, pois o concreto exercício desse fica condicionado à observância e ao cumprimento do contraditório e da ampla defesa.

2.4 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

No Brasil, a presunção de inocência está expressamente consagrado no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, sendo o princípio reitor do processo penal. Segundo Ferrajoli, a presunção de inocência decorre do princípio da jurisdicionalidade, pois, se a jurisdição é a atividade necessária para a obtenção da prova de que alguém cometeu um delito, até que essa prova não se produza mediante um processo regular, nenhum delito pode considerar-se cometido e ninguém poderá ser considerado culpado nem submetido a uma pena. Segue explicando o mesmo autor que referido princípio é fundamental da civilidade, fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que para isso tenha-se que pagar o preço da impunidade de algum culpável. Isso porque ao corpo social lhe basta que os culpados sejam geralmente punidos, pois o maior interesse é que todos os inocentes, sem exceção, sejam protegidos³⁵.

Sob a perspectiva do julgador, a presunção de inocência deve ser o princípio de maior relevância, principalmente no tratamento processual que o juiz deve dar ao acusado. Isso obriga o juiz não só a manter uma posição negativa, não o considerando culpado, mas sim a ter uma postura positiva, tratando-o como efetivamente inocente³⁶.

Pode-se extrair da presunção de inocência que a formação do convencimento do juiz deve ser construído em contraditório, orientando-se o processo pela estrutura acusatória que impõe a estrutura dialética e mantém o juiz em estado de alheamento, rechaço à figura do juiz inquisidor e consagrando a figura do juiz garantidor³⁷.

³⁴ SILVA, Marco Antonio Marques. *Juizados Especiais Criminais*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 46-48.

³⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 539.

³⁶ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 228.

³⁷ Idem, p. 228.

O princípio da presunção de inocência se refere tanto ao conteúdo da sentença como, também, aos atos processuais que induzem esse conteúdo, como é o caso dos atos probatórios e da motivação judicial, incumbindo à acusação a carga probatória da quebra deste estado de inocência. Para um juízo condenatório na seara penal, não só deve ser provado o que alega a acusação, mediante o estrito respeito às garantias, mas, sobretudo, deve-se afastar a dúvida, que milita sempre em favor do imputado³⁸.

Nesse sentido, a presunção de inocência é um dever de tratamento imposto primeiramente ao juiz, determinando que a carga probatória seja inteiramente do acusador – frise-se, no processo penal democrático a defesa não tem carga, mas risco no jogo do processo –, pois, se o acusado é inocente e não precisa provar nada, e que a dúvida conduza inexoravelmente à absolvição, implicando, assim, severas restrições ao abuso das prisões cautelares³⁹.

Sendo assim, a obrigação da motivação das decisões judiciais como garantia fundamental encontra ligação com presunção de inocência, pois não somente impede que o acusado condenado em primeiro instância tenha o seu estado de inocência violado, como também amplia a possibilidade de dúvida e a prolação de um juízo absolutório, pois, como já apontado, incumbe à acusação a carga probante da quebra do estado de inocência.

2.5 DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

O princípio do duplo grau da jurisdição traz, na sua essência, o direito fundamental de o prejudicado pela decisão poder submeter o caso penal a outro órgão jurisdicional, hierarquicamente superior na estrutura da administração da justiça. Além de garantir a revisão da decisão de primeiro grau, também compreende a proibição de que o Tribunal *ad quem* conheça além daquilo que foi discutido em primeiro grau, ou seja, é um impedimento à supressão de instância⁴⁰.

Ainda que não previsto expressamente na Constituição Federal de 1988, o princípio do duplo grau da jurisdição é considerado um direito fundamental.

³⁸ GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do processo penal: considerações críticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 53.

³⁹ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 230.

⁴⁰ GRINOVER, Ada Pellegrine; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Recursos no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 23.

A Convenção Americana de Direitos Humanos, em seu art. 8.2, letra *h*, assegura o direito de recorrer da sentença para o juiz ou o Tribunal Superior. Os direitos e as garantias previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos⁴¹ passam a integrar o rol dos direitos fundamentais, a teor do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, sendo, portanto, autoaplicáveis. Assim, nenhuma dúvida paira em torno da existência, no sistema brasileiro do direito, do duplo grau da jurisdição⁴².

O duplo grau de jurisdição vai ao encontro da própria natureza humana, pois a parte raramente se satisfaz ou se conforma com uma única decisão jurisdicional, mormente diante da reconhecida falibilidade humana. O reexame dos veredictos em um primeiro momento atende à natural inconformidade do ser humano e à necessidade de rever a decisão que lhe é contrária⁴³. Em um segundo momento e talvez o mais importante, o duplo grau de jurisdição tem como enfoque o compartilhamento da decisão, bem como a distribuição da justiça. Nessa linha, Frederico Marques elenca que o duplo grau de jurisdição constitui o fator de grande segurança na aplicação da lei, apresentando-se, no mais, como uma ação catalítica no aperfeiçoamento das decisões por obrigar o juiz de primeiro grau a maior cuidado e exação na sua tarefa julgadora⁴⁴. O que deve ser buscado é o compartilhamento decisório, o que significa a possibilidade de um outro olhar e de outra motivação sobre a causa. Quanto mais se examinar uma decisão, mais possível será a repartição da justiça, mais chance de uma sentença mais justa. Com o amplo debate da ação e o exame da decisão em grau superior, como órgãos colegiados, formados de juízes mais experimentados e presuntivamente mais cultos, a probabilidade de ser implantada injustiça é menor⁴⁵.

É nessa ideia de revisão ou reapreciação de veredictos por órgãos supostamente mais capacitados, esse segundo olhar sobre a hipótese delitiva

⁴¹ O Brasil aderiu a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969) por meio do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.

⁴² LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 1168.

⁴³ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Dos recursos no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 6.

⁴⁴ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. São Paulo: Forense, v. I, 1966. p. 182.

⁴⁵ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Dos recursos no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 8.

como uma estratégia essencial de distribuição de justiça, pois assegura a diversidade de juízos sobre o fato punível e sobre a culpabilidade do autor, que encontramos fundamento da motivação das decisões judiciais como direito fundamental.

CONCLUSÃO

O presente artigo expôs a importância da motivação das decisões judiciais como um direito fundamental, para a realização da justiça, demonstrando que o não respeito a esse princípio é uma afronta aos princípios norteadores do sistema acusatório, e, conseqüentemente, ao próprio Estado Democrático de Direito.

Isto posto, considerando também o que foi explicitado em relação aos demais princípios constitucionais, conclui-se que ainda que não previsto no rol dos direitos fundamentais, com a taxatividade, a força e a ênfase dos demais princípios constitucionais, compreendemos este como necessário, essencial ao devido processo legal. Além disso, pela abertura do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, a motivação das decisões judiciais deve ser considerada uma garantia fundamental, assegurando, assim, às partes, aos órgãos judiciais, bem como à própria sociedade, uma maior visibilidade, e, em consequência, um processo mais justo e igualitário. Com efeito, é cediço que a motivação das decisões é um pilar da própria compreensão de democracia e de um processo penal democrático que vise, sobretudo, a assegurar os direitos e as garantias fundamentais do cidadão.

REFERÊNCIAS

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Dos recursos no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1988.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. Salvador: JusPodivm, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do processo penal: considerações críticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrine; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades do processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Recursos no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. São Paulo: Forense, v. I, 1966.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria geral do processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SCHEID, Carlos Eduardo. *A motivação das decisões penais a partir da teoria garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, Ana de Lourdes Coutinho. *Motivação das decisões judiciais*. São Paulo: Atlas, 2012.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Marco Antonio Marques. *Juizados especiais criminais*. São Paulo: Saraiva, 1997.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

TUCCI, Rogério Laura e; TUCCI José Rogério Cruz e. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993.

Submissão em: 26.07.2015

Avaliado em: 04.10.2015 (Avaliador B)

Avaliado em: 06.05.2016 (Avaliador C)

Avaliado em: 03.07.2016 (Avaliador E)

Aceito em: 12.07.2016

A DISCIPLINA DA MUTABILIDADE DO REGIME DE BENS NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO: CONCILIAÇÃO ENTRE EXERCÍCIO DA AUTONOMIA PRIVADA DOS CÔNJUGES E VISÃO INSTITUCIONALISTA DO CASAMENTO

THE DISCIPLINE OF THE MUTABILITY OF THE ASSETS' REGIME IN THE BRAZILIAN CIVIL LAW: CONCILIATION BETWEEN AUTONOMY OF COUPLE'S WILL EXERCISE AND THE INSTITUTIONALIST MARRIAGE VISION

Fábio Siebeneichler de Andrade¹

Professor Titular de Direito Civil da PUCRS

Francisca Juliana Castello Branco Evaristo de Paiva²

Professora de Direito da Faculdade Santo Agostinho – FSA

ÁREA(S) DO DIREITO: direito civil; direito de família; regime de bens.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar a possibilidade de alteração do regime de bens no Direito de Família brasileiro de acordo com o Código Civil de 2002. Examina os pressupostos legislativos desta mudança, os seus efeitos e o seu campo

de aplicação. Além disso, estuda as razões do legislador brasileiro para a adoção da disciplina estabelecida pela codificação atual. Considera-se que o Direito brasileiro valoriza o papel institucionalista do matrimônio, sem desconsiderar a evolução que este instituto sofreu no curso das últimas décadas, especialmente o avanço da concepção contratualista do casamento,

¹ Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCRS. Doutor em Direito pela Universidade de Regensburg – Alemanha. Advogado no Rio Grande do Sul. *E-mail:* fabiosiebenandrade@gmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/5144874187298158>.

² Mestranda em Direito (Minter) pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS e pela Faculdade Santo Agostinho. Advogada no PI. *E-mail:* jujuevaristo@yahoo.com.br. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/3723287325146032>.

em que sobressairia o espaço para a autonomia privada a ser exercida pelos cônjuges no que concerne à possibilidade de mudança da sua estrutura patrimonial. No Direito de Família brasileiro, essa disciplina é submetida ao exame judicial, sendo necessário perquirir qual o limite da análise a ser feita pelo Judiciário acerca das mudanças sugeridas pelos cônjuges. Em essência, sugere-se que o Direito brasileiro adotou uma disciplina conciliadora entre estas duas percepções do casamento.

PALAVRAS-CHAVE: regime de bens; pacto antenupcial; modificação do regime de bens.

ABSTRACT: *This article aims to analyze the possibility of changing the assets' regime in the Brazilian Family Law in accordance with the Civil Code of 2002. It examines the presumptions of this change: its effects and field of application. Moreover, studies the reasons for the Brazilian legislators to adopt the discipline established by the current law. It is considered that Brazilian law values the institutionalist role of marriage, without disregarding the evolution the institute suffered in the course of the last decades, especially the advanced contractualist outline of marriage, highlighting the space for private autonomy that would be exercised by spouses – regarding the possibility of changing its equity structure. In the Brazilian family law, this topic is subject to judicial review, and it is necessary to assert the limit of analysis to be done by the Judiciary about the changes suggested by the spouses. In essence, it indicates that Brazilian law has adopted a conciliatory course between these two perceptions of marriage.*

KEYWORDS: *assets' regime; premarital pact; assets' regime modification.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A autonomia privada e as suas implicações nos princípios do sistema de regime de bens; 2 Os pressupostos da mudança do regime de bens; 3 Abrangência e efeitos da mutabilidade do regime de bens; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Private Autonomy and its effects to the marital property regime's system; 2 The presumptions of the assets' regime change; 3 Coverage and effects of the mutability of the assets' regime; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

O Direito da Família pode ser estruturalmente dividido entre uma parte pessoal e uma parte patrimonial³. Tradicionalmente, esta dicotomia concentrava-se no instituto do casamento pelo

³ Sobre esta dicotomia e a sua inserção no Código Civil de 2002, cf. COUTO E SILVA, Clóvis do. Direito patrimonial de família. *Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre*, n. 1, p. 39 e ss., 1971; Direito patrimonial de família no projeto de Código Civil brasileiro e no Direito português. *Revista dos Tribunais*, v. 520, p. 11 e ss.

qual os cônjuges estavam vinculados a prestar, reciprocamente, determinados deveres pessoais, bem como poderiam, se quisessem, dispor sobre as relações patrimoniais que deveriam seguir.

A esfera patrimonial da relação conjugal corresponde ao denominado regime de bens, que, como aludido acima, é permeado pela ideia de liberdade. As pessoas poderiam tanto escolher um dos sistemas estabelecidos previamente pela legislação como também poderiam conjugar disposições patrimoniais.

De acordo com o Código Civil de 1916, predominava no Direito brasileiro a concepção de que, uma vez escolhida pelos cônjuges a disciplina do regime de bens, ela não poderia mais ser alterada. Em essência, vigorava a noção da irrevogabilidade do regime de bens (art. 230)⁴.

Observe-se que não se tratava de posição isolada do Direito brasileiro. Na verdade, decorria essa solução de inspiração do Direito francês⁵, seguida pelo Direito português.

As razões para esta orientação clássica repousavam nos seguintes argumentos: temia-se que um dos cônjuges – em especial, o marido –, por força da concepção hierárquica da família e do cônjuge, pudesse, de alguma forma, influenciar o outro a modificar as disposições do regime imediatamente após o casamento. Buscava-se, também, proteger os credores dos cônjuges que, eventualmente, poderiam sofrer prejuízo na hipótese de mudanças patrimoniais⁶.

Há que se destacar, porém, que, a par dos argumentos expressos pela doutrina, a razão fundamental para este preferência do legislador repousava em uma visão institucionalista do casamento⁷. É certo que se reconhecia o caráter contratual do casamento⁸, centrado na conjunção das declarações de vontades

⁴ “Art. 230. O regime dos bens entre cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento, e é irrevogável.”

⁵ Para uma visão sobre a doutrina clássica da matéria, favorável à não modificação do regime de bens, cf. SAVATIER, R. De la portée et de la valeur du principe de l’immuabilité des conventions matrimoniales. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, v. 20, p. 93-121, 1921.

⁶ Sobre o tema, ver CORREA DE OLIVEIRA, José Lamartine; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Direito de família*. Sérgio Antonio Fabris, 1990. p. 375.

⁷ A teoria institucionalista tem no Jurista francês Maurice Hauriou um dos seus pensadores cardeais. Sobre o tema ver, por exemplo, MARTY, Gabriel. La Théorie de l’Institution. In: *La Pensée du Doyen Maurice Hauriou et son Influence*. Paris: Pedonne, 1969. p. 33 e ss.

⁸ Para o delineamento do casamento como contrato, cf. CORREA DE OLIVEIRA, José Lamartine; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Direito de família*, op. cit., p. 121 e 125.

emanadas pelas partes; há que se ter presente, porém, que a concorrente visão do matrimônio como instituição, isto é, como figura essencial à vida em sociedade, e, por conseguinte, cuja regulação e salvaguarda pelo Direito se apresentava como imperiosa⁹, favorecia que predominasse a noção de imutabilidade do regime de bens, a fim de resguardar durante a vigência do casamento aquilo que foi originariamente estabelecido pelos cônjuges.

Vale ressaltar que a ideia basilar era de que o casamento estava ligado à religião, sendo, inclusive, um sacramento, pautado na indissolubilidade e considerado o único instrumento para a formação da família legítima¹⁰. Desse modo, é possível perceber, como razoavelmente coerente, que a sua relevância no plano pessoal se espalhasse igualmente para os contornos patrimoniais.

Esta percepção permeava, de forma efetiva, os mecanismos do regime patrimonial, podendo ser afirmado que a solução natural era a da imutabilidade, ainda mais que havia sido dada aos nubentes a devida oportunidade, antes do matrimônio, para a reflexão e a configuração do regime de bens que pretendiam adotar.

A filosofia que embasava tradicionalmente o casamento altera-se de forma paulatina: um primeiro marco dessa mudança encontra-se no Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121/1962), que mitigou o princípio da chefia do marido na sociedade conjugal. A Lei do Divórcio (Lei nº 6.015/1977), por sua vez, constitui-se em um segundo referencial de desenvolvimento da concepção do instituto. Muito embora o matrimônio conserve a sua posição como instituição fundamental da constituição da família, foi rompido o dogma da indissolubilidade do vínculo.

De forma ainda mais marcante, a Constituição Federal de 1988 tutelou a família, alterando, porém, os nortes referenciais da matéria: rompeu, por exemplo, com a noção de que o casamento viesse a ser o único meio de constituição da

⁹ Emblemática da natureza institucional do casamento encontrava-se na Constituição da República Democrática alemã (Alemanha Oriental), que, no seu art. 30, estabelecia o seguinte: “*Ehe und Familie bilden die Grundlage des Gemeinschaftslebens*” (Casamento e família moldam a base da vida social). Cf. HOLZHAUER, Heinz. *Krise und Zukunft der Ehe*. *Juristische Zeitung*, v. 10, p. 492 e 495, 2009.

¹⁰ Ver, por exemplo, DEL PRATO, Enrico. *Matrimonio, famiglia, parentela: prospettive di inizio secolo*. In: *Diritto Privato - Studi in onore di Antonio Palazzo*. UTET, 2009. p. 227 e ss.; HOLZHAUER, Heinz. *Krise und Zukunft der Ehe*. *JZ*, v. 10, p. 492 e 493, 2009: que ressalta a importância do casamento para os pensadores clássicos, como Platão, Cícero e Agostinho.

família, ao reputar legítima a união estável e a unidade monoparental¹¹. Em essência, o casamento perde a posição de monopólio para a constituição da família legítima.

Além disso, determinou expressamente a igualdade entre os cônjuges, desestruturando, portanto, a referida noção de que o vínculo entre os cônjuges era baseado em uma hierarquia em que o marido era, inequivocamente, o chefe da sociedade conjugal.

Nesse contexto, o Código Civil de 2002 sofreu essa influência, tendo a Constituição de 1988 necessariamente pautado a necessidade de alterações em suas disposições, como serve de exemplo a regulação relativa à união estável.

No que concerne ao campo restrito do direito patrimonial de família, há que se ter presente que o projeto do Código Civil de 2002, concebido na década de setenta do século XX, já contemplava a possibilidade de alteração do regime de bens, sob o influxo social de igualdade entre homem e mulher, de algum modo antecipado pela referida legislação do Estatuto da Mulher Casada.

Acrescente-se que se passou a admitir que outros mecanismos poderiam igualmente proteger os terceiros, credores dos cônjuges, como, por exemplo, um eficiente regime notarial, sem que estes fossem obrigados a permanecer durante toda a constância do vínculo matrimonial sob o mesmo regime de bens¹².

Nesse quadro, o Código Civil, no art. 1.639, disciplinou a matéria de regime de bens, tendo ratificado a concepção, já vigente ao tempo do Código de 1916, de autonomia para os cônjuges quanto à estipulação relativamente aos seus bens. Além disso, no § 2º do art. 1.639, acolheu a noção de que as partes poderiam alterar o seu regime durante o vínculo matrimonial¹³.

¹¹ “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por quaisquer dos pais e seus descendentes.”

¹² Ver, por exemplo, COUTO E SILVA, Clóvis do. Direito patrimonial de família no projeto do Código Civil brasileiro e no Direito português. *Direito e Justiça*, v. 1, p. 125 e ss., 1980; ver, também, Direito patrimonial de família. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v., p. 39-51, 1972.

¹³ “Art. 1.639. [...] § 2º É admissível a alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.”

Houve, portanto, uma alteração relevante relativamente ao direito anterior, o que desencadeou expressiva análise doutrinária¹⁴. Aproximou-se o Direito Civil brasileiro de outros sistemas em que se permitia a alteração do regime de bens¹⁵. Cumpre, porém, destacar o desenvolvimento desta questão, a fim de verificar, de um lado, se a alteração ocorrida na legislação teve repercussão prática, bem como saber qual foi a concretização jurisprudencial – após mais de dez anos de vigência do Código Civil de 2002 – à matéria.

No presente trabalho, serão examinados, portanto, com base nas questões sumariamente expostas na introdução, como o Código civil estruturou a matéria a partir dos princípios concernentes ao regime de bens, examinando-se os pressupostos para a mudança do regime de bens, bem como os seus efeitos para os cônjuges e terceiros.

1 A AUTONOMIA PRIVADA E AS SUAS IMPLICAÇÕES NOS PRINCÍPIOS DO SISTEMA DE REGIME DE BENS

Mediante a entrada em vigor do Código Civil de 2002, o princípio da inalterabilidade do regime de bens foi retirado do ordenamento jurídico para dar ênfase ao princípio da mutabilidade dos regimes de bens.

Acolheu-se a orientação doutrinária já existente ao tempo do Código Civil de 1916, em que se preconizava a possibilidade de os cônjuges modificarem o regime de bens após a celebração do vínculo matrimonial¹⁶.

¹⁴ Ver, por exemplo, FARRULA JR., Leônidas Filipone. Do regime de bens entre os cônjuges. In: LEITE, Heloísa Maria Daltro (Coord.). *O novo Código Civil: do direito de família*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002; TEPEDINO, Gustavo. Controvérsias sobre regime de bens no novo Código Civil. *Direito das Famílias e Sucessões*, n. 2, p. 5 e ss., 2008; XAVIER, José Tadeu Neves. Questões relevantes sobre a mutabilidade de bens do casamento. *Revista de Direito Privado*, 52, p. 193 e ss., 2012.

¹⁵ Nesse sentido é a previsão do Direito alemão, no § 1.408, BGB: “*Die Ehegatten können ihre güterrechtliche Verhältnisse durch Vertrag (Ehevertrag) regeln, insbesondere auch nach der Ehescheidung der Ehe den Güterstand aufheben oder ändern*”. Em tradução livre: Os cônjuges podem regular suas relações patrimoniais mediante contrato (contrato de casamento), especialmente alterar ou revogar o regime patrimonial após a celebração do casamento. Na mesma linha encontra-se dispositivo no art. 163 do Código Civil italiano: “*Le modifiche delle convenzioni matrimoniali, anteriori o successive al matrimonio, non hanno effetto se l’atto pubblico [2699] non è stipulato col consenso di tutte le persone che sono state parti nelle convenzioni medesime, o dei loro eredi*”. Em tradução livre: As modificações das convenções matrimoniais, anteriores ou posteriores ao matrimônio, não terão efeito se o ato público não contiver o consenso de todas as pessoas que foram partes na referida convenção, ou de seus herdeiros. Pode-se apontar a mesma orientação no art. 1.397 do Código civil francês, cuja transcrição consta na nota 21.

¹⁶ Nesse sentido, cf. GOMES, Orlando. *Direito de família*. 14. ed. Forense, 2000. p. 268.

Essa opção representa uma solução mais harmônica no que concerne às diretrizes do direito patrimonial de família, na medida em que acolhe, em definitivo, a noção de que esta matéria se insere no quadro da autonomia privada¹⁷, isto é: do mesmo modo como ocorre, por exemplo, no âmbito do direito obrigacional, está facultado aos particulares estabelecer o modo pelo qual será pautada a sua relação patrimonial durante a constância do casamento. Em decorrência, será a sua vontade expressa por uma declaração, que estabelecerá os contornos da matéria.

Em essência, o instituto jurídico dos regimes de bens é composto por três princípios que devem ser considerados como fundamentais: a) princípio da liberdade de escolha; b) princípio da variabilidade; c) princípio da mutabilidade. Eles concretizam a concepção de que as partes possuem autonomia para regular o modo como pretendem ver configurada a relação patrimonial entre si.

É certo que o Código Civil de 2002 estabeleceu quatro espécies de regimes de bens para o casamento. São eles: a) comunhão parcial de bens (CC, arts. 1.658 a 1.666); b) comunhão universal (CC, arts 1.667 a 1.671); c) participação final nos aquestos (CC, arts. 1.672 a 1.686); e d) separação de bens (CC, arts 1.687 e 1.688).

Mas, por força do referido princípio da liberdade de escolha, os cônjuges podem eleger o regime de bens que melhor couber à expectativa deles. A liberdade quanto à opção do regime de bens a ser adotado constitui-se em regra, de modo que cabe à parte, pura e simplesmente, determinar qual dos modos indicados pelo ordenamento será o que vai moldar as relações patrimoniais entre os cônjuges. Assim, o Estado, somente com existência de norma específica, deve intervir no enlace matrimonial determinando o regime que deve ser acatado pelos nubentes. Esta circunstância excepcional está prevista no ordenamento brasileiro, no art. 1.641, que impede, em determinadas situações, a escolha do regime de bens por parte dos nubentes – como, por exemplo, na hipótese de um deles ser maior de 70 anos –, ao estabelecer o regime da separação de bens no casamento¹⁸.

¹⁷ A literatura sobre a autonomia privada é oceânica. De forma meramente exemplificativa, indica-se COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*. José Bushatski, 1976. p. 17; AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica, perspectivas estrutural e funcional. In: *Estudos em homenagem ao Professor Dr. Ferrer Correira*. Coimbra, v. II, 1989. p. 5-39.

¹⁸ “Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento: I – das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; II – da pessoa maior de 70 anos; III – de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.”

Em relação ao princípio da variabilidade, deve ser entendido que o Direito de Família não aceita a ideia de que só possa existir um único modo de regime de bens. É admitida a existência de uma multiplicidade de espécies de regimes que podem ser escolhidos pelos nubentes no ato da habilitação para o casamento. Dessa forma, embora exista a variabilidade de regimes e, assim, a possibilidade de os nubentes escolherem uma das espécies, o ordenamento jurídico admite que os nubentes criem novos modelos de regimes com características particulares e próprias¹⁹.

A escolha do regime de bens, com a exceção do da comunhão parcial de bens, exige a celebração do pacto antenupcial, passível de ser qualificado como um negócio jurídico, em face da circunstância de que, mediante a sua celebração, as partes, em ato de autonomia privada, mediante a sua vontade, estabelecem efeitos jurídicos próprios relativamente à esfera patrimonial do vínculo matrimonial²⁰.

A percepção de que o pacto antenupcial enquadra-se como negócio jurídico encontra, no Código Civil de 2002, respaldo em face da redação do art. 1.653, que aplica plenamente os planos da validade e da eficácia a esta figura. Nesse dispositivo, explicita-se que, em relação à validade, faz-se mister que as partes adotem a escritura pública para a celebração do pacto antenupcial; do contrário, o ato será nulo. Nesse ponto, está-se inequivocamente no plano da validade, na medida em que se estabelece um pressuposto – a escritura pública –, sob pena da incidência de sanção pelo defeito do ato. Relativamente à eficácia, está submetido o pacto nupcial à necessidade de celebração do casamento, sem o qual não serão devidamente irradiados os efeitos decorrentes do conteúdo do ato.

O princípio da variabilidade e a possibilidade de que regimes de bens sejam criados pelos nubentes é uma regra no universo desse instituto. Essa possibilidade só não incidirá mediante situações específicas, como na hipótese de contrariedade às regras e aos princípios de ordem pública, presente no Direito de Família. Esse entendimento está sedimentado no art. 1.655 do CC, que

¹⁹ Cf., a este respeito, o Enunciado nº 331 da Jornada de Direito Civil: “O Estatuto patrimonial do casal pode ser definido por escolha de regime de bens distinto daqueles tipificados no Código Civil em seus arts. 1.639 e parágrafo único do art. 1.640”.

²⁰ Nesse sentido, ver GOZZO, Débora. *Pacto antenupcial*. Saraiva, 1992. p. 34.

assim dispõe: “É nula a convenção ou cláusula dela que contravenha disposição absoluta de lei”²¹.

Fixados estes pontos, cumpre destacar que, em face da referida adoção pelo Código Civil de 2002 da possibilidade de as partes alterar o regime de bens, configurou-se uma melhor harmonização do sistema jurídico familiar patrimonial, na medida em que se elevou o grau de autonomia privada.

Desse modo, não é somente no momento da celebração do casamento que podem as partes exercer a sua autonomia privada acerca do regime de bens, podem fazê-lo ao longo do casamento. Ora, tendo em visto que o casamento é, em essência, uma relação que se prolonga no tempo, esta possibilidade se apresenta como razoável, na medida em que permite aos cônjuges ajustá-la, de acordo com as vicissitudes que enfrentam.

2 OS PRESSUPOSTOS DA MUDANÇA DO REGIME DE BENS

A fim de aplicar-se efetivamente a mutabilidade do regime de bens, cumpre verificar os requisitos indicados no art. 1.639, § 2º, do Código Civil, que, em sua essência, não foram modificados pela disciplina estabelecida no art. 734 do Código de Processo Civil de 2015²².

A primeira exigência legal para a modificação do regime de bens é que ela deve ocorrer na esfera judicial²³. Logo, está excluída expressamente a possibili-

²¹ Sobre o tema, ver, por exemplo, MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 4. ed. Forense, 1992. p. 683.

²² “Art. 734. A alteração do regime de bens do casamento, observados os requisitos legais, poderá ser requerida, motivadamente, em petição assinada por ambos os cônjuges, na qual serão expostas as razões que justificam a alteração, ressalvados os direitos de terceiros.

§ 1º Ao receber a petição inicial, o juiz determinará a intimação do Ministério Público e a publicação de edital que divulgue a pretendida alteração de bens, somente podendo decidir depois de decorrido o prazo de 30 (trinta) dias da publicação do edital.

§ 2º Os cônjuges, na petição inicial, ou em petição avulsa, podem propor ao juiz meio alternativo de divulgação da alteração do regime de bens, a fim de resguardar direito de terceiros.

§ 3º Após o trânsito em julgado da sentença, serão expedidos mandados de averbação aos cartórios de registro civil e de imóveis, e caso qualquer dos cônjuges seja empresário, ao Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins.”

²³ Sobre este ponto, muito embora questões processuais não sejam objeto precípua do tema, há que se ter presente que se trata de questão submetida à jurisdição voluntária, com regulação no referido art. 734 do Código de Processo Civil. Contudo, não se pode afastar a possibilidade de ocorrer divergência no âmbito da justiça comum brasileira acerca de pontos concernentes ao procedimento e mesmo sobre a competência do Juízo para examinar o pleito do casal. Em relação à necessidade de intimação do Ministério Público, foi estabelecida expressamente no § 1º do art. 734.

dade de os cônjuges pretenderem, por si mesmos, no âmbito extrajudicial, promover a referida alteração²⁴.

A este respeito, a solução adotada pelo Código de 2002 é passível de uma primeira reflexão, na medida em que, a partir da Lei nº 11.441/2007, o próprio casamento pode ter decretado a sua dissolução consensual na esfera extrajudicial – a par de permitir que outros atos, como o inventário e a partilha, possam ser realizados na esfera administrativa²⁵.

Há, portanto, dissintonia entre as soluções adotadas pela legislação mais recente e a que se encontra na codificação, na medida em que, se para a própria dissolução do vínculo conjugal é factível a adoção da via extrajudicial, esta possibilidade também poderia ser adotada para a regulação das questões patrimoniais das partes durante a vigência da relação conjugal.

Vislumbra-se, portanto, que o ordenamento jurídico brasileiro adota, na atualidade, solução passível de ser considerada como incoerente, na medida em que admitiu, para a dissolução do vínculo, carácter contratual do casamento, permitindo o seu término mediante um puro e simples ajuste privado²⁶.

Na realidade, é possível ver nesta solução do legislador, ao insistir na necessidade de as partes recorrerem ao Juízo, a prevalência, ainda que relativizada e restrita à parte patrimonial, da postura clássica, expressivamente institucionalista, anteriormente mencionada, que pretende salvaguardar o que

²⁴ A possibilidade de modificação do regime de bens na esfera extrajudicial ocorre, por exemplo, no Direito francês, que estabelece, porém, o interstício de dois anos para esta pretensão e a condição de que o casal já tenha filhos maiores. Na hipótese de filhos menores, será exigida a intervenção judicial. Cf. o seguinte trecho do art. 1.397: “Après deux années d’application du régime matrimonial, les époux peuvent convenir, dans l’intérêt de la famille, de le modifier, ou même d’en changer entièrement, par un acte notarié. Lorsque l’un ou l’autre des époux a des enfants mineurs, l’acte notarié est obligatoirement soumis à l’homologation du tribunal du domicile des époux”. Em tradução livre: Após dois anos de aplicação do regime matrimonial, os cônjuges podem decidir, no interesse da família, pela sua modificação, ou mesmo pela sua integral alteração, mediante um ato notarial. Quando um ou outro dos cônjuges possuir filhos menores, o ato notarial será submetido obrigatoriamente à homologação do tribunal do domicílio dos cônjuges.

²⁵ Sobre o tema, cf., por exemplo, MAFRA, Tereza Cristina Monteiro. Contratualização do casamento e simplificação das formas: questões relativas a estado civil e reconciliação. *Revista Brasileira de Direito de Família*, v. 41, p. 66 e ss.

²⁶ Sobre a extensão de regulação privada no âmbito do Direito de Família, cf. STAKE, J. E.; GROSSBERG, Michael; FINEMAN, Martha, AMAR, Akhil Reed; AUSTIN, Regina; ULEN, Thomas S. Opportunities for and limitations of private ordering in Family Law. *Indiana Law Journal*, v. 73, p. 535 e ss., 1998; ALEXANDER, Gregory. The New Marriage Contract and the limits of private ordering. *Cornell Law Faculty Publications*, paper 459, 1998.

foi previamente ajustado no âmbito patrimonial, tendo em vista a extrema importância do casamento para a vida social: considera-se que, no curso do matrimônio, a possibilidade de alteração do regime de bens é matéria relevante – consoante se verifica dos demais requisitos a seguir examinados –, o que induz que se trate de matéria cujo *status* exige a via judicial²⁷.

A preocupação do legislador com a segurança jurídica, a proteção de terceiros e mesmo quanto à eventual possibilidade de ascendência de um cônjuge sobre o outro, prevalece, portanto, frente a outros argumentos passíveis de serem suscitados em prol da opção pelo caminho extrajudicial, tais como uma sensível maior celeridade no processo da mutabilidade, desburocratização no exercício de direitos e menor custo para os cônjuges.

Um segundo pressuposto para a alteração do regime de bens consiste em que ele deverá ser pleiteado por ambos os cônjuges²⁸. Desse modo, uma primeira observação a ser feita consiste em que está excluída pela regra legal, tanto do Código civil como do processual, a possibilidade de apenas um das partes pretenderem a alteração do regime.

A solução legislativa harmoniza-se com a natureza do pacto antenupcial, que, como afirmado anteriormente, se constitui em negócio jurídico, dessa forma, caracterizado pelo acordo de vontades. Nesses termos, a sua alteração somente poderia decorrer de pedido conjunto das partes, a fim de expressar a existência de consenso dos cônjuges acerca da conveniência e necessidade de rearranjo da base patrimonial do casamento²⁹. Prepondera, aqui, o paralelo com o regime do contrato, que somente em caráter excepcional, com base na onerosidade excessiva, permite a revisão do negócio. Não se ratifica, portanto,

²⁷ Para uma visão em princípio favorável à solução do Direito brasileiro, cf. MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*, op. cit., p. 692. Para uma crítica a respeito, ver, por exemplo, XAVIER, José Tadeu Neves. Questões relevantes sobre a mutabilidade de bens do casamento. *Revista de Direito Privado*, p. 193 e 201, 2012.

²⁸ A exigência de que o pedido de modificação seja feita por ambos os cônjuges também se encontra, por exemplo, no indicado art. 1.397 do Código Civil francês, supratranscrito.

²⁹ Há que se ter presente que o Código Civil, no art. 1.648, autoriza que o juiz supra a outorga uxória para as hipóteses previstas no art. 1.647, quando a concordância não pode ser concedida ou quando a recusa é imotivada. Nesses casos, observa-se que se trata de iniciativas unilaterais, como, por exemplo, a concessão de fiança ou aval, que o legislador, para garantia patrimonial, tornou indispensável a concordância do cônjuge. No caso da modificação do regime de bens, a matéria é estruturalmente bilateral, na medida em que envolve alteração do pacto antenupcial, mutuamente estabelecido pelas partes.

no presente trabalho, a posição doutrinária que reputa cabível o exame pelo Judiciário do pedido unilateral do cônjuge para modificar o regime de bens³⁰.

Situação distinta seria aquela em que um dos cônjuges não possui condições para expressar o seu consentimento no que concerne à mudança do regime de bens. Na hipótese, portanto, em que um cônjuge estiver submetido à curatela, ou tiver optado pela adoção da figura de tomada de decisão apoiada, prevista no Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015), em seu art. 116, pode-se admitir a viabilidade de submissão do pedido de alteração do regime de bens por intermédio de terceiro³¹. Considera-se, portanto, que, por força do disposto no art. 85 do referido Estatuto³², a mudança de regime de bens exigirá a atuação do curador, na medida em que se trata de ato de natureza patrimonial e negocial.

Ressalte-se que a circunstância de o ato ser praticado por um terceiro, como, por exemplo, o curador, não retira da parte a necessidade de atender aos demais pressupostos legais, tendo em vista que o pleito apresentado será objeto de exame judicial.

A par de o pedido de modificação ser feito por ambos os cônjuges, ele deverá ser apresentado de forma motivada. O pressuposto contido no § 2º do art. 1.639 conjuga-se com a necessidade de que o fundamento apresentado pelas partes seja objeto de análise judicial. Esta também é a previsão contida no Código de Processo Civil, no aludido art. 734.

Esta exigência pode ser vista como uma forma de intervenção estatal na esfera da vida patrimonial dos cônjuges, na medida em que a sua pretensão de alterar o regime matrimonial deverá ser submetida ao crivo do juiz, que poderá considerar que não existem os elementos ou as razões suficientes para o pedido modificatório³³.

³⁰ No sentido de considerar factível o pedido unilateral de alteração do regime, ver XAVIER, José Tadeu Neves. Questões relevantes sobre a mutabilidade do regime de bens. *Revista de Direito Privado*, 52, p. 193 e 207, 2012.

³¹ No citado art. 1.397 do Código Civil francês, consta, expressamente, que, para os casos de cônjuge submetido ao regime de curatela, o pedido de modificação deverá ser submetido ao juiz respectivo (*juge des tutelles*).

³² “Art. 85. A curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial.”

³³ Para uma visão essencialmente crítica quanto a esta regulação, cf. VERAS, Érica Verícia Canuto de Oliveira. Possibilidade de alteração de regime de bens (REsp 1.119.462/MG). *Direito das Famílias e Sucessões*, n. 34, p. 98 e 107, 2013.

Uma vez mais é perceptível que a solução adotada pelo codificador de 2002 ainda repousa na referida concepção institucional do casamento, baseado na sua importância para a vida familiar. Há que se ponderar, porém, que a recente alteração normativa que possibilita a dissolução do vínculo conjugal fora da esfera matrimonial aprofunda a divergência entre a matriz conceitual do Código e a que foi adotada mais recentemente no Direito brasileiro, para permitir a dissolução do vínculo por ato privado dos cônjuges – mediante chancela notarial.

Não obstante esta circunstância, nada impede que elas convivam, na medida em que se pode considerar que, na vigência do casamento, a relevância da alteração patrimonial dos cônjuges exige certa motivação, que deve ser dotada de conteúdo relevante, a ponto de convencer o juízo³⁴.

A questão central que se põe aqui, porém, consiste em saber qual o grau de análise do juiz acerca das razões expostas pelas partes para mudar o seu regime de bens. No direito comparado, observa-se que a solução francesa, disciplinada no já indicado art. 1.397 do Código Civil, exige para a mudança do regime de bens que ela seja feita “no interesse da família”. Trata-se, visivelmente, de um conceito indeterminado, na medida em que ele é suficientemente amplo para permitir que o juiz possa verificar as razões que conduziram os cônjuges à decisão de alterar o regime. Este requisito denota que os argumentos relativos ao bem-estar de apenas um dos cônjuges podem não ser levados em consideração no Direito francês.

Da mesma forma, a fórmula “interesse da família” dá margem a que se investigue se a proposta modificatória não conduzirá a uma eventual disparidade entre os cônjuges. Há que se ter presente, também, que a solução francesa exige que os filhos maiores e as pessoas que participaram do pacto originário devam ser notificados pessoalmente acerca da proposta de modificação³⁵.

O Direito alemão, que tem como premissa a liberdade dos cônjuges para constituir, alterar ou mesmo revogar o denominado contrato de casamento no citado § 1.408 do Código Civil, tem sido estabelecido um controle judicial

³⁴ Sobre os limites da autonomia privada no âmbito matrimonial, cf. ALEXANDER, Gregory. *The New Marriage Contract and the Limits of Private Ordering*, op. cit., p. 503 e ss.

³⁵ Art. 1.397, segunda alínea: “*Les personnes qui avaient été parties dans le contrat modifié et les enfants majeurs de chaque époux sont informés personnellement de la modification envisagée. Chacun d’eux peut s’opposer à la modification dans le délai de trois mois*”. Em tradução livre: As pessoas que integraram o contrato modificado, bem como os filhos maiores de cada um dos cônjuges, são informados pessoalmente da modificação pretendida. Cada um deles pode se opor à modificação no prazo de três meses.

acerca destas modificações, sendo referido que a jurisprudência estabeleceu esta modalidade de análise sobre o conteúdo do pacto, tendo, por exemplo, o cuidado de examinar se a disposição pactuada não decorre de uma dominância unilateral – *einseitige Dominanz*, o que implicaria a existência de uma disparidade contratual³⁶.

No Direito brasileiro, o legislador não estabeleceu uma fórmula específica, um *standard*, a guiar o intérprete sobre qual seria o balizamento a ser seguido para a análise dos motivos apresentados pelas partes. Observe-se também que, ao contrário do Direito francês (art. 1.397), inexistente tempo mínimo para que as partes possam pleitear a alteração – nem há qualquer restrição quanto ao número de vezes que a modificação do regime possa ser pleiteada.

Esta circunstância, porém, não impede que se utilizem os mecanismos e princípios já existentes, a fim de bem sopesar as justificativas apresentadas pelos cônjuges.

É certo que se poderia sustentar que não deveria haver controle do Judiciário acerca da motivação apresentada pelas partes, na medida em que o crivo judicial poderia configurar interferência estatal. Esta visão, porém, representa uma percepção que não somente não leva em conta a referida percepção institucional do casamento, como também não se coaduna com a orientação contemporânea do contrato, tendo em vista que mesmo na esfera obrigacional o vínculo negocial pode estar sujeito ao controle judicial, em face de cláusulas gerais, como o que veda o abuso de direito e o princípio da boa-fé. Estabelecida essa ressalva, pode-se vislumbrar qual concepção prepondera quando o Judiciário procede ao exame das motivações apresentadas pelos cônjuges.

Com efeito, muito embora tenha sido afirmado pelo Superior Tribunal de Justiça que “não se deve exigir dos cônjuges, justificativas exageradas ou provas concretas de prejuízo na manutenção do regime originário”, o certo é que esta assertiva é sempre acompanhada de análise acerca da pertinência jurídica da motivação apresentada, tendo a Corte Especial reputado razoável a proposta de mudança, quando um dos cônjuges pretende constituir sociedade de responsabilidade limitada com terceiro, o que poderia acarretar prejuízo ao patrimônio da esposa em face da iniciativa desencadeada pelo marido³⁷.

³⁶ Cf. SCHWAB, Dieter. *Familienrecht*. 20. ed. Beck Verlag, n. 224, 2012. p. 105.

³⁷ Cf. o REsp 1119462, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, J. 26.02.2013, em cuja ementa consta o seguinte: “2. Assim, a melhor interpretação que se deve conferir ao art. 1.639, § 2º, do CC/2002 é a que não exige dos cônjuges justificativas exageradas ou provas concretas do prejuízo na manutenção do

Da análise das circunstâncias que permearam o caso supraindicado e que levou ao provimento do recurso especial, observa-se que, nas instâncias ordinárias, ocorreu verdadeira intromissão do Juízo no âmbito de decisão dos cônjuges, tendo em vista que se considerou desnecessária a modificação do regime de bens pela motivação apresentada, sob o argumento de que a sociedade a ser constituída por um dos cônjuges revestiria a forma limitada, o que já representaria proteção suficiente ao patrimônio da outra parte.

Verifica-se, portanto, em face desta primeira diretriz estabelecida pelo Superior Tribunal de Justiça, que tão longe não pode ir o juiz no exame das motivações do casal: não pode ele pretender “saber melhor” que as partes o que seria adequado, ou desconsiderar o seu interesse legítimo em estabelecer uma solução jurídica própria e autorizada pela legislação, tendo em vista que este tipo de conduta constituir-se-ia em verdadeira interferência na autonomia privada. Configurar-se-ia uma espécie de censura judicial às soluções jurídicas que as partes pretendem eleger dentro do leque de opções que o ordenamento jurídico lhes fornece.

Há que se ter presente, porém, que o exame a ser feito pelo juiz não deve se contentar com a simples análise da regularidade formal, a ponto de permitir a mudança de regime com base na apresentação de qualquer fundamentação.

Esta orientação encontra-se presente na jurisprudência, na medida em que o Superior Tribunal de Justiça, por sua 3ª Turma, considerou que a simples justificativa genérica de independência financeira e patrimonial do casal não seria suficiente para que as partes fossem autorizadas a modificar o regime de bens. Acrescentou a Corte Especial que, a fim de proteger um dos cônjuges, não se poderia aceitar a mudança do regime de bens que importaria uma doação

regime de bens originário, sob pena de se esquadriñar indevidamente a própria intimidade e a vida privada dos consortes. 3. No caso em exame, foi pleiteada a alteração do regime de bens do casamento dos ora recorrentes, manifestando eles como justificativa a constituição da sociedade de sociedade de responsabilidade limitada, entre o cônjuge varão e o terceiro, providência que é acauteladora de eventual comprometimento do patrimônio da esposa com a empreitada do marido. A divergência conjugal quanto à condução da vida financeira da família é justificativa, em tese, plausível à alteração do regime de bens, divergência essa que, em não raras vezes, se manifesta ou se intensifica quando um dos cônjuges ambiciona enveredar-se por uma nova carreira empresarial, fundando, como no caso apreço, sociedade com terceiros, na qual algum aporte patrimonial haverá de ser feito, e do qual pode resultar impacto ao patrimônio comum do casal”.

do patrimônio a um dos interessados. Observou, ainda, o STJ, que a mudança proposta continha o risco de prejuízo à eventual prole do casal³⁸.

No caso indicado *supra*, tratava-se de mudança do regime da comunhão universal para o de separação de bens, em que se determinou que haveria possibilidade de especial prejuízo para a mulher, tendo em vista a inexistência de demonstração inequívoca de que ela possuía condições de manutenção autônoma e patrimônio próprio.

Vê-se, portanto, que a orientação emanada da Corte Especial conduz à conclusão de que a “apuração das razões” por parte do Judiciário não se limita a um exame formal. Ela se faz no plano substancial, a fim de verificar se a mudança pretendida pelos cônjuges não oculta propósito abusivo ou é capaz de ser prejudicial a um dos integrantes da família ou mesmo decorre de uma posição de eventual predominância de uma das partes em relação à outra. Trata-se, portanto, de percepção que não somente reconhece o caráter institucionalista do matrimônio, tendo em vista que ele é um dos instrumentos pelo qual o ordenamento legitima a regulação pessoal e patrimonial entre duas pessoas, a fim de constituir família, como também tem presente a natureza especial do vínculo contratual celebrado pelas partes.

Um terceiro requisito previsto no § 2º do art. 1.639 consiste em que devem ser ressalvados os direitos de terceiros. Verifica-se aqui que o dispositivo legal não explicita de que modo esta “ressalva” deva ser feita, quais os direitos que os terceiros podem opor frente à pretensão dos cônjuges e nem mesmo quais os terceiros que poderão suscitar prejuízo frente à modificação.

Observa-se, portanto, que, em relação à tutela de terceiros, a disciplina do Código Civil é lacunosa, em especial se comparada ao regramento estabelecido por ordenamentos como o Direito francês – no indicado art. 1397 –, que adota o

³⁸ Cf. o REsp 1.427.639/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, J. 10.03.2015, em que consta o seguinte: “3. No caso em exame a alteração patrimonial foi pleiteada consensualmente por ambos os cônjuges ora recorrentes com base na justificativa genérica de independência financeira e patrimonial do casal, demonstrando a ausência de violação de direitos de terceiros. 4. As instâncias ordinárias, todavia, negaram a alteração patrimonial por reputarem que a mera vontade de preservação e individualização dos patrimônios dos cônjuges não configura justo motivo, requisito legal indispensável. 5. Ademais, o Tribunal de origem, visando a proteção de um dos cônjuges, assentou que a modificação ‘equivalaria à doação do patrimônio a um dos interessados, exclusivamente, mascarando desta forma, uma divisão que poderia prejudicar, sim, e inclusive, a eventual prole’. 6. Rever tais conclusões demandaria o reexame da matéria fático-probatória, o que é inviável em sede de recurso especial, nos termos da Súmula nº 7/STJ”.

cuidado de exigir a intimação pessoal dos filhos maiores acerca do propósito de modificação do regime de bens.

Em uma tentativa de sanar a falta de concretização do preceito do Código Civil, o Enunciado nº 113 da Jornada de Direito Civil preconizou que houvesse ampla publicidade e o exame acerca da inexistência de débito de qualquer natureza.

Não obstante, inexistia crítica à exigência de ampla publicidade por parte do enunciado, o mesmo não se pode dizer acerca da necessidade de “inexistência de débito”. Trata-se de exigência desproporcional, pois a simples existência de débito por parte dos cônjuges não se constitui, por si só, em impedimento para que ocorra a mudança do regime de bens. A presença de débito, na verdade, somente poderia configurar um obstáculo intransponível para a alteração do regime de bens nas hipóteses em que houvesse situação de insolvência, quando, então, se poderia presumir que a modificação do regime de bens teria a finalidade de fraudar credores³⁹.

A par desta diretriz doutrinária, alguns Tribunais, por intermédio de suas corregedorias, preocuparam-se em concretizar a determinação legal, a fim de propiciar maior segurança jurídica frente os regimes de bens e a sua possível modificação, no decorrer do casamento. Um exemplo neste sentido encontra-se no Tribunal do Rio Grande do Sul, mediante os Provimentos nºs 024/2003 e 32/2006, que exigiu a publicação de edital em jornal local, além do Diário Oficial, a fim de satisfazer a exigência de que os terceiros tenham os seus interesses resguardados.

Apesar de eventuais inconformidades das partes frente a estas exigências, seja em face dos custos delas decorrentes, seja por força da inexistência de regra expressa neste sentido, o certo é que elas têm sido confirmadas pela jurisprudência⁴⁰.

³⁹ Nesse sentido, cf. a seguinte decisão do TJRS, Apelação Cível nº 70055750996, 7ª C.Cív., Relª Desª Sandra Brisolara Medeiros, J. 11.06.2014: “Apelação cível. Direito de família. Alteração do regime de bens. Possibilidade. [...] 2. A existência de ações tramitando contra um dos cônjuges e contra a empresa da qual o varão é sócio majoritário, tendo em vista a data em que ajuizadas e o valor atribuído à causa, não são, por si só, óbices à pretensão, considerando, por primeiro, que os direitos de terceiros estão naturalmente ressalvados; por segundo, porque o valor do patrimônio amealhado pelo casal está muito além dos questionados débitos; e, por terceiro, porque os efeitos da alteração são *ex nunc*, ou seja, não retroagem, passando a vigor o novo regime a partir da alteração”.

⁴⁰ “Apelação cível. Família. Alteração de regime de bens do casamento. Inconformidade dos apelantes quanto à determinação de publicação de edital dando ciência aos eventuais interessados da homologação da alteração. Recurso ao qual se nega provimento tendo em vista a necessidade de

Estas exigências foram objeto de disciplina no Código de Processo Civil, que, no art. 734, faz menção à necessidade publicação de edital, permitindo, porém, no § 2º, que as partes sugiram procedimento alternativo de intimação dos terceiros para divulgar a mudança de regime.

Cumprir referir que a sentença que autorizar a alteração de regime de bens deverá ser averbada tanto no assento de casamento quanto no registro de imóveis (art. 1.657 do Código Civil)⁴¹, com o quê se dará publicidade à modificação efetuada pelo casal. Na hipótese de exercício de atividade empresária por um dos cônjuges, deverá ocorrer o arquivamento igualmente na Junta Comercial, nos termos do art. 979 do Código Civil. Também quanto a este ponto, foi disciplinada a questão no aludido art. 734 do Código de Processo Civil.

3 ABRANGÊNCIA E EFEITOS DA MUTABILIDADE DO REGIME DE BENS

Identificados os pressupostos para a mudança do regime de bens, outro ponto que merece destaque na discussão aqui suscitada consiste em saber se a alteração pretendida pelos cônjuges se aplica para todos os tipos de regime ou apenas tem abrangência em algumas das hipóteses previstas na codificação civil.

Quanto a este tópico, foi objeto de intenso debate doutrinário a questão de saber se as partes poderiam alterar o regime de bens de casamentos contraídos ao tempo do Código Civil de 1916. A orientação restritiva repousava no argumento de que o casamento constituiria um ato jurídico perfeito, razão pela qual não poderiam os cônjuges alterar os seus dispositivos nesta circunstância. Um outro argumento residia no teor do art. 2.039 do Código Civil⁴², que indicava uma limitação para a alteração do regime quando o matrimônio fosse contraído à época do código anterior.

A orientação prevalente, porém, posicionou-se no sentido de que o casamento produz efeitos continuativos. Ou seja, o casamento celebrado na vigência do Código Civil de 1916 pode continuar a gerar efeitos na vigência do Código de 2002. Nesses termos, o casamento não pode ser considerado ato

ampla divulgação da alteração. Sentença que obedeceu ao contido no Provimento nº 024/2003-CGJRS. Recurso desprovido" (Apelação Cível nº 70009999251, 8ª C.Cív., Rel. Des. Alfredo Guilherme Englert, J. 17.02.2005)

⁴¹ "Art. 1.657. As convenções antenupciais não terão efeito perante terceiros senão depois de registradas, em livro especial, pelo oficial do registro de imóveis do domicílio dos cônjuges."

⁴² "Art. 2.039. O regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do Código Civil anterior; Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, é o por eles estabelecido."

jurídico perfeito, pois a lei a ser aplicada deve ser aquela vigente no momento da produção dos seus efeitos⁴³, invocando-se o teor do art. 2.035 do Código Civil.

Cumprido pontuar, porém, que a questão já foi pacificada na jurisprudência, tendo em vista a expressiva orientação no sentido de considerar possível a mutabilidade do regime de bens para os vínculos contraídos ao tempo do Código Civil de 1916⁴⁴.

Um segundo tema de debate sobre a abrangência da possibilidade de modificação do regime de bens consiste em saber se os cônjuges podem pretender a modificação do regime da separação obrigatória de bens, estabelecido no Código Civil, no art. 1.641, supratranscrito.

Sobre este tópico, há que se ter presente, em primeiro lugar, as diversas circunstâncias que ensejam a incidência do regime da separação obrigatória de bens. Deve-se, inicialmente, reputar que, uma vez resolvida a questão que fez valer a separação obrigatória dos bens, não haverá razão para que os cônjuges não possam exercer a liberdade quanto à modificação do regime da separação de bens por uma outra espécie de regime de bens. Pode-se apontar, como exemplo, uma mulher que venha a casar com outrem por se encontrar viúva, mas sem que tenha realizado a partilha dos bens do marido com os filhos oriundos do seu casamento anterior. Nessa situação, ocorre causa suspensiva reconhecida pelo Código Civil em seu art. 1.523, I.

Uma vez, porém, que for resolvido o tema da partilha dos bens, deixará de existir a causa suspensiva e, assim, os cônjuges terão toda a liberdade para a mutabilidade do regime de bens, imposto por lei. Este raciocínio vem alicerçado na razoabilidade e na isonomia, que são princípios de grande valia no nosso ordenamento jurídico.

O inciso III do art. 1641 do CC também deve seguir o mesmo entendimento explanado *supra*. Finda a menoridade do cônjuge, cabível que se possa alterar o regime de bens determinado pela lei, na medida em que cessaram as circunstâncias especiais que preconizavam a tutela das partes.

⁴³ Nesse sentido, cf. o Enunciado nº 260 da Jornada de Direito Civil: “A alteração do regime de bens prevista no § 2º do art. 1.639 do Código Civil também é permitida nos casamentos realizados na vigência da legislação anterior”.

⁴⁴ Nesse sentido, cf. o REsp 730.546/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Jorge Scartezini, J. 23.08.2005, em que consta da ementa o seguinte: “Civil. Regime matrimonial de bens. Alteração judicial. Casamento ocorrido sob a égide do CC/1916 (Lei nº 3.071). Possibilidade. Art. 2.039 do CC/2002 (Lei nº 10.406). Correntes doutrinárias. Art. 1.639, § 2º, c/c art. 2.035 do CC/2002. Norma geral de aplicação imediata”. Ver, também, REsp 1.427.639/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, J. 10.03.2015.

Grande discussão, porém, envolve a questão de saber se é cabível a alteração do regime de bens para os maiores de 70 anos (inciso II do art. 1.641). Observe-se que, nos termos da legislação, é suficiente que apenas um dos cônjuges tenha a idade superior a 70 anos para que o regime de bens venha a ser o da separação obrigatória. Para setores da doutrina, esta disposição é atentatória ao princípio da dignidade da pessoa humana⁴⁵, uma vez que reduz a autonomia da pessoa envolvida; além disso, seria restritiva da sua liberdade para o relacionamento, implicando igualmente em distinção no que concerne ao regime da união estável. Em essência, seria passível de ser reputada como inconstitucional⁴⁶.

Contudo, esta incisiva posição doutrinária não encontra plena sustentação jurisprudencial, em especial no que concerne à hipótese do referido inciso II do art. 1.641 do Código Civil. Considera-se que, neste caso, a regra legal é cogente, razão pela qual a possibilidade de permitir a mudança do regime de bens seria uma abertura à burla da vedação legal⁴⁷.

A fim de restringir a aplicação do citado inciso II, pode-se indicar como razoável a orientação do Enunciado nº 261 da III Jornada de Direito Civil, que considera não incidir a obrigatoriedade do regime da separação de bens a pessoa com mais de 60 anos (atualmente 70), quando o casamento for precedido de união estável iniciada antes dessa idade.

Em relação aos efeitos da mutabilidade do regime de bens, indaga-se se as mudanças promovidas pelas partes podem retroagir ou se elas somente poderiam vigorar para o futuro.

A questão do início da eficácia do regime de bens foi objeto de regramento expresso no art. 1.639, § 1º, do Código Civil: nesse dispositivo, foi claramente previsto que ele começa a vigorar desde a data do casamento.

⁴⁵ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*, op. cit., p. 694.

⁴⁶ COSTA MACHADO; CHINELATO; LAMENZA. *Código Civil interpretado*, 6. ed., 2013, p. 1384.

⁴⁷ Nesse sentido, cf. a seguinte ementa do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 70040404667, 8ª C. Civ., Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, J. 24.02.2011: “Apelação cível. Alteração de regime de bens. De separação legal obrigatória para comunhão universal. Impossibilidade. Nubentes maiores de 60 anos. Sentença mantida [...] 2. O regime específico da separação de bens incidiu ao caso por imposição legal, posta em regra cogente em face de contar o varão mais de sessenta anos à época de celebração do casamento (o ano de 2006). 3. E não há qualquer hipótese no § 2º do art. 1.639 da codificação em vigor que excepcione aquela normativa permitindo a alteração do regime de bens, daquele obrigatório, para o que quer o casal (comunhão universal). 4. Outro poderia ser o entendimento se eventualmente cessada causa transitória que, ao tempo do casamento, exigia regime obrigatório da separação patrimonial – mas não é este o caso dos autos”.

Mas no que concerne aos efeitos da alteração do regime de bens inexistem qualquer disciplina. Sustenta-se, por um lado, que a mudança introduzida pelas partes poderia retroagir, tendo em vista tanto a prevalência da autonomia privada quanto a circunstância de evitar um sistema em que houvesse a duplicidade de regimes em uma só vida matrimonial⁴⁸. De outro, observa-se que, na disciplina sobre o tema estabelecida no projeto de Estatuto das Famílias, em tramitação no Parlamento, determinou-se expressamente no art. 38, § 1º, que “a alteração não dispõe de efeito retroativo”.

Considera-se, aqui, porém, que em princípio a alteração do regime de bens promovida pelas partes deve ter efeitos para o futuro, a fim de ir ao encontro da segurança jurídica e da necessidade de não prejudicar a terceiros, pressuposto expresso da legislação para permitir a alteração do regime de bens.

Na hipótese de a mudança do regime de bens direcionar-se para o passado, esta alteração poderá ser reputada como uma transferência de bens, passível, portanto, de tributação. Afinal, se as partes procedem a uma alteração no sistema patrimonial até então vigente, com o efeito, por exemplo, de indicar que um determinado bem sobre o qual ambos eram titulares passará a ser de propriedade única de um deles, há que se concluir que esta nova disposição patrimonial configurou uma transferência patrimonial.

No âmbito da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, encontra-se a orientação no sentido de que a alteração no regime de bens somente vigora para o futuro, o que vai ao encontro da orientação aqui preconizada⁴⁹. No mesmo sentido, também se encontram precedentes no âmbito dos Tribunais estaduais⁵⁰.

CONCLUSÃO

Do que se expôs, há que se considerar que o tema da mutabilidade do regime de bens pode ser reconhecido como umas das matérias mais discutidas no universo do Direito de Família.

⁴⁸ Sobre esse ponto, cf. XAVIER, José Tadeu Neves. Questões relevantes sobre a mutabilidade do regime de bens do casamento. *Revista de Direito Privado*, v. 52, p. 193 e 211, 2012.

⁴⁹ Cf. REsp 1.300.036/MT, 3ª Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, J. 13.05.2014: “Recurso especial. Civil e processual civil. Direito de Família. Dissolução do casamento. Alteração do regime de bens. Termo inicial dos seus efeitos. *Ex nunc*. Alimentos. Razoabilidade. Binômio. Necessidade e possibilidade. Conclusões alcançadas pela corte de origem. Impossibilidade de revisão na via eleita. Súmula nº 7/STJ”.

⁵⁰ Nesse sentido, ver a decisão, referida *supra*, da Apelação Cível nº 70055750996, 7ª C.Cív., Relª Desª Sandra Brisolará Medeiros, J. 11.06.2014.

A imutabilidade determinada pelo Código Civil de 1916 representava uma limitação para que a pessoa, sujeito de direito, pudesse exercer, no âmbito do casamento, uma das formas de constituição familiar, a livre manifestação de sua vontade no âmbito patrimonial.

Muito embora a matéria tenha sido objeto de alteração no Código Civil de 2002, com o reconhecimento da possibilidade de modificação do regime de bens pelas partes, a disciplina estabelecida pelo legislador brasileiro, tanto no âmbito material quando na esfera processual, acarreta a necessidade de diversas ponderações.

A matéria de mutabilidade do regime de bens no Direito brasileiro reflete uma tensão dialética entre dois polos. De um lado, a visão decorrente do consenso que se estabelece entre as partes, consubstanciada no fato de estas serem autorizadas a livremente estabelecer um regramento patrimonial para a sua vida conjugal. A autonomia pessoal se instrumentaliza pelo pacto antenupcial, cuja natureza jurídica é, precisamente, de negócio jurídico, circunstância que reflete a percepção clássica desta figura no quadro dos atos jurídicos: primeiro, o elevado grau de iniciativa das partes; e, segundo, o seu nível de poder jurídico, tanto para decidir quando para moldar o seu *modus vivendi* patrimonial.

Por outro lado, ainda predomina no Direito brasileiro a visão institucionalista do matrimônio, no sentido de que esta figura jurídica representa um pilar no qual está assentada a vida familiar e o modo jurídico como dois seres estruturam, em essência, uma comunhão de vida nos planos pessoal e patrimonial.

Apesar de haver sido apontada uma constante contratualização do matrimônio – na medida em que se vislumbra, por exemplo, a possibilidade de dissolução do vínculo –, certo é que em relação à possibilidade de alteração do regime de bens, em virtude da força da visão institucionalista do casamento, construiu a codificação civil brasileira um caminho de conciliação: ao mesmo tempo em que flexibilizou às partes a faculdade de alterar o regime de bens primitivamente pactuado, estabeleceu uma série de pressupostos para que a modificação possa ocorrer.

Entre os requisitos estabelecidos pelo legislador, pontifica a circunstância de que não somente a alteração do regime deva ser necessariamente judicial, como também deva existir o controle judicial.

Com efeito, impõe-se ao juiz o mister de apurar a justificativa das modificações preconizadas pelas partes, o que limita a autonomia destas para

efetuar e propor alterações. Ora, é indesviável o questionamento acerca do risco de, à toda hora, ocorrer desproporcionalidade na efetivação deste controle, ainda mais quando ainda impera em nosso meio ao menos certa desconfiança quanto às motivações que conduzem os cônjuges a pretender modificar o seu regime de bens.

Desse modo, é necessário que se estabeleça certa diretriz às Cortes, a fim de pautar a atuação judicial no sentido de uma lógica de ponderação, ou do razoável, a fim de não tornar ociosa a faculdade instituída pelo legislador para que os cônjuges possam alterar o seu regime de bens.

Por outro lado, foi estabelecido um controle pela codificação civil mediante o regime da separação legal de bens, para um determinado grupo de pessoas, em especial aos que possuem determinada idade. Não obstante a crítica doutrinária, este controle tem sido ratificado pela jurisprudência, que não permite a sua alteração pelas partes.

Também, quanto a este ponto, sobressai a concepção institucionalista do matrimônio, bem como a visão de que o estabelecimento de uma completa autonomia pessoal no que concerne à moldura do regime patrimonial para determinado grupo de pessoas representaria um elevado risco pessoal. Está-se aqui no âmbito da proteção da pessoa diante de si mesmo, tendo, portanto, o legislador civil considerado que as pessoas devam ser salvaguardadas da possibilidade de celebração de pactos patrimoniais após determinada idade.

A questão de saber se esta opção legislativa, do ponto de vista axiológico, afrontaria a dignidade pessoal representa uma clara opção entre duas tendências: de um lado, a ideia libertária, no sentido de que a qualquer momento poderá a pessoa estabelecer os seus vínculos pessoais e patrimoniais, independentemente de regulação; a segunda, no sentido de que há um risco ao vincular-se, em especial a partir de determinada faixa etária, sendo conveniente o estabelecimento de determinados limites, como é o caso de um regime legal de separação de bens. Dito de forma livre: os vínculos pessoais não formam mais alianças patrimoniais.

Em uma visão holística do ordenamento privado, defende-se aqui a primeira concepção. No ordenamento privado brasileiro, a capacidade civil é a regra, do que resulta a inexistência de presunções de incapacidade ou de dificuldade de conhecimento. As regras paternalistas, portanto, devem ser excepcionais, razão pela qual o regime da separação obrigatória para o cônjuge de determinada idade representa uma *captis de minutio* a ser condenada.

Tendo sido erigido este regime coercitivamente pelo codificador, a solução de que a parte possa livremente alterá-lo configuraria uma violação ao sistema: facultar-se-ia às partes modificar o que foi expressamente determinado pela legislação civil. Em última análise, efetivado o casamento, objetivo primário do particular, mediante o acesso ao Judiciário, seria permitido a ele retificar o que foi determinado pela lei. Do ponto de vista valorativo, esta solução apresentase como tão ou mais vulnerável para a sociedade do que a estabelecida pelo Código Civil no que concerne ao regime da separação legal de bens. Justifica-se, portanto, a orientação jurisprudencial, que veda às partes esta opção.

Nesse contexto, de inequívoca polaridade entre duas concepções contrastantes, autonomia e institucionalização, que ainda permeiam o âmbito patrimonial no ordenamento privado brasileiro, a solução a ser preconizada reside, em última análise, no paulatino estabelecimento de claras diretrizes jurisprudenciais fundadas em uma lógica de razoabilidade, a fim de salvaguardar a esfera de liberdade que o codificador civil pretendeu conceder ao particular para moldar a sua vida patrimonial no âmbito do matrimônio.

REFERÊNCIAS

ALEXANDER, Gregory. The New Marriage Contract and the limits of private ordering. In: *Cornell Law Faculty Publications*, paper 459, p. 503 e ss., 1998.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica, perspectivas estrutural e funcional. In: *Estudos em homenagem ao Professor Dr. Ferrer Correira*. Coimbra, v. II, 1989. p. 5-39.

BRASIL. Apelação Cível nº 70040404667, 8ª C.Cív., Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, J. 24.02.2011.

_____. Apelação Cível nº 70055750996, 7ª C.Cív., Relª Desª Sandra Brisolara Medeiros, J. 11.06.2014.

_____. Provimento nº 24/2003-CGJRS. Recurso desprovido. Apelação Cível nº 70009999251, 8ª C.Cív., Rel. Des. Alfredo Guilherme Englert, J. 17.02.2005.

_____. REsp 730.546/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Jorge Scartezzini, J. 23.08.2005.

_____. REsp 119462, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, J. 26.02.2013.

_____. REsp 1.300.036/MT, 3ª Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, J. 13.05.2014.

_____. REsp 1.427.639/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, J. 10.03.2015.

_____. TJRS, Apelação Cível nº 70055750996, 7ª C.Cív., Relª Desª Sandra Brisolará Medeiros, J. 11.06.2014.

COSTA MACHADO; CHINELATO; LAMENZA. *Código civil interpretado*. 6. ed. Manole, 2013.

COUTO E SILVA, Clóvis do. Direito patrimonial de família. *Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre*, n. 1, p. 39 e ss., 1971.

_____. Direito patrimonial de família no projeto de Código Civil brasileiro e no Direito português. *RT*, 520, p. 11 e ss.

_____. *A obrigação como processo*. José Bushatski, 1976.

DEL PRATO, Enrico. Matrimonio, famiglia, parentela: prospettive di inizio secolo. In: *Diritto Privato - Studi in onore di Antonio Palazzo*. UTET, 2009. p. 227 e ss.

FARRULA JÚNIOR, Leônidas Filipone. Do regime de bens entre os cônjuges. In: LEITE, Heloísa Maria Daltro (Coord.). *O novo Código Civil: do direito de família*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.

GOMES, Orlando. *Direito de família*. 14. ed. Forense, 2000.

GOZZO, Débora. *Pacto antenupcial*. Saraiva, 1992.

HOLZHAUER, Heinz. Krise und Zukunft der Ehe. *Juristische Zeitung*, v. 10, p. 492 a 498, 2009.

MADALENO, Rolf. *Curso do direito de família*. 4. ed. Forense, 2011.

MAFRA, Tereza Cristina Monteiro. Contratualização do casamento e simplificação das formas: questões relativas a estado civil e reconciliação. *Revista Brasileira de Direito de Família*, v. 41, p. 66 e ss.

MARTY, Gabriel. La Théorie de l'Institution. *La Pensée du Doyen Maurice Hauriou et son Influence*. Paris: Pedonne, 1969. p. 33 e ss.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Direito de família*. Sérgio Antonio Fabris, 1990. p. 121-125, 375.

SAVATIER, René. De la portée et de la valeur du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, v. 20, p. 93-121, 1921.

SCHWAB, Dieter. *Familienrecht*. 20. ed. Beck Verlag, 2012.

STAKE, Jeffrey Evans; GROSSBERG, Michael; FINEMAN, Martha; AMAR, Akhil Reed; AUSTIN, Regina; ULEN, Thomas S. Opportunities for and limitations of Private Ordering in Private Law. *Indiana Law Journal*, v. 73, p. 535-565, 1998.

TEPEDINO, Gustavo. Controvérsias sobre regime de bens no novo Código Civil. *Direito das Famílias e Sucessões*, n. 2, p. 5 e ss., 2008.

VERAS, Érica Verícia Canuto de Oliveira. Possibilidade de alteração de regime de bens (REsp 1.119.462/MG). *Direito das Famílias e Sucessões*, n. 34, p. 98 e 107, 2013.

XAVIER, José Tadeu Neves. Questões relevantes sobre a mutabilidade de bens do casamento. *Revista de Direito Privado*, 52, p. 193 e ss., 2012.

Submissão em: 26.07.2015

Avaliado em: 24.08.2015 (Avaliador A)

Avaliado em: 29.07.2015 (Avaliador B)

Avaliado em: 19.04.2016 (Avaliador C)

Aceito em: 12.07.2016

AVALIAÇÃO AMBIENTAL ESTRATÉGICA: UMA VISÃO DA CONSTRUÇÃO IDEOLÓGICA MUNDIAL E OS SEUS REFLEXOS NO BRASIL

STRATEGIC ENVIRONMENTAL ASSESSMENT: AN IDEOLOGICAL WORLD CONSTRUCTION VISION AND ITS CONSEQUENCES IN BRAZIL

Heloise Siqueira Garcia¹

Doutoranda do PPCJ pela Univali

Maria Claudia da Silva Antunes de Souza²

Doutora e Mestre em Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad pela Universidade de Alicante – Espanha

ÁREA(S) DO DIREITO: direito ambiental.

RESUMO: O presente artigo científico visa a trazer algumas considerações acerca da evolução histórica da Avaliação Ambiental Estratégica por meio de uma verificação de sua desenvoltura

em âmbito mundial e brasileiro, de modo a demonstrar que, para melhor compreender os objetivos de tal instrumento ambiental, necessário é entender o seu surgimento e a sua desenvoltura. Deste modo, apresenta-se o presente trabalho científico, que tem

¹ Mestre em Ciência Jurídica pelo PPCJ – Univali. Mestre em *Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad* pela Universidad de Alicante – Espanha. Pós-Graduada em Direito Previdenciário e do Trabalho pela Univali. Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí – Univali. Advogada. *E-mail:* helo_sg@hotmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/7299765667103907>.

² Doutora e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – Univali. Professora no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica nos Cursos de Doutorado e Mestrado em Ciência Jurídica e na Graduação no Curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí – Univali. Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Estado, Direito Ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade”, cadastrado no CNPq/EDATS/Univali. Coordenadora do Projeto de Pesquisa aprovado no CNPq intitulado: “Análise comparada dos limites e das possibilidades da avaliação ambiental estratégica e sua efetivação com vistas a contribuir para uma melhor gestão ambiental da atividade portuária no Brasil e na Espanha”. *E-mail:* mclaudia@univali.br. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/2095171218854616>.

como objetivo geral *analisar* a evolução histórica da Avaliação Ambiental Estratégica no mundo e que implicações tal desenvoltura teve sobre o Brasil; e como objetivos específicos *verificar* o surgimento dos dispositivos legais mundiais que tratam sobre a Avaliação Ambiental Estratégica e quais as suas principais características; e *estudar* os avanços já obtidos no Brasil no que diz respeito à Avaliação Ambiental Estratégica. Na metodologia, foi utilizado o método indutivo na fase de investigação; na fase de tratamento de dados, o método cartesiano; e, no relatório da pesquisa, foi empregada a base indutiva. Foram também acionadas as técnicas do referente, da categoria, dos conceitos operacionais, da pesquisa bibliográfica e do fichamento.

PALAVRAS-CHAVE: avaliação de impactos ambientais; avaliação ambiental estratégica; direito ambiental.

ABSTRACT: *This research paper aims to bring some considerations about the historical evolution of the Strategic Environmental Assessment through a verification of its resourcefulness in global and Brazilian context, in order to demonstrate that to better understand the aims of such environmental instrument is necessary to understand its emergence and resourcefulness. This scientific work is presented in these lined ideas, having as general objective to analyze the historical evolution of Strategic Environmental Assessment in the world and what implications such resourcefulness had on Brazil; and specific objectives to check the emergence of global legal provisions that deal with Strategic Environmental Assessment and what its main features; and to study the progress already achieved in Brazil about Strategic Environmental Assessment. In the methodology was used the inductive method in the investigation phase; in the data processing phase the cartesian method and in the research report was employed the inductive base. Was also triggered the techniques of reference, category, operational concepts, bibliographic research and book report.*

KEYWORDS: *environmental impact assessment; strategic environmental assessment; environmental law.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O nascimento de um instrumento ambiental e a sua desenvoltura mundial; 2 A construção da ideia da Avaliação Ambiental Estratégica no Brasil; Considerações finais; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 The birth of an environmental instrument and its global resourcefulness; 2 The construction of the Strategic Environmental Assessment idea in Brazil; Final considerations; References.*

INTRODUÇÃO

O artigo tem como tema principal a busca de uma análise do escorço histórico da Avaliação Ambiental Estratégica por meio de uma verificação de sua desenvoltura em âmbito mundial e brasileiro.

O tema se faz importante, pois não há como se compreender o presente sem antes o passado ser analisado, sendo que, para melhor se estudar os objetivos de determinado instituto legal, necessário é entender o seu surgimento e a sua desenvoltura, motivo este que torna os estudos de análise de evolução histórica tão importantes.

O desenvolvimento do artigo se dará, primordialmente, no âmbito do direito ambiental, onde se buscará analisar doutrinas e legislações ambientais específicas com a temática.

Por tudo isto, este artigo terá como objetivo geral *analisar* a evolução histórica da Avaliação Ambiental Estratégica no mundo e que implicações tal desenvoltura teve sobre o Brasil; e como objetivos específicos *verificar* o surgimento dos dispositivos legais mundiais que tratam sobre a Avaliação Ambiental Estratégica e quais as suas principais características; e *estudar* os avanços já obtidos no Brasil no que diz respeito à Avaliação Ambiental Estratégica.

Portanto, como problemas centrais serão enfocados os seguintes questionamentos: Como e onde surgiu a Avaliação Ambiental Estratégica? Como seguiu a aplicação da Avaliação Ambiental Estratégica no mundo? Quais as principais normativas a tratarem da Avaliação Ambiental Estratégica no mundo? A Avaliação Ambiental Estratégica possui disposição legal no Brasil? Como a Avaliação Ambiental Estratégica vem sendo utilizada no Brasil?

Para tanto, o artigo foi dividido em duas partes: “O nascimento de um instrumento ambiental e a sua desenvoltura mundial” e “A construção da ideia da Avaliação Ambiental Estratégica no Brasil”.

Na metodologia, foi utilizado o método indutivo na fase de investigação; na fase de tratamento de dados, o método cartesiano; e, no relatório da pesquisa, foi empregada a base indutiva. Foram também acionadas as técnicas do referente³,

³ “Explicitação prévia do motivo, objetivo e produto desejado, delimitado o alcance temático e de abordagem para uma atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” (PASOLD, Cesar Luis. *Prática da pesquisa jurídica e metodologia da pesquisa jurídica*. Florianópolis: OAB/SC, 2007. p. 241)

da categoria⁴, dos conceitos operacionais⁵, da pesquisa bibliográfica⁶ e do fichamento⁷.

1 O NASCIMENTO DE UM INSTRUMENTO AMBIENTAL E A SUA DESENVOLTURA MUNDIAL

Antes do início do estudo da evolução histórica de aplicação mundial do instrumento ambiental Avaliação Ambiental Estratégica, doravante AAE, é importante realizar uma pequena introdução de abordagem conceitual para o melhor desenvolvimento da lógica de estudo.

A AAE é instrumento bastante amplo, ligado às políticas públicas e à governança, constituindo-se como importante ferramenta de gestão ambiental “[...] que fornece oportunidades para a formulação de políticas, planos e programas mais sensíveis às questões ambientais; facilita a integração e coordenação entre vários atores institucionais; e aumenta e fortalece a participação pública”⁸.

Riki Therivel⁹ é breve ao conceituá-la como “[...] um processo que objetiva integrar as considerações de meio ambiente e sustentabilidade em tomada de decisões estratégicas”¹⁰.

Deve-se ter em mente que a AAE tem o dever de discutir políticas públicas, não sendo apenas um instrumento para justificá-las, “[...] necessitando

⁴ “Palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou expressão de uma idéia.” (Idem, p. 229)

⁵ “Definição estabelecida ou proposta para uma palavra ou expressão, com o propósito de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias expostas.” (Idem, p. 229)

⁶ “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais.” (Idem, p. 240)

⁷ “Técnica que tem como principal utilidade otimizar a leitura na pesquisa científica, mediante a reunião de elementos selecionados pelo pesquisador que registra e/ou resume e/ou reflete e/ou analisa de maneira sucinta, uma obra, um ensaio, uma tese ou dissertação, um artigo ou uma aula, segundo referente previamente estabelecido.” (Idem, p. 233)

⁸ PELLIN, Angela et al. Avaliação Ambiental Estratégica no Brasil: considerações a respeito do papel das agências multilaterais de desenvolvimento. *Engenharia Sanitária e Ambiental*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 1, mar. 2011 (ISSN 1413-4152). Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-41522011000100006&lang=pt>. Acesso em: 20 mar. 2012.

⁹ THERIVEL, Riki. *Strategic Environmental Assessment in Action*. 2. ed. London; Washington: Earthscan, 2010. p. 3.

¹⁰ Tradução livre da autora do original: “*Strategic environmental assessment (SEA) is a process that aims to integrate environmental and sustainability considerations into strategic decision-making*”.

estar articulada com seu processo de formulação, a fim de subsidiar a tomada de decisão frente a alternativas viáveis e sua comparação”¹¹.

Na realidade, a AAE vem a se diferenciar dos demais instrumentos de controle ambiental devido à sua amplitude, à sua ligação com as políticas públicas e à governança ambiental, relacionando-se diretamente com políticas, planos e programas, conhecido no mundo doutrinário ambiental como “PPPs”, sendo nesse sentido que Riki Therivel e Maria Partidário¹² desenvolvem um conceito bastante básico e direto: “Avaliação Ambiental (AA) de uma ação estratégica: uma política, plano ou programa”.

Maria Partidário¹³ considera que o objetivo da AAE consiste em facilitar a integração ambiental e a avaliação das oportunidades e dos riscos de estratégias decorrentes de uma ação no quadro de um desenvolvimento sustentável. Sendo necessário considerar que estas estratégias de ação estão fortemente associadas à formulação de políticas, sendo desenvolvidas no contexto de processos de planejamentos e programação.

Foi os Estados Unidos da América o país pioneiro mundial na regulamentação da Avaliação de Impacto Ambiental, doravante AIA, como um conjunto amplo de requerimento de avaliação ambiental, por meio do seu Ato de Política Nacional do Meio Ambiente (*National Environmental Policy Act*), doravante Nepa, já no ano de 1969.

Segundo Gary Haq¹⁴, todo o sistema de AIA apresentou-se como uma convergência de diversos fatores, como, por exemplo, uma tradição de planejamento nacional, um novo nível de preocupação pública com o meio ambiente; o aumento das escalas e preocupações mais amplas dos grandes programas de desenvolvimento; e o fracasso dos procedimentos de avaliação e de revisão de projetos para contabilizar impactos ecológicos e sociais evidentes.

¹¹ MACIEL, Marcela Albuquerque. Políticas públicas e desenvolvimento sustentável: avaliação ambiental estratégica como instrumento de integração da sustentabilidade ao processo decisório. *Anais do Congresso Brasileiro de Direito Ambiental*, São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1 v., 2011. p. 463.

¹² THERIVEL, Riki; PARTIDARIO, Maria R. Introduction. In: THERIVEL, Riki; PARTIDÁRIO, Maria R. (Ed.). *The practice of strategic environmental assessment*. London: Earthscan, 1996. p. 4.

¹³ PARTIDÁRIO, Maria R. *Guia de boas práticas para avaliação ambiental estratégica: orientações metodológicas*. Amadora: Agência Portuguesa de Ambiente, 2007. p. 9.

¹⁴ HAQ, Gary. Background and contexto f astrategic environmental assessment. In: CARATTI, Pietro; DALKMANN, Holger; JILIBERTO, Rodrigo. *Analysing Strategic Environmental Assessment. Towards better decision-making*. Cheltenham, UK; Northampton, USA: Edward Elgar, 2004. p. 5.

O “Nepa apresenta uma política nacional ambiental e, como forma de alcançar essa política, requer que agências federais avaliem os impactos ambientais de suas ações”¹⁵.

Contudo, salienta-se que, de antemão, a criação pela legislação americana apenas previu a utilização da AIA¹⁶, porém a lacuna legal deixada pela expressão “ações federais” fez com que se abrissem discussões conceituais, onde houve, então, a regulação de incorporar àquela legislação, também, as políticas, os planos e os programas.

A expressão “ações federais” acabou por ser considerada pelo Conselho de Qualidade Ambiental (*Council for Environmental Quality*) como os projetos, os programas, as regras, os regulamentos, os planos, as políticas ou os procedimentos levados a efeito pelo governo americano. Tornando os EUA o primeiro país a contar com um requisito formal e legal de AAE¹⁷.

Interessante salientar que, apesar de possuir a primeira legislação a tratar sobre o tema, esta foi pouco alterada e aperfeiçoada, funcionando praticamente da mesma forma desde o referido ano de criação. A legislação não lista quais os tipos de ações estratégicas que requerem AAE, ficando a exigência em uma definição vaga de todas as propostas de legislação ou outra ação federal maior

¹⁵ Tradução livre da autora do original: “Nepa sets out a national environmental policy and, as a means of achieving this policy, requires that federal agencies assess the environmental impacts of their actions” (THERIVEL, Riki. *Strategic Environmental Assessment in Action*, p. 45-46).

¹⁶ Salienta-se que, para a visão americana, AIA e AAE são instrumentos distintos, a primeira ligada a projetos e a segunda a políticas, planos e programas. Para o pensamento da autora, que segue corroborado por Edis Milaré (leia mais sobre o assunto em: MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente*. 8. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 739/775), Felipe Campanha Demarchi e Flavia Trentini (leia mais sobre o assunto em: DEMARCHI, Felipe Campanha; TRENTINI, Flávia. Estudo de impacto ambiental: apreciação crítica sobre a sua efetividade. In: BENJAMIM, Antonio Herman et al. (Org.). *Anais do Congresso Brasileiro de Direito Ambiental*. PNMA: 30 anos da Política Nacional de Meio Ambiente. São Paulo; Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 3 v., 2011) e Gary Haq (leia mais sobre o assunto em: HAQ, Gary. Background and context of strategic environmental assessment. In: CARATTI, Pietro; DALKMANN Holger; JILIBERTO, Rodrigo. *Analysing Strategic Environmental Assessment*. Towards better decision-making, p. 7-9), a AIA é um instrumento genérico, do qual decorrem algumas espécies, muitas delas observadas no Brasil, como, por exemplo, o Estudo de Impacto Ambiental, o Estudo de Viabilidade Ambiental, o Relatório Preliminar Ambiental e o Relatório do Controle Ambiental, porém outras não, como é o caso da Avaliação Ambiental Estratégica.

¹⁷ MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE - MMA. Secretaria de Qualidade Ambiental nos Assentamentos Humanos - SQA - *Avaliação Ambiental Estratégica*, Projeto Instrumentos de Gestão - Progestão, Brasília: MMAqSQA, 2002. p. 39.

que afete significativamente a qualidade do meio ambiente humano, reduzindo-se, portanto, apenas a iniciativas federais ou que requeiram aprovação federal¹⁸.

Seguindo uma ordem cronológica, após mais de 20 anos da legislação americana, a Nova Zelândia promulgou em 1991 a Lei nº 69/1991¹⁹, Política de Gestão de Recursos, onde acabou por integrar os princípios da avaliação ambiental à estrutura formal de planejamento, resultando em um esquema de abordagem integrada de planejamento, avaliação e gestão ambiental, adotando duas formas de incorporação dos princípios de avaliação ambiental e gestão sustentável de recursos: avaliação de impacto ambiental de projetos e avaliação ambiental dos instrumentos de planejamentos, a englobar, este último, políticas e planos²⁰.

Na Nova Zelândia, a AAE é aplicada a todo tipo de decisões estratégicas (políticas, planos e programas), excluindo-se os setores de gestão costeira e de exploração de recursos minerais, sem possuir métodos específicos²¹.

O ano de 1993 foi um bom ano para a AAE, pois no referido ano houve a sua implementação na Holanda, na Grã-Bretanha e na Dinamarca, por meio de atos normativos específicos.

Na Holanda, a AAE vem como uma evolução intrínseca da AIA de projetos²², sendo que, inclusive, para a avaliação de planos e programas, é usado o mesmo quadro regulamentar dos projetos sem qualquer alteração. A AIA de projetos foi introduzida na legislação já no ano de 1987, sendo que já naquela época aplicava-se a alguns tipos de planos e decisões políticas que envolvessem o uso do solo e as suas modificações, o abastecimento de água, a gestão de resíduos, a aplicação de combustíveis fósseis e energia eólica; contudo, diversas outras propostas de lei, política e planejamento ficavam à margem da exigência de avaliações²³.

¹⁸ THERIVEL, Riki. *Strategic Environmental Assessment in Action*, p. 46-47.

¹⁹ NOVA ZELÂNDIA. Resource Management Act 1991, 22 de julho de 1991. Disponível em: <<http://www.legislation.govt.nz/act/public/1991/0069/latest/DLM230265.html>>. Acesso em: 15 abr. 2015.

²⁰ MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE - MMA. Secretaria de Qualidade Ambiental nos Assentamentos Humanos - SQA - *Avaliação Ambiental Estratégica*, Projeto Instrumentos de Gestão - Progestão, p. 27.

²¹ Idem, p. 27-28.

²² Quase todos os países estudados referenciam-se à AIA de projetos, no Brasil esse tratamento é dado ao Estudo de Impacto Ambiental.

²³ MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE - MMA. Secretaria de Qualidade Ambiental nos Assentamentos Humanos - SQA - *Avaliação Ambiental Estratégica*, Projeto Instrumentos de Gestão - Progestão, p. 37.

No ano de 1993, após uma revisão na política ambiental ocorrida em 1991, que determinou a necessidade de acompanhamento e informações a qualquer proposta estratégica com consequência potencialmente significativa ao meio ambiente, o governo holandês concluiu que mesmo assim tais requisitos ainda não eram satisfatórios, determinando a introdução formal de exigências para a consideração de impactos ambientais no processo de tomada de decisão por meio de requisitos estabelecidos no Plano Nacional de Meio Ambiente. Dessa forma, a AAE é regularmente usada como subsídio à formulação de políticas sob a forma de teste ambiental, planos e programas sob a forma de “Avaliação de Impacto Ambiental Estratégica” (*Strategic Environmental Impact Assessment*)²⁴.

Na Dinamarca, a AAE foi adotada no ano de 1993 por meio de um despacho administrativo do Gabinete do Primeiro Ministro, o qual determinou que todas as propostas de legislação e outras propostas governamentais submetidas à aprovação do Parlamento fossem acompanhadas de uma avaliação ambiental. No ano de 1995, um novo despacho estendeu os tipos de impacto que deveriam ser avaliados²⁵.

Como a sua aplicação não se dá por legislação formal, e sim por ato administrativo, a AAE acaba dependendo do apoio governamental e da intenção de cumprir os seus objetivos, tanto por parte do Ministério do Meio Ambiente como dos outros ministérios, tornando a decisão de proceder a AAE discricionária²⁶.

Na Grã-Bretanha, a AAE é instrumento de ampla aplicação, estando regulamentada por três documentos de diretrizes, sendo o primeiro datado de 1993: *Apreciação Ambiental de Planos de Desenvolvimento* (*Environmental Appraisal of Development Plans*), o qual instituiu as diretrizes para a AAE de planos diretores físico-territoriais municipais; *Apreciação de Políticas e o Meio Ambiente* (*Policy Appraisal and the Environment*), de 1998; e *Diretrizes de Boa Prática de Apreciação da Sustentabilidade dos Planos Regionais* (*Good Practice Guide on Sustainability Appraisal of Regional Planning Guidance*), de 1999, aplicado a planos de desenvolvimento regionais e municipais. Nos países que a compõe, a AAE é aplicada a políticas, planos e programas, gerais e setoriais, de maneira sistemática e complexa, servindo de referência mundial²⁷.

²⁴ Idem, *ibidem*.

²⁵ Idem, p. 31.

²⁶ Idem, *ibidem*.

²⁷ Idem, p. 34.

No ano de 1998, a África do Sul instituiu legislação para regulamentar a AAE por meio da Lei nº 107/1998²⁸, Lei Nacional de Gestão Ambiental (*National Environmental Management Act*), onde foram estabelecidas noções conceituais, modelos e um guia passo a passo para a sua aplicação. Destaca-se que no referido país a AAE se dá de maneira voluntária, não sendo incumbência obrigatória de nenhuma parte envolvida na tomada de decisão²⁹.

No Canadá, a regulamentação da AAE se deu no ano seguinte, 1999, por meio de decreto do Gabinete de Ministros, onde foi determinada a aplicação da avaliação ambiental às políticas, aos planos e aos programas, com o objetivo de implementação de Estratégias para o Desenvolvimento Sustentável. A AAE é, desde então, aplicada a todo tipo de políticas, planos e programas, globais e setoriais, sendo feita pelo próprio proponente (*self-assessment*)³⁰.

No ano de 2001 é lançada a segunda maior normativa a tratar da AAE, a Diretiva 2001/42/CE³¹, elaborada pela União Europeia e que alcançou a exigibilidade de incorporação nos seus 28 Países-membros³².

As discussões sobre uma diretiva europeia que tratasse da AAE se iniciou ao mesmo tempo em que se discutia a diretiva sobre AIA de projetos, por volta do ano de 1975, tendo sido primeiro concebida como uma diretiva que abordaria as duas temáticas; porém, quando a primeira diretiva que trata da AIA foi aprovada, no ano de 1985, a mesma acabou por abordar apenas os projetos³³.

²⁸ ÁFRICA DO SUL. National Environmental Management Act. Act nº 107, 1998. Disponível em: <http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=201087>. Acesso em: 15 abr. 2015.

²⁹ GRANADO, Juliete Ruana Mafra. A Avaliação Ambiental Estratégica na aplicação do paradigma da sustentabilidade: os anseios do bem-estar equilibrado e o apoio à boa governança no cenário global. Dissertação de Mestrado (Curso de Mestrado em Ciência Jurídica). Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Universidade do Vale do Itajaí - Univali. Itajaí/SC: Univali, 2015. p. 91.

³⁰ MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE - MMA. Secretaria de Qualidade Ambiental nos Assentamentos Humanos - SQA - *Avaliação Ambiental Estratégica*, Projeto Instrumentos de Gestão - Progestão, p. 29-30.

³¹ UNIÃO EUROPEIA. Directiva nº 2001/42/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de junho de 2001, relativa à avaliação dos efeitos de determinados planos e programas no ambiente. *Jornal Oficial*, n. L 197, de 21 de julho de 2001. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32001L0042&from=PT>>. Acesso em: 15 abr. 2015.

³² A União Europeia ainda possui diretiva específica para AIA de projetos, Diretiva nº 2011/92/UE (UNIÃO EUROPEIA. Directiva nº 2011/92/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de dezembro de 2011 relativa à avaliação dos efeitos de determinados projectos públicos e privados no ambiente. *Jornal Oficial*, n. L 26/1, de 28 de janeiro de 2012. Disponível em: <<http://www.apai.org.pt/m1/1328186720directiva201192ue.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2015).

³³ THERIVEL, Riki. *Strategic Environmental Assessment in Action*, p. 51.

Todavia, diversas diretivas que a seguiram e que trataram sobre temáticas específicas acabaram por, aos poucos, englobar a AAE, como é o caso da Diretiva Geral de Transportes, de 1993 e a Diretiva Geral de Regiões, do mesmo ano³⁴. Sem contar diversos Países-membros que já a aplicavam em legislações e normativas específicas, como é o caso dos anteriormente tratados na Grã-Bretanha, na Dinamarca e na Holanda.

Tendo sido publicada o ano de 2001, os Estados-membros tinham até o ano de 2004 para implementar a diretiva nas legislações de seus países, tendo a Comissão Europeia publicado no ano de 2003 um guia de como interpretar os requerimentos da diretiva. Porém, no tempo aprazado apenas 9 dos 25 Países-membros da época (hoje são 28) haviam trasladado a diretiva à sua legislação. Foi só no ano de 2008 que a grande maioria dos países procedeu à implementação da diretiva, sendo que a Comissão Europeia ainda possui 23³⁵ casos de infrações ativos³⁶.

Interessantes destaques são feitos à Diretiva que se distingue um pouco das demais legislações: ela é aplicada apenas a planos e programas, excluindo-se as políticas, intervindo nos setores de agricultura, florestas, pesca, energia, indústria, transportes, gestão de resíduos, gestão de recursos hídricos, telecomunicações, turismo, ordenamento de território, uso e ocupação de solo; ela apenas considera os efeitos “ambientais”, e não a sustentabilidade.

As Diretrizes para Avaliação Ambiental Estratégica estabelecem bases mínimas a serem alcançadas pelos países membros, o que gera milhares de outras Avaliações Ambientais Estratégicas todos os anos na Europa que acabam resultando, cada vez mais, no melhoramento e desenvolvimento dessas ações estratégicas.³⁷

³⁴ MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE – MMA. Secretaria de Qualidade Ambiental nos Assentamentos Humanos – SQA – *Avaliação Ambiental Estratégica*, Projeto Instrumentos de Gestão – Progestão, p. 41.

³⁵ Dado obtido no livro de Riki Therivel, datado de 2010. Não se conseguiu atualização destes números, considerando-se, deste modo, ainda tal estimativa.

³⁶ THERIVEL, Riki. *Strategic Environmental Assessment in Action*, p. 51-52.

³⁷ DANTAS, Marcelo Buzaglo; SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes de; CÔRTE, Juliana Guimarães Malta. Avaliação Ambiental Integrada no Brasil e a legalidade da exigência de sua realização. In: SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes de (Coord.). *Avaliação Ambiental Estratégica: possibilidades e limites como instrumento de planejamento e apoio à sustentabilidade*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 21.

Na análise de aplicação da AAE em alguns países, traz-se, por fim, o destaque da China, que aprovou a Lei de Avaliação de Impacto Ambiental do povo da República da China³⁸ (*Environmental Impact Assessment Law of the People's Republic of China*) no ano de 2002 e a tornou operacional no mês de setembro do ano seguinte. A referida legislação é aplicada tanto a planos como a projetos e tem por objetivo implementar o desenvolvimento sustentável estratégico, prevenindo impactos ambientais de planos e construção de projetos, assim como promover o desenvolvimento coordenado da economia, da sociedade e do meio ambiente³⁹.

Em agosto de 2009, o governo chinês publicou uma nova regulamentação de um Plano de Avaliação de Impactos Ambientais (*Plan Environmental Impact Assessment – PEIA*), que se aplica especificamente a ações estratégicas, o qual se baseia na referida legislação de 2002⁴⁰.

Ademais, ainda destaca-se a existência de um protocolo de possibilidade de aplicação universal (qualquer País-parte das Nações Unidas poderá aderi-lo), que visa à unificação dos ditames de AAE estabelecido por países, aplicando-se a planos e programas de impostos transfronteiriços e nacionais. Trata-se do Protocolo de Kiev⁴¹, assinado no ano de 2003, mas em vigor desde o ano de 2010, contando atualmente com 26 Países-membros⁴². “Seu conteúdo é semelhante a uma diretriz europeia sobre AAE (2001/42) e a União Europeia é um membro signatário do Protocolo de Kiev desde 2008”⁴³. Tendo como objetivo primordial

³⁸ CHINA. Environmental Impact Assessment Law of the People's Republic of China, 28 de outubro de 2002. Disponível em: <http://api.commissiomer.nl/docs/os/sea/legislation/china_s_ea_legislation_03.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2015.

³⁹ THERIVEL, Riki. *Strategic Environmental Assessment in Action*, p. 60.

⁴⁰ Idem, p. 61.

⁴¹ NAÇÕES UNIDAS. Projecto de Protocolo Relativo à Avaliação Ambiental Estratégica. Kiev, maio de 2003. Disponível em: <http://www.unece.org/env/eia/sea_protocol.html>. Acesso em: 24 fev. 2015.

⁴² Interessante é o destaque, considerando o caráter de tentativa de construção conceitual do presente trabalho científico, de que tal documento internacional já traz por si, também, um conceito do que seria a Avaliação Ambiental Estratégica em seu art. 2º, n. 6, *in verbis*: “[...] avaliação dos efeitos prováveis no ambiente, e na saúde, o que inclui a determinação do âmbito de um relatório ambiental e a sua elaboração, a participação e consulta do público e a tomada em consideração do relatório ambiental e dos resultados da participação e da consulta do público num plano ou programa [...] (NAÇÕES UNIDAS. Projecto de Protocolo Relativo à Avaliação Ambiental Estratégica. Kiev, maio de 2003. Disponível em: <http://www.unece.org/env/eia/sea_protocol.html>. Acesso em: 24 fev. 2015).

⁴³ PRIEUR, Michel. Avaliação do Impacto Ambiental em um contexto transfronteiriço, especificamente sobre atividades relacionadas à energia nuclear. In: SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes de

evitar os efeitos irreversíveis e severos, proteger as áreas de conservação e manter os habitats críticos e as áreas de conservação de biodiversidade importantes⁴⁴.

Destaca-se pesquisa elaborada por Fernandes e Parada⁴⁵, que buscou considerar o enquadramento internacional da AAE, resultando-se na seguinte tabela:

TABELA I – ENQUADRAMENTO REGULAMENTAR DA AMOSTRA DE PAÍSES

Tipo de enquadramento regulamentar	Países
AAE definida em legislação específica	Portugal, Espanha, França, Bélgica, Itália, Reino Unido, Suécia, República Checa, Polónia, Estónia, Canadá, Brasil
AAE integrada na legislação preexistente de Avaliação de Impacte Ambiental (AIA)	Holanda, Alemanha, Finlândia, China
AAE integrada em legislação enquadradora ou temática	Áustria, Nova Zelândia, Estados Unidos da América

Fonte: FERNANDES, P.; PARADA, F. A Avaliação Ambiental Estratégica de planos e programas do sector eléctrico: práticas mundiais e a experiência da rede eléctrica nacional. *XIII Encuentro Regional Iberoamericano de Cigré*. Porto Iguaçú, Argentina, 2009. Disponível em: <<http://www.labplan.ufsc.br/congressos/XIII%20Eriac/C3/C3-04.pdf>>. Acesso em: 25 fev. 2013.

Porém, após a pesquisa aqui realizada, ainda se acrescentaria a Dinamarca no último quadro e a África do Sul no primeiro. Assim como se retiraria o Brasil da primeira categoria, pois ainda não há legislação federal que a regule, apenas alguns projetos de lei que tramitam no Congresso Federal dos quais se especificará no próximo item⁴⁶.

(Coord.). *Avaliação Ambiental Estratégica: possibilidades e limites como instrumento de planejamento e apoio à sustentabilidade*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 5.

⁴⁴ Idem, p. 6.

⁴⁵ FERNANDES, P.; PARADA, F. A Avaliação Ambiental Estratégica de planos e programas do sector eléctrico: práticas mundiais e a experiência da rede eléctrica nacional. *XIII Encuentro Regional Iberoamericano de Cigré*, Porto Iguaçú / Argentina, 2009. Disponível em: <<http://www.labplan.ufsc.br/congressos/XIII%20Eriac/C3/C3-04.pdf>>. Acesso em: 25 fev. 2013.

⁴⁶ Para um aprofundamento desses diversos sistemas de aplicação da AAE, recomenda-se a leitura, além do referido artigo, do primeiro capítulo da obra *Analysing Strategic Environmental Assessment* (HAQ, Gary. Background and contexto f astrategic environmental assessment. In: CARATTI, Pietro; DALKMANN Holger; JILIBERTO, Rodrigo. *Analysing Strategic Environmental Assessment*. Towards

Desta forma, considerando a referida tabela e os dados apresentados, pode-se observar que a AAE é bastante aplicada mundialmente, considerando-se que 57% dos países aqui apresentados já possuem legislação específica sobre o tema.

2 A CONSTRUÇÃO DA IDEIA DA AVALIAÇÃO AMBIENTAL ESTRATÉGICA NO BRASIL

Como observado na primeira parte do presente trabalho, após a sua implementação legal pelos EUA, a AAE passou a desenvolver-se e ser aplicada em diversos países; porém no Brasil ainda não se possui qualquer regulamentação de ordem federal específica, apesar de alguns Estados brasileiros, assim como alguns setores empresariais, já a utilizarem por meio de normativas e estruturas próprias.

A experiência brasileira em AAE é recente e limitada. Não há definição de marco legal, tampouco orientação e diretrizes técnicas que possam estabelecer uma base de referência para a sua prática voluntária. As iniciativas registradas estão ligadas aos setores de infra-estrutura, notadamente aos segmentos de energia e transportes, e fortemente baseadas na AIA. A adoção da AAE numa abordagem mais estratégica é mais recente e tem no setor de turismo a iniciativa mais promissora.⁴⁷

Izabella Mônica Vieira Teixeira⁴⁸ explica que a desenvoltura da AAE no Brasil se desenvolveu em dois grandes momentos: um identificado em meados dos anos 90, mais especificamente entre os anos 1994 e 1998; e outro diferente desenrolado a partir de 1999.

O primeiro momento é marcado pelas primeiras tentativas formais de Avaliação Ambiental aplicada a instâncias estratégicas de planejamento,

better decision-making, p. 5-15), em especial o item 1.4, onde o autor trabalha sobre os três sistemas de AAE.

⁴⁷ TEIXEIRA, Izabella Mônica Vieira. O uso da Avaliação Ambiental Estratégica no planejamento da oferta de blocos para exploração e produção de petróleo e gás natural no Brasil: uma proposta. Tese de Doutorado (Curso de Doutorado em Ciências em Planejamento Energético). Programas de Pós-Graduação de Engenharia da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro/RJ: UFRJ, 2008. p. 62.

⁴⁸ Idem, p. 61-73.

sendo todas caracterizadas como informais, pontuais e voltadas para atender demandas específicas. Tais experiências são caracterizadas por se basearem na AIA e na Avaliação de Impactos Cumulativos, doravante AIC, de projetos de grande porte⁴⁹.

Nessa fase foram realizadas avaliações ambientais de cunho estratégico, por exemplo, no caso do gasoduto Brasil-Bolívia (Gasbol), realizado no ano de 1994 por exigência do Banco Mundial⁵⁰; na realização do Estudo de Impacto Ambiental do Programa de Corredores de Ônibus da Prefeitura de São Paulo, que buscou avaliar, de forma integrada, diversos projetos de corredores de transporte coletivo, em uma perspectiva de avaliação ambiental programática; e na tentativa de estruturação de um sistema de AAE no estado de São Paulo⁵¹, esta não bem-sucedida⁵².

O segundo momento, desenvolvido a partir de 1999, é marcado por iniciativas setoriais voluntárias, sem apenas vincular-se ao cumprimento de exigências de agências multilaterais de financiamento; assim como pelo envolvimento do Governo Federal e dos Governos estaduais para a adoção de

⁴⁹ Idem, p. 61.

⁵⁰ “No caso do gasoduto Brasil-Bolívia, tem-se um empreendimento binacional, cuja decisão de construção foi fundamentada em dois aspectos estratégicos: (a) diversificação da matriz energética brasileira, permitindo a ampliação do uso de gás para a geração de energia elétrica; (b) integração energética na América Latina, a partir da exploração e produção de gás na Bolívia e seu fornecimento ao Brasil, por intermédio da construção de um gasoduto que ligasse os dois países.” (Idem, p. 63-64)

⁵¹ “No caso do Estado de São Paulo, registre-se a tentativa de regulamentação do uso da AAE de modo a ampliar a aplicação da avaliação de impacto ambiental para políticas e programas setoriais. Essa tentativa fundamentou-se da percepção das limitações da avaliação ambiental aplicada a projetos individuais, conforme a experiência acumulada pela prática de análise de EIA desde 1987. A intenção foi de buscar um novo instrumento de análise ambiental, a ser aplicado no nível de planejamento dos setores governamentais que promovem grandes projetos. Por decisão do Conselho Estadual de Meio Ambiente (Consema), estabeleceu-se, em 1994, uma comissão com o objetivo de analisar e propor um sistema que possibilitasse a avaliação das questões ambientais nas instâncias de formulação de políticas, planos e programas de interesse público. O modelo proposto seguiu uma abordagem fortemente influenciada pela prática da AIA, segundo um sistema de baixo para cima (*bottom-up*), e um caminho que atribuía à autoridade ambiental do governo a decisão sobre a viabilidade ambiental de programas e planos de desenvolvimento, uma espécie de ‘licenciamento ambiental de PPP’.

O resultado foi que não houve aceitação dessa proposta por parte dos demais setores do governo estadual, fazendo com que ela não fosse adiante. Em 1997, o governo do estado promoveu o estudo ‘Procedimentos Alternativos para a Operacionalização da AAE no Sistema Estadual de Meio Ambiente’ que, entre as suas recomendações, sugeriu que se buscasse uma estratégia pragmática de ajuste às práticas correntes de planejamento dos diferentes setores.” (Idem, p. 63)

⁵² Idem, p. 61.

processos formais e elementos básicos necessários à propositura de uma AAE. As principais iniciativas efetivamente concluídas vinculam-se aos setores de energia, transporte e turismo⁵³.

Foi nessa época, inclusive, que se iniciaram as discussões sobre a possibilidade de adoção desse instrumento no Ministério do Meio Ambiente, tendo sido publicada apostila no ano de 2002 com dados básicos da AAE, onde o Ministério busca chamar a atenção da comunidade acadêmica e da legislativa brasileira para o uso da AAE no Brasil.

A partir disso houve, ainda, o desenvolvimento de um programa de capacitação de AAE, que teve como objetivo atingir quadros técnicos governamentais a partir de casos pilotos reais⁵⁴.

Ademais, como já comentado, alguns Estados passaram a adotar, formalmente, a AAE nas suas gestões como instrumento de planejamento e suporte à tomada de decisão no âmbito das políticas de infraestrutura, como foi o caso de São Paulo, de Minas Gerais e do Rio de Janeiro.

No Estado de Minas Gerais, a Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável – Semad teve a iniciativa de criar um projeto de implementação da Avaliação Ambiental Estratégica, onde criou os Núcleos de Gestão Ambiental – NGA por meio do Decreto nº. 43.372/2003, que possui como uma de suas funções a elaboração da Avaliação Ambiental Estratégica.

Na proposta de implantação do programa⁵⁵, o Governo do Estado elenca, então, o conceito de Avaliação Ambiental Estratégica, os seu objetivos, quais as suas principais características, quais as etapas, qual a sua finalidade e as vantagens de sua implementação.

No Estado de São Paulo também está havendo a aplicação do instrumento desde o ano de 1994, conforme brevemente comentado, por meio da criação da

⁵³ Idem, p. 73.

⁵⁴ SOUZA, Cristiane Mansur de Moraes. Avaliação Ambiental Estratégica (AAE): limitações dos estudos de impacto ambiental (EIA). *XVII Simpósio Brasileiro de Recursos Hídricos*, São Paulo. Disponível em: <www.abrh.org.br/nov/xcii_simp_bras_rec_hidric_sao_paulo_041.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2013. p. 9.

⁵⁵ MINAS GERAIS. Semad – Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável do Estado de Minas Gerais. Proposta de implantação da Avaliação Ambiental Estratégica. Minas Gerais, 2003. Disponível em: <www.meioambiente.mg.gov.br/images/stories/coisas/aae_apostila.pdf>. Disponível em: 25 fev. 2013.

Resolução nº 44, de 29 de dezembro, do Consema. Além de aplicá-la em diversas experiências práticas, podendo-se destacar:

- o Estudo de Impacto Ambiental do Programa de corredores de ônibus da prefeitura de São Paulo;
- a criação da usina hidrelétrica de Tijuca Alto;
- o programa de despoluição do Rio Tietê;
- o programa de transporte no Litoral Norte do Estado de São Paulo;
- a criação do Rodoanel Metropolitano, anel rodoviário na região da Grande São Paulo proposto como solução para o escoamento de carga entre o sul e o norte do País;
- a sua concepção no Plano Estratégico de Desenvolvimento da Cidade de São Paulo.⁵⁶

No Estado do Rio de Janeiro, a aplicação foi no âmbito do Município do Rio de Janeiro, onde, no plano diretor do Município, Lei Complementar nº 111/2011⁵⁷, a AAE é intrinsecamente exigida no art. 300⁵⁸.

Ademais, ainda pode-se destacar a aplicação da AAE em diversos projetos a partir do ano de 2002⁵⁹:

- Programa de Desenvolvimento do Turismo no Nordeste (Prodetur/NE), 2002⁶⁰;

⁵⁶ MMA – MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. *Avaliação ambiental estratégica*, p. 44-46.

⁵⁷ RIO DE JANEIRO. Lei Complementar nº 111, de 1º de fevereiro de 2011. Câmara Municipal do Rio de Janeiro, em 28 de março de 2011. Disponível em: <<http://mail.camara.rj.gov.br/APL/Legislativos/contlei.nsf/a99e317a9cfec383032568620071f5d2/cdd6a33fa14df524832578300076df48?OpenDocument>>. Acesso em: 17 abr. 2015.

⁵⁸ “Art. 300. Os órgãos responsáveis pelas políticas públicas setoriais, que integram a Política Urbana proposta por este Plano Diretor, deverão promover a integração entre seus planos, programas e projetos através da institucionalização de procedimentos administrativos que consolidem a articulação intersetorial de forma sistemática sobre bases geográficas comuns, análises conjuntas e definição de ações articuladas, racionalizadas e potencializadas em que sejam otimizados seus recursos.” (Idem)

⁵⁹ Dados obtidos a partir da palestra de Paulo Cesar Gonçalves Egler, da Universidade de Brasília (UnB), no 18º Congresso Brasileiro de Direito Ambiental [EGLER, Paulo Cesar Gonçalves. *Situações da Avaliação Ambiental Estratégica no Brasil. 18º Congresso Brasileiro de Direito Ambiental*, São Paulo: Fundação Mokiti Okada, 6 de junho de 2013 (Comunicação Oral)].

⁶⁰ Leia mais em: BANCO DO NORDESTE. Prodetur. Ampliando as atividades turísticas do nordeste. Disponível em: <<http://www.bnb.gov.br/prodetur>>. Acesso em: 17 abr. 2015.

- Eixos de integração e desenvolvimento da Amazônia, 2002⁶¹;
- Eixos estruturantes da região oeste do Paraná, 2002⁶²;
- Exigência realizada pelo Tribunal de Contas da União no Acórdão nº 464/2004⁶³;
- Bacia do Alto Paraguai, 2006-2008⁶⁴;
- Estudo da Dimensão Territorial para o planejamento, 2006-2007⁶⁵;
- Oficina de AAE do Ministério dos Transportes, 2008⁶⁶,

Complementariamente, ainda se destaca a tabela criada por Izabella Mônica Vieira Teixeira⁶⁷, onde ela apresenta os principais projetos que aplicaram a AAE no Brasil, qual o setor, em que ano foi realizado, quais foram as instituições promotoras e as informações técnicas dos mesmos.

⁶¹ Leia mais em: BECKER, Bertha K. Os Eixos de integração e desenvolvimento da Amazônia. *Revista Território*, ano IV, n. 6, p. 29-42, jan./jun. 1999. Disponível em: <http://www.revistaterritorio.com.br/pdf/06_4_becker.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2015.

⁶² Leia mais em: OESTE EM DESENVOLVIMENTO. Planejamento do território. Eixos estruturantes. Disponível em: <<http://www.oesteemdesenvolvimento.com.br/planejamento/eixos-estruturantes>>. Acesso em: 17 abr. 2015.

⁶³ Leia mais em: BRASIL. TCU, Plenário, Acórdão nº 464/2004, Rel. Min. Humberto Guimarães Souto, DOU 12.05.2004. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ServletTcuProxy>>. Acesso em: 17 abr. 2015.

⁶⁴ Segundo o palestrante, foi realizado todo um estudo durante os anos de 2006 e 2008, e a AAE foi efetivamente elaborada, mas isso nunca foi efetivamente publicado.

⁶⁵ Composto de 7 volumes, onde a AAE foi chamada de Avaliação de Sustentabilidade. Leia mais em: BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Estudo da Dimensão Territorial para o Planejamento. Brasília: MP, 2008. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/spi/programas_projeto/planejamento_territorial/plan_ter_Vol1.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2015.

⁶⁶ Segundo o palestrante, tal oficina foi motivada por um empréstimo do Banco Mundial para o Ministério dos Transportes, objetivando criar uma metodologia para a aplicação da AAE pelo Poder Executivo, com conteúdo que abordava responsabilidades, etapas e procedimentos para assegurar a qualidade, mas isso nunca foi efetivamente publicado.

⁶⁷ TEIXEIRA, Izabella Mônica Vieira. O uso da avaliação ambiental estratégica no planejamento da oferta de blocos para exploração e produção de petróleo e gás natural no Brasil: uma proposta, p. 76.

Projeto	Setor	Ano	Promotores	Informações Técnicas
Bacia Araguaia-Tocantins	Energia Elétrica	2002	CEPEL – Eletrobrás	Desenvolvimento de metodologia para o planejamento da geração de hidroeletricidade com aplicação de estudo de caso na Bacia dos rios Araguaia e Tocantins.
Plano Indicativo 2003-2012	Energia Elétrica	2002	CEPEL COPPE	Avaliação da viabilidade ambiental do Plano de acordo com critérios de sustentabilidade, considerando-se 3 níveis de análises: projetos, conjunto de projetos e o plano como um todo.
Complexo do Rio Madeira	Energia Elétrica	2005	FURNAS	Avaliação dos efeitos ambientais de longo prazo (mudanças significativas para designar mudanças em processos instaurados na região) físicos e institucionais associados à implantação e operação do complexo Hidroelétrico do Rio Madeira e a sustentabilidade do desenvolvimento decorrente.
Bacia de Camamu-Almada (2002-2003) – BA	Petróleo (<i>upstream</i>)	2002	Consórcio de Empresas	Subsidiar planejamento de investimento de E&P em 5 blocos exploratórios concedidos, com especial atenção à cumulatividade de impactos ambientais dos projetos possíveis e orientações para o processo de licenciamento ambiental das possíveis alternativas de aproveitamento.
AAE do COMPERJ	Petróleo	2007	Petrobras	Avaliar os potenciais efeitos socioambientais da implantação do Complexo Petroquímico do Rio de Janeiro e suas sinergias com outros projetos co-localizados, como o Arco Metropolitano e o PLANGÁS.
PRODETUR-SUL (2004)	Turismo	2004	BID – MTur	Análise dos impactos sócio-ambientais; medidas de monitoramento e o controle dos impactos; e recomendações para a gestão ambiental do Programa (AAE programática).
Plano de Desenvolvimento Integrado do Turismo Sustentável na Costa Norte	Turismo	2006	MTur	Uso da AAE como suporte ao planejamento do desenvolvimento do turismo na região da Costa Norte (estados do Ceará, Piauí e Maranhão) a partir da avaliação das implicações ambientais associadas às opções de desenvolvimento do turismo, em discussão entre o Ministério do Turismo e os Estados.
RODOANEL-SP	Transportes	2004	CONSEMA DER-SP	Viabilidade Ambiental x AIA CUMULATIVIDADE → subsídios para o licenciamento e identificação de possíveis conflitos.
Programa Rodoviário de Minas Gerais	Transportes	2006	Governo de Minas Gerais	Avaliar as implicações ambientais do Programa Rodoviário de Minas Gerais.
AAE no PPA federal	Planejamento	2002 2006	Ministério do Planejamento	Avaliar o uso da AAE como ferramenta de apoio à decisão em nível estratégico no processo de planejamento do desenvolvimento do País, considerando-se a perspectiva de visão integrada no território e as implicações ambientais de projetos co-localizados.

Fonte: TEIXEIRA, Izabella Mônica Vieira. O uso da Avaliação Ambiental Estratégica no planejamento da oferta de blocos para exploração e produção de petróleo e gás natural no Brasil: uma proposta. Tese de doutorado. (Curso de Doutorado em Ciências em Planejamento Energético) Programas de Pós-Graduação de Engenharia da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro/RJ: UFRJ, 2008. p. 76.

Além de todas essas aplicações observadas no Brasil, a AAE ainda foi, e é, objeto de diversos projetos de lei, datados desde 1988 com o primeiro até 2013, o mais atual:

- PL 710/1988 (Deputado Fábio Feldmann)⁶⁸;
- PL 2.072/2003 (Deputado Fernando Gabeira)⁶⁹;
- PL 3.729/2004 (Deputado Luciano Zica)⁷⁰;
- PL 3.957/2004 (Deputada Anna Pontes)⁷¹;
- PL 261/2011 (Deputado Marçal Filho)⁷²; e
- PL 4.996/2013 (Deputado Sarney Filho)⁷³.

Por todas essas considerações, observa-se que no Brasil a AAE acaba por possuir alguma aplicabilidade a partir do reflexo de toda a desenvoltura mundial observada, porém sem qualquer regulamentação a nível federal que possibilite a sua estruturação correta e o atendimento às suas prerrogativas, de modo a não constituir-se uma anarquia instrumental.

A AAE poderia fomentar o crescimento de diversos setores da economia, como, por exemplo, agricultura, floresta, pesca, energia, indústria, transporte, saneamento básico, turismo, gerenciamento de águas, telecomunicações e planejamento de solo urbano e rural, por meio da criação de políticas, planos

⁶⁸ BRASIL. Projeto de Lei nº 710, de 24 de maio de 1988. Torna obrigatórios a elaboração de estudo de impacto ambiental e respectivo relatório de impacto ambiental (Rima). Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=15760>>. Acesso em: 17 abr. 2015.

⁶⁹ BRASIL. Projeto de Lei nº 2.072, de 24 de setembro de 2003. Altera a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, a fim de dispor sobre a avaliação ambiental estratégica de políticas, planos e programas. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=134963>>. Acesso em: 17 abr. 2015.

⁷⁰ BRASIL. Projeto de Lei nº 3.729, de 8 de junho de 2004. Dispõe sobre o licenciamento ambiental, regulamenta o inciso IV do § 1º do artigo 225 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=257161>>. Acesso em: 17 abr. 2015.

⁷¹ BRASIL. Projeto de Lei nº 3.957, de 7 de julho de 2004. Regulamenta o inciso IV do § 1º do artigo 225 da Constituição Federal; revoga o artigo 10 da Lei nº 6.938, de 1981 (Lei nº 7.704, de 1989). Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=260606>>. Acesso em: 17 abr. 2015.

⁷² BRASIL. Projeto de Lei nº 261, de 8 de fevereiro de 2011. Altera a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, a fim de dispor sobre a avaliação ambiental estratégica de políticas, planos e programas. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=491399>>. Acesso em: 17 abr. 2015.

⁷³ BRASIL. Projeto de Lei nº 4.996, de 20 de fevereiro de 2013. Altera a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, tornando a Avaliação Ambiental Estratégica um dos instrumentos da Política Nacional de Meio Ambiente, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=565264>>. Acesso em: 17 abr. 2015.

e programas que visassem ao seu avanço, considerando a manutenção da sustentabilidade, como já realizado em diversos países com resultados positivos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Avaliação Ambiental Estratégica é instrumento bastante amplo, ligado às políticas públicas e à governança, constituindo-se como importante ferramenta de gestão ambiental, que se propõe a uma avaliação estratégica, prévia, focado em políticas, planos e projetos, ligando-se à ideia de prevenção de danos ambientais a partir de uma visão global de aspectos que visem à minoração dos danos ambientais, na busca do real alcance de uma sociedade sustentável.

O seu surgimento se dá nos Estados Unidos da América por meio do Ato de Política Nacional do Meio Ambiente (*National Environmental Policy Act*), já no ano de 1969. A partir daí diversos países passaram a utilizá-la e implementá-la em suas normativas internas: Nova Zelândia, em 1991; Holanda, Grã-Bretanha e Dinamarca, em 1993; África do Sul, em 1998; Canadá, em 1999; toda a União Europeia, a partir de Diretiva específica datada de 2001; e a China, em 2003.

No Brasil, entretanto, ainda não se possui qualquer regulamentação de ordem federal específica, apesar de alguns Estados brasileiros, como São Paulo, Minas Gerais e Rio de Janeiro, assim como alguns setores empresariais, já a utilizarem por meio de normativas e estruturas próprias.

Além de todas essas aplicações, a AAE ainda foi, e é, objeto de diversos projetos de lei, datados desde 1988, com o primeiro até 2013, o mais atual.

Por todas essas considerações, observa-se que, no Brasil, a AAE acaba por possuir alguma aplicabilidade a partir do reflexo de toda a desenvoltura mundial observada, porém sem qualquer regulamentação a nível federal que possibilite a sua estruturação correta e o atendimento às suas prerrogativas, de modo a não constituir-se uma anarquia instrumental.

REFERÊNCIAS

ÁFRICA DOSUL. National Environmental Management Act. Act nº 107, 1998. Disponível em: <http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=201087>. Acesso em: 15 abr. 2015.

BANCO DO NORDESTE. Prodetur. Ampliando as atividades turísticas do nordeste. Disponível em: <<http://www.bnb.gov.br/prodetur>>. Acesso em: 17 abr. 2015.

BECKER, Bertha K. Os eixos de integração e desenvolvimento da Amazônia. *Revista Território*, ano IV, n. 6, p. 29-42, jan./jun. 1999. Disponível em: <http://www.revistaterritorio.com.br/pdf/06_4_becker.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2015.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Estudo da Dimensão Territorial para o Planejamento. Brasília: MP, 2008. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/spi/programas_projeto/planejamento_territorial/plan_ter_Vol1.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2015.

_____. Projeto de Lei nº 2.072, de 24 de setembro de 2003. Altera a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, a fim de dispor sobre a avaliação ambiental estratégica de políticas, planos e programas. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=134963>>. Acesso em: 17 abr. 2015.

_____. Projeto de Lei nº 261, de 8 de fevereiro de 2011. Altera a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, a fim de dispor sobre a avaliação ambiental estratégica de políticas, planos e programas. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=491399>>. Acesso em: 17 abr. 2015.

_____. Projeto de Lei nº 3.729, de 8 de junho de 2004. Dispõe sobre o licenciamento ambiental, regulamenta o inciso IV do § 1º do artigo 225 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=257161>>. Acesso em: 17 abr. 2015.

_____. Projeto de Lei nº 3.957, de 7 de julho de 2004. Regulamenta o inciso IV do § 1º do artigo 225 da Constituição Federal; revoga o artigo 10 da Lei nº 6.938, de 1981 (Lei nº 7.704, de 1989). Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=260606>>. Acesso em: 17 abr. 2015.

_____. Projeto de Lei nº 4.996, de 20 de fevereiro de 2013. Altera a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, tornando a Avaliação Ambiental Estratégica um dos instrumentos da Política Nacional de Meio Ambiente, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=565264>>. Acesso em: 17 abr. 2015.

_____. Projeto de Lei nº 710, de 24 de maio de 1988. Torna obrigatórios a elaboração de estudo de impacto ambiental e respectivo relatório de impacto ambiental (RIMA). Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=15760>>. Acesso em: 17 abr. 2015.

_____. TCU, Plenário, Acórdão nº 464/2004, Rel. Min. Humberto Guimarães Souto, DOU 12.05.2004. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ServletTcuProxy>>. Acesso em: 17 abr. 2015.

CHINA. Environmental Impact Assessment Law of the People's Republic of China, 28 de outubro de 2002. Disponível em: <http://api.commissiomer.nl/docs/os/sea/legislation/china_s_ea_legislation_03.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2015.

DANTAS, Marcelo Buzaglo; SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes de; CÔRTE, Juliana Guimarães Malta. Avaliação Ambiental Integrada no Brasil e a legalidade da exigência de sua realização. In: SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes de (Coord.). *Avaliação Ambiental Estratégica: possibilidades e limites como instrumento de planejamento e apoio à sustentabilidade*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.

DEMARCHI, Felipe Camapnha; TRENTINI, Flávia. Estudo de impacto ambiental: apreciação crítica sobre a sua efetividade. In: BENJAMIM, Antonio Herman et al. (Org.). *Anais do Congresso Brasileiro de Direito Ambiental*, PNMA: 30 anos da Política Nacional de Meio Ambiente. São Paulo, Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 3 v., 2011.

EGLER, Paulo Cesar Gonçalves. Situações da Avaliação Ambiental Estratégica no Brasil. *18º Congresso Brasileiro de Direito Ambiental*, São Paulo: Fundação Mokiti Okada, 6 de junho de 2013 (Comunicação Oral).

FERNANDES, P.; PARADA, F. A Avaliação Ambiental Estratégica de planos e programas do sector eléctrico: práticas mundiais e a experiência da rede eléctrica nacional. *XIII Encuentro Regional Iberoamericano de Cigré*, Porto Iguazu/ Argentina, 2009. Disponível em: <<http://www.labplan.ufsc.br/congressos/XIII%20Eriac/C3/C3-04.pdf>>. Acesso em: 25 fev. 2013.

GRANADO, Juliete Ruana Mafra. A Avaliação Ambiental Estratégica na aplicação do paradigma da sustentabilidade: os anseios do bem-estar equilibrado e o apoio à boa governança no cenário global. Dissertação de Mestrado (Curso de Mestrado em Ciência Jurídica). Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Universidade do Vale do Itajaí - Univali. Itajaí/SC: Univali, 2015.

HAQ, Gary. Background and contexto f astrategic environmental assessment. In: CARATTI, Pietro; DALKMANN Holger; JILIBERTO, Rodrigo. *Analysing Strategic Environmental Assessment*. Towards better decision-making. Cheltenham, UK; Northampton, USA: Edward Elgar, 2004.

MACIEL, Marcela Albuquerque. Políticas públicas e desenvolvimento sustentável: Avaliação Ambiental Estratégica como instrumento de integração da sustentabilidade ao processo decisório. *Anais do Congresso Brasileiro de Direito Ambiental*, São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1 v., 2011.

MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente*. 8. ed. São Paulo: RT, 2013.

MINAS GERAIS. Semad - Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável do Estado de Minas Gerais. Proposta de implantação da Avaliação Ambiental

Estratégica. Minas Gerais, 2003. Disponível em: <www.meioambiente.mg.gov.br/images/stories/coisas/aae_apostila.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2013.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE – MMA. Secretaria de Qualidade Ambiental nos Assentamentos Humanos – SQA – *Avaliação Ambiental Estratégica*, Projeto Instrumentos de Gestão – Progestão, Brasília: MMAqSQA, 2002.

NAÇÕES UNIDAS. Projecto de Protocolo Relativo à Avaliação Ambiental Estratégica. Kiev, maio 2003. Disponível em: <http://www.unece.org/env/eia/sea_protocol.html>. Acesso em: 24 fev. 2015.

NOVA ZELÂNDIA. Resource Management Act 1991, 22 de julho de 1991. Disponível em: <<http://www.legislation.govt.nz/act/public/1991/0069/latest/DLM230265.html>>. Acesso em: 15 abr. 2015.

OESTE EM DESENVOLVIMENTO. Planejamento do território. Eixos Estruturantes. Disponível em: <<http://www.oesteemdesenvolvimento.com.br/planejamento/eixos-estruturantes>>. Acesso em: 17 abr. 2015.

PARTIDÁRIO, Maria R. *Guia de boas práticas para avaliação ambiental estratégica: orientações metodológicas*. Amadora: Agência Portuguesa de Ambiente, 2007.

PASOLD, Cesar Luis. *Prática da pesquisa jurídica e metodologia da pesquisa jurídica*. Florianópolis: OAB/SC, 2007.

PELLIN, Angela et al. Avaliação Ambiental Estratégica no Brasil: considerações a respeito do papel das agências multilaterais de desenvolvimento. *Engenharia Sanitária e Ambiental*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 1, mar. 2011 (ISSN 1413-4152). Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-41522011000100006&lang=pt. Acesso em: 20 mar. 2012.

PRIEUR, Michel. Avaliação do Impacto Ambiental em um contexto transfronteiriço, especificamente sobre atividades relacionadas à energia nuclear. In: SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes de (Coord.). *Avaliação Ambiental Estratégica: possibilidades e limites como instrumento de planejamento e apoio à sustentabilidade*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.

RIO DE JANEIRO. Lei Complementar nº 111, de 1º de fevereiro de 2011. Câmara Municipal do Rio de Janeiro, em 28 de março de 2011. Disponível em: <<http://mail.camara.rj.gov.br/APL/Legislativos/contlei.nsf/a99e317a9cfec383032568620071f5d2/cd6a33fa14df524832578300076df48?OpenDocument>>. Acesso em: 17 abr. 2015.

SOUZA, Cristiane Mansur de Moraes. Avaliação Ambiental Estratégica (AAE): limitações dos estudos de impacto ambiental (EIA). *XVII Simpósio Brasileiro de Recursos Hídricos*, São Paulo. Disponível em: <www.abrh.org.br/nov/xcii_simp_bras_rec_hidric_sao_paulo_041.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2013.

TEIXEIRA, Izabella Mônica Vieira. O uso da Avaliação Ambiental Estratégica no planejamento da oferta de blocos para exploração e produção de petróleo e gás natural no Brasil: uma proposta. Tese de Doutorado (Curso de Doutorado em Ciências em Planejamento Energético). Programas de Pós-Graduação de Engenharia da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro/RJ: UFRJ, 2008.

THERIVEL, Riki. *Strategic Environmental Assessment in Action*. 2. ed. London/Washington: Earthscan, 2010.

_____; PARTIDARIO, Maria R. Introduction. In: THERIVEL, Riki; PARTIDÁRIO, Maria R. (Ed.). *The practice of strategic environmental assessment*. London: Earthscan, 1996.

UNIÃO EUROPEIA. Directiva nº 2001/42/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de junho de 2001, relativa à avaliação dos efeitos de determinados planos e programas no ambiente. *Jornal Oficial*, n. L 197, de 21 de julho de 2001. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32001L0042&from=PT>>. Acesso em: 15 abr. 2015.

_____. Directiva nº 2011/92/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de dezembro de 2011, relativa à avaliação dos efeitos de determinados projectos públicos e privados no ambiente. *Jornal Oficial*, n. L 26/1, de 28 de janeiro de 2012. Disponível em: <<http://www.apai.org.pt/m1/1328186720directiva201192ue.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2015.

Submissão em: 25.07.2015

Avaliado em: 31.08.2015 (Avaliador A)

Avaliado em: 04.08.2015 (Avaliador B)

Avaliado em: 04.05.2016 (Avaliador C)

Aceito em: 12.07.2016

A INSUFICIÊNCIA DA CIÊNCIA PROCESSUAL PARA TUTELAR DIREITOS DIFUSOS - MIRADAS SOBRE A COISA JULGADA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL EM MATÉRIA AMBIENTAL

THE FAILURE OF THE JUDICIAL PROCESS AS A GUARDIANSHIP OF THE DIFFUSE RIGHTS - AN ANALYSIS ABOUT THE RES JUDICATA IN THE NEW PROCEDURE CODE IN ENVIRONMENTAL MATTERS

Jeferson Dytz Marin¹
Doutor em Direito

Patrícia Strauss Riemenschneider McPherson²
Mestranda em Direito

ÁREA(S) DO DIREITO: direito processual civil; direito ambiental.

RESUMO: Este trabalho analisa o instituto da coisa julgada aplicado ao Direito Ambiental. Examina a ciência processual que possui caráter privatista e individualista e que não serve para tutelar bens jurídicos ambientais. Analisa aspectos do novo Código de Processo Civil e, também, de sua insuficiência para tutelar as lides ambientais. Trata da evolução normativa trazida pela Lei da

Ação Civil Pública ao trazer inúmeras inovações e ao flexibilizar importantes institutos, como, por exemplo, o da coisa julgada. Critica, no entanto, a limitação territorial da coisa julgada em sentenças de procedência. Limitação esta que é ainda mais absurda quando a lide posta em juízo é de cunho ambiental.

PALAVRAS-CHAVE: coisa julgada; processo coletivo; direito ambiental.

ABSTRACT: *This paper analyzes the institution of res judicata applied*

¹ Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (RS). Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (RS). Professor do Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Caxias do Sul pela USC (RS). Advogado. *E-mail:* jdmarin@ucs.br. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/0169455265201716>.

² Especialista em *Environmental Policy* pela Open University - Londres. Mestranda em Direito Ambiental pela Universidade de Caxias do Sul. Advogada. *E-mail:* patriciastraussr@gmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/0272456496053542>.

to environmental law. It examines the procedural rules of science with privatized and individualistic character that do not serve to protect legal environmental assets. Analyses aspects of the New Procedure Code and its insufficiency of tackling environmental issues. It also addresses the normative evolution brought by the Law of the Public Civil Action by bringing numerous innovations and flexibilized important institutes such as the *res judicata*. However, it criticizes the territorial limitation of *res judicata* in favourable decisions. This limitation is even more absurd when the object under judgement is of an environmental nature.

KEYWORDS: *res judicata; collective action; environmental law.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O equilíbrio ecológico como bem jurídico; 2 O ordenamento jurídico e a adoção da técnica individualista; 3 A coisa julgada no processo individual; 4 A coisa julgada no processo coletivo; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 The ecological balance as a legal right; 2 The juridical system and the adoption of the individualistic technique; 3 The res judicata in the individual process; 4 The res judicata in the collective process; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

A ciência processual e, em particular, o novo Código de Processo Civil, apesar de extremamente inovador em inúmeros aspectos, foi ainda construído tendo por base conceitos individualistas e privatistas. Para o Direito Processual, a lide posta em juízo se limita, como regra, a tutelar interesses de quem sofreu o dano contra quem causou o dano, do credor contra o devedor, do autor contra o réu.

Inúmeros institutos processuais são, assim, inócuos quando um bem ambiental necessita de proteção. Conceitos tradicionais, como o de legitimação, competência e, em especial, coisa julgada, não se adequam à tutela de direitos ambientais.

Se percebe, portanto, que mesmo com o advento de um novo Diploma Processual, que traz inúmeras inovações dentro da ciência processual, ainda não se possui um sistema legal efetivo para lidar com questões ambientais.

No entanto, outras leis trouxeram flexibilizações e tentativas de tutelar direitos complexos, como o Direito Ambiental. Por meio da Lei da Ação Civil Pública, o legislador teve por bem em quebrar inúmeros paradigmas e conceitos que eram inadequados para a proteção processual do meio ambiente.

Entre eles, destaca-se a coisa julgada. Antes imutável, indiscutível e *inter partes* para lides privadas. Agora, discutível em caso de improcedência por insuficiência de provas e reutilizável por sujeitos que sofreram danos em casos de procedência da ação. Critica-se, no entanto, a limitação territorial dada à coisa julgada, que alcançaria somente os sujeitos que sofreram danos na área da competência territorial do juiz.

Este trabalho apresenta, em primeiro, as definições de bem jurídico ambiental, além de seus requisitos e suas consequências em caso de instabilidade. Após, trata da ciência processual como um todo e, em especial, do novo Código de Processo Civil, e da sua também ineficiência para abarcar questões de natureza ambiental. Trata, em seguida, sobre a ação civil pública como sendo um dos instrumentos mais efetivos na defesa do patrimônio ambiental, seus méritos e seus erros, no que tange à tutela processual ambiental.

1 O EQUILÍBRIO ECOLÓGICO COMO BEM JURÍDICO

O art. 3º, I, da Lei nº 6.938/1981 conceitua o meio ambiente como sendo “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”. A Constituição Federal, por sua vez, em seu art. 225, expõe que todos têm direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, já que é um bem de uso comum do povo. Tanto o Poder Público quanto a coletividade possuem o dever de preservá-lo para futuras e presentes gerações.

Percebe-se, então, que o objeto de tutela jurídica não é o meio ambiente somente, mas sim o *meio ambiente equilibrado*. Essa *qualidade* seria, portanto, o bem jurídico maior a ser protegido dentro do Direito Ambiental. Marcelo Abelha Rodrigues afirma que o meio ambiente equilibrado é um bem jurídico que é naturalmente indivisível, ubíquo e instável³.

Indivisível, porque, dividindo-o, teríamos uma alteração das suas propriedades ecológicas. O bem ambiental também seria ubíquo. Esta ubiquidade seria oriunda do fato de que ele não encontra fronteiras espaciais e territoriais. Além disso, também é considerado altamente instável, já que o equilíbrio ecológico é altamente sensível. Uma pequena alteração no sistema já poderia produzir um sério desequilíbrio ambiental.

³ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Processo civil ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 47.

Sendo o *meio ambiente equilibrado* o maior e mais importante bem jurídico do Direito Ambiental, a sua proteção torna-se imperativa. François Ost⁴ analisa o fato de que os avanços na proteção de bens jurídicos ambientais são inegáveis:

Se, nos primeiros tempos da protecção da natureza, o legislador se preocupava exclusivamente com tal espécie ou tal espaço, beneficiando dos favores do público (critério simultaneamente antropocêntrico, local e particular) chegamos hoje à protecção de objectos infinitamente mais abstractos e mais englobantes, como o clima ou a biodiversidade.

A complexidade do Direito Ambiental, no entanto, clama por novos direitos, por novos paradigmas, por novas concepções, por novos pensamentos. Enrique Leff⁵ traduz tal necessidade quando fala que a proteção ambiental questiona a presente ordem jurídica, que foi construída sobre os princípios do direito privado, que já não servem para lidar com bens ambientais. Seria necessária a abertura de um novo caminho de direitos culturais, ambientais e coletivos em um ordenamento que respondesse às novas formas de propriedade e de apropriação promovidos por processos de socialização da natureza.

Adequando ao nosso ordenamento jurídico, fica claro que a atual legislação e, em particular, a ciência processual, por meio do novo Código de Processo Civil, não responde à dinamicidade e complexidade que possui a tutela de um bem ambiental. Para Jeferson Marin e Carlos Lunelli⁶: “Tratando-se, o bem ambiental, de direito difuso e transindividual e, mais do que isso, de direito difuso que se sobrepõe aos demais de sua categoria, deve-se tratar o processo que se destina à sua tutela de maneira especial”. Acrescentam:

Essa tutela ambiental, realizada por meio de ações judiciais que seguem os princípios e procedimentos do processo civil, destinado primeiramente à solução de conflitos entre individuais, pode registrar reduzida efetividade, na medida em que sofre as influências de um processo fundado em princípios que se regem

⁴ OST, François. *A natureza à margem da lei*. Lisboa: Instituto Piaget, 1995. p. 112.

⁵ LEFF, Enrique. *Saber ambiental*. Rio de Janeiro: Vozes, 1998. p. 160.

⁶ MARIN, Jeferson; LUNELLI, Carlos Alberto. Meio ambiente, tutelas de urgência e processo coletivo. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S1692-302011000300005&script=sci_arttext>. Acesso em: 14 jul. 2014.

por ótica distinta. Assim, a tutela ambiental reclama tratamento diverso. Revela-se esquiua à adoção de alguns dos princípios do processo civil, tradicionalmente concebidos para a defesa de interesses individuais.

A proteção jurídica do bem ambiental, assim, necessita de adequação e modernização, de modo a abraçar a complexidade das relações jurídicas envolvidas em sua proteção, bem como garantir a ampla tutela do *meio ambiente equilibrado* para presentes e futuras gerações, conforme já preceituado pela Constituição Federal.

2 O ORDENAMENTO JURÍDICO E A ADOÇÃO DA TÉCNICA INDIVIDUALISTA

A garantia da efetividade da tutela processual ambiental passa, sem dúvida, por uma lei processual que alcance a complexidade do Direito Ambiental. No entanto, tanto o atual Código de Processo Civil quanto o novo Código de Processo Civil, este último sancionado em 16.03.2015, foram concebidos por meio de uma ideologia e um pensamento individualista e exclusivista.

Institutos como coisa julgada, legitimação para a causa, competência, direito probatório, entre outros, não parecem se adequar ao direito material ambiental que necessita cada vez mais de tutela e proteção.

Herança do Direito romano, referidos institutos foram reutilizados de forma a embasar o novo Código de Processo Civil. Apesar de ter sido idealizada, quando já se falava em tutela coletiva e tutela ambiental, a nova lei processual pecou por não abraçar conceitos de processo coletivo. Desta forma, parece compreensível que o novo Código de Processo Civil careça de técnica que possa solucionar e amparar assuntos relacionados ao Direito Material Ambiental. Ovídio Baptista⁷ de há muito fazia tal crítica, já que é, de fato, pouco crível que leis que foram embasadas em ordenamentos de muitos anos atrás possam ainda ser utilizadas e servir como método de solução de conflitos:

Aos que se dêem o trabalho de meditar sobre o fosso criado entre o “mundo jurídico” e a realidade social poderá parecer, no mínimo, curiosa a crença que envolve a doutrina processual contemporânea de que teríamos conseguido manter o processo civil identificado com

⁷ SILVA, Ovídio Baptista da Silva. *Processo e ideologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 90.

o novo mundo deste início do século XXI, valendo-nos dos mesmos princípios, das mesmas estruturas e mesmos instrumentos processuais utilizados pelos juristas do ocaso do império romano.

Para o autor, um dos maiores problemas do Direito Processual atual é, e sem dúvida continua sendo, a sua falta de flexibilização. A sua estagnação. A sua atualização (ou falta de). O seu engessamento⁸.

O direito material é dinâmico, adapta-se aos fatos ocorridos em nossa sociedade. Como exemplo, podemos citar o divórcio: antes não permitido, foi aceito no decorrer dos anos pelo Direito Civil, que o introduziu juntamente com institutos como da então separação, a conversão desta em divórcio e o próprio divórcio. A atualização foi mais longe, permitindo-se que o divórcio ocorra até mesmo sem a presença do juiz, mediante requisitos específicos determinados por lei.

E o Direito Processual? Aparentemente, possui função eterna e imodificável. Mas quais seriam as razões da falta de adequação entre a realidade social e o mundo jurídico? Quais seriam as causas da ausência de melhores instrumentos de proteção, a fim de garantir a plena efetividade de tutelas coletivas, em particular a tutela ambiental? Para Ovídio Baptista⁹, entre as várias razões destaca-se o fato de que a comunidade jurídica não possui a capacidade de “historicizar” a modernidade. Não é capaz de se adequar às novas situações fáticas de forma a garantir mudanças efetivas que garantam a tutela ambiental dentro do processo civil. Estampam o ordenamento processual com o “selo da eternidade”, que, de acordo com o autor, não pode existir no Direito e, tampouco, não pode existir no Direito Processual.

Fica fácil perceber que a tutela processual de bens ambientais não é a ideal dentro de nosso ordenamento, já que o Direito Processual Civil continua utilizando técnicas individualistas e exclusivistas, que, apesar de anseios, não vem se adequando à necessidade de atualização e de modificação. Para Jaqueline Mielke¹⁰:

⁸ Idem, p. 92.

⁹ Idem, p. 91.

¹⁰ MIELKE SILVA, Jaqueline. *O direito processual civil como instrumento de realização de direitos*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2005. p. 208.

É inegável que o Direito Processual Civil está em descompasso com a realidade contemporânea, em que pese termos alguns exemplos de tentativa de adequação. Temos um modelo de processo elaborado a partir das teorias que sustentaram a modernidade. Todavia, a sociedade se transformou. Vivemos hoje em uma sociedade globalizada. Portanto, o que talvez pudesse ser perfeitamente compatível com a era moderna, apresenta seríssimos problemas com o atual momento que estamos vivenciando, a chamada pós-modernidade. É preciso (re)construir o Direito Processual Civil a partir da sociedade em que atualmente vivemos. Para isso, é preciso reconhecer que ele está adaptado a uma tradição da era moderna e que, por esta razão, é imperfeito e insuficiente para resolver os conflitos que emergiram nesta nova era.

Embasado, assim, em regramentos modernos e não pós-modernos, o processo civil fica para trás. Está atrás dos fatos, atrás do direito material, atrás de leis esparsas e, principalmente, atrás da necessidade de adaptação à pós-modernidade, em que os direitos coletivos e difusos possuem grande relevância e importância, mas que não possuem, no entanto, a devida proteção processual. É inegável, no entanto, que o NCPC possui uma visão diferenciada do Código de Processo Civil de 1973. Contudo, ainda muito longe e tímida do que se esperaria de uma nova lei, quando o assunto é tutela de bens ambientais.

Importa ressaltar, no entanto, que leis como a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, a Lei de Crimes Ambientais e, principalmente, a Lei da Ação Civil Pública representaram, incontestavelmente, um enorme avanço na proteção material e processual ambiental. Paulo Roberto Pereira de Souza¹¹, assim como Mielke, também discorre sobre a necessidade de readequação do processo civil à pós-modernidade e, particularmente, às demandas ambientais.

Este novo direito de terceira geração quebra o paradigma tradicional e exige uma nova visão de conceitos e institutos jurídicos tradicionais e, conseqüentemente,

¹¹ SOUZA, Paulo Roberto Pereira. A tutela jurisdicional do meio ambiente e seu grau de eficácia. In: LEITE, Rubens Morato; DANTAS, Marcelo Buzaglio (Org.). *Aspectos processuais do direito ambiental*. 2. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2004. p. 232.

uma revisão do direito processual, em que o conceito de legitimidade, de coisa julgada, entre outros, seja adequado para tutelar este novo direito da solidariedade. Este direito não nasce do contrato ou da cidadania, mas, sim, da necessidade de se tutelar o objeto para assegurar a vida como fim supremo.

Apesar dos avanços que foram alcançados com a publicação das mencionadas leis, a tutela processual de bens ambientais ainda encontra severas limitações, omissões e questionamentos, já que o novo Código de Processo Civil ainda possui, em sua essência, relações individualistas, oriundas do Direito Privado, que não são suficientes para solucionar conflitos cujo objeto é a proteção ambiental.

3 A COISA JULGADA NO PROCESSO INDIVIDUAL

A importância em se estudar e analisar a coisa julgada reside no fato de que a proteção e a garantia a um meio ambiente equilibrado estão cerceadas por conceitos, princípios e paradigmas individualistas e privatistas, como a coisa julgada *inter partes*, que não serve para a tutela processual do meio ambiente.

O conceito de coisa julgada varia, assim, entre doutrinadores, conforme as suas correntes de pensamento. Sem dúvida, é um dos temas mais polêmicos e, ao mesmo tempo, mais importantes para a ciência processual¹². Para o novo Código de Processo Civil, coisa julgada material é a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso¹³. É um instrumento de pacificação social, já que o litígio posto em juízo foi ora resolvido e não poderá, como regra, ser futuramente rediscutido. Para Nelson Nery Júnior¹⁴, a coisa julgada material também é a “consequência necessária do exercício do direito de ação por meio do processo”.

Não se pode falar em coisa julgada sem citar Liebman, processualista italiano, cujas ideias tiveram grande influência nas leis processuais brasileiras atuais. Para ele, a “autoridade da coisa julgada não é um efeito da sentença,

¹² SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 1998. p. 485.

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Luiz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 2015. p. 124.

¹⁴ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 52.

como postula a doutrina unânime, mas sim, modo de manifestar-se e produzir-se dos efeitos da própria sentença, algo que a esses se ajunta para qualificá-los e reforçá-los em sentido bem determinado”¹⁵.

Para o novo Código de Processo Civil¹⁶, a coisa julgada é estabelecida entre as partes. São os chamados limites subjetivos da coisa julgada. Não prejudica terceiros¹⁷. A coisa julgada *inter partes* atinge, portanto, somente os envolvidos, somente autor e réu e, por essa razão, sem dúvida, não basta para a proteção de direitos coletivos. Se, por exemplo, temos uma comunidade inteira lesada pela poluição de um rio, pelas regras privatistas do Direito Processual, para que essa comunidade possa pleitear a reparação do dano, todos os envolvidos precisariam ajuizar a ação, juntos, em litisconsórcio facultativo, ou separados, de maneira individual. Não precisamos pensar em demasia para chegarmos à conclusão de que o acesso à justiça ambiental, pelas regras do NCPC, não é o adequado.

Se, todavia, o novo Código de Processo Civil continua sendo extremamente limitado no que tange à proteção de interesses difusos e coletivos, há outras leis que permitem a proteção processual de forma mais adequada. O chamado “microssistema processual coletivo” ou, ainda, “sistema processual coletivo”¹⁸ possui um corpo geral de normas que englobam a Lei da Ação Civil Pública, a Lei de Ação Popular, o Código de Defesa do Consumidor, a Lei da Ação Direta de Inconstitucionalidade e as próprias regras processuais do Estatuto da Criança e do Adolescente. Voltadas para a proteção ambiental podemos frisar, em específico a Lei da Ação Civil Pública e a Lei da Ação Popular.

4 A COISA JULGADA NO PROCESSO COLETIVO

4.1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A AÇÃO CIVIL PÚBLICA

A Lei nº 7.347/1985 foi moldada para a proteção de direitos transindividuais difusos e coletivos. Tem como objeto a reparação e a prevenção de danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, por infração da ordem econômica e

¹⁵ LIEBMAN, Enrico Tulio. *Eficácia e autoridade da sentença*. 2. ed. São Paulo: Forense, 1981. p. 46.

¹⁶ “Art. 506. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros.”

¹⁷ DONIZETTI, Elpídio. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 385.

¹⁸ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Processo civil ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 82.

da economia popular, à ordem urbana e, em geral, a qualquer outro interesse difuso e coletivo¹⁹.

É, sem dúvida, entre as demais leis, o melhor instrumento processual a serviço da tutela do bem jurídico ambiental²⁰. Trata-se de uma ação de conhecimento, mas de procedimento especial de jurisdição contenciosa. O seu objetivo é reparar o dano, em particular o ambiental, ou prevenir que ele ocorra. Para Zavascki²¹:

Bem se vê, destarte, à luz desses dispositivos, que a ação civil pública é instrumento com múltipla aptidão, que a torna meio eficiente para conferir integral tutela aos direitos transindividuais: tutela preventiva e reparatória, para obter prestações de natureza pecuniária (indenizações em dinheiro) ou pessoais (de cumprir obrigações de fazer ou de não fazer), o que comporta com o leque de provimentos jurisdicionais: condenatórios, constitutivos, inibitórios, executivos, mandamentais e meramente declaratórios.

Acrescenta Marcelo Abelha Rodrigues que os instrumentos como a concessão de tutela antecipada com requisitos mais amenos, o inquérito civil, a coisa julgada *in utilibus, secundum eventum probationes*, o compromisso de ajustamento de conduta, a competência do local do dano, etc., fazem da Lei da Ação Civil Pública um diploma recheado de técnicas efetivas em prol da proteção de direitos coletivos e difusos²².

Importa lembrar que a legitimação ativa para a tutela de interesses transindividuais, na Lei da Ação Civil Pública, é, no entanto, restrita. O “sujeito individual”, ainda que se ache lesado por dano ambiental, não possui titularidade para ingressar com a ação. O legislador entendeu em escolher determinados entes que representariam a sociedade como um todo e que, no pensamento da

¹⁹ “Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: I – ao meio-ambiente; II – ao consumidor; III – a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; IV – a qualquer outro interesse difuso ou coletivo. V – por infração da ordem econômica; VI – à ordem urbanística. VII – à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos.”

²⁰ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Processo civil ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 102.

²¹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 70-71.

²² RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Processo civil ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 102.

lei, seriam aptos o suficiente para defender, em nome próprio, direito alheio, por meio do instituto da substituição processual²³.

Zavascki salienta que a substituição processual atua apenas no plano do processo. Quem defende em juízo direito alheio não substitui o sujeito na relação de direito material, mas apenas na relação formal-processual²⁴.

4.2 A COISA JULGADA “IN UTILIBUS” NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Sem dúvida, a Lei da Ação Civil Pública representou um marco na proteção processual do bem jurídico ambiental. Entre as inúmeras inovações, a chamada coisa julgada *in utilibus* chama a atenção.

Em caso de procedência da ação civil pública, os indivíduos lesados, de maneira individual, poderão aproveitar a sentença proferida em demanda coletiva para a solicitação de reparação de danos individuais. Tal instrumento pode ser aplicado na proteção ambiental, tendo em vista o art. 103²⁵, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor. A coisa julgada *in utilibus* permite que o efeito reflexo da sentença atinja também terceiros. Para Jeferson Marin²⁶:

Permite-se, nessa esteira, que aqueles que experimentarem prejuízos em decorrência de um determinado dano ambiental, seja de caráter material, seja de caráter moral, valham-se de uma decisão genérica para a interposição de demanda reparatória. Para isso, claro, deve ficar demonstrado o nexo de causa entre o dano e a lesão experimentada pelos autores. Restará,

²³ São legitimados ativos, de acordo com o art. 5º da Lei da Ação Civil Pública: “I – o Ministério Público; II – a Defensoria Pública; III – a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV – a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; V – a associação que, concomitantemente: a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; b) inclua, entre as suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico”.

²⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 78.

²⁵ “Art. 103. [...] § 3º Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99.”

²⁶ MARIN, Jeferson. Coisa julgada nas ações ambientais: efeito *rebus sic stantibus*, *in utilibus* e competência territorial. Disponível em: <<http://www.fasb.edu.br/revista/index.php/campojuridico/article/view/7/9>>. Acesso em: 20 jul. 2014.

dessa forma, apenas o dimensionamento do *quantum indenizatório*, ficando os autores dispensados da prova do dano, porque já demonstrada na ação coletiva transitada em julgado.

Assim, a coisa julgada *in utilibus*, além de ser um mecanismo inovador, é, ao mesmo tempo, extremamente eficaz, já que permite a utilização da sentença de procedência de uma ação civil pública em favor de sujeitos individuais que foram atingidos por dano ambiental e que precisam agora da correta quantificação.

4.3 A COISA JULGADA SECUNDUM EVENTUM PROBATIONES

A coisa julgada, dentro da ação civil pública, possui contornos diferenciados se comparada ao conceito tradicional previsto no processo civil individual. De acordo com o seu art. 16: “A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova”. Marcelo Abelha Rodrigues discorre acerca da expressão “nova prova”²⁷:

Em matéria ambiental, nas ações de responsabilidade civil por danos causados ao meio ambiente, é comum que apenas depois de muito tempo seja possível obter comprovações de danos ocorridos ou que venham a ocorrer em momento posterior ao trâmite da demanda. É que os danos ambientais variam no tempo e no espaço, e às vezes não existe desenvolvimento técnico que consiga provar a existência do dano. Caso isso venha a ser obtido depois, não seria justo negar o uso dessa prova para se obter o convencimento de que houve o dano ambiental e que este precisa ser ressarcido.

Desta forma, caso a sentença tenha sido de improcedência *por insuficiência de provas*, permite-se que os legitimados da ACP possam intentar novamente a ação, desde que possuam prova nova. Este instrumento é particularmente útil para lides que envolvam interesses ambientais. Isso porque, sendo o bem jurídico ambiental, por sua própria natureza, instável, é possível que no momento da

²⁷ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Processo civil ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 220.

produção de provas não se possuía a comprovação exigida ou até mesmo a tecnologia necessária para a procedência do pedido.

Flexibiliza-se, assim, a tradicional coisa julgada, permitindo a rediscussão de uma sentença de mérito transitada em julgado em situação bem específica, como a da improcedência da ação civil pública por insuficiência de provas.

4.4 A COISA JULGADA E O LIMITE DA COMPETÊNCIA TERRITORIAL DO ÓRGÃO PROLATOR

Nesse ponto está a maior crítica da doutrina processualista à ciência processual e, em especial, dos juristas defensores do *verdadeiro e efetivo* processo coletivo.

A Lei da Ação Civil Pública trouxe, inegavelmente, inúmeros avanços, quebrando paradigmas e conceitos processuais individualistas e privatistas herdados do Direito romano. Trouxe inovações no que tange à legitimação para causa, coisa julgada, competência, entre outros. No entanto, peca ao demarcar a extensão da coisa julgada apenas nos limites da competência territorial do órgão prolator.

O já mencionado art. 16 da LACP prevê que a coisa julgada, será *erga omnes*, mas somente dentro da competência territorial do juiz que prolatou a decisão. Por exemplo, se determinado juiz julga procedente ação civil pública por danos ambientais causados pela poluição de um rio, somente as pessoas daquela Comarca seriam beneficiadas pela procedência da ação.

As críticas a tal limitação, que trata, na verdade, sobre os limites objetivos da coisa julgada, são muitas. A demarcação da competência é chamada por alguns juristas de inócua, ridícula²⁸, ou até mesmo ineficaz²⁹. Zavascki é um deles³⁰:

Ora, é incompreensível como se possa cindir territorialmente a imutabilidade assim constituída, limitando-a, por exemplo, a uma Comarca, ou a uma cidade ou até, em caso de juiz que atua em vara distrital, a apenas uma parte da cidade. Por outro lado, considerando que a coisa julgada não altera o conteúdo

²⁸ Idem, p. 249.

²⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 81.

³⁰ Idem, p. 81.

da sentença, nem compromete a sua eficácia, o eventual limitador territorial importaria, na prática, a produção de uma estranha sentença, com duas qualidades: seria válida, eficaz e *imutável* em determinado território, mas seria válida, eficaz e *mutável* fora desse território.

Quando se tenta aplicar a delimitação da coisa julgada em lides ambientais, nos parece que esta norma é ainda mais absurda. Sendo o bem jurídico ambiental indivisível, não há, sem dúvida, como cindir a coisa julgada e aplicar a decisão judicial somente na Comarca em que o juiz tiver competência. Marcelo Abelha³¹ acrescenta:

Não há como “limitar” o desequilíbrio ecológico nesta ou naquela área, assim como não há como limitar o reequilíbrio ecológico neste ou naquele limite espacial. Seria coo dizer, por exemplo, para o peixe que nada no rio o seguinte: “Olha, você não passe daqui, porque a decisão judicial só vale daqui para trás”. Por isso, tratando-se de proteção jurisdicional do meio ambiente, além das críticas que são feitas ao art. 16 da LACP, insta dizer que, no presente caso, o fato de os bens ambientais serem ubíquo se indivisíveis, a decisão judicial – independentemente da competência territorial do órgão prolator – afetará, inexoravelmente, toda a extensão do objeto tutelado, esteja ela onde estiver, e quanto a isso, nada poderá fazer o ser humano porque, como se disse, o bem ambiental não encontra limites ou fronteiras.

Extremamente criticado pela doutrina, o art. 16 da Lei da Ação Civil Pública encontra repreensão ainda mais severa quando aplicado à tutela processual de bens ambientais. Entende-se. Os interesses jurídicos ambientais são, sem sombra de dúvida, indivisíveis. Como pode um artigo de lei tentar cindi-lo?

CONCLUSÃO

A atual ciência processual foi baseada em ensinamentos privatistas e individualistas. As normas que ainda hoje são utilizadas, mesmo com o advento de regramentos trazidos pelo novo Código de Processo Civil, remontam ao

³¹ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Processo civil ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 249.

tempo em que não existia ainda a preocupação com a tutela coletiva, e muito menos com a tutela processual ambiental.

Assim, os princípios e institutos do novo Código Processual continuam sendo voltados, preponderantemente, para a proteção de direitos individuais.

Fácil perceber que muito da lei processual prevista no NCPC não possui serventia quando o objeto em discussão é um bem jurídico ambiental, em que as características de indivisibilidade, ubiquidade e, em especial, indisponibilidade estão em jogo. Alguns paradigmas clássicos, como a legitimação para agir, a competência, a coisa julgada, entre outros, continuaram possuindo caráter individual e, sendo assim, insuficientes para tutelar bens ambientais.

No entanto, inúmeras leis esparsas inovaram, flexibilizaram e, porque não dizer, revolucionaram vários conceitos e paradigmas da ciência processual, em particular a Lei da Ação Civil Pública, que podemos dizer que foi um marco legal em matéria de tutela processual ambiental.

A LACP trouxe, em particular, avanços e modificações no conceito de coisa julgada. A coisa julgada *in utilibus* é um exemplo. Por meio dela os indivíduos que sofreram dano ambiental poderão se aproveitar de uma sentença de procedência em sede de ação civil pública e solicitar, em procedimento individual, a quantificação do dano sofrido. Também a coisa julgada *secundum eventum probationes* veio para quebrar os paradigmas de imutabilidade e indiscutibilidade dos conceitos tradicionais de coisa julgada. Por ela, em sentenças de improcedência por insuficiência de provas seria possível o ajuizamento de uma nova ação, com o mesmo fundamento e o mesmo pedido, desde que amparada em novas provas.

No entanto, apesar de inúmeras modificações, a LACP peca por limitar a decisão do juiz à sua competência jurisdicional. A coisa julgada, assim, em seu limite objetivo, atingiria somente os sujeitos que pertenceriam àquela Comarca onde o juiz proferiu a sua decisão. Sendo o bem ambiental indivisível, em sua essência, como pode a decisão judicial alcançar somente determinada área, determinada extensão de um rio, determinado espaço desmatado ou poluído?

São louváveis as alterações legislativas que possibilitaram a flexibilização de vários institutos clássicos da ciência processual. Contudo, o NCPC parece que perdeu a oportunidade em consagrar tutela coletiva dentro de seus regramentos. Ademais, na LACP, as limitações no alcance da coisa julgada, em especial em lides ambientais, mancham as melhorias que ocorreram em busca da efetiva tutela processual do meio ambiente.

REFERÊNCIAS

- DONIZETTI, Elpídio. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Atlas, 2015.
- LEFF, Enrique. *Saber Ambiental*. Rio de Janeiro: Vozes, 1998.
- LIEBMAN, Enrico Tulio. *Eficácia e autoridade da sentença*. 2. ed. São Paulo: Forense, 1981.
- MARIN, Jeferson. Coisa julgada nas ações ambientais: efeito *rebus sic stantibus*, *in utilibus* e competência territorial. Disponível em: <<http://www.fasb.edu.br/revista/index.php/campojuridico/article/view/7/9>>. Acesso em: 20 jul. 2014.
- _____; LUNELLI, Carlos Alberto. Meio ambiente, tutelas de urgência e processo coletivo. Disponível em: <http://www.scielo.org/co/scielo.php?pid=S1692-25302011000300005&script=sci_arttext>. Acesso em: 14 jul. 2014.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Luiz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 2015.
- NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- OST, François. *A natureza à margem da lei*. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Processo civil ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- SILVA, Jaqueline Mielke. *O direito processual civil como instrumento de realização de direitos*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2005.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 1998.
- _____. *Processo e ideologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- SOUZA, Paulo Roberto Pereira. A tutela jurisdicional do meio ambiente e seu grau de eficácia. In: LEITE, Rubens Morato; DANTAS, Marcelo Buzagio (Org.). *Aspectos processuais do direito ambiental*. 2. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2004.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

Submissão em: 26.07.2015

Avaliado em: 31.08.2015 (Avaliador A)

Avaliado em: 14.08.2015 (Avaliador B)

Aceito em: 12.07.2016

O PRINCÍPIO DA RESILIÊNCIA ESTATAL APLICADO NAS RELAÇÕES JURÍDICAS E SOCIAIS GERADAS PELO MODELO DE DEMOCRACIA DIGITAL BRASILEIRO

THE PRINCIPLE OF STATE RESILIENT APPLIED IN LEGAL AND SOCIAL RELATIONS ARISING OF BRAZILIAN MODEL OF DIGITAL DEMOCRACY

Luciana Cristina de Souza¹

Coordenadora do Grupo de Pesquisa Direito e Sociedade Digital

Kym Marciano Ribeiro Campos²

Bolsista CNPq

ÁREA(S) DO DIREITO: direito civil; direito cibernético; direito constitucional; ciência política.

RESUMO: O presente artigo analisa a democracia digital no Brasil de hoje à luz do Marco Civil da Internet e do princípio da resiliência estatal diante da maior demanda de participação pela sociedade civil demonstrada nos últimos anos. Para tanto faz-se uma análise comparativa com a proposta de Robert Dahl quanto à

democracia contemporânea e a sua dualidade de sentidos, além de seu conceito – dinâmico – difícil de ser claramente definido devido às mudanças constantemente provocadas pelas mobilizações populares e pela visão particular de cada grupo sobre sua expectativa democrática. O texto considera, também, as novas exigências da participação política cidadã na chamada “Era Digital”, marcada pela multiplicação de atores sociais e suscitadora de novos desafios para o

¹ Doutora em Direito pela PUC Minas. Professora do Mestrado em Direito nas Relações Econômicas e Sociais da Faculdade Milton Campos, Nova Lima/MG. *E-mail:* dralucianacsouza@gmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/7485564742694522>.

² Graduando do Curso de Direito da Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima/MG. Integrante do Grupo de Pesquisa Direito e Sociedade Digital. *E-mail:* kymrc31@gmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/6302959718376013>.

legislador e para o Poder Judiciário brasileiros quanto à solução das controvérsias que surgem na interação em meio virtual e, ainda, quanto à (re)composição de instrumentos participativos que assegurem cidadania e democracia de qualidade para os brasileiros. Essa complexidade da situação atual motiva a aplicação do princípio da resiliência no meio jurídico para equilibrar as relações entre os sujeitos políticos.

PALAVRAS-CHAVE: resiliência; democracia; Internet; Estado; cidadania.

ABSTRACT: *This article analyzes Brazilian digital democracy today in light of the Internet Regulatory Mark and the principle of state resilience given the increased demand for involvement by Civil Society shown over recent years. Therefore, it makes a comparative analysis with the proposal of Robert Dahl as the contemporary democracy and its duality of meanings, addition to its concept – dynamic – difficult to be clearly defined due to constantly updates caused by popular mobilizations and the particular vision of each group on its democratic expectation. The paper also considers new demands for political involvement in this time called “Digital Age”, featured by multiplication of social actors and which one evokes new challenges for Brazilian Legislature and the Judiciary on the settlement of disputes that arise in the virtual interaction, and also about participatory instruments (re) composition to ensure citizenship and democracy quality for Brazilians. The complexity of current situation motivates to apply resilience principle in the juridical field to balance relations between political subjects.*

KEYWORDS: *resilience; democracy; Internet; State; citizenship.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Democracia, deliberação e participação; 2 Democracia digital e o Marco Civil da Internet; 3 O papel social do Poder Judiciário na implementação da democracia digital; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Democracy, deliberation and participation; 2 Digital democracy and Internet Regulatory Mark; 3 The social role of Judiciary in digital democracy deployment; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

É inegável que o contexto político e jurídico pós-1988, época em que foi promulgada a atual Constituição da República brasileira, foi muito propício para o desenvolvimento de novas formas de articulação social, agora não mais preocupadas com as restrições impostas pelo regime de Ditadura Militar que, durante trinta anos governou o País, mas, sim, em construir uma cidadania mais efetiva para os brasileiros quanto ao acesso a bens e direitos fundamentais. Se outrora as preocupações se centravam em

democracia e liberdade de expressão, agora o foco das lutas sociais é conseguir efetivar na prática as promessas da Constituição cidadã. Moradia, mobilidade, educação e saúde de qualidades são exemplos de pautas com as quais se preocupam os brasileiros nos dias de hoje e que têm motivado a sua ida às ruas.

Esse novo perfil de atuação dos cidadãos reflete o proativismo que pretendem assumir perante a autoridade pública, posicionando-se como sujeitos desta relação que entre Estado e sociedade civil existe, não mais aceitando a posição subalterna de meros “tutelados” (Silva, 2006, p. 73). Reflexo disto é a grande procura por soluções judiciais para questões políticas que nas últimas décadas passou a acontecer. Desmotivados, muitas vezes, com a postura talvez aparentemente “lenta” dos Poderes Legislativo e Executivo com o intuito de prover necessidades básicas de cidadania, as pessoas se voltam para o Poder Judiciário na tentativa de alcançar proteção. É o que ocorre nos mandados de segurança para internação de crianças em Unidades de Tratamento Intensivo (UTI) neonatal, no caso também de casais homoafetivos que desejam ver a sua relação reconhecida, ou, ainda, para proteção do meio ambiente e do patrimônio histórico quando o interesse econômico pressiona o Poder Público para a realização de empreendimentos lucrativos, mas nocivos ao bem comum.

Diante deste novo quadro de democracia mais participativa e proativa que hoje presenciamos no Brasil, é preciso nos perguntarmos se o Estado está preparado para interagir com os cidadãos sob esses novos moldes, agora inseridos no modelo sujeito-sujeito, e não mais na concepção de cidadão infantilizado ou apático, do qual esperava-se o dever de se abster de agir por já estar representado politicamente pelos mandatários de cargos públicos. A relevância de se responder a esta pergunta cresce, especialmente neste momento de nossa história, em que já há uma geração inteira nascida completamente no âmbito da democracia e em que os meios tecnológicos, base da interação desta nova geração, propiciam ferramentas novas e muito mais dinâmicas de diálogo e troca de informações, notadamente pela aplicação do princípio da transparência às ações dos agentes públicos administrativos e políticos.

Estes jovens não conheceram o verticalismo estatal que a geração na faixa dos quarenta anos ou mais velhos experimentaram. Notadamente, os que ainda não completaram trinta anos percebem os fatos do autoritarismo e da tutela protecionista do Estado provedor apenas como passado histórico. Isso, em parte, decorre do fato de o processo pelo qual foram socializados ser o que hoje se denomina de “mídia-educação” (Bévort, 2009, p. 1083), portanto, mais aberto,

interativo, no qual as múltiplas conexões e a construção do saber por meio do compartilhamento de experiências – o que Pierre Lèvy chama de “inteligência coletiva (Lèvy, 2007, p. 28) – são a lógica do sistema social em que se inserem.

Para eles, as demandas são outras e a forma de agir para com a autoridade pública também. Esta geração é responsável, podemos talvez afirmar, por um processo gradual de “desmistificação” do papel do Estado como o “tutor de todos”, como o único responsável pela tomada de decisões políticas e de impacto social. Há, hoje, uma forte pressão da população para participar das decisões de políticas públicas; os cidadãos clamam por serem “ouvidos”, seja por meio de audiências públicas, pelas comissões legislativas participativas ou outros instrumentos atualmente existentes, de modo que possam interferir na gestão pública nas áreas de seu interesse. Logo, o modo verticalizado de poder estatal é forçado, gradativamente, a se tornar mais horizontalizado. Esta transformação ainda tem vários níveis de desigualdade, pois este é um processo longo que exigirá a mudança das estruturas institucionais do Poder Público para se adaptar a este novo “sujeito-cidadão”. Por isso, neste artigo, analisa-se como as relações entre Estado e sociedade civil deverão ser revisitadas de modo a se promover esta nova cidadania, para tanto aplicando-se o *princípio da resiliência estatal*, defendido pela Professora Luciana Cristina de Souza em sua tese de doutorado na área do Direito em 2012 (Souza, 2013, p. 3; 2012, p. 40), o qual será mais aprofundado nos tópicos a seguir.

1 DEMOCRACIA, DELIBERAÇÃO E PARTICIPAÇÃO

Conceituar democracia é uma tarefa que pensadores há muito tempo se aventuram a encarar. Para se ter uma ideia, até mesmo Aristóteles, nos anos 385-322a.C., já estudava tal termo. De acordo com o filósofo grego, democracia é uma “forma pura” de governo, que representa o governo do povo, em benefício de todos (Fiúza, 2013, p. 104). Vale ressaltar que, na classificação aristotélica, expressões como *república* e *política* são tidas como sinônimas de democracia. Mas no século XXI, os cientistas políticos tentam extrapolar as antigas definições conceituais do termo para atender aos anseios do que se entende por democracia hoje, condição de acesso para ter direitos fundamentais. Alguns questionam a expressão quanto à sua inexatidão. Neste artigo se adotará o caminho de análise assumido por Robert Dahl, teórico e estudioso contemporâneo, ex-professor emérito de ciência política da Universidade de Yale, falecido em 2014. Ele foge das definições antes postas e procura estabelecer critérios que definam a

democracia em si. Ele, diante da pergunta “O que é democracia” responde da seguinte forma:

O que é democracia?

A democracia proporciona oportunidade para:

1. Participação efetiva.
2. Igualdade de voto.
3. Aquisição de entendimento esclarecido.
4. Exercer o controle definitivo do planejamento.
5. Inclusão dos adultos. (Dahl, 2001, p. 50)

Poder-se-ia definir “participação efetiva” como a forma mais ampla de cidadania, como a própria classificação apontada por Dahl indica, já que relaciona separadamente o sufrágio universal. Está vinculada ao exercício de controle sobre o planejamento das políticas públicas, pois esta é uma característica essencial da democracia deliberativa (Avritzer, 2000, p. 43). Segundo Leonardo Avritzer, embora a deliberação e a participação sejam conceitos distintos, como se tratará mais adiante, é interessante notar como, no Brasil, todos os arranjos deliberativos têm se constituído como forma de participação, ou seja, democracia em contato direto do cidadão com o Poder Público, como ocorre nos fóruns sociais.

Importante, da mesma forma, é avaliar se no modo como a democracia é hoje exercida no Brasil há, verdadeiramente, um “entendimento esclarecido” sobre tudo o que envolve os processos deliberativos em termos de responsabilidade tanto do Poder Público quanto dos cidadãos – entre si e em relação ao Estado. Dados recentes de pesquisa sobre o uso da Internet como fonte de informação revelam que a maior parte das pessoas habituadas a utilizar este meio de comunicação nos dias atuais tem alto grau de confiabilidade nas pessoas com quem interage em suas redes sociais, o que é denominado por especialistas de rede de influência cruzada (*network of cross influence*), e que configura um conjunto complexo e dinâmico de interação para troca de informações entre o mundo real e o virtual (Edelman *apud* Terra, 2012, p. 79).

É fulcral, ainda, a análise mais profunda sobre esta exigência de “inclusão dos adultos”, pois significa muito mais do que o mero direito a voto. Configura, sim, uma prerrogativa advinda da Constituição da República de 1988, no sentido de se assegurar, sob a proteção do princípio da dignidade da pessoa humana e dos demais direitos fundamentais elencados no art. 5º, um conceito de cidadania

mais amplo e inclusivo, algo que a mera democracia representativa não é mais capaz de oferecer (se é que em algum momento pode fazê-lo).

Analisando este entendimento oferecido por Robert Dahl, chega-se à conclusão de que a democracia não é algo cujo conceito seja formado por teorias que a apontam meramente como um sistema político, mas sim que ela também é algo valorativo, atingindo uma variedade de sentidos: atuação política, inclusão social, reconhecimento de “cidadanias” (diversidade social), entre outros anseios despertados quando a palavra é pronunciada. Por isso, neste estudo pretende-se adotar a classificação mais ampla da democracia, isto é, enquanto um termo que pode assumir um sentido de sistema político ou como um conjunto de valores determinados pela sociedade para o preenchimento de requisitos de uma boa convivência social, compreendendo-se este termo para além da máxima de que é um *governo do povo, pelo povo e para o povo*, como dito no discurso do Presidente estadunidense Abraham Lincoln (Discurso de Gettysburg, 1863), mas que deve levar em consideração a participação popular em todos os seus espaços, atualmente, a Internet inclusive.

Além disso, tem-se que considerar a mudança que a sociedade globalizada e conectada em rede está provocando sobre o conceito de democracia. Aliás, nos dias atuais, até para se falar em liberdade e igualdade temos que citar o mundo virtual e avaliar os mecanismos de acesso a estes novos instrumentos de interação social e participação política, chamados de *senha infotécnicas* por Eugênio Trivinho (2003), visto que diversos fatores podem interferir para que a cidadania digital não se efetive: custo de equipamentos, acesso à atualização de aplicativos, compreensão da linguagem utilizada, etc. A Internet é uma promessa de aumento da participação, mas pode vir a ser um obstáculo se este novo *modus operandi* de atuação social político não for acessível a todos. Sobre este tópico se discorrerá mais adiante.

Para conhecer mais profundamente a democracia brasileira, é preciso analisá-la pelo que ela representa para nossa sociedade recente. Para absorver a dinâmica complexa e de contínua mudança que a democracia hoje enfrenta, recorre-se ao princípio da resiliência (Souza, 2014), segundo o qual Estado e sociedade civil são sujeitos que compartilham a vida social e política, consequentemente também no aspecto jurídico, e, por isso, devem aprender a ceder e a dialogar para que o regime estabelecido efetivamente represente a vontade do povo, como se pretende ao usar o termo “democrático”.

Primeiro, é preciso esclarecer alguns conceitos:

- a) Deliberar: o conceito de “democracia deliberativa” indica o processo contínuo de discussão pública com o fito de produzir decisões válidas dentro no contexto em que são debatidas, para, assim, alcançar-se a efetividade da cidadania e, conseqüentemente, dos direitos fundamentais (Gutman, 2007, p. 35). Pode ser indireto ou direto; ter um aspecto apenas decisionístico, mas também pode seguir, como o faz atualmente, um caminho mais voltado ao aspecto argumentativo, focando, neste caso, em três elementos considerados essenciais, a saber, a cessão de espaço por parte do Estado, a importância de que as informações trazidas ao debate advenham tanto do Poder Público quanto dos cidadãos e, também, a valorização de múltiplos arranjos deliberativos (Avritzer, 2000, *passim*). Envolve práticas participativas dos cidadãos, como os conselhos de participação popular, as interações *on-line* promovidas por sítios governamentais e a atuação junto a comitês legislativos abertos a sugestões dos cidadãos.
- b) Participar (do latim *participatio*) implica a necessidade de ação, o envolvimento e a integração da população com a gestão de seu Estado. Decorre, de certo modo, da deliberação, mas não está exclusivamente vinculado a ela. A semelhança entre elas reside no fato de ambos serem essenciais à democracia e ao seu desenvolvimento, mas vale lembrar que a participação pode ocorrer direta ou indiretamente, sendo, em regra, por instrumentos previstos constitucionalmente (voto, plebiscito, referendo, etc.). Porém, vale reforçar que a contemporaneidade ainda busca melhorias para ajustar as condições de um Estado vasto (populacional e territorialmente falando) às necessidades de um governo mais próximo da população, pois este é, sem dúvida, um obstáculo à participação efetiva de muitos grupos, em especial as minorias políticas, que nem sempre conseguem se apresentar para o debate político, apenas pela via representativa dos partidos.

Para que a participação e a deliberação sejam eficazes, é muito importante que se tenha mecanismos de efetivação democrática. Para isso, contamos, principalmente, com a Constituição da República (1988), que prevê os direitos e as garantias aos cidadãos, inclusive obrigações ao Estado. Mas, além disso, deve-se assegurar formas pelas quais se efetivará o exercício da democracia. Neste quesito, ressaltamos um ponto já citado neste artigo: a resiliência estatal. O termo em questão significa a capacidade de adaptação e/ou transformação do ente político, mudando a sua estrutura por intervenção dos agentes sociais,

mas sem prejudicar a essência de sua autoridade enquanto poder constituído, para tanto sendo necessário instrumentalizar os órgãos públicos e dotá-los de centros de participação popular em seus diversos níveis. Este desafio é grande em termos democráticos, porque, para se efetivar a democracia por meio de mecanismos deliberados entre os cidadãos, se faz necessário que a autoridade pública verdadeiramente reconheça essa nova esfera de atuação dos cidadãos e compartilhe informações e instrumentos de exercício prático da cidadania. Sem a resiliência estatal, o processo democrático não será participativo e, tampouco, deliberativo. Como ressaltado por Avritzer, três requisitos são primordiais para a eficaz deliberação entre Estado e sociedade, que é a base da resiliência, e sobre eles se faz a seguinte análise a partir deste novo princípio proposto:

- a) a cessão de espaço por parte do Estado, o qual precisa abrir-se por meio da reformulação dos instrumentos de gestão pública, cujo modelo de funcionamento deve contemplar mais mecanismos de comunicação direta e contínua com a população para aferir mais frequentemente as mudanças de demandas sociais;
- b) o repositório de informações trazidas ao debate, o qual deve ser composto por dados e opiniões advindos tanto do Poder Público, o que confere o caráter técnico ao diálogo, quanto dos cidadãos, mas capacitados para avaliar a relação entre políticas públicas e realidade, notadamente naquelas de natureza mais específica (deficientes físicos, mulheres, comunidades indígenas, entre outros grupos sociais);
- c) os múltiplos arranjos deliberativos devem ser respeitados por meio do reconhecimento dos envolvidos – como dito, há, agora, a relação política é sujeito-sujeito – configurando um novo cenário para a cidadania e a emancipação de grupos minoritários e da diversidade social e cultural, principalmente quando se reflete sobre a maleabilidade das redes sociais constituídas digitalmente, que, por seu cunho desterritorializado e transversal, congregam pessoas dos mais diferentes níveis sociais em prol de objetivos comuns em determinados momentos da articulação – sempre em mutação – da esfera pública em meio virtual.

2 DEMOCRACIA DIGITAL E O MARCO CIVIL DA INTERNET

É nesse contexto que se instaura o debate acerca da democracia digital, nova vertente que surgiu com a revolução das telecomunicações no fim do

século passado. Também conhecida como “Democracia Eletrônica”, segundo Pierre Levy ela se caracteriza como

a verdadeira democracia eletrônica consiste em encorajar, tanto quanto possível – graças às possibilidades de comunicação interativa e coletiva oferecidas pelo ciberespaço –, a expressão e a elaboração dos problemas da cidade pelos próprios cidadãos, a auto-organização das comunidades locais, a participação nas deliberações por parte de grupos diretamente afetados pelas decisões, a transparência das políticas públicas e sua avaliação pelos cidadãos. (Lèvy, 1999, p. 186 – SIC)

Em tal âmbito, reforça-se a concepção do doutrinador francês, que, devido à possibilidade de integração universal e instantânea que a Internet traz, ela ocasiona também a retomada de parcela do poder político à sociedade, uma vez que esta última mais facilmente poderá se informar, deliberar e participar do contexto que lhe interessa. Os arranjos deliberativos em meio digital forçam ainda mais o Estado à resiliência, a adaptar-se às necessidades de interação sujeito-sujeito com os seus cidadãos, pois na Internet muitas questões não debatidas primariamente nos organismos legislativos e executivos do Poder Público por desinteresse dos representantes políticos são evidenciadas e amplamente discutidas. Essas temáticas dialogadas digitalmente em um contexto não oficial também compõem a esfera pública, embora situadas no campo da extraestatalidade legítima – articulação social e processos de decisão no âmbito da autonomia privada (Souza, 2014, p. 206). Em diversas ocasiões, as redes digitais formadas efetivamente encontram e executam as soluções para os problemas cotidianos ainda não vislumbrados pelas políticas públicas, não raro a premente “necessidade de se analisar o fundamento democrático do Estado de Direito brasileiro” (Souza, 2014, p. 206).

Logo, se o Estado pretende manter-se como autoridade legítima e agregadora dos esforços coletivos políticos empreendidos pela sociedade, deve oferecer novos instrumentos operativos em seus organismos oficiais por meio dos quais os brasileiros possam atuar concomitantemente à ação estatal e sob a coordenação desta. Deve ser resiliente. E o propósito da resiliência, aqui, é invocá-la como fundamento do Estado de Direito democrático e deliberativo, pois se não há garantia da participação real dos cidadãos, o modelo de democracia apresentado pelo Poder Público se torna apenas um eufemismo.

Garantir a resiliência estatal é, portanto, garantir a participação efetiva por meio de mecanismos públicos de deliberação e decisão, como defendido por Dahl.

Evidentemente, ressalta-se que isso somente será possível se o Estado – em nível federal, estadual ou municipal – permitir consultas, atuar com transparência, abrir votações e devolver ao povo parcela do poder que este lhe havia conferido na pactuação do contrato social. Há que se destacar também o importante papel das “redes sociais” e das “mídias sociais” no contexto do desenvolvimento da democracia eletrônica.

A Internet, já no início do século XXI, se tornou o maior meio de comunicação no mundo. É um veículo que pode servir para democratizar informações e conteúdos para a população e, ainda, intensificar a participação desta em discussões no âmbito político. Contudo, a forma como ela pode contribuir para a participação democrática da sociedade ainda sofre entraves em alguns ordenamentos jurídicos pelo mundo e, inclusive, no brasileiro. Tendo em vista o crescimento da sociedade virtual e da participação da população em fóruns de discussões, e visando a esclarecer sua possibilidade e a levantar alguns pontos, é preciso, então, analisar a democracia digital, *in casu*, exemplificando com situações contemporâneas e levando em consideração o princípio da resiliência estatal.

2.1 O MARCO CIVIL DA INTERNET

Um importante acontecimento no ramo da democracia digital foi a promulgação da Lei nº 12.965/2014, conhecida como Marco Civil da Internet, no dia 23 de abril de 2014. Essa aprovação ocorreu depois de episódio que marcou e afetou a soberania nacional quando descobriu-se que a rede brasileira, inclusive aquela usada pelo governo e pelas autoridades, havia sido espionada pelo governo estadunidense. Após longas discussões entre os parlamentares brasileiros, embora alguns não concordassem com o inteiro teor e defendessem menor espaço a interpretações subjetivas por parte do Estado, chegou-se ao projeto que hoje é a lei em vigor.

Um dos pontos polêmicos foi sobre o termo “neutralidade da rede”. Essa expressão alude às ideias cominadas de dois dispositivos desta legislação infraconstitucional. Primeiramente, de que a rede digital (Internet) deve, com base nos princípios elencados no texto do Marco Civil, ser aberta e igual a todos os usuários (art. 4º, inciso I), ou seja, sem distinção, independentemente do valor pago pelo serviço. É clara no citado artigo a intenção de assegurar o caráter

aberto da Internet, imprescindível à democracia digital. A segunda, sobre a neutralidade propriamente dita, é a parte que gera o desconforto por alguns analistas da lei ao se aventar a subjetividade da definição dos dois requisitos essenciais para defini-la: “I – requisitos técnicos indispensáveis à prestação adequada dos serviços e aplicações; e II – priorização de serviços de emergência” (art. 9º).

Outros dois pontos que igual geraram questionamentos foram os a seguir descritos:

Art. 2º A disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, bem como:

[...]

VI – a finalidade social da rede.

Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios:

[...]

V – preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, por meio de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais e pelo estímulo ao uso de boas práticas.

Estes dispositivos visam a assegurar que a interação em meio digital seja livre de discriminações quanto ao tráfego de informações, o que é condizente com a garantia fundamental de liberdade de expressão da Constituição de 1988 (art. 5º, IV). A Internet, hoje, é a principal fonte de informação – elemento essencial da democracia segundo Dahl – dos cidadãos sobre o que ocorre no Estado. As mídias sociais digitais, na atualidade, superaram as mídias tradicionais, como televisão, rádio e jornal, o que denota o seu grande impacto na participação político-social. Desde 2013, segundo o grupo de consultoria *eMarketer*, o tempo dedicado a consultar e consumir em mídias digitais superou a televisão, a qual já havia superado as mídias escritas e o rádio (Webestratégica, 2013; Müller, 2015). A recente Pesquisa de Consumo de Mídia no Brasil (PBM/20015) identificou que, no Brasil, a TV ainda tem predominância, mas este espaço vem sendo gradativamente ocupado pela Internet, pois o tempo que os usuários ficam conectados supera o montante em que passam assistindo televisão.

Importante trazeremos ao artigo nesse momento a distinção de dois relevantes termos, que embora relacionados, possuem diferentes conceitos: rede social e mídia social. É fato que ambas já existiam antes do advento da Internet; contudo, esta trouxe uma ampliação de suas abrangências e funcionalidades. Por isso tão necessário é trazeremos os seus significados.

Rede social é um grupo de pessoas que tem algum relacionamento ou interesse mútuo. Importante lembrar, contudo, que essa definição acabou ganhando um novo significado com o advento da Internet, afinal ela simplificou as interações entre as pessoas e a aproximação virtual delas. Por isso, hoje, quando falamos de rede social nos remetemos à Internet, afinal, ela proporcionou uma verdadeira revolução nos relacionamentos entre as pessoas. Cabe lembrar, ainda, que essa é a proposta de vários portais *on-line*, isto é, pretendem servir como facilitadores das relações e interatividade entre os usuários conectados, tal como, por exemplo, os famosos *Facebook*, *Instagram* e *Twitter*. Pode-se afirmar que

rede social é gente, é interação, é troca social. É um grupo de pessoas, compreendido através de uma metáfora de estrutura, a estrutura de rede. Os nós da rede representam cada indivíduo e suas conexões, os laços sociais que compõem os grupos. Esses laços são ampliados, complexificados e modificados a cada nova pessoa que conhecemos e interagimos. (Recuero, 2009, p. 29)

Já o termo mídia social se refere à possibilidade de difundir informações e conteúdos concomitantemente ao processo de habilitar a interação entre os receptores das notícias, isto é, os leitores, segundo Dennis Altermann (2010). Também, assim como rede social, foi radicalmente ampliado devido ao aumento do mundo virtual. Este fenômeno é denominado de *new media* devido à possibilidade de se difundir uma informação de modo abrangente e descentralizado, abrindo espaço para os receptores de informação interagirem e, posteriormente, se for o caso, aumentarem as suas relações por meio das redes sociais. Possui o objetivo precípua de compartilhamento de conteúdo, sendo as relações um ponto secundário.

Do ponto de vista da comunicação, o conhecimento só faz sentido quando comunicado, quando transmitido, no espaço ou no tempo. E há uma forma nova e especial

de comunicação de conhecimento com a tecnologia Internet, seja na *World Wide Web* ou em intranets de empresas. [...] hoje recebemos informação por meio de bits em vez de átomos. Não é preciso ir exclusivamente à banca para comprar jornal, pois a mídia eletrônica está disponível em diversas formas (*desktops*, PDAs, etc.). (Oliveira; Teixeira Filho, 2001)

Portanto, a sociedade brasileira está vivendo tempos de “novas sociabilidades” (Castro, p. 1). Características desta nova forma de interação social, a interconexão, a multimediação, a integração de linguagens (e formação de novas linguagens) nas comunidades sociais estão, com certeza, “ampliando as possibilidades imediatas de comunicação não presenciais” (Castro, p. 2), o que resulta em maior compromisso do Estado em ser resiliente, já que o pluralismo das relações sociais atuais, a existência, agora, de um “campo de retorno interativo” (Castro, p. 6) e a hipertextualidade das formas de debate nestas novas arenas públicas desafiam os arranjos deliberativos tradicionais, que se tornam insuficientes para a proteção da cidadania e o exercício pleno da democracia participativa. É preciso, então, que a reestruturação tecnológica dos órgãos estatais seja mais do que a aquisição de aplicativos e equipamentos, mas um genuíno processo de inserção proativa dos cidadãos na esfera pública, ou seja, de resiliência ou abertura estatal ao aumento e à diversificação das formas de participação política e social (Souza, 2013). Tal postura do Poder Público reforçaria o caráter democrático do Estado de Direito brasileiro.

Como exemplo se pode indicar a tomada de decisões nas etapas de planejamento e avaliação de políticas públicas, que já tem sofrido esse controle digital e sentido esta pressão pelo retorno interativo. O brasileiro desta geração digital não se contenta em “ler” sobre os fatos e as ações do Poder Público, mas deseja, sim, fazer parte do processo como agente; logo, é o princípio da resiliência estatal sendo aplicado como forma de emancipação da cidadania por meio do reconhecimento de novos sujeitos com poder de atuar nos processos políticos de tomada de decisões, abandonando-se a anterior concepção passiva do que seja “povo” (Souza, 2014, p. 207-208; Souza, 2010, p. 58). A resiliência na Era Digital, portanto, representa este “campo de retorno interativo” citado por Castro pelo qual o cidadão exige a construção pelo Estado de uma via de mão-dupla nas discussões públicas. Logo, os mecanismos existentes de participação democrática precisarão ser revistos para se adequarem a esta realidade dinâmica

na qual os cidadãos lutam para ampliar seu espaço de atuação - “*in order to achieve more political space*” (Souza, 2013, p. 7).

Sendo assim, não se pode falar em democracia digital, mesmo sob os auspícios do Marco Regulatório da Internet, sem trazer também à reflexão a questão da inclusão social (e, conseqüente, da inclusão digital) tida por muitos como a base necessária à ampliação da democracia para o mundo virtual. Nos dias atuais, “cada um de nós pode ser um canal de mídia... um usuário ativo tanto da internet como das mídias sociais e que produz, compartilha, dissemina conteúdos próprios e de seus pares”, pois estamos conectados e temos acesso a meios de interação desterritorializados e dinâmicos e, quando participamos por meio destes novos instrumentos, cada um de nós endossa os conteúdos produzidos e as decisões tomadas “junto às suas audiências em *blogs, microblogs, fóruns de discussão on-line, sites de relacionamento, entre outros*” (Terra, 2012, p. 76-77).

Logo, efetivar a democracia digital é um ato de reconhecimento da interação com viés de articulação para a cidadania, que hoje já toma o seu lugar na Internet. No tocante especificamente ao Estado brasileiro, adianta-se que o medo é quanto à possibilidade de a disparidade socioeconômica presente no país dificultar a expansão do modelo democrático digital. Nesse sentido, Pierre Lèvy define o ciberespaço como um *locus* de mobilizações, por meio da inteligência coletiva, o qual depende do reconhecimento da diversidade de participações para ser verdadeiramente interativo (Lèvy, 2007, p. 29-30). No tocante a este ponto, houve uma postura resiliente do governo federal ao reabrir a consulta pública sobre o Marco Civil da Internet no período de 27 de janeiro a 29 de fevereiro de 2016, visando a apreender um conjunto maior de opiniões dos diversos segmentos sociais - comunidades, empresarial, educacional, jurídico, econômico, político, cultural, etc. - a respeito do processo de regulamentação desta legislação.

A aplicação *in casu* do princípio da resiliência estatal como fundamento do Estado de Direito Democrático propiciou o reconhecimento efetivo atribuído pelo Poder Público às contribuições feitas pelos cidadãos-sujeitos que participaram desta consulta. O meio digital de participação escolhido nesta fase de debate sobre a norma jurídica regulamentadora do Marco Civil da Internet com a sociedade foi o mesmo da fase anterior, em que o texto da própria legislação foi analisado, a página eletrônica *Pensando o Direito*, do Ministério da Justiça (<http://pensando.mj.gov.br/marcocivil/>). O projeto de decreto continha 4 capítulos e um total de 20 artigos. Qualquer pessoa podia escolher um ou

mais dispositivos e comentar, abrindo um debate com outros usuários sobre o tema. Da deliberação juntamente com a população pelos meios presenciais – Comissões Legislativas – e digitais resultou o Decreto nº 8.771, de 11 de maio de 2016, o qual regulamenta a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2015, notadamente “para tratar das hipóteses admitidas de discriminação de pacotes de dados na Internet e de degradação de tráfego”, assim como também para

indicar procedimentos para guarda e proteção de dados por provedores de conexão e de aplicações, apontar medidas de transparência na requisição de dados cadastrais pela administração pública e estabelecer parâmetros para fiscalização e apuração de infrações.

Esta norma jurídica entrou em vigor 30 dias após a sua promulgação, em junho de 2016, e a versão final do texto legal contém 22 artigos. Quanto aos direitos fundamentais nele inscritos, este decreto assegura a proteção contra a discriminação em razão de critérios técnicos (arts. 3º a 5º), visando a preservar a neutralidade da rede por meio de parâmetros que deverão ser cumpridos pelos provedores dos sistemas de telecomunicações digitais, o que auxilia a proteger-se os cidadãos que tenham maior dificuldade de acesso às senhas infotécnicas (aplicativos e equipamentos). E, ainda, ressalta que a obtenção de dados cadastrais na Internet deverá sempre ser promovida apenas sob o fundamento judicial para garantir a base de cidadania prevista na Constituição da República de 1988 (art. 11). Além desses dispositivos, regula a apuração das infrações cometidas relativamente à Internet, a qual “poderá ser iniciada de ofício ou mediante requerimento de qualquer interessado” (art. 21) e deverá ser fiscalizada pelos seguintes órgãos: Anatel, Comitê Gestor da Internet no Brasil – CGIBr, Secretaria Nacional do Consumidor e Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (arts. 17 a 20).

2.2 REVOLUÇÕES DIGITAIS

Além do Brasil, outros países têm se preocupado com a democracia em tempos de vida digital e empreendido uma “revolução” pelo uso de recursos tecnológicos que promovam a maior resiliência entre Estado e cidadãos. Um caso bem peculiar foi o da Islândia, aqui uma revolução no sentido da transformação completa da estrutura de participação política em elaboração de textos legais. Em 2011, o país, que passou por uma série de reformas, inclusive revogando a sua antiga Constituição, deu ao mundo mais uma prova do poder da Internet, isso porque internautas islandeses participaram digitalmente de um amplo

debate sobre a formulação da nova carta maior do país. Este modo de deliberar sobre o conteúdo constitucional é uma modalidade de *crowdsourcing*, obtenção de ideias por meio de participação de múltiplos sujeitos conectados à Internet que contribuem com a formação de um conteúdo com suas opiniões, organizado em sistema de *mob rule*, que é a interação deliberativa, no caso específico para debater normas jurídicas, utilizando tecnologias móveis conectadas à Internet (Siddique, 2011).

Usando o *Facebook*, site de relacionamentos, os islandeses conseguiram trocar informações e sugestões sobre a pauta deliberativa constitucional e manifestar opiniões a respeito dos conteúdos normativos por uma interação coletiva via Internet (Cabral, 2011; Siddique, 2011). Tal projeto de texto constitucional ficou conhecido como “Constituição Colaborativa”. O mais interessante é que a sua ideia surgiu a partir do Conselho Constitucional da Islândia, órgão próprio do governo islandês, demonstrando um aperfeiçoamento do pacto social estabelecido por esse país europeu. O Estado islandês, por meio da deliberação e participação popular, devolveu momentaneamente ao povo a parcela do poder que ele lhes havia entregue ao formular o contrato social. Embora este projeto não tenha sido concluído como planejado, tento validamente restituir à população a possibilidade de participar diretamente da tomada de decisões e da prática de atos legislativos e administrativos e, por isso, inovou no cenário mundial.

Outro exemplo de uso da democracia digital é um caso que só se deu materialmente graças às movimentações *on-line* que transformaram o modo de participação e atuação da sociedade e, também, tiveram efeitos revolucionários no sentido mais tradicional de uso da palavra, pois colaboraram por meio de sua influência para alterações em sistemas governamentais no Oriente Médio. Está-se falando da deliberação e participação popular na organização das revoltas no Egito em 2011, que culminaram com o fim do regime ditatorial de Mubarak (Bijos, 2013, p. 59). Tal movimento, embora sendo uma modalidade de atuação em uma esfera pública de extraestatal – legítima (Souza, 2014, p. 206; Souza, 2006, p. 70) – parece muito com aquele que falamos a pouco, na Islândia.

Organizado pelas redes sociais, principalmente pelo *Facebook* e *Twitter*, o movimento contou com milhares de participantes, chamando às ruas pessoas de diferentes camadas sociais do país. Devido ao extenso planejamento prévio, o processo que deu origem ao que mais tarde seria chamado de “Primavera Árabe” conseguiu atingir o seu objetivo, que era retirar o Egito, depois de trinta anos, das mãos do ditador Mubarak, que governou com punho de ferro. Foram várias

parades, manifestações e bandeiras programadas para a defesa da democracia egípcia e que culminou não com uma “vitória” da soberania popular como seria o mais desejável, mas para uma denúncia pública significativamente forte para abalar muitos regimes naquela região, promovida pelos jovens, principalmente em busca de melhores condições de vida e de trabalho (Bijos, 2013, p. 63-64).

Os dois exemplos são mais acentuados do que o ocorre no Brasil hoje, uma vez que muito do modo de funcionamento do Estado permanece vinculado à lógica moderna burocrática, tendo apenas se “virtualizado”. A mudança de meio – do impresso para o digital – não implica sempre ganho qualitativo para a democracia digital. As novas tecnologias ainda são muito vistas como diversão do que como instrumento de transformação social. Mesmo nos contratos eletrônicos, as pessoas ainda não têm a devida consciência do que um mero “clique” pode resultar em termos de obrigações jurídicas, conforme a sede do serviço prestado, internacionais. Por isso, se há desafios na esfera privada, também existem na pública, logo, muito ainda se tem para debater no Brasil até que o nosso modelo de democracia digital não seja apenas a virtualização das estruturas existentes, mas, sim, a recomposição efetiva, resilientemente, de novos instrumentos que as renovem e dinamizem.

3 O PAPEL SOCIAL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DA DEMOCRACIA DIGITAL

Considerando exemplos como os supracitados (Islândia e Primavera Árabe), ressalta-se que, no Brasil, os desafios a serem enfrentados para uma democracia de qualidade não serão poucos, tais como a questão do custo das novas tecnologias, da acessibilidade para todos os brasileiros (deve-se pensar nas dificuldades, *e.g.*, dos brasileiros com deficiência visual, dos idosos, das comunidades indígenas, dos imigrantes), também da importância de se garantir a neutralidade da Internet e da dupla contingência de se ter que manter os aplicativos atualizados ao mesmo tempo em que é preciso preservar a memória arquivada em versões de *software* já fora de uso. Sem a atenção devida a estes requisitos essenciais para a inclusão no acesso à Internet pode-se vir a validar processos ilegítimos de violência digital, como alerta Eugênio Trivinho (2003), o que causaria sérios danos à qualidade da participação democrática e do exercício da cidadania em nosso País.

O Estado brasileiro precisará, portanto, de investimentos de monta em tecnologia para que todos os cidadãos possam ter acesso de qualidade com um preço viável. Exemplo disto é o programa Banda Larga para Todos do governo

federal (lançado em maio/2015) que prevê investimentos públicos e incentivos tributários para investimentos privados no projeto (Brasil, Portal Brasil, 2015). Diante desta e de outras propostas de cidadania digital apresentadas atualmente nas páginas dos órgãos públicos, cresce, inegavelmente, a responsabilidade estatal para com as políticas públicas de inclusão digital.

Visto que há uma finalidade social para a Internet, como dito no Marco Civil, a ausência de compromisso com medidas assecuratórias do pleno acesso a estas tecnologias digitais pode fazer com que o Estado, em qualquer um de seus graus, torne-se responsável pela exclusão de brasileiros que estejam, porventura, nessas situações, o que poderia provocar a atuação dos órgãos jurisdicionais para garantir o cumprimento desta prerrogativa básica. A responsabilização do Poder Público é medida necessária por quatro razões:

- a) a hipossuficiência do cidadão perante as empresas privadas, em sua maioria estrangeiras, que oferecem os serviços acessados no ambiente digital, o que prejudicaria a *defesa processual* de direitos fundamentais, motivo pelo qual o Decreto nº 8.771/2016, regulamentador do Marco Civil da Internet, contém dispositivos a respeito dos padrões de segurança e sigilo de dados privados;
- b) o dever do Estado de implementar *políticas públicas* já que o acesso à Internet agora possui, por força do Marco Civil da Internet, uma finalidade social, o que compromete o Poder Público com o cumprimento de metas de execução e de efetivação das medidas necessárias para que todos os brasileiros possam ter condições de conectar-se à rede digital;
- c) a garantia da neutralidade, o que obriga a autoridade estatal ao *combate às discriminações* de qualquer ordem – financeira, cultural, pessoal, etc. – que possam acometer os cidadãos que utilizem a Internet para interagir e trocar informações com outros usuários dos sistemas disponíveis, direito também previsto no decreto federal citado, reforçado pela previsão, ainda, de atuação da Anatel como instância fiscalizadora;
- d) a obrigação estatal de assegurar a *operacionalidade técnica do sistema*, que indica o acesso efetivo às senhas infotécnicas apontadas por Trivinho (2003), como aplicativos atualizados e equipamentos adequados para conexão à Internet, visto que são as agências públicas que devem fiscalizar as empresas concessionárias de telecomunicações e, ainda, porque as obras de maior investimento de infraestrutura são de competência, quanto à gestão direta ou indireta, da autoridade

pública, que deve zelar pela idoneidade dos processos licitatórios que escolhe os prestadores de bens ou serviços tecnológicos para o Estado e da execução das medidas necessárias ao funcionamento da Internet no Brasil – o art. 5º do Decreto nº 8.771/2016: “Requisitos técnicos indispensáveis à prestação adequada de serviços”.

Mas, deve-se refletir que

para que isso aconteça, no entanto, é preciso que sejam criados mecanismos jurídicos de participação popular na tomada de decisões. O direito posto deve ser um direito democraticamente institucionalizado – com tentativa de redução da interferência no poder de grupos lobistas – para que reflita, em seus institutos, essa efetividade da norma jurídica e da proposta legislativa para o cidadão. Isso significa que a lei deve ser, em um Estado Democrático de Direito, responsável por suas consequências sociais, especialmente aquelas que não eram pretendidas pela sociedade. (Souza, 2010, p. 128)

Diante deste cenário promovido pela democracia digital, no caso brasileiro, o papel social do Poder Judiciário é essencial para assegurar a resiliência estatal, visto que, em caso de omissão do Poder Público, esta é a única via de salvaguarda à qual pode o cidadão recorrer dentro do que permite o princípio da legalidade. Embora as formas de luta social por reconhecimento sejam extremamente válidas no âmbito da extraestatalidade legítima (Souza, 2014, p. 206; Souza, 2006, p. 70), quando a lei não acolhe o cidadão, resta-lhe tentar manter-se dentro dos meandros do Direito por meio do apoio jurisdicional.

Esta atuação jurisdicional para solucionar questões sociais, se for seguida a linha da eticidade segundo Hans Jonas, faz derivar para a autoridade pública a responsabilidade por executar bem as políticas públicas de inclusão – no caso em tela, de inserção digital –, uma vez que os danos causados pelo Estado aos cidadãos “devem ser reparados, ainda que a causa não tenha sido um ato mau e suas consequências não tenham sido previstas, nem desejadas” (2006, p. 165 *apud* Huppfer, 2012, p. 110-111).

Recorrendo novamente a Hans Jonas, percebe-se que o autor enfrenta a responsabilidade do Estado na seguinte afirmativa: “o exercício do poder sem a observação do

dever é, então, ‘irresponsável’”. A reflexão de Jonas é no sentido de que o não cumprimento, pelo Estado, de seu dever de assegurar a permanência de uma autêntica vida humana sobre a terra “representa uma quebra da relação de confiança presente na responsabilidade”. (Jonas, 2006, p. 168 *apud* Huppfer, 2012, p. 112)

Na mesma linha segue o entendimento de Jean Carlos Dias, ao afirmar que a atuação do Poder Judiciário em proteger direitos fundamentais ante a omissão do Poder Público não ofende ao princípio da separação de funções entre os Poderes, porque, nestes casos, ele está agindo como promotor de políticas públicas já elaboradas e aprovadas dentro do processo democrático previsto pela Constituição da República brasileira de 1988 e pela legislação infraconstitucional (Dias, 2007, p. 136). O erro existe na omissão pelo Legislativo e, no caso da implantação das políticas públicas, pelo Executivo de olvidarem o papel primordial que os dispositivos constitucionais lhes impuseram, principalmente quando a atuação judicial é em defesa de direitos fundamentais, jamais poderá ser considerada uma afronta ao princípio democrático ou aos demais Poderes, visto que atacando a política (ou omissão política) violadora de direitos, o que é exatamente o seu papel (Dias, 2007, p. 142-143).

Dirley da Cunha Júnior também afirma que a efetivação da Constituição é um direito dos cidadãos. Segundo o autor: “O progresso da democracia mede-se precisamente pela expansão dos direitos fundamentais e pela sua afirmação em juízo” (Cunha Júnior, 2008, p. 147). Cunha Júnior ainda ressalta que a exclusão de direitos é uma forma de enfermidade social, por isso faz surgir para o Estado, conseqüentemente, o dever de cumprir uma prerrogativa basilar dos cidadãos brasileiros, que é o direito fundamental à efetivação da Constituição (2008, p. 148; 267).

E, como temos falado neste artigo, uma vez que se pretende que os brasileiros possam ser vistos de modo emancipado e proativo em sua participação das deliberações públicas, é imprescindível que lhes seja assegurada a ampla cidadania, o que vai muito além do direito de voto em nossos dias (Souza, 2010, p. 128; 130): “Assim, uma nova acepção do termo cidadania se desenvolve, hoje, mais ampla e inclusiva... A emancipação, sim, reflete o *projeto constituinte do Estado Democrático brasileiro*”.

Esta atuação do Poder Judiciário também é uma prova da resiliência estatal, agora já não tão preso às amarras da modernidade liberal em que

Montesquieu, de modo necessário à sua época, cunhou tão bem a separação dos três poderes. Este princípio ainda é fundamental, tanto que está inscrito na vigente Constituição da República brasileira, em seu art. 2º. Não se tem por objetivo neste artigo confrontá-lo. Até porque o princípio da resiliência no direito não é para promover oposições severas e acentuá-las, mas exatamente o seu contrário, consiste em deparar-se com estas situações e ser capaz de aferir e aplicar à atuação do Estado o limite em que ele deve ceder em sua burocracia e alterar a sua organização funcional, de modo a atender melhor o que realmente é essencial na sua existência: garantir a cidadania por meio dos direitos fundamentais. A estrutura existente deve estar a serviço dos brasileiros e de suas necessidades cotidianas, dinamizando-se, sempre que necessário, para atingir a sua função primordial.

CONCLUSÃO

Conclui-se argumentando que a democracia digital no Brasil, como visto, é um processo complexo que exige: cidadania ampla, políticas públicas, constante resiliência da relação do Estado para com os seus cidadãos e a efetivação da Constituição como direito fundamental. O Marco Civil da Internet é um instrumento muito relevante nesse novo cenário, uma vez que assegura direitos fundamentais aos usuários da rede digital, bem como a sua finalidade social. Todavia, se comparados a outros modelos, perceber-se-á que somente o ato de interagir em uma rede social não poderá ser considerado “participação” ou “deliberação” de cunho político-social. Nem todos os que estão *on-line* o fazem com consciência e vontade de despertar uma mudança social no País.

Não obstante isto, diversas relações privadas e públicas migraram para o meio virtual e, portanto, devem receber proteção do Estado, pela via do Poder Judiciário, sempre que isto se fizer necessário, principalmente naqueles casos em que a hipossuficiência do cidadão é evidente. Somente assegurando a proteção aos direitos fundamentais no mundo real e digital se poderá tentar atingir um modelo democrático mais próximo – o quanto for possível – daquele descrito por Robert Dahl, no qual os cidadãos são mais do que somente eleitores, mas tornam-se, sim, sujeitos coparticipativos da construção do país que esperamos deixar para as próximas gerações. Democracia é um processo de construção diária e, se deliberativa, entre agentes que devem respeitar-se mutuamente. Ser resiliente, portanto, é o melhor modo de o Estado se posicionar no diálogo, pois

significa ter a abertura necessária para incorporar mudanças, especialmente aquelas que reconheçam direitos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Tânia; ALVES, Rafael Alves de. Democracia deliberativa e construção de consenso. In: PAULA, Daniel Giotti de; ASENSI, Felipe Dutra (Org.). *Tratado de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Campus Jurídico, 2014.

ALTERMANN, Dennis. Qual a diferença entre redes sociais e mídias sociais. *Midiatismo, Comunicação Digital*, 6 de setembro de 2010. Disponível em: <<http://www.midiatismo.com.br/comunicacao-digital/qual-a-diferenca-entre-redes-sociais-e-midias-sociais>>. Acesso em: 14 mar. 2015.

AVRITZER, Leonardo. Teoria democrática e deliberação pública. *Lua Nova*, São Paulo, n. 50, p. 25-46, 2000.

BÉVORT, Evelyne; BELLONI, Maria Luiza. Mídia-educação: conceitos, histórias e perspectivas. *Educação e Sociedade*, Campinas, v. 30, n. 109, p. 1081-1102, set./dez. 2009.

BIJOS, Leila; SILVA, Patrícia Almeida da. Análise da primavera árabe: um estudo de caso sobre a revolução jovem no Egito. *Revista CEJ*, Brasília: Centro de Estudos Judiciários, Conselho da Justiça Federal, ano XVII, n. 59, p. 58-71, jan./abr. 2013.

BRASIL. Comunicações: Banda Larga Para Todos deve ter investimento público e privado, diz ministro. *Portal Brasil, Infraestrutura*, 24 de março de 2015. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/infraestrutura/2015/03/banda-larga-para-todos-deve-ter-investimento-publico-e-privado-afirma-ministro>>. Acesso em: 14 abr. 2015.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988. Presidência da República, Casa Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 abr. 2015.

_____. Lei nº 12.965, promulgada em 23 de abril de 2014 - Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil (Marco Civil da Internet). Presidência da República, Casa Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 20 abr. 2015.

_____. Pesquisa Brasileira de Mídia: Hábitos de consumo de mídia pela população brasileira (2015), publicada em 19 de dezembro de 2014. Presidência da República, Secretaria de Comunicação Social. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/governo/2014/12/brasileiros-ficam-mais-tempo-conectados-que-assistindo-tv>>. Acesso em: 2 abr. 2015.

CABRAL, Rafael. Islândia usa internet para renovar leis. *Estadão*, Internet, Política, 29 de julho de 2011. Disponível em: <<http://blogs.estadao.com.br/link/islandia-usa-internet-para-renovar-leis/>>. Acesso em: 8 abr. 2015.

CASTRO, Cosette; BARBOSA FILHO, André. Mídias digitais: um espaço a ser construído. *UNIrevista*, v. 1, n. 3, p. 1-11, jul. 2006.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do Poder Público*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DAHL, Robert. *Sobre a democracia*. Trad. Beatriz Sidou. Brasília: UnB, 2001.

DIAS, Jean Carlos. *O controle judicial de políticas públicas*. Coleção Professor Gilmar Mendes. São Paulo: Método, v. 4, 2007.

FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros; COSTA, Mônica Aragão Martiniano Ferreira e. *Aulas de teoria do Estado*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

_____. *Direito constitucional comparado*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

GOVERNO ELETRÔNICO. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação, Departamento de Governo Eletrônico. Base de dados. Disponível em: <<http://www.governoeletronico.gov.br>>. Acesso em: 24 abr. 2015.

GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. O que significa democracia deliberativa. Tradutor: Bruno Oliveira Maciel; revisor técnico: Pedro Buck. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 17-78, 2007.

HUPPFER, Haide Maria; NAIME, Roberto; ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; CORRÊA, Iose Luciane Machado. Responsabilidade civil do Estado por omissão estatal. *Revista Direito GV*, São Paulo v. 8, n. 1, p. 109-130, jan./jun. 2012.

LÈVY, Pierre. *A inteligência coletiva*. 5. ed. Trad. Luiz Paulo Rouanet. São Paulo: Edições Loyola, 2007.

LINCOLN, Abraham. Discurso de Gettysburg (1863). OAB - SP, Grandes causas. Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/sobre-oabsp/grandes-causas/o-discurso-de-gettysburg>>. Acesso em: 22 mar. 2015.

MÜLLER, Leonardo. Música digital supera mídias físicas pela primeira vez na história. *Tecmundo*, 16 de abril de 2015. Disponível em: <<http://www.tecmundo.com.br/musica/78435-musica-digital-supera-midias-fisicas-primeira-vez-historia.htm>>. Acesso em: 2 abr. 2015.

SIDDIQUE, Haroon. Mob rule: Iceland crowdsourcers its next constitution. *The Guardian*, terça, 9 de junho de 2011. Disponível em: <<http://www.theguardian.com/world/2011/jun/09/iceland-crowdsourcing-constitution-Facebook>>. Acesso em: 8 abr. 2015.

SILVA, Soeli Maria Schreiber (Org.). *Sentidos do povo*. São Carlos: Claraluz, 2006.

SOUZA, Luciana Cristina de. A função social do direito e à concreção da cidadania. In: COSTA, Igor Sporch da; MIRANDA, João Irineu de Resende. *Direitos e movimentos sociais: a busca pela efetivação da igualdade*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 39-63.

_____. *Aplicação do princípio da resiliência às relações entre Estado, sociedade e Direito*. In: ASENSI Felipe Dutra; PAULA, Daniel Giotti de (Org.). *Tratado de direito constitucional*. Capítulo 2.5. Rio de Janeiro: Campus Jurídico, 2014. p. 197-209.

_____. Os sistemas plurais de direito e as mudanças introduzidas pela Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004. *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro*, n. 69, p. 64-78, out./nov./dez. 2006.

_____. *State power legitimacy in Brazilian democracy*. XXVI World Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy of the Internationale Vereinigung für Rechtsund Sozialphilosophie (IVR), Oral presentation, 2013. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2570878>>. Acesso em: 24 abr. 2015.

TERRA, Carolina Frazon. Como identificar o usuário-mídia, o formador de opinião *online* no ambiente das mídias sociais. *Revista Internacional de Relaciones Públicas*, n. 4, v. II, p. 73-96, 2012.

WEBESTRATÉGICA. Disponível em: <<http://www.webestrategica.com.br/blog/consumo-de-midia-digital-supera-tempo-gasto-com-tv-nos-eua/>>. Acesso em: 2 abr. 2015.

Submissão em: 24.07.2015

Avaliado em: 05.08.2015 (Avaliador A)

Avaliado em: 18.05.2016 (Avaliador D)

Aceito em: 12.07.2016

DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E O DEVIDO PROCESSO NO ESTADO LIBERAL AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PROCESSO JUSTO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

CONSTITUTIONAL GUARANTEES AND DUE PROCESS IN THE LIBERAL STATE FUNDAMENTAL RIGHTS AND FAIR TRIAL IN THE DEMOCRATIC STATE OF LAW

Miguel do Nascimento Costa¹

Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale dos Sinos

ÁREA(S) DO DIREITO: direitos e garantias fundamentais; estado democrático de direito.

RESUMO: Este ensaio tem por escopo analisar as premissas conceituais mínimas do devido processo legal, a partir da análise das garantias constitucionais estabelecidas no Estado Liberal, assim como do processo justo, do ponto de vista dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: devido processo legal; garantias constitucionais; esta-

do liberal; processo justo; direitos fundamentais; estado democrático de direito.

ABSTRACT: *The present essay has for target to analyze the minimum conceptual premises of due process of law, from the analysis of the guarantees constitutional in the Liberal State, thus with of the process just, from the perspective of the basic rights in the Democratic State of Right.*

KEYWORDS: *due process of law; guarantees constitutional; liberal state; process just; right basic; democratic state of right.*

¹ Especialista em Processo Civil pelo Centro Universitário Ritter dos Reis. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Centro Universitário Ritter dos Reis. Professor de Direito Processual Civil e Teoria Geral do Direito do Centro Universitário Ritter dos Reis e do Centro Universitário La Salle. Professor dos Cursos de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Fadergs, PUC, Feevale, IMED e UNISC. Advogado nas áreas do Direito Empresarial/Societário, Direito do Trabalho, Direito Civil, Família e Sucessões, Direito Imobiliário e Direito Educacional. Coordenador da Procuradoria Jurídica do Unilasalle. E-mail: miguel@costaewespadvogados.com.br. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/632604052373172>.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Estado Liberal clássico e as suas características jurídicas essenciais; 2 Do devido processo legal no Estado Liberal; 3 Do Estado Social ao Estado Democrático de Direito e as suas características jurídicas essenciais; 4 O processo justo no Estado Democrático de Direito; 5 O direito ao processo justo na concepção do novo Código de Processo Civil brasileiro (Lei nº 13.105/2015); Apontamentos conclusivos; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Liberal State classic and essential legal characteristics; 2 The due process of law in the liberal state; 3 The Social State to the Democratic State of Law and its essential legal characteristics; 4 The right to due process in the Democratic State of Law; 5 The right to due process in the design of the project of the new Code of Civil Procedure (Law nº 13.105/2015); Conclusive notes; References.*

INTRODUÇÃO

Consoante hodiernamente se observa, o processo civil tem se constituído a partir de sua relação direta com a Constituição da República. Nesse sentido, é inegável a influência que a norma constitucional exerce sobre o processo civil brasileiro, seja porque o legislador não pode (e não deve) violar ou olvidar a aplicação dos preceitos constitucionais, seja porque o processo, concebido como forma de garantia de justiça, nada mais significa do que a imediata e direta complementação dos mandamentos constitucionais.

Consequência direta e imediata da experiência e cultura de um povo e convivendo com os caracteres políticos, sociais e econômicos próprios dos diversos momentos históricos percorridos, o processo civil brasileiro está intimamente ligado aos princípios e pressupostos que determinaram a formação do próprio Estado Democrático de Direito. No Estado Democrático de Direito, a eficácia dos direitos fundamentais tem relação direta, tanto com atuação do Estado-legislador (adstrito aos preceitos constitucionais) quanto com a atuação do Estado-juiz, que, pela tutela efetiva (art. 5º, XXXV, da CRFB) dos direitos, deve promover a existência de uma prestação jurisdicional alcançada às partes de maneira adequada e em tempo razoável (art. 5º, LXXVIII, da CRFB). Dentro da perspectiva dos direitos fundamentais constitucionais derivados do Estado Democrático de Direito, destaca-se o direito fundamental a um processo justo, que no modelo do Estado Liberal poderia encontrar ideia correspondente no devido processo legal (*due process of law*).

Com efeito, é justamente esse o objeto deste estudo, quer seja, investigar se o devido processo legal, típico do Estado Liberal, encontraria correspondência no processo justo, presente na Constituição Republicana do Estado Democrático de Direito brasileiro. Neste cenário e nesta conjuntura histórica, jurídica e social, o processo civil deve ser compreendido como ciência conformada pelos princípios e pelas regras constitucionais, decorrendo desta noção a necessidade de uma percepção de que as suas regras e os seus postulados visam a alcançar muito mais do que encontrar mecanismos de mera “domesticação do arbítrio estatal dentro do processo” (usando as palavras de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira), ou seja, o processo civil tem como foco a concretização do direito fundamental à tutela jurisdicional prestada de forma adequada, tempestiva e efetiva a quantos dela necessitem, promovendo-se o acesso à ordem jurídica justa, ao processo justo e équo.

1 ESTADO LIBERAL CLÁSSICO E AS SUAS CARACTERÍSTICAS JURÍDICAS ESSENCIAIS

O Estado Liberal de Direito, que historicamente tem em Locke² e Montesquieu³ algum de seus principais teóricos, caracterizou-se pela propagação

² Para compreender o poder político e as suas origens liberais, Locke entende ser essencial analisar como conviviam os homens em seu estado de natureza. No estado natural, os homens eram iguais, mas essa liberdade e essa igualdade eram, sobretudo, no plano teórico. Na visão lockiana, o cidadão tem direitos inerentes à sua existência, tais como: vida, liberdade e propriedade, porém é incapaz de desfrutar desses direitos naturais sem paixões pessoais. Necessária, portanto, para o uso e o gozo desses direitos, é a reunião das pessoas em torno de um contrato social que garanta os direitos naturais mediante um governo que imponha leis capazes de protegê-los. Cria-se uma estrutura de segurança e, sob essa condição, a liberdade que coexistia, assim como os outros direitos, apenas no plano teórico pode ser restringida, crescendo, por consequência, a liberdade real. Mas Locke ressalta, nesta obra, que somente o assentimento do povo daria e seria o único fundamento da autoridade desse governo. E é explícito ao escrever: “A liberdade do homem, na sociedade, é não se submeter a nenhum outro poder legislativo, senão o estabelecido mediante assentimento no país, nem ao domínio de qualquer vontade, ou restrição de qualquer lei, senão daquela que o legislativo promulgar, segundo a confiança nele depositada” (LOCKE, John, *Carta acerca da tolerância; Segundo tratado sobre o governo; Ensaio acerca do entendimento humano*. 2. ed. Trad. Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro. São Paulo: Abril Cultural, 1978. p. 35-39).

³ Partindo do pressuposto de que é necessário um controle externo para que os sistemas políticos funcionem a contento, Montesquieu propõe a criação de regras para que sejam estabelecidos limites aos detentores do poder, sobretudo para que possa implementar uma garantia de liberdade dos indivíduos. E a forma sugerida por Montesquieu é a divisão da esfera administrativa em três poderes: “O Poder Legislativo, o Poder Executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o Executivo das que dependem do direito civil” (MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de (1689-1755). *O espírito das leis*. Apresentação de Renato Janine Ribeiro; tradução de Cristina Muracho. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 184-195).

de um ideal político, jurídico e social baseado na existência de liberdades individuais⁴, de direitos fundamentais, de uma democracia representativa, da separação de poderes, bem como do protagonismo das leis, próprio dos movimentos constitucionalistas que surgiram a partir da *Magna Charta Libertatum* de 1215⁵.

De modo geral, o pressuposto filosófico do Estado Liberal, entendido como o Estado limitado em contraposição ao Estado absoluto⁶, é a doutrina dos direitos do homem elaborada pela escola do direito natural (ou jusnaturalismo): doutrina segundo a qual todos os homens, indiscriminadamente, são titulares de direitos fundamentais, como o direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade⁷. E a estes direitos, o Estado ou aqueles que em determinado momento histórico detêm o poder legítimo de exercer a força para obter a obediência de seus comandados, deve respeitar e não invadir (assim como proteger contra toda e qualquer possível invasão por parte de outros)⁸ a esfera de direitos dos indivíduos.

Nesse viés, Norberto Bobbio refere que, na acepção mais comum, por “liberalismo” entende-se uma determinada concepção de Estado, na qual o

⁴ Leciona Paulo Bonavides: “A filosofia política do liberalismo, preconizada por Locke, Montesquieu e Kant, cuida que, decompondo a soberania na pluralidade dos poderes, salvaria a liberdade. Fazia-se mister contrapor à onipotência do rei, um sistema infalível de garantias. Essa doutrina é, como se vê, um termômetro das tendências antiabsolutistas” (BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 45).

⁵ Enquanto teoria diversificadamente elaborada por filósofos, teólogos e juristas, a doutrina dos direitos do homem pode ser considerada como a racionalização póstuma do estado de coisas a que conduziu, especialmente na Inglaterra e muitos séculos antes, a luta entre a monarquia e as outras forças sociais, que concluiu com a concessão da Magna Carta por parte de João Sem Terra (1215), quando as faculdades e os poderes que nos séculos futuros serão chamados de “direitos do homem” são reconhecidos sob o nome de “liberdade” (*libertates, franchises, freedom*), ou seja, como esferas individuais de ação e de posse de bens protegidos perante o poder coativo do rei (BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2005. p. 13).

⁶ Nas palavras de Lenio Luiz Streck e José Luís Bolzan de Moraes: “Como primeira expressão do Estado moderno, vamos observar que a estratégia de construção da nova forma estatal, alicerçada na ideia de soberania, vai levar à concentração de todos os poderes nas mãos dos monarcas, o que vai originar as chamadas monarquias absolutistas, fazendo com que a realeza que está nas origens do Estado Moderno associe as concepções latina e feudal de autoridade – *imperium e senhoria* – permitindo-se personificar o Estado na figura do rei, ficando na história a frase de Luiz XIV, o Rei Sol: *L’État c’est moi* – O Estado Sou eu” (STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan de. *Ciência e teoria do Estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 45).

⁷ BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*, p. 11.

⁸ O objetivo de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e não prescritíveis do homem (art. 2º da Declaração Universal do Homem e do Cidadão, 1789).

Estado tem poderes e funções limitadas e, como tal, se contrapõe tanto ao Estado absoluto quanto ao Estado que, atualmente, chama-se de Social. No entanto, é essencial compreender-se que “liberalismo” e “democracia” não são a mesma coisa e tampouco são interdependentes: um Estado Liberal não é necessariamente um Estado Democrático⁹. Segundo lição do mesmo autor, historicamente, o Estado Liberal realizou-se em sociedades cuja participação do governo era bastante restrita e limitada às classes possuidoras. Um governo democrático não é certeza de um Estado Liberal, e vice-versa. A bem da verdade, o Estado Liberal clássico foi posto em crise pelo progressivo processo de democratização produzido pela gradual ampliação do sufrágio até o sufrágio universal¹⁰.

A ideia de que o exercício do poder político apenas é legítimo se fundado sobre o consenso daqueles sobre os quais deve ser exercido e, portanto, um acordo entre aqueles que decidem submeter-se a um poder superior com aqueles a quem esse poder é confiado, é uma premissa que deriva da pressuposição de que os indivíduos têm direitos que não dependem da instituição de um soberano e que a instituição de um soberano tem a principal função de permitir a máxima explicitação desses direitos, compatível com a segurança social¹¹. Segundo Paulo Bonavides, no Estado Liberal o Estado é a armadura de defesa e proteção da liberdade e a sua essência há de se esgotar em uma missão de inteiro alheamento e ausência de iniciativa social¹².

Constituem-se, pois, valores do Estado Liberal os direitos individuais, a liberdade, a propriedade privada, a segurança jurídica e a participação dos cidadãos na formação da vontade estatal¹³. O liberalismo, portanto, centra-se na concepção de Estado que tem poderes e funções típicas de um Estado mínimo. Ou seja, no conceito de liberalismo concentra-se a ideia de limites de liberdades, tendo como ator principal o próprio indivíduo¹⁴. Nesta linha de pensamento, o argumento do *invisible hand* e a crença da certeza da autoregulação do mercado

⁹ BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*, p. 7.

¹⁰ Idem, p. 8.

¹¹ Idem, p. 15.

¹² BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*, p. 41.

¹³ GARCIA-PELAYO, Manuel. *As transformações do Estado contemporâneo*. Tradução, prefácio e apêndice de Agassis Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 41-42.

¹⁴ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 57-58.

demonstram que as principais funções do Estado Liberal eram fazer cumprir os contratos e defender a propriedade privada¹⁵.

Outrossim, é importante ressaltar que este modelo de Estado Liberal atribuía ao Parlamento um primado absoluto em relação aos outros poderes do Estado, uma vez que o Poder Legislativo seria o único órgão que teria condições de ostentar uma investidura popular direta¹⁶. Nesse cenário, a “lei” havia sido concebida, *à la* Rousseau, como expressão da vontade geral da nação a cujas prescrições o Poder Executivo devia ater-se rigorosamente¹⁷. Diante desta hegemonia do Parlamento, os Poderes Executivo e Judiciário assumiriam posições de subordinação: i) ao Executivo competia uma obediência literal à lei; ii) enquanto que, ao Judiciário, competia o formalismo da aplicação desta lei.

Decorre desta percepção o fato de que a lei deveria ser concebida como norma geral e abstrata, a fim de defender os interesses dos cidadãos dos privilégios e abusos outrora verificados no Estado absolutista. Com efeito, a lei não tem uma relação disjuntiva com a liberdade, razão pela qual esta começa onde se detém a força coativa da primeira. Tanto para Locke quanto para Montesquieu, a lei é o caminho indispensável da liberdade. Aquilo que, para Montesquieu, impede o despotismo – a degeneração do bom regime – é o feliz conúbio entre liberdade e lei. O indivíduo é livre enquanto age nos trilhos da lei e esta, por sua vez, é o único instrumento capaz de protegê-lo do arbítrio. É exatamente no nexa entre liberdade e lei que nasce a possibilidade de conter o arbítrio do príncipe e de tutelar a segurança dos sujeitos. A liberdade e a segurança (da pessoa, dos bens) são valores finais que a lei permite alcançar na medida em que impede o arbítrio¹⁸.

Assim, a tradição liberal concebe o Estado como sendo limitado apenas por proibições, a fim de garantir os direitos individuais de liberdade e propriedade, trazendo, então, somente garantias negativas, ou seja, deveres de

¹⁵ HUNT, E. K. *História do pensamento econômico: uma perspectiva crítica*. Trad. José Ricardo Brandão de Azevedo. Rio de Janeiro: Campus, 1982. p. 426.

¹⁶ COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo; SANTORO, Emilio. *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. Organizada por Pietro Costa e Danilo Zolo, com a colaboração de Emílio Santoro; tradução de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 23.

¹⁷ *Idem*, p. 23.

¹⁸ *Idem*, p. 103.

não fazer para o Estado, de não interferir na esfera dos particulares¹⁹. Destarte, compete ao Estado Liberal, por meio da lei, “garantir a certeza nas relações sociais, através da compatibilização dos interesses privados de cada um com o interesse de todos, mas deixar a felicidade ou a busca da felicidade nas mãos de cada indivíduo”²⁰. O Direito, no Estado Liberal, passa a ser considerado um ordenamento constitucional/legal²¹, deixando para trás a antiga ideia de que ele era algo concebido transcendentemente com base na imutável hierarquia social oligarca.

Com base neste substrato ideológico-filosófico, a igualdade formal de todos diante da lei passa a ser consagrada. É neste contexto que são formulados os princípios de legalidade – *nullum crimen sine lege* – de igualdade jurídica (a igual submissão de todos os sujeitos à lei) que a civilização jurídica oitocentista irá considerar de algum modo adquiridos (pelo menos idealmente, mesmo permanecendo incerta e problemática a sua efetiva realização)²². O constitucionalismo, neste contexto jurídico e social, surge como tema basilar para a legitimação do poder político. O escopo, no Estado Liberal²³, é impor

¹⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juar Terradillos Basoco e Rocio Cantanero. 4. ed. Madrid: Trota, 2000. p. 860.

²⁰ CATTONI, Marcelo. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 55.

²¹ Nesse sentido, recorre-se a lição de J. J. Canotilho: “A ideia de Estado de direito no constitucionalismo francês assentou – pelo menos em termos teóricos –, na construção de um *État Légal* concebido com uma ordem jurídica hierárquica. No vértice da pirâmide hierárquica situava-se a *Déclaration* de 26 de Agosto de 1789 consagrando os ‘*droits naturels ET sâcres de l’homme*’. Esta *Déclaration* era, simultaneamente, uma ‘supra-constituição’ e uma ‘pré-constituição’: supra-constituição porque estabelecia uma disciplina vinculativa para a própria constituição (1791); pré-constituição porque, cronologicamente, precedeu mesmo a primeira lei superior. A lei ocupa o terceiro lugar na pirâmide hierárquica e, na base, situam-se os atos do executivo de aplicação das leis” (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 95).

²² No “século XVIII reformador”, de qualquer modo, a confiança na lei como instrumento de proteção e de fortalecimento da liberdade, da propriedade, dos direitos dos sujeitos procede igualmente com uma atitude otimista em relação à soberania: que na sua atual configuração tende perigosamente ao despotismo, mas pode/deve se tornar a expressão e o caminho para uma ordem finalmente racional (COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo; SANTORO, Emilio. *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*, p. 103-104).

²³ Quanto ao Estado Liberal, Canotilho refere que “inicialmente o Estado de direito começou a ser caracterizado, em termos muito abstratos, como ‘Estado da razão’, ‘Estado limitado em nome da autodeterminação da pessoa’. No final do século, estabilizaram-se os traços jurídicos essenciais deste Estado: o Estado de direito é um *Estado Liberal de Direito*. Contra a ideia de um *Estado de Política* que tudo regula e que assume como tarefa própria a prossecução da ‘felicidade dos súditos’, o Estado de direito é um *Estado liberal* no seu verdadeiro sentido. Limita-se à defesa da ordem e seguranças

limites ao *Leviatã*²⁴ e garantir os direitos individuais. Decaída a autoridade do antigo Estado Absoluto (*ancien regime*) e rompida a ideologia do passado, o cidadão caminha rumo à democracia, prosseguindo com os seus combates e determinando a mudança ocorrida, no sentido das Cartas Constitucionais, cada vez mais exigentes de conteúdos que se destinassem a fazer valer objetivamente o ideário burguês das liberdades concretas, dignificadoras da pessoa humana²⁵.

O vitorioso Estado burguês de Direito eleva os direitos da liberdade ao cume da ordem política²⁶. Consoante leciona Paulo Bonavides,

disso não advinha para a burguesia dano algum, senão muita vantagem demagógica, dada a completa ausência de condições materiais que permitissem às massas transpor as restrições do sufrágio e, assim, concorrer ostensivamente, por via democrática, à formação da vontade estatal.

Ademais, permitia aos burgueses falar ilusoriamente em nome de toda a sociedade, com os direitos da liberdade (fundamentais de primeira geração) que ela mesma proclamara, os quais se apresentavam, em seu conjunto, do ponto de

públicas ('Estado polícia', 'Estado gendrame', 'Estado guarda noturno'), remetendo-se os domínios econômicos e sociais para os mecanismos da liberdade individual e da liberdade de concorrência" (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 97).

²⁴ Com relação ao *Leviatã*, relevante é a contribuição de Hoffe ao, assim, descrevê-lo: "Uma comunidade política possui, sob uma ou outra forma, mandatos para o exercício da coerção e se converte através deles em uma situação de dominação que pode assumir os traços ameaçadores de um Estado com carta branca, de um Estado onipotente e absolutista. Para uma tal situação de dominação, devemos a Hobbes a metáfora orientadora. Para seu tempo fiel à Bíblia, quase furiosamente bíblico, ele denominou o poder do Estado inexpugnável 'Leviatã', o monstro marinho do livro de Jó. Pra nossa época não mais tão fiel à Bíblia, a gravura em cobre do título, que abre a primeira edição do *Leviatã* representa claramente a afirmada onipotência do Estado: atrás de montanhas, de algumas aldeias e duma cidade emerge um tirano com cora e insígnias; examinando melhor, percebe-se que o gigantesco homem artificial, o Estado, é composto somente de homenzinhos - figura da ideia que Hobbes tem da representação e também da tese de que cada cidadão se dissolve completamente no Estado onipotente. O tirano, aliás, não segura em suas mãos apenas a espada, mas também o cajado de pastor - figura a expressar que Hobbes atribui ao soberano, ao mesmo tempo, os direitos de decisão, tanto para questões mundanas, como para as religiosas" (HÖFFE, Otfried. *Justiça política: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do Estado*. Trad. Ernildo Stein. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 2).

²⁵ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*, p. 44.

²⁶ Neste contexto, os direitos fundamentais liberais decorriam não tanto de uma declaração revolucionária de direitos mas do respeito de uma esfera de liberdade individual. Compreende-se, por isso, que os dois direitos fundamentais - liberdade e propriedade - só pudessem sofrer intervenções por uma lei aprovada pela representação popular (*doutrina da lei protetora dos direitos de liberdade e de propriedade e doutrina da reserva de lei*) (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 97)

vista teórico, “válidos para toda a comunidade humana, embora, na realidade, tivesse bom número deles vigência tão-somente parcial, e em proveito da classe que efetivamente os podia fruir”²⁷.

A separação de poderes ganhou maior projeção como garantia contra o abuso do poder estatal²⁸, técnica fundamental de proteção dos direitos da liberdade, em razão do exercício fracionado e simultâneo das funções administrativas, legislativas e judiciais. Com efeito, o princípio da separação dos poderes²⁹ é resultado dos próprios postulados do Estado Liberal e visa – entre outros – a combater o arbítrio, como uma arma necessária da liberdade do indivíduo e para a afirmação da sua personalidade³⁰. Em decorrência destas premissas, o princípio da separação dos poderes foi concebido pelo Estado Liberal, da seguinte maneira: i) atividade legislativa – estabelecimento de normas gerais e abstratas; ii) atividade administrativa – era primária e espontânea, o direito deveria ser aplicado por iniciativa própria, tendo em vista os interesses da própria administração (administrar é aplicar a lei de ofício); iii) atividade *jurisdicional* – estava voltada à atuação da vontade concreta da lei³¹. Pelo modelo liberal, a liberdade implica a ausência de obstáculos, impostos pelo Estado, para que as pessoas exerçam as suas escolhas e possam decidir quais os caminhos pretendem trilhar³².

Assim, além dos próprios direitos fundamentais e da separação de poderes, erige-se o ideal do *law's empire*, ou seja, é o momento histórico daquilo

²⁷ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*, p. 45.

²⁸ O controle dos Poderes Públicos torna-se tema de interesse permanente quando se destaca a necessidade em conciliar-se a liberdade e a autoridade. Martin Péres Guevara acentua que, a partir da Revolução Francesa e desde quanto Montesquieu aponta o princípio da separação dos poderes como instrumento essencial para assegurar a liberdade e as garantias do homem e do cidadão, o controle passa a ser um dos temas fundamentais do Direito Público (BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 2).

²⁹ Eduardo Cambi defende que seria mais adequado falar-se em “separação de funções”, uma vez que o poder estatal é um só, conforme disposto na Constituição Federal brasileira ao estabelecer no art. 1º, parágrafo único, que *todo o poder emana do povo* (CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessoalismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 171).

³⁰ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*, p. 86.

³¹ Conforme lição de Eduardo Cambi, ao comentar o princípio da separação dos poderes (*Neoconstitucionalismo e neoprocessoalismo*, p. 172).

³² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 411.

que os liberais chamam de Império da Lei³³, com observância estrita ao direito posto, como forma de persecução da segurança jurídica. O ideário, nesse sentido, era de que somente a lei refletia a vontade geral e, assim sendo, condicionava a jurisdição, já que o Poder Legislativo era tido como o depositário da vontade geral, razão pela qual a manifestação jurídica em conformidade com a lei era a regra fundamental de toda a democracia³⁴.

Nesta esteira, o Constitucionalismo Moderno³⁵, próprio do Estado Liberal, surgiu com a finalidade de controlar o exercício do poder político, a fim de garantir aos indivíduos o respeito à lei por parte dos órgãos do governo, sendo o instrumento idealizado para a concretização destes direitos a norma constitucional³⁶. Na perspectiva do paradigma do Estado Liberal, o arcabouço de garantias das liberdades individuais e dos direitos fundamentais, necessária e obrigatoriamente, encontra eco na norma constitucional. A Constituição é

³³ J. J. Canotilho, em seu *Direito constitucional e teoria da Constituição*, tem passagem de conteúdo ímpar a respeito: “A limitação do Estado pelo direito teria de estender-se ao próprio soberano: este estava também submetido ao império da lei, transformando-se em ‘órgão do Estado’. No âmbito da atividade administrativa, fundamentalmente dedicada à defesa e segurança públicas, os poderes públicos decidiam atuar nos termos da lei (*princípio da legalidade da administração*) e obedecer a princípios materiais, como por exemplo, o *princípio da proibição de excesso*. Logicamente, estes princípios conduzem à exigência do controle judicial da atividade da administração. A fiscalização da legalidade dos atos da administração pelos tribunais poder-se-ia fazer segundo um de dois modelos: (1) ou segundo o modelo e *jurisdição ordinária* confinando aos *tribunais ordinários* o controle da atividade de administração (modelo seguido em Bremen e Hamburgo); (2) ou segundo o modelo da justiça administrativa, atribuindo a *tribunais administrativos* a tarefa de julgar os atos da administração (modelo adotado pelas leis da Prússia de 3-7-1875, e da Baviera de 8-8-1878” (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 98).

³⁴ GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Trad. Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 119.

³⁵ Com relação ao tema, J. J. Canotilho pondera que “o Estado constitucional, com hierarquia de normas seria radicalmente oposto ao Estado de Polícia. No entanto, o Estado constitucional transmutar-se-ia em simples Estado Legal, afirmando-se a soberania ou primado da lei com base da doutrina da soberania nacional expressa pela assembleia legislativa. O princípio da primazia da lei servia para a submissão ao direito do poder político ‘sob um duplo ponto de vista’: (1) os cidadãos têm a garantia que a lei só pode ser editada pelo órgão legislativo, isto é, o órgão representativo da vontade geral; (2) em virtude da sua dignidade – obra dos representantes da Nação – a lei constitui-se a fonte de direito hierarquicamente superior (a seguir às leis constitucionais) e, por isso, todas as medidas adotadas pelo poder executivo a fim de lhe dar execução deviam estar em conformidade com ela (*princípio da legalidade da administração*). Mas só isso: como produto da vontade geral, as leis eram necessariamente gerais (*generalidade da lei*) garantindo, deste modo, a observância do *princípio da igualdade perante a lei* e conseqüente repúdio as velhas *leges privatae* (privilégios) características do *Ancien Régime*” (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 95/96).

³⁶ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 10.

compreendida como instrumento de governo (*instrument of goverment*), como estatuto jurídico-político fundamental da organização da sociedade política, do Estado, no qual o poder político encontra limites e o Estado se legitima pela representação popular.

Ao Poder Judiciário, neste cenário, compete a resolução dos conflitos privados, em uma evidenciada posição subalterna perante o poder a quem competia a produção normativa, pois o Poder Judiciário ficava limitado a uma atividade mecânica, ou seja, em ser apenas, no dizer de Montesquieu, *la bouche de la loi*³⁷. Portanto, no Estado Liberal o Poder Judiciário era concebido com um poder subordinado à lei, sobretudo por que era impensável imaginar que a lei tivesse duas vontades³⁸. Ao Poder Executivo, por sua vez, incumbia a tarefa de implementar o Direito, “garantindo a certeza e a segurança jurídicas e sociais, internas e externas, na paz e na guerra”³⁹. Com efeito, a relação entre os três poderes pautou-se por um sistema de contenção, de freios e contrapesos (*check and balances*), no qual o poder limitava o poder no exercício das faculdades de impedir⁴⁰.

Em linhas gerais, o modelo do Estado Liberal de direito tem por base a liberdade de todos, ou seja, todos devem ser livres, proprietários e iguais, em um sistema alicerçado no império das leis, na separação de poderes e no enunciado dos direitos e das garantias individuais. O direito, nesse paradigma, é visto como um sistema normativo no qual as regras, gerais e abstratas, são válidas universalmente para todos os membros da sociedade e tão somente a ele incumbe a tarefa de pautar a atuação do *Leviatã*.

2 DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NO ESTADO LIBERAL

O devido processo legal, dentro da perspectiva jurídica, social e política do Estado Liberal, decorre da preocupação e da necessidade de se impor limites ao poder outrora exercido no Estado Absolutista (*Leviatã*)⁴¹. Trata-se, pois, de

³⁷ CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos paradigmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, p. 479, 1999.

³⁸ Partindo-se da premissa de que toda a norma jurídica deveria ter um sentido unívoco (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 92).

³⁹ CATTONI, Marcelo. *Direito constitucional*, p. 57.

⁴⁰ *Idem*, p. 57.

⁴¹ Tal qual nos ensina Carlos Alberto Alvaro de Oliveira ao tratar da necessidade de “domesticação do arbítrio estatal dentro do processo” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2009).

princípio concebido originalmente para ser “freio ao poder real”⁴² e para servir de estatuto de convivência política e econômica entre as elites dominantes na Inglaterra no século XIII. O princípio do devido processo legal, neste contexto, desenvolveu-se e consolidou-se a ponto de se constituir em um dos elementos fundamentais do próprio Estado de Direito Liberal, tamanha a sua importância e relevo⁴³.

O devido processo legal é a tradução quase literal da expressão inglesa *due process of law*⁴⁴, que foi utilizada pela primeira vez na cláusula 3º do 28º Estatuto de Eduardo III, de 1354, segundo o qual “*no man of what state or condition he be, shall be put out of his lands or tenements nor taken, nor disinherited, nor put to death, without he be brought to answer by due process of law*”⁴⁵. A ideia do *due process of law*, contudo, advém da *Magna Charta Libertatum* de 1215, a qual, na cláusula 39, estabeleceu que “nenhum homem livre será detido preso, nem privado de seus bens, banido ou exilado ou, de algum modo prejudicado, nem agiremos

⁴² Idem, p. 102.

⁴³ J. J. Canotilho, a respeito do tema, trabalha a ideia do devido processo legal a partir da definição do *Rule of Law*: “*The Rule of Law* significa, em primeiro lugar, na seqüência da *Magna Charta* de 1215, a obrigatoriedade da observância de um processo justo legalmente regulado, quando se tiver de julgar e punir os cidadãos, privando-os da sua liberdade e propriedade. Em segundo lugar, *Rule of Law* significa a proeminência das leis e costumes do ‘país’ perante a discricionariedade do poder real. Em terceiro lugar, *Rule of Law* aponta para a sujeição de todos os atos do executivo à soberania do parlamento. Por fim, *Rule of Law* terá o sentido de igualdade de acesso aos tribunais por parte dos cidadãos a fim de estes aí defenderem os seus direitos segundo os princípios de direito comum dos ingleses (*Common Law*) e perante qualquer entidade (indivíduos ou Poderes Públicos)” (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 95/96). Segundo lição de José Rogério Cruz e Tucci, “derivam do devido processo legal outros princípios tais quais o da isonomia, do juiz natural, da inafastabilidade da jurisdição, do contraditório, da proibição de prova ilícita, da publicidade dos atos processuais, do duplo grau de jurisdição e da motivação das decisões judiciais” (TUCCI, Rogério Lauria; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Constituição de 1988 e processo*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 23).

⁴⁴ Há outros que adotam outras traduções para a expressão *due process of law*, como, por exemplo, na obra *A supremacia do direito no Estado Democrático de Direito e seus modelos básicos*, em que Cezar Saldanha Souza Junior utiliza-se da seguinte tradução: “processo jurídico devido”. Adotando a mesma linha de interpretação de Sérgio Luís Wetzel de Mattos (*Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009) e considerando a redação do art. 5º, inciso LIV, da Constituição da República, no presente trabalho, se utilizará a expressão “devido processo legal”.

⁴⁵ Cf. MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos*, p. 17. Tradução livre: “Nenhum homem, independente do estado ou condição que seja, deve ser posto para fora de suas terras ou prédios, nem deserdado, nem condenado à morte, sem ser levado a responder pelo devido processo legal”.

ou mandaremos agir contra ele, senão mediante um juízo legal de seus pares ou segundo a lei da terra”⁴⁶.

Acerca da expressão “devido processo legal”, Rui Portanova explica que o conceito (e não a expressão) tem a sua origem efetivamente na Carta Magna inglesa, outorgada em 1215 pelo Rei João, denominado “Sem Terra”. A Carta não foi escrita em inglês, pois o latim era o idioma oficial e dos meios cultos e intelectuais. Assim, na expressão *per legem terrae* que aparecia no Capítulo 39 está a primeira ideia do que hoje veio a se chamar de devido processo legal⁴⁷. É importante salientar, outrossim, que naquele período ainda não se tratava dos chamados direitos fundamentais, mas sim de “meras tolerâncias”⁴⁸ do soberano em relação aos direitos dos indivíduos, como uma espécie de submissão do Rei ao Parlamento, decorrente da crença de que este (o Poder Legislativo) era capaz de oferecer a proteção necessária e adequada aos cidadãos⁴⁹. Somente por ocasião da expansão dos domínios ingleses na América do Norte é que este entendimento sofre alteração, na medida em que os colonos norte-americanos passam a perceber que o legislador, por si só, não era capaz de proteger o homem em todos os seus aspectos fundamentais.

É neste cenário que emerge o fenômeno norte-americano de constitucionalização dos direitos fundamentais do homem, em meio aos quais desponta o *due process of law*, inserido na Quinta (1791) e Décima Quarta (1868) Emendas à Constituição dos Estados Unidos⁵⁰. Neste ponto e sem adentrar na discussão sobre o princípio do devido processo legal no Brasil, é importante salientar que a Constituição da República de 5 de outubro de 1988 (art. 5º, inciso LIV) praticamente transcreve o disposto na Quinta e Décima Quarta Emendas à Constituição estadunidense⁵¹.

Desta forma, originado no Direito anglo-saxão e aperfeiçoado no constitucionalismo americano, hoje o devido processo legal é um instituto

⁴⁶ Idem, p. 18.

⁴⁷ PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 145.

⁴⁸ KRIELE, Martin. *Introducción a la teoría del Estado*. Trad. Eugênio Bulygin. Buenos Aires: Depalma, 1980. p. 157.

⁴⁹ LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido processo legal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 17.

⁵⁰ Tradução livre: “Emenda V. Nenhuma pessoa será privada da vida, da liberdade ou da propriedade, sem o devido processo legal. Emenda XIV. Nenhum Estado privará qualquer pessoa da vida, da liberdade ou da propriedade, sem o devido processo legal”.

⁵¹ Art. 5º, LIV: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

universal, com previsão em todas as constituições democráticas do mundo. Com efeito, o devido processo legal difundiu-se em vários outros ordenamentos jurídicos, como na Alemanha, na Argentina, na Espanha, no México e no Panamá, onde assume, inclusive, outras designações, como *proceso debido* e *debido proceso legal*. Nos Estados Unidos, por seu turno, o *due process of law* teve um desenvolvimento singular, pois, a partir do seu significado mais comum, assegurador de um *ordely proceedings*, a Suprema Corte construiu um entendimento⁵² segundo o qual a tarefa legislativa também está sujeita ao *due process of law*⁵³. O princípio do *due process of law* é tão amplo e significativo que, nas palavras de Rui Portanova, “legitima a jurisdição e se confunde com o próprio Estado de Direito”⁵⁴. Já sob uma perspectiva estrutural das normas de direitos fundamentais, que as classifica em “regras” e “princípios”, o devido processo legal apresenta-se, neste último grupo, classificando-se, pois, como um princípio que, como os demais, requer uma máxima efetividade, dentro das possibilidades reais e jurídicas existentes⁵⁵.

Posteriormente, exsurge no Direito norte-americano a distinção entre o *substantive due process of law* (devido processo legal substantivo) e *procedural due process of law* (devido processo legal processual). Com efeito, o *procedural due process of law* é tido como uma garantia procedimental que assegura à parte o direito ao contraditório, à ampla defesa, ao duplo grau, à publicidade, ao juiz natural e outros; em outras palavras, diz respeito aos processos ou procedimentos que o Estado deve observar antes de privar alguém da vida, da liberdade ou da propriedade. Já a expressão *substantive due process of law*, nas palavras de Maria Rosynete Oliveira Lima, “significa mais do que processos justos e razoáveis, significa que alguns direitos substantivos que, por serem direitos fundamentais, não podem ser violados por meio de qualquer processo, por mais justo e razoável que seja”⁵⁶.

De aplicação ainda hoje discutível, o devido processo legal substantivo teve origem nas ideias políticas da nascente comunidade americana, segundo as quais o homem é possuidor de certos “direitos naturais”, que atuam como

⁵² Decisão a partir do litígio *Dred Scott v. Sandford* (1857), conforme referência de Maria Rosynete Oliveira Lima na sua obra *Devido processo legal*.

⁵³ LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido processo legal*, p. 18.

⁵⁴ PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*, p. 146.

⁵⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 88.

⁵⁶ LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido processo legal*, p. 106-107.

barreiras contra a ação do Estado, impedindo-o de restringi-los abusivamente⁵⁷. De modo geral, o *substantive due process* é o princípio de garantia da liberdade em geral contra as arbitrariedades do Estado. Trata-se de disposição constitucional aberta (*open-ended constitutional provision*), que proíbe que se prejudiquem certos direitos, sobretudo os direitos fundamentais. Nesse sentido, o princípio do *substantive due process* é aplicado com dois objetivos específicos: i) incorporação de direitos fundamentais conferidos pela Declaração de Direitos, por meio da disposição do *due process of law* da 14^a Emenda, para aplicação aos governos estaduais; ii) reconhecimento e proteção de direitos fundamentais não enumerados pela Constituição norte-americana, como parte da liberdade garantida pelas disposições do *due process of law* da 5^a e 14^a Emendas⁵⁸.

Neste contexto, embora nascido no Direito inglês, o princípio do devido processo legal desenvolveu-se principalmente nos Estados Unidos, a partir de duas fases. A primeira, decorrente da evolução do *law of the land* (julgamento a partir da lei da terra) e do *his day on court* (direito de ser ouvido pelo Tribunal) se reveste de um caráter estritamente processual ou *procedural due process of law*. A segunda, que tem um cunho material ou substantivo (*substantive due process of law*), tornou-se o principal instrumento para o exame do *reasonableness* (razoabilidade) e *rationality* (razoabilidade) dos atos estatais⁵⁹.

Analisando e definindo o devido processo legal, Candido Rangel Dinamarco identifica quatro aspectos estruturantes que caracterizam este princípio⁶⁰. O primeiro ponto, inerente à própria conceituação, diz respeito à ideia de um sistema de freios aos agentes estatais de toda a ordem, não somente o juiz. Também ao legislador podem ser imputadas transgressões ao *due process of law*, o que ocorre sempre que contrarie valores fundamentais postos na norma constitucional. O segundo ponto, ligado ao primeiro, é que o devido processo legal não se resume a um contexto de legalidade. Observá-lo, não significa simplesmente cumprir a lei. A própria lei deve estar conforme ao *due process of law*; assim, observar esta garantia é como “andar de acordo com os valores que a Constituição consagra”. O terceiro ponto é que todos os direitos fundamentais estão protegidos pela cláusula do devido processo legal, entre eles o direito à

⁵⁷ Idem, p. 108.

⁵⁸ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos*, p. 84.

⁵⁹ CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis da nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 384-385.

⁶⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 177.

vida, à incolumidade física, à liberdade, à honra, à intimidade, à propriedade e ao processo. O último ponto de destaque é a imprecisão do conceito de devido processo legal, “justamente porque resulta de uma absorção quase intuitiva de valores”, cláusula que não comporta definições ou delimitações muito pontuais, tanto quanto o conceito político de democracia, a que está intimamente ligado. O princípio do devido processo legal, é importante salientar, mesmo no Estado Liberal, tinha aplicação na jurisdição civil e penal, assim como nos procedimentos administrativos, englobando reivindicações de direitos (inclusive de declarar a inconstitucionalidade de lei), a ampla defesa e a produção de provas⁶¹. Não obstante os fundamentos, as premissas e as definições acerca do devido processo legal, já delineados nas linhas anteriores, Galeno Lacerda leciona que não se pode pensar o *due process of law* apenas como preservação do rito,

como um valor absoluto e abstrato, para justificar as devastações concretas que a injustiça de um decreto de nulidade, de uma falsa preclusão, da frieza de uma presunção processual desumana, causa à parte inerte.

Nas palavras do autor, “não é isso fazer justiça; não é para isto que existe o processo”⁶². O *due process of law*, refere Rui Portanova,

não pode ser aprisionado dentro dos traçozeiros lindes de uma mera fórmula. O princípio é produto da história, da razão e do fluxo das decisões passadas e da inabalável confiança na força da fé democrática que professamos. *Due process of law* não é um instrumento mecânico. Não é um padrão. É um processo. É um dedicado processo de adaptação que inevitavelmente envolve o exercício do julgamento por aqueles a quem a Constituição confiou o desdobramento deste processo.⁶³

Assim, ainda que no Estado de Direito Liberal o *due process of law* tenha nascido com a preocupação de garantir ao cidadão um processo ordenado e capaz de preservar direitos fundamentais frente ao Estado, atualmente, o devido processo legal se justifica como um verdadeiro princípio informativo para todos os demais princípios ligados ao processo e ao procedimento, razão

⁶¹ PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*, p. 147.

⁶² LACERDA, Galeno. O código e o formalismo processual. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, ano 10, n. 28, jul. 1983.

⁶³ PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*, p. 148.

por que, seja na conceituação do Estado Liberal, seja na conceituação do Estado Democrático de Direito, é tido como elemento essencial-básico e orientador do próprio ordenamento jurídico.

3 DO ESTADO SOCIAL AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E AS SUAS CARACTERÍSTICAS JURÍDICAS ESSENCIAIS

Tanto no Estado Liberal clássico quanto no Estado Social, o fim ultimado é o de adaptação à ordem estabelecida⁶⁴, mantendo-se, por conseguinte, a já mencionada separação entre o Estado e a sociedade. Quanto mais profunda essa separação, mais a relação de cidadania se converte em uma relação paternalista de clientela, ou seja, reservando ao cidadão um papel apático e periférico⁶⁵. Desse modo, a exigência de socialização do Estado passa a exigir não somente o reconhecimento da intervenção dos grupos de interesse e organizações sociais na tomada das decisões políticas centrais, mas, efetivamente, a recondução institucional dessas decisões à vontade democraticamente expressada pelo conjunto da sociedade⁶⁶. Vale dizer, o cidadão deve ser visto como participante, e não mero recipiente da intervenção social do Estado⁶⁷. Ganha relevo a democracia participativa. O povo passa a ser compreendido em todo e qualquer

⁶⁴ Nesse sentido, referem Lenio Luiz Streck e José Luis Bolzan de Moraes: “Como *liberal*, o Estado de Direito sustenta juridicamente o conteúdo próprio do liberalismo, referendando a limitação da ação estatal e tendo a lei como ordem geral e abstrata. Por outro lado, a efetividade da normatividade é garantida, genericamente, através da imposição de uma sanção diante da desconformidade do ato praticado com a hipótese normativa. Transmutado em *social*, o Estado de Direito acrescenta à juridicidade liberal um conteúdo social, conectando aquela restrição à atividade estatal a prestações implementadas pelo Estado. A lei passa a ser, privilegiadamente, um instrumento de ação concreta do Estado, tendo como método assecuratório de sua efetividade a promoção de determinadas ações pretendidas pela ordem jurídica. Em ambas as situações, todavia, o fim ultimado é a adaptação à ordem estabelecida” (STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência política e teoria geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 91).

⁶⁵ A propósito, afirma Daniel Sarmento: “Na medida em que se aprofunda a distância entre governados e governantes, e declina a importância das instituições representativas na estrutura estatal, a relação de cidadania se converte numa relação paternalista de clientela. Cada vez menos os atos do Estado podem ser imputados à vontade majoritária do seu povo, em razão da autonomização da tecnocracia, e da apatia política que contamina uma sociedade que se interessa apenas pelo consumo. É eloqüente o fato de que, na linguagem política, a figura do cidadão venha sendo substituída pela do consumidor” (SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 23).

⁶⁶ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*. reedição. Coimbra: Almedina, 2006. p. 191.

⁶⁷ *Idem*, p. 191.

indivíduo, o qual, agora, figura como novo partícipe na realização concreta da seara política⁶⁸.

Os direitos fundamentais passaram por transformações decorrentes da evolução do próprio Estado, passando do Estado Liberal ao Estado Social⁶⁹, até chegar ao Estado Democrático de Direito. Com efeito, a liberdade que o mundo conheceu e praticou sob a égide do liberalismo não atendeu às expectativas dos necessitados, da massa anônima de trabalhadores e daqueles que “messianicamente” se voltaram à espera de um milagre de melhoria social. O “velho liberalismo”, na estreiteza de sua formulação, não resolveu o problema essencial de ordem econômica das vastas camadas proletárias da sociedade e, por esta razão, entrou em crise⁷⁰.

Percebeu-se que a liberdade política – preconizada pelo modelo liberal – como liberdade restrita era inoperante, visto que não dava solução às contradições sociais, mormente daqueles que se achavam à margem da vida e desapossados de quase todos os bens⁷¹. E disto decorreu uma das primeiras transformações do liberalismo, conforme leciona Paulo Bonavides,

o reconhecimento geral da liberdade política, com um mínimo de restrição, isto é, mediante sufrágio universal, não foi o fruto altruístico e amistoso da munificência liberal. Foi uma das mais penosas conquistas revolucionárias, processada no âmago do conflito entre o trabalho e a capital.⁷²

⁶⁸ RIBEIRO, Darci Guimarães; SCALABRIN, Felipe. O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição de democracia participativa. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, ano 36, n. 114, p. 94-95, jun. 2009. Conforme Canotilho, o “princípio democrático implica democracia participativa, isto é, a estruturação de processos que ofereçam aos cidadãos efectivas possibilidades de aprender a democracia, participar nos processos de decisão, exercer controle crítico na divergência de opiniões, produzir inputs políticos democráticos” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 280).

⁶⁹ No século XVIII cresceu o ideal liberal, em que a autonomia da vontade e de possibilidades criadas pela capacidade de cada indivíduo deveria prevalecer. Porém, com o passar do tempo, as necessidades sociais foram sendo alteradas, levando, no século XIX, à conseqüente mudança do Estado Liberal para o Estado Social (MORAIS, José Luis Bolzan de; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. *Constitucionalismo e cidadania*: por uma jurisdição constitucional democrática, p. 51).

⁷⁰ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*, p. 188.

⁷¹ GARCÍA-PELAYO, Manuel. *As transformações do Estado contemporâneo*, p. 2.

⁷² BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*, p. 188.

Todavia, esta conquista, do ponto de vista do liberalismo, representou uma irreparável derrota, a qual liquidou para sempre os anseios liberais-burgueses que tiveram que lançar mão de sua poderosa arma de conservação política: o voto censitário.

Ocorre que, por mais paradoxalmente que pareça, essa concessão salvou e preservou ideologicamente o que havia de melhor na antiga tradição liberal: a ideia da liberdade moderna, liberdade como valorização da personalidade, agora, já no âmbito da democracia plebiscitária vinculada ao emergente Estado Social. Ocorre que a massa proletária não se contentou apenas com o direito formal de voto e, nas palavras de Paulo Bonavides, empregou este direito de voto, “sem hesitação, em benefício dela mesma, ou seja, dos trabalhadores, mediante legislação de compromisso que veio amortecer o ímpeto da questão social”⁷³. É neste cenário, em que os direitos sociais passam a ser contemplados pelas novas legislações, que surge o chamado Estado Social que, de acordo com os ensinamentos de Manuel García-Palayo⁷⁴,

significa, historicamente, a tentativa de adaptação do Estado tradicional (pelo que entendemos, neste caso, o Estado liberal burguês) às condições sociais da civilização industrial e pós-industrial, com seus novos e complexos problemas, mas também com suas grandes possibilidades técnicas, econômicas e organizativas para enfrentá-los. Não devemos ver as medidas criadas para permitir tal adaptação como algo totalmente novo, mas como uma mudança qualitativa de tendências surgidas no século XIX e princípios do XX para regular, naquele momento, aspectos parciais da sociedade, regulação que passa, na atualidade, por processo de generalização, integração e sistematização.

O Estado, portanto, passa a desempenhar um comportamento ativo na realização da justiça social⁷⁵, rompendo com aqueles padrões próprios da atuação estatal mínima que permeava o modelo puramente liberal. A previsão de uma linha de conduta para o Estado, no sentido de regular os fenômenos

⁷³ Idem, p. 189.

⁷⁴ GARCÍA-PELAYO, Manuel. *As transformações do Estado contemporâneo*, p. 6.

⁷⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 47.

sociais, significa, então, a superação da até então mística divisão entre o Estado e a sociedade⁷⁶. Nesse quadro, mostra-se adequado caracterizar o Estado pela sua finalidade, que é a realização da igualdade a partir de mínimos materiais em favor de grupos sociais⁷⁷. A adjetivação pelo *social* pretende, assim, a correção do individualismo liberal clássico pela reunião do capitalismo com a busca do bem-estar social⁷⁸. Com a consagração de direitos inéditos até então, de cunho eminentemente social, passa-se a exigir uma maior e mais qualificada intervenção, deslocando-se o foco das atenções da esfera legislativa do Estado para o ambiente da sua atividade executiva.

Essa nova postura do Estado, que redundava na diminuição da atividade livre do indivíduo⁷⁹, carece de um perfil democrático, no entanto. Vale dizer, ainda que rompida a separação entre o Estado e a sociedade, os indivíduos permanecem sem força para atuar democraticamente na determinação dos direitos dos fins do Estado⁸⁰. Não se pode dizer, por exemplo, que o Estado Social – ao menos na sua configuração intervencionista, porém alicerçada em bases liberais – cumpriu um papel efetivamente socializante. Antes disso, caracterizava-se muito mais como um Estado assistencial, no qual os direitos não passavam de concessões⁸¹. De qualquer forma, o que deve ficar enfatizado é a forma de atuação ativa do Estado Social, seja no sentido de delimitar os fins da sociedade, seja no sentido de conferir aos cidadãos direitos fundamentais de

⁷⁶ COSSIO DÍAZ, José Ramon. *Estado social y derechos de prestacion*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989. p. 32.

⁷⁷ Idem, p. 33.

⁷⁸ STRECK, Lenio Luiz ; MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência política e teoria geral do Estado*, p. 88.

⁷⁹ Idem, p. 55.

⁸⁰ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito*. reedição. Coimbra: Almedina, 2006. p. 191.

⁸¹ Vale mencionar o alerta feito por José Luis Bolzan de Moraes a respeito do tratamento das promessas incumpridas nos países em defasagem no tratamento da *questão social* e onde “uma percepção liberal-individualista-egoística dos direitos sociais ainda parece predominar, muitas vezes em ‘perfeita’ harmonia com estratégias políticas de ‘clientelização fidelizada’ da cidadania, oriundos de uma tradição patrimonialista e autoritária, onde a ‘concessão’ de direitos vai de encontro a um projeto de construção de cidadania, muito em voga na história política latino-americana, na qual um ‘falso’ Estado Social – na prática um Estado Assistencial – foram ‘doados’ pelos ‘donos’ do poder político-econômico a indivíduos ‘bestializados’, acostumados a ‘assistirem’ transições conservadoras” (MORAIS, José Luis Bolzan de. A atualidade dos direitos sociais e a sua realização estatal em um contexto complexo e em transformação. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de; BARRETO, Vicente de Paulo et al. (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos – mestrado e doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 112)

caráter positivo e assumir a tarefa de realizá-los, notadamente pela atuação do Poder Executivo.

Desde o último terço do século XIX, vem se desenvolvendo uma política social cujo objetivo imediato é tentar corrigir as péssimas condições de vida das camadas mais desamparadas e necessitadas da população. Trata-se, assim, de uma política setorial não destinada, exatamente, a transformar a estrutura social, mas de “remediar” alguns de seus piores efeitos. A atual política social dos países industrializados e pós-industrializados, por sua vez, estende os seus efeitos não somente a aspectos parciais das condições de vida das classes trabalhadoras, que tende a diminuir em termos percentuais, se tomarmos o total da população como referência. Também alcança as classes médias, cuja porcentagem aumentou consideravelmente como consequência da tecnificação do trabalho e do crescimento do setor de serviços. Indiretamente, a referida política social alcança a totalidade da população⁸².

Tais medidas, decorrentes das políticas sociais, não se limitam à pobreza econômica, alcançando também outros aspectos, visando a se promover o *welfare state* (bem-estar social) na cultura, no lazer, na educação, na saúde, na defesa do meio ambiente, no desenvolvimento de regiões atrasadas e outros⁸³.

Estes direitos fundamentais que, embrionária e isoladamente, já haviam sido contemplados nas Constituições francesas de 1793 e 1848, na Constituição brasileira de 1824 e na Constituição alemã de 1849 caracterizam-se, ainda hoje, por outorgarem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho e outros, revelam a transição das liberdades formais abstratas para liberdades materiais concretas⁸⁴. Como observa Paulo Bonavides, estes direitos fundamentais, que não se distinguem

⁸² GARCÍA-PELAYO, Manuel. *As transformações do Estado contemporâneo*, p. 6.

⁸³ O impacto da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam, as doutrinas socialistas e a constatação de que a consagração formal de liberdade e igualdade não gerava a garantia do seu efetivo gozo acabaram, já no decorrer do século XIX, gerando amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social. A nota distintiva destes direitos é sua dimensão positiva, uma vez que se cuida não mais de evitar a intervenção do Estado na esfera de liberdade individual, mas sim de propiciar um direito de participar do bem-estar social (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 51).

⁸⁴ *Idem*, p. 51.

dos clássicos direitos de liberdade e igualdade formal, nasceram “abraçados ao princípio da igualdade”⁸⁵, entendida esta em sentido material.

É evidente que o momento histórico atual é caracterizado por profundas e constantes mudanças em distintos aspectos e setores (cultura, direito, economia, social, internacional, etc.). Estas transformações são muito mais profundas do que as divisões políticas do mundo, em Estados capitalistas, neocapitalistas e socialistas ou em países desenvolvidos ou em vias de desenvolvimento, ainda que, naturalmente, as mencionadas transformações assumam distintas modalidades em cada um dos países e sistemas. O Estado – Liberal, Social ou Democrático de Direito – não poderá escapar desta fundamental transformação e que, com ou sem revoluções políticas, também sofrerá as consequência das alterações correspondentes. Nesta senda, Eduardo Cambi⁸⁶ refere que, além do aspecto instrumental, para a efetividade dos direitos fundamentais, revela-se essencial o desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial de instrumentos de proteção e salvaguarda das garantias fundamentais.

Com efeito, a crescente evolução e consolidação dos direitos fundamentais tem conduzido ao abandono do modo de encará-los como “simples garantias, instrumentalizadas somente para um mero direito de defesa do cidadão em face do Estado”, de modo a visualizá-los “como direitos constitutivos institucionais, com ampla e forte potencialização”⁸⁷, assegurando-se aos indivíduos a possibilidade de exigir dos Poderes Públicos o respeito e a efetivação destes⁸⁸.

⁸⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 518.

⁸⁶ CAMBI, Eduardo. *Neonconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, política públicas e protagonismo judiciário*, p. 224-225.

⁸⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br>>. Acesso em: 30 jun. 2010.

⁸⁸ É importante destacar que, hoje, a doutrina sustenta a tese de uma multifuncionalidade dos direitos fundamentais, que de longe não mais se restringem à clássica função de direitos de defesa contra os Poderes Públicos (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 154). Desse modo, as garantias fundamentais são, na verdade, autênticos direitos subjetivos, já que umbilicalmente ligadas aos direitos fundamentais, bem como por assegurarem ao indivíduo a possibilidade de exigir dos Poderes Públicos o respeito e a efetivação destes. É neste sentido que também se fala de direitos-garantia, já que estes dispositivos, além de conterem garantias, normas de competência ou regras para uma atuação estatal com vista à proteção de outros direitos, podem, ao mesmo tempo, fundamentar posições jurídicas subjetivas individuais e autônomas. [...] É por isso que, entre nós, corretamente se apontou para a possibilidade de um direito fundamental se exprimir pela norma de garantia, quando nesta se encontra subentendido” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 180). Não obstante, o mesmo autor afirma que, “apesar de sua íntima vinculação com a ideia de um procedimento justo, com a efetivação dos direitos fundamentais e a dimensão procedimental, se excluem do objeto dos direitos à participação na organização e procedimento os direitos e garantias

Nesse sentido, ainda se aproveitando da lição de Ingo Sarlet: “Os direitos fundamentais podem ser considerados como parâmetro para a formação das estruturas organizatórias e dos procedimentos, servindo, para além disso, como diretrizes para a aplicação e interpretação das normas procedimentais”⁸⁹.

Nesse contexto, o Estado Democrático de Direito está indissociavelmente ligado à realização dos direitos fundamentais⁹⁰. O Estado Democrático pode ser visto assentado em dois pilares: a democracia e os direitos fundamentais, havendo uma “co-pertença entre ambos”⁹¹. Com efeito, ao lado da imprescindível participação do povo na configuração e definição dos contornos dos direitos fundamentais, o Estado Democrático de Direito tem uma preocupação premente com o cumprimento da Constituição e com a satisfação dos direitos nela encampados. Pode-se dizer que o Estado organizado e uma Constituição só têm sentido para que se cumpra a Constituição e se viabilize a dignidade humana⁹².

4 O PROCESSO JUSTO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

É inegável que a crescente evolução dos direitos fundamentais (previstos na Constituição da República⁹³) tem conduzido ao abandono do modo de encarar

processuais, nomeadamente os direitos-garantias de que falamos no âmbito dos direitos de defesa, excetuando-se o direito de acesso à Justiça (art. 5º, inciso XXXV, da CF) típico direito prestacional *lato sensu*” (Idem, p. 196).

⁸⁹ Idem, p. 194.

⁹⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(em) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 39. Conforme Ingo Sarlet, “os direitos fundamentais integram, portanto, ao lado da definição da forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado constitucional, constituindo, neste sentido, não apenas parte da Constituição formal, mas também elemento nuclear da Constituição material” (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. p. 59-60).

⁹¹ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 104.

⁹² Idem, p. 667.

⁹³ No estudo do direito processual civil, é preciso ter sempre presente as suas relações com os outros ramos do Direito e delas cuidar com toda a atenção necessária. O caráter dos diversos ramos do Direito, configurado por seus objetivos específicos e sua natureza intrínseca, justifica o seu tratamento separado e autônomo. Porém, essas distinções são apenas características constitutivas de uma unidade na qual esses diversos ramos estão imersos, ligados por um princípio de coerência que lhes garante uma não cindibilidade do todo indivisível. Destarte, na aplicação destes ramos estarão sempre, em maior ou menor escala, correlacionados dentro do ordenamento jurídico. Contudo, entre os diversos ramos do Direito sobreleva a importância do direito constitucional, por que ele representa o centro desta unidade, o tronco comum no qual os vários ramos do Direito partem e do qual trazem a sua

-los como “simples garantias, instrumentalizadas somente para um mero direito de defesa do cidadão em face do Estado”, de modo a visualizá-los “como direitos constitutivos institucionais, com ampla e forte potencialização”⁹⁴, assegurando-se aos indivíduos a possibilidade de exigir dos Poderes Públicos o respeito e a efetivação destes. A criação de um Estado Democrático de Direito, nesse sentido, tende a propor uma melhor organização da relação homem-mundo e das relações intersubjetivas (entre e com os homens), segundo um projeto de estruturas básicas de justiça⁹⁵. No mesmo sentido, Peter Häberle aduz que, no Estado Constitucional, o elemento nacional-estatal é relativizado e a pessoa avança – para além das fronteiras estatais – para o ponto central da atuação estatal da realização dos direitos fundamentais⁹⁶.

São visíveis as modificações que a ordem jurídica vem experimentando nos últimos tempos, momento entendido como a passagem do Estado Social de Direito para o Estado Democrático de Direito. Com efeito, não é mais possível admitir-se a manutenção da concepção tradicional de ordenamento jurídico, que, conforme salienta Alfonso Julios-Campuzano, originou o positivismo oitocentista, que se consagrava nos seguintes princípios: a) a primazia da constituição como marco regulatório em que se estabeleciam as condições do governo legítimo; b) a consagração do império da lei como fonte da primazia de produção jurídica e garantia da imparcialidade; c) a conseqüente concepção monista de produção jurídica, de sorte que o âmbito da juridicidade ficava circunscrito exclusivamente à produção jurídica estatal que se pressupunha racional e legítima; d) a limitação estrita da função judicial a um trabalho meramente secundário que convertia o juiz, segundo Montesquieu, em “*la bouche qui prononce les paroles de la loi*” (concepção que cerceava a interpretação das normas ao converter o juiz em um autômato, cuja discricionariedade permanecia aprisionada pela busca da *mens legis*); e, finalmente, e) de uma concepção de direito desta natureza somente podia desprender-se uma ideia “isolacionista” da Ciência Jurídica, na medida em que a obsessão compulsiva por uma pretendida, e, ao mesmo tempo, inalcançável pureza metódica, levou

seiva vital, principalmente quando se fala em direito processual, em que o enquadramento no direito constitucional tem relação direta com a função do Estado de prestar jurisdição (ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 3-4).

⁹⁴ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br>>. Acesso em: 30 jun. 2010.

⁹⁵ MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil*, p. 41.

⁹⁶ HÄBERLE, Peter. *Estado constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 71.

os cientistas do direito a convertê-lo em uma “realidade física” não suscetível de ser valorada por quem a estudava⁹⁷.

A evolução do Estado de Direito provocou alterações no ordenamento jurídico, especialmente pela generalização – a partir do pós-guerra mundial – do modelo de Estado Social de Direito e a incorporação de novos modelos de organização política, social e de gestão do Estado. Ocorre que, ao se alterar o paradigma anterior (Estado Liberal) de produção jurídica, a partir de novas atribuições para o Estado, o Estado Social de Direito mostrou-se tendente a uma proliferação legislativa quase que desenfreada, situação que, segundo Luigi Ferrajoli, propiciou a mudança do meio “paleopositivista do Estado legislativo” (que se produziu com o nascimento do Estado moderno e a afirmação do princípio de legalidade como norma de reconhecimento do direito existente); para o “modelo neojuspositivista” do Estado Constitucional de Direito, produzido, por sua vez, pela difusão na Europa, logo após a Segunda Guerra Mundial, de constituições rígidas como normas de reconhecimento do direito válido e do controle jurisdicional de constitucionalidade sobre as leis ordinárias⁹⁸.

Nesse cenário é que se dá a passagem do Estado Social (que tinha como maior desafio compatibilizar o bem-estar geral e as demandas do capitalismo, gerando um espaço de decisão política fora dos controles de legitimidade tradicionais) para o Estado Democrático de Direito, que tem como maior finalidade consagrar o valor primordial da Constituição como elemento de supremacia e totalidade de todo o ordenamento jurídico. O Estado Democrático de Direito, pois, inaugura uma nova etapa da evolução do próprio Estado de Direito⁹⁹.

Em outras palavras, o Estado Democrático de Direito supera as noções anteriores de Estado Liberal e Estado Social de Direito. Conforme leciona Lenio Luiz Streck, citando Elias Diaz:

O Estado Liberal de Direito é a institucionalização do triunfo da burguesia ascendente sobre as classes privilegiadas do Antigo Regime, onde se produz uma clara distinção entre o político e o econômico,

⁹⁷ JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. *Constitucionalismo em tempos de globalização*. Trad. José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 41-42.

⁹⁸ COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo; SANTORO, Emilio. *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*, p. 416-417.

⁹⁹ JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. *Constitucionalismo em tempos de globalização*, p. 45.

com um Estado formalmente abstencionista, que deixa livres as forças econômicas, adotando uma posição de (mero) policial da sociedade civil que se considera a mais beneficiada para o desenvolvimento do capitalismo em sua fase de acumulação inicial e que vai aproximadamente até o final da primeira grande guerra; já o Estado Social de Direito pode ser caracterizado como institucionalização do capitalismo maduro, no qual o Estado abandona a sua postura abstencionista tomada inicialmente para proteger os interesses da vitoriosa classe burguesa, passando não somente a intervir nas relações econômicas da sociedade civil, como também se converte em fator decisivo nas fases da produção e distribuição de bens; finalmente, o Estado Democrático de Direito é o novo modelo que remete a um tipo de Estado em que se pretende precisamente a transformação em profundidade do modo de produção capitalista e sua substituição progressiva por uma organização social de características flexivelmente sociais, para dar passagem, por vias pacíficas e de liberdade formal e real, a uma sociedade onde se possam implantar superiores níveis reais de igualdades e liberdades.¹⁰⁰

O Estado Democrático de Direito, que é indissociavelmente ligado à realização dos direitos fundamentais, faz uma síntese das fases anteriores (Estado Liberal e Estado Social), agregando a construção das condições de possibilidades para suprir as lacunas, representadas pela necessidade do resgate das promessas da modernidade, tais como igualdade, justiça social e garantia dos direitos humanos fundamentais¹⁰¹. Neste cenário, o direito processual civil, entendido como manifestação da cultura¹⁰², evidentemente, não ficou infenso às influências caracterizadoras e concretizadoras do Estado Democrático de Direito e também foi atingido pelos princípios, pelos postulados e pelas

¹⁰⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*, p. 36-37.

¹⁰¹ *Idem*, p. 38.

¹⁰² MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil, pressupostos sociais, lógicos e ético*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.48.

premissas constitutivas deste novel modelo jurídico, político e social. Ora, se o Estado Democrático de Direito é um modelo novo, que remete a um tipo de Estado em que se pretende obter transformações sociais, para a implantação de níveis superiores de igualdades e liberdades, é evidente que o processo civil – ramo das leis mais rente à vida¹⁰³, segundo Pontes de Miranda – deve receber os impactos e as influências deste paradigma em seus princípios orientadores.

Nessa linha, o direito fundamental ao devido processo legal, antes visto apenas como mera garantia, bem pode ser classificado como direito de defesa¹⁰⁴ e, simultaneamente, como direito a ações positivas, de modo particular como direito à organização e ao procedimento¹⁰⁵. Nesse sentido, assevera Ingo Sarlet que diversos dos direitos-garantias “podem ser reportados ao *status activus processualis* de Peter Häberle, integrando a categoria dos direitos à participação na organização e procedimento, o que se aplica principalmente às garantias de cunho processual”¹⁰⁶. Nesse diapasão, segundo o autor,

impõe-se uma referência à dimensão prestacional de diversos direitos-garantia, que, por este motivo, poderiam enquadrar-se na categoria dos direitos à participação na organização e procedimento, integrando os direitos a prestações em sentido amplo.¹⁰⁷

Para Ingo Sarlet, “os direitos fundamentais podem ser considerados como parâmetro para a formatação das estruturas organizatórias e dos procedimentos, servindo, para além disso, como diretrizes para a aplicação e interpretação das normas procedimentais”¹⁰⁸. Sob esse prisma, tem-se, de um lado, a obrigação do Estado “de levar a cabo tudo que sirva para a realização dos direitos fundamentais”¹⁰⁹, possibilitando a todo o cidadão o direito de obter uma tutela

¹⁰³ MIRANDA, Pontes. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Prólogo. Rio de Janeiro: Forense, t. I, 1974.

¹⁰⁴ Ainda como direito de defesa, o devido processo legal pode ser concebido como direito fundamental a que o Estado não afete determinadas propriedades ou situações dos titulares de direitos fundamentais (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 461-462).

¹⁰⁵ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos*, p. 134.

¹⁰⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 180.

¹⁰⁷ *Idem*, p. 180.

¹⁰⁸ *Idem*, p. 194.

¹⁰⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 84.

jurisdicional adequada e efetiva¹¹⁰, e, de outro, o papel dos direitos fundamentais em precisar o conteúdo do direito a um processo adequado¹¹¹, que não se limita ao ato inicial do juiz, mas compreende todas as posições “ativas” das partes, ao longo de todo o procedimento, até o ato final¹¹². Tudo isso com vistas à obtenção da justiça do caso concreto, finalidade do processo, frente a qual o Estado dispõe, como meios de realizá-la, o processo justo e a tutela jurisdicional¹¹³, que, de certo modo, retratam “os dois valores essenciais, presentes em qualquer ambiente processual, o da segurança e o da efetividade”¹¹⁴.

Desta forma, na medida em que se identifica um direito muito mais flexível, próprio do Estado Constitucional brasileiro, a segurança jurídica deixa de ser estática e passa a ser dinâmica¹¹⁵, tendo em vista o caráter principiológico e, portanto, maleável, dos direitos fundamentais. Enquanto a segurança, em perspectiva estática, assentava-se na garantia do devido processo legal, uma perspectiva dinâmica, ligada aos princípios e aos direitos fundamentais com maior eficácia possível, cria condições para a sustentação jurídica e social de um direito fundamental a um processo justo¹¹⁶. Conforme Carlos Alberto Alvaro de Oliveira,

não se cuida mais de um genérico direito ao processo, assentado em direitos estáticos. Trata-se de assegurar, a partir dos conceitos de equanimidade e de justiça, não apenas a suficiência quantitativa mínima dos “meios processuais”, mas também um “resultado” qualitativamente diferenciado.¹¹⁷

Desse modo, a partir das premissas antes estabelecidas, é possível extrair a consequência de que, no quadro dos direitos fundamentais constitucionais, o “direito ao processo” não é caracterizado por um objeto puramente formal ou abstrato, mas assume um conteúdo modal qualitativo (“direito ao justo processo”),

¹¹⁰ Idem, *ibidem*.

¹¹¹ Idem, p. 77.

¹¹² Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br>>. Acesso em: 1º jul. 2010.

¹¹³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática de tutela jurisdicional*, p. 136.

¹¹⁴ Idem, p. 84.

¹¹⁵ Idem, p. 130.

¹¹⁶ Idem, p. 130-131.

¹¹⁷ Idem, p. 131.

que é exatamente a face dinâmica do “devido processo legal”. Em semelhante contexto, à estrita ótica de um “devido processo legal”, correspondente a uma compreensão puramente liberal e garantística do fenômeno jurídico, contrapõe-se à visão dinâmica em que todos os institutos e categorias jurídicas são relidos à luz da Constituição e na qual o processo civil é materialmente informado pelos direitos fundamentais.

Partindo-se de uma postura constitucional de processo, própria do formalismo-valorativo, mostra-se fundamental a análise do devido processo legal processual brasileiro, por que nele se encontra a célula elementar do formalismo emanado da Constituição da República. Cuidando o processo civil, conforme já salientado, da domesticação do arbítrio estatal dentro do processo¹¹⁸, é natural que o princípio do *procedural due process of law* tenha posição de destaque no processo civil brasileiro e *status* de direito fundamental formal e material. O devido processo legal processual brasileiro, segundo Daniel Mitidiero¹¹⁹, é o nosso modelo mínimo de processo équo: uma vez que somente com um processo justo podem advir decisões justas. Dessa forma, o perfil de processo que enaltece a garantia do *due process* é, portanto, o do *processo justo*¹²⁰ e, sob tal perspectiva, este decorre da compreensão concreta de certos direitos fundamentais expressos na Constituição da República, que de maneira estática compõem o devido processo legal.

O processo justo, portanto, trata de um processo conformado por direitos fundamentais, cujo núcleo essencial é vital e irrenunciável, de modo que somente na presença de sua plena atuação poderá ser considerado, sob o plano de vista ético e técnico, efetivamente justo¹²¹. Nesse sentido, todos os direitos fundamentais processuais revelam-se essenciais para a garantia do processo justo.

Toma-se como exemplo o direito fundamental ao contraditório, que, a partir da ideia de multifuncionalidade dos direitos fundamentais¹²²,

¹¹⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*, p. 83.

¹¹⁹ MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil*, p. 41.

¹²⁰ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. O processo justo na Constituição Federal de 1988. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, ano 30, n. 91, p. 226, set. 2003.

¹²¹ COMOGLIO, Luigi Paolo. L'informazione difensiva nella cooperazione giudiziaria europea. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 33, n. 157, p. 85-102, mar. 2008, p. 86.

¹²² Para Daniel Mitidiero, “é lição corrente na boa doutrina a existência de múltiplas funções acometidas aos direitos fundamentais, caracterizando-os como direitos multifuncionais” (MITIDIERO, Daniel Francisco. *Processo civil e Estado constitucional*, p. 45).

deixa de garantir somente a bilateralidade da instância, passando a conferir direito, tanto ao demandante quanto ao demandado, de influenciar direta e argumentativamente na conformação da decisão judicial, caracterizando, assim, a dimensão ativa do direito fundamental ao contraditório¹²³. Outro exemplo é o direito fundamental à decisão fundamentada, há muito compreendido como verdadeira garantia contra o arbítrio¹²⁴, que, em uma perspectiva ativa, tem como finalidade responder ao direito à participação, efetivando o diálogo de forma democrática, sendo, portanto, elemento essencial de uma ideologia democrática da justiça¹²⁵. Também o direito fundamental à duração razoável do processo compreende diversas significações¹²⁶, constituindo-se, entre outras possibilidades, no direito a uma prestação jurisdicional sem dilações indevidas (expressão empregada na Constituição espanhola, art. 24, Segunda parte)¹²⁷. Nas palavras de Daniel Mitidiero, “esse dever grava, indubitavelmente, tanto o Estado-legislador, como o Estado-juiz, ambos obrigados à sua realização. Os direitos fundamentais vinculam o Estado em toda sua extensão”¹²⁸.

Neste contexto, conforme leciona Sérgio Luís Wetzel de Mattos, pode-se afirmar que o devido processo legal (art. 5º, LIV, da Constituição da República) é aplicável sob a forma de princípio, conferindo, assim, uma posição jurídico-fundamental *prima facie* que vem a ser o direito fundamental a um processo justo, isto é, o direito a um processo legal e informado por direitos fundamentais, celebrado em clima de boa-fé e lealdade de todos aqueles que de qualquer forma dele participam, adequado ao direito material e às exigências do caso concreto e, enfim, destinado à obtenção de uma proteção judicial efetiva¹²⁹. Não obstante, é essencial salientar que o devido processo legal constitui, igualmente, um direito fundamental em si, no sentido de um conjunto de posições jurídicas

¹²³ No mesmo sentido, COMOGLIO, Paolo. *La Garanzia Costituzionale Dell'azione ed il Processo Civile*. Padova: Cedam, 1970. p. 152; BRAGA, P. S.; DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, R. S. *Curso de direito processual civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada*. Salvador: JusPodivm, v. 2, 2007. p. 43; CARNACINI, Tito. Tutella Giurisdizionale e Técnica del Processo. In: *Studi in Onore di Enrico Redenti*. Milano: Giuffrè, 1951. p. 700.

¹²⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. Do arbítrio à razão: reflexões sobre a motivação da sentença. *Revista de Processo*, n. 29, ano VIII, p. 80, jan./mar. 1983.

¹²⁵ TARUFFO, Michele. Il Significato Costituzionale Dell'obbligo di Motivazione. In: *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 38.

¹²⁶ MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e Estado constitucional*, p. 46.

¹²⁷ Idem, *ibidem*.

¹²⁸ Idem, *ibidem*.

¹²⁹ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos*, p. 172.

fundamentais (contraditório, ampla defesa, juiz natural, duração razoável do processo, etc.).

Assim, impende constatar que a perspectiva constitucional dos direitos fundamentais garante o direito fundamental ao processo justo, isto é, não mais um processo estruturado formalmente (estático), mas entendido como garantia mínima de meios e resultados, uma vez que deve ser concretizada não apenas a suficiência quantitativa mínima dos meios processuais, mas também um resultado modal (ou qualitativo) constante¹³⁰. O processo civil no Estado Democrático de Direito contemporâneo, em suma, não se resume a regular o acesso à justiça, em sentido formal. A sua missão, na ordem dos direitos fundamentais, é proporcionar a todos uma tutela procedimental e substancial¹³¹ justa, adequada e efetiva. Daí falar-se, modernamente, em garantia de um processo justo, informado pelos direitos fundamentais.

Desta forma, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais e a conseqüente eficácia irradiante sobre as leis processuais permitem a criação de técnicas processuais adequadas, céleres e efetivas à realização do processo justo. Neste contexto, refere Eduardo Cambi que a ausência de regras processuais não é, pois, capaz de inviabilizar a realização do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, cabendo ao juiz, na ausência de lei expressa, suprir a omissão obstaculizadora dos direitos fundamentais¹³². De forma mais profunda, tem-se que o processo deve partir do direito material, da realidade substancial, e ao direito material deve voltar¹³³. O processo recebe direito material e devolve direito material, mas daí, já influenciado pela atividade jurisdicional. A busca pela efetivação de um processo justo, nesse sentido, trabalha com a ideia de efetividade do processo, de forma que a tutela jurisdicional seja prestada aos cidadãos de forma adequada, tempestiva e efetiva.

¹³⁰ COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. 4. ed. Bolonha: Il Mulino, v. 1, 2007. p. 63.

¹³¹ “Com isso, relativiza-se a tradicional distinção entre *substance* e *procedure*. Direito processual e direito material não se diferem por critérios absolutos. Mesmo os direitos formais devem ser, igualmente, limitados por dados materiais da realidade, pelos substratos dos princípios jurídicos e pelas estruturas existentes, podendo-se afirmar que há conteúdos substanciais nas disposições processuais.” (CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*, p. 220)

¹³² *Idem*, p. 222.

¹³³ MITIDIERO, Daniel. *Elementos para teoria contemporânea do processo civil brasileiro*, p. 70.

Destaca Luigi Paolo Comoglio, nessa perspectiva, que a garantia do *justo processo* é composta por garantias mínimas (como o direito de ação e defesa, o direito ao contraditório, à independência e à imparcialidade do juiz, ao processo efetivo com duração razoável, entre outras): “*Che si compenetrano saldamente, come parte del tutto con le garanzie di protezione e di tutela dei diritti inviolabili dell’uomo*”¹³⁴. Em conclusão:

As garantias processuais mínimas, nesse contexto, passam a constituir ou integrar a lista dos *direitos fundamentais* ou *direitos invioláveis do homem*, reconhecidos não só nas Constituições, mas também nas Convenções e Tratados Internacionais.¹³⁵

O direito fundamental ao processo justo, portanto, faz com que o processo não seja caracterizado por um objeto formal ou abstrato (processo *tout court*), assumindo um conteúdo modal qualificado, que, na verdade, é a face dinâmica do devido processo legal¹³⁶. Com efeito, não se garante uma perspectiva meramente formal ao fenômeno jurídico, possibilitando que os institutos processuais sejam filtrados pela Constituição da República, sendo substancialmente conformados pelos direitos fundamentais. Desta forma, o processo justo, no Estado Democrático de Direito, é perpassado pelos valores constitucionais vigentes, de forma a que se realize a justiça no caso concreto, em vista de que um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é a construção de uma sociedade justa (conforme o art. 3º da Constituição), objetivo que passa, obrigatoriamente, pela construção de processos justos e decisões equânimes¹³⁷.

¹³⁴ COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del giusto processo*. Torino: Giappichelli, 2004. p. 278.

¹³⁵ A tutela do processo justo, por exemplo, encontra previsão na Declaração Universal dos Direitos do Homem das Nações Unidas, de 1948; na Convenção Europeia, de 1950; no Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, de 1966; no Tratado de Roma, instituidor da Comunidade Europeia, de 1950; no Ato Único Europeu, de 1986; no Tratado de Maastricht, de 1992; no Tratado de Amsterdã, de 1997; e no Tratado de Nice, de 2000; e, na América, na Convenção Internacional de São José da Costa Rica, de 1969, a que aderiu o Brasil (Decreto nº 678/1992), integrando-o ao ordenamento jurídico interno. Nesse Pacto, acham-se incorporadas todas as garantias que compõem modernamente o denominado “justo processo”, entre elas o “direito ao acesso efetivo à jurisdição em tempo razoável” (ANDRADE, Érico. O mandado de segurança: a busca da verdadeira especialidade: proposta de releitura à luz da efetividade do processo. Tese de Doutorado, UFMG – Faculdade de Direito. Belo Horizonte, 2008. p. 43, nota 144).

¹³⁶ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*, p. 221.

¹³⁷ MITIDIERO, Daniel. *Elementos para teoria contemporânea do processo civil brasileiro*, p. 72.

5 O DIREITO AO PROCESSO JUSTO NA CONCEPÇÃO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO (LEI Nº 13.105/2015)

Na perspectiva de um Estado Democrático de Direito, o Código de Processo Civil pode ser compreendido como um “esforço do legislador infraconstitucional para densificar o direito de ação como direito a um processo justo”¹³⁸, compatível com a necessidade de uma tutela adequada, efetiva e tempestiva dos direitos¹³⁹. Com efeito, o Código de Processo Civil deve ser compreendido com uma das formas de concretização dos direitos fundamentais processuais previstos na Constituição da República, sendo igualmente imperioso afirmar que o mesmo deve ser interpretado de acordo com os valores e princípios previstos na própria Constituição.

Nesse cenário, há muito se advogava a ideia de que o novo Código de Processo Civil deveria, pois, obrigatoriamente, ser conformado pelos valores previstos na Constituição¹⁴⁰, mormente para que sejam alcançadas as linhas fundamentais de um processo justo¹⁴¹, próprias do Estado Democrático de Direito¹⁴².

Nesse contexto, relevante salientar a forma como o novo Código de Processo Civil tratou, por exemplo, o princípio da igualdade. Com efeito, o princípio da igualdade determina a necessidade de o processo civil organizar-se de forma que se outorgue relevância à verossimilhança das alegações de uma das partes como critério de distribuição do ônus do tempo do processo, à necessidade de instituir-se cláusula geral de dinamização do ônus da prova no

¹³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 15.

¹³⁹ Para uma melhor compreensão, ver também em THEODO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC - Fundamentos e sistematização*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro, 2015.

¹⁴⁰ Em igual sentido, o prefácio, assinado pelo Ministro Dias Toffoli, a obra *Novo Código de Processo Civil: comparativo entre o projeto do novo CPC e o CPC de 1973* (Org. Jefferson Carús Guedes, Felipe Camilo Dall’Alba, Guilherme Beux Nassif Azem e Liliane Ária Busato; prefácio de Dias Tóffoli. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 9-10.

¹⁴¹ Na Exposição de Motivos do projeto do CPC retira-se a seguinte passagem: “O novo Código de Processo Civil tem o potencial de gerar um processo mais célere, mais justo, por que mais rente às necessidades sociais e muito menos complexo”.

¹⁴² Nesse sentido, vale a transcrição do seguinte trecho da Exposição de Motivos do projeto do novo CPC, que aponta a necessidade de “deixar de ver o processo como teoria descomprometida de sua natureza fundamental de método de resolução de conflitos, por meio do qual se realizam os valores constitucionais”.

processo civil e à necessidade de prestar assistência jurídica integral ao menos favorecido economicamente¹⁴³.

Como reflexo do princípio da igualdade, um dos elementos basilares daquilo que se denomina processo justo, o novo Código de Processo Civil disciplina, exemplificativamente: (i) a possibilidade de dinamização do ônus da prova (art. 373, § 1º, do NCPC); (ii) a tutela de evidência (art. 311 do NCPC); (iii) o direito ao benefício da assistência judiciária gratuita (art. 98 do NCPC). No mesmo sentido, o art. 7º do novel diploma processual expressamente prevê que

é assegurada às partes paridade em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

Outrossim, também com vistas à promoção de um processo justo, o novo Código de Processo Civil, a partir da concepção de que “não há Estado Constitucional, que é Estado Democrático, sem direito à participação no processo”¹⁴⁴, estabelece no art. 4º que “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa” e, logo em seguida, no art. 10 prescreve que

o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre qual tenha que decidir de ofício.

Com efeito, entende-se salutar a proposta do novo Código de Processo Civil, que já nos seus primeiros artigos trata de enunciar os principais direitos fundamentais civis (arts. 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 11). Nesse sentido, consta na Exposição de Motivos do Projeto que a inclusão dos princípios constitucionais no novo CPC, na sua versão constitucional, justifica-se pela necessidade de que fique evidente a *harmonia da lei ordinária em relação à Constituição da República*.

Em suma, o direito de ação, pelo novo Código de Processo Civil, deve ser compreendido como um direito a um processo justo (art. 5º, LIV, da Constituição da República). Somente um processo justo pode levar à obtenção de uma

¹⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC*, p. 18.

¹⁴⁴ *Idem*, p. 19.

decisão judicial democrática¹⁴⁵, participativa e proferida em um contraditório. O direito ao processo justo é condição necessária para a formulação de uma decisão conforme o Direito. A estruturação do processo, do ponto de vista procedimental, deve ser justa, ou seja, deve ser pensada de modo a propiciar concordância entre as várias finalidades que o processo deve levar adiante para consecução de sua justa organização¹⁴⁶.

Em igual sentido, entende-se que o direito ao processo justo (no Estado Democrático de Direito), que (sim) equivale à ideia de devido processo legal (no Estado Liberal), também constitui direito a um processo adequado e tempestivo e, daí, decorre o direito à ação adequada e à tutela constitucional dos direitos no modelo do Estado Democrático de Direito.

APONTAMENTOS CONCLUSIVOS

A sociedade brasileira, hodiernamente, vive um momento de inovações e transformações políticas, jurídicas e sociais. Este início de século XXI convive com diferentes tipos de crises, crises que evidenciam uma necessidade urgente de revisão de paradigmas, bem como a construção de novos modelos capazes de atender a uma demanda cada vez mais crescente e urgente de prestação jurisdicional, contexto em que a tutela dos direitos fundamentais – sob o prisma do Estado Democrático de Direito previsto no art. 1º da Constituição da República – ganha relevo e importância no atual cenário jurídico e processual pátrio.

O Estado Democrático de Direito, nas palavras de Darci Guimarães Ribeiro, apresenta como princípios essenciais e conformadores: o princípio da constitucionalidade, o princípio democrático, o sistema de direitos fundamentais e o princípio da justiça social entre outros¹⁴⁷. É neste contexto e diante desta principiologia que emerge a construção de um direito processual constitucional que passa a refletir estas e outras questões, assim como analisando os problemas que afligem o processo como instrumento constitucional de garantia dos direitos

¹⁴⁵ “Uma das bases da perspectiva democrática, trazida pelo novo CPC reside na manutenção da tensão entre as perspectivas liberais e sociais, impondo que a comunidade de trabalho deva ser revista em perspectiva policêntrica e participativa, afastando qualquer protagonismo e se estruturando a partir do modelo constitucional de processo.” (THEODO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*, p. 80).

¹⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC*, p. 20.

¹⁴⁷ RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional à formas de tutela*, p. 57.

fundamentais. Recorrendo-se novamente à lição de Darci Guimarães Ribeiro, tem-se que

modernamente, os processualistas, preocupados com o fenômeno da efetividade do processo, estão recorrendo ao caminho inverso daquele utilizado pela doutrina processual do início do século, pois, enquanto estes perseguiram o afastamento do processo a respeito do direito material, aqueles perseguem uma aproximação entre processo e direito.¹⁴⁸

E esta aproximação entre direito e processo é justamente um dos fundamentos de sustentação da ideia de consolidação de um processo justo.

Nessa perspectiva, o *due process of law* do Estado Liberal, antes visto apenas como uma simples garantia do cidadão contra o Estado, muito antes de um equivalente no processo justo, passa a ser classificado como o direito de exigir ações positivas do Estado, no sentido de se tutelar os direitos fundamentais, seja dentro ou fora do processo. No Estado Democrático de Direito, a segurança jurídica deixa de ser estática e passa a ser dinâmica. Enquanto a segurança, em perspectiva estática, assentava-se na garantia do devido processo legal, uma perspectiva dinâmica, ligada aos princípios e aos direitos fundamentais com maior eficácia possível, cria condições para a sustentação jurídica um direito fundamental a um processo justo. E se no Estado Liberal o indivíduo tem direito a garantias constitucionais, no Estado Democrático estas garantias ganham o dinamismo e a efetividade da tutela dos direitos fundamentais.

Assim, dentro da perspectiva dos direitos fundamentais, o direito ao processo não pode mais ser considerado meramente formal ou abstrato, devendo, pois, assumir um conteúdo qualitativo equivalente à ideia de processo justo, que caracteriza esta face dinâmica do devido processo legal. Todos os institutos e categorias jurídicas processuais passam a ser informados pelos princípios constitucionais e direitos fundamentais. Ora, é necessário ir além do devido processo legal e de suas premissas estabelecidas no Estado Liberal. E, nesse sentido, ir além significa construir as bases para a consolidação da ideia do processo justo.

O direito ao processo justo, com efeito, exige a realização de um estado ideal de protetividade de direitos, tendo a função de *criar* os elementos necessários

¹⁴⁸ *Idem*, p. 78.

à promoção do ideal de garantia (função integrativa), interpretar as regras que já preveem elementos necessários à promoção do ideal de protetividade (função interpretativa), *bloquear* a eficácia das regras que preveem elementos incompatíveis com a promoção do ideal de protetividade (função bloqueadora) e *otimizar* o alcance do ideal de protetividade dos direitos no Estado Constitucional (função otimizadora).

Não obstante, convém salientar que, diferentemente da Constituição italiana, na qual há previsão expressa no seu art. 111¹⁴⁹ da imposição de um “justo processo”, a Constituição brasileira não prevê literalmente essa garantia. Tal silêncio, contudo, não significa que dentro do Estado Democrático de Direito brasileiro não haja tal princípio. O legislador constitucional, prevendo a inconveniência de estabelecer um rol taxativo dos direitos constitucionalmente consagrados na Carta Maior, estabeleceu, no § 2º do art. 5º da Constituição da República, a seguinte regra: “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”.

No art. 5º da Constituição da República, portanto, entre os direitos fundamentais, estão estabelecidos os princípios constitucionais básicos do processo justo, quais sejam: i) a garantia de pleno acesso à justiça (inciso XXXV); ii) a garantia do juiz natural (não haverá juízo ou Tribunal de exceção – inciso XXXVII; ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente – inciso LIII); iii) a garantia do devido processo legal (inciso LIV), do contraditório e da ampla defesa (inciso LV); iv) a vedação das provas ilícitas (inciso LVI); v) a garantia de publicidade dos atos processuais (inciso LX), que se completa com exigência de fundamentação de todas as decisões judiciais (CF, art. 93, IX); vi) o dever de assistência jurídica integral e gratuita a todos que comprovarem insuficiência de recursos (inciso LXXIV); vii) garantia de duração razoável do processo e da adoção de meios para assegurar a celeridade de sua tramitação (inciso LXXVIII).

Possível, ainda, apontar-se outros princípios constitucionais do processo justo, como o direito à representação técnica (art. 133 da Constituição da República) e à paridade de armas (art. 5º, inciso I, da Constituição da República).

¹⁴⁹ Art. 111: “*La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata*”.

O modelo mínimo de processo, no Estado Democrático de Direito, portanto, somente pode ser buscado na Constituição. A fiel observância do direito ao processo justo é condição indispensável para produzir decisões justas, ou seja, trata-se de elemento necessário, embora não único e suficiente, para assegurar-se justiça ao caso concreto. O direito ao processo justo, portanto, constitui direito à organização de um processo justo, tarefa do legislador infraconstitucional, do administrador da justiça e do órgão jurisdicional. Assim, a consecução do direito ao processo justo depende de sua própria viabilização pelo Estado Democrático de Direito, mediante a edição de normas, a administração da estrutura judicante e pela própria atuação jurisdicional.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

ANDRADE, Érico. O mandado de segurança: a busca da verdadeira especialidade: proposta de releitura à luz da efetividade do processo. Tese de Doutorado, UFMG – Faculdade de Direito. Belo Horizonte, 2008.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2005.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Democracia, participação e processo. In: *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos paradigmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, 1999.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis da nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CATTONI, Marcelo. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie Costituzionali e Giusto Processo. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, 1998.

_____. L'informazione difensiva nella cooperazione giudiziaria europea. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 33, n. 157, 1995.

_____; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. 4. ed. Bolonha: Il Mulino, v. 1, 2007.

COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo; SANTORO, Emilio. *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. Organizada por Pietro Costa e Danilo Zolo, com a colaboração de Emílio Santoro; tradução de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juar Terradillos Basoco e Rocio Cantanero. 4. ed. Madrid: Trota, 2000.

GARCIA-PELAYO, Manuel. *As transformações do Estado contemporâneo*. Tradução, prefácio e apêndice de Agassis Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Trad. Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

HÄBERLE, Peter. *Estado constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

HÖFFE, Otfried. *Justiça política: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do Estado*. Trad. Ernildo Stein. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

HUNT, E. K. *História do pensamento econômico: uma perspectiva crítica*. Trad. José Ricardo Brandão de Azevedo. Rio de Janeiro: Campus, 1982.

JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. *Constitucionalismo em tempos de globalização*. Trad. José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

KRIELE, Martin. *Introducción a la teoría del Estado*. Trad. Eugênio Bulygin. Buenos Aires: Depalma, 1980.

LACERDA, Galeno. O código e o formalismo processual. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, ano 10, n. 28, jul. 1983.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Do arbítrio à razão: reflexões sobre a motivação da sentença. *Revista de Processo*, n. 29, ano VIII, p. 80, jan./mar. 1983.

LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido processo legal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

LOCKE, John. *Carta acerca da tolerância; Segundo tratado sobre o governo; Ensaio acerca do entendimento humano*. 2. ed. Trad. Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARQUES, José Frederico. *Ensaaios sobre a jurisdição voluntária*. Campinas: Millenium, 2000.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. O processo justo na Constituição Federal de 1988. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, ano 30, n. 91, set. 2003.

MIRANDA. Pontes. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, t. I, 1974.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil, pressupostos sociais, lógicos e ético*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Elementos para teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *Processo civil e Estado constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de (1689-1755). *O espírito das leis*. Apresentação de Renato Janine Ribeiro; tradução de Cristina Muracho. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito*. reedição. Coimbra: Almedina, 2006.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br>>. Acesso em: 30 jun. 2010.

_____. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil*. São Paulo: Atlas, v. 1, 2010.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais*. Funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade: Coimbra: Coimbra, 2010.

RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional à formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 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.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense. 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TARUFFO, Michele. Il Significato Costituzionale Dell'obbligo di Motivazione. In: *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2003.

TUCCI, Rogério Lauria; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Constituição de 1988 e processo*. São Paulo: Saraiva, 1989.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

Submissão em: 26.07.2015

Avaliado em: 29.09.2015 (Avaliador B)

Avaliado em: 13.06.2016 (Avaliador C)

Aceito em: 12.07.2016

OS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS E A EVOLUÇÃO DA TUTELA SOCIOAMBIENTAL NO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: RELATIVIZAÇÃO DOS DOGMAS DO ESTADO MODERNO PERANTE O DIREITO AMBIENTAL INTERNACIONAL

TRANSINDIVIDUAL RIGHTS AND THE EVOLUTION OF ENVIRONMENTAL PROTECTION IN LATIN AMERICAN CONSTITUTIONALISM: RELATIVIZATION OF DOGMAS MODERN STATE BEFORE THE INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW

Ricardo Cavedon¹

Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná

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

RESUMO: A matriz racionalista e privatista da ciência jurídica expressou uma construção teórica baseada na necessidade de relações igualitárias, para a expansão das relações capitalistas, procurou estruturar um sistema jurídico capaz de incorporar a liberdade individual e a propriedade absoluta como fonte matriz de fundamentação do

sistema; um sistema fechado, hermético, que tivesse como destinatário social único o indivíduo, livre e igual, na sua relação com a propriedade, seria a construção mais adequada para amearhar a centralização paulatina do poder e a estruturação necessária de uma economia de livre mercado. A noção de Estado moderno, com seus elementos integrantes, povo, território e governo soberano, foi elaborada em uma época em que o Direito unicamente enxergava o indivíduo na sua relação

¹ Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Pós-Graduado *Lato Sensu* em Direito Civil pela mesma instituição. Especialista em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná. Exerce a função de Assessor Jurídico no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, atuando nas áreas de direito civil e criminal, possuindo também experiência na área do direito público. Professor de Direito. Autor do livro *Teoria Geral dos Direitos Coletivos: Releitura da Racionalidade dos Direitos Fundamentais de Terceira Geração*, publicado pela Editora Juruá. E-mail: ricardo.cavedon@gmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/5682648172792984>.

com a propriedade. A superveniência de um mundo massificado, com novos bens jurídicos coletivos e transindividuais, passou a apresentar direitos de titularidade indeterminada que expressam lesões indivisíveis e não individualizáveis, fazendo surgir a necessidade de releitura de alguns conceitos jurídicos anteriormente rígidos e estanques. Os danos ambientais transfronteiriços e a natureza diferenciada do bem jurídico ambiental transindividual fazem com que se outorgue relativização aos conceitos clássicos da noção de Estado moderno, exigindo uma reinterpretação e uma mudança significativa nos postulados jurídicos utilizados para a resolução de problemas ambientais além fronteiras, o que a perspectiva ecocêntrica latino-americana, mediante uma nova racionalidade, procura contribuir com a necessidade cada vez mais imanente de cooperação entre os Estados, para além da simples coexistência, devendo ser reescrita a teoria jurídica individualista clássica quando em voga o bem ambiental transindividual de características diferenciadas.

PALAVRAS-CHAVE: bens jurídicos transindividuais; modernidade racionalista; Estado soberano; perspectiva ecocêntrica latino-americana; danos ambientais transfronteiriços; cooperação entre Estados; direitos difusos.

ABSTRACT: *The rationalist and privatizing array of legal science expressed a theoretical construct based on the need of equal relations, to the expansion of capitalist relations, sought to structure a legal system capable of incorporating individual freedom and absolute ownership as a source system basis matrix; a closed system, airtight, which had as its single recipient individual, free and equal, in relation to the property, would be the most appropriate construction to amass the gradual centralization of power and the necessary structure of a free market economy. The notion of modern State, with its integral elements, people, territory and sovereign rule was drawn up at a time when the right only saw the individual in relation to the property. The occurrence of a massiveness world with new collective transindividual and legal interests, began to show indeterminate ownership rights that express indivisible and can not be separated injuries, giving rise to the need for reinterpretation of some legal concepts previously rigid and watertight. Transboundary environmental damage and the differentiated nature of the environmental legal and transindividual, make to confer relativization the classical concepts of the modern State concept, requiring a reinterpretation and a significant change in the legal assumptions used to solve environmental problems across borders, the Latin American ecocentric perspective by a new rationality seeks to contribute to the need increasingly immanent cooperation between States, beyond the mere coexistence and should be rewritten the classic individualist legal theory when in vogue transindividual environmental well differentiated features.*

KEYWORDS: *transindividual legal interests; rationalist modernity; sovereign State; latin american ecocentric perspective; transboundary environmental damage; cooperation between States; diffuse rights.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A construção do pensamento jurídico racionalista moderno, que fundou a noção de Estado soberano, e a sua relativização diante da proteção dos bens jurídicos ambientais no mundo globalizado; 2 A estruturação dos interesses transindividuais e a evolução da tutela ambiental na perspectiva ecocêntrica latino-americana; 3 Danos ambientais transfronteiriços e o direito internacional ambiental, da coexistência à cooperação entre os Estados; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 The construction of modern rationalistic legal thinking, who founded the sovereign State concept and its relativization on the protection of environmental legal interests in the globalized world; 2 The structure of the trans-interests and the development of environmental protection in Latin American ecocentric perspective; 3 transboundary environmental damage and environmental international law of coexistence to cooperation between the States; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

A modernidade racionalista expressou uma concepção de ciência e de pensamento jurídico que apenas vislumbrava um único sujeito social, o indivíduo, olvidando-se de toda uma realidade socioambiental inerente aos bens jurídicos transindividuais que permaneceram durante mais de um século caracterizados pela invisibilidade. A noção de Estado moderno, com seus elementos integrantes, povo, território e governo soberano, foi elaborada em uma época em que o Direito unicamente enxergava o indivíduo na sua relação com a propriedade. A superveniência de um mundo massificado, com novos bens jurídicos coletivos e transindividuais, passou a apresentar direitos de titularidade indeterminada que expressam lesões indivisíveis e não individualizáveis, fazendo surgir a necessidade de releitura de alguns conceitos jurídicos anteriormente rígidos e estanques.

A ciência jurídica da segunda metade do século XX, primando por incorporar estes novos bens jurídicos de natureza diferenciada, passou a tentar entender melhor a estruturação destes direitos e interesses de características transindividuais, fazendo com que o pensamento jurídico passasse a agregar uma dimensão de inter-relação e interdependência do ser humano com a natureza e o seu entorno, assumindo o bem ambiental uma feição de bem jurídico transindividual com características diferenciais, o que foge da noção antropocêntrica do mundo, que embasou a construção racionalista do direito.

Estas características diferenciadas ficam bastante evidenciadas quando da análise dos danos ambientais transfronteiriços, cuja identificação de seus elementos necessitam outorgar relativização aos conceitos clássicos da noção de Estado moderno, exigindo novos postulados para a resolução de problemas ambientais além fronteiras, o que a perspectiva ecocêntrica latino-americana, mediante uma nova racionalidade, procura contribuir com a necessidade cada vez mais imanente de cooperação entre os Estados, para além da simples coexistência, devendo ser reescrita a teoria jurídica individualista clássica quando em voga o bem ambiental transindividual de características diferenciadas.

1 A CONSTRUÇÃO DO PENSAMENTO JURÍDICO RACIONALISTA MODERNO, QUE FUNDOU A NOÇÃO DE ESTADO SOBERANO, E A SUA RELATIVIZAÇÃO DIANTE DA PROTEÇÃO DOS BENS JURÍDICOS AMBIENTAIS NO MUNDO GLOBALIZADO

A matriz racionalista e privatista da ciência jurídica expressou uma construção teórica baseada na necessidade de relações igualitárias, para a expansão das relações capitalistas, procurou estruturar um sistema jurídico capaz de incorporar a liberdade individual e a propriedade absoluta como fonte matriz de fundamentação do sistema; um sistema fechado, hermético, que tivesse como destinatário social único o indivíduo, livre e igual, na sua relação com a propriedade, seria a construção mais adequada para amearhar a centralização paulatina do poder e a estruturação necessária de uma economia de livre mercado.

A concepção individualista da sociedade², que mais tarde serviria como base estrutural para remontar o sistema jurídico na concepção liberal

² “Embora se lhe possam encontrar antecedentes mais recuados (oposição entre filósofos estoicos e aristotélicos, entre a teologia inspirada em Santo Agostinho e a inspirada em S. Tomás de Aquino), a genealogia mais direta do paradigma individualista da sociedade e do poder deve buscar-se na escolástica franciscana quatrocentista (Duns Scotto, 1266-1308; Guilherme d’Occam, 1300-c. 1350). É com ela – e com uma célebre querela filosófica, a questão ‘dos universais’ – que se põe em dúvida se não é legítimo, na compreensão da sociedade, partir do indivíduo e não dos grupos. Na verdade, passou a entender-se que aqueles atributos ou qualidades (‘universais’) que se predicam dos indivíduos (ser pater famílias, ser escolar, ser plebeu) e que descrevem as relações sociais em que estes estão integrados não são qualidades incorporadas na sua essência, não são ‘coisas’ sem a consideração das quais a sua natureza não pudesse ser integralmente apreendida – como queriam os ‘realistas’. Sendo antes meros ‘nomes’, externos à essência, e que, portanto, podem ser deixados de lado na consideração desta. Se o fizermos, obtemos uma série de indivíduos ‘nus’, incharacterísticos, intermutáveis, abstratos, ‘gerais’, iguais. Verdadeiros átomos de uma sociedade que, esquecidas as tais ‘qualidades’ agora tornadas descartáveis, podia também ser esquecida pela teoria social e política. Esquecida a sociedade, o conjunto de vínculos inter-individuais, o que ficava era o indivíduo, solto, isolado, despido dos seus

de Estado abstencionista, viria a desconhecer desde a sua gênese os enclaves existentes entre o que se denominou de interesse público, como o conjunto e mero somatório dos interesses privados, e o interesse privado, em si mesmo considerado³. Obviamente que esta construção ideológica marcada fortemente pelo pensamento antropocêntrico e eurocêntrico de superioridade cultural, limitado temporal e espacialmente, confrontou a poucas épocas a superveniência e o aparecimento, principalmente no contexto de resposta às mazelas capitalistas pós-revolução industrial, de novos sujeitos sociais organizados coletivamente e de novos bens jurídicos não individualizáveis⁴, que, antes, eram invisíveis para o Direito, como os recursos ambientais, bens jurídicos estes que ninguém poderia

atributos sociais. Estava quase criado, por esta discussão aparentemente tão abstrata, um modelo intelectual que iria presidir a toda a reflexão social durante, pelo menos, os dois últimos séculos - o indivíduo, abstrato e igual. Ao mesmo tempo que desapareciam do prosaísmo as pessoas concretas, ligadas essencialmente umas às outras por vínculos naturais; e, com elas, desapareciam os grupos e a sociedade." (HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Fundação Boiteux, 2005. p. 116-117)

- ³ A experiência jurídica começaria a esboçar a concepção de sistematização autônoma e abstrata, desvinculada completamente dos dogmas da Igreja e da imagem teocêntrica do mundo. Formular-se-ia a dicotomia racionalista do mundo moderno, fulcrada no indivíduo, enquanto sujeito destinatário único do Direito. O coletivo, público, viria a se traduzir unicamente pela somatória dos interesses individuais, e o que não fosse público, como somatório das partes, seria necessariamente privado, o que viria a se expressar mais tarde nas codificações civilistas. No Brasil, pelo art. 98 do Código Civil de 2002 (revogado art. 66 do CC/1916), no sentido de que "são públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem". O bem ambiental, notadamente pela concepção reductionista do mundo, demoraria séculos para adquirir relevância jurídica, porquanto o direito racionalista de matriz oitocentista desconheceria os estamentos e enclaves coletivos existentes na sociedade (tal como os povos tradicionais, organizações coletivas, e, especificamente, o bem ambiental, etc.).
- ⁴ Nesse sentido, ver Souza Filho, *verbis*: "[...] Estes novos direitos tem como principal característica o fato de sua titularidade não ser individualizada, de não se ter ou não poder ter clareza sobre ela. Não são fruto de uma relação jurídica precisa mas apenas de uma garantia genérica, que deve ser cumprida e que, no seu cumprimento acaba por condicionar o exercício dos direitos individuais tradicionais. Esta característica os afasta do conceito de direito individual concebido em sua integridade na cultura contratualista ou constitucionalista do século XIX, porque é um direito sem sujeito! [...] É evidente a ausência de titulares desse direito porque não se pode encontrar quem o possa adquirir e integrar a seu patrimônio ou encontrar a relação contratual que lhe deu origem. Para a cultura contratualista é fundamental o momento de passagem do bem de um a outro patrimônio, porque é neste contrato de passagem que reside a legitimidade da propriedade, se o contrato é válido, a propriedade é legítima. Para os direitos socioambientais que não derivam de contratos, não interessa perquirir o momento da aquisição, ou da proteção do bem. O direito coletivo, assim, é fruto da lei, quer dizer da criação e determinação da sociedade por seus representantes nas instâncias próprias. Não pode haver proteção a estes direitos senão quando a lei assim o determina, porque a sua criação significa a criação de deveres para os titulares de direitos individuais. [...]" (SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. *Liberdades e outros direitos: ensaios socioambientais*, p. 174).

dispor, não obstante a todos pertencessem ou interessassem, mas por certo que também não poderiam assumir a condição de simples bens pertencentes ao patrimônio público, porquanto não sujeitos aos procedimentos da desafetação, inerentes à disciplina clássica dos bens públicos, tampouco podendo haver neles a mera disposição, como se fossem qualquer bem jurídico passível de incorporação ao patrimônio individual. A lesão a estes bens jurídicos, pois, não poderia ser dividida entre partes iguais; ao mesmo tempo em que possuem titularidade indeterminada, ostentam um objeto indivisível, de modo que, se lesionados, não restam afetados apenas alguns especificadamente, podendo, ao contrário, todos invocar a sua proteção, inclusive as futuras gerações.

Para a proteção destes novos bens jurídicos não individualizáveis, os Estados intervencionistas viriam a elaborar um discurso de inclusão, baseados em normas programáticas, que estabeleceriam metas não imediatas, dilatavam no tempo a esperança de um bem-estar com a natureza. Óbvio que os anteriores sacrossantos dogmas liberais, que fundavam a noção de Estado moderno, viriam paulatinamente a ser questionados, relativizados, pois a propriedade anteriormente absoluta haveria de sofrer limitações; os contratos anteriormente embasados acriticamente na autonomia absoluta da vontade haveriam de ceder aos interesses coletivos. Aviltava-se a construção individualista de acumulação do capital, o que repercutia de modo acentuado na conceitualização da estatalidade no decorrer do século XX.

Deu-se o nome de globalização⁵ ao discurso que, inspirado na filosofia neoliberal, no final da década de setenta, pretendia renovar as pretensões liberais clássicas de um mercado autorregulável, passando-se a pretender o retorno de um Estado mínimo, não interventor, que almejava a expansão dos mercados consumidores, junto ao imperialismo cultural eurocêntrico, utilizando-se do instrumental das grandes corporações internacionais, que impunham as suas

⁵ No contexto político da guerra fria, com a derrocada paulatina das ameaças de ruptura institucional, a hegemonia capitalista liderada pelos detentores do grande poderio econômico, já farta com os custos que vinham se lhe impondo pelas pretensões de bem-estar social no cenário europeu, cujo reflexo redundou e redundava em perdas e demasiadas exigências às filosofias acumulacionistas do liberalismo, que não mais podiam perder espaço para a implementação de direitos coletivos ou sociais, e muito menos para a realização de direitos difusos, alocaram-se na necessidade de expansão de mercados pelo cenário global, redundando no ideário da filosofia neoliberal, inspirada por Friedrich Hayek e Ludwig von Mises, e implementada por Ronald Reagan e Margaret Thatcher, nos idos de 1980, como hino de expansão e culto à autoliberdade da economia, em nome da maximização dos lucros e da busca pelos novos mercados globais.

determinações mercantis, desconhecendo as necessidades e aspirações locais, destruindo culturas e impondo ideologias econômicas em nome do progresso.

Concomitantemente à expansão do mercado financeiro, e a sua acentuada e rápida compatibilização com o mundo globalizado, diante do fascínio artificial das inovações tecnológicas, e a pretenciosa intenção de democratização do acesso ao progresso, verificar-se-ia o aumento latente da desigualdade social⁶ e da concentração de renda⁷, o aumento cada vez maior da distância entre as classes sociais, a exacerbação do consumo e dos objetos técnicos, a crescente cultura do medo e dos imediatismos, o aumento do egoísmo e o abandono cada vez maior da solidariedade, que só o liberalismo poderia desencadear. A procura cada vez maior de uma ética pragmática individualista fariam decisivos que, em pouco tempo, as filosofias acumulacionistas imperassem a sua “superioridade” por

⁶ A globalização, decerto, gerou e vem gerando regras econômicas claras. As suas políticas econômicas, não obstante as opiniões em contrário, não são diretamente vantajosas para a vida das pessoas, mas diretamente interessam aos detentores do poderio econômico, que prenciam os investimentos internacionais a de fato injetar nos países subdesenvolvidos muitos recursos financeiros; contudo, sem ressaltar a contrapartida de sua volatilidade, demonstram que, em meio a sinais de dificuldades, podem promover a volta e saída do capital, com a mesma rapidez com que entraram, de modo a perpetuar crises econômicas de proporções significativas, afora a saída premente de recursos por meio de *royalties*, de inteligência comprada, pelo pagamento de serviços e tecnologias não desenvolvidas domesticamente, mas importadas, e a remessa de grande parte dos lucros das empresas transnacionais para longe dos países onde se situam, apenas deixando a utilização da mão de obra no País, os empregos que geram, mas que não contribuem efetivamente para o desenvolvimento interno do país (ver, nesse sentido: SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. Rio de janeiro: Bestbolso, 2011. p. 32).

⁷ Paulo Bonavides, em outra obra, anotou sobre o processo da globalização e a filosofia neoliberal: “Na guerra à globalização do Consenso de Washington faz-nos falta a imagem de um De Gaulle, e vamos dizer porquê. Privado de sua soberania sobre suas finanças desde o desastre de janeiro de 1999, quando ocorreu a queda do real, o Brasil passou a ter no solitário do Planalto um novo Petain, sem as glórias de Verdun ilustrando-lhe o passado, o qual ambos renegam. O apóstata da sociologia da dependência instalou no país um regime de Vichy, títere daquela globalização e daquele Consenso. As analogias com a França da Terceira República são patentes. O Brasil do ano 2000 se apresenta desnacionalizado, recolonizado, privatizado, amargurado, oprimido e sublevado, vivendo debaixo da ocupação do FMI. Perdeu a guerra do capital e o seu mercado, o seu sistema bancário, o seu parque industrial, quase tudo se transladou às mãos e ao domínio dos invasores. Milhões de desempregados atestam o colapso da economia, a catástrofe, o desgoverno, a desorganização moral e material da sociedade, a passividade do povo, a regência sem freio de uma classe dominante que esqueceu, ante-salas do FMI, a soberania nacional, e se curvou submissa à humilhante das pressões externas. [...] Aqui o país todo se acha ocupado por banqueiros e multinacionais estrangeiras. Vistos por esse ângulo, somos colonos e não sabemos. Somos servos da gleba e nos supomos, ainda, cidadãos. Vivemos na sujeição de uma ditadura dissimulada, regidos por mais de 4.100 Medidas provisórias, e cuidamos que nos governam as leis constitucionais da República Federativa” (BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. Malheiros, p. 67-8).

todo o globo, com a destruição paulatina das culturas locais, e o desregramento das práticas ambientais, na apropriação dos recursos naturais como combustível da nova ética que envolve o mundo⁸.

As características da globalização, portanto, acabam por centrar-se em sistemas ideológicos fictícios, como o capital e a informação, que, muitas vezes manipulados pela mídia mais massiva, geram distorções nas ordens políticas e estatais, como a espetacularização e economização da política, o controle midiático do poder, um círculo vicioso entre as perpetuações políticas de grupos que controlam estes fatores ideológicos, redundando em falhas estruturais de nosso sistema, que acaba por gerar, ainda mais, concentração de renda e subdesenvolvimento, cada vez mais aumentando o passivo ambiental.

O fenômeno da globalização, portanto, acaba por ancorar-se em um sistema ideológico bem marcante, que gera a perpetuação das dependências de mercado⁹

⁸ Antônio Herman V. Benjamin ensina que as nações industrializadas “[...] algumas hoje as mais ricas do mundo, alavancam o progresso convencidos de que para crescer é preciso destruir. Nossa caminhada rumo ao bem-estar social depende da dominação e exclusão da natureza. E assim se foram as florestas, os rios, a costa litorânea, a qualidade do ar, a fertilidade e a pureza do subsolo. Não carece ser romântico para reconhecer que somos todos herdeiros e vítimas dessa percepção simplista das relações homem-natureza que, casada com o perverso desequilíbrio social, com ilhas de riqueza pontilhando sobre um mar de pobreza, haveria de redundar na gravidade e larga escala de nossos problemas ambientais atuais. Não estamos, pois, diante de efeitos nefastos atrelados tão-só às gerações pós-industriais, que, sem dúvida, deram novo e acelerado fôlego à trajetória centenária do assalto aos ecossistemas. Muito ao contrário, há aqui um claro exemplo de degradação intergeracional, onde os ataques ao meio ambiente perpetrados pela geração seguinte fazem-se por continuidade e adição, uma pedra a mais nos estragos perpetrados por todos aqueles que a antecederam, num processo ininterrupto de cinco séculos [...]”. Ambientalmente falando, ainda segundo Herman Benjamin, o Brasil não tem muito o que festejar no passado. O que assistimos e criticamos hoje não é lá diferente do manequim-padrão da nossa evolução histórico-social. Na ótica internacional, chama a atenção a destruição acelerada e comprovada da floresta tropical que cobre a bacia do Rio Amazonas (floresta latifoliada equatorial). Infelizmente, a crise ambiental por que passa o País não se resume, nem geográfica nem qualitativamente, à Amazônia. Mais impiedosa e extensa tem sido a derrubada da Mata Atlântica e do Cerrado, ecossistemas extremamente ricos em diversidade biológica. No outro extremo da problemática, a poluição do ar, do solo e das águas põe em risco a saúde de milhões de brasileiros e ameaça processos ecológicos endêmicos e vitais. Essa constatação maior – uma nação formada às custas de gigantescos e irreversíveis danos aos ecossistemas nacionais – não nos pode levar ao sentimento utópico de que, adequadamente protegido, o meio ambiente seria hoje aquele mesmo que Pedro Álvares Cabral encontrou à época do descobrimento (*rectius*, conquista), em 1500. A natureza, sabe-se, é permanentemente transformada, tanto por suas próprias forças quanto pela atuação do homem (BENJAMIN, Antônio Herman V. Introdução ao Direito Ambiental brasileiro. *Revista de Direito Ambiental*, v. 14, p. 48, 1999, ou *Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental*, v. 1, p. 41, mar. 2011 – DTR\1999\176, p. 2-3).

⁹ O discurso da globalização proclama, nas palavras de Bonavides, a expansão de “novos modelos associativos de mútua interdependência estatal, os quais, para ganharem eficácia e prevalência na

e contribui para manter o cenário de subdesenvolvimento nos países periféricos, e, ao contrário do proposto, acaba por não contribuir para um desenvolvimento substancial interno dos países dependentes, atentando também contra a identidade de cada povo e a não realização de seu direito ao “desenvolvimento sustentável”¹⁰. Propõe-se a abertura dos países subdesenvolvidos e, ao mesmo tempo, opta-se pelo fechamento das economias desenvolvidas. Um exemplo desta situação, no Brasil, foi com as políticas econômicas realizadas no País no início da década de noventa pelo governo Fernando Collor de Mello, que, por meio do chamado Plano Brasil Novo, implementou medidas no intuito de reduzir a inflação e alcançar a estabilidade econômica, entre as quais a apropriação da poupança popular, a abertura do mercado para as importações e as medidas implantadas a todo custo para diminuir a liquidez. O resultado, como todos sabem, foi a recessão, o desemprego, a inflação quase incontrolável daí decorrente, e, ainda o que pouco se comentou, mas globalmente considerado pelas políticas neoliberais, é o passivo ambiental não computado na sociedade desenvolvimentista e tecnológica.

A expansão cada vez maior da economia de livre mercado, a necessidade premente de expansão pelo planeta do já testado e aprovado modelo econômico hegemônico, sob a sua face mais perversa, com atores bem definidos, grandes bancos, empresas transnacionais e grandes instituições econômicas internacionais

conjuntura globalizada, buscam a todo transe remover e apagar e amortecer o conceito de soberania” (BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 7. ed. Malheiros, 2008. p. 33). Sem dúvida, esta ideologia internacionalizada e invisível outorgou, nas palavras de Bonavides, uma soberania aos mercados que executa um “projeto recolonizador das gigantescas associações de capital, que ignoram por completo os direitos dos povos e das Nações periféricas a romper as cadeias do subdesenvolvimento e espancar as trevas da noite em que a globalização os mergulhou” (Idem, *ibidem*).

¹⁰ Este direito ao desenvolvimento sustentável, segundo Paulo Affonso Leme Machado, advém da junção de dois conceitos aparentemente contraditórios: “sustentabilidade”, que passa a qualificar ou caracterizar o “desenvolvimento”. Dito conceito, segundo este autor, “contém, em si mesmo, uma desconstrução, na qual um termo interminavelmente desmancha o outro. O processo de reconstrução começa pela identificação da oposição contida no conceito em particular. [...] De longa data os aspectos ambientais foram desatendidos nos processos de decisões, dando-se peso muito maior aos aspectos econômicos. A harmonização dos interesses em jogo não pode ser feita ao preço da desvalorização do meio ambiente ou da desconsideração de fatores que possibilitam o equilíbrio ambiental. A mudança de visão envolve a substituição da norma econômica de expansão quantitativa (crescimento) por aquela da melhoria qualitativa (desenvolvimento) como caminho para um futuro progresso. Esta mudança encontra resistência da maioria das instituições econômicas e políticas, que estão alicerçadas no tradicional crescimento quantitativo – segundo Herman Daily” (MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito dos cursos de água internacionais*. Elaboração da Convenção sobre o Direito Relativo à Utilização dos Cursos de Água Internacionais para fins diversos dos de Navegação – Nações Unidas/1997. Malheiros, 2009. p. 123).

(FMI, Banco Mundial, etc.), vem gerando definitivamente constantes degradações, principalmente na seara ambiental. E se as filosofias acumulacionistas assim relativizam alguns fatores que nem sempre obedecem a fronteiras, os elementos estruturantes do Estado moderno também passam a sofrer limitações. As incongruências se acentuam, notadamente, quando se adentra na senda daqueles bens jurídicos diferenciados, de natureza *sui generis*, que não podem ser individualizados, justamente por interessarem a todos indistintamente, inclusive às futuras gerações, como o bem jurídico ambiental¹¹. Enfrentam-se no mesmo palco os danos ambientais transfronteiriços e a necessidade de expansão consumerista global, fazendo com que a institucionalidade presente não mais incorpore alguns dos novos conceitos que começam a se formar no século XXI. Necessário se faz hoje analisar a importância do direito internacional do meio ambiente e dos princípios procedimentais de cooperação internacional, no intuito de proteção destes bens jurídicos diferenciados não individualizáveis, que rompem com aqueles dogmas modernos elaborados pelo direito racionalista do século XIX.

As contradições da globalização, destarte, acabam por gerar mais dependências, desigualdades e incongruências do que benefícios substanciais. O imperialismo econômico e cultural do modelo hegemônico atenta efetivamente contra aquela estrutura estatal modular desenhada no mundo oitocentista racionalista. A soberania queda deveras relativizada pelas identidades

¹¹ Decerto que o maior prejudicado neste cenário é o meio ambiente, Carlos Walter Porto Gonçalves sobre o tema bem assinala: “[...] a fantástica dívida externa da maior parte dos países do mundo reduzidos a condições semicoloniais, conforme assinalamos, tem sido objeto de uma verdadeira chantagem política onde organismos financeiros internacionais que impõe políticas de reajuste estrutural que, no fundo, agravam a pilhagem de recursos naturais e os problemas ambientais. O equilíbrio das contas públicas, quase sempre significando cortes nas áreas sociais e ambiental, para a obtenção de superávit primário (aquele em que não se leva em conta o pagamento de juros) visa garantir o pagamento da dívida em moeda que os países situados no polo dominado do padrão de poder mundial não emitem (dólar estadunidense). Assim, esses países se veem obrigados a obter superávit primário, seja atraindo dólares oferecendo uma remuneração alta (juros altos), seja aumentando as exportações e diminuindo as importações. O programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD nos informa que a média dos juros nos anos 1980 foi de 4% ao ano nos países industrializados e de 17% ao ano nos países subdesenvolvidos. Como a taxa de juros é uma referência importante, sobretudo numa sociedade capitalista, os níveis elevados dessas taxas praticados nos países situados no polo dominado no padrão de poder mundial têm não só as consequências que os economistas destacam - recessão, perda de competitividade, desemprego - como também sérios efeitos ambientais (PORTO GONÇALVES, Carlos Walter. *A globalização da natureza e a natureza da globalização*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006. p. 38-39).

transnacionais¹², o território e a nação também passam a ser revisitados pelas suas muitas vezes incompletudes técnicas perante as realidades culturais e sociais diferenciadas, notadamente diante da necessidade de proteção do meio ambiente. Assim, não é só a expansão de mercados como também o reflexo disto sobre os bens jurídicos diferenciados que passam a se fazer visíveis a partir da década de oitenta, notadamente após a declaração de Estocolmo¹³, e as propostas de respeito ao meio ambiente e de proteção da natureza passam a questionar os elementos estruturais da concepção moderna de Estado centralizador e detentor do legítimo monopólio do poder da força e da representatividade popular.

2 A ESTRUTURAÇÃO DOS INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS E A EVOLUÇÃO DA TUTELA AMBIENTAL NA PERSPECTIVA ECOCÊNTRICA LATINO-AMERICANA

Segundo a doutrina de Hugo Nigro Mazzili, a divisão clássica entre o interesse público e privado é insuficiente, mesmo se considerada a divisão existente entre o interesse público primário e o secundário, o primeiro como “o bem geral da coletividade” e o segundo como o modo que “a administração interpreta o que seja o efetivo interesse da coletividade”¹⁴. Leciona este autor, assim, que

entre essas duas categorias básicas (interesse público e interesse privado) existe uma categoria intermediária de interesses que não são meramente individuais, porque transcendem os indivíduos isoladamente considerados,

¹² Segundo Paulo Affonso Leme Machado, “a Declaração de Estocolmo estabeleceu: ‘Conforme a Carta das Nações Unidas e os princípios do direito internacional, os Estados têm o direito soberano de explorar seus próprios recursos, de acordo com a sua política ambiental, desde que as atividades levadas a efeito, dentro da jurisdição ou sob seu controle, não prejudiquem o meio ambiente de outros Estados ou de zonas situadas fora de toda a jurisdição nacional’ (Princípio 21). Nos considerandos da Convenção sobre Poluição Atmosférica Transfronteiriça a Longa Distância afirma-se que o referido princípio da Declaração de Estocolmo exprime uma convicção comum, conforme a Carta das Nações Unidas e os princípios do Direito Internacional. Desse princípio da Declaração de Estocolmo decorre claramente que os Estados têm uma liberdade relativa ou uma liberdade controlada para a exploração de seus recursos naturais. Nesse sentido entende-se que a soberania ‘cria para os Estados obrigações que são corolário de seus próprios direitos’” (MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 14. ed. Malheiros, 2006. p. 1029).

¹³ A Declaração de Estocolmo, segundo Paulo Affonso Leme Machado, foi adotada pela Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente, nas Resoluções das Nações Unidas n.ºs 2.994/XXVII, 2.995/XXVII e 2.996/XXVII, de 15.12.1972 (Idem, *ibidem*).

¹⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Tutela dos interesses difusos e coletivos*. 4. ed. Damásio de Jesus, p. 17.

mas não chegam a constituir interesses do Estado nem de toda a coletividade: são os interesses transindividuais, também conhecidos como metaindividuais.¹⁵

Carlos Marés ensina que, a partir da metade do século XX¹⁶, o Direito passa a regular coisas intangíveis, ou seja, as coisas destinatárias da tutela do Direito, e o bem jurídico a ser tutelado passa cada vez mais a se tornar intangível, imaterial, afastando-se paulatinamente do patrimônio individual e da coisificação material como sustentáculo¹⁷. Os bens de maior valor passam paulatinamente a ser o saber e o conhecimento “sempre que eles possam se tornar em um produto de consumo de massas”¹⁸. Outras intangibilidades, como o meio ambiente, a cultura, a memória e as necessidades coletivas, passam a ser tratadas como bens jurídicos passíveis de proteção pelo Estado. É possível se identificar, assim, seguindo-se a lição deste autor, o bem jurídico *peçoal* (que pode ser inserido na esfera do patrimônio individual) ainda que imaterial, como o dano moral e os direitos do autor, estando, portanto, adstrito à noção de direito subjetivo que possui o sujeito; e, em contraposição, o bem jurídico *não peçoal*, que se subdivide, por sua vez, naqueles que podem ser *realizados individualmente* (por exemplo, os direitos do consumidor e as necessidades coletivas e humanas, como alimentação, moradia, educação) e naqueles que *não podem ser realizados individualmente*, e, portanto, não atingem qualquer esfera do patrimônio individual (como a poluição, o mau uso da propriedade, que viola o patrimônio cultural e ambiental, a violação do patrimônio cultural, etc.)¹⁹.

Os bens coletivos não pessoais que não podem ser individualizados passam a se estruturar legislativamente mediante conceitos normativos abertos

¹⁵ Hugo Nigro Mazzili assenta que “os interesses transindividuais são aqueles que reúnem grupos, classes, ou categorias de pessoas, como os moradores de uma região, no que diga respeito a uma questão ambiental; os consumidores do mesmo produto; os trabalhadores da mesma fábrica, os alunos do mesmo estabelecimento de ensino” (Idem, *ibidem*).

¹⁶ Marés cita como marco o Decreto-Lei nº 25/1937, que instituiu o tombamento de bens culturais no Brasil, o Código Florestal, Lei nº 4.717/1965, e, vinte anos após, o surgimento da lei procedimental, que permite ao Judiciário apreciar estes direitos coletivos, a Lei da Ação Civil Pública, Lei nº 7.357/1985 (SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. *Liberdades e outros direitos: ensaios socioambientais*. Curitiba: Letra da Lei, 2011. p. 172).

¹⁷ Assenta este autor: “Vale mais o potencial do que o produto em si, remédio, cosmético, sabonete, sanduíche. As grandes empresas da atualidade não vendem coisas, mas a marca da coisa, o seu sabor, odor ou criador” (Idem, p. 173).

¹⁸ Idem, *ibidem*.

¹⁹ Idem, *ibidem*.

ou cláusulas gerais, e se realizar unicamente mediante políticas públicas, é dizer, dada a sua natureza não coisificada, não encontram realização individual, apenas se materializando mediante atuação estatal de caráter geral, mediante políticas públicas²⁰, o que corresponde a dizer, na lição de Carlos Marés, que os direitos não individualizáveis “não são fruto de uma relação jurídica precisa, mas apenas de uma garantia genérica, que deve ser cumprida e que, no seu cumprimento acaba por condicionar o exercício dos direitos individuais tradicionais”²¹. Resumem-se, destarte, a direitos sem sujeito, ou, dito de outra forma pelo autor, “se todos são sujeitos do mesmo direito, todos tem dele disponibilidade, mas ao mesmo tempo ninguém dele pode dispor, contrariando-o, porque a disposição de um seria violar o direito de todos os outros”²². Assevera Marés, ademais, que uma eventual divisibilidade do objeto do direito difuso fará com que “todos os titulares do todo continuem sendo titulares das partes”²³.

Assim, separa este autor entre direitos pessoais e não pessoais. Os direitos intangíveis não pessoais passaram a ser recepcionados pelo Direito, inclusive aqueles que se denominam de intangibilidades coletivas²⁴, porquanto possuem objeto indivisível e titularidade indeterminada, denominando-se de difusos, que representam *direitos intangíveis não pessoais*, que não podem ser realizados

²⁰ “Deve ficar claro, segundo Marés, que o que interessa ao Direito Socioambiental é o caráter coletivo destes direitos e não sua realização individual. É claro que se realiza o direito coletivo à moradia garantindo direito a todos e a cada um, mas com políticas públicas e não com soluções individuais. Isto quer dizer que o Direito Socioambiental transforma políticas públicas em direitos coletivos, porque a política estatal que viola direitos coletivos está violando direitos garantidos legalmente e não apenas contrariando grupos de interesse.” (Idem, p. 174)

²¹ Idem, ibidem.

²² Idem, ibidem.

²³ Idem, p. 177.

²⁴ “Aquilo que podia fazer parte de um patrimônio individual foi facilmente assimilado, mas aqueles bens que não se realizam em um patrimônio individual têm maior dificuldade de aceitação. Os direitos imateriais de caráter pessoal, como o dano moral e os direitos de autor se concretizam juridicamente como qualquer bem material, apresentando apenas dificuldade de valoração, resolvida pela aritmética. *Os não pessoais, mas que podem se realizar individualmente, tampouco encontram grande dificuldade de assimilação pelo sistema, como os direitos do consumidor.* Já direitos coletivos de suprir necessidades humanas, como direito à alimentação, moradia, educação, cuja realização pode ser individual mas afronta a política estatal, ainda quando estão reconhecidos como direitos, têm gerado inadimplência dos Estados Nacionais. *Há ainda direitos coletivos cuja violação não atingem nem afetam patrimônio individual e tampouco podem ser realizados individualmente, como a poluição, o mau uso da propriedade que viola o patrimônio cultural ou ambiental.* Em todas estas situações há um direito geral, de todos, de muitos ou de alguns protegidos, e por isso é direito coletivo, a diferença existente é que *na última o direito jamais se realiza individualmente.*” (Idem, p. 173)

individualmente, por possuírem o seu objeto indivisível e a sua titularidade indeterminada²⁵. Se lesionados, a lesão gerada é *indivisível*, o que significa dizer que, por não se tratarem de direitos subjetivos, não surge uma pretensão individualizada de reparação sujeita a prescrição, mas, por se tratarem de interesses a uma atuação do Estado, surge unicamente uma expectativa de sua observância ou implementação, mediante a exigência em face do estado de implementação da política pública adequada²⁶.

Há, então, direitos intangíveis que geram lesão e possuem objeto divisível (individuais homogêneos) ou indivisível (coletivos *stricto sensu* e difusos), e cujos sujeitos destinatários são determinados ou determináveis (individuais homogêneos e coletivos *stricto sensu*) e indetermináveis (difusos), não sendo estes sujeitos indeterminados todos os habitantes do planeta porque também o serão as futuras gerações. Se houver uma lesão a um direito, cujo objeto seja divisível, e sendo os seus sujeitos determináveis ou determinados, estar-se-á tratando de direitos individuais homogêneos; se a lesão e o objeto forem indivisíveis, e os sujeitos destinatários indeterminados, aí se estará tratando de um bem jurídico difuso, relacionados geralmente a uma situação de fato. Agora pode existir também a possibilidade de haver um direito cujo objeto e lesão sejam indivisíveis, porém os seus sujeitos sejam determinados ou determináveis, ligados por uma relação jurídica, como, por exemplo, uma cláusula nula em um contrato por adesão. Uma propaganda enganosa ou abusiva, nestes casos, estar-se-á a se tratar de um direito coletivo *stricto sensu* (possui como titular um grupo vulnerável, e é realizável individualmente)²⁷. Ressalte-se que neste último caso, apesar de ser

²⁵ Quanto aos não pessoais que para este autor possam ser realizados individualmente, não encontram eles grande dificuldade de assimilação pelo sistema, ainda que seu objeto seja indivisível e os sujeitos sejam determinados ou determináveis (p. ex., direitos do consumidor) (Idem, *ibidem*).

²⁶ A intervenção do Estado na política pública, mais precisamente do Poder Judiciário, pensamos somente ser possível quando esteja em jogo algum valor social albergado pelo sistema, seja pela ordem constitucional, seja como sustentáculo estrutural socialmente típico (expressão empregada por Cláudio Luzzati, a delinear as valorações reiteradamente observadas no seio social, e a que são reenviadas o intérprete de uma cláusula geral na sua dimensão operativa). Nesse sentido: VELLUZI, Vito. *Le Clausole Generali*. Semântica e Política del Diritto. Quaderni di Filosofia Analítica del Diritto. Giuffrè Editore, v. 12, p. 46-7.

²⁷ Não se olvide que um mesmo fato pode vir a gerar lesão a bens jurídicos transindividuais e afetar, de modo simultâneo, tanto interesses difusos (titularidade indeterminada) quanto interesses coletivos (titularidade determinada ou determinável), como, aliás, alerta Hugo Nigro Mazzili: “[...] O mesmo fato pode gerar danos a interesses transindividuais de mais de um tipo. Assim, por exemplo, a explosão de uma usina atômica poderia causar não só danos globais ao meio ambiente (interesses difusos) mas também danos individuais determináveis aos moradores vizinhos, como a perda de seu gado (interesses individuais homogêneos). Em todos os casos de interesses transindividuais

indivisível, tanto o objeto quanto a lesão destes direitos pertencentes a sujeitos determinados ou determináveis ligam-se a eles por uma relação jurídica, daí porque se inexistir esta relação jurídica para condensar as interligações, tornam-se os sujeitos em destinatários indeterminados, decorrentes unicamente de uma situação de fato (a lesão em si mesmo considerada), aí se estará tratando de direitos difusos e não coletivos *stricto sensu*²⁸.

Desse modo, havendo lesão a bens jurídicos de titularidade indeterminada, ou seja, que alcance sujeitos não determinados, ligados por uma situação de fato, justamente pela impossibilidade de se determiná-los e identificá-los, estar-se-á a tratar de direitos difusos, porquanto a lesão aí deflagrada será indivisível. Sujeitos indeterminados, ligados por uma situação de fato, em que acarrete lesão a bem jurídico indivisível, se tratará de direitos difusos²⁹. Por outro lado, se houver lesão a bem jurídico de titularidade determinada ou determinável, ou seja, que alcance sujeitos determinados ou determináveis, ligados por uma relação jurídica (grupos vulneráveis de consumidores, por exemplo, que se agreguem a um contrato de adesão), justamente pela necessidade de um vínculo que os determine e os identifique, estar-se-á a tratar de direitos coletivos *stricto*

(difusos, coletivos e individuais homogêneos), subjacentemente sempre há, ao mesmo tempo, uma situação de fato e uma relação jurídica (assim, por exemplo, num dano ambiental, há o evento material lesivo e há a relação jurídica que sanciona a poluição); contudo, quando a relação jurídica deva ser resolvida de maneira uniforme para todos os integrantes do grupo, e o objeto da lesão seja indivisível, teremos interesses coletivos. [...]” (MAZZILLI, Hugo Nigro. *Tutela dos interesses difusos e coletivos*. 4. ed. Damásio de Jesus, p. 19).

²⁸ No Brasil, em sede legislativa, referidos direitos foram incorporados no ordenamento mediante a instituição do art. 81, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, que serve de referência para todos os outros sistema de proteção de direitos coletivos, e não somente na seara consumerista, porquanto segundo jurisprudência pacificada estabelece uma espécie de microssistema legislativo, *verbis*: “Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum”.

²⁹ “[...] os interesses difusos são aqueles de natureza indivisível, comuns a um grupo, classe ou categoria de indivíduos indetermináveis que compartilham a mesma situação de fato comum (exemplos: o interesse pelo meio ambiente sadio, que congrega os moradores de uma região; o combate à propaganda enganosa divulgada no rádio ou na televisão).” (MAZZILLI, Hugo Nigro. *Tutela dos interesses difusos e coletivos*. 4. ed. Damásio de Jesus, p. 19)

*sensu*³⁰, mesmo que a lesão aí deflagrada seja também indivisível; e, aliás, se for divisível, estar-se-á a tratar de direitos individuais homogêneos. Os sujeitos determinados ou determináveis, portanto, ligados por uma relação jurídica, em que lhes acarreta lesão a bem jurídico indivisível, se tratará de direitos coletivos *stricto sensu*. Ainda, se houver lesão a bem jurídico de titularidade determinada, somente, ou seja, a alcançar sujeitos determinados e individualizados, ligados geralmente por uma origem comum, justamente pela necessidade de que haja um vínculo entre eles que homogeneíze as suas pretensões (há, portanto, direitos subjetivos lesionados), estar-se-á a tratar de direitos individuais homogêneos, porquanto a lesão aí deflagrada será sempre divisível. Os sujeitos determinados, ligados por origem comum, em que acarrete lesão a bem jurídico divisível e individualizável, se estará tratando de direitos individuais homogêneos³¹.

O bem ambiental, portanto, por se tratar de recursos naturais que interferem na própria subsistência da vida sobre a terra, será rotulado quase sempre como um direito difuso, que interessa não somente às pessoas existentes no planeta, mas também às futuras gerações; podendo também redundar na violação de direitos coletivos ao mesmo tempo. Contudo, é necessário que se alerte que os recursos naturais, pela sua própria constituição ontológica, devem ser vistos como bens não passíveis de apropriação pelo homem (nem pelo Estado, nem pelo particular), por se tornarem parte integrante e interdependente da criação e manutenção da vida no planeta³². Relativiza-se, aí sim, a noção de propriedade trazida pelas codificações civis, que não possui nem engloba o conceito de

³⁰ “Coletivos são os interesses também de natureza indivisível, comuns a um grupo, classe ou categoria de indivíduos determináveis, reunidos por uma mesma relação jurídica básica (como os indivíduos que assinam um contrato de adesão o qual contenha cláusula abusiva; a abusividade da cláusula é compartilhada em igual medida por todos os integrantes do grupo).” (Idem, ibidem)

³¹ “[...] interesses individuais homogêneos são os únicos que têm natureza divisível; eles compreendem indivíduos determináveis, reunidos por uma lesão de origem comum (exemplificativamente, os consumidores que adquiriram um produto fabricado em série e colocado no mercado com o mesmo defeito; nesse caso, todos os integrantes do grupo lesado têm direito a uma reparação quantificável e divisível entre eles).” (Idem, ibidem)

³² Segundo Jorge Thierry Calasans, no pertinente ao uso e proteção das águas, “a legislação brasileira [...] foi concebida, como se verá adiante, de forma profundamente antropocêntrica, atribuindo ao homem uma posição de centralidade, isto é, considerando-o o núcleo em torno do qual a água deve ser gerida e preservada. Essa foi a posição do Código de Águas, de 1934, e permanece na lei que instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos, a Lei das Águas, de 1997” (CALASANS, Jorge Thierry. A água como patrimônio cultural. *Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico*, Porto Alegre: Magister, v. 1, bimestral, ago./set. 2005; v. 45, dez./jan. 2013)

bem de uso comum do povo³³, não sujeito a desafetação, mas unicamente a regulamentação de seu uso pelo Estado³⁴.

As novas análises científicas que vêm sendo realizadas no campo da ciência socioambiental, embasada notadamente no que vem se denominando de ecologia profunda³⁵, junto à compreensão de que o homem e a natureza (compreendendo-se como seres vivos todos aqueles pertencentes ao mundo natural) ostentam íntima relação cotidiana, devendo viver em plena harmonia, na medida em que formam partes de um todo e, neste sentido, são indissociáveis uns dos outros. Não se poderia, assim, analisar o homem sem a natureza que o abriga e sustenta, da mesma forma que não se pode pensar em perpetuação da vida sem uma íntima correlação entre a natureza e todos os seres que a habitam e integram, junto à noção de ecossistemas.

Não obstante estas certezas inerentes ao inconsciente coletivo dos povos tradicionais desde muito tempo, a ciência moderna desenvolvida em suas bases por René Descartes, Galileu Galilei, Francis Bacon e Issac Newton, fulcra-se na concepção racionalista do ser humano como parte dissociada do todo e independente por si mesma da natureza, fazendo com que o homem se torne superior a qualquer meio que habite, e, por consequência, aspire a pretensão de poder possuir ou dominar, se assim quiser, todas as criaturas (oriundas do mesmo criador) que com ele formam partes indissociáveis do todo. Isto faz com que se perca a noção de inter-relacionamento recíproco, e, com esta

³³ José dos Santos Carvalho Filho leciona que “nessa categoria de bens não está presente o sentido técnico de propriedade, tal como é conhecido esse instituto no Direito. Aqui o que prevalece é a destinação pública no sentido de sua utilização efetiva pelos membros da coletividade. Por outro lado, o fato de servirem a esse fim não retira ao Poder Público o direito de regulamentar o uso, restringindo-o ou até mesmo o impedindo, conforme o caso, desde que se proponha à tutela do interesse público. São bens de uso comum do povo os mares, as praias, os rios, as estradas, as ruas, as praças, e os logradouros públicos (art. 99, I, do Código Civil de 2002)” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 1243-4).

³⁴ A competência para legislar sobre água por exemplo é privativa da União (art. 22, IV, da CF); além disso, é da União também a competência para instituir o sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir os critérios de outorga de direitos de seu uso, conforme o art. 22, XIX, da CF. Fazendo uso desta competência, a União fez editar a Lei nº 9.433/1997, que instituiu a política nacional de recursos hídricos, assentada em “alguns fundamentos básicos, como por exemplo, os que consideram a água como um bem de domínio público, e como recurso natural limitado, dotado de valor econômico, prevendo a lei as diretrizes para utilização dos recursos hídricos e dos atos de outorga dos direitos de uso desses recursos e de sua cobrança dos beneficiários do uso” (Idem, p. 1321).

³⁵ Ver, nesse sentido: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La Pachamama y el humano*. En la naturaleza con derechos. De la filosofía a la política. Quito, Ecuador: Ediciones Abya-Yala, 2011. p. 103-111.

desagregação, destrói-se a natureza de tal modo a não lhe permitir a capacidade para a recuperação, haja vista a apropriação cada vez maior dos recursos naturais esgotáveis e finitos desde a sua origem³⁶. O homem destrói e destrói-se quando destrói a natureza, e, sem perceber, perde-se em seu próprio desequilíbrio, gerado por ele mesmo na ânsia do endeusamento do dinheiro e dos objetos técnicos. O desequilíbrio gerado é manifesto, porquanto a idealização jurídica do bem ambiental o faz não interessar a um só indivíduo isoladamente, tampouco a todos os habitantes do planeta conjuntamente, mas também às futuras gerações, não podendo, pois, ninguém isoladamente dele dispor.

Assim sendo, não obstante o entendimento dominante de que o homem e a natureza não se confundam, notadamente com o desenvolvimento da tecnologia que impõe este distanciamento, hoje, retoma-se o conceito de Gaia, ou *Pachamama* para os latinos, considerada como a Terra-viva³⁷, a qual deve ser respeitada e sentida efetivamente como um ser vivo com as suas peculiaridades, cuja parte integrante e indissociável é o ser humano. Juridicamente, a exemplo, esta nova idealização repercutiu na Constituição do Equador, que, se conferisse expressamente *status* de sujeito de direito à natureza, afirmado que a natureza ou *pachamama* onde se reproduz e se realiza a vida *tem direito* que se respeite integralmente a sua existência, e a manutenção e a regeneração de seus ciclos vitais, estrutura, funções e processos evolutivos, podendo toda pessoa, comunidade, povoado ou nacionalidade, qualquer que seja, exigir da autoridade pública o cumprimento dos direitos da natureza, ou seja, ser dela representante para invocar judicialmente o cumprimento destes direitos. Prevê, ainda, a nova Constituição equatoriana que o Estado incentivará as pessoas naturais e jurídicas e os entes coletivos para que protejam a natureza e promovam o respeito a todos os elementos que formam um ecossistema³⁸.

³⁶ Ver, nesse sentido: FOSTER, John Bellamy. *O conceito de natureza em Marx: materialismo e natureza*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. p. 118-128: “A teoria da falha metabólica em Marx”, subitem do Capítulo 5.

³⁷ Ver, neste sentido: HARDING, Stephan. *Terra viva: ciência, intuição e a evolução de Gaia*, p. 21/76.

³⁸ Na Constituição equatoriana constou de modo expreso, *verbis*: “Art. 10. *Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales. La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución.* Art. 71. *La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observaran los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. El Estado incentivará a las personas naturales y*

A dimensão que ostenta a dignidade do ser humano, portanto, nesta nova visão, agrega uma intrínseca dimensão de inter-relação com o ambiente ecologicamente equilibrado, entendendo-se, assim, que há uma evolução do próprio conceito que fundamenta a dignidade. Trata-se de um conceito estrutural do direito que amolda uma remodelação na sua construção normativa, agregando uma dimensão ecológica muito significativa³⁹, contexto este que, segundo lecionam Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer, avança na ideia de que a dignidade dos seres vivos vai além da mera condição humana, alcançando, por exemplo, o *status* moral aos animais⁴⁰, ou, até mesmo, para os latinos, a exemplo do Equador, na própria dimensão holística de que a natureza por si só pode possuir dignidade, e daí porque lhe conferir o *status* de sujeito de direitos.

jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema”.

³⁹ “A dignidade (da pessoa) humana constitui conceito submetido a permanente processo de reconstrução, cuidando-se de uma *noção histórico-cultural* em permanente transformação quanto ao seu sentido e alcance, o que implica sua permanente abertura aos desafios postos pela vida social, econômica, política e cultural, ainda mais em virtude do impacto da sociedade tecnológica e da informação. Atualmente, [...] pode-se dizer que os valores ecológicos tomaram assento definitivo no conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana. Portanto, no contexto constitucional contemporâneo, consolida-se a formatação de uma dimensão ecológica – constitucional da dignidade humana, que abrange a ideia em torno de um bem estar ambiental (assim como de um bem estar social) indispensável a uma vida digna, saudável e segura. Dessa compreensão, pode-se conceber a indispensabilidade de um patamar mínimo de qualidade ambiental para a concretização da vida humana em níveis dignos.” (SARLET, Ingo; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental*. São Paulo: RT, 2011. p. 38)

⁴⁰ “Tal entendimento nos conduz a repensar o conceito kantiano de dignidade, no intuito de adaptá-la aos enfrentamentos existenciais contemporâneos, bem como a fim de aproximá-lo das novas configurações morais e culturais impulsionadas pelos valores ecológicos. Nesse contexto, procura-se refletir sobre a reformulação do conceito kantiano (antropocêntrico e individualista) de dignidade, ampliando-o para contemplar o reconhecimento da dignidade para além da vida humana, ou seja, para incidir também em face dos animais não humanos, bem como de todas as formas de vida de um modo geral, à luz de uma matriz jusfilosófica biocêntrica (ou ecocêntrica), capaz de reconhecer a teia da vida que permeia as relações entre ser humano e Natureza. Assim, especialmente aos animais não humanos, deve-se reformular o conceito de dignidade, objetivando o reconhecimento de um fim em si mesmo, ou seja, de um valor intrínseco conferido aos seres sensitivos não humanos, que passam a ter reconhecido o seu status moral e dividir com o ser humano a mesma comunidade moral. Tais considerações implicam o reconhecimento de deveres jurídicos a cargo dos seres humanos, tendo como beneficiários os animais não humanos e a vida em geral. Em outras palavras, pode-se falar também de limitações aos direitos fundamentais (dos seres humanos) com base no reconhecimento de interesses (jurídico-constitucionais) não humanos – se não direitos! – legitimados constitucionalmente, como é facilmente identificado na tutela dispensada à fauna e à flora através da vedação constitucional de ‘práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade (art. 225, § 1º, VII), [...]’ (SARLET, Ingo; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental*. São Paulo: RT, 2011. p. 42)

Assim, procura-se superar a dignidade oriunda e inspirada no formalismo kantiano, que retrata a autonomia moral da pessoa unicamente, por ser o ser humano o único apto a deter “a maior liberdade compatível com a liberdade dos outros sujeitos de direitos”⁴¹, ou seja, percebe-se a limitação de tratar o ser humano como o único ser vivo capaz de sempre atuar como um fim em si mesmo, não podendo ser usado como meio, a não ser que esteja, com isto, cumprindo ao mesmo tempo um fim para si mesmo. Veja-se que, na lição de Ramiro Ávila Santamaria, equívocos podem ocorrer com este pensamento reducionista, adstrito ao formalismo exacerbado, pois, para este autor, o ser humano pode ser adequado em muitos contextos também como um meio, a realizar o fim de outro ser humano⁴², e nem por isso deixará de ter uma condição moral de sujeito, colocando-se, pois, que, assim como o ser humano nem sempre será um fim em si mesmo, também a natureza nem sempre será um meio apenas, na medida em que também tem os seus fins próprios, e, assim como o ser humano, pode determinar-se a si mesma, para garantir a sua sobrevivência⁴³. Ressalta Ramiro Santamaria, portanto, que o ser humano necessita da natureza, assim como a natureza necessita do ser humano⁴⁴, encontrando uma dimensão de equilíbrio e harmonia, o que não permite que se raciocine colocando apenas o ser humano no centro do pensamento jurídico.

⁴¹ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 3. ed. Trad. A. M. Botelho Hespanha, do original intitulado *Privatrechtsgeschichte Der Neuzeit Unter Besonderer Berücksichtigung Der Deutschen Entwicklung* (2. ed.). Revista Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen. Lisboa: Fundação Calouste Gui Benkian, 1967. p. 402.

⁴² Ramiro Ávila Santamaria exemplifica esta situação dizendo que “[...] *en las relaciones sociales respetuosas de los derechos humanos resulta prácticamente imposible cumplir sólo los fines y nunca ser médios o, por el contrario, ser sólo médios y nunca cumplir fines propios. La interacción entre médio y fin es dinámica, permanente y siempre condicionada*”. Assim diz o autor, “*trabajadores y empleadores, hijos e hijas y padres y madres, son todos dignos, son médios y a la vez cumplen sus fines*” (SANTAMARIA, Ramiro Ávila. *La naturaleza con derechos*. De la filosofía a la política, p. 173-238. Quito, Ecuador: Ediciones Abya-Yala, 2011. p. 188-192).

⁴³ “*La primeira constatación que tenemos que hacer es que la Tierra es un ser vivo, tiene incluso planes de vida, y como todo ser vivo tiende a la supervivencia y a la reproducción para garantizar su existencia, que serían sus fines, desde nuestra limitada racionalidad para comprender a otros seres vivos con los que no tenemos iguales códigos de comunicación [...]*” (Idem, p. 188)

⁴⁴ “[...] *los seres humanos somos medios por omisión y por acción. La tierra nos necesita para que no la agotemos ni la destrochemos, es decir demanda un ‘no hacer’, un respeto de nuestra parte. De igual modo, nos necesita para lo que hagamos sea respetuoso con sus ciclos de regeneración, o sea, demanda un hacer racional, una actitud conservacionista y hasta ecologista. Al ritmo que vamos en lo que entendemos por desarrollo o progreso, acabaremos necesitando un lugar distinto a la Tierra para vivir. [...] los seres humanos necesitamos de la naturaleza para vivir y ésta necesita también de los seres humanos. [...]*” (Idem, p. 192)

Por este motivo, é possível se pensar hoje em uma dimensão mais avançada da dignidade da pessoa humana, como centro do pensamento jurídico, mas com a incidência do princípio da solidariedade (art. 3º, III, da CF), a invocar a necessidade de um bem-estar ambiental, que vai além do ser humano, sofrendo um processo de reconstrução, oriundo de seu próprio marco axiológico, cuja normatividade, nas palavras de Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer, impõe “uma tentativa de diálogo normativo entre a realização dos direitos sociais e a proteção ambiental, na condição de projetos inacabados da modernidade, já que apenas os direitos liberais alcançam – em certa medida – um nível maior de realização”⁴⁵. Supera-se, assim, o mero intuito de bem-estar social, porquanto se torna indispensável a realização da vida em plenitude, na concretização de uma vida digna, saudável e segura⁴⁶, que alcance não somente a dimensão material de coexistência, mas também uma dimensão espiritual de cooperação entre todos os seres vivos, sendo o dever de cooperação a grande meta a se incorporar tanto nas relações intersubjetivas quanto no âmbito de relações institucionais.

⁴⁵ Segundo estes autores, o “princípio da solidariedade aparece, nesse cenário, como mais uma tentativa histórica de realizar na integralidade o projeto da modernidade, concluindo o ciclo dos três princípios revolucionários. A solidariedade expressa a necessidade (e, na forma jurídica, o dever) fundamental de coexistência (e cooperação) do ser humano em um corpo social, formatando a teia de relações intersubjetivas e sociais que se traçam no espaço da comunidade estatal. Só que aqui, para além de uma obrigação ou dever unicamente moral de solidariedade, há que se trazer para o plano jurídico-normativo tal compreensão. Na perspectiva ecológica, a solidariedade – e os deveres a ela inerentes – projeta-se também em face dos habitantes de outras nações, das futuras gerações e mesmo dos animais não humanos e da Natureza em geral, implicando um conjunto de deveres em matéria socioambiental” (SARLET, Ingo; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental*. São Paulo: RT, 2011. p. 45).

⁴⁶ “[...] A qualidade (e segurança) ambiental, com base em tais considerações passaria a figurar como elemento integrante do conteúdo normativo do princípio da dignidade da pessoa humana, sendo portanto fundamental ao desenvolvimento de todo o potencial humano num quadrante de completo *bem estar existencial*. [...] A consagração constitucional do Estado Socioambiental de Direito, por sua vez, guarda sintonia com a tese da indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos e fundamentais. As dimensões dos direitos humanos e fundamentais, na sua essência, materializam as diferentes refrações do princípio da dignidade da pessoa humana, pilar central da arquitetura constitucional contemporânea, *reclamando uma compreensão integrada, desde logo incompatível com um sistema de preferências no que diz com a prevalência, em tese, de determinados direitos em relação a outros*. O projeto político jurídico de realização dos direitos fundamentais sociais longe está de uma realização satisfatória, ainda mais considerando a privação – até mesmo na esfera de um patamar minimalista (também no tocante ao assim chamado mínimo existencial) – do acesso aos bens sociais básicos, em especial verificável no caso dos direitos à saúde, à educação, e à moradia. Assim, a orientação ora lançada no âmbito deste estudo introdutório, no sentido de uma tutela integrada dos direitos sociais e da proteção do ambiente, na perspectiva dos direitos fundamentais socioambientais para além da ideia de justiça social, erradicando as mazelas socioambientais que alijam parte significativa da população brasileira do desfrute de uma vida digna e saudável, em um ambiente equilibrado, seguro e hígido” (Idem, p. 45-46)

3 DANOS AMBIENTAIS TRANSFRONTEIRIÇOS E O DIREITO INTERNACIONAL AMBIENTAL, DA COEXISTÊNCIA À COOPERAÇÃO ENTRE OS ESTADOS

Na temática ambiental, para além da discussão da relativização dos dogmas do Estado moderno, principalmente no que se refere aos danos ambientais e as suas consequências, que, por vezes, se estendem para fora da jurisdição do próprio Estado, tem-se como evidente que o próprio bem jurídico nem sempre contém uma delimitação de sua própria extensão, e pode não se localizar em pontos delimitados da mesma jurisdição, sendo que eventuais consequências da agressão a bens ambientais podem vir a alcançar âmbitos *transfronteiriços*, ou seja, se estender além dos limites de determinado país e de seu território, podendo alcançar, inclusive, áreas pertencentes ao domínio público internacional (como o alto-mar, o espaço aéreo, o espaço extra-atmosférico, etc.). Isso porque os ecossistemas, nas palavras do ilustre Professor Vladimir Passos de Freitas, não conhecem fronteiras⁴⁷, e os danos ou as atividades poluidoras praticados em um determinado território, envolto por uma única soberania, podem invariavelmente vir a afetar bens ambientais situados em outros territórios, afetados por outra soberania, ou mesmo afetar áreas pertencentes ao domínio público internacional, daí ocorrendo um problema de ordem internacional, porque não podem os Estados igualmente soberanos irromperem uns aos outros os seus próprios postulados de responsabilidade pela recuperação ou compensação dos danos causados em territórios cuja jurisdição não lhes pertencem. O direito internacional do meio ambiente se preocupa com estas questões⁴⁸.

⁴⁷ FREITAS, Vladimir Passos de. *A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 42. Nesse sentido também Valerio Mazzuoli, o qual leciona que foi após a segunda metade do século XX que “as questões ligadas à proteção da natureza tornaram-se visíveis no cenário internacional, notadamente em razão da constatação de que o meio ambiente, ao contrário do que ocorre com os Estados, não se separa por fronteiras” (MAZZUOLI. Valerio. *Curso de direitos internacional público*. 6. ed., p. 991).

⁴⁸ Vladimir Passos de Freitas acentua, ainda, os inúmeros problemas ambientais além fronteiras: “Um dos problemas mais comuns envolvendo dois ou mais países é o das chuvas ácidas. Como ensina António Carvalho Martins, ‘trata-se de um fenômeno através do qual as poluições gasosas decorrentes da combustão do *fuel*, e especialmente providas dos escapes dos automóveis, se combinam com a chuva ou com partículas para gerar as chuvas ou os depósitos ácidos. Os efeitos se fazem sentir drasticamente, *v.g.*, na acidificação dos lagos das zonas nórdicas (USA, Canadá, Escandinávia), no desaparecimento de florestas, através de mecanismos e de causalidades ainda não inteiramente conhecidos’ [...] O problema da chuva ácida é apenas um exemplo. Há muitos outros. A camada de ozônio é um deles. A poluição do ar. O desmatamento de uma região a refletir em outra. O problema da pesca que, praticada desordenadamente em um país, poderá afetar o vizinho, principalmente quando em águas comuns. A poluição dos rios, principalmente os que percorrem mais de um país.

Assume aqui o princípio da solidariedade novamente grande relevância, porquanto outorga a normatividade necessária, na lição de Paulo Henrique Gonçalves Portela, para entender que não existem fronteiras para o dano ambiental, impondo aos Estados a cooperação nesse campo, associando-se a ele, na lição do autor, o

princípio da responsabilidade comum, porém diferenciada, pela qual todos os Estados deverão contribuir para a proteção e melhoria do meio ambiente no mundo, mas na proporção de suas responsabilidades na degradação ambiental e dos meios de que dispõe para combater os problemas ambientais.⁴⁹

O direito internacional do meio ambiente, na lição de Augusto do Amaral Dergint, se desenvolve assim, de um direito de coexistência para um direito de cooperação, na utilização do meio ambiente e dos recursos naturais, e a principal característica da obrigação procedimental de cooperação é justamente “a inclusão de interesses de proteção ambiental em todas as esferas da política econômica e de desenvolvimento”⁵⁰. E é aí realmente que se pode pensar em uma relativização dos elementos estruturais do Estado moderno; a soberania queda, por exemplo, relativizada⁵¹, porque sem embargo de se sustentar que a necessidade de cooperação surge das obrigações adstritas ao reconhecimento da necessidade de preservação ambiental, como complemento do próprio direito interno, o certo é que a necessidade de observação da cooperação internacional

Em suma, a natureza não conhece fronteiras e o interesse já não é deste ou daquele país, mas de todos” (FREITAS, Vladimir Passos de. *A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 42).

⁴⁹ PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito internacional público e privado*. 5. ed. JusPodivm, 2013. p. 443.

⁵⁰ DERGINT, Augusto do Amaral. Utilização de recursos hídricos e responsabilidade internacional por danos transfronteiriços. *Revista do Instituto dos Advogados*, n. 36, p. 186, set. 2008.

⁵¹ Marcelo Pupe Braga, sobre o direito internacional ambiental, assenta que “a soberania estatal é muito mais limitada em matéria ambiental, porque, embora os Estados possam explorar os seus recursos naturais, devem assegurar-se de que tais atividades não prejudiquem os demais; os atores não-estatais (sobretudo as organizações não-governamentais) desempenham no Direito Internacional Ambiental papel significativamente mais relevante que no Direito Internacional Público clássico; o princípio da igualdade soberana é mitigado pelo Direito Internacional Ambiental, uma vez que igualdade soberana dos Estados não representa uma uniformidade de obrigações, nomeadamente pelo reconhecimento do princípio das responsabilidades comuns, mas diferenciadas; e, cientes de que a poluição efetivamente não conhece fronteiras, constata-se uma obrigação de cooperar mais permanente e acentuada dos Estados em questões ambientais” (BRAGA, Marcelo Pupe. *Direito internacional*. Método, 2009. p. 319).

é imposta pela normativa internacional e pelos costumes que ostentam grande relevância para a matéria, de modo que, para além da relativização ou não do conceito, o fato é que existe a obrigação por parte dos Estados em cooperar, independentemente da sua opção pelo exercício da soberania, que não pode vilipendiar bens a eles não pertencentes exclusivamente (retratados como direitos difusos não individualizáveis).

Veja-se que isto não quer dizer que a competência prioritária para cuidar da preservação ambiental não seja do Estado no qual se localiza o bem ambiental, pois dentro de seu território as obrigações procedimentais da cooperação⁵² (decorrente da cláusula geral da boa-fé objetiva, na sua vertente do *due diligence*) impõem ao Estado despender os recursos e as providências necessários⁵³, no sentido de que não sejam nem pelo Poder Público nem por particulares afetados ou vilipendiados estes bens de caráter transindividuais. Mas isto também não quer dizer que se possa estabelecer fronteiras ao bem ambiental, porquanto a sua territorialidade, se é que se pode assim denominar, é assimétrica, ou seja, as consequências de sua lesão não podem ser previamente delimitadas territorialmente, daí porque a necessidade que se tem de estudar o direito internacional do meio ambiente.

As duas principais contribuições do direito internacional do meio ambiente para a matéria se retiram das intenções firmadas inicialmente pela Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano (Conferência de Estocolmo de 1972)⁵⁴, que, segundo Paulo Henrique Gonçalves Portela, foi “a primeira

⁵² Dá para se pensar a própria *cooperação* como uma cláusula geral, a qual na sua dimensão operativa, reenvia o intérprete para elementos situados por vezes fora do sistema, e mediante a atividade de integração valorativa, reinsere pela fonte doutrinária ou jurisprudencial novas obrigações anexas ou laterais decorrentes da cooperação, como no caso, as obrigações procedimentais do “intercâmbio de informações, de alerta imediato, de informação prévia sobre atividades planejadas que podem ter efeitos danosos transfronteiriços para o meio ambiente – o que pressupõe a avaliação prévia de impacto ambiental em um contexto transfronteiriço –, bem como consultas e negociações a elas relacionadas (DERGINT, Augusto do Amaral. Utilização de recursos hídricos e responsabilidade internacional por danos transfronteiriços. *Revista do Instituto dos Advogados*, n. 36, p. 198, set. 2008).

⁵³ Há esse respeito há um princípio desdobramento da boa-fé objetiva e da cooperação, que se denominou “utilização da melhor tecnologia disponível (*best available technology* – BAT), de acordo com a qual degradações novas e adicionais do meio ambiente devem ser amplamente reduzidas conforme o estado da técnica disponível e economicamente razoável, independentemente de elas poderem causar ou não danos ambientais transfronteiriços de natureza grave” (Idem, p. 193).

⁵⁴ “A Conferência de Estocolmo, em 1972, foi o grande divisor de águas. Contendo 26 princípios, ela veio acompanhada de um plano de ação composto de 109 resoluções. Passaram as nações a compreender que nenhum esforço, isoladamente, seria capaz de solucionar os problemas ambientais do Planeta. O conceituado doutrinador francês Alexandre Kiss assim se pronunciou: ‘Nenhum país, nenhum

reunião internacional dedicada a adotar medidas de escopo global, relativas ao avanço dos impactos negativos da atividade humana no meio ambiente". As diretrizes criadas naquele momento foram, posteriormente, aprimoradas pela Declaração do Rio de Janeiro de 1992, intitulada como Eco-92, ou Rio-92, que, segundo o mesmo autor, logrou por melhorar "as condições para um amplo esforço de cooperação internacional em todas as áreas, em decorrência do fim da Guerra Fria"⁵⁵.

A Conferência de Estocolmo, notadamente um dos mais conhecidos eventos internacionais do meio ambiente, realizada no ano de 1972, trouxe uma das primeiras regulamentações acerca da matéria, tendo positivado o Princípio nº 21, que se posiciona sobre a questão da soberania, e o Princípio nº 24⁵⁶, que aborda a questão da cooperação, ambos posteriormente reafirmados pelos Princípios nºs 2 e 7, ambos da Declaração do Rio de Janeiro.

O Princípio nº 21 da Declaração de Estocolmo afirma que,

de acordo com a Carta das Nações Unidas e com os princípios do direito internacional, os Estados têm o direito soberano de explorar seus próprios recursos, de acordo com a sua política ambiental, desde que as atividades levadas a efeito, dentro da jurisdição ou sob seu controle, não prejudiquem o meio ambiente de outros Estados ou de zonas situadas fora de toda a jurisdição nacional.

continente no mundo é capaz de resolver sozinho o problema da camada de ozônio, da alteração do clima global ou do empobrecimento dos nossos recursos genéticos. É doravante indispensável a cooperação da Terra inteira'. Ora, a terra compreende também e sobretudo as populações que vivem nos países não industrializados, as quais são pobres e querem desenvolver-se. Assim, o problema do desenvolvimento nas suas relações com o ambiente pôs-se em toda a sua amplitude e de modo definitivo" (FREITAS, Vladimir Passos de. *A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 41).

⁵⁵ PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito internacional público e privado*. 5. ed. JusPodivm, 2013. p. 444-445.

⁵⁶ Este princípio dispõem que "as questões internacionais relacionadas à proteção e melhoria do meio ambiente devem ser abordadas em um espírito de cooperação por todos os países, em pé de igualdade. Uma cooperação pela via de acordos multilaterais ou bilaterais ou por outros meios apropriados é indispensável para limitar eficazmente, prevenir, reduzir e eliminar os atentados ao meio ambiente resultante de atividades exercidas em todos os domínios, e isto no respeito da soberania e dos interesses de todos os Estados" (MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito dos cursos de água internacionais*, p. 53, citando, Brasil, Declaração sobre o Ambiente Humano, Assembleia-Geral das Nações Unidas, reunida em Estocolmo, de 5 a 16.06.1972, Ministério do Interior, Secretaria Especial do Meio Ambiente, Brasília, jun. 1982.

O que corresponde a dizer, na lição de Paulo Affonso Leme Machado, que os Estados têm uma liberdade *apenas relativa* ou uma *liberdade controlada* para a exploração de seus recursos naturais, pois a própria soberania estatal cria, para os Estados, obrigações que são corolário de seus próprios direitos⁵⁷, ou seja, os Estados tem a obrigação de diligenciar pela exploração adequada e coerente com o meio ambiente de seus recursos naturais, podem livremente explorar as suas reservas naturais, desde que se obedeça à convicção comum de que o meio ambiente e a regeneração de seus ciclos vitais devam ser preservados por se tratarem de interesses difusos não pertencentes apenas ao Estado situante, mas também a todos os habitantes do planeta e inclusive às futuras gerações.

Mais tarde, a Declaração de Estocolmo viria a ser aprimorada ainda mais pela Declaração do Rio de Janeiro, em 1992, alcançando já naquele momento a afirmação por consenso mútuo das nações unidas da necessidade de se recomendar que as atividades internas dos Estados ou de seus particulares não prejudiquem o meio ambiente de outros Estados, nem tampouco o das áreas de domínio público internacional (como o alto-mar, o espaço aéreo e o espaço extra-atmosférico), assim como os Princípios nºs 2⁵⁸, 7⁵⁹ e 13 da Declaração do Rio de Janeiro de 1992⁶⁰.

Desse modo, as obrigações oriundas dos usos e costumes internacionais, notadamente pela imposição do dever de cooperação, suscitam dúvidas que não raro acabam por questionar a noção de soberania que se criou no século XIX. Veja-se que, segundo Paulo Affonso Leme Machado, citando Michael Bothe,

⁵⁷ Cf. MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 14. ed. Malheiros, p. 1029.

⁵⁸ “Os Estados, de acordo com a Carta das Nações Unidas e com os princípios do direito internacional, têm o direito soberano de explorar seus próprios recursos segundo suas próprias políticas de meio ambiente e de desenvolvimento, e a responsabilidade de assegurar que atividades sob sua jurisdição ou seu controle não causem danos ao meio ambiente de outros Estados ou de áreas além dos limites da jurisdição nacional.”

⁵⁹ “Os Estados devem cooperar com o espírito de solidariedade mundial para conservar, proteger e restabelecer a saúde e a integridade do ecossistema terrestre. Tendo em vista a diversidade dos papéis desempenhados na degradação do meio ambiente mundial, os Estados têm responsabilidades comuns, porém diferenciadas. Os países desenvolvidos reconhecem a responsabilidade que lhes cabe na busca internacional do desenvolvimento sustentável, tendo em vista as pressões exercidas por suas sociedades sobre o meio ambiente global e as tecnologias e recursos financeiros que controlam.”

⁶⁰ Este princípio também estabelece o dever dos países de “[...] cooperar de forma expedita e determinada para o desenvolvimento de normas de direito internacional ambiental relativas a responsabilidade e reparação por efeitos adversos de danos ambientais causados, em áreas fora de sua jurisdição, por atividades dentro de sua jurisdição ou sob o seu controle”.

na Declaração de Rio, contrariamente ao texto de 1972, a obrigação de cooperação não está submetida à reserva da soberania. A disposição fala de ecossistema terrestre e isto implica o caráter único do sistema, fórmula que contrasta com a divisão da terra em Estados territoriais. [...] A obrigação de cooperação constitui, em certo sentido, uma limitação da soberania territorial.⁶¹

Ainda segundo Paulo Henrique Gonçalves Portela, entre os resultados da Conferência do Rio-92 e das negociações que a precederam, foi tanto um programa internacional de ação quanto um tema ambiental, denominado de Agenda 21, quanto dois outros tratados muito importantes para a matéria, a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança de Clima e a Convenção sobre a Diversidade Biológica, ambas tendo contribuído para que o direito ao meio ambiente equilibrado fosse incluído entre o rol de direitos humanos⁶². Vladimir Passos de Freitas acentua que “a conscientização chegou a um ponto em que o direito a um meio ambiente sadio é considerado [...] um direito humano fundamental: todos os seres humanos têm direito a um ambiente adequado para sua vida, desenvolvimento e bem-estar”⁶³.

Deste modo, e por esta razão, os Estados assumem como deles as causas e responsabilidades atinentes aos particulares, passando a fazer em nome próprio as reivindicações necessárias à proteção da questão ambiental transfronteiriça, porquanto, segundo Valério Mazzuoli, “nenhum Estado tem o direito de usar ou de permitir o uso de seu território de tal modo que cause dano em razão do lançamento de emanções no ou até o território do outro”⁶⁴.

⁶¹ Segundo Paulo Affonso Leme Machado, agora citando Mario Flores, em opinião a respeito da soberania e do meio ambiente: “‘É hora de conciliar interesses apoiados na soberania clássica com a saúde ambiental e o uso racional dos recursos do Planeta unitário’. Continua o respeitado autor ambientalista, ‘[...] não se trata de questionar o exercício rotineiro da soberania, mas de criar, por consenso, metas de interesse global exigentes de condutas nacionais sensatas, cujas operacionalidade responsável caberia integralmente às soberanias nacionais protegidas do *droit d’ingerence*’. Citando Charles Rousseau, afirma se é oportuno invocar, mesmo por um simples epíteto, o conceito de soberania em um domínio onde o Estado não é senão muito levado a salientar o caráter discricionário de sua ação – ou de sua abstenção” (MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito dos cursos de água internacionais*, p. 54-5).

⁶² PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito internacional público e privado*. 5. ed. JusPodivm, 2013. p. 445.

⁶³ FREITAS, Vladimir Passos de. *A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 42.

⁶⁴ MAZZUOLI, Valerio. *Curso de direitos internacional público*. 6. ed., p. 992.

Ora, e se um país, por intermédio de atividades poluidoras, inclusive praticadas por particulares, pode vir a causar danos em outro país, igualmente soberano, surge evidentemente um problema ambiental de âmbito transfronteiriço, entrando em cena o direito internacional do meio ambiente⁶⁵, o que pode vir a gerar, de modo bastante nítido, mas ainda de difícil interiorização pela ciência jurídica, uma inescandível relativização do princípio da soberania, sem falar da estrutura assimétrica e já relativizada da noção de territorialidade de um bem ambiental, que não conhece espaços estanques na sua perpetuação e manutenção de ciclos vitais.

E há inúmeros casos práticos que exemplificam os danos ambientais além fronteiras, e as dificuldades de enquadrá-los nas clássicas definições estruturantes do Direito, havendo conflito entre o exercício da soberania e a natureza jurídica *sui generis* dos bens ambientais. A Usina de Candiota, no Rio Grande do Sul, Brasil, que, pelas suas atividades poluentes reiteradas, ocasionou chuva ácida no Uruguai, gerou um problema entre as diplomacias destes países⁶⁶. Há também a Usina de Santo Antônio, em Rondônia, instalada sem sequer haver consulta à Bolívia, que viria a sofrer com igual intensidade os danos e problemas ambientais decorrentes de sua instalação. Contemporaneamente, a Usina de Belo Monte, no Rio Xingu (Pará), em que a Corte interamericana exige consulta prévia aos índios e também exige a elaboração de EIA/Rima, procedimentos ainda não realizados pelo Brasil. No caso clássico da Fundação Trail (Canadá x EUA, em 1924), resolvido por uma comissão arbitral, precursor de muitos outros problemas ambientais transfronteiriços, houve uma sentença arbitral declarando que nenhum país tem o direito a permitir o uso de seu território de modo a causar danos a outro Estado, pessoas e propriedades. O Canadá, neste caso, foi condenado a pagar uma indenização, tanto às vítimas do problema

⁶⁵ Lembre-se ademais que o direito internacional tem com sujeito tão somente um Estado, mas se sobressaem também o papel das organizações internacionais, tanto na formulação quanto no desenvolvimento do direito, como o PNUMA, a Unesco e a FAO.

⁶⁶ Vladimir Passos de Freitas exemplifica a temática do direito ambiental internacional com este caso, nos seguintes termos: “Aqui no nosso continente é possível dar um exemplo envolvendo o próprio Brasil. A usina de Candiota, situada no Estado do Rio Grande do Sul, produz energia elétrica a partir de carvão mineral do subsolo. Localizada a apenas 80 Km do Uruguai, a referida usina é acusada de causar chuva ácida na região nordeste do vizinho país. Tal fato gerou reportagem de uma página no jornal El Pais, de Montevidéu, em 23 de novembro de 1996, afirmando o Diretor Nacional do Meio Ambiente uruguaio, Carlos Serrentino, que, ‘se os problemas ambientais não se solucionarem, o Mercosul não será viável!’” (FREITAS, Vladimir Passos de. *A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 42).

ambiental quanto ao Estado americano, sendo o precursor do surgimento do direito ambiental internacional.

Há, ainda, o caso Gabčíkovo-Nagymaros, que envolveu a Hungria e a Eslováquia, em um tratado para a construção e a operação do Sistema de Barragens no Rio Danúbio (1977). O tratado foi descumprido pela Hungria em 1989, redundando na sua rescisão em 1993, tendo sido adotada uma solução provisória pela Eslováquia, que causou danos à água e à navegação. Levado o caso à corte internacional da ONU, decidiu-se por condenar ambas as partes a ressarcir os danos ocasionados ao meio ambiente, porquanto as duas partes cometeram atos ilícitos internacionais, tendo sido condenada a Hungria a cumprir o tratado e a pagar o preço que havia se comprometido pela obra.

Deste modo, pode-se atestar, nos termos do Princípio nº 21 da Declaração de Estocolmo, que o Estado tem o direito soberano de explorar recursos naturais situados em seu território, mas tem do mesmo modo a responsabilidade de assegurar que as atividades ocorridas não prejudiquem outros países. É dizer, permite-se por óbvio a

exploração de dos recursos que se encontrem em seu território ou em outras áreas sob sua jurisdição ou controle, de acordo com a respectiva política ambiental, desde que essa exploração não prejudique o meio ambiente de outros Estados ou de áreas que não estão sob a soberania de nenhum Estado, como o alto mar, e o espaço aéreo internacional.⁶⁷

Nesse sentido, o Princípio nº 13 da Declaração de Estocolmo dita que os Estados deverão elaborar legislação nacional relativa à responsabilidade civil e à compensação das vítimas da poluição e de outros prejuízos ambientais; deverão também cooperar de um modo expedito e mais determinado na elaboração de legislação internacional adicional relativa à responsabilidade civil e compensação por efeitos adversos causados por danos ambientais em áreas fora da sua área de jurisdição e causados por atividades levadas a efeito dentro da área da sua jurisdição de controle.

No que concerne à utilização e regulação das águas internacionais, surge problemas de ordem prática, onde se sobressaem de modo significativo os princípios da cooperação entre os Estados, e da utilização equitativa deste

⁶⁷ PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito internacional público*. 5. ed. JusPodivm, 2013. p. 446-447.

recurso natural, porquanto é de senso comum a notória importância das águas internacionais, que se trata de um bem comum, de domínio coletivo (de todos), e, portanto, na lição de Paulo Affonso Leme Machado,

no momento do uso da água ou de um curso de água internacional o país pratica um ato de soberania limitada, devendo agir com a consciência de que a água é comum e que, o uso não pode ser nocivo à própria água, como não pode esgotá-la ou poluí-la de forma a prejudicar o outro país comunheiro.⁶⁸

No Brasil, segundo o art. 1º da Lei nº 9.433/1997, a água é de domínio público (inciso I)⁶⁹, não no sentido de ser “propriedade” de pessoa jurídica de direito público, mas de ser de uso coletivo, do Poder Público e da comunidade, ninguém podendo monopolizar a sua fruição, tal como um recurso natural limitado e dotado de valor econômico (inciso II), cuja gestão deve proporcionar “uso múltiplo das águas” (inciso IV), ou seja, uso comum, coletivo, afirmando ainda a lei que, em situações de escassez, o uso prioritário dos recursos hídricos é o consumo humano e a dessedentação de animais (inciso III); sendo, ademais, conceituado que uma bacia hidrográfica é “a unidade territorial para implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e atuação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos” (inciso V), assentando-se, ainda, que “a gestão dos recursos hídricos deve ser descentralizada e contar com a participação do Poder Público, dos usuários e das comunidades” (inciso V).

No plano internacional, a Convenção sobre a Proteção e Utilização dos Cursos de Águas Transfronteiriços e Lagos Internacionais, de 1992, conhecida como Convenção de Helsínquia, estabeleceu princípios e diretrizes direcionados aos rios que, além de seu potencial de navegação, servem para delimitar territórios, ou seja, usados como fronteira natural de países. Referida convenção veio a ser completada pelo Protocolo de Londres, de 1999, sobre a água e a saúde, e pela Convenção das Nações Unidas sobre a Utilização dos Cursos de Água Internacional para Fins Diferentes da Navegação, de 1997⁷⁰.

⁶⁸ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito dos cursos de água internacionais*, p. 72.

⁶⁹ Entenda-se que não se trata do domínio comum, aquele lançado pela noção clássica de propriedade, em que o detentor por usar e abusar de sua propriedade sem qualquer satisfação ao coletivo, mas por mais de uma noção mais elaborada adstrita à noção de solidariedade intergeracional, e que não pode ser agredido de modo a prejudicar terceiros e as futuras gerações.

⁷⁰ BRAGA, Marcelo Pupe. *Direito internacional*. Método, 2009. p. 336.

Desses instrumentos se extrai algumas normativas de relevo, como, por exemplo, o princípio da *utilização equitativa*, que é deveras importante na questão da utilização das águas internacionais e impõe que não haja uso desarrazoado do bem ambiental. Relaciona-se com a gestão transfronteiriça das águas e delibera sobre as boas relações de vizinhança e de cooperação entre países que partilham cursos de água. Contudo, apenas enuncia princípios gerais a se aplicar em tratados entre países ribeirinhos, como a obrigação de prevenir, combater e reduzir a poluição das águas suscetíveis de produzir efeitos nefastos em outros países. Deixa claro que “as partes devem tomar todas as medidas apropriadas para prevenir, controlar e reduzir todo e qualquer impacto transfronteiriço”, consoante o seu artigo segundo.

O princípio da utilização equitativa é deveras relevante para a definição de alguns pressupostos quando se está em jogo algum dano ambiental transfronteiriço. A Convenção das Nações Unidas sobre a Utilização dos Cursos de Água Internacional para Fins Diferentes da Navegação, de 1997⁷¹, dispõe, em seu artigo quinto, sobre a participação e utilização equitativa e razoável dos recursos hídricos, impondo o dever aos

Estados ribeirinhos, nos seus respectivos territórios, de utilizar um curso de água internacional de forma equitativa e razoável. Um curso de água será, em especial, utilizado e desenvolvido por Estados ribeirinhos com vista à obtenção da sua utilização otimizada e sustentável e dos benefícios daí resultantes, tendo em conta os interesses dos Estados ribeirinhos interessados, compatíveis com uma proteção adequada do curso de água.

Ainda se refere este dispositivo que

os Estados ribeirinhos devem participar na utilização, desenvolvimento e proteção de um curso de água internacional, de forma equitativa e razoável. Tal

⁷¹ A convenção-quadro sobre o direito relativo às utilizações de cursos de água internacionais para outros fins que não a navegação, de 1997, ou Convenção de Nova York, é uma convenção quadro que apenas enuncia princípios e regras gerais e deixa às partes a escolha para os meios de implantação. A Convenção de Nova York, portanto, aplica-se aos usos de cursos de água (superficiais e subterrâneas) internacionais, às respectivas águas para fins não navegacionais e às medidas de proteção, conservação e gestão associadas aos usos nesses cursos de água e suas águas, alicerçada nos princípios do desenvolvimento sustentável e recomendações emanados na Declaração do Rio 92 e Agenda 21.

participação inclui tanto o direito de utilização do curso de água como o dever de cooperação na sua proteção e desenvolvimento, conforme previsto na presente Convenção.⁷²

Este artigo, portanto, da Convenção de Nova York, de 1997, determina o uso equitativo e razoável das águas, sendo relevante destacar também o artigo sétimo desta Convenção das Nações Unidas sobre a Utilização dos Cursos de Água Internacional para Fins Diferentes da Navegação, que dispõe a obrigação do Estado em não causar danos significativos a um Estado, porquanto que, mesmo se podendo fazer um uso legítimo de um curso de água no seu território, ainda poderá sobrevir impactos negativos em outros, de modo a ser o Estado responsável mesmo se ocorrer o uso legítimo, mas causador do impacto negativo em outro Estado. Perceba-se que referidas ordenações são reflexos dos princípios gerais da prevenção do dano transfronteiriço, em que nenhum Estado pode praticar, incentivar ou tolerar atividades em seu território – ou área sob sua jurisdição ou seu controle –, que possam causar danos graves ao meio ambiente de outro Estado ou de área fora de jurisdição nacional; e também do princípio geral da precaução do dano transfronteiriço, que procura evitar atividades mesmo que não haja prova conclusiva da viabilidade de dano, mas apenas suposições de danos graves e irreversíveis. E o da necessidade de se utilizar da melhor tecnologia, no sentido de que as degradações atuais e novas devem ser reduzidas com a técnica disponível.

Há ainda os princípios da não discriminação dos interesses estrangeiros, devendo haver um padrão internacional mínimo para a proteção dos interesses relevantes como os recursos hídricos, com a ausência de distinção entre danos nacionais e transfronteiriços; e também da proteção ambiental em conflitos armados, que não permite ocorrer, por exemplo, o envenenamento de águas de países conflitantes por seus rivais em conflitos armados, sob pena de configurar ilícito internacional. Pensa-se, ainda, na possibilidade da intervenção ecológica, que é quando houver exposição a um risco ambiental grave, podendo haver nesta hipótese a intervenção para a salvaguarda do recurso ambiental. É similar à intervenção humanitária, mas em relação ao meio ambiente. Relevante também o princípio da utilização equitativa, que já se tratou, notadamente, porque diz respeito aos direitos de utilização justa e equilibrada dos recursos hídricos, de modo a atender satisfatoriamente a ambos os Estados que repartem fronteiras

⁷² MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito dos cursos de água internacionais*, p. 87.

com os rios internacionais, devendo, então, levar em conta, na utilização de recursos hídricos, as necessidades humanas, a proteção ecossistemas e a necessidade de se salvaguardar uma sustentabilidade.

Lembre-se, por fim, das obrigações procedimentais da cooperação, derivadas do princípio da boa-fé objetiva, que inclui, entre outros, o dever de intercâmbio de informações, de alerta imediato em caso de risco ao bem ambiental hídrico, da informação prévia sobre atividade planejada que pode ter efeitos danosos transfronteiriços para o meio ambiente, exigindo-se sempre o EIA-Rima realizado em um contexto transfronteiriço, juntamente com o dever, aqui já mencionado, da devida diligência, que procura impedir o cometimento de atos danosos por particulares, encarregando-se de punir os casos que se cometam.

Perceba-se, portanto, que o direito ambiental internacional é um ramo bastante amplo do direito e que praticamente conferiu as bases de sustentação para a proteção do meio ambiente, inclusive no desenvolvimento legislativo interno da proteção dos bens ambientais de natureza diferenciada, merecendo relevo a necessidade de proceduralizar os esforços de combate e reparo de danos ambientais transfronteiriços, que, como dito, podem redundar em relativização dos conceitos clássicos da institucionalidade estatal e do próprio Direito, como a noção de propriedade, havendo de se pensar as obrigações procedimentais da cooperação como reflexo do princípio da solidariedade, alcançando novos paradigmas para a ciência jurídica contemporânea, chegando-se a se pensar na relativização de conceitos estruturantes do Direito, como a soberania, dentro de uma concepção de evolução normativa, conceitos que vêm sofrendo uma mutação ou evolução no seu conteúdo, no intuito de agregar a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana e, por consequência, as novas compreensões a respeito dos elementos estruturantes do conceito de Estado moderno. Fala-se, portanto, que o direito ambiental internacional evoluiu de um direito baseado na coexistência para um direito ancorado na cooperação, exsurgindo daí a relativização de conceitos anteriormente estanques elaborados no racionalismo jurídico, havendo de se interpretar o direito hoje com base na evolução ou mutação normativa de seus conceitos estruturais.

CONCLUSÃO

Intentou-se identificar neste texto a natureza do bem jurídico ambiental, como um direito difuso não individualizável, que pode ser compreendido principalmente quando defrontado com os problemas ambientais transfron-

teiriços, como um bem que, na sua proteção e implementação, ou seja, na sua incorporação ao sistema jurídico, é capaz de relativizar alguns dos elementos estruturantes do conceito clássico de Estado moderno, notadamente porque desenhado nos signos do racionalismo jurídico do século XIX, onde o paradigma científico era efetivamente outro, mais ligado à imagem fiscalista e antropocêntrica do mundo, do que à preocupação com o meio ambiente.

Atualmente, as principais elaborações teóricas para a regulação dos problemas ambientais transfronteiriços são capazes de, efetivamente, ainda que de difícil incorporação pelo sistema jurídico, relativizar os dogmas criados no racionalismo jurídico do Estado moderno de direito, principalmente quando se têm convenções internacionais que estabelecem obrigações procedimentais de cooperação para a resolução de conflitos ambientais internacionais, podendo-se concluir que a instrumentalização da proteção destes novos bens jurídicos impõe uma releitura da própria racionalidade que inspirou a construção do Direito, almejando reenquadrar a natureza e a sua proteção em uma nova racionalidade capaz de autointegrar-se coerentemente com estes valores primordiais e essenciais para a vida humana, notadamente no seu princípio unificador, que é a dignidade da pessoa humana que merece uma releitura, devendo ditos conceitos ser reinterpretados ou reestruturados normativamente, sob pena de se perderem os seus delineamentos e, principalmente, a sua força normativa.

REFERÊNCIAS

BENJAMIN, Antônio Herman V. Introdução ao Direito Ambiental brasileiro. *Revista de Direito Ambiental*, v. 14, p. 48, 1999, ou *Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental*, v. 1, p. 41, mar. 2011 (DTR\1999\176).

BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa: Por um Direito Constitucional de luta e resistência. Por uma nova hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade*. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Teoria do Estado*. 7. ed. São Paulo: Malheiros. 2008.

BRAGA, Marcelo Pupe. *Direito internacional. Método*, 2009.

CALASANS, Jorge Thierry. A água como patrimônio cultural. *Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico*, Porto Alegre: Magister, v. 1, bimestral, ago./set. 2005; v. 45, dez./jan. 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CAVEDON, Ricardo. *Teoria geral dos direitos coletivos: releitura da racionalidade dos direitos fundamentais de terceira geração*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2015.

DERGINT, Augusto do Amaral. Utilização de recursos hídricos e responsabilidade internacional por danos transfronteiriços. *Revista do Instituto dos Advogados*, n. 36, set. 2008.

FOSTER, John Bellamy. *O conceito de natureza em Marx: materialismo e natureza*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

FREITAS, Vladimir Passos de. *A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

HARDING, Stephan. *Terra viva: Ciência, intuição e a evolução de Gaia - Para uma nova compreensão da vida em nosso planeta*. Trad. Mário Molina. São Paulo: Cultrix, 2008.

HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica européia: síntese de um milênio*. Fundação Boiteux, 2005.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 14. ed. Malheiros, 2006.

_____. *Direito dos cursos de água internacionais*. Elaboração da Convenção sobre o Direito Relativo à Utilização dos Cursos de Água Internacionais para fins diversos dos de Navegação - Nações Unidas/1997. Malheiros, 2009.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Tutela dos interesses difusos e coletivos*. 4. ed. Damásio de Jesus, Martins Fontes, 1999.

MAZZUOLI, Valério. *Curso de Direito internacional Público*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito internacional público e privado*. 5. ed. JusPodivm, 2013.

SANTAMARIA, Ramiro Ávila. *La naturaleza con derechos*. De la filosofía a la política, p. 173-238. Quito, Ecuador: Ediciones Abya-Yala, 2011.

SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. Rio de Janeiro: Bestbolso, 2011.

SARLET, Ingo; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental*. São Paulo: RT, 2011.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. *Liberdades e outros direitos: ensaios socioambientais*. Curitiba: Letra da Lei, 2011.

VELLUZI, Vito. *Le Clausole Generali*. Semantica e Política del Diritto. Quadernidi Filosofia Analitica del Diritto. Milano: Giuffrè Editore, v. 12, 2010.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 3. ed. Trad. A. M. Botelho Hespanha, do original intitulado *Privatrechtsgeschichte Der Neuzeit Unter Besonderer Berücksichtigung Der Deutschen Entwicklung* (2. ed.). Revista Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen. Lisboa, Fundação Calouste Gui Benkian, 1967.

Submissão em: 25.07.2015

Avaliado em: 13.08.2015 (Avaliador A)

Avaliado em: 14.02.2016 (Avaliador B)

Avaliado em: 07.06.2016 (Avaliador C)

Aceito em: 12.07.2016

A TEORIA DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS COMO APORTE TEÓRICO PARA A FORMULAÇÃO E A AVALIAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

JOHN RAWLS'S THEORY OF JUSTICE AS THEORETICAL BASIS FOR FORMULATION AND EVALUATION OF PUBLIC POLICIES

Robison Tramontina¹

Doutor em Filosofia – PUCRS

Anny Marie Santos Parreira²

Mestre em Direito – Unoesc

ÁREA(S) DO DIREITO: políticas públicas.

RESUMO: O presente trabalho é um estudo propedêutico sobre a possibilidade da teoria da justiça de John Rawls servir como aporte teórico na formulação e avaliação de políticas públicas. Para tanto, busca-se estudar: quais são as bases de construção da justiça social e qual o papel das políticas públicas nessa tarefa. A tese central é que, para além das críticas recebidas, a teoria da justiça de John Rawls fornece uma base lógica apropriada para se

pensar e discutir o tema políticas públicas e justiça social.

PALAVRAS-CHAVE: teoria da justiça; justiça social; políticas públicas.

ABSTRACT: *This paper is a propaedeutical study on the possibility of John Rawls' theory of justice as the theoretical formulation and evaluation of public policies. Therefore, it's seeks to study: what are the bases of the social justice's construction; and what is the role of public policy in this task. The central thesis is that, in addition to some criticism, John Rawls' theory of justice provides an*

¹ Mestre em Filosofia pela PUCRS. Professor do Programa de Mestrado em Direitos Fundamentais pela Unoesc. Professor de Filosofia do Direito e Argumentação Jurídica pela Unoesc/SMO/SC. E-mail: robison.tramontina@unoesc.edu.br. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/5066201986998249>.

² Especialista em Direito Público pela FMP/RS. Graduada em Direito pelas Faculdades Cathedral/RR. E-mail: annymarieps@gmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/3551509726902204>.

appropriate rationale bases to think about and discuss the public policies issues and social justice.

KEYWORDS: *theory of justice; social justice; public policies.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A concepção de justiça em John Rawls: conceitos centrais; 2 Políticas Públicas: apontamentos gerais; 3 Justiça e políticas públicas: uma abordagem rawlsiana; Considerações finais; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 John Rawls' conception of justice: central concepts; 2 Public Policies: notes; 3 Justice and Public Policies: a Rawlsian approach; Final considerations; References.*

INTRODUÇÃO

O que torna uma sociedade justa? Como se edifica uma sociedade justa? Que medidas ou mecanismos são mais adequados para propor alternativas para eliminar ou atenuar as injustiças? Sem dúvida, questões complexas e que causam inquietações e disputas. Elas são interrogações recorrentes que tem encontrado ao longo do tempo diversas respostas.

Das diversas possibilidades de se tratar o tema da justiça social, tem-se aquela que aborda a questão a partir da perspectiva das políticas públicas. Ou seja, em boa medida a questão da justiça social pode ser lida, explicada e explicitada com referência àquela.

Contudo, não se pretende discutir como as políticas públicas podem auxiliar na promoção da justiça social ou mesmo que tipo de políticas públicas é necessário para realizar a justiça social. Aqui se pretende investigar se a “teoria da justiça” proposta por John Rawls pode ser utilizada como parâmetro para a formulação e a avaliação de políticas públicas.

Nesses termos, neste trabalho será apresentada a teoria da justiça de John Rawls, a qual sustenta que a justiça social guarda relação com a distribuição equitativa dos bens que impactam no sistema de liberdades e obrigações, bem como na repartição dos benefícios da cooperação social. Nesse sentido, podendo ser, dessa forma, um marco teórico fundamental para a formulação e avaliação de políticas públicas.

John Rawls (1921-2002) nasceu em Baltimore, no seio de uma tradicional família da Nova Inglaterra. É considerado como filósofo político de tradição

liberal. Teve sede acadêmica estabelecida em Princeton, Cornell e, por último, em Harvard, onde trabalhou até 2002, ano de sua morte. Sua obra prima – *Uma teoria da justiça*, de 1971 – foi escrita em um contexto marcado por grandes injustiças sociais, e, por tal motivo, ele estabelece a questão da justiça social como objeto propulsor da sua teoria. Rawls apresenta uma concepção de justiça própria – “a justiça como equidade” –, que busca acudir temas recorrentes em torno da problemática da justiça distributiva por ele denominada de justiça social. Assumindo como pano de fundo um ambiente democrático liberal, o autor busca especificar princípios de justiça que enfrente de forma razoável temas costumeiros, como: desigualdades sociais, distribuição de renda e liberdades básicas. Em *O liberalismo político*, de 1980, o autor oferece uma concepção de justiça que é política³. Partindo de alguns pressupostos considerados inerentes ao sistema democrático, ele busca especificar uma base compartilhada de valores que deve ser usada tanto para orientar a atuação das principais instituições sociais – “estrutura básica da sociedade” – quanto para avaliá-las⁴.

Para Vita⁵, a teoria da justiça de John Rawls é a tentativa, recente, mais importante de harmonização dos valores nucleares da tradição política ocidental, quais sejam, a liberdade, a igualdade, a solidariedade e as bases do autorrespeito. Ainda, segundo esse autor, para as teorias da justiça três são os tipos de bens considerados relevantes⁶: bens passíveis de distribuição (renda, riqueza, acesso a oportunidades e a “provisão de serviços”); bens que não podem ser distribuídos diretamente, mas são afetados pela distribuição dos primeiros (conhecimento, autorrespeito), e bens que não são afetados pela distribuição dos outros bens (capacidades físicas e mentais das pessoas). A teoria de Rawls, utilizando-se da ideia de bens primários⁷, abraça os dois primeiros tipos de bens.

³ A justiça como equidade não é a única concepção política de justiça existente, mas não é objetivo do estudo problematizar tal aspecto. Assim, o significado do que seja uma concepção política de justiça para Rawls será retomado mais adiante.

⁴ RAWLS, John. *O liberalismo político*. Brasília: Ática, 2000.

⁵ VITA, Álvaro de. *A justiça igualitária e seus críticos*. Tese de Doutorado, São Paulo, Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1998.

⁶ Vita anota que essa classificação é de Elster.

⁷ Para Rawls (2000, p. 121), os bens primários são aqueles bens que oferecem as condições sociais básicas e os meios necessários para as pessoas desenvolverem as suas capacidades morais e uma concepção de bem eficaz. Tais bens incluem direitos e liberdades básicas, liberdade de movimento e livre escolha da ocupação, poderes e prerrogativas de cargo e posições, renda e riqueza, e bases sociais do autorrespeito.

Em geral, teóricos filiados à tradição do contrato defendem a supremacia da liberdade civil em detrimento da liberdade natural, sob o argumento da incapacidade humana em gerenciar as suas relações sociais. Dessa visão emerge a noção de Estado e de sua justificação: agente capaz e necessário para ordenar a vida em sociedade. Reconhecendo-se tal papel regulatório, o presente trabalho busca estudar a figura do Estado, por meio de suas principais instituições, tentando demonstrar o seu papel na promoção da justiça social e a importância das políticas públicas para o sucesso de tal desiderato.

Para Rawls⁸, a estrutura básica da sociedade – principais instituições: políticas, sociais e econômicas – tem um papel decisivo na formação dos seres humanos, bem como na origem das desigualdades sociais. Dessa concepção decorre o seu esforço no desenho de uma justiça que satisfaça tanto as exigências da liberdade quanto da igualdade entre os indivíduos. Por tal motivo, o presente estudo adota a sua concepção de justiça como marco teórico. Busca-se, por meio desse autor, evidenciar alguns elementos filosóficos, políticos e jurídicos necessários para a compreensão razoável de questões prementes e recorrentes que orbitam o tema da (in)justiça social e políticas públicas.

Metodologicamente, trata-se de uma pesquisa bibliográfica que usa o método lógico indutivo e a técnica da leitura e interpretação de textos.

1 A CONCEPÇÃO DE JUSTIÇA EM JOHN RAWLS: CONCEITOS CENTRAIS⁹

Convicto de que a justiça social é praticada por meio de políticas institucionais, Rawls busca responder a duas questões: a) qual concepção de justiça é mais adequada para especificar, em uma sociedade democraticamente constitucional, os termos de uma cooperação social justa ao longo das gerações; b) em uma sociedade plural, quais são as bases da tolerância? Rawls anota que a resposta a tais perguntas repousa na existência de uma concepção política de justiça, fruto de um consenso sobreposto de doutrinas abrangentes e razoáveis, que regule tanto a estrutura básica da sociedade quanto às discussões sobre os elementos constitucionais essenciais e as questões de justiça básica¹⁰.

⁸ RAWLS, John. *O liberalismo político*. Brasília: Ática, 2000.

⁹ Serão destacados somente os conceitos rawlsianos julgados essências para esta investigação.

¹⁰ O que Rawls entende por elementos constitucionais essenciais e questões de justiça básica será retomado mais adiante.

Ocorre que, para Rawls¹¹, a cultura política de uma sociedade democrática tem como uma de suas principais características o pluralismo razoável (o fato do pluralismo): diversidade de doutrinas religiosas, filosóficas e morais. A coexistência plúrima de concepções e pontos de vista é resultado da existência de instituições livres. Esse ambiente é considerado o aspecto positivo do pluralismo. Mas, essa diversidade obsta a composição de uma base comum referente a temas públicos, políticos e jurídicos. Aqui, a falta de consenso pode ser considerada a consequência negativa do pluralismo. Partindo dessa constatação, Rawls procura estabelecer, por meio da sua concepção de justiça, termos equitativos de cooperação social e de tolerância que possam ser endossados pela pluralidade de doutrinas razoáveis.

Para alcançar uma base de acordo comum – “o consenso sobreposto” – em questões públicas fundamentais, Rawls engendra uma concepção de justiça que é política. Uma concepção política de justiça é entendida como uma concepção moral que se aplica à estrutura básica da sociedade, constituída como uma visão autossustentada, que tem o seu conteúdo expresso por meio de algumas ideias vistas como implícitas na cultura política pública de uma sociedade democrática. Uma concepção política de justiça é moral, na medida em que o seu conteúdo é determinado por normas que articulam valores políticos. Por exprimir valores políticos, apresenta-se como uma concepção moral¹². Foi concebida para ser aplicada apenas à estrutura básica da sociedade. Por conseguinte, a sua extensão limita-se ao âmbito político. Para Rawls, uma concepção política de justiça tem três características dominantes: a) ela especifica determinados direitos, liberdades e oportunidades (principalmente as que dizem respeito ao bem geral e a valores perfeccionistas); b) ela prioriza tais direitos; e c) oferece medidas que assegurem a todos os cidadãos os meios necessários para a prática efetiva desse conteúdo.

Sendo assim, a concepção de justiça política aparece como uma visão autossustentada por não decorrer ou não precisar pressupor ou fazer referência à outra concepção moral geral ou abrangente. Uma concepção moral é geral quando se aplica a todos os objetos de forma universal. É abrangente, por tratar de diversos aspectos da vida humana, indo desde o que é valioso para a vida humana até a indicação de quais condutas são adequadas. Distintamente, a

¹¹ RAWLS, John. *O liberalismo político*. Brasília: Ática, 2000.

¹² Evidente, aqui está sendo pressuposto um conceito específico de moral.

concepção política de justiça de Rawls aplica-se apenas à estrutura básica da sociedade e não se vincula a qualquer outra doutrina.

Importa destacar que Rawls não extrai ou deduz o conteúdo de sua concepção de justiça de qualquer procedimento lógico ou pressuposição metafísica. Ele a identifica no substrato de uma tradição política (democrática) gestada e constituída historicamente nas sociedades democráticas por meio das instituições políticas de um regime constitucional e suas interpretações, bem como por textos e documentos históricos. A cultura social (cultura de fundo) é a cultura da vida cotidiana, das igrejas, das universidades e dos sindicatos, entre outros. O que diferencia uma da outra é o fato de as ideias e de os princípios da cultura política serem acessíveis e compartilhados pelos cidadãos. Por exemplo: posso não aceitar e compartilhar ideias e princípios defendidos por uma determinada igreja ou sindicato, mas não posso dizer o mesmo em relação à Constituição do meu país.

À vista disso, a conquista de um consenso sobreposto¹³ no debate de questões públicas fundamentais, imprescindível para a unidade social e a estabilidade, somente pode ser alcançada por meio de uma concepção política de justiça. Nesse sentido, é falha toda concepção de justiça que não recebe apoio de cidadãos razoáveis que professam doutrinas abrangentes razoáveis.

Assumindo que em sociedades democráticas o fato do pluralismo é uma característica imanente, que a organização das principais instituições sociais afeta a igualdades entre os indivíduos, Rawls aponta princípios de justiça para serem aplicados precipuamente na estrutura básica da sociedade. Com isso, ele pretende que seja garantida, ao menos de forma razoável, a distribuição dos bens primários e a repartição dos benefícios da cooperação social.

Uma compreensão adequada da teoria da justiça de Rawls (*a justiça como equidade*) postula a assimilação de cinco ideias rawlsianas: a) a sociedade como sistema equitativo de cooperação social; b) a concepção política de pessoa; c) a posição original; d) o consenso sobreposto; e f) os princípios de justiça.

1.1 A SOCIEDADE COMO UM SISTEMA EQUITATIVO DE COOPERAÇÃO SOCIAL

A compreensão de uma sociedade democrática como um sistema equitativo de cooperação social estável ao longo do tempo por Rawls tem três

¹³ Esse conceito será trabalhado posteriormente.

aspectos essenciais: a) o ponto de vista político apresentado ao debate pressupõe a publicidade e o reconhecimento de regras e procedimentos que são aceitos pelos indivíduos que cooperam¹⁴; b) a cooperação apenas pode ser pensada a partir de termos equitativos. Termos em que cada membro cooperativo pode aceitar, desde que os outros também o aceitem como razoáveis. A reciprocidade é o elemento que regula os termos equitativos. Isso implica que todos aqueles que colaboram devem beneficiar-se adequadamente pelo seu envolvimento. Assim, como os benefícios são produzidos coletivamente, eles devem ser distribuídos equitativamente; e c) está associada à ideia de vantagem racional de cada participante. Pressupõe-se que cada participante espera poder realizar a sua concepção de bem.

A ideia de reciprocidade, mencionada *supra*, como sendo inerente à ideia de cooperação social em Rawls não está fundada no propósito de se alcançar o bem geral (altruísmo) e na obtenção de vantagens mútuas (egoísmo exacerbado). Ela é definida como: “[...] uma relação entre os cidadãos expressa pelos princípios de justiça que regulam um mundo social onde todos se beneficiam, julgando-se por um padrão apropriado de igualdade definido com respeito a esse mundo [...]”¹⁵.

A ideia rawlsiana de pessoa é outra categoria peculiar necessária para se entender o modelo de sociedade como um sistema cooperativo proposto pelo filósofo. Por tal motivo, será abordado no tópico que se segue.

1.2 A CONCEPÇÃO POLÍTICA DE PESSOA

Rawls extrai a sua concepção de pessoa¹⁶ da cultura política pública das sociedades democráticas. Na tradição democrática presente nestas destaca-se a ideia de que os cidadãos são pessoas livres e iguais. As pessoas (cidadãos) são livres porque são portadores de duas faculdades morais (a capacidade de ter senso de justiça e ter uma concepção de bem) e das faculdades da razão (de julgamento, pensamentos). São iguais por que a posse dessas faculdades a tornam membros cooperativos da sociedade.

¹⁴ Rawls sempre pressupõe que os indivíduos têm uma propensão para a cooperação e provar tal natureza é um processo complexo.

¹⁵ *O liberalismo político*. Brasília: Ática, 2000. p. 59-60.

¹⁶ A concepção de pessoa de Rawls sofreu duras e veementes críticas. As principais foram desenvolvidas por Michael Sandel e Charles Taylor: SANDEL, Michael. *Liberalism and the limits of justice*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982; TAYLOR, Charles. Atomism. In: ANIVERI, S.; DE-SHALIT, A. *Communitarianism and Individualism*. Oxford: Oxford University Press, 1992.

Para entender melhor o que Rawls quer dizer com uma concepção política de pessoa, é necessário destacar outro argumento. De acordo com esse, os cidadãos são livres em três aspectos, a saber: a) por possuírem a faculdade moral de ter uma concepção do bem; b) por serem fontes autenticadoras de reivindicações; e c) por serem capazes de assumirem responsabilidades por seus objetivos. A seguir, apresenta-se uma breve explicação sobre cada um desses tópicos:

- a) Dizer que um cidadão é livre por possuir a faculdade moral de ter uma concepção do bem não implica que não exista a possibilidade de existir uma identidade pública de pessoa. Assim, os cidadãos podem, ao longo de sua vida, alterar a sua concepção de bem sem modificar a sua identidade pública. O que está em jogo aqui é a possibilidade de existirem diversas concepções de bem, que podem ser alteradas com o passar do tempo, e uma esfera pública de identidade. Assim, posso assumir compromisso e ter ligações na vida não pública (identidade moral) distintas de que os outros indivíduos, mas isso não prejudica ou não traria prejuízos à vida pública. Contudo, é necessário que os cidadãos ajustem e reconciliem as duas dimensões de sua identidade moral. Nesses termos, as identidades institucional e moral podem coincidir.
- b) Os cidadãos têm o direito de fazer reivindicações para promover as suas concepções do bem. Essas reivindicações fundadas nos deveres e nas obrigações de suas próprias concepções de bem e a sua doutrina moral são autoautenticadoras. Aqui estão sendo pressupostas concepções de bem que não são incompatíveis com a concepção pública de justiça.
- c) Os cidadãos são livres na medida em que podem assumir responsabilidades por seus objetivos. Isso permite que eles avaliem as suas próprias reivindicações. Assim, em uma sociedade em que a estrutura básica é justa e as pessoas equitativamente compartilham os bens primários, os cidadãos podem ajustar seus objetivos e suas aspirações ao que é razoável, podem ou são capazes de restringir suas demandas àquelas autorizadas ou que estão de acordo com os princípios de justiça.
- d) A concepção política de pessoa ancorada na ideia de identidade pública não assume ou não pretende assumir compromisso com nenhuma concepção metafísica, epistemológica ou moral abrangente

de pessoa. Contudo, como conceito extraído da cultura política pública das sociedades democráticas, exprime a diversidade das concepções morais, filosóficas e religiosas possíveis pelo pluralismo razoável. Não parece ser um conceito completamente desraizado¹⁷. Embora seja um conceito normativo, assume valores construídos e presentes, social e historicamente, em sociedades democráticas.

1.3 A POSIÇÃO ORIGINAL¹⁸

Ancorado na tradição contratualista, Rawls lança mão da ideia da posição original para desenhar uma concepção de justiça que especifique os princípios de justiça apropriados para ordenar a estrutura básica da sociedade, de forma que todos os cidadãos possam ter acesso aos bens primários e realizem os seus projetos de vida de forma efetiva. Nesta posição e sob o véu de ignorância, as partes escolhem os princípios que irão regular as suas principais instituições sociais e econômicas.

A ideia da posição original é uma releitura da condição do estado de natureza presente nos contratualistas, pois, nesta, a manutenção do indivíduo depende de seu próprio esforço, e não existe poder coercitivo que o obrigue a reconhecer os direitos dos outros. Naquela, os indivíduos são pessoas racionais, reciprocamente desinteressados e situados em posição de igualdade em relação uns aos outros.

Rawls descreve a posição original como uma situação hipotética de liberdade equitativa e de igualdade, cuja característica essencial repousa na figura do véu da ignorância, que, retirando o conhecimento de vários aspectos relacionados aos *status* das partes – posição social, dotes e habilidades naturais, concepção de bem e propensões psicológicas – visa a garantir a imparcialidade do julgamento e da deliberação. O mecanismo do véu da ignorância é utilizado por Rawls como uma ferramenta de correção das prováveis distorções nos resultados distributivos da justiça causadas por contingências sociais e históricas. Em tal posição, restam as partes somente a posse de conhecimentos relacionados

¹⁷ Sendo assim, parece não proceder a crítica feita por Sandel. Todavia, reconhece-se que o ponto deveria ser melhor discutido.

¹⁸ Caracterizada tal como concebida em a teoria da justiça. Na obra *Justiça como equidade* (JER), é apresentada de forma distinta: deixa de ser uma construção para ser um procedimento de representação das partes.

a dados gerais sobre a psicologia, a economia e outras ciências sociais, além de saber que todos têm alguns interesses básicos¹⁹.

A posição original assim caracterizada é a situação adequada para se chegar a um acordo sobre os princípios justos para as instituições da estrutura básica da sociedade. A simetria equitativa entre as partes permite que se escolham princípios equitativos e justos, que, se adotados pelas instituições ou forem incorporados às leis, tornam-nas justos. Rawls supõe que os atos subsequentes às escolhas realizadas na posição original, como a elaboração de uma Constituição e suas leis, e a criação das instituições, serão coerentes com os princípios da justiça inicialmente acordados, posto serem frutos de um ato reflexivo de pessoas livres e iguais. Os princípios a serem escolhidos para as instituições na posição original são os dois e serão abordados no tópico que se segue.

1.4 PRINCÍPIOS DE JUSTIÇA

Dois são os princípios de justiça²⁰, resultantes do procedimento deliberativo entabulado pelas partes na posição original: da igualdade de liberdades básicas e da diferença. Eles são essenciais na justiça como equidade, pois formam na visão de Rawls, um substrato valorativo a partir do qual: i) a estrutura básica da sociedade se orienta para fazer intervenções sociais; e ii) a sociedade avalia e afere o grau de legitimidade e justiça das instituições sociais.

O primeiro princípio de justiça, apontado por Rawls, diz respeito à igualdade de direitos de todas as pessoas a um plano satisfatório de direitos e liberdades básicos compatível com o direito de todos. Assim, o primeiro princípio se ocupa da distribuição do bem primário da liberdade e tem duas ambições: igualdade e maximização das liberdades básicas. Rawls reconhece a impossibilidade de se elencar a totalidade das liberdades, mas ele procura arrolar algumas liberdades básicas que considera como mais fundamentais, a saber: a liberdade política, liberdade de expressão e reunião, liberdade de consciência e pensamento, liberdade pessoal (liberdade frente a opressão psicológica, agressão física e integridade), direito à propriedade pessoal, liberdade frente

¹⁹ FREEMAN, S. Original position. *Standford Encyclopedia of Philosophy*, 2008. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/original>>. Acesso em: 23 jun. 2014.

²⁰ Conforme já observado, o conceito de justiça em Rawls tem um sentido mais restrito em relação ao que geralmente dizem essas palavras. Elas referem-se à justiça social, cujo domínio específico é a estrutura básica da sociedade – principais instituições sociais e econômicas. Cf. POGGE, T. W. *Realizing Rawls*. Ithaca: Cornell University Press, 1989.

ao arresto e detenções arbitrárias. Todos devem ter iguais direitos às liberdades abraçadas pelo primeiro princípio, pois, segundo Rawls, elas são requisitos para se alcançar a realização ou modificação de qualquer plano de vida, bem como para a construção e o desenvolvimento das bases do autorrespeito²¹.

Em uma sociedade democraticamente constitucional, marcada pelo pluralismo, cabe à Constituição e as leis a garantia do uso efetivo destas liberdades para que o igual direito a um projeto satisfatório de direitos e liberdades básicas iguais seja assegurado a todos. Para Rawls, qualquer concepção democrática constitucional deve conferir um local de destaque para os princípios da tolerância e da liberdade. Nesse contexto, um regime constitucional e democrático implica em: i) proteção da liberdade e segurança a todos por meio da garantia de direitos e liberdades ao exercício de todas as doutrinas permissíveis; ii) sujeição às obrigações das leis legítimas²².

O segundo princípio de justiça estabelece que as desigualdades econômicas e sociais somente se justificam se forem atendidos dois requisitos: i) permitir o acesso a todos, em iguais condições de oportunidades, a cargos e posições; e ii) que elas representem o maior benefício possível aos indivíduos menos favorecidos da sociedade. Este princípio aplica-se, portanto, à “distribuição de renda e riqueza e ao escopo das organizações que fazem uso de diferenças de autoridade e de responsabilidade”²³. Isso não significa que a distribuição de riqueza e renda tem que ser igual, mas que ela seja feita garantindo a vantagem de todos e permitindo o acesso de todos a posições de autoridade e responsabilidade.

A aplicação destes mencionados princípios de justiça segue uma ordem lexical. O primeiro princípio precede ao segundo. No segundo princípio, a segunda parte tem prioridade sobre a primeira parte. Por tal motivo, a primeira regra de prioridade assenta a primazia da liberdade que somente poderá ser restringida em nome de outra liberdade. A segunda regra de preferência marca: i) a preeminência da justiça sobre a eficácia do bem-estar; ii) a igualdade equitativa de oportunidade prevalece sobre o princípio do maior benefício para os menos privilegiados, ou seja, uma desigualdade de oportunidade deve incrementar as chances daqueles que têm menos oportunidades. A igualdade

²¹ RAWLS, John. *O liberalismo político*. Brasília: Ática, 2000. p. 64.

²² RAWLS, John. *O direitos dos povos*. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 189-190.

²³ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 65.

de oportunidade é pensada a partir do reconhecimento e da consideração das desigualdades presentes na realidade da sociedade.

Finalizando este tópico, destaca-se que a proposta de justiça rawlsiana é deontológica. Ela não especifica o bem de maneira independente do justo ou não interpreta o justo como maximizador do bem. Na justiça procedimental de Rawls, as partes envolvidas na posição original não se movem a partir de uma concepção prévia de dever ou justiça. A justiça é o resultado imediato de um procedimento. Entretanto, as pessoas são movidas pelo interesse moral e pela capacidade de serem equitativos. Tal interesse se faz específico na formulação de bens primários, que pressupõe que todos têm direito a igual parcela dos bens primários produzidos em uma sociedade.

1.5 O CONSENSO SOBREPOSTO

O consenso sobreposto é uma das principais ideias apresentadas por Rawls em *LP*. Ela é apresentada como a alternativa para se pensar a unidade social e estabilidade em sociedades democráticas bem ordenadas marcadas pelo pluralismo razoável. Com ela é possível se conceber um consenso em que as doutrinas razoáveis possam endossar uma concepção política a partir de seu próprio ponto de vista²⁴.

Diferentemente das outras concepções de justiça, o liberalismo político admite a ideia de que existe uma diversidade de doutrinas abrangentes e razoáveis, que, mesmo conflitando entre si, por apresentarem concepções de bem diferentes, aceitam a possibilidade de compartilhar ou endossar uma concepção política de justiça. Em contraposição à tradição, ele sustenta que não é possível que doutrinas abrangentes possam fundar uma concepção política para um regime constitucional.

A impossibilidade de uma doutrina abrangente ser a base de uma concepção política radica no fato de que nenhuma delas, por querer impor uma única concepção do bem, atende à pluralidade e à complexidade das sociedades modernas. Dado o pluralismo razoável, produto da razão prática no decorrer do tempo sob instituições livres e duradouras, é necessária uma concepção de justiça que seja apenas política e respeite tal fato.

O liberalismo político apresenta a ideia de consenso sobreposto para resolver esta questão. Dois pontos importantes pressupostos devem ser

²⁴ RAWLS, John. *O liberalismo político*. Brasília: Ática, 2000.

destacados: a) trata-se de um consenso entre doutrinas abrangentes razoáveis; e b) que a concepção pública política que dele decorrerá seja independente de doutrinas abrangentes de qualquer tipo²⁵.

O consenso sobreposto é resultado de um procedimento que envolve dois passos: o do consenso constitucional e do consenso sobreposto propriamente dito. O consenso constitucional não é profundo, nem amplo. Ele implica apenas na aceitação de alguns princípios de justiça política. Estes serão assegurados na constituição, que estabelece procedimentos eleitorais democráticos que moderam a rivalidade política presente na sociedade. Nesse sentido, ele é apenas procedimental, uma vez que estabelece os procedimentos políticos do governo democrático.

O consenso constitucional pode ser criado quando, por razões históricas, certos princípios liberais de justiça são incorporados às instituições existentes e são aceitos como *modus vivendi*. Há uma aceitação inicial, e, com o passar dos tempos, tais princípios passam a ser endossados pelos cidadãos. Tal endosso pode ocorrer por razões cognitivas ou práticas. Cognitivas, porque nem sempre os cidadãos percebem a conexão entre os princípios políticos e a sua concepção de bem, facilitando, assim, a compatibilização entre ambos. Práticas, porque os cidadãos avaliam os benefícios que mencionados princípios trazem para si e para a sociedade e os apoiam²⁶.

O consenso constitucional ocorrerá caso exista estabilidade. Para que isso aconteça, três requisitos são necessários. Primeiro, os princípios liberais devem satisfazer o conteúdo de certas liberdades e direitos políticos fundamentais, dando a eles prioridade especial; segundo, um determinado tipo de razão pública é exigido na aplicação desses; e, por fim, o encorajamento de virtudes cooperativas pela incorporação dos princípios nas instituições básica e pela razão pública gestada na aplicação deles.

Sendo esses três requisitos atendidos, tem-se que as doutrinas professadas pelos cidadãos, se não são, tornam-se razoáveis, e o consenso constitucional efetiva-se. Contudo, o consenso constitucional não é consenso sobreposto, mas é necessário para que este ocorra.

Como um consenso constitucional torna-se um consenso sobreposto? O consenso constitucional tem como objeto certos princípios de liberdades,

²⁵ Idem.

²⁶ Idem.

direitos políticos fundamentais e procedimentos democráticos, mas não atinge a estrutura básica da sociedade. Por outro lado, o consenso sobreposto é um acordo profundo sobre os princípios e ideais políticos (profundidade) que tem por base e foco uma concepção política de justiça (especificidade) que procura abarcar a estrutura básica da sociedade (extensão). Como a passagem do primeiro para o segundo é possível? Como um consenso sobre os procedimentos políticos de governos democráticos pode transformar-se ou ser uma etapa que antecede o acordo sobre pontos mais fundamentais e substanciais?

Rawls sustenta que existem forças que levam um consenso constitucional para um consenso sobreposto. As divide de acordo com o critério da profundidade, da extensão e da especificidade. Quanto ao critério da profundidade há duas forças: a primeira diz respeito ao fato de que os grupos políticos, após o consenso constitucional, precisam participar do fórum público de discussões e dirigir-se àqueles que não têm a mesma doutrina abrangente. A segunda refere-se às autoridades responsáveis pela revisão judicial. Elas precisam desenvolver uma concepção política de justiça que será a base para a interpretação da constituição e para a solução dos casos importantes.

Quanto à extensão, o consenso constitucional é muito restrito. É necessária uma legislação que garanta as liberdades de consciência e pensamento que assegure as liberdade de associação, movimento e medidas que salvaguardem que as necessidades básicas de todos os cidadãos sejam satisfeitas, possibilitando a eles a participação na vida política e social. De acordo com Rawls²⁷, o ponto constitucional mais relevante é o de que, “abaixo de certo nível de bem-estar material e social, e de treinamento e educação, as pessoas simplesmente não podem participar da sociedade como cidadãos, e muito menos como cidadãos iguais”. Pode-se dizer que o consenso sobreposto também se estende sobre às condições materiais e culturais da vida dos cidadãos. Contudo, cabe ressaltar que ele não ultrapassa a esfera do político.

Em relação à especificidade, o consenso sobreposto somente pode ser alcançado se as concepções liberais, e mais precisamente a justiça como equidade, que dele possam tomar parte tenham como ponto de partida as ideias políticas fundamentais de uma cultura política pública democrática e que os interesses políticos e econômicos que encorajam não sejam profundamente divergentes.

²⁷ “[...] essential here is rather that below a certain level of material and social well-being, and of training and education, people simply cannot take part in society as citizens, much less as equal citizens.” (RAWLS, John. *Political Liberalism*. Paperback Edition. New York: Columbia University Press, 1996)

Essas condições ou forças tornam possível o consenso sobreposto. Ele é resultado de um processo que progressivamente toma corpo a partir da aceitação inicial de uma concepção liberal de justiça.

Rawls defende a necessidade de acordos no interior da sociedade sobre a forma de realização da justiça e da igualdade. Tais acordos, visando a uma estabilidade duradoura, devem ser fruto de um consenso político em torno de algumas questões públicas fundamentais. O fato de existir no interior de uma sociedade pontos de vistas divergentes e por vezes até conflitantes não obsta o acordo sobre uma base compartilhada de valores, pois a natureza humana reclama formas mediadoras, ao menos para as questões controvertidas. A concepção política de justiça concebida por Rawls, ao trazer em sua base valores políticos compatíveis com um regime constitucionalmente democrático, constitui-se nesse elemento moderador e cria o ambiente necessário para que o consenso sobreposto seja alcançado. Por fim, se, de um lado, os julgamentos com base em critérios compartilhados aparentam ser impraticáveis; de outro, é forçoso reconhecer a necessidade de um critério sobre quais deliberações as questões públicas fundamentais devem ser iniciadas.

Após a exposição de alguns conceitos centrais para se entender a teoria da justiça de Rawls, faz-se necessário tematizar as políticas públicas.

2 POLÍTICAS PÚBLICAS: APONTAMENTOS GERAIS

Não reconhecer a importância das imbricações entre Estado, política, economia e Administração Pública traz prejuízos significativos à estrutura social-institucional. Nesse sentido, o desenvolvimento de *políticas públicas* indica ou permite analisar como essas esferas, supracitadas, se articulam e se interpenetram. Por tal motivo, pretende-se demonstrar neste tópico: i) a relevância do tema *políticas públicas* como articulador das dimensões supracitadas; ii) as políticas públicas como mecanismos de eliminação ou, ao menos, atenuação das desigualdades, denominadas, autoevidentes.

Em um Estado constitucionalmente democrático, supõe-se que: os poderes constituídos são harmônicos e que a Administração Pública é uma ferramenta do Executivo a serviço de todo o Estado²⁸. As políticas públicas,

²⁸ Essa noção apresentada remonta ao camaralismo – movimento de origem germânica, século XVI –, que se utilizava de doutores contratados para o planejamento e a gestão de políticas públicas. Os camaralistas, além de cuidarem dos negócios do Estado, procuravam desenvolver métodos e políticas que estimulassem o desenvolvimento populacional, bem como a melhoria das condições sociais de

nesse sentido, representam uma extensão factível da organização política cuja atuação é condicionada pelo arcabouço normativo geral do Estado. Assim, o enfrentamento adequado deste tema implica em ter uma noção sobre os modelos de Estados. Para cumprir o objetivo apontado, destaca-se que essa abordagem deve dialogar com as diversas áreas do conhecimento, tais como a economia e a política, entre outros.

Sustenta-se, na esteira de Rawls²⁹, que a estrutura institucional-social modela as aspirações de seus cidadãos. Em outros termos, o modelo social institucional determina, em grande medida, o tipo de pessoas que os seus cidadãos são ou poderão vir a ser. Nesse sentido, as ações do Estado, por determinarem o modelo social, devem visar precipuamente ao aprimoramento da vida em comum. As políticas públicas – em um modelo de Estado dirigente³⁰ – passam a representar a principal forma de agir do Estado. Essa transformação no eixo primário da atuação estatal demanda a especificação de diretrizes que reflitam, de forma apropriada, o compromisso do Estado com o destino nacional³¹. Essa atuação política jurídica do Estado é bem exemplificada na figura do planejamento e do plano estatal. Aquele, entendido como uma forma racionalizada de planificar que busca identificar o meio com capacidade de produzir os melhores resultados; este, representando a peça técnica com força normativa vinculante³².

Atualmente, as políticas públicas constituem grande parte do ambiente sociopolítico. Isso decorre, em certa medida, da incapacidade de mobilização e resolução dos principais problemas sociais pelos indivíduos afetados. Com isso, as políticas públicas passam a constituir um meio legítimo para resoluções de

vida das comunidades. Cf.: PROCOPIUCK, M. *Políticas públicas e fundamentos da administração pública*. Análise e avaliação: governança e redes de políticas, administração judiciária. São Paulo: Atlas, 2013.

²⁹ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

³⁰ O termo Estado dirigente assume, neste trabalho, a seguinte acepção: é um modelo de Estado que tem na Constituição princípios fundamentais que conformam as práticas sociais em prol de uma sociedade mais justa. Nesse contexto, tais princípios transcendem o caráter do meramente político. Eles são vistos como normas jurídicas que devem ser implementadas pelo Estado. Essa visão de Estado não é imune a críticas e representa apenas a visão de parte da doutrina especializada.

³¹ A esse respeito, ver REALE, Miguel. Direito e Estado numa comunidade concreta. In: *Pluralismo e liberdade*, p. 233.

³² MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. O conceito de política pública em direito. In: *Políticas públicas: reflexões sobre os conceitos jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 51-74.

problemas coletivos. Elas têm a função de, apresentando orientações normativas³³, adequar programas e planos ao interesse público. Ocorre que, em sistemas políticos democráticos, tal tarefa é complexa. A dificuldade reside naquilo que Rawls denominou de o fato do pluralismo – já mencionado –, que obsta uma base compartilhada de valores e necessidades. A diversidade de preferências legítimas, a demora nos processos de negociação política e a variedade de atores envolvidos nas tomadas de decisões são alguns dos elementos que tornam a identificação de políticas públicas um processo intrincado³⁴.

Por conta das limitações do presente estudo, a problemática causada pela polissemia do termo *política pública* não será trabalhada. Adotar-se-á para tal expressão o marco conceitual estabelecido por Massa-Arzabe³⁵, qual seja, de que política pública designa a política do público, não a do Estado. Ela persegue a consecução dos objetivos coletivos de aprimoramento da comunidade e da coesão social. Em seu aspecto prático, ela representa um conjunto de programas de ação governamental estáveis no tempo, racionalmente moldadas, implantadas e avaliadas. É dirigida à realização de direitos e de objetivos sociais – juridicamente relevantes – voltados para a distribuição de bens e posições que concretizam oportunidades para cada pessoa viver com dignidade e exercer os seus direitos, assegurando-lhes recursos e condições para a ação, assim como a liberdade de escolha para fazerem uso desses recursos. Na Constituição Federal de 1988 o tema políticas públicas é trabalhado de forma genérica em seus arts. 22, VII e IX, 23 e 196. No plano infraconstitucional, a Política Nacional do Idoso, o SUS, e a LOAS são exemplos de políticas públicas positivadas.

Diz-se, sumariamente, que uma política pública possui as seguintes fases: formulação, implementação e avaliação. A fase da formulação compreende a identificação dos problemas a serem tratados, mediante a apresentação de uma agenda e proposição de soluções. Ela baseia-se em estudos prévios e em um sistema apropriado de informações, que definirão as metas, os recursos e o lapso temporal da atividade de planejamento. Vencida esta etapa, inicia-se a fase da implementação. Aqui verifica-se a observância dos princípios e das diretrizes, e os prazos e as metas previamente estabelecidos. A etapa da avaliação, que se

³³ A palavra normativa nesse tópico é utilizada em sua acepção jurídica, e não filosófica. Isto é, remete à noção de regular, legislar, etc.

³⁴ PROCOPIUCK, M. *Políticas públicas e fundamentos da administração pública*. Análise e avaliação: governança e redes de políticas, administração judiciária. São Paulo: Atlas, 2013.

³⁵ MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. O conceito de política pública em direito. In: *Políticas públicas: reflexões sobre os conceitos jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 51-74.

dá por diversos métodos, consiste em verificar: a) o impacto da política; b) se os objetivos previstos estão sendo atingidos; c) a adequação de meios utilizados podendo. Nesta fase, a ação pública pode tanto ser relegitimada quanto deslegitimada³⁶.

Segundo Procopiuck, em termos práticos uma política pública ganha identidade a partir de um conjunto de decisões que evidenciam e instituem normas e regras gerais abstratas que irão pautar comportamentos e ações dos atores políticos na geração de resultados concretos na solução de problemas oriundos da própria configuração política. Ela pode ser percebida como objeto da ciência política e da Administração Pública e como objeto de estudo de política pública. No primeiro caso, os estudos são conduzidos de modo racional e isento, na medida do possível, de valores e ideologias. Procura-se identificar um conhecimento que possa ser testável nos processos argumentativos racionais. No segundo caso, o que se busca é a identificação de instrumentos práticos que contribuam para uma melhoria nos padrões de qualidade de vida das pessoas. São estudos normativos e prescritivos cujo objetivo é elevar a capacidade de persuasão para instrumentalizar a ciência política.

Em relação à sua finalidade, as políticas públicas podem ser classificadas basicamente em constitutivas, distributivas, redistributivas e regulatórias³⁷:

- a) políticas constitutivas: criam ou estruturam as condições de tratamento sistemático a certos problemas. Em geral, tem como fundamento uma lei que a institui e especifica a sua finalidade com a criação dos órgãos necessários para a sua implementação e manutenção.
- b) políticas distributivas: visam à distribuição de recursos por meio de subsídios em produtos ou serviços, mediante concessão de benefícios feitos, igualmente, por meio de legislação.
- c) políticas redistributivas: busca-se modificar o grau de concentração de recursos para que ele seja, na medida do possível, menos discrepante por meio da apropriação de recursos econômicos de classes com maior renda para o seu posterior repasse aos de menor rendimento.
- d) políticas regulatórias: relacionam-se ao controle estatal sobre a utilização de recursos nos diferentes segmentos da sociedade. Busca-se com tais políticas impor padrões de comportamento a indivíduo ou a grupos na

³⁶ Idem, p. 51-74.

³⁷ PROCOPIUCK, M. *Políticas públicas e fundamentos da administração pública*. Análise e avaliação: governança e redes de políticas, administração judiciária. São Paulo: Atlas, 2013. p. 143-144.

intenção de se preservar o interesse público e manter o equilíbrio nas relações de determinados setores da sociedade.

Desenvolver estruturas teórico-conceituais mais consistentes representadas por métodos, regras de evidenciação e de inferência de forma articulada e intelectualmente refinada foi o desafio enfrentado pelos estudiosos da ciência política da década de 1980. Reconheceu-se naquele momento a necessidade de se construir uma base clara e sólida sobre as quais os atores políticos pudessem orientar as suas ações políticas. Um dos caminhos foi buscar uma plataforma de suporte em outras áreas do conhecimento que pudessem oferecer uma ordem mínima de cognição, normatividade, metodologia e instrumentalidade ao tratamento do tema políticas públicas.

2.1 ESTADO, POLÍTICAS PÚBLICAS E DIREITOS - CONEXÕES

Conforme advertido anteriormente, o tratamento apropriado do tema política pública exige uma noção prévia das duas visões clássicas de Estados. Uma vinculada ao do bem-estar – Estado social, outra ligada ao pensamento liberal. O Estado do bem-estar social, construção europeia desenvolvida especialmente após a 2ª Guerra Mundial, é uma tentativa de implantar os ideais da democracia social em que o Estado assume a responsabilidade de garantir o bem-estar dos cidadãos. A economia de mercado social proposta – combinação da economia de mercado com os benefícios do socialismo democrático – visa, garantindo os serviços fundamentais, a diminuir as desigualdades sociais³⁸. Neste paradigma, o Estado é o protagonista por excelência das políticas públicas.

A partir dos anos 70 o modelo de Estado social começa entrar em crise. Em resposta a tal crise, agravada na década seguinte, despontam as teorias neoliberais propondo um novo modelo de Estado. As principais críticas neoliberais ao modelo do bem-estar social são: a) a figura do “Estado-empresário” confunde os sinais emitidos pelos mercados, o que leva ao emprego irracional dos recursos materiais e humanos; b) o crescimento das despesas públicas gera aumento das necessidades financeiras dos governos; c) o crescimento da tributação pode causar desemprego, fraudes fiscais e desenvolvimento da economia informal.

³⁸ São exemplos de serviços fundamentais: educação, saúde, habitação, transporte, salário razoável e estabilidade no emprego.

Ainda segundo parte das teorias neoliberais³⁹, o intervencionismo estatal permite que um indivíduo possa capturar vantagens superiores àquelas que ele obteria no mercado. Desta forma, a busca de renda por meio do controle do Estado daria azo há dois males: os indivíduos dirigem os seus esforços e recursos na busca predatória de privilégios, em vez de aumentar o produto global; e estimula práticas de corrupção pelos tomadores de decisão na Administração Pública por meio de trocas de benefícios *v.* apoio político. Por estas razões, grande parte dos teóricos neoliberais rejeita o paternalismo estatal, o cerceamento da liberdade individual, além de defender o controle do mercado pelo sistema de preços.

Das escolas desenvolvidas pelos teóricos neoliberais será destacada no presente trabalho a da “escolha pública”. Os teóricos desta corrente lançam mão de ferramentas da economia clássica e da teoria dos jogos para analisar o processo político. Eles constroem uma teoria estrita da política por meio de instrumentos próprios da ciência econômica que passa a ser aplicado a toda situação ou processo que envolvesse um problema de escassez. A teoria econômica passa a ser equiparada a uma teoria do comportamento racional para ser aplicada tanto na econômica quanto na política e na vida social. Nesse cenário, o ator político é concebido como *homem econômico*, isto é aquele que se empenha na manipulação eficiente das condições que maximizam a realização de seus objetivos⁴⁰.

Nesse cenário, a racionalidade passa a ser o elemento-chave nas concepções econômicas de política. Tal racionalidade traz o critério objetivo para a tomada de decisões, qual seja, o cálculo objetivo de custos *v.* benefícios, em que a melhor decisão será aquela que garantir a máxima vantagem para o maior número de pessoas. Essa visão traduz a origem utilitarista da escolha racional que tem em Jeremy Bentham o seu grande expoente.

³⁹ Escola austríaca, liderada por Friedrich Von Hayek; Escola monetarista de Chicago, liderada pelo economista Milton Friedman; Escola da Virginia (*public choice*), James Buchanan, Anthony Downs e Mancur Olson.

⁴⁰ GONÇALVES, A. O conceito de política pública em direito. In: *Políticas públicas: reflexões sobre os conceitos jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 75-130.

Elster⁴¹ e Olson⁴², cada qual a sua maneira, afirmando a incapacidade humana para decisões coletivas “ótimas”, elaboram a ideia de instituição como mecanismo de cooperação. A escolha racional, nesse contexto, é uma vertente do denominado institucionalismo moderno. Neste, as instituições têm a função de, reduzindo as incertezas, determinar a produção e a expressão das preferências dos atores sociais.

Essas abordagens que privilegiam as instituições destacam dois aspectos da ação pública em uma sociedade complexa. Primeiro, as instituições são consideradas fatores de ordenamento, pois reduzem o caráter caótico da competição. Segundo, o conceito de instituição passa a ser ampliado. Isto é, além de indicarem regras e procedimentos das atividades políticas, dizem respeito também a crenças e paradigmas que dão ensejo a tais regras e rotinas.

As teorias neoinstitucionalistas preocupam-se com os meios e as formas de produção das ações políticas. A política pública é vista como uma forma de educação, de sentido a partir do qual se compartilham valores. Ela é percebida como um mecanismo de construção e interpretação do mundo que enfatiza mais os processos do que os resultados das políticas públicas⁴³.

Nos anos 90, em reação ao modelo neoliberal, desponta um movimento pugnando pela reconstrução do Estado. Começa no século XX, portanto, o desenvolvimento da ideia do “público não estatal” que passa a ser o fio condutor da vida social. É público, porque as formas de controle e organização

⁴¹ A teoria econômica aplicada à política baseia-se na ideia de que as pessoas sempre escolherão a ação que julgar ser a melhor dentro de um conjunto viável de opções. Mas como a escolha, nesse contexto, não é um ato unilateral por conta da multiplicidade de atores, a teoria dos jogos serve para trabalhar a interação entre tais indivíduos no processo de escolha e decisão. Com base na teoria dos jogos, sustenta-se que a racionalidade individual conduz a irracionalidade coletiva, em outras palavras, sujeitos racionais buscando maximizar custos e benefícios em interesse próprio ao interagirem entre si chegam a resultados subótimos (*Max hoje*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989).

⁴² Sustenta que a falta de determinadas condições torna muito provável o fracasso de uma ação coletiva na produção de determinado bem público pelas seguintes razões: as características de um bem público exigem que a sua oferta seja feita em conjunto e que a sua distribuição não exclua nenhum participante do grupo. Dessa imposição aos bens públicos reside a base do problema, segundo Olson, pois, na medida em que os indivíduos não são passíveis de exclusão na repartição dos benefícios coletivos, alguns se comportam como caronas (*free-riders*), isto é, usufruem um bem coletivo ou público sem pagar por eles (não participando de greves, não pagando impostos devidos, etc.). Tal situação, a comunhão de interesse em determinados bens públicos pelos membros de um grupo, não ocorre quando se trata de pagar os custos que tais bens impõem. Apenas pequenos grupos fugiriam a essa regra.

⁴³ GONÇALVES, A. O conceito de política pública em direito. In: *Políticas públicas: reflexões sobre os conceitos jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 75-130.

estão voltadas ao interesse geral; é não estatal, porque não fazem parte do aparato do Estado. Tal ideia visa à organização social realizadora dos serviços públicos. A figura do Estado fica fortalecida com as finanças recuperadas e sua administração, obedecendo a critérios gerenciais de eficiência. Nesse modelo, o Estado permite que as atividades sociais, que não forem monopólios por natureza, sejam realizadas competitivamente pelo setor público não estatal, gerando uma ampliação dos direitos sociais⁴⁴.

A política pública e a escola da escolha pública têm em comum o fato de ambas estarem preocupadas com a eficiência e com racionalidade. A racionalidade vincula-se ao consenso e à coesão social. Por tal razão, admite-se a pertinência da aplicação do método econômico à teoria política. Contudo, não pode ser olvidado que entre a política e a ciência econômica existe um traço distintivo. Na política, a forma politicamente relevante (*escassez*) relaciona-se com a interferência dos objetivos de uma pluralidade de indivíduos ou grupos entre si.

Atualmente, a realidade mutável do direito público constitui-se em um grande desafio para a capacidade organizatória de tal direito. Vale dizer, os direitos sociais, ao reclamarem um enfoque prestacional do Estado, alteram a visão então predominante – a do Estado abstencionista. Daí a indispensabilidade da compreensão das políticas públicas como categoria jurídica essencial para a concretização dos direitos fundamentais e humanos.

Neste contexto, os direitos sociais são considerados como “direito-meios”. Direitos, cuja principal função é assegurar a todos o gozo dos direitos individuais de primeira geração, pois os chamados direitos de primeira dimensão – aqui entendidos como civis e políticos – são impraticáveis na prática se antes não forem garantidos os direitos de segunda geração, os sociais, econômicos e culturais.

Consoante Bucci⁴⁵, os direitos sociais de segunda geração, assim como os de terceira geração, foram concebidos para garantir o gozo dos direitos de primeira geração em sua plenitude. A ampliação do rol dos direitos fundamentais em função do surgimento de novos direitos expandiu – por via oblíqua – o conteúdo jurídico da dignidade humana. Mas, paradoxalmente, também as formas de opressão (pelo Estado, pela economia, etc.) se multiplicam.

⁴⁴ Idem, *ibidem*.

⁴⁵ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: *Políticas públicas: reflexões sobre os conceitos jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1-49.

Dessa constatação decorre a necessidade do Estado em oferecer medidas e garantias que concretamente disciplinem o processo social, pois, ao oferecer tal aparato, o Estado cria modelos institucionalizados de relações sociais aptos, para, neutralizando a força desagregadora e excludente da economia capitalista, promover o desenvolvimento da pessoa humana.

Sobre a crítica da denominada “inflação dos direitos” oposta aos direitos sociais e suas realizações, defende-se, na esteira de Bucci⁴⁶, que, em países periféricos, a falta de competitividade é fruto da falta de um modelo social efetivo de Estado, e não do suposto excesso de direitos. De fato, o direito à educação, a saúde e a assistência social são referenciais para a qualificação da posição relativa de um país no cenário mundial no que tange ao desenvolvimento humano. Dessa forma, se, de um lado, existe o questionamento de baixa competitividade nos países com alto IDH (índice de desenvolvimento humano); por outro, é inegável que o seu baixo índice também reduz a capacidade de competição e inserção na economia mundial. Esse fato justifica essa nova categoria de relações jurídicas que impõe ao Estado o dever de garantir e efetivar os direitos provenientes das demandas de cidadania.

O argumento que sustenta a dificuldade de se estabelecer uma configuração jurídica (leia-se, exigibilidade) aos direitos sociais por conta do caráter, na maioria das vezes, programático de tais direitos, não é suficientemente forte para justificar a inefetividade desses direitos. A esse respeito Bucci alerta que, em sociedades com menor tradição de garantias e liberdades, a introdução dos direitos sociais só faz sentido se associada a um conjunto de garantias equivalentes ao que permitiu que os direitos individuais se transformassem em pilar e referencial político e jurídico dos Estados Democráticos modernos. Ainda conforme lição da autora, a preservação da esfera individual de liberdade em face do Estado, a partir do século XVII, só foi possível graças à criação de estruturas e à formação de uma consciência institucional garantística inserida em diferentes modos nas realidades de cada país. Rematando, defende-se, igualmente, que a inexecutabilidade dos direitos sociais é inaceitável do ponto de vista político e do ponto de vista jurídico, pois ela tornaria inócuo o qualificativo de Estado Social de Direito exposto no art. 1º da Constituição.

3 JUSTIÇA E POLÍTICAS PÚBLICAS: UMA ABORDAGEM RAWLSIANA

⁴⁶ Idem, p. 4.

Na tentativa de demonstrar a correlação entre os temas justiça e políticas públicas sobre o marco teórico de John Rawls de forma coesa, buscar-se-á no presente tópico: i) retomar de forma sucinta algumas ideias e concepções elementares da justiça como equidade já apresentadas; e ii) discorrer sobre uma ideia já mencionada, mas não explicada, qual seja, a ideia de bens primários que, por sua vez, demanda o enfrentamento de algumas ideias correlatas.

Para Rawls⁴⁷, a justiça social é fruto de uma distribuição equitativa de bens que influenciam no sistema de liberdades e obrigações, assim como na repartição dos benefícios da cooperação social. A maneira como as principais instituições sociais agem e se organizam edifica uma trama de regras e práticas incisivas na estruturação de uma sociedade. Elas determinam a distribuição dos bens primários, afetando, portanto, a capacidade dos indivíduos de agirem ou serem considerados como cidadãos (pessoas livres e iguais).

Entende-se por principais instituições sociais a Constituição, as principais instituições econômicas e sociais como o mercado, o sistema jurídico, a propriedade privada e a família. Assim, ao definir os direitos e deveres dos indivíduos, a estrutura básica da sociedade estabelece diferentes posições sociais que influenciam na perspectiva e expectativa de vida dos indivíduos. Uma distribuição inadequada de bens primários cria injustiças sociais que obstam a construção de uma sociedade bem ordenada. Dessa visão decorre o motivo de Rawls eleger como objeto primeiro de sua justiça a estrutura básica da sociedade.

Bens primários, neste cenário, são todos os bens considerados necessários para criar as condições e os meios sociais básicos para as pessoas desenvolverem e exercerem as suas capacidades morais e uma concepção de bem eficaz. Eles abarcam direitos e liberdades básicas, poderes e prerrogativas a cargos e posições, renda e riqueza e as bases sociais do autorrespeito.

Mas de que forma John Rawls chega a essa lista de direitos considerada como bens primários? Para responder a esta indagação, é preciso ter em mente a ideia política de pessoa – já abordada – e a ideia do bem como racionalidade. Segundo Rawls, essas duas ideias oferecem os critérios necessários para especificar as necessidades e exigências dos cidadãos. A ideia do bem como racionalidade assume que os indivíduos de uma sociedade democrática têm um plano racional de vida a partir do qual traçam metas para a persecução satisfatória de tal projeto ao longo de suas vidas. A ideia política de pessoa,

⁴⁷ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

relembrando de forma sintética, corresponde à figura do cidadão: pessoa considerada como livre, igual, racional e razoável. Esse eixo conceitual de bem e pessoa tem o propósito de oferecer um critério objetivo para as deliberações sobre as questões públicas fundamentais.

Uma concepção política de justiça efetiva inclui um entendimento político sobre o que dever ser publicamente reconhecido, tais como as necessidades dos cidadãos e o benefício de todos. A ideia do benefício racional, neste contexto, é o elemento que forma a base do consenso sobreposto sobre a noção que os cidadãos têm “do bem”. Essa ideia permite a identificação parcial na estrutura das concepções permissíveis do bem, que, embora não sejam idênticas na totalidade, possibilita o compartilhamento do benefício racional, desde que os indivíduos vejam a si mesmos e aos outros como pessoas livres e iguais.

Rawls pretende com a ideia de bens primários favorecer a construção de uma base pública praticável de comparações interpessoais baseadas nas características objetivas das circunstâncias sociais dos cidadãos passíveis de exame. A especificação dessas necessidades é elaborada a partir de uma concepção política e, por isso, a interpretação precedente dos bens primários inclui o que Rawls denomina de divisão social da responsabilidade: a sociedade aceita a responsabilidade pela manutenção das liberdades básicas iguais e da igualdade equitativa de oportunidades, pela distribuição equitativa dos bens primários no interior de sua estrutura.

Os bens primários listados, de forma não taxativa, por Rawls são aqueles que o filósofo julga serem necessários para as pessoas se tornarem cidadãs (pessoas livres e iguais). Eles são dispostos em cinco categorias: a) direitos e liberdades fundamentais; b) liberdade de movimento e livre escolha de ocupação; c) poderes e prerrogativas de cargos e posições de responsabilidade nas instituições políticas e econômicas da estrutura básica; d) renda e riqueza; e) bases sociais do autorrespeito⁴⁸.

Alinhavando. Para Rawls, o problema central da justiça distributiva radica na escolha de um sistema social. A partir dessa constatação, o filósofo sistematiza uma concepção de justiça procedimental cujo escopo visa a regular o sistema social para que os seus resultados sejam justos, independentemente de influências contingenciais. Para alcançar tal desiderato, ele busca conformar o sistema econômico e social (estrutura básica da sociedade) a diretrizes políticas

⁴⁸ RAWLS, John. *O liberalismo político*. Brasília: Ática, 2000. p. 228.

e jurídicas adequadas (a justiça como equidade) destacando dois princípios de justiça.

O primeiro princípio rawlsiano fixa o direito à liberdade como um valor fundamental para a realização do indivíduo. Mas como respeitar e promover tal direito? A distribuição equitativa de bens primários pelas instituições sociais é a resposta sustentada. Uma repartição desigual de tais bens afeta, em última instância, o direito de todos em ter uma igual liberdade. Dessa forma, a privação ao acesso equitativo a bens primários viola o princípio da dignidade da pessoa humana⁴⁹.

Rawls defende na formulação do segundo princípio de justiça (da igualdade/diferença) aqueles em que as expectativas dos mais privilegiados na sociedade são legítimas, desde que estas resultem em ganho para os menos privilegiados. O objetivo deste princípio é, portanto, estabilizar as diferenças (econômicas, sociais e naturais), redistribuindo o saldo de bens primários de forma em que os menos favorecidos da sociedade sejam beneficiados.

Essa é a igualdade democrática dos bens primários sustentada por Rawls. Busca-se transformar os objetivos da estrutura básica, de modo que o esquema global das instituições enfatize menos a eficiência social e os valores tecnocráticos em detrimento das necessidades dos menos favorecidos. Destaca-se que as diferenças sociais são admitidas. O que não se admite são as desigualdades sociais discrepantes, estas não podem ser justificadas. Elas devem aceder a um modelo organizacional cooperativo em que todos possam contribuir para o desenvolvimento, sobretudo dos menos privilegiados.

Em um ambiente marcado por fortes desigualdades sociais, a formulação de políticas públicas que visam a uma distribuição equitativa de bens primários passa a ser uma exigência moral. Rawls⁵⁰ informa, com seu segundo princípio de justiça – da igualdade equitativa de oportunidade –, que o governo, principal a instituição social, deve: a) manter as formas habituais de despesas sociais básicas; b) assegurar oportunidades iguais de educação e cultura; c) assegurar

⁴⁹ Aqui é assumido o conceito jurídico de dignidade da pessoa humana preconizado por Sarlet (2009, p. 37): “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, implicado, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”.

⁵⁰ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

oportunidades iguais nas atividades econômicas e na livre escolha do trabalho. As pessoas, para atingirem o *status* de cidadania, carecem de certos bens que Rawls denomina como primários e que devem ser distribuídos predominantemente pelo Estado. Destaca-se que Rawls não defende uma posição social idêntica para todos os membros de uma sociedade. Ele não faz um nivelamento das realizações. O que ele patrocina é um mesmo ponto de partida para todas as pessoas.

A ideia de bens primários elaborada por Rawls chama a atenção para o fato de que determinadas necessidades básicas ocupam uma posição vital para o desenvolvimento pleno dos indivíduos. Elas formam uma plataforma mínima necessária para o um agir humano moral. A oferta desigual de tais bens viola a dignidade da pessoa humana. É com base nessa compreensão que as políticas públicas devem ser pensadas e formuladas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS⁵¹

Quando o assunto é a garantia dos direitos sociais por meio de políticas públicas, defende-se para a ação política uma análise prévia de identificação das necessidades do corpo social. Ademais, essa apreciação deve ser balizada por critérios racionais condizentes com os objetivos de um Estado constitucionalmente democrático.

A teoria da justiça rawlsiana, nesse sentido, oferece um critério razoável ao problema das escolhas políticas em sociedades plurais. A concepção de justiça política formulada por John Rawls visa a orientar a estrutura básica da sociedade nas diretrizes dos princípios da justiça social, a *justiça como equidade*.

Tal concepção é apresentada como uma visão autossustentada, cujo conteúdo expressa ideias fundamentais implícitas na cultura política pública de uma sociedade democrática e pressupõe três ideias fundamentais e indissociáveis: a) sociedade como um sistema equitativo de cooperação; b) cidadãos como pessoas livres e iguais; c) sociedade bem ordenada.

Rawls sustenta que a justiça social é praticada por meio de políticas institucionais e, portanto, busca responder a duas questões: a) Qual concepção

⁵¹ A teoria da justiça formulada por Rawls, a *justiça como equidade*, foi engendrada em um ambiente social, político e econômico diferente da realidade brasileira. Ocorre que a justiça em Rawls é trabalhada a partir de uma visão normativa (ideal) de sociedade e de justiça. Por esse motivo, o foco do artigo não reside em destacar as políticas públicas em espécie, senão a forma pela qual elas devem ser (re)pensadas e avaliadas.

de justiça é mais adequada para especificar os termos de uma cooperação social justa ao longo das gerações?; b) Em uma sociedade plural, quais são as bases da tolerância?

Para desenvolver a sua resposta, o filósofo político utiliza a teoria do contrato social como marco inicial, em que as pessoas livres e racionais escolheriam os princípios de justiça que regulariam as suas vidas, presentes e futuras, em sociedade. Desse procedimento resulta a justiça como equidade, com os seus dois princípios informadores.

O primeiro princípio diz respeito à igualdade de direitos de todas as pessoas a um plano satisfatório de direitos e liberdades básicas compatível com o direitos de todos. O segundo estabelece que as desigualdades econômicas e sociais somente se justificam se forem atendidos dois requisitos: permitir o acesso a todos, em iguais condições de oportunidades, a cargos e posições; e que elas representem “o maior benefício possível aos membros menos privilegiados da sociedade”.

À luz de todo o exposto, defende-se que a teoria rawlsiana de justiça confere uma moldura teórica apropriada para a formulação e avaliação de políticas públicas. Ela oferece uma base lógica adequada para o debate do tema políticas públicas e justiça social. Por meio da justiça como equidade podemos/devemos indagar: a) Quais são as condições sociais e os meios polivalentes de fato necessários para os seres humanos se desenvolverem plenamente?; b) Todos os cidadãos brasileiros têm acesso pleno a tais bens?; c) As principais instituições brasileiras concretizam essa base mínima de direitos/bens?

REFERÊNCIAS

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: *Políticas públicas: reflexões sobre os conceitos jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1-49.

CAPELLA, Ana Cláudia. Perspectivas teóricas sobre o processo de formulação de políticas públicas. In: HOCHMAN, Gilberto; ARRETCHE, Marta; MARQUE, Eduardo (Org.). *Políticas públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007. p. 87-122.

CEPEDA, Margarita Diazgranada. Rawls y Ackerman: presupuestos de la teoría da la justicia. Disponível em: <<http://www.bdigital.unal.edu.co/1530/2/01PREL01.pdf>>. Acesso em: 21 set. 2014.

COUTO, Claudio Gonçalves. Política constitucional, política competitiva e políticas públicas. In: *Políticas públicas: reflexões sobre os conceitos jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 75-130.

DALLARI, M. P. O conceito de política pública em direito. In: *Políticas públicas: reflexões sobre os conceitos jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1-49.

DWORKIN, Ronald. Discriminação compensatória. In: *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 343-369.

FREEMAN, S. Original position. Stanford Encyclopedia of Philosophy, 2008. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/original>>. Acesso em: 23 jun. 2014.

GAUS, Gerald. The turn to Political Liberalism. Disponível em: <<http://www.gaus.biz/PoliticalLiberalism.pdf>>. Acesso em: 21 ago. 2014.

GONÇALVES, A. O conceito de política pública em direito. In: *Políticas públicas: reflexões sobre os conceitos jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 75-130.

MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. O conceito de política pública em direito. In: *Políticas públicas: reflexões sobre os conceitos jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 51-74.

POGGE, T. W. *Realizing Rawls*. Ithaca: Cornell University Press, 1989.

PROCOPIUCK, M. *Políticas públicas e fundamentos da administração pública*. Análise e avaliação: governança e redes de políticas, administração judiciária. São Paulo: Atlas, 2013.

RAWLS, John. A ideia de razão pública revisitada. In: WERLE, Denilson Luis; MELO, Rúrion Soares (Org.). *Democracia deliberativa*. São Paulo: Singular, Esfera Pública, 2007.

_____. *Justiça como equidade: uma reformulação*. 1. ed. Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *O direitos dos povos*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. *O liberalismo político*. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. Brasília: Ática, 2000.

_____. *Uma teoria da justiça*. 2. ed. Trad. Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *Political Liberalism*. Paperback Edition. New York: Columbia University Press, 1996.

SANDEL, Michael. *Liberalism and the limits of justice*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982.

SILVA, Rogério Nery da. Políticas públicas e administração democrática. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2012v33n64p57>>.

TAYLOR, Charles. Atomism. In: ANIVERI, S.; DE-SHALIT, A. *Communitarianism and Individualism*. Oxford: Oxford University Press, 1992.

TRAMONTINA, Robison. Uma teoria das obrigações políticas: uma proposta a partir do liberalismo político. Tese de Doutorado, Porto Alegre, Departamento de Filosofia da Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2011.

VITA, Álvaro de. A justiça igualitária e seus críticos. Tese de Doutorado, São Paulo, Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1998.

WEITHMAN, Paul. *Why Political Liberalism*. On John Rawls's Political Turn. New York: Oxford University Press, 2011.

WERLE, Denilson Luis. *Justiça e democracia: ensaios sobre John Rawls e Jürgen Habermas*. São Paulo: Singular, Esfera Pública, 2008.

Submissão em: 25.07.2015

Avaliado em: 13.08.2015 (Avaliador A)

Avaliado em: 21.06.2016 (Avaliador C)

Avaliado em: 28.06.2016 (Avaliador D)

Aceito em: 12.07.2016

LOS CONTRATOS CON DEBERES DE PROTECCIÓN: A PROPÓSITO DE LA VINCULACIÓN ENTRE EL DERECHO CONSTITUCIONAL Y EL DERECHO CIVIL*

CONTRACTS WITH PROTECTION DUTIES: A PROPOS OF CONSTITUTIONAL AND CIVIL LAW CONNECTION

Rómulo Morales Hervias¹

Profesor de Derecho Civil

ÁREA(S) DEL DERECHO: derecho civil; derecho constitucional.

RESUMEN: El presente ensayo se refiere a los deberes de protección nacidos de contratos. El desarrollo doctrinal y jurisprudencial comparado de esta categoría es amplísimo. En el Perú la doctrina nacional la ha estudiado a partir de casos concretos jurisprudenciales. El objetivo de este estudio es desarrollar la autonomía de estos deberes frente a las obligaciones principales y secundarias nacidas de contratos a fin de otorgarle una fundamentación no solo desde el Derecho Civil sino también desde el Derecho Constitucional.

PALABRAS CLAVE: contratos; obligaciones principales y secundarias;

buena fe; derecho civil; derecho constitucional; deberes de protección.

ABSTRACT: *This essay examines protection duties arising under a contract. Its doctrinal and comparative case-law development is very broad. In Peru, national doctrine has studied it from case-law specific cases. The purpose of this study is to develop the analysis of autonomy of these duties towards main and secondary obligations arose under contracts in order to give legal bases not only from Civil Law but also from Constitutional Law perspective.*

KEYWORDS: *contracts; main and secondary obligations; good faith; civil law; constitutional law; protection duties.*

* Publicado en: Derecho PUCP, Revista de Derecho, n. 71, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2013, pp. 53-71.

¹ Abogado por la Universidad de Lima. Magíster por la Universidad di Roma "Tor Vergata". Diplomado en Derecho Romano; y en Derecho de los Consumidores y de la Responsabilidad Civil por la Universidad di Roma "La Sapienza". Doctor por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

SUMARIO: 1 Propósito; 2 La obligación como relación jurídica compleja. La obligación sin prestación; 3 Cláusula general de buena fe; 4 Ejemplos de constitucionalización del Derecho Civil: Los contratos con deberes de protección; 5 Palabras finales; Bibliografía.

SUMMARY: 1 Goal; 2 Obligation as a complex legal relationship; 3 General clause of good faith; 4 Examples of Constitutionalisation of civil law: contracts with protection duties; 5 Final words; References.

1 PROPÓSITO

El propósito de este trabajo es analizar la existencia de contratos con deberes de protección no solo porque tales deberes provienen de las reglas de la buena fe sino porque ellos tienen un fundamento constitucional en la dignidad de la persona humana la cual debe ser respetada según el Artículo 1 de la Constitución Política del Perú de 1993. Aquí el Derecho Constitucional cumple “una función preservadora, de salvaguarda, con la cual protege el Derecho (Privado) existente” (HESSE, 1995, p. 349). El Derecho Privado y en particular el Derecho Civil ha desarrollado la categoría de los deberes de protección que se aplica a los contratos. En particular, las partes no solo están obligadas a ejecutar sus prestaciones sino ellas deben ejecutar prestaciones de protección entre ellas teniendo en cuenta la naturaleza del contrato. Igualmente los terceros son titulares activos de obligaciones de protección en atención a su exposición (fáctica o típica) a los riesgos de daños personales o patrimoniales provenientes de la ejecución de un determinado contrato. De esta manera, “a través de la individualización de los sujetos que pueden ser considerados «terceros», la doctrina y la jurisprudencia – sobretodo extranjera – ha intentado individualizar también el área en la cual el remedio contractual puede operar a favor del tercero. En tal sentido se han expuesto en algunos sistemas, por un lado, la categoría del contrato con efectos protectores frente a terceros” (MOSCATI, 2007, p. 53). El Derecho Civil ha estudiado los contratos con efectos protectores basados en las reglas de la buena fe y el Derecho Constitucional justifica dichas protecciones bajo la dignidad de la persona humana. El presente trabajo propone una lectura constitucional de los deberes de protección a favor de las partes contratantes y de los terceros.

Es importante señalar que las doctrinas ajenas a la alemana se resisten en admitir la concepción de los deberes de protección que “en el ambiente jurídico alemán, se origina y se desarrolla para atenuar los inconvenientes de la

ausencia de previsión legislativa de una cláusula general de responsabilidad" (RODOTÀ, 1969, p. 159). El Código civil peruano de 1984 sí tiene dicha cláusula y por lo tanto se podría deducir que es innecesario promover la aplicación de la concepción de las obligaciones de protección. En sentido diverso, sostendremos que dicha concepción no solo es necesaria aplicarla para proteger intereses en el ámbito de un contrato sino que ella tiene una fundamentación constitucional.

Una aclaración importante es que los deberes de protección son diferentes a las obligaciones de seguridad. Alguna doctrina colombiana los identifica (SOLARTE RODRÍGUEZ, 2004, pp. 306-307). Los deberes de protección "tienden a preservar la incolumidad de las partes contratantes ante posibles daños en su persona o bienes. La obligación de seguridad, en cambio, solo protege la integridad física de una de las partes, el acreedor". Los deberes de protección abarcan recíprocamente a ambas partes del vínculo obligatorio, a diferencia de la obligación, que solamente recae por sobre el acreedor". Los deberes de protección "comportan al menos en su mayor parte verdaderas obligaciones de prudencia y diligencia, a diferencia de las obligaciones de seguridad, que siempre, en su correcta acepción, son obligaciones de resultado" (PRÉVÔT, 2012, pp. 287-288). Para una doctrina francesa, "un contrato no puede reforzar o atenuar la seguridad de alguien, en este caso la del contratante. *Los daños corporales no constituyen supuestos de défaillances contractuelles* [disfunción contractual o deficiencia contractual]. Ellos constituyen, muy por el contrario, supuestos de responsabilidad delictual ya que el deber de velar por no causar daño corporal a otro recae sobre todos (LE TOURNEAU, 2013, p. 29). En Italia, se ha dicho que la violación del deber de protección se regula por la responsabilidad extracontractual (BARCELLONA, 2011, pp. 65-103).

Como lo explica una doctrina, los deberes de protección nacen en dos momentos: El descubrimiento de la *culpa in contrahendo* de Rudolf von Jhering y el desarrollo de los deberes de protección [*Schutzpflichten*] de Heinrich Stoll. Así la "*culpa in contrahendo* y la violación de los deberes de protección [basadas en el mismo presupuesto - violación de la esfera jurídica ajena - y pertenecientes al misma área de la responsabilidad contractual] en la ejecución del contrato son indicativas de lesiones iguales sobre el plano formal y solo diversas sobre el plano temporal". "Mientras Jhering buscaba responder positivamente a una exigencia de tutela para llenar una laguna de la responsabilidad aquiliana", por otro lado faltaba "una previsión por las violaciones contractuales positivas (*positive Vertragsverletzungen*, según la expresión de Hermann Staub que lo pone en evidencia), es decir, las hipótesis de comportamientos contrarios a la

actuación del deber sin que el deudor esté en mora ni exista imposibilidad de la prestación” (CASTRONOVO, 1990, p. 2). Sucesivamente se desarrolla la figura del contrato con efectos protectores para terceros [*Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*] que extiende la tutela contractual a terceros en base al principio constitucional de la solidaridad (CASTRONOVO, 1990, p. 7). Finalmente las lesiones a la integridad física o patrimonial verificados en el desarrollo de la actuación de la relación obligatoria constituyen – para otra doctrina alemana – violaciones de deberes de seguridad del tráfico [*Verkehrssicherungspflichten*] donde se aplica la responsabilidad extracontractual. Esta doctrina es objetada aduciendo que caben lesiones de situaciones subjetivas autónomas respecto al derecho de crédito en sentido estricto (CASTRONOVO, 1990, p. 8).

Para una doctrina alemana, los deberes de protección nacen para corregir una *debilidad* del régimen alemán de responsabilidad extracontractual la cual “radica en la estrecha responsabilidad por el hecho de terceros; es decir, por ejemplo, la responsabilidad que tiene el dueño de un negocio por la conducta dañosa de sus dependientes. Esta responsabilidad no es precisamente una responsabilidad estricta (objetiva), sino que requiere de una culpa del dueño de la empresa: ya sea una *culpa in eligendo* o una *culpa in vigilando* (§ 831 BGB: Numeral 1: Quien encarga a otro una actividad está obligado al resarcimiento del daño que el otro causa antijurídicamente a un tercero en la ejecución de la actividad. No se da el deber de resarcir si el dueño del negocio, en la elección de la persona encargada y, si debe suministrar dispositivos o medios materiales o está obligado a la dirección de la actuación, en el suministro o en la dirección, ha observado la diligencia exigible en el tráfico, o si el daño incluso con la observancia de dicha diligencia se hubiera producido igualmente). Esta culpa se presume, pero el dueño puede desvirtuarla aduciendo prueba en contrario (SCHMIDT, 2013, pp. 330-331). Y añade que: “En muchos otros ordenamientos no es necesaria una justificación así de artificiosa; al contrario, bastaría con hacer uso de las reglas sobre responsabilidad extracontractual. Juristas alemanes también lamentan desde hace tiempo que los casos mencionados tienen naturaleza delictual y que una solución por medio del derecho de contratos es postiza” (SCHMIDT, 2013, pp. 331-332).

Hace algún tiempo una doctrina italiana expresó lo siguiente: La “mayoría de los autores alemanes construyen [los deberes de protección] como elementos de una relación *ex lege*, diferentes de los efectos del contrato y como manto protector a la relación contractual. Correlativamente la categoría [de los deberes de protección] se extiende más allá del concepto de integración del contrato,

hasta someterlo al régimen de responsabilidad contractual incluyendo los daños ocasionados a la persona o a los bienes de una de las partes de comportamientos culposos de la otra, según los cuales la relación contractual solo es una simple ocasión" (MENGONI, 2011, II, p. 287).

2 LA OBLIGACIÓN COMO RELACIÓN JURÍDICA COMPLEJA. LA OBLIGACIÓN SIN PRESTACIÓN

Un sector de la doctrina civil sostiene que el vínculo obligacional se caracteriza por la complejidad. Así, la obligación se entiende como un organismo, como una estructura y como un proceso. El alemán Heinrich Siber calificó a la obligación como un "organismo" [*Organismus*] que incluye un conjunto de créditos individuales, correspondiendo a los deberes de prestaciones principales y accesorios, como también los derechos potestativos, correspondiendo a las sujeciones (LEITÃO, 2006, p. 85-86). Otro autor alemán Karl Larenz configuró la obligación como una estructura o como un proceso. Desde este punto de vista, la obligación es una relación jurídica global donde se incluyen un conjunto de deberes de prestación y otros deberes de conducta, también derechos potestativos y situaciones de sujeción. La obligación es un concepto-suma como un conjunto de consecuencias jurídicas (derechos subjetivos, poderes potestativos, deberes y sujeciones) relacionadas entre sí, en virtud de su conexión con el interés del acreedor que debe ser satisfecho a través de esa relación. La obligación es una realidad jurídica compleja o una estructura de situaciones jurídicas. También la obligación es una estructura temporal como un proceso evolutivo temporal (LEITÃO, 2006, pp. 86-87).

Esta concepción compleja de la obligación será útil para desentrañar el significado de los deberes de protección nacidos de los contratos. Esta concepción es más amplia a aquella concepción que define a la obligación como un vínculo personal entre dos sujetos, a través del cual uno de ellos puede exigir que el otro adopte determinado comportamiento en su beneficio. De ahí que se ha dicho adecuadamente que el carácter esencial de la obligación es ser relacional:

"Es este carácter relacional el que, en el momento en que caracteriza la obligación, con o sin prestación, resulta ser el aspecto constante, el marco dentro del cual la prestación se inscribe solo como una posible variable. Así, la relación obligatoria deja de ser en su esencia deber de prestación y pasa a ser esa relación constante (*konstante Rahmenbeziehung*), teorizada por Herholz

y acogida por Mengoni” (CASTRONOVO, 2011, pp. 66-67; y 2012, p. 57).

La relación es una estructura orgánica, *Organismus* según la locución de la doctrina alemana que la teoriza – incluso parece mejor *Gefüge*, estructura –, si bien, a la inversa, la idea de relación marco que nace *ex lege* como consecuencia de la instauración de la confianza inicial entre las partes, y en la que, sin embargo, es la voluntad de estas la que inserta el deber de prestación, expresa mejor el doble aspecto de la estructura que en estos términos se origina (CASTRONOVO, 2011, p. 70; y 2012, pp. 59-60). En Alemania surge la teorización de la obligación como *Organismus* (Siber, Heinrich Stoll) o como relación obligatoria en sentido amplio (Oertmann) o como relación marco (Herholz) (CASTRONOVO, 2011, p. 68; y 2012, p. 58).

Así la “obligación es reconstruida como una estructura compleja, según la cual el núcleo principal está constituido por la obligación [*obbligó*] de prestación y está integrado por una serie de obligaciones [*obblighi*] accesorias coordinadas en un nexo funcional unitario. El aspecto más interesante de esta evolución está representado por la teoría de los «deberes [*obblighi*] de protección», que ha extendido la tutela de la relación obligatoria, y por ello el régimen de la responsabilidad contractual, al interés de ambas partes para preservar la propia persona y los propios bienes del riesgo específico de daño creado por la particular relación que se produce entre los dos sujetos” (MENGONI, 2011, II, pp. 284-285).

Dentro de este marco teórico, una relación obligatoria es compleja porque contiene deberes de prestaciones principales, deberes de prestaciones secundarias y deberes accesorios. La prestación principal es la acción humana considerada como núcleo de la obligación (MENEZES CORDEIRO, 2009, p. 455). La prestación secundaria depende de la prestación principal (MENEZES CORDEIRO, 2009, p. 462). Y los deberes accesorios cautelan el vínculo obligacional; protegen a las partes, en sus personas o en su patrimonio; y protegen a los terceros, que con la obligación, tengan un especial contacto (MENEZES CORDEIRO, 2009, p. 465). Estos deberes accesorios son denominados deberes de protección o también denominados como deberes funcionales:

“Hago referencia a deberes funcionales y ya no de accesorios, precisamente porque dicha función accesoria puede ser predicada cuando exista un deber de prestación, que por el contrario, como estamos diciendo, no surge necesariamente o, cuando habiendo

existido y habiéndose luego extinguido, no implica a su vez la extinción automática de los deberes llamados accesorios. Desde esta perspectiva, el elemento que hace permanente (*konstante*) la relación no está constituido por el deber de prestación, el cual precisamente por definición tiene una duración inferior a la de la relación en su conjunto, sino por esta última, que viene a denominarse relación jurídica fundamental. De esto se deriva que la esencia de la relación obligatoria – esencia entendida como lo que debe estar presente y no puede faltar – no está constituida por el deber de prestación, que precisamente puede faltar, sino por los hasta ahora denominados deberes accesorios que, sin embargo, por lo que hasta el momento hemos afirmado, es mejor denominar funcionales al correcto desarrollo de lo que – habiéndose originado en un contacto social cualificado – se convierte en una relación jurídica gracias a aquellos, relación que incrementa su contenido si a esto se suma el deber de prestación” (CASTRONOVO, 2011, pp. 67-68; y 2012, pp. 57-58).

Según un importante del sector de la doctrina del Derecho Civil, los deberes de protección nacen no solo de los contratos sino también de los contactos sociales como el caso de las negociaciones donde se instaura entre las partes una relación social de la cual surgen recíprocos deberes dirigidos a proteger la esfera de intereses que aquella relación pone en peligro (BENATTI, 1960, p. 1357):

“En efecto, mientras el deber [*obbligo*] de prestación nace como consecuencia eventual de una fuente específica, en particular el contrato, los deberes [*obbligati*] y las situaciones de marco tienen fundamento en la ley sobre el presupuesto de una relación que se formó entre las partes. La diferencia entre estos dos aspectos de la relación está no solo en el contenido sino en el orden de prioridad, según el cual se refleja en las fuentes respectivas. Mientras la relación marco nace directamente de la ley, de reflejo de la calificación del contacto social según el criterio de la buena fe, la prestación nace necesariamente en el marco así formado

pero no por efecto automático., sino por la elección específica que se sustancia en un contenido siempre diverso por la función de una precisa voluntad de las partes o de un fin [*scopo*] determinado. Pero siempre la relación marco es la relevancia jurídica de la relación formada sobre el plano del hecho, el deber [*obbligo*] de prestación es el efecto querido (por las partes o por la ley) específico que se coloca en tal relación” (CASTRONOVO, 2011, pp. 68-69).

También hay deberes accesorios o deberes de protección que derivan de la ley y en concreto del principio de la buena fe (BENATTI, 1960, p. 1346).

En doctrina nacional se describió el desarrollo de los “deberes de protección” [*Schutzpflichten*] en Alemania e Italia (LEÓN, 2003, pp. 36-38). Otra doctrina nacional ha argumentado que el deber de diligencia es un deber accesorio o deber de protección que nace de la ley:

“Lo que el artículo 1314 realiza, en principio, es el enunciado general de la prueba del cumplimiento de las obligaciones con la actuación diligente del deudor (es decir, que la mal llamada prueba de la ‘ausencia de culpa’ es una prueba de cumplimiento de la obligación), cuando la conducta de protección asumida por el deudor en la situación jurídica subjetiva de deuda, coadyuva a la consecución de la utilidad comprometida en el deber de prestación.

Pero, además, pocos han reparado que, al referirse el artículo 1314 al deber accesorio de diligencia, brinda fundamento legal al acogimiento contractual integral de los deberes de protección, los cuales, a saber, pueden ser de dos clases:

- a) Los que coadyuvan a la realización del deber central (a la realización del deber primario de prestación), contribuyendo en mayor o menor medida a precisar la forma particular de ejecución de la prestación debida en función al tipo de utilidad comprometida en el deber de prestación.

Aquí, los deberes de protección están destinados, pese a todo, a tutelar el interés de prestación (Ej.: en el transporte, trasladar a los pasajeros a destino, sanos y salvos; en las prestaciones médico-quirúrgicas, vigilar el desenvolvimiento de la propia conducta de manera tal que se le procure al paciente la utilidad inmaterial de mejorar su posición de salvamento; etc.).

En esta hipótesis, al vincularse necesariamente el deber de protección de la obligación con la utilidad comprometida en el deber central, la ejecución de la diligencia debida no puede significar otra cosa que la no presentación de vicisitud alguna en el cumplimiento del deber central; es decir, el cumplimiento de la obligación.

b) Los que tienen la específica función de tutelar a la persona y los bienes de la otra parte de la relación.

Es decir, que también el artículo 1314 (concordado con el art. 1362 del mismo) recoge la protección contractual del respeto a la esfera jurídica del acreedor (deberes de seguridad), recogiéndose la exigencia de tutela de la persona y de las cosas de cada uno de los sujetos de la relación obligatoria que no tienen por qué “sufrir daños a causa o con ocasión del desarrollo de la relación”.

Empero, a diferencia de los deberes de protección que coadyuvan a la realización del deber central, aquí el deber accesorio de diligencia, encarnado en un deber de seguridad, tutela, no ya el interés de prestación, sino exclusivamente el interés de protección, cuya lesión puede dar también lugar, sin duda, a una responsabilidad contractual.

En esta hipótesis, entonces, el cumplimiento del deber de diligencia no conlleva el cumplimiento del deber central y, por lo tanto, no representa una prueba del cumplimiento de la obligación, sino, tan solo, la satisfacción de un interés de protección autónomamente

considerado en sede contractual” (FERNÁNDEZ CRUZ, 2005, p. 159).

No obstante lo señalado, un sector de la doctrina italiana ha advertido que la diligencia “no puede ser considerada fuente de obligaciones, autónomas o accesorias” sino es “un criterio de responsabilidad en relación de una prestación *ya* determinada en su conjunto” (RODOTÀ, 1969, p. 160). La “diligencia se presenta como un criterio de valoración sin que forme parte del contenido de una obligación autónoma” (RODOTÀ, 1964, p. 544). Así, la diligencia es un instrumento de control de la actividad del deudor: “ella se refiere solo al *como* de la prestación” (RODOTÀ, 1969, p. 153: De acuerdo: Ravazzoni, 1989, p. 2). Otra doctrina italiana ha expresado que el desarrollo de la actividad ejecutiva “está dominado por la regla de la diligencia” (ROMANO, 1959, p. 689).

En el presente estudio nos vamos a concentrar en los deberes de protección nacidos de los contratos. Por ejemplo, el contrato de arrendamiento genera una relación obligatoria compleja donde coexisten obligaciones principales del arrendador de entregar el bien (artículo 1678 del Código Civil) y de mantener al arrendatario en el uso del bien durante el plazo del contrato (numeral 1 del artículo 1680 del Código Civil); y deberes de protección del arrendador de conservar el bien en buen estado para el fin del arrendamiento (numeral 1 del artículo 1680 del Código Civil) y de realizar las reparaciones necesarias (numeral 2 del artículo 1680 del Código Civil). Además hay otras obligaciones principales del arrendatario de recibir el bien (numeral 1 del artículo 1681 del Código Civil); de cuidar el bien diligentemente (numeral 1 del artículo 1681 del Código Civil); de usar el bien para el fin según el contrato o las circunstancias (numeral 1 del artículo 1681 del Código Civil); de pagar oportunamente la renta y los servicios públicos suministrados (numerales 2 y 3 del artículo 1681 del Código Civil); y de restitución del bien en el plazo debido y en el estado del normal deterioro (numeral 10 del artículo 1681 del Código Civil). Asimismo, hay la obligación secundaria de permitir al arrendador la inspección por causa justificada [carga del arrendador de avisar 7 días antes] (numeral 5 del artículo 1681 del Código Civil); y obligación secundaria negativa de uso imprudente del bien o con fin ilícito [motivo del arrendatario contrario al orden público o a las buenas costumbres] (numeral 7 del artículo 1681 del Código Civil). Finalmente, están reguladas la obligación de protección de dar aviso inmediato al arrendador de cualquier posible peligro de perjuicio al bien (numeral 4 del artículo 1681 del Código Civil); la obligación de protección de hacer las reparaciones según la ley o el contrato (numeral 6 del artículo 1681 del Código Civil); y la obligación

de protección negativa de no introducir cambios ni modificaciones en el bien (numeral 8 del artículo 1681 del Código Civil).

En consecuencia, esta concepción de la obligación como relación jurídica compleja se extiende a la categoría de la obligación sin prestación. Una concepción de la obligación relacionada a la prestación era inconcebible hace un tiempo. Pero como se ha dicho correctamente existen prestaciones sin obligación como en la gestión de negocios y en el caso de un médico cuando por iniciativa propia opere a un enfermo que no se encuentra en las condiciones de solicitar su intervención, por ejemplo, si el primero se encontraba casualmente en las inmediaciones de un accidente (CASTRONOVO, 2011, p. 61; y 2012, p. 53). Asimismo, cabe hablar de la obligación sin prestación en los casos de la obligación sin prestación del médico frente al paciente a diferencia de la obligación con prestación del médico frente a la estructura sanitaria (CASTRONOVO, 2011, pp. 63-64; y 2012c, p. 55); y del carácter relacional entre el deber de protección, a cargo de la administración pública, frente al interés del ciudadano de obtener un procedimiento legítimo en vista de un pronunciamiento legítimo (CASTRONOVO, 2011, pp. 65-66; y 2012, pp. 55-56).

La relación obligatoria normalmente se construye mediante una estructura binaria entre derecho de crédito y deber de prestación. Dicho deber nace como consecuencia eventual de una fuente específica, en particular el contrato, los deberes y situaciones pertenecientes a la relación marco encuentran su fundamento en la ley, bajo el presupuesto de una relación que se ha instaurado entre las partes. La diferencia entre estos dos aspectos de la relación se encuentra no solo en el contenido sino en el orden de prioridad, el cual se refleja en las fuentes respectivas. Mientras que la relación marco nace directamente de la ley, como reflejo de la cualificación del contacto social según el criterio de la buena fe, la prestación nace necesariamente en el marco instaurado de esta manera, pero no automáticamente, sino por la elección específica que se traduce en un contenido siempre diferente, porque es función de una precisa voluntad de las partes o de un fin determinado. Y mientras que la relación marco es la relevancia jurídica de la relación instaurada en el plano fáctico, el deber de prestación es el efecto específico querido (por las partes o por la ley), que se inserta en dicha relación (CASTRONOVO, 2011, pp. 68-69; y 2012, pp. 58-59).

3 CLÁUSULA GENERAL DE BUENA FE

El contexto normativo italiano de la buena fe es diferente al peruano. En el Código civil italiano de 1942 se discutió sobre dos conceptos: (i) la lealtad

regulada en el Artículo 1175 [El deudor y el acreedor deben comportarse con arreglo a las reglas de la lealtad – *correttezza* –] y; (ii) la buena fe normada en el Artículo 1375 [El contrato debe ser ejecutado con arreglo a la buena fe]: “o se trata de conceptos que, aplicándose a las mismas situaciones, son fundamentalmente conceptos diversos; o se trata de conceptos que, idénticos en el plano del contenido y aplicables a las mismas situaciones, se refieren a momentos diversos de ellas (como acaecería si se quiere referir la lealtad a la integración, la buena fe a la ejecución); o se trata de un único concepto, expresado en variantes lexicales, pero aplicado a situaciones, momentos, niveles idénticos” (RODOTÀ, 1969, p. 143). Para otra doctrina, ambas normas señalan una única regla de comportamiento (FERRI, 1970, p. 119 y BIANCA, 1979, pp. 76-77). En todo caso, se puede aseverar que los “civilistas italianos han promovido exitosamente su reconocimiento, con carácter general, sobre la base del artículo 1175 del Código de 1942, que obliga a los sujetos de la relación obligatoria a comportarse con arreglo a la lealtad (*correttezza*)” (LEÓN, 2003, pp. 37-38).

La buena fe y la lealtad son reguladas conjuntamente en el *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) mediante las expresiones *good faith* y *fair dealing* en los Artículos I. – 1:102 [Inciso b del Numeral 3]; II. – 1:102 [Numeral 1]; II. – 3:301; II. – 7:201 [ii del Inciso b del Numeral 1]; II. – 7:205 [Numerales 1 y 3]; II. – 7:207 [Numeral 2]; II. – 7:215 [Numeral 2]; II. – 8:102 [Inciso g del Numeral 1]; II. – 9:101 [Inciso c del Numeral 2]; II. – 9:404; II. – 9:405; II. – 9:406; III. – 1:103; III. – 1:106 [Numeral 4]; III. – 3:105; III. – 3:203 [Inciso b]; IV. B. – 4:102 [Numeral 2]; y VI. – 5:401 [Inciso b del Numeral 2].

El “contenido de la lealtad debe ser determinado con un reenvío a un orden de consideración legislativamente determinado, y concretamente individualizado en las normas constitucionales” y por ello su función es ser “límite de la autonomía privada” (RODOTÀ, 1969, p. 181).

El parámetro para definir el contenido de la lealtad considera “en primer lugar, los principios constitucionales en la materia de los derechos y de los deberes de los sujetos privados; en segundo lugar, de los lineamientos generales que el principio de la solidaridad ha asumido en el sistema civilístico (también, debe recordarse, por efecto de los nominados principios constitucionales)” (RODOTÀ, 1969, p. 151). De ahí que el criterio de lealtad se especifica en dos direcciones: “como criterio idóneo para permitir la formación de una norma contractual que haga posible la realización completa de la operación económica perseguida por las partes”; y “como criterio que, compatiblemente con el tipo de reglamento de intereses perseguido por las partes, permite la formación de una

norma contractual adecuada a las finalidades del orden social perseguidas por el ordenamiento" (RODOTÀ, 1969, p. 152).

La buena fe como cláusula general es definido – por el legislador del Código civil italiano de 1942 – por “los principios de lealtad y honestidad en toda la mutación contractual, de la fase de formación, eventualmente caracterizada por el desarrollo de las tratativas, hasta la ejecución” (PATTI, 2013, p. 275). En concreto, la ley es la fuente inmediata y mediata de los deberes de protección a través de la cláusula general de la buena fe (CASTRONOVO, 1990, p. 4). En el Perú se puede sostener que los deberes de protección nacen de la cláusula general de la buena fe (ZAMUDIO ESPINAL, 2007, p. 202).

El Artículo 1362 del Código Civil regula la cláusula general de la buena fe: “Las cláusulas generales están contenidas en normas jurídicas. Interpretar las cláusulas generales significa por eso interpretar las normas jurídicas que la prevén. Por lo tanto, se trata de interpretar la ley, es decir, de atribuir a la norma un significado que permita la subsunción del caso concreto, pero las reglas establecidas para la interpretación de la ley se demuestran insuficientes o no adaptadas para atribuir el referido significado a las normas que contienen cláusulas generales” (PATTI, 2013, pp. 265-266).

La interpretación de la cláusula general “consiste en el hecho que no se trata tanto de subsumir un determinado comportamiento bajo una norma que prevé un modelo abstracto, sino de individualizar a la luz de directivas formuladas por la norma y de las circunstancias del caso cómo el comportamiento deba considerarse correcto” (PATTI, 2013, p. 278). “El juez, llamado a resolver el caso, hace referencia a la norma que prevé la cláusula general, pero en realidad aplica la regla que gobierna el grupo de casos en los que se subsumen a su examen, sin perjuicio de la posibilidad de usar la cláusula general para adaptar la regla concreta a las exigencias del nuevo caso o para elaborar una nueva” (PATTI, 2013, p. 290).

La reconstrucción del contenido de las cláusulas generales se hace mediante las “normas constitucionales” (RODOTÀ, 1969, p. 191). Dicho contenido es “flexible” porque “permite adaptar la regla a las peculiaridades del caso concreto” mediante “la función de permitir al juez de adaptar las normas a las circunstancias del caso concreto y de colmar las inevitables lagunas de reglamentación” (PATTI, 2013, p. 287). En relación a la buena fe, la vía correcta de establecer el contenido de las reglas de la buena fe es “extraer una multiplicidad de parámetros de juicio, suficientemente específicos en relación

a la diversidad de los sectores de uso de la buena fe y a la variedad de los conflictos de intereses, pero suficientemente elaborados para ser fungibles a una pluralidad de situaciones y controlables y predecibles en su uso”; y tal tarea está reservada a la jurisprudencia “en el cotidiano contacto con la realidad de las relaciones jurídicas y a sus capacidades de realizar el equilibrio dialéctico entre normas y casos” (BESSONE y D’ANGELO, 1988, p. 7).

En Italia, se ha señalado que el Artículo 1175 del Código civil italiano de 1942 “trasciende el ámbito de las relaciones contractuales; pero, valorada en relación al contrato, no hay duda que se aplica como fuente de integración del reglamento negocial” (MENGONI, 2011, II, p. 285). El concepto de lealtad es una variante del principio de buena fe y “asume el rol de fuente de integración del contrato para salvaguardar el interés de protección de cualquier parte, y también de los terceros ligados a una de ellas de particulares relaciones que se asocian al mismo riesgo específico. En primer lugar, se deduce que la lesión de tal interés producto de comportamientos de la contraparte causalmente vinculados a la ejecución del contrato cambia naturalmente: no se concreta en un ilícito civil, como sucedería fuera del ámbito del art. 1175, sino de un acto de incumplimiento del contrato sujeta a la regla del art. 1218 [*Responsabilidad del deudor*.- El deudor que no realiza exactamente la prestación debida está obligado al resarcimiento del daño a menos que pruebe que el incumplimiento o el retardo han sido determinados por imposibilidad de la prestación derivada de causa no imputable a él]. En segundo lugar, un comportamiento contrario a un deber [*obbligo*] de protección puede asumir relevancia jurídica independientemente de la producción del daño actual, en función de los remedios de la resolución del contrato y de la excepción de incumplimiento” (MENGONI, 2011, II, p. 286).

Ahora bien, es importante señalar que el deber contractual de buena fe es una derivación del deber legal de buena fe regulado en el Artículo 1362 del Código civil peruano. La buena fe en la norma citada es un deber legal. El “acto debido según la buena fe asume su carácter de obligatoriedad en virtud de un fenómeno de integración contractual y se aplica mediante la cláusula general de buena fe la cual tiene un fundamento normativo de tipo legislativo [...] Teniendo en cuenta el aspecto genético del deber de buena fe, debería, en consecuencia, ser calificado como *deber legal*, hallando su propia fuente, precisamente, en la ley” (UDA, 2004, p. 392).

Entonces, no hay dudas que la buena fe es un deber legal pero cuando se celebra un contrato nace un deber contractual de buena fe con un valor jurídico único y concreto aplicable al contrato en particular. De esta manera, “el deber es

contractual en cuanto efecto jurídico producido por un acto contractual concreto individualizado en sus características estructurales creado por una manifestación de voluntad de los contratantes” (UDA, 2004, p. 393). Este concepto de deber contractual de buena fe requiere de otro concepto para su mejor entendimiento el cual es el reglamento contractual como “conjunto de cláusulas contractuales y de las consecuencias jurídicas que originan, en una óptica subjetiva, las posiciones jurídicas activas y pasivas y justifican la mutación económico-contractual” (UDA, 2004, pp. 393-394). De ahí que el deber contractual de buena fe es una derivación del reglamento contractual y cumple un rol fundamental tanto en el cumplimiento como en el incumplimiento de las obligaciones:

“Verificada la presencia del deber de buena fe en el reglamento de los intereses deducidos del contrato, en el sentido que la buena fe (como fuente de integración) participa en la determinación de los actos debidos de modo que el contrato logre la realización del programa económico; verificada también la «necesidad», bajo el nivel funcional, que el deber de buena fe se aplica en la ejecución de modo que el contrato pueda funcionar [...] resulta evidente la influencia «fisiológica» del deber de buena fe.

Dado que la función desarrollada por el deber de buena fe de salvaguardar el contrato en su aspecto dinámico, permitiendo la realización del programa económico y así de los intereses de las partes contratantes, parece evidente que su incumplimiento influye sobre la total mutación contractual, en el sentido que impide regular el funcionamiento del contrato y la obtención del resultado económico.

La cualidad del deber de buena fe como deber contractual se aplica, por eso, también en la eventual mutación patológica del contrato. El hecho mismo que la falta de ejecución del deber de buena fe comporte una anomalía funcional del contrato, expresa su naturaleza de deber contractual por cuanto el acto debido, por su instrumentalidad a la obligación principal, se realiza para lograr la utilidad económica contractual, si no se

ejecuta impide también su exacta ejecución y por ello el incumplimiento del contrato.

Esto demuestra, en esencia, que la obligatoriedad jurídica del acto de buena fe no deriva de una general, y neutral bajo el aspecto teleológico, exigencia de comportamiento correcto de los contratantes, sino viceversa de la específica exigencia económica relevante en el ámbito del particular acto contractual, y por ello funcionalmente dirigido al resultado económico-contractual.

Incluso en el aspecto teleológico, por ello, la exigencia que es el fundamento y justifica el deber de buena fe es una exigencia específica, individualizada en la particular relación económica deducida del contrato.

En conclusión, el deber de buena fe debe ser calificado como un verdadero y propio deber contractual en virtud de una serie de valoraciones: no solo en base a su idoneidad de colocarse como acto jurídicamente debido en el ámbito de una particular mutación contractual, sino también en consideración al hecho que tal acto debido está teleológicamente ligado a la exigencia económica propia de la relación contractual y también está funcionalmente coligada a la realización del interés económico contractualmente deducido, de modo que su eventual incumplimiento impide la satisfacción, impidiendo además regular el funcionamiento del contrato" (UDA, 2004, p. 396-397).

El "deber de buena fe está ligado por una *relación funcional*, en su mutación fisiológica, con la prestación contractual principal, y en consecuencia con el relativo interés - «externo» estructuralmente a la relación obligatoria de buena fe -, así su violación, en su aspecto patológico, se traduce en una *anomalía funcional*, en el sentido de la ruptura de la mutación dinámica del contrato, con la subsiguiente falta de realización del interés de la contraparte y, más en general, del programa económico convencionalmente establecido. Propiamente la subsistencia de la anomalía funcional, dado el requisito de la gravedad, justifica, sobre el plano lógico y sobre el plano aplicativo, el recurso

al remedio de la resolución del contrato” (UDA, 2004, pp. 459-460). Entonces, la violación del deber contractual de buena fe otorga los derechos de resolución, de resarcimiento y de cumplimiento, entre otros remedios.

Ahora bien, el deber de buena fe está indudablemente coligado a las obligaciones principales y secundarias de un contrato pero ello no comporta que este deber no mantenga su autonomía. Nos explicamos mejor. En el caso hipotético que el deudor incumpla una obligación principal, el acreedor puede optar por ejercer el derecho de resolución y en su caso ejercer el derecho de resarcimiento (Artículo 1428 del Código civil) si dicho incumplimiento le ocasionó daños. Pero si el incumplimiento se refiere al deber de buena fe, el acreedor podría ejercer ambos derechos aunque la obligación principal no haya sido incumplida. Incluso si el deudor incumple una obligación principal, el acreedor podría optar por una terminación unilateral o desistimiento utilizando la denominada “resolución” por intimación o por autoridad del acreedor regulada en el Artículo 1429 del Código civil sin perjuicio que posteriormente ejerza su derecho de resarcimiento si además el deudor incumplió algún deber emanado de la reglas o deberes de buena fe. De ahí que se puede sostener que es perfectamente posible formular pretensiones de resolución y de resarcimiento que se sustenten en violaciones diferentes. De ahí que no cabe contradicción entre pedir resolución por incumplimiento de una obligación principal y pedir el resarcimiento por incumplimiento de un deber de buena fe.

4 EJEMPLOS DE CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO CIVIL: LOS CONTRATOS CON DEBERES DE PROTECCIÓN

Es usual en la actual praxis contractual minera estipular cláusulas sobre deberes de protección. Así, una empresa – comitente – dedicada a actividades mineras de exploración, explotación y beneficio de minerales, requiere de los servicios de construcción, avance, desarrollo y sostenimiento, y otros trabajos de labores mineras que integran su unidad de Producción. Por su parte, la contratista deber ser una empresa especializada en la ejecución de obras civiles y de labores mineras. La contratista asume el deber de proporcionar a su personal (trabajadores, supervisores y demás a su cargo) los implementos y equipos de seguridad que fueran necesarios para la debida protección de su seguridad y salud. La contratista asume el deber de efectuar las labores contratadas velando por los intereses económicos de la comitente y respetando la propiedad de terceros. Usos y costumbres de las poblaciones locales. La contratista está obligada a tomar las medidas técnicas de seguridad necesarias, lo que implica

que deberá implementar las medidas de seguridad máximas para evitar la pérdida de los equipos, partes, piezas, repuestos, y cualquier otro bien de su propiedad por sustracción (robo) por terceros, y todas las medidas de seguridad requeridas para tal fin. Además, la contratista se obliga a cumplir cabalmente con las normas de medio ambiente, por lo cual será la única y directa responsable de la contaminación al medio ambiente y recursos naturales, dentro y fuera de la Unidad de Producción del comitente durante la ejecución de las obras; y la contratista se obliga frente al comitente, a asumir total responsabilidad por los daños que ésta o su personal, pudieran ocasionar a las instalaciones del comitente, así como cualquier accidente que pudiera sucederle al personal de la contratista, o que pudieran causar éstos a terceros y a trabajadores del comitente, o que pudieran ocasionar al medio ambiente, en las instalaciones del comitente.

Estas cláusulas mencionadas entre el comitente y el contratista se refieren a los deberes de protección que son asumidos exclusivamente por la contratista.

Por otro lado, hay algunos ejemplos legislativos, jurisprudenciales y donde se aplican y se han aplicado los deberes de protección.

Un caso legislativo es el regulado en el segundo párrafo del Artículo 1328 del Código civil [También es nulo cualquier pacto de exoneración o de limitación de responsabilidad para los casos en que el deudor o dichos terceros violen obligaciones derivadas de normas de orden público] que tiene como antecedente del segundo párrafo del artículo 1229 del Código Civil italiano [Es igualmente nulo todo pacto previo de exoneración o de limitación de responsabilidad por los casos en que el hecho del deudor o de sus auxiliares constituya infracción de deberes de normas de orden público].

El segundo párrafo del artículo 1229 del Código Civil italiano se justifica porque así como el deudor es responsable de los medios materiales empleados para el cumplimiento, él también debe ser responsable de las personas que utiliza en su empresa, y que son extrañas a la relación para la cual ellas colaboran. De estas premisas se deduce un corolario lógico: puesto que los auxiliares no son, frente al acreedor, los directos responsables del incumplimiento, el pacto de no responsabilidad del deudor por los daños producidos por aquéllos con dolo o culpa grave significaría una total insatisfacción para el acreedor (BENATTI, 2007, p. 431). Sobre el pacto relativo a las prestaciones que interesan al orden público, también regulado en el segundo párrafo del artículo 1229 del Código Civil italiano, una doctrina italiana ha definido el orden público como el sistema de los principios fundamentales del ordenamiento que impone al deudor el

deber inderogable de actuar diligentemente en la satisfacción de los intereses de protección del acreedor en su integridad física y moral; y en sus relaciones familiares (BIANCA, 1979, p. 482). Otra doctrina ha opinado que el orden público se refiere al conjunto de normas que tutela intereses generales (BENATTI, 2007, p. 431). Otra doctrina asevera que las normas de orden público se refieren a las normas que establecen la indisponibilidad de ciertos derechos o prevén zonas de tutela de los intereses del contratante más débil o del consumidor (CANNATA, 2008, p. 74).

En cuanto a las normas de orden público mencionadas en el segundo párrafo del artículo 1328 del Código civil, debemos aseverar que las cláusulas de limitación o de exoneración de responsabilidad no deben violar normas constitucionales. Por ejemplo, normas de protección al medio ambiente, normas de protección al derecho de los consumidores y normas de protección al derecho de las personas (por ejemplo, el derecho a la integridad física). Es común en la contratación privada entre empresas estipular cláusulas donde las limitaciones o exoneraciones de responsabilidad previstas no serán aplicables en los casos señalados a continuación:

- (i) Dolo, fraude o culpa grave.
- (ii) Daños ambientales o violación de la legislación ambiental.
- (iii) Daños referentes a la violación de propiedad intelectual de terceros.
- (iv) Demandas causadas por el incumplimiento de pago de los tributos relacionados a la ejecución del contrato, o por violación a la legislación tributaria, laboral o administrativa.
- (v) Demandas relativas a daños personales, incluyendo daños morales.
- (vi) Daños causados por violación a la legislación penal y/o administrativa.
- (vii) Daño que se derive de cualquier eventual demanda o reclamación de terceros que sea interpuesta en relación a lesiones corporales, enfermedad o muerte de cualquier persona empleada o no, incluyendo visitantes, clientes, autoridades y prestadores de servicios en general.

Estas reglas de orden público no pueden ser limitadas o exoneradas contractualmente en cuanto a la responsabilidad porque en el fondo no cabe limitar o exonerar el incumplimiento de deberes de protección al medio ambiente, al derecho de propiedad intelectual de terceros, a los intereses públicos y a los derechos de las personas en general.

Un caso jurisprudencial importante se desarrolló en la Casación n° 3101-2009-Lima de 16 de marzo de 2010. Un grupo de bonistas [titulares de bonos] demandó por responsabilidad contractual al Banco Santander Central Hispano, sustituido por el Banco de Crédito del Perú, en su calidad de Fideicomisario (Representante de los Obligacionistas) por actos consistentes fundamentalmente en no otorgar garantías reales a favor de los bonistas, no proteger adecuadamente el crédito de los bonistas y no impedir la constitución de garantías reales a favor de otros acreedores. Esta imputabilidad de negligencia atribuida al Banco demandado como fideicomisario se debió a que nunca asistió a un Directorio ni a una Junta General de Accionistas de BASA, sino tan solo luego de habérselo exigido la Asamblea de Obligacionistas. Asimismo, el fideicomisario no revisó los libros ni la contabilidad de dicha empresa, ni solicitó ningún tipo de información a BASA. Tampoco solicitó a BASA la documentación necesaria para establecer la real situación financiera de la empresa; y no convocó a una Junta de Obligacionistas para informarles sobre la crítica situación económica financiera por la que atravesaba BASA. En virtud de ello, tampoco el Banco demandado exigió el otorgamiento de garantías reales para respaldar la redención de los bonos y el pago de los intereses correspondientes. El tercer párrafo del artículo 240 de la Ley General de Sociedades – Ley n° 16123 y su modificatoria aprobada por Decreto Legislativo n° 311 y aplicable a la situación concreta – es claro al establecer que Fideicomisario tiene representación legal de los bonistas y puede ejercer las acciones que correspondan para cautelar los derechos de dichas personas. Más aún, en la primera asamblea de bonistas de BASA S.A., la asamblea de bonistas acordó por unanimidad “solicitar a BASA el otorgamiento de primera y preferente hipoteca sobre la planta industrial de su propiedad, por un monto de US\$ 4’000,000 más el 30% de dicha suma para coberturar la posible reducción del precio de venta del inmueble según manifestó Profuturo AFP, más de un año de intereses”. Además, hubo conflicto de intereses entre el Banco demandado como acreedor de BASA y como Fideicomisario de los bonistas, en el sentido que favoreció su situación patrimonial en detrimento de los bonistas. Este conflicto de intereses se demuestra al no haber protegido adecuadamente el crédito de los bonistas y al no haber impedido judicial o extrajudicialmente la constitución de garantías reales a favor de otros acreedores. Por tanto, el Banco demandado privilegió su calidad de acreedor de BASA en contraposición a su calidad de Fideicomisario de los bonistas. El embargo trabado a su favor por US\$ 5’000,000 fue una prueba de ello.

La casación bajo análisis hizo suyos los argumentos de la sentencia de vista emitida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de 20 de abril de 2009 (expediente n° 1508-2007). En el Fundamento Décimo Séptimo de esta resolución se menciona que las obligaciones del Banco demandado deben encontrarse en una interpretación de lo pacto en el contrato de fideicomiso “a la luz del principio de la buena fe contractual previsto en el artículo 1362 del Código Civil”. No hay duda que la imputación de responsabilidad al Banco demandado fue por incumplir deberes de protección en su calidad de fideicomisario.

Otros casos sobre deberes de protección se desarrollaron en la jurisprudencia administrativa. En la Resolución n° 1391-2007-CPC de 18 de julio de 2007 se señaló que “un consumidor razonable que acude a jugar a un casino y que entrega las llaves de su vehículo al servicio de Valet Parking ofrecido, esperaría que además de estacionamiento vehicular, se brinde servicio de vigilancia”. En doctrina nacional se ha dicho con acierto que “la normativa del contrato de hospedaje se aplicará a los estacionamientos de los establecimientos comerciales porque al igual que en el hospedaje, en dichos establecimientos el estacionamiento es una prestación accesoria. De esta manera, cuando los clientes estacionan sus vehículos, el deber de custodia es un deber de protección o de seguridad” (GUTIÉRREZ VEGA, 2010, p. 247). Por ello, era innecesaria la Ley que regula el Servicio de Estacionamiento Vehicular, Ley n° 29461, porque “nuestro Código Civil tiene las herramientas para resolver los casos de pérdidas de los vehículos en los estacionamientos de los establecimientos comerciales” (GUTIÉRREZ VEGA, 2010, p. 250).

Por otro lado, el fundamento 32 de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de noviembre de 2003 (Expediente n° 0008-2003-AI/TC, Lima) ha establecido que “los derechos de acceso al mercado, a la protección de los intereses económicos, a la reparación por daños y perjuicios y a la defensa corporativa del consumidor, se erigen también en derechos fundamentales reconocidos a los consumidores y usuarios”. Así se puede colegir que si hay deberes de protección existen correlativamente derechos de protección para los consumidores en el marco de un contrato de consumo. No obstante ello, en sede nacional se ha dicho dos cosas contradictorias. Por un lado, se ha dicho que “los deberes de protección se constituyen en autónomos respecto de los que les corresponden al Estado respecto de los consumidores, siendo enteramente privados, obligan a su cumplimiento, en la medida que ignorarlos puede derivar en responsabilidad por incumplimiento de deberes de protección derivados del deber principal de cooperación” (HOWARD DEJO, 2010, p. 164) y en la conclusión décimo cuarta

de la tesis que “hay coincidencia de fines entre estos deberes [de protección], puesto que aquellos que competen al Estado se despliegan en el marco de las relaciones jurídicas intersubjetivas y terminan siendo similares a los deberes de protección obligacionales” (HOWARD DEJO, 2010). Los deberes de protección del Estado son totalmente diferentes a los deberes de protección que deben ser cumplidos por los proveedores o empresarios en el marco de un contrato de consumo. El Estado y los proveedores o empresarios cumplen roles diferentes.

Finalmente, la Resolución de 24 de mayo de 2000 emitida por la Tercera Sala Civil de Lima (expediente n° 1615-2000), hace mención a la obligación tácita de seguridad la cual no se agota en el acto material de la transfusión, sino que la obligación va más allá, porque no solo se obligan a realizar la transfusión sino también a que dicha transfusión no sea causa de un mal para el paciente. “No hay duda que esta posición considera convenientemente que la actividad de transfusión implica el cumplimiento de deberes de conservación de la esfera jurídica de otros que nacen de la confianza inevitablemente generada por la misma profesionalidad. La violación de tales deberes conllevará a la responsabilidad contractual nacida de un deber sin prestación o deber de protección o de deber de seguridad inherente a la conducta (*Verkehrspflichten*)” (MORALES HERVIAS, 2007, p. 27).

5 PALABRAS FINALES

La teoría de los deberes de protección “no tiene la función política de corregir o compensar deficiencias de la regulación del ilícito civil, y por eso no se vincula con los desarrollos de tal regulación. Ella tiene un preciso fundamento dogmático en las normas que configuran la relación obligatoria como una relación compleja cuyo propósito de tutela comprende, más allá del interés de la prestación definido por el artículo 1174 [*Carácter patrimonial de la prestación*]. – La prestación que constituye el objeto de la obligación debe ser susceptible de valoración económica y debe corresponder a un interés, aun cuando no sea patrimonial, del acreedor], el interés de protección en consideración a una norma sucesiva. Del mismo modo, el artículo 1175, y en la medida en que estén involucrados, los deberes [*obbighi*] de protección reciben su determinación de sentido no en el deber genérico de *neminem laedere*, sino en la relación específica que forman parte. La relación obligatoria, entendida como relación fundamental, no es una entidad normativa ontológicamente diferente de las particulares obligaciones [*obbighi*] y derechos que forman parte, sino ni siquiera es simplemente una suma. Ella posee su autonomía en cuanto los elementos

particulares son esencialmente determinados por su posición en la estructura unitaria de la relación; si fueran separados cesarían de ser aquello que era antes. El efecto práctico de esta teorización, llevada a cabo sobre la base de la teoría general de las estructuras complejas, es la calificación de los comportamientos contrarios a los deberes [obblighi] de protección como violaciones contractuales positivas, es decir, incumplimientos contractuales, ella es alternativa, no concurrente con la calificación como actos ilícitos” (MENGONI, 2011, II, p. 288).

La categoría de los deberes de protección se fundamenta adicionalmente en la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad los cuales “constituyen el fin supremo de la sociedad y del Estado” (LANDA, 2011, p. 37). Ello debe realizarse mediante una adecuada interpretación constitucional: “interpretar la regla legal existente conforme a los principios constitucionales, adoptando, entre otros sentidos posibles, aquel que mejor se compatibilice con el ordenamiento constitucional” (ÁVILA, 2013, p. 211). En este sentido, el principio de protección a la dignidad y la cláusula general de la buena fe deben ser leídos en dos planos distintos: “los principios pertenecen no a la justificación «interna» de las decisiones jurisdiccionales, sino a su justificación «externa», o sea a la argumentación que justifica la elección de las premisas – en particular de la premisa normativa – de la justificación interna. La aplicación de un principio exige, por lo tanto, concretización, puesto que «aplicar» un principio consiste precisamente en concretarlo” (GUASTINI, 2013, p. 239). Así las cosas, los deberes de protección no solo forman parte de los deberes legales emanados de la cláusula general de la buena fe sino del deber de protección de la dignidad de los sujetos del principio que emana de la norma constitucional. Tampoco debe prescindirse de saber que las cláusulas generales funcionan al interior de los principios (VELUZZI, 2010, p. 81). Aquí sostenemos que la cláusula general de la buena fe funciona adecuadamente bajo el principio de la protección de la dignidad de los sujetos.

BIBLIOGRAFÍA

[Advertencia: No toda la bibliografía que se menciona a continuación ha sido citada en el texto. Este trabajo constituye una primera parte de un trabajo más amplio sobre deberes de protección donde sí se usará toda la información bibliográfica].

ÁVILA, Humberto. 2013. “«Neoconstitucionalismo»: entre la «ciencia del Derecho» y el «Derecho de la ciencia»”, traducción de Laura Criado Sánchez y revisado por Renzo Cavani, en Gaceta Constitucional n° 66, Lima: Gaceta Jurídica, Lima, pp. 203-217.

- BARCELLONA, Mario. 2011. *Trattato della responsabilità civile*, Turín: Utet Giuridica.
- BENATTI, Francesco. 1960. "Osservazioni in tema di «doveri di protezione»", en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, año XIV, Milán: Giuffrè Editore, pp. 1342-1363.
- _____. 2007. "Las cláusulas de exoneración de responsabilidad" en LEÓN, Leysser L., *Derecho de las relaciones obligatorias, Lecturas seleccionadas y traducidas para uso de los estudiantes universitarios*, Lima: Jurista Editores, Lima, 2007, pp. 429-433.
- BESSONE, Mario y D'ANGELO, Andrea. 1988. "Buona fede" en *Enciclopedia giuridica*. Volume V, Roma: Istituto de la Enciclopedia Italiana, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, pp. 1-8.
- BIANCA, Massimo. 1979. *Dell'inadempimento delle obbligazioni, Art. 1218-1229*, Seconda Edizione, Bologna: Zanichelli Editore.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. 2000. *Los deberes de protección del deudor en el derecho civil, en el mercantil y en el laboral*, Madrid: Civitas Ediciones.
- CANARIS, Claus Wilhelm. 1983. "Norme de protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione", en *Rivista Critica del diritto privato*, N° 4, pp. 793-829.
- CANNATA, Carlo Augusto. 2008. *L'inadempimento delle obbligazioni*, Padua: Cedam.
- CARNEIRO DA FRADA, Manuel António de Castro Portugal. 1994. *Contrato e deveres de proteção*, Coimbra: Livraria Almedina.
- CASTRONOVO, Carlo. 1976. "Obblighi di protezione e tutela del terzo", en *Jus*, Anno XXIII, *Rivista di Scienze Giuridiche*, pp. 123-179.
- _____. 1990. "Obblighi di protezione", en *Enciclopedia giuridica*. Volume XXI, Roma: Istituto de la Enciclopedia Italiana, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato. pp. 1-12.
- _____. 2011. "La relazione come categoría essenziale dell'obbligazione y della responsabilità contrattuale", en *Europa e diritto privato*, 1, Milán: Giuffrè Editore, pp. 55-76.
- _____. 2012. "La relación como categoría esencial de la obligación y de la responsabilidad contractual", en *Revista de Derecho Privado*, Traducción del italiano de César E. Moreno More y con revisión de Javier Rodríguez Olmos, n° 23, julio-diciembre, pp. 47-64.
- FAILLACE, Stefano. 2004. *La responsabilità da contatto sociale*, Padua: Cedam.
- FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. 2005. "El deber accesorio de diligencia y la responsabilidad derivada del incumplimiento en las relaciones obligatorias" en *Advocatus*, n° 13, Lima: Revista de los alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, pp. 143-161.
- FERRI, Giovanni Battista. 1970. *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milán: Giuffrè Editore.

GUASTINI, Riccardo. 2013. "A propósito del neoconstitucionalismo", traducción de Renzo Cavani y revisión de Vitor de Paula Ramos, en *Gaceta Constitucional*, n° 67, Lima: Gaceta Jurídica, pp. 231-240.

GUTIÉRREZ VEGA, Nelly Renee. 2010. *Responsabilidad civil del propietario o administrador de los estacionamientos de los establecimientos comerciales: Un caso de aplicación de la teoría de los deberes de protección*. Tesis para optar el título profesional de abogada. Lima: Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

HESSE, Konrad. 1995. *Derecho constitucional y derecho privado*, Traducción de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez, Madrid: Editorial Civitas.

HOWARD DEJO, Paul Iván. 2010. *Los deberes de protección a favor del deudor-consumidor: ¿Exceso de protección del Estado o la obligación como medio efectivo de cooperación intersubjetiva?*, Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho Civil. Lima: Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

LAMBO, Luigi. 2007. *Obblighi di protezione*, Padua: Cedam.

LANDA, César. 2011. "La fuerza normativa constitucional de los derechos fundamentales", en *Justicia Constitucional y derechos fundamentales. Fuerza normativa de la Constitución*, Editado por Víctor Bazán y Claudio Nash, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, pp. 17-42.

LE TOURNEAU, Philippe. 2013. "Breves comentarios críticos sobre la «responsabilidad contractual». El Anteproyecto de Reforma del Derecho de la Responsabilidad", Traducción de José Luis Gabriel Rivera, en *Revista Jurídica Thomson Reuters*, año I, n° 21, Lima, pp. 23-30.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. 2006 *Direito das obrigações*, Volume I, *Introdução, da constituição das obrigações*, 5. ed. Coimbra: Edições Almedina.

LÉON, Leysser. 2003. "La importancia del Derecho comparado en la reforma del Código Civil y en la formación de una verdadera Escuela de civilistas peruanos. A propósito de la modernización del Derecho de Obligaciones en Alemania (*Schuldrechtsmodernisierung*)", en *Ius Et Veritas*, año XIII, n° 26, Lima: Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 12-46.

MAGGILOLO, Marcello. 2001. "Effetti contrattuali a protezione del terzo" en *Rivista di diritto civile*, anno XLVII, n° 1, Padua: Cedam, pp. 39-71.

MENEZES CORDEIRO, António. 2009. *Tratado de Direito Civil Português*, Volume II, *Direito das Obrigações*, Tomo I, Coimbra: Almedina.

MENGONI, Luigi. 2011. *Scritti, Obbligazioni e negozio*, Vol. II, A cura di Carlo Castronovo, Antonio Albanese y Andrea Nicolussi, Milán: Giuffrè Editore.

MORALES HERVIAS, Rómulo. 2007. “Responsabilidad civil de las estructuras sanitarias y del Ministerio de Salud por transfusión de sangre infectada” en *Diálogo con la jurisprudencia*, número 109, octubre, año 12, Lima: Gaceta Jurídica, pp. 21-27.

MOSCATI, Enrico. 2007. “Los remedios contractuales a favor de terceros”, en *Ius Et Veritas*, n° 34, Lima: Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 51-73.

NAVARRETTA, Emanuela. 2012. “Buona fede e ragionevolezza nel diritto contrattuale europeo”. *Europa e diritto privato*. Milán: Giuffrè, 4, pp. 951-980.

PATTI, Salvatore. 2013. “L’interpretazione delle clausole generali”, en *Rivista di diritto civile*, anno LIX, n° 2, Padua: Cedam, pp. 263-296.

PRÉVÔT, Juan Manuel. 2012. *La obligación de seguridad*, Segunda edición, Bogotá: Editorial Temis.

RAVAZZONI, Alberto. 1989. “Diligenza” en *Enciclopedia giuridica*. Volume XI, Roma: Istituto de la Enciclopedia Italiana, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, pp. 1-6.

RODOTÀ, Stefano. 1964. “Diligenza” (Diritto civile), en *Enciclopedia del diritto*, Tomo XII, Varese: Giuffrè Editore, pp. 539-546.

_____. 1969. *Le fonti di integrazione del contratto*, Milán: Giuffrè Editore.

RODRÍGUEZ OLMOS, Javier. 2011. “Deberes de protección, «aun frente a terceros» en la dogmática alemana”, en *Revista de Derecho Privado*, n° 23, enero-junio, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 301-346.

ROMANO, Salvatore. 1959. “Buona fede” (Diritto privato), en *Enciclopedia del diritto*, Tomo V, Varese: Giuffrè Editore, pp. 677-700.

SCHMIDT, Jan Peter. 2013. “Sentencias famosas: Alemania. Sobre el caso de los «rollos de linóleo»”, en *Revista de Derecho Privado*, n° 24, enero-junio, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 329-334.

SCOGNAMIGLIO, Renato. 2010. *Responsabilità civile e danno*, Turín: G. Giappichelli Editore.

SOLARTE Rodríguez, Arturo. 2004. “La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta”, n° 108, en *Universitas*, Bogotá: Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, pp. 282-315.

UDA, Giovanni Maria. 2004. *La buona fede nell’esecuzione del contratto*, Turín: G. Giappichelli Editore.

VARANESE, Giovanni. 2004. *Il contratto con effetti protettivi per i terzi*, Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane.

VELUZZI, Vito. 2010. *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milán: Giuffrè Editore.

VENOSTA, Francesco. 2011. "Profili della disciplina dei doveri di protezione", en *Rivista di diritto civile*, n° 6, novembre-dicembre, Padua: Cedam, pp. 839-885.

ZAMUDIO ESPINAL, Carlos. 2007. "Responsabilidad por incumplimiento de deberes de protección", en *Revista Jurídica del Perú*, Tomo 77, Lima: Gaceta Jurídica, pp. 195-205.

Submissão em: 14.01.2016

Aceito em: 12.07.2016

COMENTÁRIO À JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A COISA JULGADA EM SENTIDO MATERIAL E A SEGURANÇA JURÍDICA, SOB A LUZ DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS INERENTES AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

COMMENTARY ON THE SUPREME COURT CASE LAW ON FEDERAL THING FOUND IN DIRECTION MATERIAL AND LEGAL SECURITY UNDER THE LIGHT CONSTITUTIONAL PROTECTION AND FUNDAMENTAL RIGHTS ATTACHED TO STATE LAW DEMOCRATIC

Caroline Moreira Boff¹

Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul
- PUCRS

ÁREA(S) DO DIREITO: direito constitucional.

RESUMO: A proposta do presente trabalho acadêmico é comentar recente decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em caso onde se discute a proteção constitucional à coisa julgada em sentido material, bem como o princípio da segurança jurídica e os demais direitos fundamentais inerentes ao Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: coisa julgada; direitos fundamentais; segurança jurídica.

ABSTRACT: *The purpose of this academic work is review recent decision by the Supreme Court in case discussing the constitutional protection of res judicata in the material sense, and the principle of legal certainty and the other fundamental rights in the Democratic State.*

KEYWORDS: *res judicata; fundamental rights; legal certainty.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Entendendo a decisão do Supremo Tribunal Federal; 2 Da coisa julgada e os seus reflexos constitucionais; 3 Do princípio da

¹ Pós-Graduada em Direito do Estado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS. Advogada atuante nas áreas tributária e cível. E-mail: carolinemboff@gmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/5162929662688569>.

segurança jurídica e dos direitos fundamentais inerentes ao Estado Democrático de Direito; Considerações finais; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Understanding the decision of the Supreme Court; 2 The res judicata and its constitutional reflections; 3 The principle of legal certainty and fundamental rights inherent in the democratic rule of law; Final considerations; References.*

INTRODUÇÃO

A pesar de ser um tema já bastante debatido no ordenamento jurídico em tempos de crise política, econômica e social, onde a injustiça vem sendo empregada como um dos fundamentos dos apelos sociais por mudanças, a segurança jurídica se torna uma recorrente preocupação, cujos reflexos são bem observados nesta oportuna decisão em comento, sobretudo no que diz respeito aos direitos fundamentais inerentes ao Estado Democrático de Direito.

O presente trabalho tem como finalidade abordar e analisar um caso concreto que foi objeto de um recente acórdão proferido pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Recurso Extraordinário com Agravo nº 662.597, originário de Roraima, de relatoria do Ministro Celso de Mello².

A coisa julgada se insere nos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos. Prevista no art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal brasileira de 1988, a coisa julgada é um dos princípios que norteiam o Estado Democrático de Direito.

Trata-se, pois, de um instituto cuja finalidade principal é a preservação de um valor jurídico, estando, assim, diretamente ligado à segurança jurídica. É, pois, de acordo com alguns doutrinadores, a imutabilidade que acoberta os efeitos da decisão judicial.

No entanto, em que pese o destaque constitucional atribuído à coisa julgada e à segurança jurídica, não se pode negar a existência, dentro do Judiciário do nosso País, de inúmeras tentativas de atingir e de desconstituir a autoridade da coisa julgada, razão pela qual avulta-se em importância decisões que dão efetividade à proteção da “segurança jurídica, enquanto expressão do Estado Democrático de Direito”, como bem colocado pelo Ministro Celso de Mello no bojo do acórdão ora apresentado.

² Referido julgamento ocorreu em 7 de outubro de 2014, tendo sido publicado no Diário da Justiça eletrônico em 21 de outubro de 2014.

1 ENTENDA A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Trata-se de recurso interposto pela União Federal, contra acórdão do Tribunal Superior do Trabalho, que manteve decisão prolatada em execução de sentença, sendo recorridos a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT e o Sindicato dos Trabalhadores na Empresa de Correios e Telégrafos e Similares do Estado do Amazonas.

Referido julgado teve a sua ementa assim prescrita:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO - (LEI Nº 12.322/2010) - COISA JULGADA EM SENTIDO MATERIAL - INDISCUTIBILIDADE, IMUTABILIDADE E COERCIBILIDADE: ATRIBUTOS ESPECIAIS QUE QUALIFICAM OS EFEITOS RESULTANTES DO COMANDO SENTENCIAL - PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL QUE AMPARA E PRESERVA A AUTORIDADE DA COISA JULGADA - EXIGÊNCIA DE CERTEZA E DE SEGURANÇA JURÍDICAS - VALORES FUNDAMENTAIS INERENTES AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO - EFICÁCIA PRECLUSIVA DA *RES JUDICATA* - *TANTUM JUDICATUM QUANTUM DISPUTATUM VEL DISPUTARI DEBEBAT* - CONSEQUENTE IMPOSSIBILIDADE DE REDISSCUSSÃO DE CONTROVÉRSIA JÁ APRECIADA EM DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO, AINDA QUE PROFERIDA EM CONFRONTO COM A JURISPRUDÊNCIA PREDOMINANTE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - A QUESTÃO DO ALCANCE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 741 DO CPC E DO § 5º DO ART. 884 DA CLT - MAGISTÉRIO DA DOCTRINA - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO

A sentença de mérito transitada em julgado só pode ser desconstituída mediante ajuizamento de específica ação autônoma de impugnação (ação rescisória) que haja sido proposta na fluência do prazo decadencial previsto em lei, pois, com o exaurimento de referido lapso temporal, estar-se-á diante da coisa soberanamente

julgada, insuscetível de ulterior modificação, ainda que o ato sentencial encontre fundamento em legislação que, em momento posterior, tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, quer em sede de controle abstrato, quer no âmbito de fiscalização incidental de constitucionalidade.

A superveniência de decisão do Supremo Tribunal Federal, declaratória de inconstitucionalidade de diploma normativo utilizado como fundamento do título judicial questionado, ainda que impregnada de eficácia *ex tunc* – como sucede, ordinariamente, com os julgamentos proferidos em sede de fiscalização concentrada (RTJ 87/758 – RTJ 164/506-509 – RTJ 201/765) –, não se revela apta, só por si, a desconstituir a autoridade da coisa julgada, que traduz, em nosso sistema jurídico, limite insuperável à força retroativa resultante dos pronunciamentos que emanam, *in abstracto*, da Suprema Corte. Doutrina. Precedentes.

O significado do instituto da coisa julgada material como expressão da própria supremacia do ordenamento constitucional e como elemento inerente à existência do Estado Democrático de Direito.

Ao transcrever o relatório do caso, o Ministro Relator refere que, examinando o recurso de agravo em questão, interposto pela União, dele conheceu para negar seguimento ao recurso extraordinário a que ele se referia, entendendo que o acórdão recorrido, emanado pelo TST, está em consonância com as diretrizes jurisprudenciais dominantes da Suprema Corte.

No voto-condutor do venerando aresto, o Ministro Celso de Mello entende que não merece acolhida o pleito da União em sede recursal, destacando que, de fato, o que pretende a União Federal é a rescisão do julgado, “pretendendo, em sede processualmente inadequada (execução de sentença) e de maneira absolutamente imprópria, o reexame do fundo da controvérsia, que já constituiu objeto de decisão – tornada irrecurável – proferida no processo de conhecimento”.

Relembra, diante do contexto processual apresentado, o significado maior, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, do instituto da *res judicata*, que é considerado uma característica específica da jurisdição, o qual “se projeta

na dupla qualidade que tipifica os efeitos emergentes do ato sentencial: a imutabilidade, de um lado, e a coercibilidade, de outro”.

Ressalta, ao longo de suas razões de voto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido da proteção constitucional à coisa julgada em sentido material, bem como o princípio da segurança jurídica e os demais direitos fundamentais inerentes ao Estado Democrático de Direito, que serão analisados no presente trabalho.

2 DA COISA JULGADA E OS SEUS REFLEXOS CONSTITUCIONAIS

De início, importa ter presente que, como um dos princípios que norteiam o Estado Democrático de Direito, a coisa julgada está inserida no art. 5º da Constituição Federal brasileira de 1988, disposta no inciso XXXVI, o qual determina que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

E, de acordo com a Constituição Federal, a coisa julgada, justamente por sua condição de direito fundamental, bem como de garantia constitucional, não pode ser modificada, nem pela lei, tampouco pelo juiz, não sendo sequer passível de modificação mediante emenda constitucional, conforme dispõe expressamente o art. 60, inciso IV, da Constituição Federal de 1988.

Tal instituto tem por fundamento a circunstância de que não é permitido decidir sobre litígios já decididos pelo Judiciário, para que, assim, seja conferida segurança a todas as relações jurídicas, estabilidade e pacificação no convívio social, evitando-se a perpetuação dos conflitos.

Com efeito, a coisa julgada material se constitui em um atributo especial no que concerne aos efeitos da sentença, representando a imutabilidade dos efeitos da sentença, como assentado na doutrina dominante do ordenamento jurídico brasileiro. Nesta linha, se depreende que apenas a sentença de mérito é capaz de constituir a coisa julgada, tendo em vista que apenas ela define a demanda, soluciona a controvérsia e, desse modo, gera efeitos de alcance substancial, que vão além do processo.

A partir desse contexto, importa ressaltar o quanto arguido pelo Ministro Relator, Celso de Mello, ao proferir o voto do julgamento ora analisado, no que se refere ao instituto da coisa julgada e os reflexos constitucionais a partir daí existentes. A saber:

A proteção constitucional dispensada à coisa julgada em sentido material revela-se tão intensa que impede sejam

alterados os atributos que lhe são inerentes, a significar, como já salientado, que nenhum ato estatal posterior poderá, validamente, afetar-lhe a integridade.

[...]

Esses atributos que caracterizam a coisa julgada em sentido material, notadamente a imutabilidade dos efeitos inerentes ao comando sentencial, *recebem, diretamente, da própria Constituição, especial proteção destinada a preservar a inalterabilidade dos pronunciamentos emanados dos juízes e Tribunais, criando, desse modo, situação de certeza, de estabilidade e de segurança para as relações jurídicas.*

[...]

Mostra-se tão intensa a intangibilidade da coisa julgada, considerada a própria disciplina constitucional que a rege, que nem mesmo lei posterior – que haja alterado (ou, até mesmo, revogado) prescrições normativas que tenham sido aplicadas, jurisdicionalmente, na resolução do litígio – tem o poder de afetar ou de desconstituir a *autoridade da coisa julgada*. (grifou-se)

Nesse sentido, Celso de Mello aponta as palavras de Humberto Theodoro Junior, acerca do “fundamento da autoridade da coisa julgada”, o qual esclarece que o legislador, ao estabelecer a *res judicata*, pretendeu verificar, tão-somente, “uma exigência de ordem prática [...], de não mais permitir que se volte a discutir acerca das questões já soberanamente decididas pelo Poder Judiciário”³, expressando, na opinião do Ministro Relator, desse modo, a real intenção do instituto em questão: “Preocupação em garantir a segurança nas relações jurídicas e em preservar a paz no convívio social”.

Refere, também, o ensinamento de José Frederico Marques a respeito da relação entre a coisa julgada e a Constituição:

A coisa julgada cria, para a segurança dos direitos subjetivos, situação de imutabilidade que nem mesmo a lei pode destruir ou vulnerar – é o que se infere do

³ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 51. ed. Forense, v. I, 2010, p. 539-540.

art. 5º, XXXVI, da Lei Maior. E sob esse aspecto é que se pode qualificar a *res iudicata* como garantia constitucional de tutela a direito individual.

Por outro lado, essa garantia, outorgada na Constituição, dá mais ênfase e realce àquela da tutela jurisdicional, constitucionalmente consagrada, no art. 5º, XXXV, para a defesa de direito atingido por ato lesivo, visto que a torna intangível até mesmo em face de *lex posteriorius*, depois que o Judiciário exaure o exercício da referida tutela, decidindo e compondo a lide.⁴

Ademais, o Ministro Relator apresenta uma advertência posta pelos doutrinadores Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery:

Transitada em julgado a sentença de mérito, as partes ficam impossibilitadas de alegar qualquer outra questão relacionada com a lide sobre a qual pesa a autoridade da coisa julgada. A norma reputa repelidas todas as alegações que as partes poderiam ter feito na petição inicial e contestação a respeito da lide e não o fizeram. Isto quer significar que não se admite a propositura de nova demanda para rediscutir a lide, com base em novas alegações.⁵

Ainda sobre o tema da coisa julgada, o acórdão ora analisado traz a lição de Enrico Tullio Liebman, o qual acentua, acerca dos limites objetivos da coisa julgada, que a mesma abarca “tanto as questões que foram discutidas como as que o poderiam ser”:

[...] se uma questão pudesse ser discutida no processo, mas de fato não o foi, também a ela se estende, não obstante, a coisa julgada, no sentido de que aquela questão não poderia ser utilizada para negar ou contestar o resultado a que se chegou naquele processo. Por exemplo, o réu não opôs uma série de deduções defensivas que teria podido opor, e foi condenado. Não

⁴ MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. 2. tir. Millennium, v. III, 2000. p. 329.

⁵ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 10. ed. Revista dos Tribunais, 2007. p. 709.

poderá ele valer-se daquelas deduções para contestar a coisa julgada. A finalidade prática do instituto exige que a coisa julgada permaneça firme, embora a discussão das questões relevantes tenha sido eventualmente incompleta; absorve ela, desse modo, necessariamente, tanto as questões que foram discutidas como as que o poderiam ser.⁶

A coisa julgada, para alguns doutrinadores, seria uma qualidade dos efeitos da prestação jurisdicional, valendo a sentença a todos como uma expressão da pretensão concreta do Estado para as partes. Para outros, seria inegável a alterabilidade dos efeitos da sentença transitada em julgado⁷.

Certo é que a relevância da imutabilidade e da indiscutibilidade das sentenças, perante a Constituição Federal, é grande, tendo em vista que o trânsito em julgado das decisões judiciais também existe para a estabilização das relações jurídicas, concretizando o anseio de segurança do direito presente.

3 DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS INERENTES AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Outro, dos cernes principais do julgamento pronunciado pelo Supremo Tribunal Federal, no bojo do Recurso Extraordinário com Agravo nº 662.597, é a aplicação, no caso concreto, do princípio constitucional e fundamental da segurança jurídica, além de outros direitos e garantias fundamentais.

É ver-se, nesse ponto, o entendimento exposto no referido acórdão:

A necessária observância da autoridade da coisa julgada representa expressivo consectário da ordem constitucional, que consagra, dentre os vários princípios que dela resultam, aquele concernente à *segurança jurídica*.

[...]

O que se revela incontroverso, nesse contexto, é que a *exigência de segurança jurídica, enquanto expressão do*

⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*. Trad. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Forense, 1945. p. 52/53.

⁷ ASSIS, Araken. *Eficácia civil da sentença penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 126.

Estado Democrático de Direito, mostra-se impregnada de elevado conteúdo ético, social e jurídico, projetando-se sobre as relações jurídicas, mesmo as de direito público (RTJ 191/922, Rel. p/o Acórdão Min. Gilmar Mendes), em ordem a viabilizar a incidência desse mesmo princípio sobre comportamentos de qualquer dos Poderes ou órgãos do Estado, para que se preservem, desse modo, situações consolidadas e protegidas pelo fenômeno da *res judicata*. (grifou-se)

Nessa senda, o Ministro Relator Celso de Mello ressalta, entre outras, a doutrina de Leonardo Greco:

Para examinar o conflito entre a coisa julgada e a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, assim como para avaliar se a demonstrada vulnerabilidade da coisa julgada é compatível com o Estado Democrático de Direito instituído entre nós a partir da Constituição de 1988, considero necessário assentar uma segunda premissa, ou seja, se a coisa julgada é um direito fundamental ou uma garantia de direitos fundamentais e, como tal, se a sua preservação é um valor humanitário que mereça ser preservado em igualdade de condições com todos os demais constitucionalmente assegurados; ou, se, ao contrário, é apenas um princípio ou uma regra de caráter técnico processual e de hierarquia infra-constitucional, que, portanto, deva ser preterida ao primado da Constituição e da eficácia concreta dos direitos fundamentais e das demais disposições constitucionais.

[...]

Todavia, parece-me que a coisa julgada é uma importante garantia fundamental e, como tal, um verdadeiro direito fundamental, como instrumento indispensável à eficácia concreta do direito à segurança, inscrito como valor e como direito no preâmbulo e no *caput* do art. 5º da Constituição de 1988. A segurança não é apenas a proteção da vida, da incolumidade física

ou do patrimônio, mas também e principalmente a segurança jurídica.

[...]

A segurança jurídica é o mínimo de previsibilidade necessária que o Estado de Direito deve oferecer a todo cidadão, a respeito de quais são as normas de convivência que ele deve observar e com base nas quais pode travar relações jurídicas válidas e eficazes.

[...]

A coisa julgada é, assim, uma garantia essencial do direito fundamental à segurança jurídica. Em recente estudo sobre as garantias fundamentais do processo, recordei que, na jurisdição de conhecimento, a coisa julgada é garantia da segurança jurídica e da tutela jurisdicional efetiva. Àquele a quem a Justiça reconheceu a existência de um direito, por decisão não mais sujeita a qualquer recurso no processo em que foi proferida, o Estado deve assegurar a sua plena e definitiva fruição, sem mais poder ser molestado pelo adversário. Se o Estado não oferecer essa garantia, a jurisdição nunca assegurará em definitivo a eficácia concreta dos direitos dos cidadãos. Por outro lado, a coisa julgada é uma consequência necessária do direito fundamental à segurança (art. 5º, inciso I, da Constituição) também dos demais cidadãos, e não apenas das partes no processo em que ela se formou, pois todos aqueles que travam relações jurídicas com alguém que teve determinado direito reconhecido judicialmente devem poder confiar na certeza desse direito que resulta da eficácia que ninguém pode negar aos atos estatais.

[...]

6. Em síntese, a segurança jurídica, como direito fundamental, assegurada pela coisa julgada, não permite, como regra, a propositura de ação de revisão da coisa julgada como consequência da declaração de

constitucionalidade ou de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.⁸

Todo Estado Democrático de Direito tem, constitucionalmente assegurada, a certeza jurídica obtida por meio do trânsito em julgado das decisões judiciais⁹. Em todas as esferas do Direito este princípio constitucional tem que ser observado. Tal premissa é construída, justamente, em razão da exigência essencial de segurança jurídica, garantida pela coisa julgada, que tem assento constitucional no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal brasileira.

Foram firmados, pois, na Constituição Federal brasileira de 1988 os direitos e as garantias fundamentais dos cidadãos, bem como a maneira de garanti-los, preventiva ou reparativamente. E, justamente para proteção dos cidadãos, existem os princípios constitucionais da legalidade, da igualdade, da capacidade contributiva, da propriedade e da irretroatividade, todos se relacionando diretamente ao princípio da segurança jurídica.

Os princípios, ainda como normas jurídicas constitucionais, carregadas de valor, destinam-se tanto ao Judiciário quanto à Administração Pública, cujas funções deverão ter sempre presentes os princípios que forem erigidos à categoria de normas fundamentais, exatamente por constituírem tudo o que a humanidade experimentou por meio de séculos como sendo o sustentáculo do equilíbrio nas relações intersubjetivas dos seres humanos.

Partindo-se da premissa de que as garantias e os direitos fundamentais do cidadão estão assegurados no Texto Constitucional vigente, em cujo conteúdo figuram princípios norteadores das condutas que devem ser observadas pelo Poder Público na relação com o cidadão¹⁰, avulta em importância reconhecer as consequências daí advindas para a preservação da segurança jurídica.

⁸ GRECO, Leonardo. Eficácia da declaração *erga omnes* de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior. In: *Relativização da coisa julgada*. 2. ed. JusPodivm, 2008. p. 251/261.

⁹ Sobre o tema, BRASIL, Leandro Barata da Silva. *Sobre a competência da Justiça do Trabalho*. Porto Alegre: Dom Quixote, 2008. p. 112: “Assim, podemos dizer que, quando estiverem esgotados todos os recursos previstos na lei processual, quer pela utilização e decisão, quer pelo decurso de prazo, ocorre a *coisa julgada formal* ou preclusão máxima, dando à sentença a imutabilidade cimo ato processual de encerramento da relação processual. A *coisa julgada material*, por sua vez, expressa o comando jurídico concreto, autônomo e complementar. Possui eficácia obrigatória ou imperativa, autoridade da coisa julgada”.

¹⁰ Neste sentido, SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 385: asseverando que o Poder Público está vinculado aos direitos fundamentais, em razão de que no direito constitucional brasileiro a exigência da aplicabilidade imediata destas normas pode ser entendida como uma imposição ao Poder Público.

Neste contexto, a segurança jurídica representa um dos princípios basilares de um sistema constitucional fundado em uma sociedade democrática, onde esta garantia surge no intuito de proteger o indivíduo, especialmente na elaboração e aplicação dos atos administrativos, visando a um mínimo de confiabilidade do cidadão para com o Estado.

Em verdade, o princípio da segurança jurídica consolida regramentos firmados em outros princípios e denota-se pela garantia posta no sentido de trazer a previsibilidade na aplicação das decisões judiciais e de gerar efeitos jurídicos, entre estes o direito adquirido nas situações imutáveis preestabelecidas; o ato jurídico perfeito completado na forma da lei vigente ao tempo de sua prática; a coisa julgada, assim entendida a eficácia que marca a decisão judicial, da qual não é mais cabível recurso.

Tais definições estão dispostas no art. 6º, §§ 1º, 2º e 3º, da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657/1942), além de estarem expressamente previstas na Constituição Federal de 1988 (art. 5º, inciso XXXVI), entre os direitos e as garantias fundamentais.

De outra ponta, cabe ressaltar que, segundo a doutrina de Humberto Ávila, a segurança jurídica está prevista na Constituição desde o seu preâmbulo, passando pelo art. 1º, no que diz respeito ao Estado Democrático de Direito, bem como pelo título atinente aos direitos e às garantias fundamentais, particularmente no art. 5º, *caput*, além de estar incluída em inúmeros dispositivos ao longo da Constituição, sobretudo naqueles concernentes aos limites do exercício do poder, como “a legalidade (art. 5º, II, e art. 150, I), a irretroatividade (art. 150, III, *a*) e a anterioridade (art. 150, III, *b*)”, intimamente ligados ao direito tributário¹¹.

Diante destas premissas e definições de natureza legal, e também de respaldo constitucional, permite-se asseverar que o princípio da segurança jurídica proporciona condições de sua aplicação nas situações consolidadas e naquelas em que está direcionado a preservar os efeitos das normas de conduta impostas pelo respectivo regramento.

Para José Joaquim Gomes Canotilho, a segurança jurídica, elemento essencial ao Estado de Direito, se desenvolve em torno dos conceitos de estabilidade e previsibilidade. Quanto ao primeiro, no que diz respeito às

¹¹ ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 33-34.

decisões dos Poderes Públicos, uma vez realizadas “não devem poder ser arbitrariamente modificadas, sendo apenas razoável a alteração das mesmas quando ocorram pressupostos materiais particularmente relevantes”¹². Quanto ao segundo, refere-se à “exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos, em relação aos efeitos jurídicos dos actos normativos”¹³.

Notadamente, o princípio da segurança jurídica é essencialmente o princípio do Estado de Direito, justamente porque nesta ordem jurídica a jurisdição e a administração estão subordinadas às normas estabelecidas por um poder central, que conferem à sociedade previsibilidade quanto à conduta que deve ser seguida pelos indivíduos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da sua clara posição de direito fundamental, a coisa julgada deve ser não somente observada, mas efetivamente levada em consideração, devendo ser, sobretudo, protegida constitucionalmente. O instituto da coisa julgada é garantido pela Constituição Federal brasileira como corolário do princípio constitucional da segurança jurídica.

Assim sendo, para evitar que eventualmente ocorra a dissolução da coisa julgada, a causar instabilidade e insegurança, o princípio constitucional da segurança jurídica deve gozar de situação privilegiada, apoiado, inclusive, em outros direitos e princípios constitucionais, principalmente os fundamentais, só devendo ser relativizado em casos extremos e excepcionais, quando a conservação da *res judicata* configurar uma ofensa direta à Constituição.

E, especialmente no caso concreto ora analisado, o direito fundamental à coisa julgada, bem como o princípio da segurança jurídica, foram devidamente reforçados, como bem se pronunciou o Supremo Tribunal Federal a este respeito, ficando tal questão dirimida de forma efetiva no referido julgamento.

Com efeito, os principais aspectos trazidos para análise, quais sejam, a coisa julgada em sentido material e a sua proteção constitucional, a segurança jurídica e os direitos fundamentais inerentes ao Estado Democrático de Direito, foram devidamente debatidos e bem fundamentados pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo nº 662.597, originário de Roraima, de relatoria do Ministro Celso de Mello.

¹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2000. p. 264.

¹³ Idem, *ibidem*.

Portanto, correto o entendimento final de tal decisão, no sentido de negar provimento ao recurso da União Federal, reconhecendo a sua intenção única e exclusiva de trazer a julgamento uma controvérsia já decidida e transitada em julgado em instância inferior, protegendo constitucionalmente, desta forma, o instituto da coisa julgada e a segurança jurídica da relação envolvida no caso concreto, sob a luz dos direitos e das garantias fundamentais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2014.

ASSIS, Araken. *Eficácia civil da sentença penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas - Entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. Salvador: JusPodivm, 2013.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

GRECO, Leonardo. Eficácia da declaração *erga omnes* de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior. In: *Relativização da coisa julgada*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*. Trad. Alfredo Buzaid e Benvenuto Aires. Forense, 1945.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. 2. tir. Millennium, v. III, 2000.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 10. ed. Revista dos Tribunais, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 51. ed. Forense, v. I, 2010.

Submissão em: 05.06.2016

Aceito em: 12.07.2016

COMENTÁRIOS À APELAÇÃO Nº 0004418-35.2010.8.26.0291 DO TJSP: O DIREITO AO LAZER E À MEIA-ENTRADA EM EVENTOS CULTURAIS

COMMENTARY TO APPEAL Nº 0004418-35.2010.8.26.0291 OF THE STATE COURT OF SÃO PAULO: THE RIGHT FOR LEISURE AND HALF-TICKET IN CULTURAL EVENTS

Shaiala Ribeiro de Castro Araujo Marques¹

Mestranda em Direito pela PUCRS

ÁREA(S) DO DIREITO: direito do consumidor; direito constitucional.

RESUMO: A meia-entrada, garantida no caso da Apelação nº 0004418-35.2010.8.26.0291 do TJSP, trata-se de um benefício para professores e estudantes, a fim de garantir o seu direito ao lazer, assegurado na Constituição no art. 6º. Este direito fundamental social ainda encontra-se combinado com outra proteção: a dos direitos do consumidor. Sendo o estudante e o professor um consumidor de evento social recreativo e cultural, os seus interesses devem ser protegidos conforme o Código de Defesa do Consumidor. O acórdão comentado trata-se de ação civil pública, ajuizada pelo Ministério Público do Estado de

São Paulo contra produtora que não oferecia a venda de meia-entrada para estudantes e professores.

PALAVRAS-CHAVE: meia-entrada; direito ao lazer; direito do consumidor; direitos sociais; direitos fundamentais.

ABSTRACT: *The “half ticket”, assured in the case of Appeal number 0004418-35.2010.8.26.0291 from TJSP (State Court of Sao Paulo), it’s about a benefit for teachers, professors and students, to assured the right for leisure, as stated in the Federal Constitution on the Sixth Article. This fundamental right is still merged to another prospect – consumer rights. Being both student and teacher consumers of social, cultural and recreative events, their interests*

¹ Especialista em Direito dos Contratos e Responsabilidade Civil pela Unisinos. Advogada. E-mail: shaiala.marques@gmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/1377721355842065>.

must be protected according to the Consumer Defense Code. The agreement discussed below is about a Public Civil Prosecution, stated by the Public Ministry of the State of Sao Paulo, against a producer that did not offer a half-ticket for students and teachers.

KEYWORDS: *half ticket; right for leisure; consumer rights; social rights; fundamental rights.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Síntese do acórdão; 2 O direito à meia-entrada como efetivação do direito fundamental ao lazer; 3 O direito do consumidor e o direito ao lazer; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Appeal summary; 2 The right of “half ticket” as realization of the fundamental right for leisure; 3 Consumer right and right for leisure; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

Constante como um dos direitos sociais na Constituição brasileira, o direito ao lazer trata-se de um fundamento basilar do ser humano. A garantia deste direito, os seus delineamentos e as suas formas ainda não são tão claros e o legislador não realizou uma descrição mínima de seu conteúdo. Porém, uma das formas de concretizar o direito ao lazer é por meio da garantia de meia-entrada ao estudante e ao professor.

O caso da Apelação nº 0004418-35.2010.8.26.0291 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo trata, basicamente, de situação em que o Ministério Público do Estado de São Paulo, na defesa dos direitos dos consumidores, ajuíza ação civil pública para garantir que determinada empresa, produtora de eventos culturais, efetivamente permita o acesso ao ingresso com desconto, conhecida como “meia-entrada”.

Não raro são encontrados casos em que produtoras de eventos se negam a prover a meia-entrada. O argumento geralmente é econômico ou com base na condição de o evento ter preço promocional, o que permitiria a compra, ainda que por estudante, no preço regular. Contudo, faz-se necessário verificar a base deste direito e o seu papel na sociedade, para, de alguma forma, poder realizar um bom debate acerca do assunto.

Ainda, apesar de parecer natural a relação entre o direito à meia-entrada como um direito de acesso ao lazer, de que forma isso apresenta fundamentos e aplicação.

Utilizando ainda o gancho do acórdão, compara-se o direito ao acesso ao lazer com o direito do consumidor.

Para a análise deste acórdão, será efetuada uma síntese de seu conteúdo para posterior exploração do tema do direito ao lazer e do consumidor relacionado ao fato. Opta-se por focar nos temas de direito material trazidos ao acórdão, sem menosprezar os temas processuais, mas limitando a pesquisa para o melhor exame.

1 SÍNTESE DO ACÓRDÃO

A Apelação nº 0004418-35.2010.8.26.0291 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, como já mencionado, refere-se à ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo para a garantia de acesso ao ingresso pela metade do preço (“meia-entrada”) para estudantes portadores de carteira estudantil (emitidas pelos órgãos oficiais de estudantes UNE, UBES, UJE, DA, CA ou grêmio estudantil das escolas) e para professores da rede pública e privada do Município de Jaboticabal. A ação foi ajuizada contra a produtora H1 Promoções Artísticas e Marketing Ltda. e contra Estephan Hani Ferreira de Mattos, como agente da produtora.

A sentença condenou os réus ao pagamento de indenização pelos danos coletivos morais e materiais gerados aos professores e estudantes que frequentaram os quatro dias do evento “Rodeio Show 2010 Jaboticabal”, de responsabilidade dos requeridos, no valor de 50 salários-mínimos. Determinou que este valor fosse direcionado ao Fundo Social de Solidariedade de Jaboticabal e fosse corrigido monetariamente a partir da data da sentença, acrescido de mora de 1% a partir da citação.

Os réus, inconformados, recorreram, alegando a ilegitimidade do Ministério Público para a defesa dos direitos privados e disponíveis, relacionado a apenas uma parte da coletividade; alegando não haver prejuízo social que motivasse a intervenção deste órgão; a ilegitimidade passiva do réu Estephan Hani, por apenas ter a responsabilidade do *marketing* do evento, e não de sua organização; ainda, alegando que os preços foram realizados conforme Termo de Compromisso e Ajustamento e que, atendendo ao pedido inicial, foi expedido edital que permitia a todo aquele que se sentisse lesado comparecer como litisconsorte, sem que houvesse adesão; por fim, alegando que não houve a lesão que ensejasse indenização por danos morais. Após resposta do Ministério

Público e parecer da Procuradoria-Geral de Justiça pelo não provimento do recurso, os autos foram a julgamento.

O Relator aponta que o objetivo da ação era garantir a meia-entrada para estudantes e professores, tanto no evento “Rodeio Show 2010 Jaboticabal” quanto em qualquer outro produzido pelos réus. Apontou que houve flagrantes de que isto não fora respeitado, sendo o ingresso regular vendido a R\$ 25,00, e para estudantes o valor era alterado para R\$ 20,00. Descreveu que a liminar concedida foi reconsiderada e os preços de ingressos foram alterados para R\$ 40,00, R\$ 25,00 acrescido de um quilo de alimento como valor promocional e, ainda, a garantia de meia-entrada para estudantes e professores; a decisão do magistrado considerava a necessidade de entrega de alimentos para a comprovação de existência do ingresso promocional.

A ilegitimidade do Ministério Público foi afastada, com o fundamento no art. 25, inciso IV, *a*, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público.

Da mesma forma, afastou a ilegitimidade passiva do corréu Estephan, por demonstrar-se nos autos como procurador da produtora H1, além de ser diretamente envolvido nas produções e, assim, é conhecido na cidade.

Quanto ao mérito, o Relator indicou a existência de uma espécie de engodo. Fora designado um oficial de justiça, a fim de verificar se o acerto relativo ao preço de ingressos estava sendo cumprido. Porém, o oficial presenciou que diversos alimentos eram disponibilizados em uma mesa para a entrega na entrada pelos próprios organizadores, que recolocavam na mesa, configurando-se mero transporte. Isto se tornava forma de legitimar a venda de ingressos pelo preço promocional, ainda que não atingisse os seus objetivos e mantivesse o preço do ingresso a R\$ 25,00 e o ingresso para estudantes e professores a R\$ 20,00. Ainda afirmou que o oficial constatou que o preço era assim realizado para os primeiros dois dias de evento, sendo que o valor do ingresso foi alterado para o terceiro e quarto dias, passando a R\$ 50,00 o preço integral, R\$ 30,00 mediante entrega de alimento e R\$ 25,00 para estudantes e professores.

Assim, o Relator entendeu cabível a condenação dos réus a efetivamente realizarem a meia-entrada para professores e estudantes em todos os eventos produzidos; porém, reconsiderou a condenação aos danos morais coletivos e danos materiais, por não vislumbrar ofensa que justificasse tal pena. A evidência disto estaria que, havendo o edital sido publicado, ninguém se apresentou para intervir como litisconsorte ativo. O Relator apontou que havia julgados para a indenização de dano moral de consumidores impedidos de desfrutar

do benefício da meia-entrada, porém quando figuravam pessoalmente no polo ativo da ação. Não sendo o caso, reformou parcialmente a decisão recorrida.

2 O DIREITO À MEIA-ENTRADA COMO EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO LAZER

O direito ao lazer figura na Constituição Federal no rol de direitos sociais do art. 6º. Em uma extensa lista de direitos, o lazer ocupa certo destaque, sem haver qualquer diferenciação do direito à saúde e à alimentação. Pela primeira vez na história brasileira, por exemplo, o direito ao lazer recebe tamanha ênfase².

O reconhecimento da importância do lazer está presente no acórdão:

Oportuna a transcrição da elucidativa fundamentação exposta pelo eminente Desembargador Júlio Vidal, no julgamento da Apelação n.º 0241207-83.2009.8.26.0000, que adoto como razões de decidir:

“Ressalte-se que a Constituição Federal inseriu o lazer como direito social (art. 6º), dimensão dos direitos fundamentais da pessoa humana, estatuinto que o Poder Público o incentivará como forma de promoção social (art. 217, § 3º). Dessa maneira, a atividade praticada pelos estudantes no momento de lazer envolve, indubitavelmente, o divertimento, como modalidade de direito social, o que agrega ao caso concreto a promoção da defesa do consumidor (art. 5º, inciso XXXII).

Tais matérias compõem o Direito Constitucional, primeiro dos ramos de Direito Público, assegurando, inclusive, ao Ministério Público Federal e Estadual a legitimidade para ajuizar a ação nos termos da Lei n.º 7.347/1985 e demais dispositivos mencionados [...].

Registre-se que a atuação do autor não decorre de simples atribuição constitucional tendo por objetivo defender a ordem jurídica e os interesses

² BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 10 ed. Revista, atualizada e reformada até a Emenda Constitucional n.º 70/2012. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 426.

sociais (art. 129, *caput*, Constituição Federal), *mas também por exercer suas atividades fiscalizadoras das relações de consumo, como revela a hipótese dos autos.*" (destaques no original)³

Apesar de o Relator, com referência ao texto do Desembargador Júlio Vidal na Apelação nº 0241207-83.2009.8.26.0000, destacar a importância do lazer como direito fundamental, André Ramos Tavares⁴ discorda de sua relevância, entendendo como difícil considerá-lo como um direito constitucional. Porém, Sarlet, Marinoni e Mitidiero posicionam-se em consonância com o acórdão, demonstrando o elevado valor do direito ao lazer.

Convém enfatizar, que a garantia ao lazer, aqui compreendida como direito fundamental, por vezes desprezado, quando não ridicularizado, assume dimensão essencial para a construção da personalidade humana e, na esteira do que já foi referido, integra a noção de um mínimo existencial socio-cultural⁵.

Os mesmos autores ainda fazem conexão do lazer à cultura e à educação. No caso do acórdão, um evento social foi considerado como um evento de lazer e cultura. Isso remete à questão do que estaria inserido no lazer o conteúdo da proteção desta norma.

O conceito de lazer encontra divergências, uma vez que tem estreita relação com as mais diversas áreas, além de sofrer influências de determinismos culturais, sociais, econômicos e políticos, acabando, na prática, apresentando formas e definições delineadas conforme o indivíduo e o seu contexto⁶. Mas estaria um evento como o em questão classificado como digno da proteção de direito fundamental?

³ SÃO PAULO. Décima Primeira Câmara Extraordinária de Direito Privado, Apelação nº 0004418-35.2010.8.26.0291, Recorrentes: H1 Promoções Artísticas e Marketing Ltda. e Estephan Hani, Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo, Relator Leonel Costa, São Paulo, 17 de setembro de 2014. Disponível em: <<https://goo.gl/3CBmT5>>. Acesso em: 4 maio 2015.

⁴ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 558.

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 605.

⁶ CHEMIN, Beatris Francisca. *Políticas públicas de lazer: o papel dos municípios na sua implantação*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 44.

Considera-se, então, o conceito utilizado pela autora Christianne Luce Gomes:

Neste sentido, o lazer é concebido como uma dimensão da cultura, caracterizada por meio da vivência lúdica de manifestações culturais no tempo/espaço conquistado pelo sujeito ou grupo social, estabelecendo relações dialéticas com as necessidades, os deveres e as obrigações – especialmente com o trabalho produtivo.⁷

Nas considerações supraexpostas, pode se concluir que, sim, o evento objeto do acórdão estudado tratava-se de lazer, protegido pelo art. 6º.

A meia-entrada, na questão, apresentava-se como uma forma de incentivo para que estudantes e professores pudessem desfrutar do direito ao lazer. O acórdão não revela a legislação envolvida, ou, ainda, os fundamentos legais trazidos pelas partes no decurso do processo. Apenas revela que o direito à meia-entrada era designado a estas pessoas.

Uma pesquisa revela que há três tipos de legislações envolvidas: nacional, municipal e estadual.

No âmbito nacional, há duas leis de 2013 que são aplicadas. A primeira é a Lei nº 12.582, de 5 de agosto de 2013, que institui o Estatuto da Juventude, cujo art. 23⁸ assegura a meia-entrada a jovens de família de baixa renda e estudantes o benefício da meia-entrada. A segunda é a Lei nº 12.933, de 26 de dezembro de 2013, que permite o uso da meia-entrada para estudantes, idosos, pessoas com deficiências e jovens entre 15 e 29 anos⁹. Ambas dependeriam de norma regulamentadora não editada até então.

⁷ ROJEK, Chris. *Leisure and Culture*. New York/NY: St. Martin's Press, 2000. p. 12.

⁸ “Art. 23. É assegurado aos jovens de até 29 (vinte e nove) anos pertencentes a famílias de baixa renda e aos estudantes, na forma do regulamento, o acesso a salas de cinema, cineclubes, teatros, espetáculos musicais e circenses, eventos educativos, esportivos, de lazer e entretenimento, em todo o território nacional, promovidos por quaisquer entidades e realizados em estabelecimentos públicos ou particulares, mediante pagamento da metade do preço do ingresso cobrado do público em geral.” (BRASIL. Lei nº 12.852, de 5 de agosto de 2013. Institui o Estatuto da Juventude e dispõe sobre os direitos dos jovens, os princípios e diretrizes das políticas públicas de juventude e o Sistema Nacional de Juventude – Sinajuve. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12852.htm>. Acesso em: 20 jun. 2015)

⁹ BRASIL. Lei nº 12.933, de 26 de dezembro de 2013. Dispõe sobre o benefício do pagamento de meia-entrada para estudantes, idosos, pessoas com deficiência e jovens de 15 a 29 anos comprovadamente carentes em espetáculos artístico-culturais e esportivos, e revoga a Medida Provisória nº 2.208, de

Porém, no âmbito estadual já havia legislação em vigor. A Lei nº 7.844, de 13 de maio de 1992, do Estado de São Paulo, já previa o direito ao pagamento de metade da entrada para estudantes¹⁰. Esta lei ainda traz uma limitação ao que é uma “casa de diversão” um dos ambientes em que se desfrutaria do benefício.

Art. 1º [...]

§ 1º Para efeito do cumprimento desta lei, consideram-se casas de diversão de qualquer natureza, como previsto no *caput* deste artigo, os locais que, por suas atividades, propiciem lazer e entretenimento.¹¹

Tal texto auxilia a análise já realizada, complementando a ideia de que se o evento tratado pelo acórdão propiciava lazer, então era ambiente onde deveria ser realizada a concessão de meia-entrada.

Até então não se faz referência ao benefício para professores. A concessão de meia-entrada para professores estava, contudo, na lei municipal de Jaboticabal envolvida. Duas leis, em âmbito municipal, se aplicariam ao caso: a Lei municipal nº 3.012¹², de 6 de maio de 2002 (que institui a meia-entrada de professores da rede municipal pública e particular) e a Lei nº 2.605¹³, de 15 de dezembro de 1997

17 de agosto de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12933.htm>. Acesso em: 20 jun. 2015.

¹⁰ “Art. 1º Fica assegurado aos estudantes regularmente matriculados em estabelecimentos de ensino de primeiro, segundo e terceiro graus, existentes no Estado de São Paulo, o pagamento de meia-entrada do valor efetivamente cobrado para o ingresso em casas de diversão, de espetáculos teatrais, musicais e circenses, em casas de exibição cinematográfica, praças esportivas e similares das áreas de esporte, cultura e lazer do Estado de São Paulo, na conformidade da presente lei.” (ESTADO DE SÃO PAULO. Lei nº 7.844, de 13 de maio de 1992. Assegura a estudantes o direito ao pagamento de meia-entrada em espetáculos esportivos, culturais e de lazer, e dá providências correlatas. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1992/lei-7844-13.05.1992.html>>. Acesso em: 20 jun. 2015)

¹¹ ESTADO DE SÃO PAULO. Lei nº 7.844, de 13 de maio de 1992. Assegura a estudantes o direito ao pagamento de meia-entrada em espetáculos esportivos, culturais e de lazer, e dá providências correlatas. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1992/lei-7844-13.05.1992.html>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

¹² MUNICÍPIO DE JABOTICABAL. Lei municipal nº 3.012, de 6 de maio de 2002. Institui a meia-entrada de professores da Rede Municipal Pública e Particular em todo espetáculo público remunerado, e dá outras providências. Disponível em: <http://sapl.jaboticabal.sp.leg.br/sapl_documentos/norma_juridica/3012_texto_integral>. Acesso em: 20 jun. 2015.

¹³ MUNICÍPIO DE JABOTICABAL. Lei nº 2.605, de 15 de dezembro de 1997. Assegura o pagamento de meia entrada para estudantes regularmente matriculados nas Escolas Públicas ou Particulares de primeiro, segundo e terceiro graus, e dá outras providências. Disponível em: <http://sapl.jaboticabal.sp.leg.br/sapl_documentos/norma_juridica/2605_texto_integral>. Acesso em: 20 jun. 2015.

(que garante a meia-entrada para estudantes de escolas públicas e particulares, de primeiro, segundo e terceiro graus).

Superando a busca pelo fundamento da concessão de meia-entrada no caso do acórdão, retorna-se ao questionamento sobre o lazer e a efetivação deste direito fundamental.

Aponta-se a ideia de Simone Tassinari Cardoso, que relaciona diretamente o valor do produto ou serviço de lazer à acessibilidade deste direito.

Isso implica dizer que a medida da inclusão sócio-econômica – democratização do acesso ao lazer – é fundamental na concretização deste direito. Entretanto, se pode criticar a seleção econômica de acesso, que, como bem consumível, é destinado a poucos. Tem-se para esta realidade, duas matizes interessantes, uma relacionada ao desenvolvimento econômico trazido pela indústria do lazer, que ao considerá-lo como produto mercadológico, também o submete a negociações de preço, tornando determinados lazeres acessíveis a uma camada da população que anteriormente não teria condições desta fruição.¹⁴

Admitindo ao Estado o dever de democratização do lazer, espera-se que realize ações (positivas ou negativas), a fim de garantir a todos a concretização do direito. As ações positivas que o Estado deve tomar para garantir um direito social, como o direito ao lazer, tem custos que não podem ser ignorados¹⁵. E entendendo que as necessidades de cada cidadão são únicas e com custos variáveis, exigir do Estado uma alocação de recursos poderia, por vezes, depender de uma igualmente variável visão política, conforme o interesse daqueles que estivessem à frente do poder, portando os seus próprios critérios de justiça distributiva¹⁶. Até mesmo uma ação negativa, ou uma ação apenas de garantia – como o caso da ação do Ministério Público –, envolve custos

¹⁴ CARDOSO, Simone Tassinari. O direito ao lazer no estado socioambiental. 275f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, PUCRS. Porto Alegre, 2011. p. 194-195.

¹⁵ SILVA, Rogério Luiz Nery da Silva. Efetividades dos direitos sociais: limitações orçamentárias e escolhas trágicas. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; BRANCO, Gerson Luiz Carlos; PORCIUNCULA, Marcelo. (Org.). *A problemática dos direitos humanos fundamentais na América Latina e na Europa: desafios materiais e eficaciais*. Joaçaba: Unoesc, 2012. p. 309.

¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 668.

para a operacionalização da máquina estatal¹⁷. Casalta Nabais¹⁸ já evidencia que a efetivação de direitos apresenta custos comunitários. Por mais que esta concepção diretamente faça imaginar uma distribuição de custos por meio da tributação, inclui-se aqui a legislação que institui a meia-entrada, de modo a inserir na atividade e, por conseguinte, no consumidor (e, por que não dizer, na sociedade¹⁹) o dever de subsidiar meio de tornar as atividades de lazer mais atrativas²⁰. Desta forma, seria superada a problemática da disponibilidade efetiva de recursos estatais para a prestação de direitos sociais²¹. Além do mais, a constante pergunta da possibilidade de leis que determinam a meia-entrada serem inconstitucionais foi sanada com o julgamento da ADIn 1950/SP:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
– LEI Nº 7.844/1992, DO ESTADO DE SÃO PAULO – MEIA ENTRADA ASSEGURADA AOS ESTUDANTES REGULARMENTE MATRICULADOS EM ESTABELECIMENTOS DE ENSINO – INGRESSO EM CASAS DE DIVERSÃO, ESPORTE, CULTURA E LAZER – COMPETÊNCIA CONCORRENTE ENTRE A UNIÃO, ESTADOS-MEMBROS E O DISTRITO

¹⁷ SUNSTEIN, Cass R.; HOLMES, Stephen. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton, 2000. p. 44-46.

¹⁸ NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15184-15185-1-PB.pdf>>. Acesso em: 21 jun. 2015.

¹⁹ Relembrando aqui o que aponta Fábio Ulhoa Coelho: “Do mesmo modo, a lei estabelecendo que qualquer pessoa, na mesma situação do empresário, fica sujeita a determinada obrigação, servirá de parâmetro para definição dos preços dos produtos ou serviços oferecidos ao mercado. Toda e qualquer obrigação jurídica representa, para o empresário, um custo, que ele, evidentemente, deve considerar para não ter prejuízo em sua atividade econômica. Por exemplo: se a lei obriga os empresários do setor de entretenimento a concederem meia-entrada aos estudantes, eles devem recalcular os preços que serão pagos pelos demais consumidores para, no final das contas, auferirem receita que lhes possibilite cumprir a obrigação, recuperar investimentos e custeios, bem obter estimulante lucro” (COELHO, Fábio Ulhoa. Cessão de crédito e aspectos jurídicos de ação civil pública. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 58/2012, p. 475, out. 2012).

²⁰ Inclui-se aqui que esta posição não é única. André Luiz Borges Netto reitera que já houveram decisões do Tribunal do Estado de São Paulo em que foi considerada a inaplicabilidade da lei por inconstitucionalidade, entendendo que não houve deste Estado qualquer meio de aliviar o encargo suportado pelo subsídio (NETTO, André Luiz Borges. A inconstitucionalidade da lei estadual que concede gratuidade no transporte coletivo intermunicipal. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 30, p. 204-2010, jan./mar. 2000).

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. rev., atual. e amp. 3. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FEDERAL PARA LEGISLAR SOBRE DIREITO ECONÔMICO - CONSTITUCIONALIDADE - LIVRE INICIATIVA E ORDEM ECONÔMICA - MERCADO - INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA - ARTS. 1º, 3º, 170, 205, 208, 215 E 217, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL - 1. É certo que a ordem econômica na Constituição de 1988 define opção por um sistema no qual joga um papel primordial a livre iniciativa. Essa circunstância não legitima, no entanto, a assertiva de que o Estado só intervirá na economia em situações excepcionais. 2. Mais do que simples instrumento de governo, a nossa Constituição enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Postula um plano de ação global normativo para o Estado e para a sociedade, informado pelos preceitos veiculados pelos seus arts. 1º, 3º e 170. 3. A livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. Por isso a Constituição, ao contemplá-la, cogita também da "iniciativa do Estado"; não a privilegia, portanto, como bem pertinente apenas à empresa. 4. Se de um lado a Constituição assegura a livre iniciativa, de outro determina ao Estado a adoção de todas as providências tendentes a garantir o efetivo exercício do direito à educação, à cultura e ao desporto [arts. 23, inciso V, 205, 208, 215 e 217, § 3º, da Constituição]. Na composição entre esses princípios e regras há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário. 5. O direito ao acesso à cultura, ao esporte e ao lazer, são meios de complementar a formação dos estudantes. 6. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.²²

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1950/SP, Tribunal Pleno, Requerente: Confederação Nacional do Comércio - CNC, Requeridos: Governador do Estado de São Paulo e Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, Relator Eros Grau, Brasília/DF, 3 de novembro de 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266808>>. Acesso em: 21 jun. 2015.

A questão poderia, então, pender para os critérios adotados, para, em especial, voltar um benefício desta forma para duas classes de pessoas específicas: estudantes e professores. Não deveria haver um proveito geral, como aquele que é obtido por meio do financiamento da cultura pela Lei Rouanet (Lei nº 8.313, de 23 de dezembro de 1991)? Destaca-se que o bem jurídico envolvido relaciona-se a beneficiar uma fatia da população que carece de recursos (como professores, cuja remuneração é baixa e cuja responsabilidade perante o jovem é alta), ou, ainda, a quem se deve realizar direto estímulo (como os estudantes). Além disso, como demonstra Joseane Suzart Lopes da Silva, o benefício terá papel direto em possíveis atividades de aprendizado.

A educação, a cultura e o desporto são bens jurídicos de matriz constitucional, sendo protegidos através dos arts. 205 a 217 da Carta Magna brasileira. De forma idêntica, as crianças, os adolescentes e os idosos tiveram os seus direitos resguardados em sede constitucional por meio dos arts. 227 a 230 da CF/1988. Garantiu-se, no âmbito infraconstitucional, para os estudantes o direito ao pagamento de meia entrada nos eventos culturais, incluindo-se os de caráter esportivo, objetivando-se que tais atividades sirvam de incremento e de auxílio para o processo educacional.²³

Em especial, tratando de estudante criança e adolescente, há de se lembrar que a Constituição prevê, em especial, o dever da família, da sociedade e do Estado de assegurar o direito ao lazer²⁴.

Superada esta questão, passa-se à análise do direito ao consumidor envolvido no caso do acórdão.

3 O DIREITO DO CONSUMIDOR E O DIREITO AO LAZER

²³ SILVA, Joseane Suzart Lopes da. Lei geral da copa e o direito do torcedor consumidor: violação aos ditames constitucionais e legais. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 85/2013, p. 115-174, jan./fev. 2013.

²⁴ “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.” (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 21 jun. 2015)

Outro ponto de análise aqui é a possibilidade de conectar diretamente o lazer com o consumo. O Relator, no texto do voto, traz a conexão direta da relação como de consumo onde se exerce o lazer. Faz-se necessário rememorar como o Código de Defesa do Consumidor define aquilo que é passível de ser consumido:

Art. 3º [...]

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.²⁵

Preliminarmente, aponta-se que, no momento social atual, a cultura da tecnologia e consumismo tem transformado o tempo livre de uma espécie de “indústria do lazer” em conjunto com a propagação da publicidade comercial somada ao uso acrítico de Internet e tecnologias da informação²⁶. Com a disseminação dos meios de produção em massa do lazer no decorrer do século 20, a vivência do lazer acaba sendo convertida em um bem de consumo²⁷. Não se exclui, contudo, que as atividades tidas na sociedade como “de lazer” estão arraigadas em atividades comerciais.

Ainda não se pode deixar de lado o fato de que ambos os aspectos podem sofrer interação. A matéria relativa à proteção do direito ao lazer, como já amplamente explorado, demonstrará a essencialidade do cuidado com a atividade em si e com a proteção dos benefícios trazidos para que o cidadão possa exercê-lo. Trata-se de uma proteção do conteúdo. O direito do consumidor protegerá a forma com que este exercício é realizado e com a sua hipossuficiência diante da produtora que realiza o evento.

Questiona-se, ademais, se a norma que institui o benefício da meia-entrada estaria relacionada diretamente ao direito ao consumidor, ao direito

²⁵ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 20 jun. 2015.

²⁶ CHEMIN, Beatris Francisca. *Políticas públicas de lazer: o papel dos municípios na sua implantação*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 50.

²⁷ GOMES, Christianne Luce. *Lazer, trabalho e educação: relações históricas, questões contemporâneas*. 2. ed. rev. ampl. Belo Horizonte: UFMG, 2008. p. 14.

constitucional (como proteção ao lazer) ou, ainda, um híbrido. Ao se considerar que a norma invariavelmente tocará relações de consumo (uma vez que, sempre que o professor ou o estudante a exercerem, estarão consumindo um serviço de entretenimento), porém que ainda assim tratará em todas as vezes de espécies de lazer, poderá concluir-se que terá âmago multifacetado, permitindo, assim, que tenha uma raiz em cada ponto, lembrando que o microsistema de direito do consumidor tem origem na norma constitucional²⁸.

Bruno Miragem faz considerações sobre a forma com que atividades culturais podem tocar o direito do consumidor:

No caso dos espetáculos culturais, caracterizam uma prestação principal de fazer, são serviços oferecidos no mercado de consumo, mediante remuneração. Obrigam especialmente à pontualidade, a padrões de segurança e conforto, adequadas e ao controle de acesso, visando ao atendimento de interesses protegidos por lei, por exemplo, vedação do ingresso de crianças e adolescentes em espetáculos dirigidos ao público adulto (art. 258 do ECA) ou mesmo condições de saúde e segurança dos demais espectadores. Também a questão pertinente ao pagamento e valores dos ingressos para acesso a espetáculos públicos, especialmente as situações de respeito à legislação que beneficia certos grupos com desconto do valor integral (por exemplo, a meia entrada de estudantes ou idosos), implica o respeito, pelo fornecedor, ao direito destes consumidores. Neste sentido, cumpre o atendimento do comando legal impositivo concedendo o respectivo desconto, e se abstendo de condicioná-lo ao atendimento de exigências demasiadamente complexas, de modo a desestimular o

²⁸ “O próprio constituinte, ao determinar no art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que o legislador elaboraria um Código, indica uma organização normativa sistemática, de regras e princípios, orientada para a finalidade constitucional de proteção do mais fraco na relação de consumo.” (MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 3. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 39)

exercício do direito. O mesmo se verifica às ofertas em geral quanto a preços e condições de ingresso.²⁹

Aponta-se que o caso do acórdão, em especial, trazia violações ao direito dos consumidores, em âmbito coletivo, ao não cumprir as normas que obrigavam a disponibilização de ingressos pela metade do valor praticado pelo ingresso normal e, em momento posterior, ao realizar informação errônea e simulada.

Recordando o caso do acórdão, os réus disponibilizaram, após termo de ajuste em juízo, os preços de forma com que houvesse um valor de ingresso integral (R\$ 40,00 ou R\$ 50,00, dependendo do dia do evento), um valor promocional (R\$ 25,00 ou R\$ 30,00, mediante a entrega de um quilo de alimento) e um valor para professores e estudantes (R\$ 20,00 ou R\$ 25,00, relativo à metade do valor do ingresso integral). Porém, o oficial de justiça designado para verificar o cumprimento deste acordo flagrou que muitos dos espectadores que diziam fazer jus ao ingresso promocional não portavam alimentos e eram indicados a retirar de uma pilha disposta em uma mesa um alimento para a entrega na entrada do evento. Esta mesa, disponibilizada pela própria organização, era constantemente reabastecida pela equipe da produtora, de forma a configurar uma espécie de mero transporte do alimento para dentro do local e novamente para fora, conforme o acórdão³⁰. Isso se tornou uma maneira de os réus cobrarem o preço que desejavam originalmente, sob o título de promocional, e ainda assim valerem-se de não ter de cobrar o valor com 50% de desconto aos professores e estudantes.

A informação de que havia à disposição o recurso da meia-entrada não se constituiu efetivo no caso, violando os deveres de probidade, boa-fé, transparência e, principalmente, veracidade – deveres do fornecedor considerados basilares da relação de consumo³¹.

Retorna-se à questão que fora reformada em segundo grau relativa aos danos morais coletivos. No juízo de origem, os réus foram condenados ao pagamento de 50 salários-mínimos, redirecionados para o Fundo Social de

²⁹ MIRAGEM, Bruno. Serviços turísticos, espetáculos esportivos e culturais no mercado de consumo: a proteção do consumidor nas atividades de lazer e entretenimento. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 85/2013, p. 67-113, jan./fev. 2013.

³⁰ SÃO PAULO. Décima Primeira Câmara Extraordinária de Direito Privado, Apelação n° 0004418-35.2010.8.26.0291, Recorrentes: H1 Promoções Artísticas e Marketing Ltda. e Estephan Hani, Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo, Relator Leonel Costa, São Paulo, 17 de setembro de 2014. Disponível em: <<https://goo.gl/3CBmT5>>. Acesso em: 4 maio 2015.

³¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor*. 1. ed. 2. reimp. São Paulo: Atlas, 2009.

Solidariedade de Jaboticabal. O Desembargador Relator optou pela reforma, por entender que “o dano extrapatrimonial que enseja indenização é aquele que causa dor, humilhação, constrangimento, ofendendo os direitos de personalidade, o que não se verifica no caso em tela”³². Ainda verificou que, caso houvessem consumidores atendido ao edital para figurar como litisconsortes ativos, poderia haver uma condenação ao verificar ofensa à honra e à dignidade.

O que se questiona é se o fato de não haver uma representação individual contra os réus, uma presença pessoal para demonstrar o dano, significa diretamente que ele não ocorreu. Héctor Valverde Santana faz considerações sobre o assunto:

Combinando os diversos aspectos do dano moral individual com as particularidades da disciplina legal dos valores transindividuais, define-se o dano moral coletivo como a injusta lesão dos direitos imateriais pertencentes à determinada coletividade, ou seja, é a violação injusta de específico círculo de valores coletivos. Dispensa-se a prova direta do dano moral coletivo, porquanto não se configura apenas com a verificação da dor da coletividade, mas presume-se em razão da demonstração do fato violador dos valores coletivos (*damnum in re ipsa*).³³

Passa-se, assim, ao questionamento se o fato de a produtora não ter disponibilizado o acesso à meia-entrada teria ocasionado uma violação aos valores da coletividade. Em condão diferente daquele adotado pelo Relator, o autor propõe que não necessita diretamente de uma dor para que haja o dano moral coletivo.

No mesmo sentido, opina Guilherme Magalhães Martins:

Os danos morais que têm por vítima a sociedade devem receber uma solução e uma destinação em favor

³² SÃO PAULO. Décima Primeira Câmara Extraordinária de Direito Privado, Apelação nº 0004418-35.2010.8.26.0291, Recorrentes: H1 Promoções Artísticas e Marketing Ltda. e Estephan Hani, Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo, Relator Leonel Costa, São Paulo, 17 de setembro de 2014. Disponível em: <<https://goo.gl/3CBmT5>>. Acesso em: 4 maio 2015.

³³ SANTANA, Héctor Valverde. *Dano moral no direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 148.

da coletividade, através do fundo de reconstituição dos bens lesados.

O caso é de dano *in re ipsa*, devendo ser o agente responsabilizado pelo simples fato da violação a um determinado círculo de valores coletivos.³⁴

Tratando-se de uma proteção do direito ao lazer, que é direito fundamental assegurado na Constituição, não configuraria, assim, um valor coletivo violado?

A plena admissão pelo Desembargador Relator de que, ao não ver o dano de forma flagrante e clara, não haveria espaço para a condenação, causa séria dúvida se foi a decisão mais correta a ser tomada. As razões do recurso dos réus, apresentadas no acórdão, direcionavam a atenção para o fato de que os danos morais afetariam direitos personalíssimos, portanto, impossíveis de se verificar a uma coletividade. Isso já fora superado. Entretanto, a possibilidade de a conduta lesiva ter tocado um valor coletivo, de proteção do direito ao lazer ainda agravado pela específica tutela de benefício aos professores estudantes, permanece como uma reflexão.

CONCLUSÃO

Conclui-se, assim, que o acórdão abordou, de forma correta, a combinação da proteção do consumidor com a proteção do direito social ao lazer, de forma a propiciar aos professores e estudantes privilégio de pagar apenas metade do valor do ingresso. Este direito de meia-entrada tem como princípio uma facilitação de acesso para eventos recreativos e culturais, com base em leis de três esferas: federal, estadual e municipal.

A análise do caso entendeu como correta a medida do julgado de condenar os réus a cumprir permanentemente estas definições e, havendo finalizado o evento que ensejou a ação por parte do Ministério Público, não havia mais o que falar naquela sede sobre o fato. Ainda que tenha se flagrado uma simulação na atitude dos réus para permanecer vendendo os ingressos nos valores que planejavam desde o princípio, a ordem para que jamais repitam o ato é praticamente um aviso, uma advertência de que poderia ensejar uma pena por danos reiterados contra a coletividade no futuro.

³⁴ MARTINS, Guilherme Magalhães. Dano moral coletivo nas relações de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 82/2012, p. 87-109, abr./jun. 2012.

O dano moral e material coletivo afastado baseou-se em uma ausência de uma “face” para a possível dor que a atitude dos réus teria provocado. Porém, demonstrou-se que não haveria uma necessidade de flagrante dor, haja vista tratar-se de um dano coletivo e que a doutrina admite uma demonstração de afetação de valores. A questão que permanece é se o dano ao direito ao lazer e, porque não, até mesmo o fato de os réus terem mantido a sua conduta com ardil para praticar os valores que desejavam, ainda que tivessem assinado termo de ajuste de condutas no desenrolar do processo, não teria causado uma violação nos valores protegidos pela Constituição e pelas normas de direito do consumidor. Aparentemente, o julgador poderia ter avançado no assunto para uma verificação mais apurada da questão.

Por fim, verifica-se que, apesar de o acórdão analisado apontar o direito ao lazer como direito social constitucionalmente protegido, poderia haver um maior desenvolvimento sobre o assunto no voto para que a sua importância fosse destacada e o seu reconhecimento fosse acentuado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 21 jun. 2015.

_____. Lei nº 12.852, de 5 de agosto de 2013. Institui o Estatuto da Juventude e dispõe sobre os direitos dos jovens, os princípios e diretrizes das políticas públicas de juventude e o Sistema Nacional de Juventude – Sinajuve. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12852.htm>. Acesso em: 20 jun. 2015.

_____. Lei nº 12.933, de 26 de dezembro de 2013. Dispõe sobre o benefício do pagamento de meia-entrada para estudantes, idosos, pessoas com deficiência e jovens de 15 a 29 anos comprovadamente carentes em espetáculos artístico-culturais e esportivos, e revoga a Medida Provisória nº 2.208, de 17 de agosto de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12933.htm>. Acesso em: 20 jun. 2015.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 20 jun. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1950/SP, Tribunal Pleno, Requerente: Confederação Nacional do Comércio – CNC, Requeridos: Governador do Estado de São Paulo e Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, Relator Eros Grau, Brasília/DF, 3 de novembro de 2005. Disponível em: <<http://redir>

stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266808>. Acesso em: 21 jun. 2015.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 10 ed. Revista, atualizada e reformada até a Emenda Constitucional nº 70/2012. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARDOSO, Simone Tassinari. O direito ao lazer no estado socioambiental. 275f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, PUCRS. Porto Alegre, 2011.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor*. 1. ed. 2. reimp. São Paulo: Atlas, 2009.

CHEMIN, Beatris Francisca. *Políticas públicas de lazer: o papel dos municípios na sua implantação*. Curitiba: Juruá, 2007.

COELHO, Fábio Ulhoa. Cessão de crédito e aspectos jurídicos de ação civil pública. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 58/2012, p. 475, out. 2012.

ESTADO DE SÃO PAULO. Lei nº 7.844, de 13 de maio de 1992. Assegura a estudantes o direito ao pagamento de meia-entrada em espetáculos esportivos, culturais e de lazer, e dá providências correlatas. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1992/lei-7844-13.05.1992.html>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

GOMES, Christianne Luce. *Lazer, trabalho e educação: relações históricas, questões contemporâneas*. 2. ed. rev. ampl. Belo Horizonte: UFMG, 2008.

MARTINS, Guilherme Magalhães. Dano moral coletivo nas relações de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 82/2012, p. 87-109, abr./jun. 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 3. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. Serviços turísticos, espetáculos esportivos e culturais no mercado de consumo: a proteção do consumidor nas atividades de lazer e entretenimento. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 85/2013, p. 67-113, jan./fev. 2013.

MUNICÍPIO DE JABOTICABAL. Lei municipal nº 3.012, de 6 de maio de 2002. Institui a meia-entrada de professores da Rede Municipal Pública e Particular em todo espetáculo público remunerado, e dá outras providências. Disponível em: <http://sapl.jaboticabal.sp.leg.br/sapl_documentos/norma_juridica/3012_texto_integral>. Acesso em: 20 jun. 2015.

_____. Lei nº 2.605, de 15 de dezembro de 1997. Assegura o pagamento de meia entrada para estudantes regularmente matriculados nas Escolas Públicas ou Particulares de primeiro, segundo e terceiro grau, e dá outras providências. Disponível em: <<http://>

sapl.jaboticabal.sp.leg.br/sapl_documentos/norma_juridica/2605_texto_integral>. Acesso em: 20 jun. 2015.

NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15184-15185-1-PB.pdf>>. Acesso em: 21 jun. 2015.

NETTO, André Luiz Borges. A inconstitucionalidade da lei estadual que concede gratuidade no transporte coletivo intermunicipal. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 30, p. 204-2010, jan./mar. 2000.

ROJEK, Chris. *Leisure and Culture*. New York/NY: St. Martin's Press, 2000.

SANTANA, Héctor Valverde. *Dano moral no direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SÃO PAULO. Décima Primeira Câmara Extraordinária de Direito Privado, Apelação nº 0004418-35.2010.8.26.0291, Recorrentes: H1 Promoções Artísticas e Marketing Ltda. e Estephan Hani, Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo, Relator Leonel Costa, São Paulo, 17 de setembro de 2014. Disponível em: <<https://goo.gl/3CBmT5>>. Acesso em: 4 maio 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. rev., atual. e amp. 3. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, Joseane Suzart Lopes da. Lei geral da copa e o direito do torcedor consumidor: violação aos ditames constitucionais e legais. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 85/2013, p. 115-174, jan./fev. 2013.

SILVA, Rogério Luiz Nery da Silva. Efetividades dos direitos sociais: limitações orçamentárias e escolhas trágicas. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; BRANCO, Gerson Luiz Carlos; PORCIUNCULA, Marcelo (Org.). *A problemática dos direitos humanos fundamentais na América Latina e na Europa: desafios materiais e eficáciais*. Joaçaba: Unoesc, 2012.

SUNSTEIN, Cass R.; HOLMES, Stephen. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton, 2000.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

Submissão em: 05.06.2016

Aceito em: 12.07.2016