

# SISTEMA CONSTITUCIONAL DE GARANTIA DE DIREITOS I



VII  
SIACRID

SIMPÓSIO  
INTERNACIONAL  
DE ANÁLISE  
CRÍTICA DO  
DIREITO



ORGS.

MÁRIO COIMBRA

DANIELA APARECIDA RODRIGUEIRO

ÉRIKA MENDES DE CARVALHO

©2017 - Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da UENP

**Anais do VII Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito**

Mário Coimbra, Daniela Aparecida Rodrigues & Érika Mendes de Carvalho  
(Orgs.)

Carla Bertocini  
(Editor)

Vladimir Brega Filho  
Coordenador Geral do Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito

**Comissão Científica do VII SIACRID**

Prof. Dr. Vladimir Brega Filho (UENP-PR)  
Prof. Dr. Flavio Luiz de Oliveira (ITE/Bauru-SP)  
Prof. Dr. Angel Cobacho (Universidade de Múrcia - Espanha)  
Prof. Dr. Sérgio Tibiriçá Amaral (Toledo Prudente Centro Universitário e ITE/Bauru-SP)  
Prof. Dr. Zulmar Fachin (IDCC)  
Prof. Dr. Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior (Univem)

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**

---

Sistema Constitucional de Garantia de Direitos I / Mário Coimbra, Daniela Aparecida Rodrigues & Érika Mendes de Carvalho, organizadores. - 1. ed. - Jacarezinho, PR: UENP, 2017. (Anais do VII Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito)

Vários autores

Bibliografia

ISBN 978-85-62288-54-8

1. Sistema Constitucional de Garantia de Direitos I / Mário Coimbra, Daniela Aparecida Rodrigues & Érika Mendes de Carvalho.

CDU-342

**Índice para catálogo sistemático**

1. Ciências Sociais. Direito. Direito Constitucional.  
342

As ideias veiculadas e opiniões emitidas nos capítulos, bem como a revisão dos mesmos, são de inteira responsabilidade de seus autores. É permitida a reprodução dos artigos desde que seja citada a fonte.

**FUNDAÇÃO  
ARAUCÁRIA**

Apoio ao Desenvolvimento Científico  
e Tecnológico do Paraná

## SUMÁRIO

<b>A VIDA SOB OS OLHOS DE UM UTILITÁRIO</b>	<b>5</b>
Lucas Afonso Rubi SILVA Beatriz Antunes SOARES	
<b>BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS: UMA ANÁLISE DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.815/2015</b>	<b>20</b>
Ellen Carina Mattias SARTORI Vanessa Nunes PEREIRA	
<b>COMPLIANCE: A INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR NAS EMPRESAS E A VIOLAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE</b>	<b>45</b>
Sarah Furtado VIOLANTE José Eduardo Lourenço dos SANTOS	
<b>AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E SUAS CONTRATAÇÕES PELO SETOR PRIVADO SEGUNDO A LEI Nº 8.213/91 E PELO SETOR PÚBLICO POR INTERMÉDIO DE CONCURSOS</b>	<b>60</b>
Jaime Domingues BRITO Tiago Domingues BRITO	
<b>DA NECESSIDADE DE PONDERAÇÕES ECONÔMICAS EM DIREITO: A ANÁLISE ECONÔMICA COMO FERRAMENTA DE CRÍTICA AOS MEIOS JURÍDICOS E FINS NORMATIVOS</b>	<b>78</b>
João Paulo Silva DIAMANTE	
<b>DA PRIMEIRA PRESIDENTA DA REPÚBLICA ELEITA A UMA PRIMEIRA DAMA “BELA, RECATADA E DO LAR” OU SOBRE COMO O MACHISMO ESTRUTURAL REVELA A FRAGILIDADE DEMOCRÁTICA BRASILEIRA</b>	<b>100</b>
Emmanuella Magro DENORA Fernando de Brito ALVES	
<b>DEMOCRACIA PARA ALÉM DOS MUROS ESCOLARES: A ESCOLA COMO INSTITUIÇÃO PRIMÁRIA DO EXERCÍCIO DA CIDADANIA</b>	<b>118</b>
Ana Paula MEDA Livia Carla Silva RIGÃO	
<b>DIREITO FUNDAMENTAL AO PROCESSO COLETIVO E ENTES LEGITIMADOS PARA A DEFESA DE DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS</b>	<b>135</b>
Luis Antonio de Sousa ÁVILA Daniel Gustavo de Oliveira Colnago RODRIGUES	
<b>DIREITOS HUMANOS E MEIO AMBIENTE: A BUSCA PELO EQUILÍBRIO</b>	

<b>DIANTE DAS NOVAS TECNOLOGIAS</b>	<b>159</b>
Luana Pereira LACERDA Bruna de Oliveira da Silva Guesso SCARMANHÃ	
<b>DIREITOS HUMANOS E OS CONFLITOS RELIGIOSOS NAS SOCIEDADES DEMOCRÁTICAS: A TOLERÂNCIA COMO INSTRUMENTO PACIFICADOR</b>	<b>173</b>
Raphaella Cinquetti VILARRUBIA	
<b>DIREITO SOCIAL À MORADIA: O FUNDAMENTAL EXERCÍCIO DE POSSE SOBRE IMÓVEIS PÚBLICOS</b>	<b>194</b>
Sandra Santos Rosa SCHERCH Vinícius Alves SCHERCH	
<b>ERA VIRTUAL: IMPACTOS E REPERCUSSÕES NO ORDENAMENTO JURÍDICO</b>	<b>212</b>
Victoria Cássia MOZANER Daniela Ramos Marinho GOMES	
<b>ESTADO BRASILEIRO DE DIREITO: UMA REPÚBLICA TARDIA NA PÓS- MODERNIDADE</b>	<b>231</b>
Giovanni de Araujo NUNES	
<b>FAMÍLIA BRASILEIRA: PLURALIDADE, DESAFIOS E O RECONHECIMENTO JURÍDICO</b>	<b>254</b>
Rodrigo Folla MARCHIOLLI	
<b>INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS COMO MEIO DE UNIFORMIZAÇÃO DA ORDEM JURÍDICA</b>	<b>275</b>
Nicole SCHMITZ Adriane HAAS	

# A VIDA SOB OS OLHOS DE UM UTILITÁRIO

Lucas Afonso Rubi SILVA  
Beatriz Antunes SOARES<sup>1</sup>

## RESUMO

A presente pesquisa tem por finalidade analisar a teoria utilitarista desenvolvida por Jeremy Bentham, e aperfeiçoada por John Stuart Mill, frente ao crescente desenvolvimento das áreas da biotecnologia, do melhoramento genético e da manipulação da espécie humana. Assim, o objetivo dessa pesquisa é demonstrar o perigo do uso da lógica utilitarista para solucionar problemas e discussões a respeito dos temas que envolvem essencialmente a vida e o desenvolvimento do homem em todos os seus aspectos. A metodologia utilizada foi de caráter hipotético-dedutivo com o emprego da pesquisa bibliográfica como fonte de observação teórica. Pretende-se, também, alarmar as pessoas e, principalmente, os aplicadores do Direito sobre a proximidade dessa realidade e os riscos que o afastamento e a falta de conhecimento podem gerar, demonstrando, sobretudo, que essas práticas não podem ser consideradas banais e usuais, sendo necessária uma análise baseada em princípios da dignidade da pessoa humana e do respeito à vida como um todo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Utilitarismo; Jeremy Bentham; Michael Sandel; Biotecnologia; Clonagem; Células-tronco; Aborto; Melhoramento Genético.

## ABSTRACT

The present research aims to analyze the utilitarianism theory developed by Jeremy Bentham, and perfected by John Stuart Mill, about the growing development of biotechnology, genetic improvement and human species manipulation. Therefore, the search objective is to demonstrate the risk of using utilitarianism logic to solve problems and discussion about the issues that essentially involve the life and the human development in all its aspects. The methodology used was hypothetical-deductive with the use of bibliographical research as a source of theoretical observation. It is also intended to alarm people and, mainly, law enforcers about the proximity of this reality and the risks that remoteness and the lack of knowledge can generate, demonstrating, above all, that these practices can not be considered banal and usual, being necessary an analysis based on the human dignity principle and the respect for life in general.

**KEY-WORDS:** Utilitarianism; Jeremy Bentham; Michael Sandel; Biotechnology; Cloning; Stem cells; Abortion; Genetical Enhancement.

## INTRODUÇÃO

A pesquisa tem por objetivo analisar a Teoria Utilitarista frente ao desenvolvimento biotecnológico, científico, médico e da nanotecnologia, tendo em vista o crescente surgimento de tratamentos médicos, procedimentos terapêuticos e melhoramentos genéticos, do que decorre a possibilidade do indivíduo manipular cada vez mais a engenharia genética da

---

<sup>1</sup> Estudante de Direito na Fundação Eurípedes Soares da Rocha na cidade de Marília, Estado de São Paulo. Atualmente exerce as funções de estagiária no Ministério Público do Estado de São Paulo.

espécie humana.

A partir da análise dos conceitos utilitários, o presente artigo pretende demonstrar os casos em que essa teoria já está sendo utilizada e o perigo de sua implementação nos mais diversos campos da sociedade, sobretudo no que tange o controle da vida humana, a possibilidade de modificação genética da espécie, do desenvolvimento físico e intelectual, além da interferência na própria possibilidade de vida de um ser humano em potencial.

É preciso demonstrar aos profissionais envolvidos no campo da manipulação genética, assim como aos demais envolvidos na área médico-hospitalar e, principalmente, aos aplicadores do Direito, que irão julgar e fundamentar as mais variadas possibilidades casuísticas que o progresso biotecnológico irá criar, o risco da interpretação desses casos a luz da ideologia utilitária.

O avanço biotecnológico está cada vez mais presente e cotidiano, sendo impossível detê-lo. É inerente ao homem a busca de meios que facilitem a sua sobrevivência e possibilitem um melhoramento em suas condições físicas, psicológicas e intelectuais. No entanto, essa mudança não pode acontecer de maneira indiscriminada, sem um controle por parte da legislação, sob pena de incorrer na transformação da vida humana em um mero objeto em disponibilidade para a precificação, modificação e dominação do homem sobre ele mesmo.

A metodologia utilizada foi de caráter hipotético-dedutivo, com o emprego da pesquisa bibliográfica como fonte de observação teórica.

## **UTILITARISMO**

A corrente utilitarista foi desenvolvida pelo filósofo inglês Jeremy Bentham (1748-1832) e tem como base a premissa de que os seres humanos são governados por dois sentimentos absolutos: a dor e o prazer. Para essa teoria, todas as atitudes humanas vão em direção a obtenção do prazer, evitando o sentimento de dor. Dessa forma, o indivíduo elege um guia soberano para a sua existência, qual seja: a felicidade. O mais elevado objetivo moral seria justamente maximizar a felicidade. A utilidade, então, surge pela busca de qualquer coisa que produza prazer e evite a dor e o sofrimento.

Todos gostamos do prazer e não gostamos da dor. A filosofia utilitarista reconhece esse fato e faz dele a base da vida moral e política. Maximizar a “utilidade” é um princípio não apenas para o cidadão comum, mas também para os legisladores. Ao determinar as leis ou diretrizes a serem seguidas, um governo deve fazer o possível para maximizar a felicidade da comunidade em geral. (SANDEL, 2016, p. 48)

Essa corrente busca a maximização da felicidade, a obtenção do “bem” para o maior

número de indivíduos em uma sociedade. É a partir desse ponto que surge a maior crítica ao utilitarismo: o desrespeito aos direitos individuais. Ao considerar a satisfação do maior número de pessoas em uma comunidade, muitas vezes as minorias são desconsideradas, seus desejos e interesses são colocados à margem de uma sociedade que está preocupada em garantir a felicidade para o maior número de pessoas. Ademais, com o implemento desse raciocínio, os direitos e garantias individuais seriam suprimidos em face da maioria. Um exemplo clássico e marcante de como seria viver o utilitarismo em toda a sua essência, é citado por Michael Sandel em sua obra *Justiça*:

Na Roma antiga, cristãos diversos eram jogados aos leões no Coliseu para a diversão da multidão. Imaginemos como seria o cálculo utilitarista: Sim, de fato o cristão sofre dores excruciantes quando o leão o ataca e o devora, mas pensemos no êxtase coletivo dos expectadores que lotam o Coliseu. Se a quantidade de romanos que se deleitam com o espetáculo for muito maior que a de cristãos, que argumentos teriam um utilitarista para condenar tal prática? (SANDEL, 2016, p. 51)

Outro exemplo, que demonstra um dos raciocínios mais claros do Utilitarismo, aquele que sem dúvidas suprime um direito individual em detrimento do interesse da maioria, é a tortura. A defesa dessa prática se baseia apenas mediante um cálculo utilitário, ou seja, a tortura inflige dor ao suspeito, reduzindo, assim, sua felicidade ou utilidade, no entanto pode ajudar ou até mesmo salvar milhares de inocentes. Dessa forma, para o utilitarismo é plenamente justificável infligir dor intensa a uma pessoa se isso evitar a morte ou o sofrimento em grande escala. No entanto, um forte argumento contrário a esse pensamento utilitarista, que envolve a dignidade humana fortemente abordada pelo filósofo Immanuel Kant, demonstra nitidamente o erro com um cálculo iminente quantitativo para questões que envolvem a moral e consequentemente valores da vida humana.

Algumas pessoas repudiam a tortura por princípio. Elas acreditam que esse recurso é uma violação dos direitos humanos, um desrespeito à dignidade intrínseca dos seres humanos. Sua posição contra a tortura não depende de considerações utilitaristas. Elas argumentam que os direitos e a dignidade humana têm uma base moral que transcende a noção de utilidade. Se essas pessoas estiverem certas, a filosofia de Bentham estará errada (SANDEL, 2016, p.53).

Outra vulnerabilidade dessa corrente é a quantificação dos prazeres, das dores e sofrimentos. Como é possível calcular o nível de satisfação que uma pessoa obtém em determinada situação? É possível afirmar que duas pessoas diferentes possuem o mesmo sentimento frente a uma determinada situação?

Alf Ross, em seu livro *Direito e Justiça*, enaltece essa crítica, afirmando que o único motivo para um homem considerar um prazer mais elevado do que outro é a sua própria preferência. O ser humano é movido por diversos impulsos, necessidades e considerações, sobretudo em uma sociedade essencialmente pluralista, sendo, portanto, impossível

quantificar em igualdade todos os prazeres e dores experimentados por um indivíduo no decorrer de sua vida.

O princípio do utilitarismo, no seu último aspecto, se apoia na pressuposição de que em toda situação prática nossa escolha pode ser reduzida a uma escolha racional entre montantes quantitativos, medidos em termos de prazer. Se se adota a premissa de que o prazer é o intrinsecamente bom e que se deve dedicar a mesma consideração ao prazer dos outros e ao próprio, a escolha se reduz a um cômputo puramente racional. (ROSS, 2000, p. 339)

Como visto, Jeremy Bentham, ao desenvolver a teoria utilitarista, não concedeu à dignidade da pessoa humana o seu devido valor e importância, sobretudo por desconsiderar os interesses das minorias quando justificável. Tentando responder as objeções feitas a essa teoria, John Stuart Mill (1806-1873) procurou salvar o utilitarismo, reformulando-o como um pensamento mais moderno. Seus trabalhos foram uma árdua luta para conciliar o pensamento utilitarista clássico com os direitos individuais.

Entretanto, ao responder as críticas ao Utilitarismo, Mill acaba por abandonar as premissas mais primitivas dessa corrente. Fugindo do que realmente importa aos utilitários: a maximização da felicidade. Por isso, sempre que aplicado, o Utilitarismo irá remeter à usurpação dos direitos individuais, ao desrespeito à dignidade humana, ao ferimento do sentimento de respeito e inviolabilidade que cada pessoa possui de sua própria vida, corpo e mente.

## **EXPERIÊNCIAS UTILITÁRIAS**

Inegavelmente, o Utilitarismo não ficou adstrito à teoria. Em muitos casos é possível identificá-lo como critério fundamentador de determinadas medidas e decisões. Como exemplo, vale citar, a decisão proferida no final de 2016 pelo STF (Supremo Tribunal Federal), a qual declarou ser viável o início da execução da pena após o julgamento proferido pela segunda instância. O debate se baseou na contradição entre a necessidade de uma prestação jurisdicional efetiva e o princípio constitucional de presunção da inocência, disposto no artigo 5º, LVII: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Parte do voto do Ministro Luiz Fux demonstra de maneira clara o pensamento utilitarista sendo empregado em uma decisão de extrema importância para o país: “Estamos tão preocupados com o direito fundamental do acusado que nos esquecemos do direito fundamental da sociedade, que tem a prerrogativa de ver aplicada sua ordem penal”. Incontestavelmente, ao prezar pelo interesse da maioria da sociedade, pela aplicação da lei penal, um direito constitucional explícito está sendo retirado de um indivíduo, tendo em vista a atribuição de maior importância à satisfação de um maior número de pessoas em detrimento

à garantia individual que tem os contornos de cláusula pétreia. Nada mais utilitarista do que sobrepor a felicidade geral em face do indivíduo que violou uma norma jurídica. Ao passo em que o Judiciário inicia um processo de desconsideração da letra constitucional, das garantias que embasaram a criação de um Estado Democrático de Direito, dos princípios norteadores do ordenamento jurídico, ofende a sociedade como um todo, fazendo daquele momento um espetáculo para agradar os telespectadores, sem considerar os prejuízos e danos a longo prazo, sem considerar a dignidade do homem, sendo apenas utilitarista e arbitrário.

Outro exemplo constante no mundo jurídico é o caso da interceptação telefônica, quando o Poder Judiciário ignora uma lei processual vigente visando o interesse político de uma determinada classe social. Também, quando o CNJ (Conselho Nacional de Justiça) estabelece um plano de metas a ser obedecido pelo Poder Judiciário, elencando um número de processos a serem julgados em determinado período de tempo. Dessa forma, cria-se uma mecanização da atividade julgadora, transformando a produção intelectual do magistrado em uma simples linha de produção, o que foge totalmente dos princípios e critérios estabelecidos para a elaboração de uma sentença. Essa medida é utilitarista, pois objetiva um número, um saldo, uma consequência, sem levar em consideração a qualidade da análise feita pelo Juiz. O direito ao devido processo é sobrepujado em decorrência da necessidade de um resultado meramente quantitativo.

Não é descabido, portanto, o receio de que a ideologia utilitarista se dissemine para outros campos da sociedade e até mesmo no poder judiciário. Há, pois, a preocupação de que a ideia utilitária se enraíze na mente dos indivíduos e torne normal enxergar um ser humano como um objeto, como um meio para a persecução de fins considerados maiores e supremos, apesar dessa afirmação ser baseada em critérios estritamente subjetivos e individuais.

## **O UTILITARISMO ASSOCIADO À VIDA**

A inquietude é ainda maior quando o utilitarismo é associado às questões relacionadas à vida. Nos últimos anos, surgiram muitas inovações no campo da biotecnologia, como a possibilidade de alteração genética, a capacidade tecnológica de antever as características de um ser humano em potencial, a inserção de métodos que tratam doenças, deformidades, anomalias, enfim, inúmeros meios de transformação e ascensão da espécie humana.

Esses avanços supramencionados geram uma linha tênue entre a simples solução de problemas fisiológicos e a completa dominação da existência e desenvolvimento humano efetuada por outro indivíduo. O utilitarismo, por seu caráter eminentemente hedonista, não é

em momento algum adequado para embasar as escolhas e decisões concernentes à vida humana, questões essas que, começando por um mero tratamento, podem resultar na modificação permanente do homem e de seus descendentes.

Muitos casos evidenciam a precoce presença do utilitarismo em exemplos concretos e já presentes na sociedade. As tecnologias biomodificadoras, apesar de parecerem distantes da realidade de muitas pessoas, são disseminadas de forma constante e veloz, fazendo-se necessária a rápida resposta do sistema jurídico e moral para evitar um resultado que não poderá ser revertido posteriormente.

## **SELEÇÃO ANTECIPADA DA PROLE**

Trata-se da escolha das características do embrião antes de sua implantação no útero materno. É a possibilidade dos pais escolherem o sexo da criança, bem como a sua altura, cor dos olhos, e todos os outros traços físicos, assim como seus talentos e capacidades intelectuais. Essa pré-escolha pode advir tanto do desenvolvimento de engenharia genética, com a possibilidade de descobrir essas características através de mecanismos tecnológicos, como nos casos em que são utilizados doadores anônimos, a chamada fertilização heteróloga, na qual é possível selecionar o estereótipo do doador, aumentando as chances da criança nascer com as características que foram determinantes para a escolha do pai ou mãe biológicos. É o caso do exemplo citado no livro “Contra a Perfeição” de Michael Sandel, que foi divulgado no New York Times em março de 1999:

Um casal infértil estava a procura de uma doadora de óvulos – mas não de qualquer doadora. Ela precisava ter 1,80m de altura, ser atlética, não ter maiores problemas médicos no histórico familiar e ter 1.400 pontos ou mais nas provas do SAT (Scholastic Assessment Test). Em troca do óvulo de tal doadora, o anúncio oferecia US\$ 50 mil. (SANDEL, 2013, p. 16 e 17).

Como é possível perceber, os casos de escolha da prole, ultrapassam as verdadeiras preocupações que os pais podem ter com os seus filhos, passando a ser um mero capricho e júbilo individual. Por outro lado, podem existir casos em que a seleção das características dos filhos busque evitar o sofrimento, como nos casos recorrentes de bullying, nos quais as pessoas são vítimas de atos de violência física ou psicológica intencionais e repetidos baseados em seu comportamento, ou até mesmo imagem física. Nesses casos, a escolha do filho parece algo defensável, pois os progenitores tendem a minimizar a dor de seus filhos. Entretanto, até que ponto é possível distinguir o que é uma escolha racional visando a felicidade do indivíduo vindouro, do que é um mero desejo de seus pais? E mesmo essa seleção baseada na prevenção do sofrimento é correta?

Esse comportamento de seleção da prole resulta em um cálculo utilitarista ao passo que valoriza mais as opções dos pais do que a vida e diversidade humana. No momento em que os progenitores escolhem as características de seus filhos, estão ressaltando-as como as mais aceitáveis na sociedade o que, além de gerar discriminação para com as pessoas que não as detém, fere a individualidade de cada ser humano, as feições físicas e mentais que esse teria naturalmente, sem a intervenção do homem.

Trata-se de cálculo entre satisfações e desprazeres, entre um atributo valorizado pela sociedade o que, na visão dos progenitores, irá gerar a criança uma possível vantagem no futuro. Mesmo nos casos em que os pais objetivam evitar o sofrimento de seus filhos, existe um argumento moral e social que o descaracteriza, haja vista que o bullying ou qualquer outro tipo de ofensa à dignidade da pessoa humana deve ser combatido em sua raiz, e não evitado por simplesmente não existirem pessoas portadoras de tais perfis.

## **CLONAGEM**

A clonagem é uma técnica extremamente vislumbrada pelo ser humano, retratada por ficções científicas e valorizada por sua complexidade. Consiste em um método de reprodução assexuada que gera um indivíduo geneticamente igual ao ser vivo originário de tal processo. Pode ser considerada em vários âmbitos diversos, mas para essa pesquisa cabe ressaltar a clonagem de animais ou até mesmo pessoas, em um futuro próximo, para a satisfação de um sentimento de saudade, estima ou amor. Exemplifica o caso divulgado na rede de notícias Los Angeles Times em dezembro de 2004:

Uma texana chamada Julie (ela se negou a fornecer o sobrenome) lamentava a morte de seu amado gatinho Nicky. “Ele era tão lindo”, disse Julie. “Era excepcionalmente inteligente. Conhecia 11 comandos.” Então leu a respeito de uma empresa da Califórnia que oferecia um serviço de clonagem de gatos, a Genetic Savings & Clone. Em 2001 a empresa fora bem sucedida na criação do primeiro gato clonado (chamado CC, sigla de Carbon Copy – em inglês, cópia de carbono). Julie enviou-lhes uma amostra genética de Nicky e a taxa solicitada de US\$ 50 mil. Alguns meses depois, para sua grande alegria, ela recebeu Little Nicky, um gato geneticamente idêntico. “Ele é idêntico”, declarou Julie. “Ainda não fui capaz de notar a diferença.” (SANDEL, 2013, p. 18).

É visível que nesse caso há a clonagem de um animal de estimação, fato esse que não pode ser comparado à clonagem de um ser humano. Mas o exemplo serve para destacar o sentimento impulsionador da reprodução genética, novamente uma consideração utilitarista que tem como base apenas o criador e não o ser criado.

Como é sabido, o processo de engenharia genética caminha rápido, e o sistema jurídico tem de se prevenir de possíveis casos de clonagem humana, para que a vida não se

transforme em um simples produto comercializável. E, sobretudo, que as pessoas não sejam criadas apenas com a intenção de suprir a falta de outrem, de serem projetadas para agradar ao seu projetista, serem consideradas apenas como meios para um fim que seria a felicidade de um indivíduo criador.

## **MELHORAMENTO**

Consiste em uma terapia genética ou medicinal com o objetivo de reparar danos causados por diversos fatores, como, por exemplo, distrofias musculares, doenças hereditárias, deformidades permanentes, enfermidades adquiridas pelo envelhecimento natural, afeamentos, enfim, qualquer forma de diminuição da capacidade humana de se movimentar, de raciocinar ou de utilizar suas habilidades sensoriais.

Como seria poder curar uma pessoa da Alzheimer ou demência? Possibilitar o movimento de um membro que já se encontrava paralisado? Curar a osteoporose dos idosos? Esse melhoramento traça uma dúvida quanto às considerações utilitaristas, isso porque não é possível condenar uma pessoa por querer se sentir bem, querer ser curada de uma enfermidade que prejudica o seu desenvolvimento físico, mental ou intelectual. No entanto, tem de ser aferida a fundamentação e a finalidade para qual essa modificação é utilizada na prática.

Sobre esse tema, cabe ressaltar a importância e a finalidade da saúde na vida humana. A saúde é um fim ou um meio para atingir as mais variadas capacidades do homem? O pensamento utilitário de obtenção da felicidade possibilita a diferenciação daquilo que é uma cura, e por isso defensável, e daquilo que é um melhoramento desgovernado que pode gerar efeitos danosos?

Algumas pessoas argumentam que na obrigação de um pai curar um filho doente está implícita a de melhorar um filho saudável, de maximizar seu potencial para que ele alcance o sucesso na vida. Contudo, isso somente é verdadeiro se aceitarmos a ideia utilitária de que a saúde não é um bem humano distintivo, e sim apenas um meio de maximizar nossa felicidade e nosso bem-estar. (...) Esse tipo de pensamento em relação à saúde rejeita a distinção entre cura e melhoramento. (SANDEL, 2013, p. 61)

Toda vez em que um melhoramento atingir somente o âmbito do próprio indivíduo na busca de uma cura, essa atitude é louvável, pois não tende a modificar a espécie humana, mas sim a enaltecer algo que já existe no homem. Então, pode-se concluir, que nesses casos nos quais o pensamento utilitário de dor e prazer são aplicados apenas à própria pessoa que o escolhe, não existirá um dano ou perigo futuro para a sociedade.

No entanto, existem casos nos quais os melhoramentos são utilizados em pessoas que não os necessitam para uma cura, mas somente para um aperfeiçoamento daquilo que já

detém, gerando apenas uma vantagem sobre os outros indivíduos. Nesses casos o pensamento utilitarista tão criticado volta à tona, uma vez que o indivíduo está tendo um cálculo utilitário para aquela situação imediata a qual vivencia, sem ser possível mensurar as futuras consequências do uso indiscriminado dessas técnicas para toda a população.

Curar uma criança doente ou ferida não sobrepuja suas capacidades naturais; ao contrário, permite que elas floresçam. Embora os tratamentos médicos intervenham na natureza, eles assim o fazem em nome da saúde e, portanto, não representam uma tentativa sem limites de maestria e dominação. (SANDEL, 2013, p. 60).

## **CÉLULAS-TRONCO**

No caso específico de células-tronco parece surgir uma provável admissão da ideia utilitarista: as células-tronco embrionárias são extraídas dos embriões em seu estágio inicial e são utilizadas para garantir a pesquisa que objetiva a cura de doenças graves, possibilitando atualmente o tratamento de doenças como leucemia, distrofias musculares, anemia falciforme, entre outras, uma vez que essas células são consideradas pluripotentes, ou seja, têm a capacidade de se diferenciarem em qualquer tipo de célula adulta. Contudo, como consequência dessa extração, o embrião é destruído logo após a retirada das células-tronco. Assim, o direito individual do potencial ser humano seria suprimido para garantir a saúde e até mesmo a vida das demais pessoas da sociedade que possuem essas enfermidades.

Entretanto, esse raciocínio não é tão simples quanto parece. Faz-se necessárias duas considerações, primeiramente estabelecer a real finalidade para o uso do embrião e, depois, decidir se o embrião antes de implantado em uma mulher é ou não considerado um ser humano. Essa questão esclarecerá se a célula-tronco é passível de proteção pelo Direito ou não.

O presente trabalho não pretende esgotar essa discussão, mas apenas demonstrar se a aplicação do pensamento utilitarista é viável ou não. Analogamente ao “paradoxo sorites” é impossível estabelecer o exato momento em que um embrião será considerado uma pessoa, baseado apenas em seu número de células ou desenvolvimento fora do útero materno. À vista disso, cabe oportunamente apresentar um dilema moral transcrito na obra de Michael Sandel, para posterior análise, considerando se a ideologia utilitária é cabível ou não se a célula-tronco for considerada um ser humano protegido pela legislação vigente. Suponha que em uma clínica de fertilização se propague um incêndio. Nesta mesma clínica estão armazenados 20 embriões congelados, assim como lá está uma menina de 5 anos de idade. Se pudesse salvar apenas um deles quem você salvaria? Por quê? Seria então errado salvar a menina? Será que pela resposta a esse questionamento, a vida humana é realmente equiparada a de embriões? É atribuído o mesmo valor a ambos? Essa resposta é o começo para a discussão

quanto à possibilidade do uso de células-tronco e sua justificativa. Portanto, baseado no utilitarismo, e na simples equação em que essa teoria atribui aos seres humanos, salvar os 20 embriões seria o correto, tendo em vista a atribuição de vida a essas células. No entanto, o raciocínio moral do que é a coisa certa, ou até mesmo do valor atribuído a uma vida, não pode ser considerado um cálculo meramente quantitativo, já que existem inúmeras questões por trás da importância da existência humana.

## **ABORTO**

Segundo dados publicados na revista “Superinteressante” no mês de outubro de 2016, 850 mil mulheres por ano abortam de forma clandestina no Brasil, sendo que 20% das brasileiras entre 18 e 39 anos já abortaram voluntariamente ao menos uma vez na vida. Esses números demonstram que a prática do aborto é cotidiana e frequente no Brasil. Apesar de criminalizado pela legislação penal vigente, não é possível coibir sua prática. O aborto aqui tratado consiste na interrupção intencional da gravidez com a consequente morte do potencial ser humano, tanto por parte da progenitora, quanto de um terceiro, impossibilitando assim o desenvolvimento da vida do feto.

O posicionamento favorável ao aborto pode ser considerado uma das maiores aplicações do utilitarismo na área médica. Isso porque, a maior parte das pessoas que defendem a prática do aborto o fazem por acreditar que estão beneficiando o ser humano em potencial, tendo em vista que muitas vezes as condições sociais e econômicas da mãe e de sua família não são as mais propícias para o desenvolvimento e crescimento de uma criança.

Dessa forma, o pensamento utilitarista faz com que a possibilidade de vida ou não se torne uma simples equação, o que na verdade não pode ser admitido. O aborto é uma das questões mais preocupantes quanto ao utilitarismo, pois envolve essencialmente a vida. O direito individual à vida é totalmente aniquilado, buscando apenas a satisfação daquela mulher ou da família que escolhe ser melhor não ter aquele filho naquele momento.

O ser humano não é capaz de prever se o feto será uma pessoa feliz, bem desenvolvida, ou se, futuramente, terá condições econômicas favoráveis. É como impedir uma vida baseado numa incerteza. O utilitarismo tem como base o pressuposto da felicidade como mestre soberano do ser humano; todavia, o conceito de felicidade é extremamente subjetivo e individual, não sendo possível a sua generalização. Portanto, defender a prática do aborto apenas se baseando em argumentos utilitários não se mostra suficiente para justificá-la.

## **EUGENIA**

Essa técnica é caracterizada pela busca do aprimoramento genético dos seres humanos, com a finalidade de produzir indivíduos sem nenhuma imperfeição. Embora essa prática seja conhecida desde a Grécia Antiga, o termo eugenia foi dito pela primeira vez por Francis Galton, que disseminou essa ideia nos Estados Unidos no século XX, a qual foi tão aceita nessa época, que 350 universidades desse país promoveram cursos de eugenia, tendo como principal objetivo advertir os jovens americanos afortunados sobre a necessidade deles se reproduzirem.

Após alguns anos da disseminação da eugenia, alguns países adotaram leis de esterilização para doentes mentais, prisioneiros e pessoas menos afortunadas. Um caso clássico ocorrido nos Estados Unidos foi à decisão pela esterilização de Carrie Buck, uma mãe solteira que possuía deficiência mental. Assim, tendo em vista que sua mãe também era considerada deficiente mental, o juiz do Oliver Wendell Homes concluiu seu veredicto dizendo: “Três gerações de imbecis já é o bastante” (SANDEL, 2013, p.80).

Além disso, outro admirador dessa busca pela perfeição genética foi o Adolf Hitler, que buscava uma raça única, motivo este que extrapolou os limites da esterilização e terminou em um assassinato em massa.

Entretanto, uma forma de eugenia mais recente tenta retirar o caráter obscuro dessa prática, na medida em que busca retirar sua recorrente coerção, dando-a um caráter de livre mercado, incentivando assim as mulheres de baixa renda a se submeterem a esterilização, bem como as pessoas de alta renda e escolaridade a se reproduzirem. Ademais, essa maneira de escolha dos melhores genes, traz consigo a carga negativa que a eugenia é remetida, além da objetificação e comercialização das futuras crianças, visto que os bancos de sêmen buscam criar um padrão que é mais procurado pelo mercado.

Outro tipo de eugenia quem vem sendo discutida nos dias de hoje, devido ao crescente estudo e mapeamento dos genes humanos, é a eugenia liberal. Nesta nova corrente, busca-se o melhoramento genético com a total neutralidade do Estado, além de prezar pela autonomia das crianças, uma vez que só podem projetar nos filhos características que não os prejudique nas escolhas de vida. Diante disso, os defensores dessa prática não observam a diferença entre melhorar geneticamente as capacidades intelectuais de uma criança, e melhorar através de estudos intensivos, desde que não viole a autonomia. Contudo, a busca pela dominação da vida humana desde antes do nascimento é que torna a intervenção genética questionável.

Assim como nos exemplos abordados anteriormente, sobretudo em relação ao melhoraento genético e a seleção antecipada da prole, qualquer conduta que sobreponha

interesses coletivos em detrimento dos interesses individuais incorre na corrente utilitária. Isso porque, como mostram os relatos da história, a eugenia pode ser uma prática recorrida por diversos motivos, mas todos eles, principalmente em relação ao gritante exemplo do nazismo, selecionam características do ser humano sem antes consultá-lo, sem abordar de forma fundamentada os seus desejos e inclinações, violando assim a sua dignidade e capacidade de autodeterminação.

Embora muitos estudiosos argumentem que as diferenciações entre as pessoas dentro de uma sociedade existem invariavelmente e advém, na maioria das vezes, do nível econômico daquela determinada família, é inegável que essa diferença não é a mesma coisa do que uma seleção antecipada dessas condições, antes mesmo de que o indivíduo nasça, entenda-se como um ser humano detentor de uma função social dentro de sua comunidade.

Sempre será utilitário colocar um interesse considerado geral, uma necessidade social, ou até mesmo uma preferência acima dos direitos individuais de cada pessoa, sobretudo quando esse direito interfere diretamente em sua personalidade e, principalmente, em seu destino.

## **O PENSAMENTO KANTIANO**

O filósofo Immanuel Kant esclarece em suas abordagens a importância daquilo que o homem conhece por dignidade humana, repudiando o utilitarismo, argumentando que, no momento em que os direitos são baseados em um cálculo sobre o que produzirá maior felicidade o utilitarismo deixa esses direitos vulneráveis. A principal ideia de Kant sustenta a afirmação de que todos os seres humanos são racionais, merecedores de dignidade e respeito, não sendo legítima nenhuma teoria que imponha a supressão dos direitos individuais, tão arduamente conquistados pelas sociedades democráticas de direito por meio de lutas sociais. Sobretudo quando essa supressão se baseia em fatores incertos, em objetivos que são tão imprecisos e variáveis, como o conceito de felicidade, corriqueiramente abordado pelo Utilitarismo.

Segundo esse filósofo, a moral não diz respeito ao aumento da felicidade ou a qualquer outra finalidade criada pelo homem. Ele afirma, ao contrário, que ela está fundamentada no respeito às pessoas como fins em si mesmas. A ideia de Kant ao repudiar o Utilitarismo é fundada no receio de que essa teoria mude a consciência das pessoas, fazendo com que elas acreditem ser justificável suprimir a dignidade humana, sendo esse o bem mais louvável para o referido filósofo.

Kant não nega que o ser humano é uma criatura senciente, capaz de sentir dor e

prazer, mas sustenta que existem certos valores ainda assim soberanos. Em uma das suas máximas mais conhecidas, deixa claro a importância de nunca tratar o ser humano como um meio, sendo esse justamente o maior problema da aplicação do utilitarismo em questões que envolvem a vida, o desenvolvimento do ser humano como uma espécie: “Aja de tal forma a tratar a humanidade, seja na sua pessoa seja na pessoa de outrem, nunca como um simples meio, mas sempre ao mesmo tempo como um fim.” (KANT, Groundwork, p. 429).

## **O PROBLEMA COM O UTILITARISMO**

É possível notar pelos exemplos e casos acima abordados que o uso do cálculo utilitarista remete a um raciocínio eminentemente econômico. “O princípio de maximização certamente reflete também algo fundamental da maneira pela qual são feitas as escolhas econômicas, quando estão somente em jogo os interesses de um só indivíduo”. (ROSS, 2000, p. 340). Outra crítica ao Utilitarismo, desenvolvida pelos Libertários, baseia-se na ideia de que as pessoas nunca deveriam ser usadas como meros instrumentos para a obtenção do bem-estar alheio, tendo em vista a premissa maior dessa corrente de que cada ser humano é dono de si mesmo, fazendo suas próprias escolhas e construindo sua própria história.

Desta forma, nota-se um erro em usar uma ideologia que se baseia em interesses individuais, sobretudo quando as questões a serem tratadas envolvem a vida de outra pessoa e seu desenvolvimento como ser humano. Não é possível atribuir um valor à vida humana, quantificá-la da mesma forma que se avaliam objetos de compra e venda. Existe algo por trás disso que soa inaceitável, uma consideração superior que é inerente ao sentimento de estima do indivíduo, presente nas mentes humanas independente da reafirmação pelo sistema jurídico. “Se você acredita em direitos humanos universais, provavelmente não é um utilitarista. Se todos os seres humanos são merecedores de respeito, não importa quem sejam ou onde vivam, então é errado tratá-los como meros instrumentos da felicidade coletiva.” (SANDEL, 2016, p, 135).

Assim, cabe ressaltar que todas as formas de balancear o saldo entre prazer e dor são passíveis de críticas reflexivas, até mesmo nas situações em que aparentemente se busca uma atitude louvável de minimizar o sofrimento de outrem. O célebre filósofo político alemão, Jürgen Habermas, pontua que a liberdade humana está diretamente ligada a um não controle do nascimento, ou seja, o indivíduo só é livre em virtude de não possuir uma dívida com alguém que o projetou, ou decidiu de forma arbitrária a sua existência.

Diante disso, a ideia de dominação da vida humana, mesmo que em busca da ampliação dos prazeres de uma sociedade ao tentar inserir melhorias genéticas que podem

sobrepôr às capacidades humanas naturais, remonta a uma objetificação da existência humana, e, portanto, a torna passível de comercialização, retirando assim a característica marcadamente humana do indivíduo, tornando-o cada vez mais robotizado, e transferindo assim seus méritos a seus projetores. A aceitação da vida como algo que é dado ao ser humano e como algo que não se pode controlar, traz com isso preceitos morais fundamentais para a convivência em sociedade, como a humildade. Controlar o desejo e o impulso pela dominação, somado à aceitação ao imprevisto, são imprescindíveis para a tolerância.

Além disso, aderir ao pensamento utilitário do melhoramento genético se torna ainda mais preocupante na medida em que ele sai do âmbito individual, e venha a ser um hábito mental e um modo de vida. Assim, caminhando para o ponto de considerar os mais afortunados unicamente responsáveis por seus prazeres, e os menos afortunados como simples humanos passíveis de consertos genéticos, e não de sentimentos solidários por naturalmente não possuírem tais talentos. Portanto, a coletividade se tornaria mais arrogante, uma vez que o desprazer será unicamente responsabilidade dos indivíduos que escolheram não serem melhorados, ou foram projetados de maneira equivocada, havendo com isso, a minimização dos motivos de se compartilhar um destino comum.

Consideremos o caso do seguro de saúde. Uma vez que as pessoas não sabem quando ou mesmo se serão vítimas de doenças, fazem uma vaquinha conjunta e compram seguros de saúde e de vida. Com o decorrer dos acontecimentos da vida, os saudáveis terminam, assim, subsidiando os doentes, e os que vivem até uma idade avançada terminam subsidiando as famílias daqueles que morrem antes do tempo. O resultado é mutualidade por inadvertência. Mesmo sem ter um senso de obrigação recíproca, as pessoas unem seus recursos e riscos e compartilham o destino umas das outras. Contudo o mercado de seguros imita a prática da solidariedade somente na medida em que as pessoas não conhecem nem controlam os próprios fatores de risco. Suponhamos que os testes genéticos evoluíssem a ponto de podermos prever com precisão o histórico médico e a expectativa de vida de cada indivíduo. Aqueles dotados da garantia de uma boa saúde e uma vida longa optariam por sair da vaquinha, o que faria com que os prêmios dos seguros fossem às alturas no caso daqueles condenados a uma saúde ruim. O aspecto de solidarismo dos seguros desapareceria à medida que os indivíduos com bons genes fugissem da companhia atuarial daqueles com genes ruins. (SANDEL, 2013, p. 101).

Sendo assim, na medida em que a biotecnologia cresce conjuntamente com o pensamento utilitário, as premissas fundamentais para o convívio em sociedade, vão sendo esquecidas, ao passo que o egoísmo e a explosão de responsabilidade pelos erros nas escolhas vão se fortalecendo. A culpa pela desaprovação de um candidato em determinado concurso nos dias de hoje, poderá ser atribuído a diversos fatores externos. Por outro lado, em um mundo onde as escolhas são predominantemente humanas, a culpa para tal desaprovação poderá ser atribuída a quem o projetou.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Destarte, é de suma importância o estudo e o conhecimento aprofundado sobre a corrente utilitarista e suas aplicações, visto que essa teoria, mesmo parecendo distante em nosso passado, tem sido bastante recorrida e seu uso indiscriminado e sem respaldo coerente, pode acarretar danos irreversíveis à sociedade como um todo. Usar-se de justificativas utilitaristas para violar uma garantia individual, e assim, agradar uma maioria, é o mesmo que ferir a toda a coletividade em seu futuro. Ao tratar o próprio homem como um mero meio para atingir um determinado fim, a vida humana, suas virtudes e capacidades naturais tornam-se banalizadas frente ao modo utilitário de pensamento, podendo ser equiparada a um bem disponível, e logo, ser comercializada e quantificada de maneira arbitrária. Outrossim, a tentativa infundável de controle e dominação do homem por ele mesmo deve ser ponderada, principalmente pelos pensadores e aplicadores do Direito, para que assim, se possa preservar suas características individualmente humanas.

## **REFERÊNCIAS**

HABERMAS, Jürgen. O futuro da natureza humana. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

KANT, Immanuel. Groundwork for the Metaphysics of Morals. Yale University Press, 2002.

MILL, John Stuart. Utilitarianism. Kitchener: Batoche Books, 2001.

ROSS, Alf. Direito e Justiça. São Paulo: Edipro, 2000.

SANDEL, Michael J. Justiça: O que é fazer a coisa certa. Tradução: Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 21ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

SANDEL, Michael J. Contra a perfeição, ética na era da engenharia genética. Tradução: Ana Carolina Mesquita. 1ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

D'ANGELO, Helô. 13 números surpreendentes sobre o aborto, 2016. Disponível em: . Acesso em: 20 de jun. de 2017. Powered by TCPDF (www.tcpdf.org).

# BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS: UMA ANÁLISE DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.815/2015

Ellen Carina Mattias SARTORI<sup>1</sup>  
Vanessa Nunes PEREIRA<sup>2</sup>

## RESUMO

As biografias não autorizadas são uma ramificação das biografias autorizadas, porém dotadas de conotação pejorativa, pois, à primeira vista, ferem sobremaneira o direito à privacidade e à intimidade do biografado. Ocorre que, com o Acórdão proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.815/2015, os artigos 20 e 21 do Código Civil, que tratam a respeito da necessidade de autorização, ganharam nova interpretação condizente com a Constituição Federal, a fim de que pudesse prevalecer o direito à liberdade de expressão. O presente trabalho busca apreciar essa questão, tendo como base a Ação Direta de Inconstitucionalidade, valendo-se de uma análise sobre os direitos à liberdade de expressão, à privacidade e à intimidade, sobre o conceito de biografia e sobre o conflito entre os direitos fundamentais mencionados. O estudo, assim, visa a esclarecer que é possível a publicação de biografias sem a autorização do biografado, nos termos do que fora prelecionado no Acórdão emanado do Supremo Tribunal Federal, de modo que, para tanto, é preciso valer-se da interpretação conforme à Constituição, além do princípio da proporcionalidade-razoabilidade como instrumento de resolução desse tipo de conflito. Dessa forma, a pesquisa procura frisar que a autorização do biografado para a publicação de biografias a seu respeito é prescindível, sendo esse, inclusive, o teor da decisão estudada, posto que, somente dessa forma, será possível garantir o direito à liberdade de expressão e, por conseguinte, o Estado Democrático de Direito.

**PALAVRAS-CHAVE:** Biografias não autorizadas. Liberdade de Expressão. Privacidade. Intimidade. Ação Direta de Inconstitucionalidade.

## ABSTRACT

The unauthorized biographies are a ramification of authorized biographies, but, they often carry a pejorative connotation because, at a first glance, the biography subject's right to privacy and intimacy is greatly disrespected. However, with the ruling of the Direct Action of Unconstitutionality 4.815/2015, the Articles 20 and 21 of the Civil Code, that regards the need for authorization, gained a new interpretation consistent with the Federal Constitution, so that the right to freedom of speech can prevail. The present work assesses this issue on the basis of the Direct Action of Unconstitutionality, by carrying out an analysis on the rights to freedom of speech, privacy and intimacy, the concept of biography and the conflicts involving the aforementioned rights. This study, therefore, aims at make it clear that publishing biographies without authorization from the subject is possible, according to the decision issued by the Federal Supreme Court, which determined the interpretation in conformity with the

- 1 Mestre (Pós-graduação Stricto Sensu) em Direito pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru (ITE) ? Área de concentração: Sistema Constitucional de Garantia de Direitos. Pós-graduada Lato Sensu (Especialização) em Direito Empresarial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Advogada do escritório Pontechelle Sociedade de Advogados em Bauru/SP. Professora de Direito Civil do curso de Direito da Instituição Toledo de Ensino (ITE), nas unidades de Bauru e Botucatu. Professora da Pós-graduação Lato Sensu (Especialização) em Direito Civil e Processual Civil da Instituição Toledo de Ensino (ITE). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional, Direitos e Garantias Fundamentais, Direito Civil, Direito do Consumidor e Direito Processual Civil.
- 2 Possui ensino-medio-segundo-graupelo Colégio Anglo Brasileiro(2012). Atualmente é Estagiário da Antunes, Colino, Fabris, Toledo e Nogueira Advogados Associados. Tem experiência na área de Direito.

Constitution, in addition to the principle of proportionality-reasonableness as an instrument in the settling of this type of conflict. Thus, this study attempts to emphasize that authorization from the subject to publish his/her biography is dispensable according to the decision studied, since this is the only way possible to guarantee the right to freedom of speech, hence the Democratic Rule of Law.

**KEY-WORDS:** Unauthorized biographies. Freedom of expression. Privacy. Intimacy. Direct Action of Unconstitutionality.

## INTRODUÇÃO

O presente artigo tratará acerca das biografias não autorizadas, possuindo como base a decisão proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.815, em que o Supremo Tribunal Federal buscou uniformizar a referida questão que até o momento vinha sendo tratada das mais variadas formas pelos tribunais brasileiros.

O Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.815/2015, conferiu interpretação conforme a Constituição Federal aos artigos 20 e 21 do Código Civil, privilegiando o direito à liberdade de expressão, entendendo que não é necessária a autorização do biografado (ou de seus familiares) para que uma obra biográfica seja publicada, uma vez que é vedada toda e qualquer forma de censura pela “Constituição Cidadã”.

Face a isso, o estudo a ser desenvolvido na presente pesquisa é munido de relevância em virtude de estar entrelaçado a uma tema eminentemente atual e que ainda é passível de inúmeras discussões, em virtude de envolver um conflito aparente entre direitos fundamentais, quais seja, o direito à liberdade de expressão e o direito à privacidade e à intimidade. Até porque, muito embora a liberdade de expressão seja um direito garantido constitucionalmente como direito fundamental, os artigos 20 e 21 do Código Civil, lhe impunham certa limitação, o que deu ensejo à Ação Direta de Inconstitucionalidade. Observa-se, com isso, que a pesquisa realizada tenderá à sua ampliação, haja vista que não se tem a pretensão de esgotar a controvérsia, a fim de que o leque permaneça aberto para futuras pesquisas e complementações.

Sendo assim, visando uma análise pormenorizada, porém célere, da questão, tratar-se-á, no primeiro capítulo, acerca do conteúdo dos direitos fundamentais em aparente conflito. Já no segundo capítulo, será analisado o conceito atinente às biografias e seu histórico, bem como à sua conotação como “não autorizadas”, analisando a questão relativa ao interesse público e algumas consequências que podem advir da não autorização.

No terceiro e derradeiro capítulo, ponto chave da presente pesquisa, será estudada a

controvérsia que deu origem à propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade, bem como a resolução apresentada pelo Supremo Tribunal Federal para dirimir o aparente conflito entre os direitos fundamentais em xeque na questão das biografias não autorizadas, haja vista que a problemática em análise encontra-se envolta no entendimento do Acórdão apresentado pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal.

Com o escopo de que a pesquisa atinja seus objetivos, no aspecto metodológico será utilizado o método dedutivo. Em relação à natureza e ao objetivo, a pesquisa é teórica, exploratória e explicativa, e procura ampliar o aprendizado sobre a questão. Trata-se, ainda, de pesquisa bibliográfica, realizada através da legislação pátria, decisões judiciais e obras doutrinárias.

Por intermédio disso, busca-se levar o leitor à conclusão e ao entendimento final acerca da publicação de biografias não autorizadas, bem como da interpretação dada aos artigos 20 e 21 do Código Civil à luz da Constituição Federal, a fim de compreender a importância desse aspecto para a liberdade de expressão, de um modo que se possa criar um convívio adequado e correspondente à democracia em harmonia com o direito à privacidade e à intimidade, com o intuito de enriquecer a cultura e história do país cada vez mais.

## **1 LIBERDADE DE EXPRESSÃO VERSUS PRIVACIDADE E INTIMIDADE**

Antes de adentrar especificamente no tema proposto, é imperioso elucidar o conteúdo dos direitos fundamentais em aparente conflito. Contudo, como o objetivo do presente estudo não é esgotar o tema quanto à substância de tais direitos, apenas serão trazidos alguns conceitos necessários à questão ora estudada.

O artigo 5º, da Constituição Federal, traz em seus incisos IV e IX a proteção relativa à liberdade de expressão de forma ampla: “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato” e “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença” (BRASIL, 1988). No mesmo parâmetro, tem-se ainda o inciso XIV, no qual se encontra a consagração do direito difuso da cidadania à informação, descrito como um direito coletivo, mas voltado ao aspecto individual, como se pode depreender de sua redação: “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional” (BRASIL, 1988).

A manifestação do pensamento encontra-se umbilicalmente ligada ao direito à liberdade, posto que pensar é acontecimento ininterrupto que tem origem e se desenvolve no intelecto humano (JABUR, 2000, p. 148). Assim, seria ilógico imaginar que essa liberdade de manifestação do pensamento ficasse confinada, permanecendo apenas no intelecto humano,

uma vez, nos dizeres de Gilberto Haddad Jabur (2000, p. 155): “liberdade de pensamento sem liberdade de expressão é, pois, como já se frisou, de pouquíssima valia para o homem e de nenhuma serventia para a sociedade”.

A liberdade de expressão é o gênero que abrange todas as outras liberdades decorrentes, como a de manifestação do pensamento, de opinião, de comunicação e de informação. Nesse sentido, o posicionamento de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2014, p. 391):

A garantia da liberdade de expressão tutela, ao menos enquanto não houver colisão com outros direitos fundamentais e com outros valores constitucionalmente estabelecidos, toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa, envolvendo tema de interesse público, ou não, de importância e de valor, ou não – até porque “diferenciar entre opiniões valiosas ou sem valor é uma contradição num Estado baseado na concepção de uma democracia livre e pluralista”.

Assim, o que se busca com essa amplitude de ramificações e abrangência de direitos é que a liberdade de expressão possa ser vista como um campo de proteção abrangente, no qual se proporciona a livre circulação de ideias e informações, a fim de difundir o conhecimento individual e coletivo (cívico) e auxiliar na formação da opinião pública e da vontade social, haja vista que essa liberdade exerce grande influência no contexto social da informação.

A liberdade de expressão é tida pela doutrina como uma liberdade primária, visto que se caracteriza como o ponto de partida de todas as suas outras vertentes. É a liberdade conferida ao indivíduo de acolher qual a postura intelectual irá perseguir, realizando uma escolha, seja no pensamento íntimo, na tomada de posição pública ou na liberdade de afirmar e defender aquilo que crê verdadeiro, tendo em vista que essa liberdade é preconizada como o meio para o funcionamento e preservação do sistema democrático, no qual a diversidade de opiniões é a peça chave para construir a vontade livre (SILVA, 2013, p. 243).

Segundo Tatiana Stroppa (2010, p. 61), o direito à liberdade de expressão, considerado de forma ampla, abarca a possibilidade de se difundir livremente qualquer exteriorização da vida própria das pessoas: crenças, convicções, ideias, ideologias, opiniões, sentimento, emoções, etc., por meio da palavra, oral ou escrita, da imagem, do gesto ou do silêncio. Por conseguinte, o direito de expressão protege os mais diversos tipos de discurso, na verdade, “[...] o direito à liberdade de expressão em sentido amplo abrange a generalidade das liberdades de comunicação, as quais têm, entretanto, autonomia” (STROPPIA, 2010, p. 63).

A defesa do Estado Democrático de Direito pela liberdade de expressão, é destacada por Luís Roberto Barroso (2004, p. 19):

Se de um lado, portanto, as liberdades de informação e expressão manifestam um caráter individual, e nesse sentido funcionam como meios para o desenvolvimento da personalidade, essas mesmas liberdades atendem ao inegável interesse público da livre circulação de idéias, corolário e base de funcionamento do regime democrático, tendo portanto uma dimensão eminentemente coletiva, sobretudo quando se esteja diante de um meio de comunicação social ou de massa. A divulgação de fatos relacionados com a atuação do Poder Público ganha ainda importância especial em um regime republicano, no qual os agentes públicos praticam atos em nome do povo e a ele devem satisfações. A publicidade dos atos dos agentes públicos, que atuam por delegação do povo, é a única forma de controlá-los.

Inferese que a liberdade de expressão constitui um fator de extrema relevância para o exercício da democracia, porque, para que a participação popular, objetivo principal do ideal democrático, seja viabilizada, é necessário que os cidadãos tenham amplo acesso à informação e a pontos de vistas diversificados, com o intuito de formarem sua própria opinião. Em razão disso, só se pode conceber a realização da democracia em conjunto com a liberdade de expressão, tendo em vista a necessidade um espaço público, plural e ágil, em que se encontra a livre discussão de ideias e pensamentos.

No entanto, no Brasil, é adotada a liberdade de expressão responsável, pois são impostos limites ao exercício da liberdade de expressão, que não constitui um direito absoluto. De tal modo, os eventuais excessos devem ser punidos e ressarcidos posteriormente, ou melhor, permite-se o exercício do direito, mas, aquele que o exerce, está sujeito às consequências legais. A responsabilidade civil e a penal decorrerão do excesso do exercício do direito à liberdade de expressão, quando este ferir a intimidade ou a privacidade de outrem, por exemplo, ou ainda sua honra, imagem, boa fama, nome ou até mesmo seu patrimônio.

Todavia, tal responsabilização civil e/ou penal imposta jamais pode ser confundida com qualquer forma de censura. Nesta toada, cumpre lembrar que a luta pela liberdade de expressão foi, originariamente, a luta contra a censura, haja vista que a liberdade de expressão é, historicamente, a liberdade perante a censura (MACHADO, 2002, p. 487).

A censura é proibida no sistema constitucional brasileiro (SARMENTO, 2013, p. 890), mas o ofendido pode se valer das responsabilidades civil e penal, além do direito de resposta proporcional ao agravo previsto no artigo 5º, inciso V, da Constituição Federal de 1988.

Na outra extremidade da problemática ora analisada, estão os direitos fundamentais à privacidade e à intimidade, que se encontram tutelados pela Constituição Federal em seu art. 5º, inciso X, e atuam como um limite à liberdade de expressão, dado que o próprio indivíduo é quem tem o discernimento e o condão de definir quais informações pessoais deseja transmitir à sociedade a sua volta.

No ano de 1890, Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis inauguraram a moderna

doutrina do direito à privacidade, através do artigo intitulado “*The Right to Privacy*” publicado pela *Havard Law Review*. Segundo esses autores, o direito à privacidade é um direito autônomo, que pode ser conceituado, utilizando a expressão adotada pelo juiz Thomas Cooley, como “*right to be let alone*”, isto é, “direito de estar só” ou “direito de ser deixado em paz” (WARREN; BRANDEIS, 1890). Nesse sentido, torna-se pertinente trazer o conceito dado ao direito à privacidade por José Afonso da Silva (2013, p. 208):

Toma-se, pois, a privacidade como o conjunto de informação acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controlar, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso poder ser legalmente sujeito. A esfera de inviolabilidade, assim, é ampla, abrange o modo de vida doméstico, nas relações familiares e afetivas em geral, fatos, hábitos, local, nome, imagem, pensamentos, segredos, e, bem assim, as origens e planos futuros do indivíduo. A doutrina sempre lembra que o Juiz americano Cooley, em 1873, identificou a privacidade como o direito de ser deixado tranquilo, em paz, de estar só: *Right to be alone*. O *right of privacy* compreende, decidiu a Corte Suprema dos Estados Unidos, o direito de toda pessoa tomar sozinha as decisões na esfera da sua vida privada (grifo do autor).

A expressão “privacidade” tornou-se uma “palavra-camaleão”, dado que é empregada com diferentes sentidos para abranger uma gama de interesses. Em razão disso, é possível encontrar diversos conceitos de privacidade, como controle sobre informações pessoais, proteção da reputação, desenvolvimento da personalidade, autodeterminação informativa, entre outros. Logo, a doutrina pondera a dificuldade em delimitar o conceito de privacidade, porque vago e evanescente como o conceito de liberdade (LEONARDI, 2011, p. 48).

Cumprido destacar que doutrina e jurisprudência já elaboraram diversos conceitos unitários acerca de privacidade: a) o direito de ser deixado só (*the right to be let alone*); b) o resguardo contra interferências alheias; c) segredo ou sigilo; d) controle sobre informações e dados pessoais (LEONARDI, 2011, p. 52).

Destarte, privacidade pode ser conceituada como um conjunto de informações sobre o indivíduo, as quais ele tem a liberdade para manter sob seu exclusivo controle, ou divulgá-las, cabendo-lhe, porém, decidir a quem, quando, onde, em que condições e qual a medida dessa divulgação. A esfera de inviolabilidade é ampla abarcando a vida doméstica, as relações familiares e afetivas, origem, vida profissional, fatos, hábitos, nome, imagem, pensamentos, segredos, localização, e até mesmo os sonhos e os planos para o futuro (SARTORI, 2015, p. 44-45).

O conceito atinente à intimidade, contudo, se caracteriza como algo menos abrangente, isto é, a intimidade relaciona-se mais ao aspecto interno do indivíduo. José Afonso da Silva (2013, p. 209) diz que a intimidade se caracteriza como a esfera secreta do

indivíduo.

Cumpra salientar que os direitos à intimidade e à imagem formam a proteção constitucional à vida privada, salvaguardando um espaço intransponível por intromissões ilícitas externas. Por isso, a privacidade não se confunde com a intimidade, mas esta pode incluir-se naquela, pois ambas integram o direito à vida privada (DARÉ, 2015, p. 89-90).

Pois bem, a compleição da intimidade e da privacidade como direitos fundamentais demonstra o âmbito de proteção que a ordem jurídica vigente pretendeu e pretende dispender em favor destas, e o quão grave se torna a sua violação, haja vista a previsão de indenização por dano moral, à imagem e material, além da esfera penal de responsabilidade.

Todavia, surge uma pergunta a essa altura em relação às pessoas consideradas notórias e que possui relação com o tema em análise, vez que o aspecto das biografias não autorizadas torna-se muito mais chamativo e interessante quando diz respeito às figuras públicas.

A figura pública, ou pessoa notória, em decorrência de sua contínua exposição ao público, bem como da esfera midiática ao seu redor, tem a circunscrição desses direitos diminuída naturalmente, de forma que as intromissões ou especulações acerca de sua vida privada e esfera íntima cresce ou diminui na mesma intensidade do aumento ou redução de sua popularidade.

A propósito, lembrou Albert Chavanne, citado por Freitas Nobre: “Os grandes deste mundo, aqueles que são conhecidos de todos e fazem parte da atualidade, não devem ter a epiderme muito sensível. Receber picadas e muitas vezes golpes é consequência de sua situação de relevo”. Em outros termos, colacionados de Paulo José da Costa Júnior, “as pessoas notórias podem perder, pelo modo peculiar de vida, ou profissão em virtude dos quais se tornaram personagens de interesse público, numa certa medida, o direito à intimidade”. O móvel dessa perda diferencia-se, no entanto, da curiosidade pura, injustificada, do mero gosto de bisbilhotar, de desvendar gratuitamente. Sopesar tais circunstâncias é tarefa complicada, porque da equação entre o comportamento do titular do direito, sua projeção e notoriedade, e o pretense interesse social (artístico, científico ou cultural), este último deve resultar superior. Deve-se valorar o benefício ou o exato complemento que a intromissão na privacidade significa à notícia e quais os efeitos surtidos na esfera própria da pessoa em decorrência dessa mesma invasão que pretexta o interesse público, cuja invocação é, às vezes, perturbadora, mas não extreme (JABUR, 2000, p. 291-292).

Por fim, cumpre ressaltar que a privacidade e a intimidade, além de direitos fundamentais são, ainda, direitos personalíssimos, tratados no Código Civil de 2002, em seu Capítulo II. Observa-se, portanto, que a proteção desses direitos da personalidade encontra-se arraigada nas normas constitucionais, exercendo, ao mesmo tempo, a função e tutela de direitos fundamentais e da personalidade (JABUR, 2000, p. 78-79).

Os direitos personalíssimos são direitos subjetivos privados, fora do comércio,

alguns adquiridos com o simples fato do nascimento (liberdade, privacidade), outros coexistentes com a concepção (vida, integridade física, honra, imagem e identidade pessoal), independente da vontade de cada um, irrenunciáveis e excepcionalmente transmissíveis aos sucessores, de conteúdo não-patrimonial, mas com reflexo pecuniário, que possibilitam o desfrute das faculdades do corpo e do espírito, essenciais ao bem-estar, e que encerram, por isso, categoria autônoma, a ponto de serem indisponíveis e de merecerem o predicado da inexpropriabilidade, imprescritibilidade e impenhorabilidade (JABUR, 2000, p. 94).

Nesse sentido, o Código Civil Brasileiro preleciona em seu artigo 20:

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os, descendentes (BRASIL, 2002).

Já o artigo 21, do mesmo diploma legal, especificamente, determina, *in verbis*: “a vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”.

Com base nesses artigos do Código Civil é que fora proferida a decisão judicial que determinou a retirada de circulação da biografia “Roberto Carlos em Detalhes”, sob o argumento de que feria a privacidade do biografado, no caso, Roberto Carlos Braga (MATSUURA, 2007). No caso, portanto, os direitos à privacidade e à intimidade prevaleceram sobre o direito à liberdade de expressão.

Nessa seara, a existência concomitante das normas constitucionais mencionadas, em conjunto com os artigos do Código Civil colocados em destaque, reclama ultrapassar o aparente conflito existente, a fim de alcançar o equilíbrio do direito à privacidade e à intimidade com o direito à liberdade de expressão, fazendo-o de maneira a delimitar o espaço de cada um, para que possam orbitar em harmonia, principalmente, no assunto ora abordado, referente às obras biográficas.

A título de complementação, cumpre informar que há em tramitação o Projeto de Lei 393/2011, que visa alterar o artigo 20 do Código Civil para possibilitar a divulgação de imagens e informações biográficas sobre pessoas de notoriedade pública, cuja trajetória pessoal tenha dimensão pública ou cuja vida esteja inserida em acontecimentos de interesse da coletividade (BRASIL, Câmara dos Deputados, 2011).

## 2 BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS

Ao longo dos anos, as biografias ganharam destaque, atingindo maior repercussão dos anos 80, vez que se trata de gênero da escrita destinado à transmissão da historicidade em si, isto é, “a biografia está ligada ao próprio surgimento da história como forma de conhecimento do mundo (SCHMIDT, 2003, p. 58).

Até o final do século XVII e início do XIX (SCHMIDT, 2003, p. 58) as biografias eram dotadas de cunho histórico, nas quais se buscava vivências passadas, amostras positivas ou negativas, a fim de que fossem tomadas como exemplo ou até mesmo aplicadas no presente, ensejando a denominada “história mestra da vida” (SCHMIDT, 2003, p. 58), em que se dava sentido ao brocardo de que cabe ao passado iluminar o futuro.

Sem embargo, com o passar dos tempos, a biografia, assim como o modo de retratar a história, adquiriu um regime moderno de difusão, no qual se passou a caber ao futuro esclarecer os fatos ocorridos no passado, e não mais o contrário. Em virtude dessa nova perspectiva, é que o século XIX vem marcado pelo predomínio do “eu”, do individualismo e da introspecção, que passaram a se apresentar das mais variadas formas, indo desde os autorretratos às próprias autobiografias, de modo que, “desnudar-se, relevar-se, conhecer-se são palavras de ordem da burguesia oitocentista” (SCHMIDT, 2003, p.60).

Nesse panorama, houve o alvorecer da biografia no campo literário, de modo que se passou a conceder relevante destaque ao indivíduo como motivo de inspiração e observação, iniciando-se o relato acerca dos grandes homens da sociedade. Nesse parâmetro, Atoine Prost (1996, apud SCHMIDT, 2003, p. 63-64) sintetiza em poucas palavras a trajetória percorrida pelo gênero das biografias:

[...] a biografia estava plenamente legitimada pela história política. Os “annales” lhe negaram todo o interesse, pois ela não permitia perceber os grandes conjuntos econômicos e sociais. Interrogar-se sobre um homem, e necessariamente sobre um homem conhecido, pois os outros raramente deixaram traços, era desperdiçar um tempo que teria sido melhor empregado em descobrir o movimento dos preços ou em circunscrever o papel dos grandes atores coletivos como a burguesia. Nos anos 1950-1970, a biografia, individual e singular por definição, estava assim situada fora de uma história científica que se queria geral. Mas ela respondia a uma demanda do público. As grandes coleções conheceram um verdadeiro sucesso. Os editores solicitaram os historiadores que, seduzidos pela esperança de notoriedade [...] e atraídos pelos direitos autorais, aceitaram este trabalho encomendado e nele encontraram um interesse. Simultaneamente, a configuração teórica da história mudava. A esperança de uma história sintética, de uma história total, que permitiria uma compreensão global da sociedade e de sua evolução, esfumava-se. Tornava-se mais interessante compreender, a partir de casos concretos, os funcionamentos sociais, culturais, religiosos. Neste novo contexto, a biografia mudava de status e encontrou uma legitimidade. Mas esta não é mais exatamente a mesma biografia, e não é mais apenas aquela dos “grandes” homens: ela busca menos determinar a influência do indivíduo sobre os eventos do que compreender, através dele, a interferência de lógicas e a articulação de redes complementares.

Nessa perspectiva de modificação, Benito Bisso Schmidt (2003, p. 69) esclarece que a biografia não pode ser entendida como revelação de um sentido já dado a priori ou como a realização de um plano pré-fixado e conhecido pelo historiador. Cabe, então, ao biógrafo, acompanhar o “fazer-se” do indivíduo ao longo de sua vida, levando em conta os diferentes espaços sociais por onde ele se movimentou, as também suas percepções subjetivas, oscilações, hesitações e mesmo o acaso.

Destarte, tem-se que a biografia é o relato da vida de uma pessoa, caracterizada por narrar os principais fatos, iniciando-se com o nascimento e percorrendo toda a trajetória vivenciada, trazendo à baila aspectos íntimos e públicos, a ponto de provocar o conflito acerca do que o indivíduo considera como informações públicas e privadas a seu respeito.

Cumprido salientar, com isso, que a palavra “biografia” é originada de um termo composto do grego em que, *bios* significa vida e, *graphein*, escrever, de forma que, ao realizar a junção de tais vocábulos, chega-se à correta e mais adequada definição do termo – escrever a vida -, o que é justamente o cerne de todo o contexto biográfico.

Não obstante essa seja a definição central de biografia, a presente pesquisa aborda a questão da publicação não autorizada desta pelas pessoas nelas retratadas. José Joaquim Gomes Canotilho, Jónatas E. M. Machado e Antônio Pereira Gaio Júnior (2015, p. 35-36) assim conceituam essa problemática central:

A definição mais generalizada de biografia não autorizada aponta, desde logo, para o caráter biográfico da obra que, como o nome indica, abrange textos onde se pretende narrar, total ou parcialmente, com um grau razoável de sistematicidade e completude, a vida de uma pessoa, ou aspectos específicos da mesma, do ponto de vista espacial ou temporal. Diz-se não autorizada a biografia que não conta com a autorização expressa ou tácita do visado, prescindindo de sua colaboração e pretendendo subtrair-se aos seus pedidos ou ditames. De um modo geral, estas biografias incidem sobre figuras públicas, tendo por isso interesse público e suscitando o interesse do público.

Logo, do conceito supra vislumbra-se que a definição, tanto de biografias, como de biografias não autorizadas, se encaixam, modificando tão somente a adjetivação conferida a esta última, o que traz justamente o ponto chave da questão, dado que a qualificação “não autorizada” torna o termo “biografia” dotado de conotação pejorativa, o qual pode prontamente associá-la à violação da privacidade e da intimidade do biografado, dificultando a propagação de um gênero que muitas vezes pode ser mais buscado e dotado de credibilidade que os demais, justamente por não conter a interferência do biografado, mas sim um espírito investigativo acadêmico da trajetória histórica buscada pelo biógrafo.

Em virtude de tais apontamentos é que as biografias não autorizadas têm provocado grande controvérsia nos últimos anos, chamando a atenção pelos casos mais polêmicos

julgados pelos tribunais brasileiros, como o do Roberto Carlos, Garrincha, Lampião, Noel Rosa, João Guimarães Rosa e Di Cavalcanti – exemplos de inúmeras divergências jurisprudenciais, bem como aplicações discrepantes dos artigos 20 e 21 do Código Civil, ensejando, por meio de tal incerteza, reflexos positivos e negativos na legislação, na doutrina e na jurisprudência como um todo.

Por outro lado, no que tange à natureza jurídica das biografias não autorizadas, José Joaquim Gomes Canotilho, Jónatas E. M. Machado e Antônio Pereira Gaio Júnior (2015, p. 37) dissertam:

A biografia não autorizada, seja ela escrita ou audiovisual, pode ser considerada um híbrido, surgimento do cruzamento entre investigação acadêmica e jornalismo de investigação. A mesma reconduz-se ao âmbito de proteção da liberdade de expressão em sentido amplo e está sujeita aos respectivos limites, sendo que estes são excepcionais e devem ser interpretados restritivamente.

Ora, não há como conceber que as biografias sejam consideradas obras literárias em si, haja vista que não retratam uma história fictícia, inventada e escrita somente pra o entretenimento do imaginário das mais diversas formas, pelo contrário, a biografia é originada da busca investigativa de informações, ainda mais se não for autorizada, vocacionada a percorrer informações reais sobre a personalidade ali descrita.

Desta feita, sua natureza jurídica está essencialmente relacionada à mistura de investigação acadêmica e jornalismo de investigação, dada sua proximidade com a realidade, bem como com a necessidade de busca das informações não fornecidas pelo próprio biografado, o que pode resultar em uma melhor qualificação da obra, já que, quando há o auxílio deste, há uma grande chance de ser um trabalho demasiado superficial, pelo próprio desejo de limitar a divulgação de determinadas informações.

## **2.1 Discurso Público, interesse público e as consequências da não autorização**

A existência de uma esfera pública dotada de ampla liberdade e aberta ao conhecimento de todos é a chave mestra de qualquer regime democrático, uma vez que possibilita as mais diversas discussões o que aguça a criticidade das pessoas, embasando o surgimento de interesse público e, conseqüentemente, discurso público.

Sua conservação, todavia, depende de um sistema constitucional corporificado, no qual as garantias individuais e as liberdades de divulgação das informações e comunicações encontrem-se devidamente amparadas, bem como enquadradas em uma estrutura policêntrica de comunicação, de opinião pública autônoma e de uma esfera de discurso e debate público onde todos os temas sejam permanentemente sujeitos a discussão (CANOTILHO;

MACHADO; GAIO JÚNIOR, 2016, p. 38).

Nesse caminhar, a esfera de discurso público, no que se relaciona ao tema aqui em análise, volta-se para a elaboração de opiniões, de argumentações, de informações e de atitudes que se encontram interligadas ao interesse público, ou seja, destina-se tanto à composição de opiniões ou atitudes bem informadas acerca de uma questão ou problemas de interesse público, quanto à tomada de decisões acerca de normas e ações que incidem sobre a comunidade em si (HANSEN, 2009, p. 129).

Ora, a esfera atinente ao discurso público deve ser composta, mas, principalmente transmitida de maneira pluralista, inerente a uma ordem constitucional livre e democrática, dado que, como dito acima, é um polo de interação crítica, no qual as mais diversas opiniões são confrontadas e clarificadas, com o escopo de que a sociedade possa livremente obter suas decisões e esclarecimentos. Assim, a figura do discurso público é eminentemente incompatível com um regime jurídico no qual haja censura prévia das informações, quedando-se sujeito à autorização para o exercício da liberdade de expressão, uma vez que, nesse âmbito, a liberdade se comprime e as discussões se inibem pelo medo da repressão.

O interesse público, por sua vez, é alimentado, ou melhor, impulsionado pelo surgimento no decorrer da história das figuras públicas, como políticos, empresários e outras personalidades dotadas de conhecimento geral e notório por parte da população. Importante salientar, no entanto, que o interesse voltado a tais personalidades para a elaboração de uma biografia encontra-se atrelado mais à contribuição que trouxeram para a sociedade do que uma mera bisbilhotice acerca da vida alheia.

Nessa toado, o interesse público deve se posicionar de modo que funcione como um ponto de equilíbrio entre a liberdade de expressão e a privacidade dos biografados, dado que a esfera de privacidade e intimidade das personalidades públicas diminui automaticamente quando de sua primeira aparição, de modo que se torna inviável, ou algumas vezes intolerável, pelos fãs, o veto a intromissão e especulações acerca de sua vida privada e esfera íntima, que será ampliada ou diminuída, conforme a intensidade do aumento ou redução de sua popularidade.

De tal modo, o interesse público é marcado pelo interesse social, isto é, pelo interesse da comunidade na vida privada daquele biografado em específico, seja porque contribuiu para a evolução social, cultura, política, econômica ou histórica de uma sociedade, até porque a vida erigida por tais personalidades se deve ao público.

Compreende-se, portanto, que tanto o discurso público como o interesse público, devem caminhar lado a lado no que tange às biografias não autorizadas, pois, na medida em

que um permite discernir entre a incompatibilidade de sujeição das biografias à autorização prévia, face à realização de censura e vedação à liberdade de expressão, o outro permeia o desenlace da questão por meio da incompatibilidade de um regime democrático com referida autorização.

Até porque, o interesse público, difundido pela sociedade, compõe e eterniza a formação da história ao longo dos anos, senão hoje restaria impossível qualquer conhecimento acerca do nazismo, se antes não houvesse sido possível estudar Hitler, ou do fascismo, se não houvéssemos obtido informações acerca de Mussolini, por exemplo.

Isso comprova que o discurso público e o interesse público, nos termos de pensamento de José Joaquim Gomes Canotilho, Jónatas E. M. Machado e Antônio Pereira Gaió Júnior (2016, p. 38) devem ser entendidos em sentido amplo, abordando a multidisciplinariedade da política, do direito, da economia, da religião, da ciência, culta, artes e, enfim, da sociabilidade.

Não obstante, as biografias devem ser traçadas respeitando os princípios que regem sua elaboração, os quais se encontram delimitados pela liberdade de expressão, pela liberdade acadêmica e de investigação, bem como pelo compromisso com a veracidade e objetividade no que tange à atividade jornalística, além do respeito aos direitos fundamentais (CANIOTILHO; MACHADO; GAIO JÚNIOR, 2016, p. 39).

É de crucial importância salientar que as biografias, no decorrer de sua escrita, devem desenvolver-se no âmbito do que prescreve os limites éticos de informação constitucionalmente assegurados, isto é, como são embasadas em fatos verídicos obtidos após minuciosa investigação acadêmica e dotada de viés jornalístico, não podem promover a distorção dos fatos narrados, caso contrário resultarão em responsabilidade civil e penal, decorrentes do ato ilícito causado ao biografado quando da elaboração de uma biografia não autorizada ausente de qualquer cunho de veracidade.

Nesse caminhar, quando houver abuso no exercício do direito à liberdade de expressão, desvio ou distorção dos fatos narrados, capaz de gerar danos ao biografado, haverá a possibilidade de responsabilização. Destarte, as consequências que podem derivar da não autorização para publicação das biografias são a responsabilidade civil, com a consequente indenização por danos morais e materiais se comprovados, e a responsabilidade penal, por crimes contra a honra.

Todavia, pertinente acrescentar que, anteriormente ao julgamento da ADI 4.815/2015, as decisões judiciais em processos relativos à publicação de biografias não autorizadas pelos biografados determinava, além do valor despendido a título de indenização,

que as obras fossem retiradas de circulação, como foi o caso das biografias “Estrela Solitária, um brasileiro chamado Garrincha” e “Roberto Carlos em detalhes”, por exemplo.

Nesse ínterim, no julgamento da ADI 4.815/2015 (BRASIL, STF, 2015) a Ministra Relatora Cármen Lúcia Antunes Rocha destacou que a Carta Magna veta “toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística” (BRASIL, Notícias STF, 2015). Por isso, segundo seu entendimento, uma regra infraconstitucional (Código Civil) não tem o condão de abolir o direito de expressão e da criação de obras biográficas, pois não é proibindo, recolhendo obras ou impedindo sua circulação, calando-se a palavra e amordaçando a história que se consegue cumprir a Constituição. A norma infraconstitucional, segundo a Ministra, não pode amesquinhar preceitos constitucionais, impondo restrições ao exercício de liberdades (BRASIL Notícias STF, 2015).

Por conseguinte, a complementação atinente ao ponto em questão encontra-se no fato de que a mencionada Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.815/2015 proibiu que as decisões judiciais retirassem de circulação as obras biográficas lançadas sem autorização do biografado, tendo em vista que seu julgamento preconiza a imprescindibilidade de uma autorização com a interpretação dos artigos 20 e 21 do Código Civil em conformidade com a Constituição Federal, como se analisará adiante. Contudo, certo é que o biografado que se sentir lesado pelo abuso do exercício do direito à liberdade de expressão pelo biógrafo poderá valer-se da responsabilidade civil e penal. Porém, da decisão ora estudada em diante, não caberá mais solicitar a retirada da obra biográfica de circulação, uma vez que se estaria utilizando da censura amplamente coibida pela norma constitucional.

### **3 O ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.815/2015**

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.815 fora ajuizada pela Associação Nacional dos Editores de Livros (ANEL), em 05 de julho de 2012, com o escopo de declarar a inconstitucionalidade parcial, sem qualquer redução de texto, dos artigos 20 e 21 do Código Civil.

Referida Associação, na propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade em análise, argumentou que, do hipotético objetivo do legislador de tutelar a vida privada e a intimidade das pessoas, com a extensão das diretrizes extraíveis da literalidade dos artigos 20 e 21 do Código Civil, ao não realizarem qualquer exceção que contemplasse as obras biográficas, acabaram por transgredir as liberdades de expressão e de manifestação do pensamento, da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, além do direito

difuso da cidadania à informação (BRASIL, STF, 2015, p. 02).

De se notar, assim, que a problemática estampada pela ANEL, no decorrer da Ação Direta de Inconstitucionalidade, buscava a formalização de segurança jurídica nos mais diversos tribunais espalhados pelo Brasil. Logo, pretendia a Associação que a ação proposta efetuassem a harmonização da interpretação das normas civis proibitivas da divulgação de escritos, transmissão e publicação da palavra, com os princípios constitucionais, preservando, através disso, a liberdade de expressão.

Em vista de tais considerações, é que o pedido realizado pela Associação Nacional dos Editores de Livros se deu com a seguinte redação:

[...] que seja declarada a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, dos artigos 20 e 21 do Código Civil, para que, mediante interpretação conforme à Constituição, seja afastada do ordenamento jurídico brasileiro a necessidade do consentimento da pessoa biografada e, a *fortiori*, das pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas) para a publicação ou veiculação de obras biográficas, literárias ou audiovisuais, elaboradas a respeito de pessoas públicas ou envolvidas em acontecimentos de interesse coletivo. (BRASIL, STF, 2015, p. 03).

Nesta seara, visualiza-se que a controvérsia aqui estampada está não em afastar do ordenamento jurídico os artigos mencionados, mas sim, proporcionar-lhes interpretação em conformidade com os preceitos constitucionais, a fim de que a publicação de biografias, ainda que não autorizadas, torne-se compatível com a Constituição Federal de 1988.

Como já mencionado, a controvérsia envolve direitos fundamentais e a vigência de regras civis infraconstitucionais. Nesse momento, é importante salientar que a Constituição Federal de 1988 confere aos direitos fundamentais um especial tratamento, que consiste em um regime jurídico diferenciado em relação às demais normas. Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Junior (1998, p. 64) preconizam que a importância de qualificar direitos como fundamentais consiste justamente no fato desses possuírem um regime jurídico de proteção especial outorgado pela Constituição; sendo que o primeiro aspecto a ser ressaltado, quando se fala em regime jurídico dos direitos fundamentais, é justamente a hierarquia normativa superior dessa categoria de direitos, pelo fato de estarem previstos na Constituição, o que vincula todo o ordenamento jurídico a sua observância.

Nesse diapasão, fala-se em supremacia da Constituição e em máxima efetividade das normas constitucionais, sendo que a interpretação constitucional deve atribuir às normas constitucionais a maior efetividade possível. Isso significa que a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. Este princípio é hodiernamente invocado no âmbito dos direitos fundamentais. “[...] no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais” (PIOVESAN, 2013, p.

117-118).

Encaminha-se, então, para um controle constitucional que acolha a maior efetividade das normas fundamentais e permita a compatibilidade de proveito do direito infraconstitucional, no caso em questão – do Código Civil -, com as diretrizes principiológicas do sistema e por técnica de interpretação que garanta a eficácia jurídica e social do ordenamento jurídico (BRASIL, STF, 2015, p. 25).

Com o escopo de que a problemática fosse melhor e amplamente discutida, além da oitiva da sociedade a respeito, promoveu-se em 21 de novembro de 2013, uma audiência pública com a presença dos seguintes órgãos e entidades: Ministério Público Federal, Academia Brasileira de Letras, Associação Brasileira dos Constitucionalistas Democratas, União Brasileira de Escritores, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Associação Brasileira de Produtores Independentes de Televisão, Representantes da Comissão de Direito Autoral da Ordem dos Advogados – Seccional de São Paulo, Instituto Palavra Aberta, Newton Lima (Deputado Federal), Marcos Rogério (Deputado Federal), Sindicato Nacional dos Editores de Livros, Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro, Ministério da Cultura, Associação Eduardo Banks, Conselho de Comunicação Social do Congresso Nacional, Associação Paulista de Imprensa, João Ribeiro Morais (Advogado) e Ordem dos Advogados do Brasil.

Tais pessoas externaram sua opinião por meio de manifestações que foram encaminhadas aos Ministros, a fim de que tivessem acesso às convicções emitidas, como fonte de fundamentação a ser considerada acerca do papel das biografias e a condição de referenciabilidade, sem o menosprezo da tutela do direito e à intimidade dos biografados.

Nessa toada, destaca-se a manifestação da Academia Brasileira de Letra, no sentido de que os dispositivos (artigos 20 e 21 do Código Civil), atingiriam o direito do cidadão à informação, além da liberdade de expressão, haja vista que as biografias compõem gênero literário e fonte histórica, e são de extrema importância para a construção da identidade cultural, de modo que o imperativo da autorização do biografado abriria as portas para a instalação da censura (BRASIL, STF, 2015, p. 13).

Encerrando as manifestações, a da Ordem dos Advogados do Brasil se expressou em sentido favorável à mudança de interpretação, elucidando sua opinião da seguinte forma:

Contraria postulado da Ordem dos Advogados do Brasil qualquer proposta de censura, pois o que a Ordem propõe é mais liberdade de expressão e, no caso concreto, de publicação de biografias, independente de consentimento. Questões negativas sobre ídolos é algo que pode influir positivamente no País, para se demonstrar que inclusive ídolos são seres humanos e cometem equívocos, a serem evitados pelas pessoas. Esconder da vida dos ídolos erros ou equívocos não colabora para o futuro da nação. O exemplo, mesmo o negativo, pode ser utilizado para educar futuras gerações a não cometê-los (BRASIL, STF, 2015, p. 22).

Por fim, a conclusão adotada pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.815/2015, fora de dar procedência a esta, com o escopo de conceder interpretação conforma à Constituição Federal aos artigos 20 e 21 do Código Civil, sem realizar qualquer redução de texto, mas somente alterando sua interpretação e deixando-a em consonância com os direitos à liberdade de expressão, criação artística e científica, declarando inexigível o consentimento do biografado, mas também, para reafirmar o direito à inviolabilidade da intimidade e da privacidade, pois, havendo transgressão, haverá responsabilidade civil e/ou penal (BRASIL, STF, 2015, p. 118-119).

Todavia, para que a conclusão retro fosse alcançada, foi necessário compreender que a Constituição brasileira assegura as liberdades de maneira ampla. Não pode, pois, ser anulada por outra norma constitucional, por emenda tendente a abolir direitos fundamentais (inc. IV do art. 60), menos ainda por norma de hierarquia inferior (lei civil), ainda que sob o argumento de se estar a resguardar e proteger outro direito constitucionalmente assegurado, qual seja, o da inviolabilidade do direito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem (BRASIL, STF, 2015, p. 113). Tamanha a relevância do problema apresentado, que o Acórdão ainda discorre:

As normas constitucionais de direitos fundamentais são de cumprimento incontornável, impondo-se aos cidadãos e, mais ainda, ao Estado. Pelo que não pode o legislador restringir ou abolir o que estatuído como garantia maior. Mas as normas civis consideradas pretensamente estariam a servir ao comando da inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem constitucionalmente asseguradas, submetendo a produção biográfica ao consentimento ou à autorização prévia do interessado. (BRASIL, STF, 2015, p. 114).

Frente a esta última argumentação, torna-se perfeitamente claro que tanto as normas constitucionais como as normas civis possuem sua importância, todavia, diante da hierarquização das normas, deve-se ter em mente que a Constituição Federal prevalece sobre as demais, haja vista leis infraconstitucionais que são, permitindo entender, portanto, que do modo como vinha sendo tratado e julgado os casos atinentes às biografias não autorizadas e sua conseqüente submissão à autorização do biografado não havia como continuar, a julgar pela supressão de um direito fundamental em face de outro, colocando-se em risco a segurança jurídica das decisões proferidas.

Por essa razão, tais direitos fundamentais, sendo normas principiológicas, permitem a solução do conflito aparente através da aplicação do princípio da proporcionalidade levando-se em consideração o caso concreto, garantindo que um direito não suprima o outro, mas apenas o coloque em um segundo plano, com o objetivo de que o conflito deixe de existir, mas ambos os direitos sejam preservados.

Robert Alexy (p.86) entende que o ponto determinante da distinção entre princípios e regras reside na qualificação dos princípios como “mandados de otimização”; significa dizer que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes (ALEXY, 1993, p. 99).

Já as regras, pelo contrário, são normas que somente podem ser cumpridas na sua exata medida, pois estas contêm determinações no âmbito fático e do juridicamente possível. A impossibilidade fática ou jurídica de sua aplicação conduz à sua invalidez e, com isso, à exclusão da ordem jurídica, salvo se for possível a introdução de uma cláusula de exceção, ou conservá-la com base em um princípio.

Desse modo, um conflito de regras só pode ser decidido se introduzida uma cláusula de exceção ou declarando inválida uma das regras. Já os princípios, quando colidem, um deles cederá ante ao outro, mas isso não significa declarar inválido o princípio que cedeu e nem que se tenha que introduzir uma cláusula de exceção.

“Assim, na solução do caso concreto, deve-se restringir o mínimo possível, quando houver preferência por outro, preservando-lhe o chamado núcleo essencial” (ROTHENBURG, 2003, p. 35-36). Por isso, Rothenburg (2003, p. 41) afirma que a composição (modulação) de princípios guia-se pela proporcionalidade (razoabilidade). A proporcionalidade é subdividida em subprincípios ou máximas parciais, que são adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (ponderação).

Desse modo, considerando que tais direitos fundamentais constituem a expressão primeira dos valores fundamentais de uma ordem constitucional, eles podem ser considerados como princípios, naturalmente abstratos e abrangentes, mas passíveis de um satisfatório grau de concretização, o que permite que sejam amoldados às diferentes situações e, assim, acompanhem o passo da evolução social.

Nesse cenário, é importante perceber que a prevalência de um direito sobre outro se determina em função das peculiaridades do caso concreto. Não existe um critério de solução de conflitos válido em termos abstratos. Pode-, todavia, colher de um precedente um viés para solução de conflitos vindouros. “Assim, diante de um precedente específico, será admissível afirmar que, repetidas as mesmas condições de fato, num caso futuro, um dos direitos tenderá a prevalecer sobre o outro” (MENDES; BRANCO, 2014, p. 254).

E foi exatamente desta maneira que se deu o desenvolvimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade, pois forma inúmeras biografias publicadas sem autorização e inúmeras as intervenções realizadas pelo Poder Judiciário, de modo que o caso o qual ganhou maior repercussão referia-se ao cantor Roberto Carlos e a biografia intitulada “Roberto Carlos em

Detalhes”, dando origem à propositura da demanda de Ação Direta de Inconstitucionalidade pela Associação Nacional dos Editores de Livros (ANEL).

Luís Roberto Barroso (2015, p. 373) conceitua a proporcionalidade como uma técnica de decisão jurídica, aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente: “a insuficiência se deve ao fato de existirem normas de mesma hierarquia indicando soluções diferenciadas. Nos últimos tempos, a jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, incorporou essa técnica à rotina de seus pronunciamentos”.

Nesse ínterim, visualiza-se que a utilização da técnica pelo Supremo Tribunal Federal não é de hoje ou do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade em 2015, mas sim dos últimos anos, dado que a ideia de proporcionalidade é originária do Tribunal Constitucional Federal alemão a partir da década de cinquenta, encontrando-se enraizada no pensamento jurídico-constitucional contemporâneo e chegando ao Brasil nas últimas décadas (DIMOULIS; MARTINS, 2007, p. 176).

Até porque, a proporcionalidade apresenta-se como o recurso utilizado quando não há possibilidade de aplicação da norma por subsunção, atuando no ordenamento jurídico brasileiro e, mais objetivamente, no âmbito dos direitos fundamentais, como uma regra de acautelamento, de bom sendo e equilíbrio, mas, principalmente, como um instrumento juridicamente desenvolvido e delimitado para analisar problemas de constitucionalidade de atos infraconstitucionais, como é o caso em questão.

Assim, a aplicabilidade de tal princípio no ordenamento jurídico brasileiro justifica-se através de dois argumentos normativos, como descrevem Dimitri Dimoulis e Leonardo Marques (2007, p. 193):

Primeiro, em virtude do vínculo direto do legislador aos direitos fundamentais, previsto no art. 5º, § 1º, da CF. Vincular o legislador significa exigir que ele respeite ao mesmo tempo todos os direitos fundamentais. E, em caso de colisão entre direitos, isso equivale ao poder e dever de limitar os direitos fundamentais na estrita medida do necessário para, se possível, otimizar o exercício dos direitos fundamentais colidentes. Na maioria dos casos, a intervenção estatal em um direito colidente será justificada e não a intervenção no outro. O caminho para tanto é respeitar o critério da proporcionalidade. O segundo possível fundamento normativo sob a vigência da Constituição de 1988 encontra-se no art. 5º, § 2º, da CF que permite reconhecer garantias de direitos fundamentais que não sejam expressamente previstas na Constituição, mas decorrem dos princípios por ela adotados. Nessa perspectiva a proporcionalidade pode ser considerada como decorrência da necessidade de harmonizar o exercício de direitos fundamentais com bens jurídicos conflitantes contemplados pelo texto constitucional como seus limites ou entre os direitos fundamentais que colidam em razão de uma forma de controle das respectivas e muitas vezes implícitas intervenções legislativas.

Outro aspecto importante é de que trata-se de um processo em três etapas. Em uma primeira etapa, caberá ao intérprete identificar no ordenamento jurídico as normas pertinentes

para a solução do caso, detectando eventuais conflitos entre elas; por outro lado, na segunda etapa, será necessário um exame dos fatos e das circunstâncias concretas do caso em análise, bem como observar a relação dos fatos com os elementos normativos encontrados na primeira etapa (BARROSO, 2015, p. 374).

Nas duas etapas apresentadas, o problema do conflito existente não se solucionou completamente, pelo contrário, tão somente identificou-se as normas e os fatos aos quais serão aplicadas, sendo, portanto, na terceira etapa que a ponderação exercerá seu papel de singularidade face à subsunção, tendo em vista que “os princípios, por sua estrutura e natureza, e observados os limites, podem ser aplicados com maior ou menor intensidade, à vista de circunstâncias jurídicas ou fáticas, sem que isso afete sua validade”, conforme preleciona Luís Roberto Barroso (2015, p. 374). Nesta conjuntura, o mencionado autor relata a terceira etapa:

Pois bem: nessa fase dedicada à decisão, os diferentes grupos e normas e a repercussão dos fatos do caso concreto estarão sendo examinados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa e, portanto, o grupo de normas que deve preponderar no caso. Em seguida, será preciso ainda decidir quão intensamente esse grupo de normas – e a solução por ele indicada – deve prevalecer em detrimento dos demais, isto é: sendo possível graduar a intensidade da solução escolhida, cabe ainda decidir qual deve ser o grau apropriado em que a solução deve ser aplicada. Todo esse processo intelectual tem como fio condutor o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade. (grifo do autor) (BARROSO, 2015, p. 374-375).

De qualquer forma, analisando o caso concreto em cotejo, isto é, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.815/2015, consegue-se compreender que outra solução não havia para ser utilizada pelo Supremo Tribunal Federal, haja vista que o direito à liberdade de expressão é de fundamental importância para a manutenção do Estado Democrático de Direito, bem como para salvaguardar a sociedade da imposição de prévia ou posterior censura. Da mesma forma, os direitos à privacidade e à intimidade também possuem nítido papel na sociedade como um totó, pois, caso contrário, ter-se-ia a todo instante informações de natureza estritamente pessoal circulando nos mais diversos meios de comunicação e, não só por isso, como também a fim de resguardar o íntimo que cada ser humano possui e não abre para compartilhamentos.

Ora, inequívoco é que a questão da autorização fora superada pelo aparente conflito dos direitos fundamentais, porém, é importante destacar que essa autorização, sob o ponto de vista da pesquisa aqui apresentada, não poderá ser tolhida de todos os casos.

Nesse sentido, a autorização não se torna pertinente para as biografias que envolvam biografados de alto destaque público nacional e/ou internacional, e que contribuíram de alguma forma para a escrita de um capítulo da cultura ou da história, ensejando, com isso,

interesse público a respeito.

Diferentemente, nos casos de pessoas que caminham dia a dia nas mais variadas ruas dos Estados desse Brasil adentro, e que realizaram sim mudanças na vida das pessoas à sua volta, mas que jamais chegaram ao conhecimento de uma sociedade ou nação como um todo, será indiscutível, aqui, a necessidade de autorização, caso alguém deseje escrever a respeito, dado que a vida deste cidadão é tão comum como a daquele que ao seu lado caminha.

Então, nota-se que a proporcionalidade:

[...] socorre-se do princípio da razoabilidade-proporcionalidade para promover a máxima concordância prática entre os direitos em conflito. Idealmente, o intérprete deverá fazer concessões recíprocas entre os valores e interesses em disputa, preservando o máximo possível de cada um deles. Situações haverá, no entanto, em que será impossível a compatibilização. Nesses casos, o intérprete precisará fazer escolhas, determinando, in concreto, o princípio ou direito que irá prevalecer. [...] Naturalmente, nas hipóteses em que a solução produzida não discorre de uma lógica subsuntiva, o ônus argumentativo se potencializa, devendo o intérprete demonstrar, analiticamente, a construção do seu raciocínio. Daí a necessidade de se resgatar a argumentação jurídica. (BARROSO, 2015, p.377-378).

Assim, segundo a ponderação feita pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade em análise:

Para se ler constitucionalmente o que nos arts. 20 e 21 do Código Civil se contém há de se considerar que: a) as normas constitucionais de direitos fundamentais garantem a vida digna, para o que se assegura, expressamente, a liberdade de pensamento e de sua expressão, liberdade de informação e de criação intelectual, artística e científica; b) consequência lógica daquelas liberdades, está vedada qualquer forma de censura, estatal ou particular; c) consectário lógico da dignidade da vida, a Constituição também garante, como direito fundamental, a inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem das pessoas, impondo-se, na norma, a forma pela qual se repara o descumprimento desse direito, a saber, mediante indenização. (BRASIL, STF, 2015, p. 114).

Por fim, cumpre citar o dispositivo da decisão analisada, que muito bem sintetiza todo o esforço aqui empenhado:

Pelo exposto, julgo procedente a presente ação direta de inconstitucionalidade para dar interpretação conforme à Constituição aos arts. 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto, para, a) em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, produção científica, declarar inexigível o consentimento de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo por igual desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas); b) reafirmar o direito à inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem da pessoa, nos termos do inc. X do art. 5º da Constituição da República, cuja transgressão haverá de se reparar mediante indenização. (BRASIL, STF, 2015, p. 118-119).

Face à decisão estudada, possível compreender que a liberdade de expressão prevalecerá frente ao direito à privacidade e à intimidade quando o biografado seja dotado de vida pública. Todavia, é preciso atentar-se ao abuso do exercício do direito, dado que o direito à privacidade e à intimidade nesse caso são mitigados, mas não abolidos.

Destarte, ante o estudado, toda e qualquer decisão a ser proferida a partir do entendimento emanado pelo Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.815/2015, deverá atender a mesmo raciocínio ali realizado, atentando ao caso concreto e ao princípio da razoabilidade-proporcionalidade para a adequada e viável aplicação de um direito fundamental em detrimento do outro.

## **CONCLUSÃO**

Ao voltar o olhar para a questão das biografias não autorizadas, e mais, para a mudança de interpretação trazida ao artigos 20 e 21 do Código Civil, compreende-se que o direito à liberdade de expressão deve ser concebido com um âmbito normativo alargado, uma vez que é de extrema relevância para o interesse público garantir que nenhuma pessoa encarregue-se da posição de guardião das portas, restringindo com tal atitude o acesso de todos à informação relevante no contexto da liberdade comunicativa e crítica.

No direito constitucional vigente, a liberdade é a regra, e a restrição à liberdade é a exceção. Quer dizer, a Constituição da República Federativa do Brasil não dispõe de proteção desnecessária à garantia da liberdade de expressão, muito pelo contrário, diversas razões de ordem moral e pragmática existem e justificam referida guarida.

Assim, ao se valer da liberdade de expressão para compor o relato de uma biografia não autorizada, o escritor se encontra em uma área delimitada pelo próprio direito fundamental explanado, porquanto compatível com a liberdade acadêmica e de investigação, e com o dever de verdade e objetividade análogos aos da atividade jornalística. Entretanto, o biógrafo sempre estará submetido aos limites que o exercício da liberdade de expressão lhe impõe, bem como à vedação ao anonimato expressamente concebida na Constituição Federal em seu artigo 5

º, inciso IV.

De tal modo, o Acórdão proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade ora analisada foi de grande valia para que se alcançasse um entendimento conforme as normas constitucionais, pois é preciso atender à existência de valores, princípios e regras que norteiam a produção das obras em questão, mas, principalmente, era necessário adequar a interpretação dos artigos 20 e 21, do Código Civil, à Constituição, com o escopo de que a publicação de biografias não autorizadas perca a conotação pejorativa que lhes é imputada e passe a ganhar mais credibilidade histórica, cultural e acadêmica.

No entanto, há de se fazer a diferenciação necessária entre as pessoas publicamente notórias e as tidas como cidadãos comuns, posto que, quando o indivíduo encontra-se

incorporado em vida de ampla relevância política, social, econômica, artística ou cultural, não lhe pode mais ser destinado os mesmos aspectos e princípios de privacidade e intimidade voltados aos cidadãos comuns, dada a sua notoriedade, fazendo com que a autorização prévia para publicação de biografia não autorizada torne-se inexigível. Nesse caso, a liberdade de expressão prevalecerá frente ao direito à privacidade e à intimidade, quando o biografado seja dotado de vida pública. O interesse público na vida do biografado, portanto, mitiga (mas não extingue) seu direito à privacidade e à intimidade, devendo prevalecer, no caso, a liberdade de expressão. Diferentemente, não havendo interesse público na vida do biografado, haverá a necessidade de autorização, dado que a vida deste cidadão é tão comum como a de qualquer outro. Nessa hipótese, sem dúvida, a privacidade e intimidade deverão prevalecer em face da liberdade de expressão. Eis a proporcionalidade necessária frente ao conflito aparente entre os direitos fundamentais estudados.

A decisão analisada sobre a questão das biografias não autorizadas visa romper com a opacidade comunicativa, o pensamento único, o conformismo, o consenso e a legislação conservadora até aplicada. Portanto, a recente decisão do Supremo Tribunal Federal veio ao encontro da amplitude necessária que se deve dar à liberdade de expressão, já que é vedada qualquer forma de censura, prévia ou posterior, estatal ou particular, sendo a interpretação dada a que mais se coaduna com os fins da Constituição Federal de 1988 e do Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1998.

BARROSO, Luís Roberto. Colisão Entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente do Código Civil e da Lei de Imprensa. **Revista Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 235, p.1-35, jan./mar./2004.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de, 05 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em 27 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da**

**União**, Brasília, DF; 11 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)> Acesso em 27 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 393, de 15 de fevereiro de 2011. Altera a Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para aperfeiçoar as disposições do artigo 20 e ampliar a liberdade de expressão, informação e acesso à cultura. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=491955>>. Acesso em: 27 abril 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4815-DF. Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 10 jun. 2015. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 01 fev. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>>. Acesso em: 27 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Voto da ministra Cármen Lúcia afasta exigência de autorização para biografias. **Notícias STF**, Brasília, jun. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=293298>>. Acesso em: 28 jun. 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MACHADO, Jónatas E. M.; GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. **Biografia não autorizada versus liberdade de expressão**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2015.

DARÉ, Geisa Oliveira. **Direito ao Esquecimento**. Bauru: Canal6, 2015.

HANSEN, Messiluce da Rocha. **A esfera pública midiática: um estudo a partir dos princípios do discurso público e do modelo de democracia deliberativa Habermasiana**. 2009, 358 f. Dissertação (Doutorado). Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Salvador, 2009. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/19992/1/Messiluce%20da%20Rocha%20Hansen.pdf>>. Acesso em: 25 set. 2016.

JABUR, Gilberto Haddad. **Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflito entre direitos da personalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LEONARDI, Marcel. **Tutela e Privacidade na Internet**. São Paulo: Saraiva, 2011, e-book.

MACHADO, Jónatas E. M. **Liberdade de Expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MATSUURA, Lilian. Volta da censura: Juiz carioca manda recolher biografia de Roberto Carlos. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 23 fev. 2007. Disponível em: <[Http://www.conjur.com.br/2007fev23/juiz\\_carioca\\_manda\\_recolher\\_biografia\\_roberto\\_carlos](http://www.conjur.com.br/2007fev23/juiz_carioca_manda_recolher_biografia_roberto_carlos)>. Acesso em: 29 nov. 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, e-book.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14 ed.

rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais**. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

SARMENTO, Daniel. Art. 5º, IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. (Coord.) **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 812-835.

SARTORI, Ellen Carina Mattias. **O Direito Fundamental à Privacidade e a Proteção de Dados Pessoais: uma análise em face da sociedade de consumo na era da internet**. 2015, 228 f. Dissertação (Mestrado). Instituição Toledo de Ensino, Centro de Pós-Graduação, Bauru, 2015.

SCHMIDT, Benito Bisso. Biografia e Regimes de Historicidade. **Revista MÉTIS: história & cultura**, Caxias do Sul, jan./jun. 2003. v. 2, n. 3, p. 57-72. Disponível em: <<http://www.uces.br/etc/revistas/index.php/metis/article/view/1041>>. Acesso em: 30 ago. 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D.. The Right to Privacy. **Harvard Law Review**, Boston, n. 5, v. IV, dez. 1890. Disponível em: <<http://faculty.uml.edu/sgallagher/Brandeisprivacy.htm>>. Acesso em: 27 jun. 2016.

# COMPLIANCE: A INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR NAS EMPRESAS E A VIOLAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE

Sarah Furtado VIOLANTE<sup>1</sup>

José Eduardo Lourenço dos SANTOS<sup>2</sup>

## RESUMO

O fenômeno da globalização se desenvolve rapidamente e, por sua causa, foi possível a maior ligação entre empresas de todo o mundo. Em virtude da facilidade desse vínculo, houve a majoração das atitudes de corrupção entre os funcionários de grandes empresas e, para a sua redução, foram criados os projetos de compliance, determinando que as empresas deveriam agir de forma condizente ao estabelecido nas legislações de cada país. Com o surgimento do instituto compliance, nasceram os deveres de fiscalização no interior das empresas, bem como o dever de notificar as autoridades policiais, caso fosse descoberta qualquer atitude ilícita praticada por algum funcionário. Neste sentido, iniciaram as investigações particulares, feitas por membros da própria empresa, para desvendar os possíveis atos ilícitos praticados e descobrir quem eram seus autores. Entretanto, as condutas tomadas pelos responsáveis das investigações não possuem limites determinados por lei, uma vez que a lei brasileira que prevê o compliance nas empresas não estabelece diretrizes para essas investigações. Por esta razão, o presente estudo, por meio de revisão bibliográfica e método hipotético dedutivo, busca demonstrar a necessidade da observância dos direitos constitucionais da pessoa humana durante a realização das investigações, ressaltando, principalmente, o direito à privacidade.

**PALAVRAS-CHAVE:** Compliance – Investigação preliminar – Relativização de direitos – Garantia – Direito à privacidade

## ABSTRACT

The phenomenon of globalization develops quickly and, because of it, a greater connection was possible between companies around the world. Due to the easiness of this link, corruption attitudes among employees of large companies increased. In order to reduce them, compliance projects were created, determining that companies should act in a consistent manner according to each country's legislations. Due to the emergence of the compliance institute, the duties of inspection inside the companies were born, as well as the duty to notify police authorities if any illicit behavior practiced by any employee was discovered. In this sense, private investigations were initiated, made by members of the company itself, to unveil the possible illegal acts practiced and to unveil who its authors were. However, the actions taken by the investigators do not have limits determined by law, since the Brazilian law that provides for compliance in companies does not establish guidelines for such investigations.

---

1 Acadêmica em Direito no Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM e estagiária no escritório AOM Assessoria e Consultoria Jurídica. Desenvolve pesquisa na área de Direito Penal Econômico e garantia de Direitos Fundamentais orientada pelo Professor Doutor José Eduardo Lourenço dos Santos. Pesquisadora do Grupo de Estudo de Novos Direitos, Controle Social e Aspectos Criminológicos (NODICO) do curso de direito do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM. Contato: sarahfurtadoviolante@gmail.com

2 Possui Graduação em Direito pela Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha (1988), Mestrado em Direito pela Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha (2002), Doutorado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR - 2013) e Pós-Doutorado na Universidade de Coimbra (área de Democracia e Direitos Humanos - 2016). Atualmente é professor do Centro Universitário Eurípides de Marília, Graduação e Mestrado, e Delegado de Polícia no Estado de São Paulo. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Penal, atuando principalmente nos seguintes temas: Direito Penal, Criminologia, Direito e Internet, Direito Processual Penal, Direitos Fundamentais, Derrotabilidade Normativa e Novos Direitos.

Thence, the present study, through a bibliographic review and hypothetical deductive method, seeks to demonstrate the need to constitutional rights of the human being observance during the conduct of the investigations, highlighting, mainly, the right to privacy.

**KEY-WORDS:** Compliance – Preliminary investigation – Relativisation of rights – Guarantee  
– Right to privacy

## **INTRODUÇÃO**

A presente pesquisa possui como objetivo demonstrar a relativização do direito à privacidade causada pela interferência da investigação preliminar realizada no programa de compliance no interior das empresas. Para tanto, o programa de compliance será analisado, verificando seu conceito, seu surgimento e finalidades, bem como suas vantagens e como acontece sua aplicação nas empresas brasileiras e estrangeiras.

A partir disso, serão verificados os meios utilizados para a investigação preliminar realizada no interior das empresas, em razão da aplicação desse programa. Deste modo, serão observadas as condutas dos investigadores que, em sua grande maioria, não garantem os direitos fundamentais aos investigados. Direitos estes que são previstos na Constituição Federal e não podem ser relativizados, apesar de não se tratar de uma investigação oficial, realizada por autoridades policiais.

Neste mesmo sentido, o estudo restringe-se à análise do direito fundamental à privacidade, um dos direitos mais prejudicados pela investigação realizada de forma ilimitada, sem respeitar princípios e fundamentos constitucionais relativos à investigação criminal. Por fim, busca-se verificar como as investigações preliminares efetuadas internamente nas empresas podem colaborar com as investigações oficiais, caso observem os direitos do investigado.

Restando, portanto, evidente a importância da análise de condutas tomadas pelos investigadores dentro das empresas, para que seja garantido, principalmente, o direito à privacidade do suspeito, o tema será explorado por meio de revisão bibliográfica e método hipotético dedutivo, partindo de considerações gerais a fim de apelar elementos específicos, convergindo para uma construção teórico-crítica do tema.

## **PROGRAMA COMPLIANCE NO INTERIOR DAS EMPRESAS**

O termo compliance tem origem do verbo em inglês “to comply”, que significa agir de acordo com regras pré-estabelecidas, em “conformidade com o direito” (COIMBRA;

BINDER, 2010, p. 2). Segundo Saavedra (2011, p. 13-14), compliance é um processo de constante avaliação dos procedimentos das corporações para assegurar que sejam atendidas todas as exigências legais inerentes à sua atividade.

Este programa surgiu com a finalidade de criar procedimentos internos de controle e monitoramento para que, dessa forma, fosse possível a ocorrência da diminuição de práticas criminosas dentro das empresas. Trata-se de um programa de controle, prevenção e proteção que nasceu em razão da necessidade das empresas agirem de acordo com as normas, evitando a corrupção e inserindo a ética no contexto profissional, como ressaltado por Binder “[...] envolve o conjunto de valores, princípios e fins que orientam o comportamento da organização e compõem a sua cultura corporativa, influenciando as suas estratégias e decisões [...]” (COIMBRA; BINDER, 2010, p. 12).

O instituto Compliance nasceu por intermédio do ordenamento jurídico dos Estados Unidos, o Foreign Corrupt Practices Act (FCPA). Em razão de um escândalo, ocorrido durante a Guerra Fria, no qual eram pagas propinas por uma empresa norte-americana para funcionários estrangeiros de vários países aliados, o Congresso aprovou esta lei que tornava crime a prática de subornos para facilitar comércio com países estrangeiros. Como destacam Marina Amaral Egydio de Carvalho e Luciana Dutra de Oliveira Silveira:

Em 1977 [...] os EUA promulgaram o *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) com propósito específico de criminalizar a prática por companhias norte-americanas, ou por seus representantes, de suborno de oficiais públicos estrangeiros a fim de obter vantagens comerciais. Essa lei foi uma novidade promissora na época, não só porque a maioria das TNCs (empresas transnacionais) originavam-se nos EUA, mas acima de tudo porque ela representou um passo relevante em direção à promoção da anticorrupção em todo o mundo.(CARVALHO; SILVEIRA, 2013)

A promulgação desta Lei representou um marco importante na globalização do combate à corrupção, entretanto, fez com que as empresas norte-americanas, por possuírem mais repressões, ficassem em desvantagem perante as empresas dos demais países que ainda não haviam aderido a esse novo sistema. Portanto, restou-se necessário demonstrar a importância do combate à corrupção dentro das empresas para que as práticas do Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) fossem incorporadas pelos demais países. Segundo Bielgelman (2008):

Muitas empresas não tinham freios efetivos e contrapesos para regular seu comportamento e os consultores jurídicos internos eram incapazes ou não queriam dar conselhos legais claros e pertinentes. A gestão agiu com super proteção e assumiu grandes riscos, assim como preocupações de curto prazo dominaram as tomadas de decisões corporativas. Isso coincidiu com uma maior atenção do público acadêmico sobre atos ilegais e lesivos das corporações, que levaram à regulamentação posterior. (BIELGELMAN, 2008, p.107).

Por esta razão, a diplomacia norte-americana realizou novos acordos internacionais

de combate à corrupção, o que foi acatado por muitos países, causando a aderência destes a métodos semelhantes aos previstos no Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) (HAYASHI, 2015, p.35). Houve, então, o desenvolvimento do sistema de compliance em diversos países, como na Alemanha, Inglaterra e Estados Unidos, que investem em constantes atualizações de tecnologias para a prevenção de fraudes e corrupções no interior de suas empresas (SOARES, 2015, p. 50).

A utilização do instituto de compliance nos países ocorre de diversas formas. Cada país possui seu próprio regulamento para a empresa que adere a esse programa, trazendo diferentes vantagens à empresa, como por exemplo, na Alemanha onde, segundo alguns doutrinadores, a empresa que possui o sistema de compliance incorporado pode se beneficiar com a redução da sanção para pessoa jurídica (SOARES, 2015, p.50)

Já no Brasil as vantagens da aderência ao programa compliance divergem dos demais, já que neste país a pessoa jurídica não responde criminalmente pelos delitos cometidos por seus funcionários, salvo em caso de crimes contra o meio ambiente, como previsto no texto normativo 173, §5º<sup>3</sup>, da Constituição Federal. Entretanto, os autores dos delitos e as empresas que se beneficiam de suas vantagens devem ser responsabilizados e punidos, resultando na prevenção de crimes futuros em razão de suas consequências.

Neste sentido, o Brasil estabeleceu diversos acordos internacionais para o combate à corrupção, os quais dependiam de instrumentos legais para sua real efetivação, portanto foram promulgadas diversas leis, como por exemplo, a Lei da Ficha Limpa, a Lei de Defesa da Concorrência, a Lei do Crime Organizado e a Lei de Lavagem de Capitais, recentemente alterada pela Lei 12.846/2013. Esta última recentemente promulgada, conhecida como Lei Anticorrupção, foi aprovada em meio às pressões populares espalhadas pelo país e dispõe sobre a responsabilização civil e administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública nacional e estrangeira.

A Lei Anticorrupção visa à prevenção de práticas voltadas à corrupção, no mesmo sentido do programa compliance, demonstrando um grande reforço a esse programa que, vagarosamente, vem sendo adotado pelas empresas nacionais. Esta lei foi concebida com a finalidade de impor penalidades mais severas às empresas e seus responsáveis, com o fim de desestimular os empresários a cometerem atividades ilícitas. Nesta lógica, é prevista a responsabilidade objetiva da empresa e seu responsável, caso seja praticado algum ato ilícito

---

3 Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. 5º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

que beneficie a companhia, ou seja, basta a comprovação da consumação ou tentativa da prática de um ato ilícito e do benefício da empresa em razão deste ato.

Por esta razão, a empresa deve estipular meios de fiscalização de seus funcionários, terceirizados e demais pessoas que possuem a faculdade de agir de maneira ilícita e, mesmo sem autorização ou anuência dos empresários, possam gerar benefícios para as companhias. Tais métodos de monitoramento são abrangidos pelo sistema compliance, o qual implicitamente é imposto pela Lei Anticorrupção, sendo uma solução viável para o maior controle do empresário sobre a pessoa jurídica e as pessoas vinculadas a empresa.

Ademais, esta lei em seu artigo 7º prevê quais requisitos serão levados em conta ao serem aplicadas as sanções à empresa e ao empresário, caso seja cometido algum delito que lhes beneficiem. A Lei Anticorrupção estabelece como atenuante de pena a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, incentivos a denúncias de irregularidades, bem como a aplicação de códigos de conduta e ética, sendo tais quesitos os pilares do sistema compliance.

Além disso, a Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) ainda determina em seu artigo 16 a possibilidade da realização de acordo de leniência entre a pessoa jurídica e a administração pública, permitindo a identificação dos demais autores dos delitos, bem como a melhor apuração dos acontecimentos. Por esta razão, as empresas investem nas investigações preliminares, fiscalizam ainda mais seus funcionários e terceirizados, bem como procuram integrar às companhias diversos meios de prevenção de fraudes e desvios de condutas (ALMEIDA, 2016).

Neste sentido, ao estabelecer que a existência dos mecanismos de integridade atenuem as penas da empresa e do empresário, a Lei Anticorrupção prevê um controle social no interior das companhias, mitigando o risco de consumação de algum ato ilícito. Portanto, esta lei acaba obrigando as empresas a aderirem ao sistema compliance de forma objetiva, respeitando normas nela previstas e ainda observando o Decreto 8.420/2015, que regulamenta o criminal compliance, sendo uma forma de erradicação da corrupção e do crime organizado.

Assim sendo, os empresários passaram a entender a necessidade da empresa em adotar os mecanismos de integração previstos na Lei 12.846/2013, por meio da adaptação de sua companhia ao sistema compliance, com a finalidade de proteção contra a responsabilização de crimes cometidos por seus funcionários, terceirizados e até seus parceiros de negócios. Desta forma, como já mencionado, intensificou-se a realização de investigações corporativas internas (ALMEIDA, 2016).

Todavia, a Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) nada dispõe sobre a existência de

um procedimento para a condução de investigações nos interiores das empresas, deixando a cargo de entes particulares diante da incapacidade do poder público fiscalizar tudo o que é feito dentro das empresas privadas. Desta forma, atribui às essas entidades e a seus funcionários o dever de auxiliarem nesse controle, criando mecanismos legais que incentivem a colaboração dos entes privados para o combate e investigação de atos ilícitos (DEL BEBBIO; MAEDA; AYRES, 2013, p. 328).

## **INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR NAS EMPRESAS**

O direito penal deve-se manter em constante atualização, alterando seus métodos de investigação a cada nova forma de cometer delitos que vem surgindo. A necessidade desta atualização deriva-se do constante e acelerado desenvolvimento da globalização, que possibilitou um aumento considerável da corrupção cometida por grandes grupos, os quais pertencem à criminalidade organizada.

Em virtude do crescimento de crimes cometidos por grupos organizados, a Lei 12.850/2013 definiu um conceito para organização criminosa e estabeleceu diretrizes para a realização de investigações relacionadas a essa espécie de criminalidade. Neste mesmo sentido, a Lei 12.683/12 prevê a obrigação da comunicação entre os funcionários da empresa e o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), que verifica as movimentações realizadas e, em caso de indícios criminosos, repassam as informações necessárias para as autoridades policiais competentes para a investigação. Nessa oportunidade há a atuação do particular nas investigações, a qual deve ser limitada em razão dos métodos que serão utilizados para a apreciação do possível delito.

A Lei de Lavagem de Dinheiro já previa sanções administrativas quando verificado o descumprimento de alguma obrigação ou violação a alguma regra, porém a forma utilizada para descobrir tais condutas não eram expressas, permitindo uma livre atuação do responsável pela fiscalização. Posteriormente, esta Lei foi atualizada pela a Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) a qual em seu artigo 7º, inciso VIII, estabelece que, ao sancionar uma empresa, será levado em consideração a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e aplicação regulamentos de ética e de conduta, o que evidentemente caracteriza a ideia do instituto compliance.

Em razão da previsão desta atenuante, as empresas nacionais passaram a aderir o instituto compliance e, com isso, foram introduzidos os canais de comunicação, que proporcionaram um mecanismo mais eficiente para que os trabalhadores pudessem informar a seus superiores sobre supostos desvios de conduta de outros funcionários. Entretanto, não

basta somente possuir um método para acolher as denúncias realizadas, deve-se averiguar cada queixa efetuada para que assim o canal denúncias seja eficaz.

As investigações no interior das empresas tornam-se cada vez mais constantes, com a finalidade de apurar fraudes e desvios de condutas, evitar danos à reputação da empresa, bem como prevenir severas penalidades futuras (ALMEIDA, 2016). Ademais, em razão de famosos casos de corrupção como nas empresas Petrobras e Eletrobras, a prevenção por meio da apuração dos fatos ilícitos preliminarmente nas empresas tornou-se frequente e cada vez mais eficiente (FARIA, 2016).

Em vista disso, houve um aumento considerável na criação de departamentos especializados em investigações privadas nos interiores das empresas. Por meio de auditorias, por exemplo, os particulares conseguem subsídios para a investigação criminal e as realizam sem contar com a força estatal, a qual muitas vezes não funciona. O particular, então, passa agir como investigador de forma subsidiária ou até em colaboração com as autoridades investigativas, para a melhor apreciação do delito. Entretanto, como já mencionado, a Lei Anticorrupção não estabelece diretrizes para a investigação realizada preliminarmente nas empresas (LIMA, 2016, p. 12-13).

Neste sentido, em razão da ausência de critérios para averiguação de condutas ilícitas, a investigação realizada preliminarmente nas empresas, muitas vezes, não garante a observância dos direitos fundamentais do suspeito. Razão pela qual, é necessário que sejam determinados critérios para a atuação do particular perante as investigações criminais, para a garantia do Estado Democrático de Direito, devendo ser respeitados os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana.

Desse modo, ao ser investigado, o suspeito de ter cometido algum ato ilícito no interior da empresa, poderá sofrer com a violação de seus direitos, como o direito de defesa em todos os atos investigatórios, bem como o direito de não produzir prova contra si mesmo, ou até o direito ao silêncio. Desta forma, o sistema compliance, por meio de sua investigação preliminar, mostra-se como terreno fértil para o descumprimento de direitos fundamentais dos cidadãos.

Na investigação realizada no interior das empresas não há qualquer autoridade que possa limitar as atitudes do membro fiscalizador, não há um juiz, por exemplo, que possa autorizar uma interceptação telefônica. Desta forma, não existe um controle formal sobre as atitudes investigatórias realizadas internamente nas empresas, razão pela qual, deve-se ficar atento às condutas tomadas pelos responsáveis pela investigação, para que não sejam ultrapassadas as barreiras e haja a colisão com os direitos fundamentais do cidadão.

Ademais, com o avanço da tecnologia, os entes privados possuem cada vez mais aparelhos de monitoramento, os quais são capazes de prejudicar os funcionários, que devem ter seus direitos garantidos, ainda que suspeitos de cometerem algum delito. A fiscalização dos empregados torna-se cada dia mais fácil e, em virtude disso, deve-se analisar até onde os métodos de monitoramento podem chegar para o controle do funcionário sem que este tenha seus direitos infringidos.

Em virtude da evolução tecnológica, as empresas vêm incorporando diversas maneiras de fiscalização das atividades de seus funcionários. Uma amostra deste monitoramento é o e-mail corporativo, que se for fiscalizado pelo empregador não caracteriza como uma violação do direito à privacidade do suspeito, já que o funcionário sabe que, por ser corporativo, deve somente utilizá-lo para questões relativas ao trabalho. Entretanto, esse direito poderia ser considerado como violado caso a fiscalização interferisse em assuntos pessoais do funcionário, o que pode ocorrer se não observados os limites para não prejudicar o suspeito (LIMA, 2016, p. 13).

Nesse ínterim, pode-se entender ser possível a fiscalização lícita e legítima dos funcionários, por meio de diversos mecanismos, sem que seus direitos sejam prejudicados. O compliance nasceu para ajudar a empresa a manter-se no mercado com dignidade e, como um de seus métodos principais trouxe a investigação preliminar que, se realizada da maneira correta pode prevenir prejuízos para a companhia, bem como garantir a segurança de seus integrantes.

## **RELATIVIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE**

Para que seja considerada como uma base forte para o oferecimento da denúncia, a investigação realizada nas empresas por particulares deve ser exercida de maneira cautelosa, fornecendo meios de defesa ao funcionário, permitindo que ele exerça seus direitos. Essa investigação não pode se dar de qualquer forma, já que poderá ser utilizada como uma possível sustentação para a imputação de um crime cometido. Devem, portanto, ser respeitados os mesmos direitos previstos para o suspeito investigado por autoridades policiais.

Deste modo, ao realizar a apuração dos fatos e indícios, o responsável pela averiguação pode não deixar claro ao funcionário que ele está sendo investigado em razão da suspeita que recaí sobre ele quanto à prática de um ilícito penal ou se está sendo ouvido somente como informante. Por esta razão, o investigado encontra-se em uma situação de vulnerabilidade, onde seus direitos e garantias fundamentais podem ser claramente violados, caso não respeitados os critérios investigatórios estabelecidos na legislação brasileira vigente.

Em razão da ausência de regras para essa investigação, muitas vezes os direitos do investigado, previstos na Constituição Federal, podem ser violados. Como já mencionado, um dos direitos fundamentais do suspeito, ao ser investigado, é o direito a defesa em todos os atos investigatórios, sendo este entendimento pacífico na jurisprudência, por meio da súmula vinculante número 14 do STF.

É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

Ademais, com a alteração do Estatuto da Advocacia, pela lei 13.245/2016, tornou-se evidente o direito do advogado em atuar em defesa do suspeito durante toda a investigação. Entretanto, apesar desta regra ser aplicada nas investigações oficiais, feitas por autoridades policiais, tal direito é relativizado nas investigações preliminares, por não haver diretrizes necessárias para regularizar esse tipo de averiguação.

Além disso, o direito a não produzir provas contra si mesmo, conhecido como princípio da não auto-incriminação ou “Nemo tenetur se detegere” está previsto no inciso LXIII, artigo 5º, da Constituição Federal, sendo estabelecido que, ao existir a pretensão do Estado em apurar determinado fato, o suspeito quando interrogado pode ocultar determinada informação com a finalidade de não se incriminar.

Desta forma, caso o investigado opte por não colaborar com a investigação não poderá ser punido pela ocultação dos fatos, vez que se encontra respaldado por este direito. Entretanto, tal princípio não permite ao investigado atrapalhar a apuração dos fatos, sendo o suspeito punido caso pratique atos protelatórios que dificultem a investigação.

Neste mesmo sentido, por consequência do direito a não produzir provas contra si, o investigado possui a faculdade de manter-se em silêncio durante seu interrogatório, com o fim de não apresentar provas que lhe comprometam a defesa. Tais direitos mencionados derivam do princípio da presunção de inocência, expressamente previsto na Carta Magna, no artigo 5º, inciso LVII, o qual também se encontra vulnerável durante a investigação interna realizada preliminarmente nas companhias.

Ademais, ressaltando o objeto de estudo do presente artigo, coloca-se em foco a relativização do direito à privacidade, o qual pode ser violado facilmente caso o investigador não respeite o mínimo de direitos garantidos ao suspeito. Conforme exposto, com o avanço da tecnologia, a fiscalização dos funcionários da empresa tornou-se cada vez mais eficaz e, por consequência disso, as questões particulares destes cidadãos ficaram mais acessíveis.

O direito à privacidade é mencionado na Constituição Federal, em seu artigo 5<sup>o</sup>, inciso X, onde está prevista a inviolabilidade da intimidade, privacidade, honra e imagem das pessoas. Trata-se, portanto, de uma das garantias integrantes aos direitos da personalidade, caracterizando-se como absoluto, indisponível e não revestido de natureza patrimonial. Porém, há situações em que esse direito pode ser flexibilizado, como todo direito fundamental, ele poderá ser ponderado perante outros direitos e princípios fundamentais (JÚNIOR, 2004, p. 62).

Ressalta-se que, para a relativização do direito à privacidade, deve ser respeitado o princípio da proporcionalidade, analisando sua necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito (ÁVILA, 2005, p.113), bem como o princípio da ponderação, balanceando os interesses, bens, valores ou normas (BARROSO, 2004, p. 358). Tais princípios aplicam-se em casos de colisões entre direitos fundamentais, de modo que, em razão da colisão, os direitos fundamentais são comparados e, levando em consideração os princípios citados, chega-se a uma nova interpretação para o caso em questão.

Não bastasse, ao flexibilizar os direitos previstos na Constituição Federal, o julgador deve motivar sua interpretação, descrevendo o método utilizado por ele, pois um direito fundamental não pode ser violado somente em razão da sua não observância, sem qualquer justificativa. Portanto, para a relativização do direito à privacidade deve-se analisar diversas questões do caso concreto e não simplesmente infringi-lo em razão da ausência de normas que estabeleçam diretrizes para as investigações preliminares nas empresas.

A garantia a este direito encontra-se assegurada também pelo artigo 12 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, segundo o qual “ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques”.<sup>5</sup> Desta forma, caso ocorra o desrespeito a essa garantia, nasce para o prejudicado o direito de reivindicar as indenizações cabíveis. No mesmo sentido, o autor Pontes de Miranda, em seu livro Tratado de Direito Privado, confirma que a pessoa “tem o direito de manter-se na reserva, de velar sua intimidade, de não deixar que se lhe devesse a vida privada, de fechar o seu lar à curiosidade pública”.

Segundo Paulo José da Costa Júnior (2004), os atos de indiscrição abrangidos pela

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

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

5 ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf> Acesso em 15 abr. 2017.

violabilidade da vida privada se subdividem em intromissão direta, a qual se dá no âmbito espacial que o indivíduo vive, ou indireta, por meio de interferência nos meios de comunicação, com uso da tecnologia. Relacionando este entendimento com a investigação preliminar realizada nas empresas, a forma indireta de intromissão na vida do indivíduo é mais habitual, vez que são utilizados meios tecnológicos para o controle máximo dos empregados.

O direito à privacidade deve ser assegurado em virtude das novas formas de investigações que nascem concomitantemente ao aumento da diversificação das infrações penais. Por esta razão, há no sistema penal brasileiro a regulamentação da proteção deste direito, previsto nos artigos 150 aos 154, do Código Penal. Estes artigos preveem como crimes a violabilidade do domicílio e da correspondência, bem como a divulgação de segredo, que possa produzir dano a outrem.

Além destas previsões no Código Penal, há também a Lei 9.296/96, a qual estabelece diretrizes para as interceptações telefônicas, bem como o artigo 240, do Código de Processo Penal, que determina critérios para a realização de busca e apreensão. Ambas as condutas caracterizam-se como violações à privacidade da pessoa, já que interferem em suas conversas pessoais e, por exemplo, em seu domicílio. Entretanto, muitas vezes são necessárias para eficácia das investigações, portanto, os direitos fundamentais são ponderados, como já mencionado no presente estudo.

Ao relacionar tais textos normativos com as investigações preliminares nos interiores das empresas feitas por particulares, chega-se à conclusão de que, apesar de não expresso o dever de respeitar estes regulamentos, a observância destes é imprescindível para uma conclusão efetiva da investigação. A conduta do membro fiscalizador, ao qual foi dada competência de investigar, deve ser condizente ao previsto na lei brasileira para que seja possível a sustentação para uma futura condenação na esfera criminal.

Portanto, caso o particular tenha o interesse de averiguar as condutas praticadas pelo investigado, verificando a materialidade e autoria de delitos, ele não pode simplesmente “grampear” o telefone do funcionário e ouvir suas ligações, sem qualquer respaldo judicial. Para tanto, o particular deve então recorrer ao judiciário e requisitar autorização para praticar tais condutas investigatórias, agindo conforme o previsto na legislação, já que toda interferência que prejudique um direito constitucional deve ser claramente justificada.

## **CONCLUSÃO**

As empresas que demonstram um sistema de fiscalização sobre as condutas de seus

funcionários passam mais segurança a investidores e a demais companhias que pretendem fazer negócio com essas empresas. Por esta razão, a aderência aos mecanismos de integração referentes ao sistema compliance, apresentados pela Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), vem crescendo no país, existindo cada vez mais empresas adeptas a essa forma de organização, mantendo seu foco na fiscalização das condutas de todos os integrantes com a finalidade de erradicação da corrupção.

Entretanto, essa fiscalização caracterizada como um dos pilares do instituto compliance pode gerar uma investigação preliminar interna prejudicial ao funcionário da empresa caso não observados os direitos fundamentais, previstos na Constituição Federal. Deve-se, portanto, levar em consideração esses direitos, ressaltando-se o direito à privacidade que, como já mencionado, é de extrema importância, integrando os direitos da personalidade da pessoa humana.

Caso haja prejuízo ao investigado, além desta investigação não ser aceita como base para uma denúncia, o responsável deve responder pelas violações realizadas, como por exemplo, indenizando o funcionário em razão do direito infringido. Portanto, as investigações, tanto fora, quanto no interior das empresas, devem garantir todos os direitos e princípios constitucionais e infraconstitucionais para ser um fundamento válido ao oferecimento da denúncia, ou seja, é necessário que sejam respeitados os direitos do investigado para que essa apuração interna substitua a atividade da autoridade policial.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Adriano. **As Investigações Corporativas Privadas, a Legislação Anticorrupção e a Validade dos Elementos de Informação Produzidos**. Legal Ethics Compliance, set. 2016. Disponível em: <<http://www.lecnews.com/artigos/2016/09/22/as-investigacoes-corporativas-privadas-a-legislacao-anticorrupcao-e-a-validade-dos-elementos-de-informacao-produzidos/>>. Acesso em: 03 jun. 2017.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4º. ed. Brasil: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005.

BARROS, Francisco Dirceu. **As Alterações Provocadas pela Lei 13.245/2016 no inquérito policial**. JUSBRASIL, jun. 2016. Disponível em: <<https://franciscodirceubarros.jusbrasil.com.br/artigos/297608462/as-alteracoes-provocadas-pela-lei-13245-2016-no-inquerito-policial>>. Acesso em: 02 mai. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6º. ed. rev., atual. e ampl.-São Paulo: Saraiva, 2004

BIELGELMAN, Martin T. **Building a world-class compliance program**, Hoboken, NJ:John

Wiley, 2008.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Vade mecum**. São Paulo: Saraiva 2014.

\_\_\_\_. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Vade mecum**. São Paulo: Saraiva 2014.

\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. **Vade mecum**. São Paulo: Saraiva 2014.

\_\_\_\_. **Decreto nº 8.420**, de 18 de março de 2015. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1 de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências, Brasília, DF, 18 mar. 2015.

\_\_\_\_. **Lei Nº 9.296, De 24 De Julho De 1996**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9296.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9296.htm)> Acesso em 16 abr. 2017.

\_\_\_\_. **Lei. Nº 13.245, De 04 de Julho de 1994**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2016/lei/L13245.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2016/lei/L13245.htm)> Acesso em 08 de jun. 2017.

\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 14**. É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230>. Acesso em: 21 jun. 2017.

CAMARGO, Rodrigo Oliveira de. **Compliance Empresarial e Investigação Preliminar**. Disponível em: < [https://www.academia.edu/8038636/COMPLIANCE\\_EMPRESARIAL\\_E\\_INVESTIGA%C3%87%C3%83O\\_PRELIMINAR](https://www.academia.edu/8038636/COMPLIANCE_EMPRESARIAL_E_INVESTIGA%C3%87%C3%83O_PRELIMINAR)>. Acesso em: 12 abr. 2017

CARAZAI, Marcos Marins. **A Interpretação do STF sobre o Direito ao Silêncio e o Contraditório no Processo Penal**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade São Judas Tadeu, fev. 2014. Disponível em: <<https://www.usjt.br/revistadireito/numero-1/14-marcos-carazai.pdf>>. Acesso em: 02 jun. 2017.

CARVALHO, Marina Amaral Egydio de; SILVEIRA, Luciana Dutra de Oliveira. **Corrupção e Direito Internacional: o combate internacional à corrupção e a regulação do lobby praticado por empresas transnacionais**. In: LAUFER, Daniel (Coord.). **Corrupção: uma perspectiva entre as diversas áreas do Direito**. Curitiba: Juruá, 2013.

COIMBRA, Marcelo de Aguiar; BINDER, Vanessa Alessi Manzi (coordenadores). **Manual de Compliance: preservando a boa governança e a integridade das organizações**. São Paulo: Atlas, 2010.

COLARES, Samuel Miranda. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. Instituto

brasileiro de ciências criminais. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/artigo/10659-O-direito-de-nao-produzir-prova-contras-i-mesmo>>. Acesso em: 01 jun. 2017.

DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro e AYRES, Carlos Henrique da Silva. Temas de Anticorrupção e Compliance. Rio de Janeiro. Elsevier, 2013, p. 328.

DUTRA, Marina Tomaz Katalinic **Breves considerações sobre o direito à privacidade.** Consultor Jurídico, set. 2006 Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2006-set-02/breves\\_consideracoes\\_direito\\_privacidade](http://www.conjur.com.br/2006-set-02/breves_consideracoes_direito_privacidade)>. Acesso em: 18 abr. 2017.

FARIA, Wilson de. **Empresa deve se preparar para investigação interna.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-21/wilson-faria-empresas-preparar-investigacao-interna>>. Acesso em: 03 jun. 2017.

HAYASHI, Felipe Eduardo Hideo. **Corrupção: combate transnacional, compliance e investigação criminal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

JÚNIOR, Aury Lopes. **Direito processual penal.** – 1ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

JÚNIOR, Paulo José Da Costa. **O direito de estar só: A Tutela Penal do Direito à Intimidade.** 3ª ed. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004.P. 62.

LIMA, Vinícius Oliveira Gomes. **Considerações do Uso dos Programas de Compliance como Meio de Investigação Preliminar e Meios de Prova.** Vitória. 2016.

MARQUES, Andréa Neves Gonzaga. **Direito à Intimidade e Privacidade.** Tribunal De Justiça Do Distrito Federal e dos Territórios, Brasília, abr. 2010. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2010/direito-a-intimidade-e-privacidade-andrea-neves-gonzaga-marques>>. Acesso em: 19 abr. 2017.

NETO, Francisco Sannini. **Lei 13.245/2016: contraditório e ampla defesa na investigação criminal? (Parte 2).** Canal Ciências Criminais, jan. 2016. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/lei-13-2452016-contraditorio-e-ampla-defesa-na-investigacao-criminal-parte-2/>>. Acesso em: 02 jun. 2017.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Disponível em:

<<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf> > Acesso em 15 br. 2017. PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado.** 4.ed. São Paulo.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: (o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal).** São Paulo: Saraiva, 2003.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. **Reflexões Iniciais Sobre o Controle Penal dos Deveres de Compliance.** In Boletim IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, ano 19, n. 226, set, 2011.

SANTOS, José Eduardo Lourenço dos. **Proteção da privacidade na internet: aspectos criminais.** 2002. f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Fundação de Ensino “Eurípedes Soares da Rocha”, Marília.

SANTOS, Luciano Aragão. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: "Nemo**

**tenetur se detegere"**. DireitoNet, out. 2009. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5283/O-direito-de-nao-produzir-prova-contra-si-mesmo-Nemo-tenetur-se-detegere>>. Acesso em: 13 mai. 2017.

SIBILLE, Daniel; SERPA, Alexandre. **Os Pilares do Programa de Compliance**: uma breve discussão. Legal Ethics Compliance, 2017.

SILVEIRA, Renato De Mello Jorge e DINIZ, Eduardo Saad. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. São Paulo: Saraiva 2015

SOARES, Leonela Otilia Sauter. **Compliance e Direito Penal: responsabilidade penal da pessoa jurídica de direito privado**. Porto Alegre. 2015.

SOUZA, Gisela. **Política de Compliance**: Lei Anticorrupção privatizou investigação criminal, diz advogado. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mai-14/lei-anticorrupcao-privatizou-investigacao-criminal-advogado>. Acesso em: 04 jun. 2017.

# AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E SUAS CONTRATAÇÕES PELO SETOR PRIVADO SEGUNDO A LEI Nº 8.213/91 E PELO SETOR PÚBLICO POR INTERMÉDIO DE CONCURSOS

Jaime Domingues BRITO<sup>1</sup>  
Tiago Domingues BRITO<sup>2</sup>

## RESUMO

O presente artigo envolve a análise da Lei nº 8.213/91, que atribuiu a obrigação de as empresas contratarem pessoas com deficiência de acordo com o número de seus funcionários. Mesmo reconhecendo que o cumprimento da obrigação irá valorizar o princípio da dignidade da pessoa humano, o artigo problematiza e dá acento à questão em torno das eventuais dificuldades que poderão surgir para se aplicar a referida lei, ao mesmo tempo em que aponta remédios, os quais, se não solucionarem o impasse, ao menos serão capazes de amenizar o conflito que venha a surgir.

**PALAVRAS-CHAVE:** Pessoa. Personalidade. Pessoas com deficiência. Lei 8.213/91.

## ABSTRACT

The present article involves the analysis of Law nº 8.213/91, which assigned the obligation of companies to hire people with disabilities according to the number of their employees. Even acknowledging that compliance with the obligation will enhance the principle of the dignity of the human person, the article problematizes and emphasizes the question about possible difficulties that may arise to apply the law, while pointing out remedies, which, If they do not solve the impasse, they will at least be able to ease the conflict that may arise.

**KEY-WORDS:** Person. Personality. Disabled people. Law 8.213/91

## INTRODUÇÃO

Pelo decreto legislativo nº 186, de 09 de julho de 2008, o Brasil aprovou a Convenção internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência. Como é sabido, por intermédio dela, os Estados Partes acordaram e se obrigaram a reconhecer o direito de igualdade com as demais pessoas em favor das referidas pessoas com deficiência.

Dentre as obrigações contidas na convenção internacional destaca-se aquela de empregar pessoas com deficiência no setor público, bem como a de promover o emprego, das mesmas pessoas, no setor privado, mediante políticas e medidas apropriadas.

A promoção de emprego no setor privado no Brasil tem sido realizada mediante a

---

1 Mestre pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Doutor em direito pela Instituição Toledo de Ensino – ITE. Advogado. Professor de ensino superior da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) e das Faculdades Londrina. Endereço Eletrônico <[jaimedbrito@hotmail.com](mailto:jaimedbrito@hotmail.com)>.

2 Advogado. Pós-graduado em Direito do Trabalho e Previdenciário pelas Faculdades Integradas de Ourinhos, SP (FIO). Mestrando do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Estadual de Direito do Norte do Paraná (UENP). Professor das Faculdades Londrina. Endereço Eletrônico <[tiagodsbrito@hotmail.com](mailto:tiagodsbrito@hotmail.com)>.

aplicação da Lei nº 8.213/91, que determina que as empresas privadas com mais de cem empregados devem manter pessoas com deficiência em seus quadros.

Não há dúvida de que a *mens legis* da referida lei se reveste de propósitos altamente benéficos em favor das pessoas com deficiência. Entretanto, sua efetiva aplicação poderá trazer questionamentos e dúvidas que merecerão atenção especial no presente trabalho, que foi elaborado com adoção do método de pesquisa dedutivo, atrelado à análise bibliográfica que trata sobre o assunto.

Contudo, antes de realizar a análise da promoção do emprego, no setor privado, em favor das pessoas com deficiência, necessário se mostra que alguns aspectos conceituais sejam devidamente aplainados.

## 1. CONCEITO DE PESSOA: PESSOA E PERSONALIDADE

De Cupis<sup>3</sup>, ao analisar o conceito de personalidade, com esteio nas lições de Ferrara<sup>4</sup>, escreve que “A personalidade, se não se identifica com os direitos e com as obrigações jurídicas, constitui pré-condição deles, ou seja, o seu fundamento e pressuposto.” E prossegue De Cupis<sup>5</sup>:

Óbvio é que, enquanto simples susceptibilidade de ser titular de direitos e obrigações, deve ser algo diferente destes; mas para ser ‘susceptibilidade’ é ao mesmo tempo fundamento sem o qual os mesmos direitos e obrigações não podem subsistir. Não se pode ser sujeito de direitos e obrigações se não se está revestido dessa susceptibilidade, ou da qualidade de ‘pessoa’.

No que diz respeito particularmente aos direitos, tem-se recorrido à imagem da ossatura, que aliás se pode aplicar igualmente às obrigações: personalidade seria uma ossatura destinada a ser revestida de direitos, assim como os direitos seriam destinados a revestir a ossatura

E, para se tratar especificamente das pessoas com deficiência aconselhável se mostra que se investigue, em primeiro lugar, o que se entende por pessoa e Maria Helena Diniz<sup>6</sup>, diz que o vocábulo “pessoa” é oriundo do latim *persona*, que, adaptado à linguagem teatral, designava máscara. *Persona* advinha do verbo *personare*, que significava ecoar, fazer ressoar, de forma que a máscara era uma *persona* que fazia ressoar, mais intensamente, a voz da pessoa por ela ocultada. Mais tarde *persona* passou a ser entendido como o papel do ator e, por fim, passou a indicar o próprio homem que representava o papel.

Pessoa, em verdade, pode ser tomada em três acepções: a vulgar, que significa o ente humano; a filosófica, quando se analisa o ente que realiza o seu fim moral e emprega sua

3 DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Lisboa: Livraria Moraes Editora, 1961, p. 15.

4 FERRARA, Francesco. *Trattato di diritto civile italiano*. Roma: Athenaeum, 1921, p. 458.

5 DE CUPIS, ob. cit., p. 15

6 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 25ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 113.

atividade e modo consciente e, por derradeiro, no sentido jurídico, quando se considera o ente físico ou moral, suscetível de direitos e obrigações. Nessa última hipótese, pessoa é sinônimo de sujeito de direito ou sujeito de relação jurídica.

O Código Civil de 1916, já em seu artigo 1º, relevando a importância da pessoa humana, estabelecia que seu objeto era exatamente o de regular os direitos e obrigações de ordem privada concernentes às pessoas, aos bens e às suas relações.

Já em seu artigo 2º trazia o Código anterior a disposição de que todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil. O artigo 1º do Código Civil de 2002 repetiu os mesmos termos do de 1916.

Clovis Bevilacqua<sup>7</sup>, com precisão, ao analisar o referido art. 2º do Código Civil de 1916, observa que “*Occupa-se este primeiro livro da parte geral com as pessoas. Pessoa é o ser, a que se atribuem direitos e obrigações. Equivale, assim, a sujeito de direitos.*”

Evidentemente que o estudo das pessoas e do conceito de personalidade se mostra fascinante. Como, entretanto, não há espaço para se avançar tão só nessa parte da investigação, ora fechando este tópico, pode-se dizer, com Maria Helena Diniz<sup>8</sup> que a personalidade é o conceito básico da ordem jurídica, que a estende a todos os homens, consagrando-a na legislação civil e nos direitos constitucionais de vida, liberdade e igualdade.<sup>9</sup> Além disso, como ensina Caio Mário da Silva Pereira<sup>10</sup>, a personalidade não se constitui em um direito, de modo que seria incorreto afirmar-se que a pessoa tem direito à personalidade. Antes, dela, da personalidade, é que se irradiam direitos. E, do conceito de personalidade é que se extrai o de capacidade. Esta última é a medida da personalidade. De qualquer forma, é a personalidade o ponto de apoio de todos os direitos e obrigações.

## 2. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Até aqui analisou-se os conceitos de pessoa, personalidade e capacidade. Pois bem, como se disse, da personalidade é que se irradiam direitos. Nesse sentido, a Constituição enuncia os princípios fundamentais nos quais a República se fundamenta, assegurando e consagrando, pois, o princípio da dignidade da pessoa humana, como uma verdadeira cláusula geral da tutela da personalidade.

---

7 BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. 8ª Ed., Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo Ltda., 1949, p. 180.

8 Ob. cit. p. 114.

9 Maria Helena Diniz escreve ainda que a consideração da pessoa natural como ser humano coaduna-se com o art. 4º do Cap. II da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto de San José da Costa Rica), ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992 e promulgada pelo Decreto nº 678/92 (p.114-115).

10 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 240.

O princípio da dignidade da pessoa humana, reconhecido em favor de toda pessoa, independentemente de raça, credo, origem religiosa ou estado de saúde, elevou-se em decorrência das atrocidades praticadas contra milhões de seres humanos pelo Estado totalitário, principalmente durante o regime nazista. De fato, isso restou definido já no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948.

Buscadas as bases de formação do princípio, constata-se que estão elas fincadas na filosofia estoíca, no pensamento judaico-cristão e, também, nos ensinamentos de Kant. Sérgio Alves Gomes<sup>11</sup> muito bem destaca referidos elementos ao assim escrever:

Fábio Konder Comparato ressalta a importância do pensamento estoíco em torno do princípio da dignidade humana: 'Muito embora não se trate de um pensamento sistemático, o estoicismo organizou-se em torno de algumas idéias centrais, como a unidade moral do ser humano e da dignidade do homem, considerado filho de Zeus e possuidor, em consequência, de direitos inatos e iguais em todas as partes do mundo, não obstante as inúmeras diferenças individuais e grupais.

Já Ingo Wolfgang Sarlet<sup>12</sup>, a propósito da influência da religião como suporte do princípio da dignidade da pessoa, escreve:

Muito embora não nos pareça correto, inclusive por faltarem dados seguros quanto a este aspecto, reivindicar –no contexto das diversas religiões professadas pelo ser humano ao longo dos tempos– para a religião cristã a exclusividade e originalidade quanto à elaboração de uma concepção de dignidade da pessoa, o fato é que tanto no Antigo como no Novo Testamento podemos encontrar referências no sentido de que o ser humano foi criado à imagem e semelhança de Deus, premissa da qual o cristianismo extraiu a consequência (...) de que o ser humano –e não apenas os cristãos– é dotado de um valor próprio e que lhe é intrínseco, não podendo ser transformado em mero objeto ou instrumento.

Por derradeiro, como dito, Kant<sup>13</sup>, de igual maneira, prestou enorme contributo ao estabelecer a distinção entre coisas e pessoas, bem como entre preço e dignidade.

Destaque-se, outrossim, que a idéia de dignidade variou muito ao longo da história e das sociedades: ora dava-se mais valor ao *status* social, ora aos atributos físicos, noutras oportunidades à capacidade econômica. Neste sentido leciona Ingo Wolfgang Sarlet<sup>14</sup>:

No pensamento filosófico e político da antiguidade clássica, verifica-se que a dignidade da pessoa humana dizia, em regra, com a posição social ocupada pelo indivíduo e o seu grau de reconhecimento pelos demais membros da comunidade, daí poder falar-se em uma quantificação e modulação da dignidade, no sentido de se admitir a existência de pessoas mais dinas ou menos dignas.

A respeito das pessoas com deficiência, por sua vez, relata Miguel Belinati

---

11 GOMES, Sérgio Alves. *Hermenêutica constitucional*. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 276.

12 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 30. *Apud* GOMES, Sérgio Alves, ob. cit., p. 277.

13 KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. P. 135. *Apud* GOMES, Sérgio, ob. cit. p. 277.

14 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. 3 ed. ver. atual. ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 30.

Piccirillo<sup>15</sup> que “Na Grécia antiga as crianças nascidas com alguma deficiência eram atiradas de um morro para que não atrapalhassem aos demais, ou seja, a pessoa deveria ser respeitada apenas enquanto conseguisse produzir.”

Assim, a dignidade constituiu por muito tempo uma espécie de resumo moral, rotulação axiológica, do indivíduo posto, do grupo, povo ou sociedade situada. Essa situação histórica do indivíduo objeto de valoração é que passou a ser relativizada a partir do momento em que se trouxe como elemento preponderante na escala de valores uma condição ou prerrogativa inerente aos indivíduos em geral: a condição humana.

O princípio dessa ‘generalização’ da dignidade nas atuais sociedades ocidentais se operou principalmente com o cristianismo que, tomando todo homem como imagem e semelhança de Deus, fazia a todos dignos<sup>16</sup>, idéia essa que migrou para a filosofia jurídica através do jusnaturalismo humanista e, depois, das filosofias políticas liberais, que partiam de concepções tais como ‘o bom selvagem’ de Rousseau e do ‘homem lobo do homem’ de Hobbes, tudo para dizer que os homens eram livres e iguais – ainda que uns fossem mais iguais do que os outros!

Então, como dito alhures, foi exatamente a partir principalmente dos horrores vivenciados durante o Segundo Grande Conflito Mundial, que se teve a reconstrução dos direitos humanos. A propósito Sergio Alves Gomes<sup>17</sup> escreve:

A reconstrução dos direitos humanos tomou por fundamento o personagem mais vilipendiado no contexto do totalitarismo: a pessoa humana. Doravante, seria em nome de sua reconhecida dignidade que o Direito e os direitos passariam a ganhar sentido. E assim nasce a consciência da necessidade de uma nova Hermenêutica Jurídica, capaz de restabelecer as conexões entre o ser humano, o Direito e o Estado.

E conclui o autor acima:

Destarte, não foi por acaso que, a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Direito Internacional passou a contar com uma segunda face: a do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Seu instrumental teórico e institucional colocou-se a serviço da salvaguarda da dignidade inerente à pessoa humana. (...) A partir de então, todo indivíduo passa a ser considerado pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos como pessoa. E toda pessoa é tida como sujeito de direito internacional dos direitos humanos, dotado de personalidade e capacidade jurídicas internacionais.

Portanto, para se chegar ao princípio da dignidade da pessoa humana reconhecida contemporaneamente houve um largo processo de evolução – principalmente social, visto que, apesar das teorias humanistas serem antigas, ainda hoje há homens que escravizam

---

15 PICCIRILLO, Miguel Belinati. A dignidade da pessoa humana: fundamento do Estado democrático de direito brasileiro. In: GÖTTEMS, Claudinei J.; SIQUEIRA, Dirceu Pereira (Coord.). *Direitos Fundamentais: da normatização à efetividade nos 20 anos de constituição brasileira*. Barigüi: Boreal, 2008, p.222.

16 Id. Ibid., p. 222-223, passim.

17 Ob. cit. p. 279.

homens. Entretanto, não há dúvida de que houve uma grande evolução a partir do momento em que a pessoa humana deixou de ser somente objeto e sujeito de valoração para se converter em um valor propriamente dito: o ‘valor humano’.

### 3. PESSOA COM DEFICIÊNCIA

#### 3.1 Breve relato histórico a respeito das pessoas com deficiência

É sabido que as pessoas com deficiência são discriminadas desde a mais remota Antigüidade. Realmente, Renata Malta Vilas-Bôas<sup>18</sup> aponta que já Aristóteles salientava que as crianças que porventura venham a nascer mutiladas, faltando algum membro, deveriam ser proibidas de criar, devendo haver lei que determinasse a sua exposição pública.

Prossegue, ademais, Renata Malta Vilas-Bôas<sup>19</sup>, no retrospecto histórico:

Segundo a Lei das XII Tábuas, que possivelmente foi uma ‘redução a escrito de costumes, sob e forma de fórmulas lapidares’. Apesar de sua existência ter sido contestada por alguns doutrinadores, já que o texto original se perdeu, podemos reconstruí-lo através de citações e comentários. Dessa forma, foi possível localizar na Tabula IV, item 1, a referência ao deficiente, onde determinava que aquela criança monstruosa deveria ser morta. (...)

Já Gisela Maria Bester Benitez<sup>20</sup>, Professora das Faculdades Integradas de Curitiba, em excelente trabalho publicado em conjunto com seus orientados, faz o seguinte retrospecto a respeito das pessoas deficientes:

(...) Na Roma Antiga, a valorização da beleza física fez com que os portadores de deficiência física sofressem discriminação. (...) Em Esparta os deficientes eram jogados de um penhasco. Porém na Grécia Antiga a Constituição de Atenas – compilada por Aristóteles– disciplinava ser mais fácil ensinar um aleijado a desempenhar uma tarefa útil do que sustentá-lo como indigente, (...). O mesmo ocorria na Roma Imperial, que protegia e sustentava seus deficientes, possivelmente pela influência ateniense. Esses povos discutiam se lhes deveriam dar assistência ou a reabilitação profissional, observando-se assim, pela primeira vez, uma preocupação com a integração social das pessoas portadoras de necessidades especiais. (...) A Inglaterra (...) editou a Lei dos Pobres, diante da necessidade de o Estado proteger os deficientes, (...) com o enfraquecimento do Regime Feudal e o rompimento do rei Henrique VIII com o Vaticano, (...) A partir do Renascimento as questões sociais passam a ser analisadas sob uma ótica mais humanitária, especialmente em relação aos deficientes físicos. (...) No período (...) moderno várias foram as tentativas de superação das deficiências das pessoas, com as invenções de cadeiras de rodas, de muletas, de bengalas, de calçados especiais, de linguagem de Braille etc. (...) o número de mutilados da Revolução Industrial deu empuxo à criação da Seguridade Social (...). A partir da Segunda Guerra Mundial, (...) os deficientes passaram a ser mais respeitados, (...).

---

18 VILAS BOAS, Renata Malta. *Ações afirmativas e o princípio da igualdade*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 75.

19 Ob. cit., p. 75.

20 BENITEZ, Gisela Maria Bester et. alli.. *Princípio da dignidade da pessoa humana e ações afirmativas em prol da inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho* In: REVISTA DA ACADEMIA BRASILEIRA DE DIREITO CONSTITUCIONAL. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, vol. 6, 2004, p. 88-89.

Eis aí, portanto, um breve relato histórico em torno de como as pessoas com deficiência têm sido tratadas, não restando dúvida, contudo, que, na atualidade, a maior parte dos ordenamentos jurídicos as reconhece como sujeitos de direitos.

### 3.2 Conceito de pessoa com deficiência e legislação pertinente

Após analisar as acepções da palavra deficiente e utilizar-se de vários dicionários que trazem o significado do vocábulo, Luiz Alberto David Araújo<sup>21</sup> escreve o seguinte:

O que define a pessoa portadora da deficiência não é falta de um membro nem a visão ou audição reduzidas. O que caracteriza a pessoa portadora de deficiência é a dificuldade de se relacionar, de se integrar na sociedade. O grau de dificuldade de se relacionar, de se integrar na sociedade. O grau de dificuldade para a integração social é que definirá quem é ou não portador da deficiência.

E cita, em seguida, como exemplo para dar respaldo à definição, a seguinte situação:

Imaginemos um operário que tenha um dedo amputado. Conforme o ofício por ele desenvolvido, encontrará sérias dificuldades para conseguir outro emprego na mesma atividade, até então desenvolvida. Na mesma hipótese, um trabalhador intelectual poderá sofrer muito menos diante da mesma perda. Ambos têm deficiência, ou seja, uma perda ou uma falha. No entanto, os resultados práticos são completamente distintos. (...) No primeiro caso, constata-se uma inferioridade (além de uma deficiência); no segundo, apenas deficiência.

Mais recentemente, Luiz Alberto David Araújo e Eliana Franco Neme<sup>22</sup> escreveram:

A Convenção, portanto, traz uma nova definição de pessoa com deficiência. O artigo primeiro, segundo parágrafo, na fixação dos propósitos, assim disciplina: 'Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas.

Portanto, a Convenção trouxe novo conceito de pessoa com deficiência.

Assim, ora passando à resenha legislativa, verifica-se que o Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, ratificou a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinado em 30 de março de 2007 em Nova Iorque. Este processo de incorporação ao ordenamento jurídico nacional ocorreu sob o rito previsto no § 3º do art. 5º da Constituição Federal (Emenda Constitucional nº 45 de 2004), pelo que dotou a norma da força de emenda constitucional, inserindo-a, inclusive, no âmbito de proteção do § 4º do artigo 60 da Constituição<sup>23</sup>.

É de se atentar que a definição de pessoa com deficiência não era trazida pela legislação pátria, consubstanciada na Lei 7.853 de 24 de outubro de 1989, que:

Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social,

21 ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência*. 3ª ed. Brasília: CORDE, 2001, p. 8.

22 ARAÚJO, Luiz Alberto David. NEME, Eliana Franco. *Proteção das pessoas com deficiência*. In Manual de interesses difusos. São Paulo: Editora Verbatim, 2009, p. 735-736.

23 Ob. cit. p. 732-733.

sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências

Para sua aplicação, então, foi editado – dez anos depois! – o Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999, que definia pessoa portadora de deficiência em seu artigo 4º. Referido dispositivo, como se sabe, sofreu a alteração pelo art. 70 do Decreto nº 5.296, de 2 de dezembro de 2004. Cumpre destacar que o Decreto 5.296, também regulamentou as leis nºs 10.048, de 8 de novembro de 2000, que dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, e 10.098, de 19 de dezembro de 2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida.

Com o advento da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu ingresso no ordenamento jurídico interno, passou a existir “*norma clara e inequívoca definindo quem é pessoa com deficiência*”<sup>24</sup>, qual seja, o artigo primeiro da Convenção:

O propósito da presente Convenção é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e eqüitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente.

Em seguida, no momento que referido artigo define pessoas com deficiência, nota-se de plano que se trata de um conceito abrangente, fluído, livre dos balizamentos técnicos estabelecidos pelos decretos que regulamentavam a matéria. De fato, o destaque que DAVID ARAÚJO e FRANCO NEME fazem quanto a isso é que “*a aplicação desse conceito, que está ligado ao relacionamento da pessoa com deficiência, não fixa causas*”.

Essa falta de limitação técnica pela Convenção, obviamente liberta o jurista, mas não impede e nem o afasta de utilizar também de critérios técnicos-científicos para comprovar a deficiência – e os mencionados diplomas legais dão um bom subsídio a isso. Todavia, apesar de facilitar a concreção normativa da noção de pessoa com deficiência, havendo conflito de regras entre a Convenção e outro diploma legal, aquele deverá prevalecer com seu conceito mais dúctil.

### **3.3 Os tratados internacionais e a Constituição Federal**

A Carta Constitucional de 1988 estabeleceu, no § 2º de seu art. 5º, que “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.”

---

24 ARAÚJO, Luiz Alberto David; NEME, Eliana Franco. *Proteção das Pessoas com Deficiência*. p. 735.

Flávia Piovesan<sup>25</sup>, a respeito do dispositivo, diz que ao efetuar a incorporação, a Carta atribui aos direitos internacionais uma natureza especial e diferenciada, qual seja, a natureza de norma constitucional.

Referida interpretação sem dúvida alguma se harmonizava com a melhor doutrina da ótima concretização da norma, de Konrad Hesse<sup>26</sup>, que leciona:

Finalmente, a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (Gebot optimaler Verwirklichung der Norm). Evidentemente, esse princípio não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual. Se o direito e, sobretudo, a Constituição, têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tabula rasa. Ela há de contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição. A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (Sinn) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação.

Esse posicionamento, contudo, não prevalecia. Realmente, o Supremo Tribunal Federal tinha o entendimento de que os tratados internacionais dos quais o Brasil fosse parte eram considerados leis federais.

O precedente no qual restou erigido esse entendimento perante o Supremo Tribunal Federal decorreu do julgamento do RE nº 80.004 e Flávia Piovesan<sup>27</sup>, ao analisar referida decisão, escreve:

Neste sentido, pronuncia-se o Ministro Francisco Rezek: ‘De setembro de 1975 a junho de 1977 estendeu-se, no plenário do Supremo Tribunal Federal, o julgamento do RE 80.004, em que ficou assentada, por maioria, a tese de que, ante a realidade do conflito entre tratado e leis posterior, esta, porque expressão última da vontade do legislador republicano deve ter prevalência garantida pela Justiça –sem embargo das conseqüências do descumprimento do tratado, no plano internacional.

Ora, o recurso extraordinário nº 80.004 era de 1977 e anterior, portanto, à promulgação da Carta de 1988. Era de se esperar, portanto, que, em face do disposto no § 2º do art. 5º da Constituição, novo entendimento surgiria em relação a causas que envolvessem tratados relativos a direitos humanos a ser apreciado e julgado pelo Supremo Tribunal Federal. Este, contudo, permaneceu com a mesma orientação de 1977 e, em 1995, ao enfrentar a questão relativa ao impacto do Pacto de São José da Costa Rica posta em discussão no HC 72.131, manteve a prisão civil por dívida, sendo necessário ressaltar, por oportuno, que a votação foi não unânime, tendo ficado vencidos os Ministros Carlos Velloso, Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence.

---

25 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 10ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p.52.

26 HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991p. 22-23.

27 PIOVESAN. *Direitos humanos...Op. cit.*, p. 61.

Posteriormente, a Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, acrescentou, ao art. 5º, o § 3º, segundo o qual “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas à Constituição.”

Assim, seriam considerados como lei federal os tratados já ratificados anteriormente ao advento do referido parágrafo § 3º do art. da EC 45/2004? Haveria, ademais, a necessidade de submetê-los ao crivo de aprovação das duas Casas do Congresso Nacional para que fossem considerados parte integrantes do bloco constitucional?

Flávia Piovesan<sup>28</sup> entende que não e escreve o seguinte:

Desde logo, há que afastar o entendimento segundo o qual, em face do § 3º do art. 5º, todos os tratados de direitos humanos já ratificados seriam recepcionados como lei federal, pois não teriam obtido o quorum qualificado de três quintos, demandado pelo aludido parágrafo.

(...)

Reitere-se que, por força do art. 5º, § 2º, todos os tratados de direitos humanos, independentemente do quorum de sua aprovação, são materialmente constitucionais, compondo o bloco de constitucionalidade. O quorum qualificado está tão-somente a reforçar tal natureza, ao adicionar um lastro formalmente constitucional aos tratados ratificados, propiciando a “constitucionalização formal” dos tratados de direitos humanos no âmbito jurídico interno.

(...)

Não seria razoável sustentar que os tratados de direitos humanos já ratificados fossem recepcionados como lei federal, enquanto os demais adquirissem hierarquia constitucional exclusivamente em virtude de seu quorum de aprovação. A título de exemplo (...) o Brasil é parte da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes desde 1989, estando em vias de ratificar seu Protocolo Facultativo. Não haveria qualquer razoabilidade se a este último (...) fosse conferida hierarquia constitucional, e ao instrumento principal fosse conferida hierarquia meramente legal.

O impacto da inovação introduzida pelo § 3º do art. 5º e necessidade de evolução e atualização jurisprudencial se fizeram sentir perante o Supremo Tribunal Federal que, ao julgar o recursos extraordinário nº 466.343, em 22 de novembro de 2006, se conduziu por promover renovação em sua jurisprudência. Eis, outrossim, como isso se deu segundo as palavras do Ministro Gilmar Mendes e de André Rufino do Vale<sup>29</sup>:

O Supremo Tribunal Federal, levando em consideração essa tendência hodierna de inserção do Estado constitucional brasileiro em contextos supranacionais, promoveu um vigorosa renovação de sua jurisprudência e passou a adotar a tese da supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos, no histórico julgamento dos Recursos Extraordinários 349.703 (relator para o acórdão ministro Gilmar Mendes) e 466.343 (relator ministro Cezar Peluzo).

Portanto, pelo o até aqui demonstrado, é de se dizer que, com o advento do § 3º do

28 PIOVESAN. *Direitos humanos... Op. cit.*, p. 72.

29 MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. A influência do pensamento de Peter Häberle no STF. In: *Prof. Jeferson Botelho – Direito e Justiça*. Disponível em: <http://www.jefersonbotelho.com.br/2009/04/18/a-influencia-do-pensamento-de-peter-haberle-no-stf/>.

art. 5º da CF, segundo Flávia Piovesan<sup>30</sup>,

(..) surgem duas categorias de tratados internacionais de proteção de direitos humanos: a) os materialmente constitucionais; e b) os material e formalmente constitucionais. Frise-se: todos os tratados internacionais de direitos humanos são materialmente constitucionais, por força do § 2º do art. 5º. Para além de serem materialmente constitucionais, poderão, a partir do § 3º do mesmo dispositivo, acrescer a qualidade de formalmente constitucionais, equiparando-se a emendas à Constituição, no âmbito formal.

Eis aí destacado, dessa forma, o impacto da inovação que o § 3º do art. 5º da Constituição Federal trouxe para o sistema constitucional brasileiro.

### 3.4 Análise da Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência

Pretende-se, agora, em largas linhas, analisar o conteúdo da Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência. Na verdade, verifica-se que a convenção, no momento em que é aberta, *ela sufraga e reconhece a dignidade e os valores inerentes e dos direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana como fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.*

Reconhece, ademais, que a deficiência é um conceito em evolução e que resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades.

Ora, isso nos leva a buscar subsídios a respeito do que se entende por igualdade, sendo, então, oportuno, destacar a opinião sempre precisa de Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>31</sup>, que escreve:

Com efeito, por via do princípio da igualdade, o que a ordem jurídica pretende afirmar é a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas. Para atingir este bem, este valor absorvido pelo Direito, o sistema normativo concebeu a fórmula hábil que interdita, o quanto possível, tais resultados, posto que, exigindo igualdade, assegura que os preconceitos genérico os abstratos e atos concretos colham a todos sem especificações arbitrárias, assim proveitosas que detrimosas para os atingidos.

Há, também, no preâmbulo, o reconhecimento de que: a) as pessoas com deficiência possuem potencial e podem prestar valiosos contributos às suas comunidades, vindo, assim, a ter pertencimento à sociedade (alínea “m”); b) existe importância em se reconhecer, em favor as pessoas com deficiência, a sua autonomia e independência individual, inclusive para fazer suas próprias escolhas (alínea “n”); c) mulheres e meninas com deficiência ficam freqüentemente expostas a maiores riscos de sofrer violência, tanto no lar, como fora dele, por

30 PIOVESAN. *Direitos humanos... Op. cit.*, p. 77.

31 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3 ed. atual. 10 tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 18.

questões de negligência, descaso ou explorações (alínea “q”); d) as crianças com deficiência devem gozar plenamente de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais em igualdade de oportunidades (alínea “r”); e) a maioria das pessoas com deficiência vive em condições de pobreza e, nesse sentido, há que lidar com o impacto negativo da pobreza sobre essas pessoas (alínea “t”); f) a alínea “w” conclama a que se preste solidariedade às pessoas com deficiência; g) há, também, o reconhecimento de que a convenção internacional e geral para promover e proteger os direitos e a dignidade das pessoas com deficiência prestará significativo contributo para corrigir as profundas desvantagens sócias das pessoas com deficiência e para promover a sua participação na vida econômica, social e cultural, em igualdade de oportunidades.

Já o artigo primeiro, como destacado em linhas anteriores, ao arrolar os propósitos da Convenção, acaba por conceituar o que se entende por pessoas com deficiência e no artigo 3º são trazidos os princípios gerais, que envolvem: a) o respeito pela dignidade, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer suas próprias escolhas com independência; b) a não-discriminação; c) a plena participação e inclusão na sociedade; d) o respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte de diversidade humana e da humanidade; e) a igualdade entre homem e mulher; f) o respeito pelo desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e pelo direito das crianças com deficiência de preservar sua identidade.

O artigo 4º trata de obrigações gerais, havendo, nos artigos seguintes, disposições a respeito da igualdade de não-discriminação, tratamento específicos a respeito das mulheres com deficiência, as crianças com deficiência, estabelecimento de compromissos em relação à conscientização, acessibilidade, direito à vida, à situações de risco e emergências humanitárias, ao reconhecimento igual perante à lei, o acesso à Justiça, à liberdade e segurança da pessoa, prevenções contra tortura ou tratamentos, penas cruéis, desumanas ou degradantes, bem como contra exploração, violência e abusos que venham a ser praticados contras as pessoas com deficiência.

Destaque merece o tratamento que a Convenção empresta ao trabalho e ao emprego. Com efeito, a Convenção, no art. 27, após indicar que os Estados Partes reconhecem o direito de igualdade de oportunidades com as demais pessoas em favor das pessoas com deficiência, abrangendo, nesse direito, a oportunidade de se manter o trabalho da livre escolha ou aceitação no mercado laboral, em ambiente de trabalho que seja aberto, inclusivo e acessível à pessoa com deficiência, a Convenção estipula e destaca dois aspectos em duas de suas alíneas:

g) Empregar pessoa com deficiência no setor público;

h) Promover o emprego de pessoas com deficiência no setor privado, mediante políticas e medidas apropriadas, que poderão incluir programas de ação afirmativa, incentivos e outras medidas;”.

Relativamente à promoção de emprego de pessoas com deficiência no setor privado, este trabalho dedica um tópico específico, no qual aponta algumas situações que deverão de ser resolvidas para que a implantação ocorra de forma regular.

Já no que tange a empregar pessoa no setor público, que envolve a aplicação do conteúdo do inc. VIII do art. 37 da Constituição brasileira, mostra-se importante que se reflita em torno do aspecto de que referida contratação está atrelada à situação do concurso público (cf. inc. II do art. 37, da CF), o que provoca, evidentemente, barreiras para a efetividade do cumprimento dos compromissos.

Luiz Alberto David Araújo<sup>32</sup> assim enfrenta a questão relativa ao concurso público que envolva pessoas com deficiência:

Trata-se, na realidade, de típica reserva de mercado às pessoas portadoras de deficiência. Evidentemente não se está tratando do princípio da igualdade, constante da regra da cabeça do artigo 5º. Nessa hipótese, a pessoa portadora de deficiência estaria, desde que habilitada, apta para disputar o cargo público. O inciso VIII do artigo 37 da Lei Maior, no entanto, determina que parte dos empregos e dos cargos públicos seja destinada às pessoas portadoras de deficiência.

O Supremo Tribunal Federal reconheceu a exigência de aprovação no concurso público onde a pessoa portadora de deficiência pretenda ocupar vaga reservada (cf. MI 153-7 (AgRg – DF – TPj. 14.3.90, rel. Min. Paulo Brossard, DJU 30.3.90. in RT 655/205). Assim, como Supremo Tribunal Federal, acertadamente, determinou que houvesse aprovação (habilitação) em concurso público para o candidato pretender a vaga, pode-se extrair que todo o concurso público deverá ter a nota mínima de aprovação determinada no Edital.

É de se refletir em torno dessa orientação do Supremo Tribunal, porque, com o número reduzido de concursos que se realiza, o preenchimento das vagas destinadas para pessoas com deficiência, por óbvio, fica extremamente prejudicado e provoca, à toda evidência, desequilíbrio entre a quantidade de vagas que o setor privado deve absorver em relação ao setor público. Em outras palavras, enquanto este último somente franqueia, por assim dizer, vagas por concurso público, o setor privado terá de dar empregos de acordo com os percentuais estabelecidos em lei, consoante adiante se analisa em tópico próprio.

#### **4. EFETIVIDADE DOS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E DA OBRIGAÇÃO DAS EMPRESAS PRIVADAS EM RELAÇÃO ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA**

As empresas com mais de cem empregados estão obrigadas a manter, em seus quadros, pessoas deficientes, tudo de acordo com o que dispõe o art. 93, da Lei nº 8.213/91,

<sup>32</sup> ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência*. 3ª ed. Brasília: CORDE, 2001, p. 35.

verbis:

Art. 93. A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (...) a 5% (...) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção:

- I – até 200 empregados 2%
- II – de 201 a 500 3%
- III – de 501 a 1.000 4%
- IV – de 1.001 em diante 5%

A exigência para que o dispositivo legal seja cumprido se dá, no dia-a-dia, da seguinte maneira:

- a) fiscalização que é realizada pelo Ministério do Trabalho, que atua, por intermédio de seus inspetores, que podem, diante da constatação do não cumprimento das cotas, firmar, com a empresa, um termo de compromisso, a ela concedendo o prazo de 120 dias para regularizar a situação;
- b) não cumprido o termo, segue-se a autuação, com encaminhamento do respectivo auto para o Ministério Público do Trabalho que ajuíza, em face da empresa, a ação civil pública.

Segundo dados que podem ser verificados no trabalho de Gisela Maria Bester Benitez<sup>33</sup>, os resultados, das ações civis públicas que têm sido manejadas no Paraná, têm sido altamente positivos.

Apesar disso, muita resistência ainda tem havido, e Renata Malta Vilas-Bôas<sup>34</sup> chama a atenção para o fato de que, para não dar cumprimento às ações afirmativas proposta, algumas empresas se utilizam dos seguintes argumentos:

**a)** alegam que, para contratar um determinado número de deficientes, terão de dispensar o mesmo número de empregados saudáveis, por razões econômicas e financeiras;

**b)** sustentam, ainda, que inexistente transporte coletivo e acesso adequados para os deficientes;

**c)** se apegam ainda ao fato de que, ao invés de contratar, poderiam pagar a respectiva multa estabelecida em lei. São argumentos que não devem, em princípio, ser levados em consideração, exatamente como obtempera o Ministro Marco Aurélio<sup>35</sup> em palestra em que clama pela efetividade dos direitos fundamentais e enaltece a ação afirmativa:

É preciso buscar a ação afirmativa. A neutralidade estatal mostrou-se um fracasso. (...) O Judiciário pode contribuir, e muito, nesse campo, como fez a Suprema Corte dos Estados Unidos da América após a Segunda Guerra Mundial. Até então só o legislador atuava. Aquela Corte percebeu que precisava, realmente, sinalizar à população, de modo que prevalecessem, na vida gregária, os valores básicos da Constituição americana. (...) é de responsabilidade do juiz ter sempre presente o mandamento constitucional de regência da matéria. Portanto, só teremos a supremacia da Carta quando implementarmos a igualdade jurídica, em que o conteúdo democrático desse princípio é evidenciado pela ação afirmativa. A

---

33 Ob. cit., p. 104.

34 *Id. Ob. cit.* p. 80.

35 MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. *A Igualdade e as ações afirmativas*. In: Revista da Escola Nacional da Magistratura, vol. 1, n. 1. Brasília: 82-91, 2006, *passim*.

correção das desigualdades é possível. Por isso, façamos o que está ao nosso alcance, o que está previsto na Constituição Federal, porque, na vida, não há espaço para o arrependimento, a acomodação, o misoneísmo. (...)

Apesar disso, é preciso levar em conta que, em determinadas circunstâncias, o cumprimento da lei nº 8.213, segundo os percentuais que dela consta, não se mostra possível.

Realmente, podem surgir problemas em relação à aplicação e interpretação dos percentuais constantes da referida lei. Se, por exemplo, em uma determinada empresa vários dos cargos apresentarem risco para à própria pessoa com deficiência, a aplicação da lei ou dos percentuais que dela constam deverá considerar e respeitar as características dos cargos a serem ocupados.

Resta evidente que, se todos os cargos ou funções que a empresa tem à disposição estiverem em condições para que as pessoas com deficiência venham a ocupá-las, a empresa terá de fazer a reserva do percentual previsto em lei. É a regra que prestigia a inclusão.

No entanto, é possível fazer uma reflexão atinente a empregos que representem risco ou periculosidade ou insalubridade para as pessoas com deficiência.

Em tal hipótese, se os cargos ou funções apresentarem riscos para a pessoa com deficiência, em princípio, a empresa não terá como cumprir o percentual. Imagine-se, por exemplo, uma empresa cujo ramo de atividade seja de elevado risco, não havendo, inclusive, como minimizar referido risco. O que fazer?

Nas ações civis públicas propostas pelo Ministério Público do Trabalho em face das empresas, essa situação não tem sido levada em conta. Apura-se o número de vagas e exige-se que a empresa contrate as pessoas com deficiência segundo os percentuais constantes da lei.

Entretanto, isso não se mostra razoável. De fato, se houvesse como a empresa se adaptar e oferecer as vagas, a questão estaria resolvida. Mas, diante da impossibilidade de adaptação, os termos da lei deverão ser revistos.

Outro aspecto que pode surgir, em relação à referida lei, é aquele que envolve a falta de pessoas com deficiência para ocupar as vagas previstas no comando legislativo. Nesse caso, a empresa poderia ser considerada inadimplente? Pensa-se que não. Se toma ela todas as cautelas, envida todos os esforços para selecionar e encontrar pessoas com deficiência para ocupar as vagas e não as encontra, não há como considerá-la inadimplente em face da lei.

Por último, outra questão que surgirá –e que se liga com a anterior- refere-se à situação de que a maioria das pessoas com deficiência pode estar em gozo do auxílio doença e, via de consequência, pode não ter interesse em buscar a vaga.

Há, ademais, um verdadeiro desequilíbrio no que tange à obrigação de contratação

que se atribui às pessoas jurídicas de direito privado em relação às pessoas de direito público, posto que estas últimas só contratam quando da realização de concursos públicos, enquanto as primeiras ficam sob o comando da Lei nº 8.213, o que não se mostra razoável, carecendo, assim, que seja buscada solução para essa situação, como, por exemplo, mediante a exigência de que as pessoas públicas de direito público contratem tanto quanto se exige das pessoas de direito privado.

Assim, nova dificuldade certamente surgirá para o cumprimento da lei.

São esses, em linhas gerais, alguns dos problemas que poderão surgir na aplicação e interpretação da referida lei e que exigirão que se leve em conta a relatividade das coisas e exatamente aquilo que ocorre no dia-a-dia, sob pena de não se prestigiar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, que orientam, como se sabe, o princípio da igualdade.

## CONCLUSÕES

Assim, cabe concluir:

a) O conceito de personalidade, de pessoa e de capacidade são de grande valia para a efetividade dos direitos da pessoa com deficiência.

b) É exatamente da personalidade que se irradiam direitos. É a personalidade o ponto de apoio de todos os direitos e obrigações.

c) A personalidade não é um direito. Mas é um objeto de direito. É um bem, no sentido jurídico. É o primeiro bem da pessoa, porque é o seu modo de ser.

d) A partir dos horrores da Segunda Guerra Mundial houve efetiva preocupação com a dignidade da pessoa humana, tendo isso ficado claro com o que restou definido já no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948.

e) Com a inserção, na Constituição Federal, do § 3º ao artigo 5º, as Convenções Internacionais passaram a ter verdadeiro *status* de emendas constitucionais;

f) O advento da Convenção Internacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência trouxe parâmetros que podem levar à efetividade dos direitos das referidas pessoas;

g) À toda evidência, em face de situação em que a Administração não venha a cumprir ou cumpra de modo incompleto as políticas públicas, o Poder Judiciário terá de tomar posicionamento efetivo para que essas políticas públicas voltadas para as pessoas com deficiência sejam cumpridas;

h) Em face de situações de conflito coloca-se, à disposição das pessoas com deficiência, remédios processuais que podem atender às suas pretensões; isso se dá pelas tutelas coletivas ou pelas tutelas individuais; ao se dar atendimento às primeiras podem surgir

dúvidas na aplicação da Lei nº 8.213/91 em relação à promoção de emprego do setor privado;

i) Há, assim, sem dúvida alguma, um longo caminho a se percorrer para se atingir os propósitos fixados na Convenção Internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência.

## **BIBLIOGRAFIA**

ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência*. 3ª ed. Brasília: CORDE, 2001.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. NEME, Eliana Franco. *Proteção das pessoas com deficiência*. In: Manual de interesses difusos. São Paulo: Editora Verbatim, 2009.

BENITEZ, Gisela Maria Bester et. alli.. *Princípio da dignidade da pessoa humana e ações afirmativas em prol da inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho* In: REVISTA DA ACADEMIA BRASILEIRA DE DIREITO CONSTITUCIONAL. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, vol. 6, 2004.

BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. 8ª Ed., Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo Ltda., 1949.

DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Lisboa: Livraria Moraes Editora, 1961.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 25ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

FERRARA, Francesco. *Trattato di diritto civile italiano*. Roma: Athenaeum, 1921.

GOMES, Sérgio Alves. *Hermenêutica constitucional*. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. A influência do pensamento de Peter Häberle no STF. In: *Prof. Jeferson Botelho – Direito e Justiça*. Disponível em: <http://www.jefersonbotelho.com.br/2009/04/18/a-influencia-do-pensamento-de-peter-haberle-no-stf/>.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3 ed. atual. 10 tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. *A Igualdade e as ações afirmativas*. In: Revista da Escola Nacional da Magistratura, vol. 1, n. 1. Brasília: 82-91, 2006.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 39ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PICCIRILLO, Miguel Belinati. A dignidade da pessoa humana: fundamento do Estado democrático de direito brasileiro. In: GÖTTEMS, Claudinei J.; SIQUEIRA, Dirceu Pereira (Coord.). *Direitos Fundamentais: da normatização à efetividade nos 20 anos de constituição brasileira*. Barigüi: Boreal, 2008.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 10ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. 3 ed. ver. atual. ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

VILAS BOAS, Renata Malta. *Ações afirmativas e o princípio da igualdade*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

# DA NECESSIDADE DE PONDERAÇÕES ECONÔMICAS EM DIREITO: A ANÁLISE ECONÔMICA COMO FERRAMENTA DE CRÍTICA AOS MEIOS JURÍDICOS E FINS NORMATIVOS

João Paulo Silva DIAMANTE<sup>1</sup>

## RESUMO

O presente artigo tem como objetivo fulcral estabelecer a necessidade de uma análise econômica do Direito como instrumento a ser utilizado para avaliar os meios que o ordenamento jurídico adota para atingir os fins que objetiva. Estabelecer-se-á, para tanto, algumas premissas sobre Economia e a análise econômica do Direito, discorrendo porque importam aos aplicadores e estudantes do Direito, além de relacionar tais premissas com exemplos práticos, propiciando um alicerce robusto sobre as conclusões que visamos passar ao leitor.

**PALAVRA-CHAVE:** Economia. Análise Econômica do Direito. Intervenção estatal

## ABSTRACT

The present article aims to establish the necessity of Law and Economics as device to be used to evaluate the means that legal order adopt to reach the purposes that objective. The article will establish, therefore, some premises about Economy, and Law and Economics, saying why the appliers and students of law have to care about it, besides relating such premises with examples, providing a stout substructure about the conclusions that we aims to show to the reader.

**KEY-WORDS:** Economy. Law and Economics. State Intervention.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o intento de demonstrar a necessidade de ponderações econômicas no Direito, por considerar que este ramo do conhecimento (Economia) é essencial para observar os meios que o(s) ordenamento(s) jurídico(s) se utilizam para a consecução dos fins que visam atingir.

Iniciar-nos-emos com alguns apontamentos iniciais necessários sobre a ciência econômica, por julgar impossível falar de uma análise econômica do Direito sem antes estabelecer um alicerce sobre o estudo da Economia como ramo autônomo do conhecimento.

---

1 Acadêmico do 8º termo do Curso de Direito do Centro Universitário Antônio de Eufrásio de Toledo. Membro do grupo de estudos intitulado "Atualidades em Direito Econômico e Empresarial", com coordenação dos Professores Edson Freitas de Oliveira e Guilherme Prado Bohac, como pesquisador acerca do tema "Mercado e regulação: há limites?" Ex-bolsista do CNPQ (2015/2016), no grupo "Estado de Direito: aspectos jurídicos, políticos e filosóficos", para realização de pesquisas na área do tema "ativismo judicial e judicialização da política". Atual bolsista do CNPQ, no grupo "Estado de Direito: aspectos jurídicos, políticos e filosóficos", para realização de pesquisas acerca do tema "Judicialização dos direitos sociais e Emenda Constitucional nº 95: a necessidade de um estudo jurídico-econômico para a concretização dos ideais Constitucionais." Estagiário do Ministério Público do Estado de São Paulo, dotado na Promotoria de Justiça Criminal de Presidente Prudente. Monitor de Direito Civil para os discentes dos 3º e 4º termo do curso de Direito do Centro Universitário Antônio de Eufrásio de Toledo.

No tópico subsequente, aludir-se-á a Análise Econômica do Direito como ramo de pesquisa autônomo, perquirindo seu surgimento e deslindando algumas de suas contribuições, além de obter o quanto importante é ao aplicador do Direito o estudo da Economia.

Por fim, relacionar-se-á as lições econômicas explicitadas no decorrer do trabalho, demonstrando como podem ser utilizadas para analisar se os meios utilizados pelo Direito são aptos a proporcionar o fim a que se destinam. Para tanto, serão abordados alguns ramos jurídicos específicos, no intento de fornecer exemplos práticos.

## **AFINAL, O QUE A ECONOMIA ESTUDA?**

Parece lógico que estudar a Análise Econômica do Direito requeira conhecimentos básicos da Ciência Econômica. É por este motivo que, de maneira introdutória, e para facilitar o entendimento deste trabalho, veremos algumas lições básicas de Economia para que possamos, posteriormente, tecer alguns comentários acerca da Análise Econômica do Direito.

Devemos partir esta análise de fenômenos já conhecidos.

Sabe-se, portanto, que é inerente ao ser humano a busca por conforto, nossas ações são realizadas com escopo de melhorar as condições de nossa existência. Agimos para maximizar nosso bem-estar!

Nas palavras do filósofo e economista, Ludwig Von Mises:

Certamente, o homem não poderá escapar da morte. Mas, no momento, está vivo; é a vida e não a morte que se apodera dele. Qualquer que seja o futuro que lhe tenha sido reservado, não pode fugir das necessidades da hora presente. Enquanto tiver vida, o homem não pode deixar de obedecer ao seu impulso básico, o *elã vital*. É da natureza do homem procurar preservar e fortalecer a sua vida; procurar diminuir o seu desconforto; buscar o que possa ser chamado de felicidade. Em cada ser humano existe um *id*, inexplicável e não analisável, que é a fonte de todos os impulsos, a força que nos impele à vida e à ação, a ânsia original e permanente por uma existência mais plena e mais feliz. Existe enquanto o homem vive e só desaparece quando sua vida se extingue.<sup>2</sup>

Eis o pensamento subjacente a ideia de que o homem age sempre para maximizar seu bem-estar, visamos, em todos os momentos de nossa vida, a busca pela felicidade, melhorando as condições de nossa existência, deixando-a menos árdua.

Em contrapartida, para todo fim que seja apto a maximizar nosso bem-estar, há sempre um meio. A compra de um aparelho celular – *exempli gratia* – requer determinada quantia em dinheiro. O sonho de exercer a carreira de advogado requer a graduação em um curso de Direito e o êxito no exame da Ordem dos Advogados do Brasil, e assim por diante.

De se ponderar, contudo, que as necessidades humanas não são passíveis de

---

2 VON MISES, Ludwig. *Ação Humana: um tratado de economia*. – São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010. p. 996.

determinação, ou seja, podem tender ao infinito, sobretudo com a globalização e a expansão dos meios de comunicação, ao passo que, de modo diverso, os meios para satisfazê-las, sempre serão limitados. Trata-se da “lei da escassez”, regra número um da Economia.

Conforme expõe Fábio Nusdeo:

A lei da escassez é uma lei férrea e incontornável, tendo submetido os homens ao seu jugo desde sempre, levando-o a se organizarem e a estabelecerem entre si relações específicas a fim de enfrentá-la ou, melhor falando, conviver com ela, atenuando-lhe o quanto possível a severidade.<sup>3</sup>

Consequência disso é que, com desejos ilimitados e meios finitos, impõe-se a necessidade de gerir nossos desejos de acordo com os fins que possuímos, por meio de escolhas. Aquele dispõe de determinada quantia em dinheiro, terá de escolher quais, dentre seus diversos desejos, proporcionar-lhe-á maiores benefícios e, então, utilizar o meio que possui para alcançá-lo. A escolha envolve, portanto, uma ação.

Eis o que a economia estuda: a ação humana ao lidar com a alocação de recursos escassos por meio da troca.<sup>4</sup>

Em perfeita síntese, Ubiratan disserta que:

A economia nada mais é do que **o estudo da ação humana**, ou seja, ela estuda as **escolhas que os indivíduos** fazem, considerando que os *meios ou recursos* de que dispõem **nunca são suficientes para satisfazerem todos os fins**. Esse último **fato é conhecido como escassez**, ou seja, os meios sempre vão ser escassos quando comparados aos fins, o que significa, em outras palavras, dizer que não poderemos jamais realizar todos os nossos desejos, porque somos limitados pelos meios de que dispomos. A economia nos ensina as melhores formas de lidarmos com a escassez.<sup>5</sup> **(Grifos meus)**

Dado que a economia estuda a ação dos indivíduos, que são realizadas através de escolhas, urge saber: como as pessoas tomam decisões?

Vejamos alguns princípios básicos da tomada de decisão pelos indivíduos.

A primeira lição básica que devemos compreender acerca do tema é que as pessoas agem para maximizar seu bem-estar! Embora já mencionado, é preciso deixar claro que toda ação é tomada com base neste princípio, ainda que não pareça de imediato. E, antes de agirem para maximizar seu bem-estar (e aqui reside a segunda lição), os indivíduos enfrentam tradeoffs. Em outras palavras, significa dizer que para obtermos algo devemos abrir mão de outra coisa. Assim, um universitário que deseja trabalhar aos finais de semana para comprar um aparelho de telefone celular, tem de abrir mão do tempo que utilizaria para

---

3 NUSDEO, Fábio. Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2005. p. 27

4 Assim também afirma Ludwing Von Mises, ao dissertar que “A economia, enquanto ramo da ciência geral que estuda a ação humana, lida com a ação humana, isto é, com a ação propositada do homem no sentido de atingir os objetivos escolhidos, quaisquer que sejam esses objetivos.” p. 998.

5 IORIO, Ubiratan Jorge. Dez lições fundamentais de escola Austríaca. São Paulo: Instituto Ludwing Von Mises, 2013. p. 18

estudar, descansar, sair com os amigos, etc. Efeito disto é que a tomada de decisão exige a ponderação de um objetivo com o outro, pois o custo de algo é aquilo que você desiste para obter. Em termos econômicos, consiste no chamado “custo de oportunidade”.<sup>6</sup>

Outro fator a ser considerado, é o de que as pessoas racionais pensam na margem. É dizer: as escolhas não são feitas sempre entre um extremo ou outro, mas entre as diversas variações tênues entre eles. Conforme exemplifica Mankiw, as decisões quase sempre não estarão entre o “branco-e-preto”, mas entre os “tons de cinza”.<sup>7</sup>

As “alterações marginais”, como empregam os economistas, são pequenos ajustes a um plano de ação incremental. O estudante que se prepara para uma prova não avaliará se estuda vinte e quatro horas por dia ou nenhuma, mas se estuda durante mais uma hora ou repousa para melhorar suas energias e estudar no dia seguinte mais disposto.

Trata-se, em suma, de considerar cada unidade isolada de algo para a tomada de decisão.

Por fim, de se obter outro ensinamento importantíssimo: As pessoas respondem a incentivos! Ora, se toda ação pondera os custos e benefícios de determinada medida, alterando-se os custos ou benefícios de algo, a ação pode mudar. Quando determinado trabalho passado em sala de aula vale um ponto na média final, muitos que não o fariam passarão a fazê-lo, mudam a forma de agir, pois agora são incentivados para tanto.<sup>8</sup> Da mesma forma o empregador que estabelece acréscimos ao piso salarial de seu empregado proporcionalmente ao volume de vendas do estabelecimento, motiva-o a vender mais, já que lhe recompensa para tanto.

Há, contudo, de se pensar em último detalhe digno de nota para que possamos prosseguir.

É certo que as pessoas não agem no vácuo, mas interagem. Os indivíduos se relacionam trocando voluntariamente seus bens e esforços com os bens e esforços de terceiros. Tal interação é o que se chama de “mercado”.

Nas palavras de Mises<sup>9</sup>:

O mercado não é um local, uma coisa, uma entidade coletiva. O mercado é um processo, impulsionado pela interação das ações dos vários indivíduos que cooperam sob o regime da divisão do trabalho. As forças que determinam a – sempre variável – situação do mercado são os julgamentos de valor dos indivíduos e suas ações baseadas nesses julgamentos de valor. A situação do mercado num determinado momento é a estrutura de preços; isto é, o conjunto de relações de troca

---

6 MANKIW, N. Gregory. Introdução à Economia: princípios de micro e macroeconomia. 2ª ed. Trad. Maria José Cyhlar Monteiro. Rio de Janeiro: Elsevier, 2001. 10ª reimpressão. pp. 4-5.

7 Idem. Ibidem. p. 6.

8 Idem. Ibidem. pp. 7-8.

9 VON MISES, Ludwig. op. cit. p. 315.

estabelecido pela interação daqueles que estão desejosos de vender com aqueles que estão desejosos de comprar.

Ainda segundo as lições do mestre austríaco:

A economia de mercado é o sistema social baseado na divisão do trabalho e na propriedade privada dos meios de produção. Todos agem por conta própria; mas as ações de cada um procuram satisfazer tanto as suas próprias necessidades como também as necessidades de outras pessoas. Ao agir, todos servem seus concidadãos. Por outro lado, todos são por eles servidos. Cada um é ao mesmo tempo um meio e um fim; um fim último em si mesmo e um meio para que outras pessoas possam atingir seus próprios fins.

O mercado se sustenta, portanto, na troca de bens e serviços pelos indivíduos, que, por suas diferenças (aptidões, hábitos, educação, experiências, cultura, educação, etc), ostentam a capacidade de especializar-se nas etapas de um processo de produção, produzindo bens e serviços de melhor qualidade e a menor custo.

Neste viés, bem ilustrativo o comentário tecido por Paulo Nader, em seu curso de Direito Civil, quando leciona acerca das obrigações de fazer:

A sociedade se organiza com base na divisão do trabalho e as pessoas permutam a sua produção, a sua experiência. O electricista faz a instalação de um motor, mas se serve dos serviços do bombeiro, que faz a instalação hidráulica. O magistrado faz a audiência e a sentença, mas se beneficia dos serviços do profissional da Odontologia, este por sua vez se vale dos serviços de sua atendente.<sup>10</sup>

O livre mercado tende a beneficiar, portanto, toda a sociedade. Em razão da propriedade privada, que possibilita a troca (em sentido lato), da divisão de trabalho, permitindo a especialização da mão de obra e o aumento da produtividade e, ainda, da livre concorrência, que força as organizações a realizarem maior nível de esforço em satisfazer os consumidores para se manterem competitivas, de modo que os indivíduos passam a ter ao seu dispor maior quantidade de bens e serviços por um preço menor. Os fins passam a requerer meios menos custosos, propiciando o aumento do padrão de vida geral.

Em apertada síntese, é este o objeto de estudo da ciência econômica, lições simples, cujo raciocínio, quando aplicado em Direito, revela um lado que parece desconhecido por grande parte de seus operadores, políticos e cidadãos de um modo geral. Veremos o porquê no decorrer deste trabalho.

## **A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO**

### **Considerações Históricas**

De um modo geral, a análise econômica do direito é antiga. Em um mundo cujos ordenamentos jurídicos sempre regulam os mais diversos aspectos da vida social, inclusive a

---

10 NADER, Paulo. Curso de Direito Civil. Vol. 2. Obrigações. 8ª ed. São Paulo: Editora Forense, 2016. p.129

grande maioria das atividades econômicas, analisar os efeitos econômicos destas regulações, positiva ou negativamente, nada mais é que fazer uma análise econômica do Direito.

Desde o século XVIII, Adam Smith já analisava as consequências econômicas nas legislações mercantilistas, militando em favor do livre mercado.

Conforme bem pondera Fischmann, embora a menção à Análise Econômica do Direito traga imediata referência à escola de Chicago, anteriormente, houve outras linhas teóricas que chegaram a promover uma Análise Econômica do Direito.<sup>11</sup>

Em sentido lato e literal, portanto, a Análise Econômica do Direito não é nenhuma novidade, mas sim um estudo feito há muito tempo.

Segundo aponta a doutrina (ou pelo menos parte significativa dela), é com Jeremy Bentham, com a ideia de indivíduos como maximizadores racionais de seus interesses, que há uma nova análise de questões jurídicas, em que se vislumbra o início de uma Análise Econômica do Direito. Para esta vertente, deu-se a nomenclatura de utilitarismo, corrente desenvolvida a partir da agenda teórica do realismo jurídico norte-americano.<sup>12</sup>

O realismo jurídico consiste em verdadeiro antecedente e precursor da AED, tal corrente surge nas faculdades norte-americanas e escandinavas na primeira metade do século XX, no intento de estudar as leis como de fato eram, inserindo a tradição de aplicar as ciências sociais em Direito, idealizando que, Sociologia e Economia, de algum modo, faziam parte do Direito, não se tratando de meras disciplinas conexas. Tudo isso com intento de perquirir as motivações dos diversos entes e indivíduos envolvidos na prestação jurisdicional e os fatores que de fato condicionam a aplicação do Direito.<sup>13</sup>

Somente confirma esta influência as palavras de Oliver Wendell Holmes, jurista referência no realismo norte-americano que, em 1897 afirmou, em seu livro “The path of law”, que todo jurista deveria apreender Economia.

Entre os economistas, no fim dos anos 1950, iniciou-se uma abordagem multidisciplinar, aplicando os conceitos e métodos econômicos em disciplinas alheias. Downs formula uma teoria econômica da democracia, Becker, sobre a discriminação (o que lhe rendeu prêmio Nobel em 1992), Buchanan e Tullock, em estudos políticos, mais precisamente sobre a forma de tomada de decisão pelo parlamento, dentro outros múltiplos exemplos

---

11 FISCHMANN, Felipe. Direito e Economia: um estudo propedêutico de suas fronteiras. Dissertação de mestrado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: 2010. p. 18.

12 GALDINO, Flávio. Introdução à Teoria dos Custos do Direito: Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. p. 240.

13 SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em Direito e Economia. Caderno Direito GV. v. 5. N. 2. Março, 2008. pp. 10. O texto está disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2811/caderno%2520direito%252022.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>

citáveis.<sup>14</sup>

É na universidade de Chicago, contudo, que a Análise Econômica do Direito ganha forças para se firmar como um novo ramo autônomo de pesquisa, um “movimento teórico”<sup>15</sup>. Em 1958, o surgimento da revista *Journal of Law and Economics* da Universidade de Chicago é um marco histórico na Análise Econômica do Direito, que passou a veicular as ideias desta vertente de pensamento.

Em 1960, o famosíssimo artigo de Ronald Coase intitulado “the problem of social cost”, é publicado neste jornal, constituindo um divisor de águas da Análise Econômica do Direito que, antes da década de 60 tratava apenas de temas cujo teor econômico era notório, como no Direito Antitruste, Direito Tributário, Direito da Regulação e Direito Comercial, passando, após esta década, surgir novos debates em razão das obra de Ronald Coase, Guido Calabresi, Gary Becker e Richard Posner, explorando princípios microeconômicos para uma abordagem de diversos temas da teoria jurídica, como o direito de propriedade, questões de responsabilidade civil e criminal, contratos, etc.

Desde então, as faculdades americanas passaram a se atualizar, diversos artigos e obras sobre a Análise Econômica do Direito são publicados, o movimento ganha relevo e passa a ser visto como principal fonte de renovação da Teoria do Direito, sendo disseminado – e aceito – nas universidades, tribunais, governos, etc.<sup>16</sup>

Em suma, a importância da Economia ao Direito passa, de uma vez por todas, a proliferar paulatinamente, permeando os múltiplos segmentos sociais americanos.

### **Por que a Análise Econômica do Direito é Importante?**

Em solo brasileiro, a sugestão de que o Direito e a Economia podem dialogar, pelo menos em regra, causa temor. Esta oposição, contudo, não se repete da mesma forma e compatibilidade quando a proposta de interdisciplinaridade é sugerida aos olhos da sociologia, filosofia, história, etc.

Vê-se que, de modo geral, a afirmação que sustenta o afastamento entre Direito e Economia é o de que tais ciências teriam métodos e fins distintos. Afirma-se que o Direito prega Justiça, ao passo que a Economia prega a eficiência e, portanto, tais ramos do saber não poderiam dialogar.

---

14 EJAN, Mackaay. ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. Trad. Rachel Sztajn. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015. p. 9.

15 DELEITO, Hilda Baião Ramirez. O fim da escravidão e o início dos custos da transação. Artigo publicado nos anais do CONPEDI, 2015, na seção de Direito, economia e desenvolvimento sustentável I. p. 367.

16 EJAN, Mackaay. ROUSSEAU, Stéphane. *Op. cit.* pp. 11-12.

A questão entre eficiência e justiça foi muito bem explorada por um dos grandes nomes da Análise Econômica do Direito, Richard. A. Posner, que em sua obra mais radical, intitulada “A Economia da Justiça”, já mostrava que eficiência e justiça podem não ser palavras tão antagônicas quanto o pensamento tradicional imaginava. Nesta obra, Posner defende que a situação mais eficiente seria sempre a mais justa, razão por que o critério da eficiência econômica seria a própria essência do Direito.

Esta teoria recebeu severas críticas, dentre elas a de Ronald Dworkin. Tempos depois, o próprio autor abandonou a ideia de maximização da riqueza como critério de fundação ética do direito, adotando uma ideia menos radical, a qual nomeou como “pragmatismo jurídico”. Não é este, porém, nosso foco neste trabalho.

Conforme bem observa Salama, há um mito de que a união entre Direito e Economia se reduz à questão de relação entre eficiência e Justiça.<sup>17</sup> Em verdade, quando se trata do tema, podemos observar a duas classificações, quais seja, a (I) Análise Econômica do Direito normativa e (II) Análise Econômica do Direito positiva.

A primeira tem como objeto de estudo a relação entre Justiça e eficiência, como se mostrou acima. A análise econômica do direito positiva, de seu turno, utiliza-se dos conceitos e métodos econômicos para analisar o Direito. Neste viés, ainda seria possível observar três subclassificações: reducionista (a), explicativa (b) e preditiva (c).

A explicativa crê que o Direito possa se reduzir à economia; a segunda, que a Economia é um fenômeno capaz de explicar o Direito, desenvolvendo uma teoria explicativa das normas jurídicas; por fim, a terceira, diz respeito ao Direito como ferramenta para previsão de possíveis efeitos das regulações impostas por determinado ordenamento jurídico.<sup>18</sup>

É desta última que trataremos com mais enfoque, revelando a importância da incorporação deste raciocínio ao operador do Direito.

A análise econômica positiva preditiva estuda as possíveis reações dos indivíduos e empresas às medidas adotadas em Direito, utilizando de uma ciência auxiliar, qual seja, a Economia, para realizar desempenhar tal função.

A união da ciência jurídica aos outros ramos de conhecimento é uma ferramenta necessária. O Direito é força, é a ciência do “dever-ser”, mas, se positivado sem obter temperar algumas premissas construídas por outros ramos do conhecimento, pode ser pernicioso.

Como leva a lição do renomado jurista alemão, Konrad Hesse, “a força normativa da

---

17 SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é “Direito e Economia” In: Direito & economia. Luciano Benetti Timm (org.), 2ª ed., rev. E atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 50.

18 Idem. Ibidem. pp. 52-53.

Constituição desperta a força que reside na natureza das coisas”, contudo, ele mesmo ressalta que a norma constitucional não possui existência autônoma em face da realidade, e que sua pretensão de eficácia não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas, bem como devem ser contempladas, as condições naturais, técnicas, econômicas, e sociais.<sup>19</sup>

Devemos, então, fazer o seguinte autoquestionamento: basta uma lei para criar uma condição social desejável?

É obvio que não! Se uma lei prever que a terra é quadrada, a terra continuará redonda, tal regra não passará de um texto ineficaz. Da mesma forma, não basta impor-se um estado ideal de coisas e pensar que ele se efetivará automaticamente.

As lições da Economia, elencadas sucintamente no início deste ensaio existem, quer o legislador queira, ou não. Os bens são escassos, as pessoas reagem a incentivos e agem no sentido de melhorar sua vida, sempre ponderando os custos e benefícios de suas ações.

Ora, pensemos bem: a lei regula indivíduos, os mesmos que agem para melhorar as condições de sua existência, os mesmos que respondem a incentivos e ponderam os custos benefícios do que fazem ou deixam de fazer, uma lei feita sem ponderar tais fatos, provavelmente não cumprirá o fim a que se destina. Toda regra imposta receberá uma reação dos milhares indivíduos, que sempre tentarão se adaptar a elas, mantendo ou aumentando seu bem-estar.

É por isso que a Economia é uma ferramenta riquíssima para prever se os meios utilizados em Direito são aptos a atingir o fim que pregam. Isto é o que a Análise Econômica do Direito positiva preditiva faz: observa a norma X, que é criada sob o pretexto de atender ao objetivo Y e, prevendo a provável reação dos indivíduos de acordo com as ferramentas econômicas, diz se ela é apta ou não a atingir o fim Y.

Conforme Decio Zylbersztajn e Rachel Sztajn:

A análise econômica deve, então, **considerar o ambiente normativo no qual os agentes atuam**, para **não** correr o risco de **chegar a conclusões equivocadas** ou imprecisas, **por desconsiderar os constrangimentos impostos pelo Direito ao comportamento dos agentes econômicos**. O **Direito**, por sua vez, ao estabelecer regras de conduta que modelam as relações entre pessoas, deverá **levar em conta os impactos econômicos** que delas derivarão, os efeitos sobre a distribuição ou alocação dos recursos e **os incentivos que influenciam o comportamento dos agentes econômicos privados**. Assim, o Direito influencia e é influenciado pela Economia, e as Organizações influenciam e são influenciadas pelo ambiente institucional.<sup>20</sup> **(Grifos meus)**

19 HESSE, Konrad. A força normativa da constituição (die normative kraft der verfassung). Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991. p. 24

20 ZYLBERSZTAJN, Decio. SZTAJN, Rachel (org). Direito e Economia: análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2005. pp. 12-13

Ademais, ainda que determinada medida consiga atingir o objetivo traçado, todo direito possui um custo, de modo que a promoção de um valor pode fulminar outro, o custo de oportunidade também se aplica ao Direito. Assim, sabendo que outro valor pode ser atingido, é sempre necessária uma ponderação de seus efeitos, observando quais valores irá atingir e se a nova medida deve ser de fato implementada.

A Economia também é potencialmente benéfica para análises neste sentido, conforme bem elucidada o já citado Oliver Wendell Holmes em “The path of Law”, já em 1897:

Todos os juristas deveriam procurar compreender a economia. Com sua ajuda aprendemos a considerar e a pesar os fins legislativos, os meios de alcançá-los e o **custo envolvido**. Aprendemos que **para obter algo é necessário abrir mão de outra coisa**, aprendemos a comparar a vantagem obtida com a vantagem que renunciamos e a saber o que estamos fazendo quando escolhemos pesar os fins legislativos, os meios de alcançá-los e o custo envolvido. **(Grifos meus)**

Em que pese soe estranha ao operador do Direito, essa premissa deve ser levantada e bem vinculada o quanto antes: todo direito tem um custo! Já dizia Flávio Galdino que “direitos não nascem em árvores”.<sup>21</sup>

Assim, mesmo um direito de primeira geração (Direitos negativos, como pondera a doutrina) que, segundo a recorrente afirmação pregam apenas a abstenção do Estado, clamam, no mínimo, por uma estrutura de justiça que os garanta, o que requer recursos financeiros. Assim sendo, como o Estado não é capaz de produzir riqueza, mas tão somente assenhorar-se da riqueza alheia via tributos, impinge aos cidadãos o ônus de sustentar este direito.

De igual modo e, ainda mais evidente, ocorre com os direitos sociais (Direitos positivos) em que o Estado se responsabiliza por prestações materiais aos cidadãos, como saúde, educação, entre outros direitos que serão pagos por seus próprios beneficiário.

A ausência de uma lógica econômica ao pensamento jurídico pode acarretar, inclusive, em medidas que prejudiquem o próprio direito que visam defender.

Em síntese, a boa análise econômica de alguma medida, seja administrativa, legislativa ou judicial, resume-se bem ao que Henry Hazlitt afirma em “economia numa única lição”:

A arte da economia está em **considerar não só os efeitos imediatos** de qualquer **ato ou política**, mas, **também**, os mais **remotos**; está em descobrir as **consequências** dessa política, **não somente** para **um único grupo**, mas **para todos** eles.<sup>22</sup> **(Grifos meus)**

Diante de todo o exposto, podemos perceber que a economia é uma ferramenta poderosa para analisar o Direito e as consequências práticas de medidas impostas pelo Estado

---

21 Sobre este tema, relevante as obras de Gustavo Amaral, intitulada “Direito, Escassez & Escolha” e a de Flávio Galdino, “Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não nascem em árvores”.

22 HAZLITT, Henry. Economia Numa Única Lição. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010. p. 24

(leis, decretos, atos administrativos, etc.), seja em seara predominantemente privada, ou pública.

O raciocínio econômico subjacente a qualquer medida que venha interferir no curso da tomada de decisão dos indivíduos e empresas é imprescindível, pena de se lesionar o próprio valor que se visa obter com dada medida, ou obtê-lo às custas de outros valores tão ou até mais importantes.

Em síntese: o Direito necessita da Economia!

## **AS LIÇÕES ECONÔMICAS APLICADAS AOS RAMOS DO DIREITO**

Alicerçada as premissas necessárias, passemos a elucidar a aplicação dos valores aqui perquiridos em casos concretos.

Vamos aos exemplos!

### **Direito do Consumidor**

Quando a matéria é Direito do Consumidor, a assertiva comumente ouvida é a de que sem legislações protetivas ao “lado mais fraco” da relação de consumo (o consumidor), ter-se-ia abusos e injustiças, fornecedores iriam enganar clientes, tirariam vantagem de sua ignorância, cobrariam preços abusivos, etc. É por isso que o mercado deve ser suplementado através de leis consumeristas, dizem os nobres defensores do consumidor.

Assim, diante deste raciocínio, diversas são as medidas estatais (leis, decisões judiciais, edição de súmulas pelos tribunais, etc) que objetivam a defesa do consumidor. Contudo, boa vontade não basta! Na medida que as normas consumeristas se constituem em uma regulação do mercado de fornecimento de bens e serviços, restringindo a liberdade dos empreendedores, deve ser feita uma análise minuciosa para avaliar se a regulação legislativa é melhor que a regulação natural do mercado, e apenas uma análise econômica ponderada destas medidas dirá se elas cumprem o fim a que se destinam ou, do contrário, apenas atrapalham e pioram a situação dos próprios consumidores.

Questão interessante para iniciar o debate é a que diz respeito aos padrões mínimos de produtos e serviços, sob a justificativa de evitar prejuízos à sociedade, como poluição e acidentes na utilização de produtos e serviços.

Bodart<sup>23</sup> exemplifica citando as resoluções de nº 311 e 380 do CONTRAN, cujo teor

---

23 BODART, Bruno. Uma Análise Econômica do Direito do Consumidor: Como Leis Consumeristas Prejudicam os Mais Pobres sem Beneficiar os Consumidores. *Economic Analysis of Law Review*. No prelo. p. 14.

estabelece a obrigatoriedade de airbag e freios ABS para veículos comercializados no Brasil.

Em sincronia, o art. 39 do Código de Defesa do Consumidor, elenca em seu inciso VIII, como prática abusiva: Colocar, no mercado de consumo, qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes ou, se normas específicas não existirem, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas ou outra entidade credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Conmetro);

O primeiro efeito, como bem observado por Bordat,<sup>24</sup> é a restrição de mercado causado pela regulação. Veículos sem airbag e freios ABS e, portanto, menos custosos e acessíveis a um maior número de pessoas (sobretudo os mais pobres), não poderão ser comercializados no Brasil. Menos pessoas poderão ter acesso a um carro zero!

Na outra ponta, fornecedores de veículos agora tem um alto custo para se adaptar, além de a entrada neste ramo tornar-se mais dificultosa. Saem beneficiados as grandes empresas cuja estrutura suporta estas novas exigências sem maiores percalços, ocorrendo uma concentração de mercado.

Válido discorrer aqui, também, as valiosas lições de Milton e Rose Friedman ao tratar da Comissão de Segurança de Produtos de Consumo. Os renomados escritores dissertam que a referida comissão tinha o intento de reduzir os “riscos irrazoáveis” dos produtos de consumo, o que não se distingue substancialmente do que ocorre no Brasil.

Em seus comentários, os autores dissertam que padrões de segurança sem dúvida são louváveis, mas questionam os custos para implementá-los. A vagueza de se considerar determinados riscos como sendo “razoáveis” ou não deve ser atribuída aos indivíduos, e não a um órgão central. Imaginemos o padrão de produção de uma bicicleta, por exemplo, poderá reduzir sua velocidade, aumentar seu peso e seu custo, e quem decidirá tudo isso não será o consumidor quando do ato de sua compra, mas funcionários públicos, associações de consumidores com interesses envolvidos e principalmente fabricantes influentes.

Sem ingressar em seara política sobre a questão, é notório que os padrões de qualidade restringirão os produtos do mercado, deixando de oportunizar aos consumidores grande faixa de alternativas e opções e, conseqüentemente, impedindo aos fabricantes ajustarem suas produções as diversas necessidades e gostos.

Aquele que deseja adquirir um veículo menos seguro, pagando um preço menor em razão disso e, em contrapartida, acautelarse mais na condução dele, não terá mais esta alternativa, só lhe resta agora optar pelo padrão “mais seguro” que foi julgado por um terceiro

---

24 Idem. Ibidem.

desconhecido como “mais benéfico” para o “bem-estar geral”.

Isto posto, a principal pergunta a ser feita é: os efeitos benéficos de tal intervenção prepondera ante os nefastos? É dizer: a restrição de mercado, com consequente aumento dos preços de veículos é apta a ensejar um aumento de segurança de tal modo que valha a pena esta intervenção?

Pesquisa realizada no departamento de transportes do Estados Unidos conclui, com base em dados de 1995 a 2007, que freios ABS têm efeito líquido próximo de zero na redução de acidentes fatais e diminuem entre 6 e 8% (seis e oito por cento) em acidentes não fatais.

Difícil responder tal questionamento... inicialmente porque quantificar em números os prejuízos sofridos em razão da regulamentação imposta é deveras complexo. Quantos deixaram de comprar um veículo porque o mercado não pode mais fornecer automóveis com menos segurança, mas a um preço menor? Quantos tiveram de dispor de maior volume de capital para conseguir pagar pelo aumento do preço em razão da medida deixando de estimular outros ramos do comércio com o que economizaria em carros mais baratos?

Disto tudo, uma lição mínima e objetiva é possível extrair: sem uma análise econômica, não se leva em conta as possíveis consequências negativas das medidas consumeristas para ponderar sua viabilidade ou não.

E infelizmente, é isso que tem ocorrido, tanto por parte dos políticos que criam tais regulamentações quanto por parte dos operadores do direito que as aplicam.

No que diz respeito as garantias legais estabelecidas pelo CDC, também nos cabe tecer breves comentários utilizando-se de uma análise econômica cujo raciocínio parece nunca permear a mente dos aplicadores do Direito, sempre afoitos por mais “proteção” legal para o consumidor.

O Código do Consumidor obriga os fornecedores a concederem uma “garantia legal”, em seus arts. 18 a 20, cuja aplicabilidade não poderá ser vedada via contrato (vide art. 24), tendo o consumidor o prazo de trinta ou noventa dias, para reclamar os vícios de produtos não duráveis e duráveis, respectivamente, tendo-se como termo inicial destes o surgimento do defeito.

Como é de praxe, o pensamento convencional em normas consumerista é o de que quanto mais obrigações forem suportadas pelo fornecedor, melhor a tutela do consumidor.

Basta ver o comentário de Tartuce e Amorin, sobre um complemento legislativo acerca das garantias no CDC. Vejamos:

Frise-se que há proposta de inclusão de preceito complementar à norma atual, por meio do Projeto de Lei 283/2012. A projeção visa ao art. 24-A, com a seguinte dicção: “o fornecedor é responsável perante o consumidor por qualquer vício do

produto ou serviço, durante o prazo mínimo de dois anos, a contar da data efetiva da entrega ou prestação. Parágrafo único. Presumem-se como vícios de fabricação, construção ou produção aqueles apresentados no prazo de seis meses a partir da entrega do produto ou realização do serviço, exceto se for apresentada prova em contrário ou da quebra do nexo causal for comprovada culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro”. A proposição é louvável, ampliando, mais uma vez, a tutela dos direitos dos consumidores. Desse modo, como outras propostas, espera-se a sua aprovação.<sup>25</sup>

Contudo, novamente, uma análise econômica simples mostra que nem tudo é o que parece...

Ora, com bem ressalta Bodart, muitas vezes são oferecidas “garantias estendidas” ao consumidor, para que possibilite a troca ou reparo de um bem em caso de mal funcionamento por um período acordado entre as partes. Ocorre que esta garantia costuma custar entre 10% e 50% o preço do produto, de modo que os consumidores, considerando a natureza do produto e o período de extensão, costumam julgar mais conveniente economizar a referida quantia, confiando no produto e correndo o risco com eventuais problemas. E de fato é o que ocorre na prática, nos EUA, cerca de dois terços dos consumidores rejeitam pagar por uma garantia suplementar.<sup>26</sup>

E, se a garantia estendida é precificada, por que a legal também não seria?

Aliás, no que diz respeito aos vícios ocultos, o § 3º do art. 26 proclama que o prazo decadencial se inicia no momento em que ficar evidenciado o defeito, ou seja, na realidade o prazo é indeterminado.

E assim é o Superior Tribunal de Justiça tem entendido.

Cuidando-se de vício aparente, é certo que o consumidor deve exigir a reparação no prazo de noventa dias, em se tratando de produtos duráveis, iniciando a contagem a partir da entrega efetiva do bem e não fluindo o citado prazo durante a garantia contratual. Porém, conforme assevera a doutrina consumerista, o Código de Defesa do Consumidor, no § 3º do art. 26, no que concerne à disciplina do **vício oculto**, adotou o **critério da vida útil do bem**, e não o critério da garantia, podendo o **fornecedor se responsabilizar pelo vício em um espaço largo de tempo, mesmo depois de expirada a garantia contratual**. Com efeito, em se tratando de vício oculto não decorrente do desgaste natural gerado pela fruição ordinária do produto, mas da própria fabricação, e relativo a projeto, cálculo estrutural, resistência de materiais, entre outros, **o prazo para reclamar pela reparação se inicia no momento em que ficar evidenciado o defeito**, não obstante tenha isso ocorrido depois de expirado o prazo contratual de garantia, devendo ter-se **sempre em vista o critério da vida útil do bem**.<sup>27</sup>

Pois bem, se a garantia estendida costuma a custar caro, e por isso muitos tendem a preferir correr o risco e pagar menos, quanto custa uma garantia com tempo indeterminado.

---

25 Tartuce, Flávio. NEVES, Daniel Amorin Assumpção. Manual de direito do consumidor: direito material e processual. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014. p. 122.

26 CHEN, Tao; KALRA, Ajay; SUN, Baohong. “Why do consumers buy extend service contracts?” In: Journal of Consumer Research, vol. 36, dec. 2009. Apud. BODART, Bruno. Op.cit. p. 20.

27 STJ, REsp 984.106/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 04/10/2012, DJe 20/11/2012. Apud: BODART, Bruno. Op. Cit. p. 21.

Dever-se-ia ponderar se estes “benefícios” legais realmente compensam, ou, no mínimo, qual a necessidade de sua obrigatoriedade, uma vez que:

[...] esse montante é incluído no preço cobrado de todos os consumidores, mesmo que a maioria, em muitas situações, preferisse abrir mão de qualquer garantia para pagar menos. A regra cria, ainda, outra distorção de mercado que pressiona os valores para cima: com a segurança aparente conferida pela garantia legal, produtos e serviços ficam mais atrativos para consumidores, o que aumenta a demanda e, conseqüentemente, o preço.<sup>28</sup>

Eis que ressaltamos: não basta que se positive um “benefício” ao consumidor, pois se há um benefício concedido por uma medida legislativa, há também um dever a ser arcado pelo empreendedor, e sendo inerente à atividade empresarial o repasse dos custos aos seus clientes, pois, esta sempre visa o lucro. Tais medidas legislativas tendem somente a aumentar o preço dos produtos, beneficiando um pequeno grupo, que se vale dos benefícios legais, às expensas de outro, que paga o custo internalizado ao produto em razão daquele “benefício”.

Em um último exemplo<sup>29</sup> na seara do direito consumerista, agora em sede de política legislativa, cabe-nos aludir mais uma vez que a adesão de “direitos” não tem o condão de, por si só, aumentar o bem-estar dos consumidores.

Em março de 2006 a Senadora Maria do Carmo do Nascimento Alves (DEM/SE) apresentou o projeto de Lei nº 45/06, visando a inserção de um novo dispositivo no CDC, que facultaria ao consumidor antigo de produtos e serviços executados de forma contínua, se assim desejasse, exigir a concessão de benefícios criados para angariar novos consumidores. Exemplificando: se uma operadora de telefones celulares oferecesse uma promoção de um mês de uso gratuito do telefone celular para os novos consumidores, teria a obrigação de fornecer o mesmo benefício para os consumidores antigos, caso estes solicitassem.

O objetivo é claro: proteger os consumidores.

Contudo, uma análise econômica desta medida mostra que raramente ela atingiria o seu fim, mas, pelo contrário, se aprovada, prejudicaria os consumidores.

Ora, como levantado no início, ao agir, todos ponderam os benefícios e os custos de suas decisões, buscando se beneficiar ao máximo, e na medida em que se alteram os benefícios ou os custos de determinada decisão, a ação pode mudar. No presente caso, aprovada a medida, qualquer promoção para angariar novos clientes poderia se tornar demasiadamente onerosa para os empreendedores, mostrando-se pouco atrativa. Em pouco

---

28 CRASWELL, Richard. “Passing on the Cost of Legal Rules: Efficiency and Distribution in Buyer-Seller Relationships” In: 43 Stanford Law Review 361, 365-77, 385, 391-97 (1991). Apud: BODAR, Bruno. Op. Cit. p.22.

29 O exemplo foi retirado de SALAMA, Bruno Meyerhof. Caderno Direito GV. v. 5. N. 2. Março, 2008. pp. 25-26. O texto está disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2811/caderno%2520direito%252022.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>

tempo, optar-se-ia somente por outros meios de captar clientes (campanhas publicitárias, por exemplo).

Veja: a medida desestimula a criação de promoções. Os consumidores já cadastrados continuam com sua situação inalterada, ao passo que aqueles que poderiam se beneficiar de determinadas promoções não o farão, pois, estas sequer existirão.

Ou, ainda, partindo de um cenário em que as promoções seriam extremamente necessárias (pelo fato de os outros meios não se mostrarem eficazes para atrair clientes) todos os ônus que o empresário suportaria em razão desta regulamentação seriam repassados ao preço do seu produto, já que nenhuma empresa internaliza prejuízos, ou seja, os preços subiriam e todos os consumidores seriam prejudicados, sobretudo, os mais pobres.

Em suma, a medida criada para proteger os consumidores apenas os prejudica. E é o que acontece com toda e qualquer medida que tente, com mera “canetada de um burocrata”, conceder-lhes um benefício.

Os criadores, operadores e estudantes do Direito tem de aprender a lógica da atividade empreendedora o quanto antes, pena de continuarmos batendo nas mesmas teclas para fazer o bem, prejudicando, contudo, aqueles que queremos beneficiar...

## **Direito do Trabalho**

Assim como nas legislações consumeristas, o Direito do Trabalho não foge ao raciocínio acima construído. É que, da mesma forma que a relação de consumo, a relação de trabalho nada mais é que uma troca. O empregador valoriza mais a mão de obra que lhe é prestada do que o dinheiro que fornece como prestação, ao passo que o trabalhador valoriza mais a contraprestação que lhe é fornecida do que o tempo e o esforço que despende na atividade assalariada.

Destarte, regulações impostas ao mercado de trabalho – quase sempre criadas com intento de beneficiar o empregado – também causam situações perniciosas aos próprios trabalhadores, em que pese isso seja pouquíssimo evidenciado pelos juristas.

Diversos são os exemplos que podem ser fornecidos, contudo, dada a limitação do presente trabalho, limitar-nos-emos a dois.

O primeiro diz respeito à Emenda Constitucional nº 72, aprovada em abril de 2013, que alterou a redação do parágrafo único do artigo 7º, determinando a extensão aos trabalhadores domésticos das garantias celetistas.

Tal medida foi vista pela imensa maioria como o fim de um resquício de uma

mentalidade escravocrata<sup>30</sup>. Estabeleceu cerca de 26 direitos<sup>31</sup> para os trabalhadores domésticos, acreditando que isso iria profissionalizá-los e valorizá-los, baseando-se no postulado da igualdade entre os trabalhadores.

Ocorre que o legislador esqueceu que modificando os custos e os benefícios de uma escolha a ação pode mudar. Onerou demais uma relação, tornando inviável, ou no mínimo desestimulante ter empregados domésticos.

Rachel Sztajn, em nota na tradução da obra de Ejan Mackaay<sup>32</sup> ponderou que:

A recente aprovação da PEC 66/12 (proposta de emenda constitucional), que estendeu a empregados domésticos os mesmos direitos predispostos para trabalhadores da indústria e do comércio, tem provocado insegurança, e, dizem alguns, no médio prazo será o desaparecimento dessa profissão. O Congresso, depois de alardear a bondade, vista como a segunda abolição da escravidão no Brasil, se dá conta de que famílias não geram lucros e, portanto, os encargos impostos pela nova legislação, como, por exemplo, multa de 40% sobre o saldo do FGTS no caso de dispensa sem justa causa (que aliás não se sabe como será avaliada), podem onerar demasiadamente o orçamento familiar.

A prática mostrou que com a regulamentação, grande parte dos empregados domésticos não foram registrados por seus empregadores, mas sim substituídos paulatinamente por diaristas que laborem uma ou duas vezes e, portanto, não caracterizem vínculo trabalhistas, custando bem menos. Restou aos domésticos tornarem-se diaristas para

---

30 Lênio Streck esperneou (como sempre) e defendeu a aprovação da Emenda Constitucional em sua coluna no Conjur, demonstrando total desconhecimento do que é liberalismo ou quaisquer regras básicas da economia, como todo bom “defensor dos oprimidos”. Veja o texto aqui <http://www.conjur.com.br/2013-abr-11/senso-incomum-pec-domesticas-saudade-bons-tempos>.

31 (1) relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa; (2) seguro-desemprego; (3) Fundo de Garantia do Tempo de Serviço; (4) salário mínimo proporcional às horas trabalhadas, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim; irreduzibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo; (5) garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que recebem remuneração por tarefa; (6) décimo terceiro salário com base na remuneração integral; (7) remuneração do trabalho noturno superior à do diurno; (8) proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa; (9) salário família pago em razão de dependente menor de 14 anos ou inválido; (10) duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada mediante acordo coletivo; (11) repouso semanal preferencialmente, aos domingos (embora alguns sindicatos incluam equivocadamente os sábados); (12) gozo dos feriados civis e religiosos sem prejuízo de sua remuneração; (13) remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do valor normal; (14) gozo de férias anuais remuneradas de 30 dias acrescidas de um terço a mais; (15) licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de 120 (cento e vinte dias); (16) estabilidade no emprego desde a confirmação da gravidez até 5 (cinco) meses após o parto; (17) licença paternidade de 05 dias corridos; (18) aviso prévio proporcional ao tempo de serviço de no mínimo 30 (trinta) dias; (19) redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança; (20) benefícios previdenciários (aposentadorias, salário-maternidade, auxílio-doença, auxílio-reclusão e pensão por morte); (21) auxílio-creche, assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade; (22) reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho; (23) seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador; (24) proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil; (25) proibição de qualquer discriminação quanto a salários e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência; (26) proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos.

32 Ejan, Mackaay. ROUSSEAU, Stéphane. op.cit. pp. 4-5

“escapar” da legislação, o que certamente prejudicou não apenas os diversos trabalhadores, que após a medida tiveram que se preocupar em encontrar diversos lares para trabalhar como diaristas e conseguir ganhar o equivalente ao que auferiam em apenas um lar como empregados domésticos, mas, também, as donas de casa que necessitavam de trabalhadores domésticos e carecem de poder aquisitivo para poder contratá-los com as novas (e custosas) exigências legais.<sup>33</sup>

A ausência de uma análise econômica fez com que se defendesse uma medida, julgando-a como uma solução para melhorar a vida dos empregados domésticos, quando na verdade, as alterações prejudicaram tanto eles quanto os tomadores de serviço que deles se beneficiavam.

Em um último exemplo, analisemos segurança jurídica proporcionada pelo ordenamento jurídico no que diz respeito à responsabilidade limitada das sociedades e sua relativização via desconsideração da personalidade jurídica na Justiça do Trabalho.

A proteção ao instituto da personificação autônoma da pessoa jurídica é a pedra chave para um bom ambiente de negócios. Conforme bem explica Marinho, o principal efeito da personificação é a separação patrimonial, que permite aos empreendedores limitar seu risco, conseguindo assim, calcular os seus custos e eventuais prejuízos, em uma tentativa de minimizar custos de transação, já que não precisariam negociar a limitação da sua responsabilidade caso a caso.<sup>34 35</sup>

Em que pese os benefícios de uma responsabilidade limitada, o ordenamento pátrio estabelece exceções, ou seja, casos em que a responsabilidade empresarial atingirá o patrimônio pessoal, relativizando a responsabilidade limitada. Tais hipóteses estão alocadas no art. 50 do Código Civil, teoria maior, positivada para responsabilização de um ilícito, bem como a do art. 28 do CDC, teoria menor, que precede apenas a inadimplência do débito, entre outras positivadas em legislações esparsas.

Tendo em vista que nada dispõe a CLT acerca da desconsideração da personalidade jurídica, mas tão somente a responsabilidade solidária dos grupos de empresas – que em nada

---

33 Interessante aludir que os dados coletados na Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua, do IBGE, mostram que de 2012 pra cá, diminui em 4% o número de empregados domésticos que trabalham em apenas uma casa, tendo aumentado em 12,5% o de empregados trabalhando em mais de uma casa. Veja a notícia aqui: <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2016/11/levantamento-do-ibge-mostra-aumento-no-numero-de-diaristas.html>.

34 MARINHO, Rodrigo Saraiva. A Desconsideração da Personalidade Jurídica na Justiça do Trabalho: uma nova abordagem. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2015. p. 28

35 No mesmo sentido Mackaay, ao asseverar que “a responsabilidade limitada dos acionistas reduz o custo de capital-ações facilitando a discriminar os riscos para os investidores, aumentando a liquidez dos investimentos e reduzindo os custos de fiscalização dos acionistas”. E JAN, Mackaay. ROUSSEAU, Stéphane. Op. Cit. p. 547.

se relaciona com o instituto ora debatido –, dever-se-ia aplicar a teoria maior, tratada no art. 50 do CC, pois, conforme destaca a própria CLT em seu art. 769, as omissões deste diploma devem ser sanadas pelo CPC. Destarte, pelo mesmo motivo, na omissão tocante à direitos materiais, correta é a aplicação de institutos tratados no CC, que é diploma geral.<sup>36</sup>

Contudo, tornou-se praxe na Justiça do Trabalho desconsiderar a personalidade jurídica tão somente com o inadimplemento da obrigação ou a constatação da inexistência de bens da empresa, para se justificar a apreensão dos bens de dos seus sócios, ainda que estes não figurem como parte no processo, argumentando-se que, dado a natureza alimentícia dos créditos trabalhistas, dever-se-ia aplicar a teoria maior da desconsideração por analogia ao CDC.<sup>37</sup> Prega a doutrina majoritária que em sede trabalhista a desconsideração precedia a fraude, abuso de poder ou ato ilícito por parte dos sócios, julgando ser essa a decisão mais justa e que faça jus ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Chegou-se ao entendimento extremo de que: “O ex-sócio que se beneficiou dos lucros advindos da força de trabalho do operário despendida enquanto o primeiro integrava a sociedade que o empregava, responde subsidiariamente pela dívida social contraída pela empresa com o ex-empregado, quando não encontrados bens suficientes para arcar com os débitos trabalhistas, por força dos princípios da função social do contrato, da boa-fé e da desconsideração da personalidade jurídica”<sup>38</sup> além de entender pela “desnecessidade da citação do sócio, atingindo dessa forma um patrimônio de um terceiro que não é parte na relação processual”.<sup>39</sup>

Vê-se claramente que o objetivo destas decisões é de favorecer o trabalhador.

Contudo, além da nítida ofensa a postulados constitucionais<sup>40</sup>, ponderando as consequências econômicas de tal medida em longo prazo, constataremos que pode trazer efeitos deletérios para os próprios trabalhadores, mas, também, para a sociedade de um modo geral.

Conforme bem ponderaram Milton e Rose Friedman, a proteção mais eficaz e segura

---

36 MARINHO, Rodrigo Saraiva. Op cit. Pp. 54-55

37 Processo TRT/BH 00860-2005-081-03-00-4-AP.

38 TRT 5º, Ag. Pet. No 00146-2004-016-05-00-5.

39 TRT/SP – 00944200300902004 – AP – Ac. 12ª. T – 20090622990 – Rel. Delvio Buffulin – DOE 28.8.2009. No mesmo sentido o ACÓRDÃO No 24318/07 5ª. TURMA RECURSO ORDINÁRIO Nº 01167-2002-016-05- 00-6-RO TRT 5

40 Conforme elucida Rodrigo Marinho, “As decisões apresentadas nesse item violam os artigos 1º, 5º, incisos II, XXII, XXXV, LIV, LV, e 93, IX, da Constituição Federal de 1988, além de irem de encontro ao artigo 50 do Código Civil. Desrespeitam, ainda, a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal, demonstrando o abuso do direito processual e prejudicando sobremaneira os investimentos no Brasil.” MARINHO, Rodrigo Saraiva. Op. cit. 65.

para a maioria dos trabalhadores é proporcionada pela existência de numerosos empregadores. Os empregadores que protegem o empregador são aqueles que gostariam de contratá-lo. A concorrência pela mão de obra é a melhor proteção real do trabalhador.<sup>41</sup>

Diante de tal quadro, ausência de um ambiente que proteja a pessoa jurídica, estabelecendo hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica como situação excepcionalíssima, traz-se insegurança ao ambiente de negócios, retirando os benefícios da certeza de uma responsabilidade limitada e reduzindo um incentivo à exploração da atividade comercial no Brasil pelos empreendedores. O efeito indireto e em longo prazo, portanto, é a redução da exploração de atividades comerciais no país, provocando, por ricochete, menos oferta de empregos, bens e serviços, prejudicando os trabalhadores diretamente, com a inexistência de empregos que existiriam em um ambiente de maiores incentivos para atividades empresariais, e indiretamente, com a redução da concorrência que impede o avanço das atividades produtivas com consequente redução paulatina dos preços.

Para alguns, as análises ora realizadas podem parecer um tanto abstratas, contudo, é exatamente esta a função de uma boa análise econômica, trata-se, conforme bem salientou Frédéric Bastiat, de analisar “O Que se Vê e o Que Não se Vê”.<sup>42</sup>

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante de tudo que foi exposto, o que deve ficar claro é que a Economia estuda a ação humana em um ambiente de alocação de recursos escassos, não se tratando de números, finanças, gráficos, entre outros termos que claramente são associados indevidamente pelo senso comum quando se fala deste ramo do conhecimento.

Através das premissas fornecidas pela Economia, o jurista pode estudar as reações dos indivíduos às regulamentações impostas pelo Direito, analisando suas consequências diretas e indiretas, sobre um grupo isolado e sobre a sociedade como um todo, em curto e em longo prazo, para então, ponderar se a medida jurídica que se visa adotar é benéfica ou contraprodutiva ao próprio fim que se presta a atingir ou, ainda, se apesar de atingi-lo, não o faz às expensas de terceiros, ensejando novos problemas tão ou mais graves quanto os que suscitaram a intervenção inicialmente.

As medidas criadas sem qualquer raciocínio econômico subjacente tendem a ignorar as reações dos indivíduos, bem como, as consequências em longo prazo e, conforme os exemplos cautelosamente analisados ao longo deste trabalho, percebe-se que, quando assim

41 FRIEDMAN, Milton; FRIEDMAN, Rose. Liberdade de escolher. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 1980.

42 BASTIAT, Frédéric. Frédéric Bastiat. Trad. Rolnaldo da Silva Legey. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

ocorre, embora de início determinadas intervenções pareçam benéficas e com objetivos nobres, uma análise econômica meticulosa mostra que, na realidade, são inócuas ou maléficas.

O papel não resolve tudo. Não basta uma intervenção estatal para que resolvamos todos os males de nossa sociedade. A economia tem sido pouco debatida nas salas de Direito, sobretudo quando se trata de discutir os males do intervencionismo. A realidade é que o tema tem de ser estudado e debatido por todos que operam no ramo jurídico o quanto antes.

Certo disto, devemos, por meio da análise econômica, saber até onde o Direito ir, pena de regredir querendo avançar. Assim, e somente assim, poderemos ter um direito que atinge os meios visados, do contrário, nomear-nos-emos benfeitores, causando, na verdade, prejuízos incalculáveis.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

DELEITO, Hilda Baião Ramirez. O fim da escravidão e o início dos custos da transação. Artigo publicado nos anais do CONPEDI, 2015, na secção de Direito, economia e desenvolvimento sustentável I.

EJAN, Mackaay. ROUSSEAU, Stéphane. Análise Econômica do Direito. Trad. Rachel Sztajn. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015. p. 9.

FISCHMANN, Felipe. Direito e Economia: um estudo propedêutico de suas fronteiras. Dissertação de mestrado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: 2010.

FRIEDMAN, Milton; FRIEDMAN, Rose. Liberdade de escolher. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 1980.

GALDINO, Flávio. Introdução à Teoria dos Custos do Direito: Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

HAZLITT, Henry. Economia Numa Única Lição. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

HESSE, Konrad. A força normativa da constituição (die normative kraft der verfassung). Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.

IORIO, Ubiratan Jorge. Dez lições fundamentais de escola Austríaca. São Paulo: Instituto Ludwing Von Mises, 2013.

MANKIW, N. Gregory. Introdução à Economia: princípios de micro e macroeconomia. 2ª ed. Trad. Maria José Cyhlar Monteiro. Rio de Janeiro: Elsevier, 2001. 10ª reimpressão.

MARINHO, Rodrigo Saraiva. A Desconsideração da Personalidade Jurídica na Justiça do Trabalho: uma nova abordagem. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2015.

NADER, Paulo. Curso de Direito Civil. Vol. 2. Obrigações. 8ª ed. São Paulo: Editora Forense, 2016.

NUSDEO, Fábio. Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2005.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é “Direito e Economia” In: Direito & economia. Luciano Benetti Timm (org.), 2ª ed., rev. E atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é “Direito e Economia” In: Direito & economia. Luciano Benetti Timm (org.), 2ª ed., rev. E atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

\_\_\_\_\_. O que é pesquisa em Direito e Economia. Caderno Direito GV. v. 5. N. 2. Março, 2008. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2811/caderno%2520direito%252022.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>

Tartuce, Flávio. NEVES, Daniel Amorin Assumpção. Manual de direito do consumidor: direito material e processual. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: MÉTODO, 2014.

VON MISES, Ludwig. Ação Humana: um tratado de economia. – São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

ZYLBERSZTAJN, Decio. SZTAJN, Rachel (org). Direito e Economia: análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Editora Cam

# DA PRIMEIRA PRESIDENTA DA REPÚBLICA ELEITA A UMA PRIMEIRA DAMA “BELA, RECATADA E DO LAR” OU SOBRE COMO O MACHISMO ESTRUTURAL REVELA A FRAGILIDADE DEMOCRÁTICA BRASILEIRA

Emmanuella Magro DENORA<sup>1</sup>  
Fernando de Brito ALVES<sup>2</sup>

## RESUMO

O presente texto, utilizando-se da metodologia crítico-dialética, parte da premissa da perspectiva de gênero no que se refere à condição da mulher, secundarizada numa estrutura falocentrada socialmente, cujas violências simbólicas exercidas pela misoginia e que restam ocultas nessa mesma estrutura demonstram, como consequência, quão frágil o exercício democrático em igualdades e liberdades se revela na prática, e como a ausência de políticas públicas que abordem questões de gênero e direitos das mulheres sedimentam e ratificam a pouca cultura democrática, em interesses de manutenção do *status quo*, presumivelmente. Com escopo ilustrativo prático utilizou-se o processo de impedimento da primeira mulher eleita Presidenta da República no Brasil.

**PALAVRAS-CHAVE:** Participação Política das Mulheres; Democracia Brasileira; Direitos das Mulheres.

## ABSTRACT

The present text, using the critical-dialectic methodology, starts from the premise of the gender perspective with regard to the condition of the woman, secondary in a socially phalluscentric structure, whose symbolic violence exerted by the misogyny and that remain hidden in the same structure, as a consequence, how fragile the democratic exercise in equality and freedoms unfolds in practice, and as the absence of public policies that address gender issues and women's rights sediment and ratify the little democratic culture, in the interests of maintaining the *status quo*, presumably. To illustrate was used the process of impeachment of the first woman elected President of the Republic in Brazil.

**KEY-WORDS:** Political Participation of Women; Brazilian Democracy; Rights of Women.

## 1. INTRODUÇÃO

- 1 Mestranda em Ciência Jurídica na Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP 2016-atualmente), Campus Jacarezinho. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL 2008). Especialista em Direito do Estado pela Universidade Estadual de Londrina (UEL 2009). Advogada (2008). Professora de Direito Constitucional, Direito Penal e Processo Penal (2013-atualmente). Pesquisa sobre questões de Direitos Humanos e Direitos das Mulheres. E-mail: denora.adv@gmail.com
- 2 Advogado. Doutor em Direito pela Instituição Toledo de Ensino - ITE / Bauru-SP (2012). Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP Possui graduação em Filosofia pela Universidade do Sagrado Coração e graduação em Direito pela Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro da Universidade Estadual do Norte do Paraná, é especialista em História e historiografia: sociedade e cultura pela Faculdade Estadual de Filosofia, Ciências e Letras da mesma Universidade. Atualmente é Assessor Jurídico da UENP, Editor da Revista Argumenta (*Qualis B1*), e da Revista Intervenção, Estado e Sociedade [RIES], professor adjunto da UENP, onde coordena o Programa de Pós-graduação (Mestrado e Doutorado) em Ciência Jurídica, e professor das Faculdades Integradas de Ourinhos. Realizou estágio de pós-doutorado no *Ius Gentium Conimbrigae* da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2013-2014). Tem experiência na área de Filosofia Política e Direito. E-mail: fernandobrito@uenp.edu.br

A mulher, em e por sua condição de gênero, tem ocupado historicamente através do percurso humano (ocidental, cuja tradição política e social alcança-se e cuja cultura resta aproximada) papéis invisíveis na estrutura da sociedade – machista, patriarcal e falocentrada (como ordem de compreensão que favorece o masculino). A condição de sujeito da mulher o é na condição de “outro”, em alteridade; quando muito, inicialmente, a ela é permitida a ocupação de e nos espaços privados, mas os espaços públicos, inicialmente, são proibidos, e mais recentemente mitigados, como veremos no desenvolvimento desse texto.

A partir da primeira onda do feminismo, o posicionamento das mulheres a fim de busca por direitos políticos – mais especificamente direito ao voto – não de pronto galgou representatividade eletiva para as mesmas, mas a sorte lançou-se nesse sentido, e as conjunturas econômicas e políticas sobretudo no pós-guerra (Segunda Guerra Mundial) efetivaram a presença da mulher em ambientes a elas antes negado – elas deixaram de ser unicamente donas de casa para também ocupar espaços públicos na participação econômica – portanto agora visível - da sociedade.

As modificações das estruturas de base social no mercado de trabalho impuseram uma reestruturação hierarquizada de, afinal, até onde uma mulher pode chegar na ocupação dos espaços, haja vista que a elas nem todas as oportunidades eram dispostas igualitariamente. Formal e materialmente era impossível a uma mulher estar em cargos de chefia – sobretudo chefia eletiva do mais alto cargo executivo de um país.

Quando formalmente as barreiras da desigualdade de gênero se dissiparam, no caso do Brasil com a declaração constitucional de 1988, em que, ao estabelecer o regime democrático de Direito também declarou a igualdade formal entre homens e mulheres, bem como estabeleceu meios para a igualdade material de gênero, discriminando positivamente em algumas questões (previdenciária e trabalhista, por exemplo), revelou-se a oportunidade que em algum momento se concretizaria: a de se ter a primeira mulher Presidenta da República.

Tal conjuntura, quando efetivada, sobretudo após a reeleição de Dilma Roussef, pelo embate eleitoral acirrado havido, revelou também – entre tantas revelações pouco republicanas na história recente do Brasil - como o machismo e a misoginia se destacam nessa estrutura que por ser de tanto presente se faz fator não revelado, porque é a própria estrutura, que atravessa quase que incontestemente, no qual a líder da nação ser uma mulher incomoda muito mais do que, exemplificativamente, a significativa diferença etária entre seu substituto e sua esposa; além de, em comparação, os adjetivos atribuídos à ora primeira-dama, que a colocam onde a sociedade (brasileira) vê, simbólica e naturalmente, o *locus* da mulher: na condição de *bela, recatada e do lar*.

Assim, a partir do questionamento sobre o quanto afinal às mulheres efetivamente se possibilita em igualdade e liberdade material no Brasil e a relação desse *quantum* à maturidade democrática do país, resultou-se neste artigo, de cunho absolutamente não extensivo, através da metodologia crítico-dialética, com o escopo de revelar a incidência do machismo estrutural que se esconde nos discursos e tratamentos e nas violências simbólicas de gênero, que diminuem a mulher e a condicionam como o próprio ser pejorativo, e como a ausência de políticas públicas de fomento de uma cultura democrática substantiva, em promoção dos espaços políticos pelos movimentos sociais bem como pelo próprio Estado refletem e mantêm condicionante tais fatores.

## **2. O PAPEL DA MULHER NA HISTÓRIA: DO ESQUECIMENTO À SECUNDARIZAÇÃO**

Na ciência da memória a participação das mulheres passou a ser observada com mais zelo a partir do século XX, mesmo em razão das conjunturas propícias para tanto. Todavia, o que na História revelou-se é que encontra-se a mulher onde não se diz. A mulher está inserida historicamente quando muito em nota de rodapé, podendo-se mencionar as personagens históricas em participações pontuais ou mesmo sendo ignoradas, daí afirma-se que a *história da mulher é uma história do esquecimento*, e que a partir de sua inclusão recente quase que obrigatória na ocupação dos espaços, a elas ficou reservado um papel coadjuvante, subsidiário, secundarizado. Condição esta que passou a ser fortemente problematizada pelas várias linhas feministas, tornando o espaço para debates nessa seara bastante fértil e sendo levantadas questões de importância basilar para o autoconhecimento do sujeito como grupo e como indivíduo.

Naquilo que se refere ao machismo estrutural e sua sedimentação naturalizada e diluída, a História, como condição de ciência da memória foi muito importante na contribuição misógina proferida com respaldo “científico” nesse sentido. Assim, a história (como todas as estruturas) é masculina.

Ao nos apresentar a obra de Michelle Perrot (2016), Carla Bassanezi Pinsky revela que

No século XVIII ainda se discutia se as mulheres eram seres humanos como os homens ou se estavam mais próximas dos animais irracionais. Elas tiveram que esperar até o final do XIX para ver reconhecido seu direito à educação e muito mais tempo para ingressar nas universidades. No século XX descobriu-se que as mulheres têm uma história e, algum tempo depois, que podem conscientemente tentar toma-la nas mãos, com seus movimentos e reivindicações. [...] A história das mulheres [...] deve estar presente nas escolas, nas TVs e rádios brasileiras, no judiciário e no legislativo, assim como na elaboração de políticas públicas (PERROT, 2016. p. 11)

Já nos gregos a tentativa de conceituação de uma “natureza feminina” com o escopo de condicioná-la no papel de reprodutora e parentesco tão somente (papel este reiterado no estruturalismo de Claude Lévi-Strauss) já era evidente. Platão ao conceituar a mulher diz que a natureza feminina é enganadora, vinculada às artes menores e ligadas ao fútil (TIBURI, 2016). Aristóteles estabelece de maneira mais radical a diferenciação e superioridade masculina reduzindo a condição da mulher à condição de um vaso que somente se espera que seja um bom receptáculo, posto que elas se movem nas fronteiras da selvageria, aproximando-se mais dos animais que dos homens – estes o símbolo da perfeição e manifestação da razão. Elas são modelagens inacabadas, homens não finalizados (PERROT, 2016. p. 23).

O pensamento aristotélico foi orientador, na condição de clássico que é, do que se considera na diferença de sexos, sendo ele, inclusive, quem justifica a dicotomização dos espaços, sendo que, a ele, justamente em relação à inferioridade e participação necessária na reprodução humana, o local adequado à mulher é o da reclusão em casa, no espaço da vida *zoé* (vida animal, estruturante, de procriação, como escravos e animais), enquanto ao homem, por ser o acerto da natureza (pode acontecer de haver uma mulher inteligente, mas tão somente como exceção, já que é fato contra-natural), fica reservada a vida da *pólis*, a vida do cidadão, vida pública – que aos gregos é o que realmente importa (TIBURI, 2016).

A Idade Média é muito rica em criar a imagem da mulher em sua perversidade. As vozes femininas ainda são silenciadas, sendo pontuais as autoras que conseguiam algum espaço nas letras<sup>3</sup> - afinal, sua condição ainda impunha a vida *zoé* como única possibilidade de existência. Porém, ainda que como erro da natureza, a mulher começa a participar da vida pública nos ambientes da nobreza e mais adiante nas casas burguesas que educavam suas filhas – e então passam a ser um erro de cultura, haja vista que falam demais.

A mulher é um ser tão assustador para os homens que ela passa a ser o inimigo útil (funções domésticas e reprodutivas, afinal) mas inconfiável – como Eva. Foram colocadas na vida do homem para perturbá-los, seja por sua inferioridade seja pela tentação. Nesse período há uma junção do religioso com aquilo que é propriamente ginecológico (no sentido de corpo feminino). A carne, substanciada no corpo das mulheres é o próprio lugar do pecado, onde o diabo habita, e o diabo - como as mulheres – é traiçoeiro. A própria estetização da feminilidade e o fato de que as mulheres têm o hábito (enganador) de se maquiar as

3 De acordo com PERROT (2016. p. 31-32), “*tais foram os caminhos das primeiras mulheres que escrevem, das pioneiras da escrita: Safo, a misteriosa poetisa grega [...]; a religiosa Hildegarde de Bingen [...]; Marguerite Porete, morta na fogueira como herética no século XIV; Catarina de Siena, letrada e conselheira do Papo; a grande Christine de Pisan, cuja obra La cité des Dames marca uma ruptura no século XV. ‘Em minha loucura eu me desesperava por Deus me ter feito nascer num corpo feminino’, dizia ela numa sede de igualdade que saía por todos os poros desde o período pré-renascentista.*”

posicionam no nível da superficialidade e do engodo – por onde a estrutura misógina enraíza-se e colhe os frutos ainda hoje, na segunda década do século XXI.

A Inquisição fomentou um extermínio feminino significativo considerando o período, sobretudo após a publicação do *Malleus Maleficarum* (Martelo das Bruxas) dos dominicanos Kraemer e Sprenger (1486). Mesmo a obra não tendo a confirmação por seus pares teólogos de sua condizência com a realidade, foi um *best seller* para a época, tendo aproximadamente vinte edições, nas quais se dizia como identificar uma feiticeira e suas práticas, sendo conveniente sempre julgar pelo pior e na dúvida, condenava-se ao fogo purificador.

Elas foram maciçamente presas e queimadas, principalmente na Alemanha, na Suíça e no leste da França atual (Lorena, Franche-Comté), mas também na Itália e na Espanha. Estima-se cem mil o número das vítimas, sendo 90% de mulheres. A onda de repressão, iniciada ao final do século XV, e da qual Joana d’Arc, de certo modo, foi vítima, exacerbou-se nos séculos XVI e XVII. Fato desconcertante, pois coincide com o Renascimento, o humanismo, a Reforma. Os protestantes concordavam com os católicos que as feiticeiras eram nocivas. O que explica a posição da Alemanha na geografia das fogueiras. [...] Em nome da ciência, a racionalidade ocidental erradica as figuras de alteridade: o judeu, o estrangeiro, a feiticeira. Essa história confirma a reflexão ulterior de Adorno e Benjamin segundo os quais existe um vínculo entre o processo de civilização e a barbárie, o progresso e a violência. As feiticeiras aparecem como bodes expiatórios da modernidade (PERROT, 2016. p. 89)

No pensamento liberal clássico, predomina a teorização de um gênero humano não genérico, composto apenas de *veri homines*, amputado de sua metade feminina e de sua porção criança: a mulher e o menor são subsumidos em uma comum incapacidade jurídica em matéria de questões públicas. Assim, durante muito tempo a modernidade filosófica pensou o gênero humano pela metade. Com efeito, o universalismo afirmado pelo modelo liberal é limitado e desatento na atribuição e no reconhecimento de uma subjetividade política *para todos* (PIERUCCI, 2013. p.111-112).

Rousseau deixa muito claro seus posicionamentos excludentes no que se refere à mulher na obra *Emílio*, onde disserta sobre a formação e educação de crianças<sup>4</sup> – homens, já que as mulheres não precisam ser educadas. As mulheres, para ele, devem ser o máximo invisíveis, reafirmando sua insignificância e subsidiariedade, escrevendo a D’Alambert que “*uma mulher que se mostra se desonra. [...] A audácia de uma mulher é sinal certo de sua vergonha*” (in PERROT, 2016. p.128). Com ele, sobre o tema, Mary Woollstonecraft teria discussões sobre a igualdade de oportunidades e a defesa de uma educação igualitária para homens e mulheres, como defeso em sua obra *Reivindicação dos Direitos das Mulheres*,

---

4 Rousseau, ironicamente, não obstante entender a inferioridade da mulher, teve como mecenas duas amantes viúvas ricas; a primeira, deixada quando ela passou por dificuldades financeiras, e com a segunda, com quem teve cinco filhos, todos abandonados em orfanato, apesar de escrever sobre como deveria ser a educação dos meninos quando criança.

considerado o primeiro grande manifesto feminista (todas as manifestações anteriores já citadas são classificadas como pré-feministas). Quando confrontada sobre a diferença em questões de força entre os sexos, diz que conforme a razão se eleva o uso da violência e da força bruta se fazem desnecessários, marca do progresso e da civilização (BIROLI; MIGUEL, 2014. p. 63).

Immanuel Kant (1724-1804), figura central da filosofia moderna, por sua vez, dá às mulheres a condição de naturalmente servirem para enfeitar. Associa as mulheres ao belo, e os homens ao sublime: eles podem agradar e desagradar ao mesmo tempo, enquanto elas se prestam unicamente para agradar. A atuação intelectual da mulher não é encantadora, e a *misoginia* uma característica propalada nas esferas de conhecimento (LINO, 2008).

Conforme nos relata Vladimir Brega Filho e Fernando de Brito Alves (2013), baseados na citação referida,

De acordo com Carla Bussanezi Pinsky e Joana Maria Pedro (2003, p. 269) a maior parte dos homens que apoiavam a Revolução Francesa, independentemente de suas convicções políticas ou filosóficas, não achavam que a liberdade, a fraternidade e a igualdade estendiam-se às mulheres, e que, apesar de sua importância considerável para a consolidação da Revolução, deveriam voltar para a vida doméstica, onde desfrutariam dos benefícios da Revolução sem subverter a ordem natural das coisas. Como o papel das mulheres fora relegado ao lar, suas primeiras lutas estavam relacionadas com os seus interesses de donas de casas, reivindicando o controle dos preços e que o Estado tivesse postura mais protetiva com os menos favorecidos. Suas reivindicações não foram atendidas.

Com Simone de Beauvoir (2016) a construção misógina na história da representação da humanidade modificou-se a ponto de poder-se afirmar com segurança o marco teórico que a autora representa para o feminismo, posto que é ela quem desestrutura a “natureza feminina” e observa a questão de *secundarização* da mulher ao longo da história. Beauvoir afirma que as mulheres são marcadas pelo sexo – a estrutura de Simone é binária, homem x mulher, entretanto, a diferenciação que ela traz no espectro de mulher como construção vem a ser basilar para a conceituação de *gênero*, e *sexo* passando a ser uma categoria biológica – e elas são reduzidas a este na condição de alteridade e compreensão de si a partir do homem, na condição de não-sujeito, porque objeto dentro da história – masculina - , que constrói a mulher. Daí compreender sua célebre frase de que “*Ninguém nasce mulher: torna-se mulher*”<sup>5</sup>, que questiona o lugar do destino biológico como fundamento para a afirmação da existência de uma natureza feminina enfatizando que

A humanidade é masculina, e o homem define a mulher não em si, mas relativamente a ele; ela não é considerada um ser autônomo. [...] Ela não é senão o

---

5 Na edição usada neste artigo, literalmente como “*Todo ser humano do sexo feminino não é, portanto, necessariamente mulher; cumpre-lhe participar dessa realidade misteriosa e ameaçada que é a feminilidade*” (BEAUVOIR, 2016. p.9-10). Porém no texto utilizou-se a tradução clássica e popular para efeitos textuais.

que o homem decide que seja; daí dizer-se o “sexo” para dizer que ela se apresenta diante do macho como um ser sexuado: para ele a fêmea é sexo, logo ela o é absolutamente (BEAUVOIR, 2016, p.12)

Inevitavelmente a questão da igualdade de gênero, assunto tão caro para as mulheres e demais grupos minoritários socialmente, conduz a perguntas no sentido de busca de uma identidade feminina e em relação a quem essa identidade se revela e se diz, e o questionamento de uma *igualdade em relação a quem*? Posto que se igualar à condição de homem branco cisgênero burguês heteronormativo<sup>6</sup> é inevitavelmente inverter a ordem de opressão e perpetuar uma estrutura que nega-se em condição justamente do que impõe aos que são considerados “outros”.

O que é afinal a condição feminina e qual o paradigma a ser superado para que se revele uma identidade própria a partir do ser ou a partir de uma estrutura misógina, e como essa estrutura contamina e condiciona o próprio ser político.

Nesse sentido, Judith Butler (2015), em *Problemas de Gênero*, cria um diálogo entre **sexo** e **gênero** justamente para problematizar a questão da identidade, sobre o que seria a identidade feminina, não reduzindo o feminismo, evidentemente, à questão da identidade, mas o considerando como marco. Estabelece premissas em hipóteses<sup>7</sup> sobre a identificação identitária a certos grupos considerando a questão de gênero, não obstante reconheça ser algo que não favoreça os sujeitos “marcados”<sup>8</sup> como tal. O papel dessa identidade não pode simplesmente ser negado, portanto uma identidade feminina, no contexto do feminismo em nossa cultura é uma identidade histórico-circunstancial que deve ser pensada em termos políticos. De acordo com Butler, ser mulher é um dever de auto-afirmação (ainda que uma armadilha da naturalização filosófica), e somente assim cabe proceder se isso servir como estratégia política. Butler nega tanto o gênero como o sexo, considerando ambos construção cultural da humanidade. Ambos são performativos na questão da identidade<sup>9</sup> (não somente o

---

6 Essa supremacia presumida do sujeito homem branco cisgênero burguês heteronormativo é internalizada a ponto de que reflete tal moral burguesa ainda que não seja o sujeito em condição de opressão um burguês *stricto sensu*, o que justifica o fato de que ainda que as mulheres não sejam numericamente uma minoria, a recusa delas em se reconhecer na condição de “outro” – porque o fazendo haveria a renúncia em relativas “vantagens” havidas perante a casta superior. O que confere realidade quando Beauvoir diz que “Assim também o mais medíocre dos homens julga-se um semideus diante das mulheres” (p. 21).

7 Ao tratar sobre a Teoria Queer, especificamente sobre a obra e estilo argumentativo de Butler, “*um ‘se’ que não é discutido logo se torna a base incontestável para novas conclusões. Com efeito, a falta de maior rigor na argumentação, o vocabulário intrincado e os excessos retóricos são alvos permanentes na crítica feita não somente à Butler mas à teoria queer em geral. Outro flanco de crítica é o foco exclusivo nos mecanismos discursivos de produção da dicotomia homem/mulher, deixando de lado a materialidade das práticas e das instituições que reproduzem a diferença de gênero ou, se se preferir, de heteronormatividade*” (MIGUEL&BIROLI, 2014, p. 83).

8 “Identidade” na obra de Butler funciona como o termo “marcação” na obra de Simone de Beauvoir. Em que a identidade seria uma marcação, a partir dessa identidade se define uma consciência de percepção da própria condição de violência sofrida.

9 A performatização a que se refere a autora é no sentido de que se veste e teatraliza-se na estrutura binária

gênero) como categoria construída; ainda assim, percebe a importância da identificação em identidades, nas marcações de grupos, se tal categorização assim for feita como politização do ato em si e (re)conhecimento da própria condição da identidade, como se tal reconhecimento das opressões e violências vividas e experimentadas – como sujeito e como grupo – em seu ato de politização por si libertasse a condição de identidade (marcação). Para a filósofa, gênero é o núcleo de um processo ativo que nos forma.

É essa consciência da opressão e do que oprime – no caso em estudo, o machismo estrutural presente e formador do conjunto sócio-político brasileiro – que permite a criação de políticas públicas em vetor contrário a essa perpetuação não revelada. Neste momento temos a inegável contribuição das Ciências Jurídicas e teorias democráticas inclusivas para o desenvolvimento de uma sociedade plural entendidas sob uma perspectiva feminista do Direito, quando o feminismo em si exerce uma de suas funções, no caso, o de desconstruir lugares comuns que “sempre” existiram, sobretudo no espectro científico, enquanto não havia um espaço histórico – como a democracia hoje - que recepcionasse os “invisíveis”.

### **3. DO ESPAÇO PRIVADO AO PÚBLICO: DA IMPORTÂNCIA DA REPRESENTATIVIDADE PARA A IGUALDADE MATERIAL NUMA DEMOCRACIA**

Declarada a estrutura de alteridade da mulher na estrutura social, que se dá de modo não declarado, como de condição das opressões em geral, que não se revelam, bem como resultado do discurso oficial corroborado por filósofos e pensadores em toda a história da humanidade, reproduzindo o falocentrismo<sup>10</sup> por meio de legislação (auferindo legitimidade à estrutura sociocultural), é necessário contabilizar os fatores institucionais da repetição da divisão de gêneros. Também é importante analisar o papel que o Estado possui ao ratificar e reforçar as prescrições e proscricções do patriarcado privado como se público fosse, com a finalidade de gerir e regulamentar a existência quotidiana da unidade doméstica (BOURDIEU, 2012. p. 105) que impõem uma feminilidade vinculada à condição de reprodução compulsória condicionando a existência da mulher e tolhendo na prática seu exercício na *polis*.

Assim, o Estado, pela obra dos legisladores e administradores públicos ao não prever nem estruturar, adequadamente, políticas públicas voltadas à afirmação dos direitos das

---

(como homem e como mulher) e falocêntrica, que concomitantemente estabelece um regime de diferenciação, bem como favorece a heterossexualidade compulsória.

10 Bourdieu utiliza os termos “androcentrismo” e “androcêntrico” em *A Dominação Masculina*, obra referenciada. Entretanto, com a finalidade de manter uma unidade terminológica, utiliza-se neste artigo o termo “falocentrismo/falocêntrico” em substituição.

mulheres, acaba por impor, historicamente, a visão ultraconservadora que faz da família patriarcal o princípio e modelo da ordem social como ordem moral, fundamentada na preeminência absoluta dos homens em relação às mulheres, dos adultos sobre as crianças e na identificação da moralidade com a superioridade da força física e o domínio do corpo, lugar de tentações e de desejos. Com isso, os Estados modernos inscreveram no direito, todos os princípios fundamentais da visão falocêntrica (BOURDIEU, 2012. p. 105).

Na esteira de Beauvoir, “*é do ponto de vista das oportunidades concretas dadas aos indivíduos que julgamos as instituições*” (p. 25) e o papel do Direito nesse sentido não se resume a prever uma igualdade formal – o que é significativo, mas não o bastante – visto que

Tal como a igualdade perante a lei introduzida pela Revolução Francesa veio proibir que pobres e ricos dormissem debaixo das pontes, também nos dias de hoje a igualdade perante a lei não impede práticas discriminatórias. As leis sobre a igualdade de tratamento não produzem, por si só, resultados iguais e justos, nem no plano individual nem no plano coletivo. Muitas vezes acontece precisamente o contrário, isto é, para que haja igualdade é necessário um tratamento desigual, de forma a garantir às partes ou grupos desfavorecidos oportunidades de igualdade de mérito equivalente. (DAHL, 1993. p. 4)

Deste modo, o compromisso democrático advindo com a Constituição da República é um giro copernicano se considerarmos o tratamento jurídico anterior de inferioridade legal dado às brasileiras. A declaração de igualdade de deveres e direitos em geral (art. 5º, inc. I, CR), bem como nas obrigações familiares e de planejamento, e o reconhecimento da união estável como entidade familiar (art. 226 e parágrafos, CR) foram significativas. Também a elas garantiu-se que não haveriam práticas discriminatórias laborais (art. 7º, inc. XXX, CR), com a clara finalidade de promover a inclusão das mulheres em espaços públicos e legitimá-las em igualdade nos espaços privados, além de considerá-las em igualdade em relação aos homens, cujos efeitos legais vão além dos aspectos meramente declaratórios.

O reconhecimento das mulheres como sujeitos legais em estatura formal de igualdade trouxe a incorporação da afirmação de que os direitos das mulheres são direitos humanos – logo, direitos fundamentais – o que não automaticamente implica num reconhecimento social dessa estatura material de igualdade. Logo, se o Direito, lido através da concepção democrática substantiva que tem no próprio Estado movimentador do espaço político, propulsor em conjunto com os movimentos sociais civis, em atuação adequada para confirmação das competências do Estado e implementação efetiva democrática em inclusão social de minorias necessariamente relacionadas com direitos fundamentais e pleno exercício de direitos civis e sociais, apto a conjugar métodos da democracia deliberativa e da democracia agregativa, cujo protagonismo estatal vem a ser no sentido de ser um coordenador de fluxo de interesse e articulador de uma ideia pluralista de bem-comum (ALVES, 2013),

sendo capaz de fomentar a inclusão e a transformação da realidade social.

A possibilidade de protagonismo do Judiciário em casos de direitos fundamentais é aceita a níveis moderados (sob a evitação de uma república de togas) com a finalidade de efetivação de inclusão democrática e participação popular, seja por meio do Ministério Público seja pela própria sociedade civil em exercício de petição por reconhecer no direito processual meio de promoção, bem como ao Direito e sua estrutura material também - e até mesmo por isso - compete prever regulamentações de como romper tais estruturas assimétricas de poder (CAMBI, 2016) e hegemônicas da dominação masculina, posto que em o Direito negando-se a este papel proativo, tal ciência se assume como sempre o foi, constituinte e ratificadora de

uma enorme parcela da hegemonia cultural dos homens, numa sociedade como a nossa, e uma hegemonia cultural significa que aceitar uma visão da realidade específica dum grupo dominante é considerado como sendo normal no enquadramento da ordem natural das coisas, mesmo por quem, na realidade, lhe está subordinado. É assim que o Direito contribui para manter a posição do grupo dominante. (DAHL, 1993, p. 6)

Que é justamente o paradigma que visa-se romper ao considerar uma perspectiva feminista do Direito, afirmando o rompimento com fórmulas em que a sociedade cria um padrão de comportamento cujas perspectivas e expectativas de tal realidade social são limitadas, condicionando as mulheres em menores oportunidades de obterem posições de liderança na sociedade, advindas de tempos em que o acesso a educação e cargos públicos eram negados a elas (DAHL, 1993. p. 52).

Consta da primeira publicação de *O Segundo Sexo* a data de 1949. E já neste ano Beauvoir (2016. p. 23) desconstrói essa relação de igualdade democrática formal, “*mas não muito*”, e estrutura que

a maioria dos homens não assume explicitamente essa pretensão. Eles não *colocam* a mulher como uma inferior; estão hoje demasiadamente compenetrados do ideal democrático para não reconhecer todos os seres humanos como iguais. [...] O homem pode, pois, persuadir-se de que não existe mais hierarquia social entre os sexos e de que, *grosso modo*, através das diferenças, a mulher é sua igual. Como observa, entretanto, algumas inferioridades – das quais a mais importante é a incapacidade profissional – ele as atribui à natureza. Quando tem para com a mulher uma atitude de colaboração e benevolência, ele tematiza o princípio da igualdade abstrata; e a desigualdade concreta que verifica, ele não a *expõe*. Mas, logo que entra em conflito com a mulher, a situação se inverte: ele tematiza a desigualdade concreta e dela tira autoridade para negar a igualdade abstrata. Assim é que muitos homens afirmam quase com boa-fé que as mulheres *são* iguais aos homens e nada têm a reivindicar, e, *ao mesmo tempo*, que as mulheres nunca poderão ser iguais aos homens e que suas reivindicações são vãs. É que é difícil para o homem medir a extrema importância de discriminações sociais que parecem insignificantes de fora e cujas repercussões morais e intelectuais são tão profundas na mulher que podem parecer ter suas raízes numa natureza original. [*grifos no original*]

E tal atitude excludente tácita se reflete na ausência de lugares de liderança ocupados

por mulheres, lugares estes tradicionalmente vinculados ao masculino pela papel social que exerce. Compreender a construção estrutural patriarcal é base necessária e imprescindível para a maior conscientização e visualização do papel que o gênero, como construção cultural, sujeitou as pessoas a partir da reprodução do *habitus* dominante (BOURDIEU, 2007.p.162-211). Tal construção patriarcal também serve como método de perpetuação do *status quo* a começar pela divisão socialmente construída entre os sexos, como naturais, evidentes, e adquire, assim, todo um reconhecimento de legitimação.

Por não serem percebidos os mecanismos subjacentes, tais como os que fundamentam a concordância entre as estruturas cognitivas e as sociais, e, por isso, a experiência dóxica do mundo social, os efeitos simbólicos da legitimação são imputados a fatores que decorrem da ordem da *representação* mais ou menos consciente e intencional (“ideologia”, “discurso”, etc), que constrói o mundo social como depositário de princípios de visão e de divisão sexualizantes (BOURDIEU, 2012. p. 17-18), que implicam necessariamente determinados locais naturais de ocupação e funções sociais imanentes, replicando o que desde os gregos (e confirmado pelo séquito intelectual que prosseguiu no tempo nessa vertente) se estabeleceu como o espaço feminino sendo o espaço “do lar”, capitalizando suas funções reprodutivas (“recatada”), e investindo em ser “bela”, a fim de não provocar incômodos, enquanto o homem pode se ver livre para estabelecer e organizar o mundo.

Assim funciona a ordem falocentrada e a ausência de representação diversa é uma violência simbólica no sentido de que impõe à mulher a naturalização de que não ocupe determinados espaços – de liderança, chefia e mando, e que não questione - e inclusive confirme - o entendimento nesse sentido, e é importante incorporar nas problematizações de gênero o fato de que tais relações

impactam as experiências, mas o exercício do poder – assim como as formas de dominação e de exploração – se dá também internamente ao grupo “mulheres”. Uma democracia igualitária depende, portanto, do enfrentamento daquilo que faz rodar as engrenagens do gênero, mas também as de classe e de raça (BIROLI; MIGUEL, 2014. p. 14)

O que mantém a violência simbólica estruturada pela dominação masculina possibilitando as condições de exercício é justamente a primazia dada aos homens afirmadas na objetividade de estruturas sociais e de atividades produtivas e reprodutivas, com base em divisões sexuais de atividades e atribuições, conferindo aos homens a melhor parte, a mais prestigiosa, remontando às estruturas do *habitus* trazidas por Bourdieu (2012. p. 45), que molda as condições como matrizes perceptivas de como agir socialmente aos membros que

consideram tais modos de agir e pensar universalmente partilhados, que impõem-se a cada agente como transcendentais – “é assim porque assim que sempre foi” sem questionar por que sempre foi assim -, o que reveste a visão falocêntrica como a de senso-comum, que permitem que as próprias mulheres reproduzam a dominação, que Bourdieu chama de adesão dóxica (o que explica as vozes femininas que utilizavam os argumentos misóginos, dificultando as questões de representatividade de gênero).

Isso atinge diretamente o âmago do ideal democrático moderno, que objetiva a inclusão de todos os grupos nos papéis de representatividade com o escopo de zelo e possibilidades de igualdade e liberdades materiais equânimes. Igualdade material no sentido de tratamento igualitário considerando as diferenças inerentes como fator de integração bem como as liberdades básicas de ser - de ser em condições de igualdade de respeito e tratamento sem diminuição das capacidades de posicionamentos nos espaços vinculadas ao gênero.

#### 4. O GOLPE TAMBÉM FOI MISÓGINO

Os fatores jurídico-políticos que levaram à cabo o procedimento e condenação parcial em *impeachment* (que aqui batiza-se por golpe, pelo conjunto de significâncias que a palavra significa) – em que ocorreu a perda do mandato porém houve a manutenção dos direitos políticos<sup>11</sup> – da Presidenta (reeleita) da República Dilma Rousseff foram vários, por óbvio<sup>12</sup>. Para a análise e enfoque neste estudo, debruçar-se-á àquele que é um fator “oculto”: o machismo estrutural presente na sociedade brasileira cujas violências simbólicas se manifesta(ram) essencialmente no tratamento e adjetivações atribuídos à Presidenta<sup>13</sup>, e do modo como mesmo antes da concretização do Frankenstein jurídico que criou-se para justificar o “*crime de responsabilidade*” imputado nas chamadas “*pedaladas fiscais*”, em contrapeso, passou-se a usar da imagem (“bela”) e postura (“recatada”) daquela que viria a ser a Primeira-dama como demonstração de “feminilidade” e local ideal da mulher (“do lar”) numa clara exposição simbólica de um retorno à “ordem natural” das coisas.

---

11 Entendimento diverso houve no procedimento de *Impeachment* de Collor (1992), que o STF firmou-se no sentido de que a pena não poderia ser modulada, a fim de evitar que com a renúncia (Collor renunciou em plenário antes de iniciar a sessão no Senado) ele mantivesse seus direitos políticos e viesse a concorrer a mandato eletivo em sequência. Passados os 8 anos ele veio a ser eleito senador por Alagoas, onde se mantém desde então.

12 O ponto de vista da própria Presidenta analisando a conjuntura e os vários fatores – desde a imprensa antidemocrática e pouco republicana, atravessando questões econômicas e machismo – pode ser lido na entrevista disponível em < <http://www.pagina13.org.br/revista-esquerda-petista/entrevista-exclusiva-dilma-rousseff-sem-censura-ou-quase/#.WUtWYxPyvBJ> > Acesso em 21/junho/2016.

13 Nesse sentido, conferir interessante análise de Brunna Rabelo Santiago e Maurício Gonçalves Saliba, intitulada *Bailarinas não fazem política? Análise da Violência de Gênero Presente no Processo de Impeachment de Dilma Rousseff*. Disponível em < <http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/916> > Acesso em 21/junho/2017.

O feminismo se define pela construção de uma crítica que vincula a submissão da mulher em âmbito doméstico à sua exclusão do público (BIROLI; MIGUEL, 2014. p.19 e p. 32) e é exatamente por essa afirmativa que o golpe se revela misógeno. Os meios de comunicação de massa, quando optaram por quebrar o silêncio sobre Marcela Temer, esposa 43 anos mais jovem que o atual ocupante da presidência da República<sup>14</sup>, e a adjetivarem num tom que, não obstante as críticas pelo machismo escancarado, buscava agradar a parcela de seu público alvo, ao positivamente a retratarem como a figura da boa esposa, “bela, recatada e do lar” também se manifesta na dualidade que a coloca nas expectativas convencionais sobre o papel da mulher e que

corresponde a uma visão restrita da política, que em nome da universalidade na esfera pública define determinados tópicos e experiências como privados e, como tal, não políticos. É uma forma de isolar a política das relações de poder na vida cotidiana, negando ou desinflando o caráter político e conflitivo das relações de trabalho e das relações familiares. O destaque para as exclusões implicadas na conformação de *uma* esfera pública mostra que os valores que nela imperam não são abstratos nem universais, mas se definiram, historicamente, a partir da perspectiva de alguns indivíduos em detrimento de outros. (BIROLI; MIGUEL, 2014. p. 31)

O processo de desqualificar a Presidenta Dilma para o cargo e atribuir a ela desequilíbrio de temperamento, instabilidade emocional, e mesmo forjar uma capa de revista com sua imagem num suposto ataque de fúria, chamada de “explosões nervosas”, manipulada por mídia digital e posteriormente revelada a falsidade<sup>15</sup>, além de dizer muito sobre as intenções dos grandes empresários representantes da imprensa, revelam a reprodução e aceitação naturalizada de que determinadas características de comportamento e temperamento associadas à “histeria” feminina sejam atribuídas pejorativamente a fim de deslegitimar as condições de liderança com base e propósito no gênero.

Chamou atenção, em votação na Câmara dos Deputados que permitiria a abertura ou não do procedimento de impedimento, que deu-se por ser aberto sob o fundamento sobretudo pelos familiares dos políticos ali votantes, a manifestação de um Deputado Federal conhecido por seus posicionamentos profascistas, misógenos, racistas e que costuma polemizar

14 De acordo com a primeira matéria que segue o link, Michel Temer conheceu Marcela quando esta tinha 18 anos e ele já passava dos 60; sequencialmente, dentro dos representantes do G-20, Michel Temer ocupa o segundo lugar nessa diferença etária, depois do polígamico presidente da África do Sul e sua segunda esposa. Ainda nesta última matéria é interessante observar que a polêmica em relação às faixas etárias dos casais foi gerada em razão justamente de que a atual Primeira-dama da França é significativamente mais velha que esposo, ainda que se trate da mesma diferença etária entre o atual Presidente dos EUA (Trump) e sua Primeira-dama, que definitivamente não (por isso) veio a ser pauta. Revela um aceite em que haja diferença de idade, desde que o homem seja mais velho, e não o oposto. Disponível em < <http://ultimosegundo.ig.com.br/politica/2016-04-19/casado-com-mulher-43-anos-mais-jovem-temer-vai-ser-pai-pela-sexta-vez.html> > Acessado em 21/junho/2017; e < <https://oglobo.globo.com/mundo/temer-marcela-sao-segundo-casal-com-maior-diferenca-de-idade-entre-lideres-do-20-21324396> > Acessado em 21/junho/2017.

15 Imagem e notícia disponível em < <http://www.jornalopcao.com.br/ultimas-noticias/capa-da-istoe-com-dilma-gera-polemica-e-acusacoes-de-machismo-62764/> > Acessado em 21/junho/2017.

defendendo o período de ditadura militar pelo qual o Brasil atravessou entre 1964-1985/8, que em seu voto fez menção honrosa àquele que foi o torturador de Dilma enquanto presa política durante a ditadura, e que ficou conhecido pela crueldade e violência com que torturava e estuprava sobretudo mulheres no período<sup>16</sup>.

Ainda e por último aqui, na condição de exemplo, o adesivo colocado a venda que utilizava a imagem da Presidenta, com uma montagem em pernas abertas, destinado à utilização em veículos automóveis para que quando fosse se dar o abastecimento tal ato configurasse uma simulação de estupro<sup>17</sup> e que foi classificado mesmo pela imprensa hegemônica como “de mau-gosto”.

As críticas sobre a inabilidade política e de estabelecimento de “diálogo” com a oposição da Presidenta Dilma são sempre no sentido de comparação de que afinal ela não era seu antecessor Lula, o qual a indicou no partido, que tem em torno de si a política nacional há 40 anos e de um carisma significativo. Tais observações, ainda que contenham qualquer verdade em relação ao traquejo político da Presidenta, não se sustentam com solidez se observar-se que Dilma é uma mulher que dedicou a vida à coisa pública e estava muito bem familiarizada com o ambiente de Brasília, ciente de quem eram todas as figuras no tabuleiro do poder, mesmo porque exerceu o cargo de Ministra da Casa Civil no mandato de Lula, cargo de extrema importância na estrutura presidencialista, e num mau paralelo com regimes parlamentaristas, possui equivalência ao de Primeiro Ministro.

Dilma com frequência era acusada de ter um “gênio difícil”, “personalidade forte”, “centralizadora” além das imputações mais escancaradas em gênero, que são bastante frequentes para atacar mulheres em geral, e dessa vez direcionadas à Presidenta, de “ser gorda”, “ser velha”, “ser feia”, “parecer lésbica”, “não ter marido”, etc<sup>18</sup>. À guisa de comparação, outra Presidenta, Cristina Kirchner, da Argentina, também recebia ofensas misóginas, mas a ela os motivos eram, justamente por ser mais esguia e estar sempre elegantemente trajada, conhecida por ser “extravagante” e “pouco humilde”, de que seria

---

16 Sobre o torturador e a fala misógina do referido deputado, disponível em < <http://www.ebc.com.br/noticias/2016/04/saiba-quem-e-o-coronel-ustra-homenageado-pelo-deputado-jair-bolsonaro-em-votacao-do> >. Acesso em 21/junho/2017.

17 Disponível aqui < <https://www.terra.com.br/noticias/brasil/governo-denuncia-adesivo-com-ofensa-sexual-a-dilma.33f5fa7ff225c4a3d42f654bee769de9s9gleRCRD.html> > Acesso em 21/junho/2017

18 Além dos icônicos xingamentos nas celebrações da Copa do Mundo sediada no Brasil, disponível em < <http://www.valor.com.br/politica/3585330/baixaria-um-horror-diz-barbosa-sobre-xingamentos-dilma> > e em < <https://www.cartacapital.com.br/politica/xingamentos-contra-dilma-sao-o-que-parecem-ignorancia-2290.html> >; bem como os proferidos em redes sociais e demais eventos, que alcançaram espaço de destaque em comentários desde jornais a páginas e sites opositores ao seu governo, disponível em < <http://www.diariodocentrodomundo.com.br/e-deprimente-em-pleno-dia-da-mulher-ver-gente-vomitar-xingamentos-machistas-contra-dilma/> > Todos com acesso em 21/junho/2017.

“uma perua”, “uma bruxa”<sup>19</sup>.

A frequência com que os ataques eram direcionados à imagem física da Presidenta chama a atenção para uma situação bem específica dentro da estrutura de controle baseada em gênero que é a construção de estereótipos do que seria ideal e perfeito, sempre muito distantes de qualquer plausibilidade. No caso, a Presidenta é uma senhora de meia idade cuja trajetória de militância e dedicação política é bastante ímpar e que advogavam em favor dela para o cargo, e as críticas e comentários eram direcionados no sentido de ela não ser mais uma jovem esbelta com apelo e uso da sexualidade feminina para agradar aos padrões masculinos do período.

Naomi Wolf debruçou-se sobre o tema em *The Beauty Mith* (1991) e constata em suas assertivas que o acesso ao poder tem relação direta com a função política de controle das mulheres e seus corpos, na manutenção manipulativa com a finalidade de afasta-las (ou ao menos dar muito mais trabalho, incidindo uma sobrecarga de determinações psicológicas que perpetuam os estereótipos) das posições de liderança, dizendo que quanto mais a mulher se aproxima das instâncias de poder, sacrifícios estéticos são impostos a ela, e a “beleza” se transforma num fator de crescimento na carreira – ainda que tais critérios não sejam claros, deixando a interpretação da aparência ideal a critério da estrutura (1991. p. 28)<sup>20</sup> e que as cobranças sobre o modo adequado de se estar “bonita” no ambiente de trabalho as levam à insanidade quanto à aparência, visto que as neuroses sobre isso não são advindas de uma “mente feminina”, mas reações manipulativas da ocupação de espaços da *pólis* (1991. p. 42).

O corpo da mulher aprisiona sua própria existência subsidiária durante a história, construído como objeto de satisfação masculina e nos moldes daquilo que o machismo impõe, o corpo das mulheres é desejado mas é sobretudo subjugado em sua própria sexualidade condicionante, sendo a gama de violências exercidas sobre as mulheres pelo e através e por seu corpo variada e repetitiva, e através do tempo o que muda são as estruturas de tolerância e como o desenvolvimento de cada sociedade vem se mostrar compreensiva com a questão (PERROT, 2016. p. 76).

O processo do golpe que implicou no afastamento de Dilma, legitimamente eleita pelo voto popular, portanto, também foi misógino porque fez uso das estruturas de dominação

---

19 Alguns dos adjetivos são possíveis de verificação nesta matéria, disponível em < <http://www1.folha.uol.com.br/asmais/2015/11/1709925-derrota-eleitoral-marca-fim-do-governo-de-cristina-kirchner-veja-frases-marcantes-da-lider-peronista.shtml> > Acesso em 21/junho/2017.

20 No original em sua literalidade “*The closer women come to power, the more physical self-consciousness and sacrifice are asked of them. ‘Beauty’ becomes the condition for a woman to take the next step. You are now too rich. Therefore, you cannot be too thin.*” No Brasil, o título foi traduzido e publicado no Brasil como “*O Mito da Beleza*”

masculina ante expostas como técnica para desqualificá-la enquanto líder máxima do país, e isso contribuiu para a compreensão de que a baixa cultura democrática vigente no Brasil e a não aceitação dos predicados da mulher em posição superior e (ainda) incomum são questões que evidenciam que a consciência de gênero precisa de fomento institucional em políticas públicas de promoção de igualdade material, numa democracia substantiva.

## 5. CONCLUSÃO

Esse texto buscou sua trajetória nas questões de representatividade democrática de grupos minoritários – neste caso, as mulheres. A amostragem utilizada foi bastante específica, posto que para tratar do mais alto cargo público executivo do Brasil: a Presidência da República.

Uma vez que a intenção era a de revelar alguns dos fatores misóginos ocultos no procedimento que culminou no impedimento de Dilma Rousseff, que dentro da estrutura do *habitus*, cuja dominação masculina foi internalizada a ponto de que as mulheres não se sentissem representadas por uma mulher no poder e que os homens não aceitassem uma mulher no poder porque aquele não é o espaço da “ordem natural” das coisas, compreende-se por uma conclusão no sentido de que tais manifestações misóginas somente tomaram os formatos que tomaram justamente pela baixa consideração democrática vigente pela ausência de promoção de políticas públicas em questões de gênero e feminismo, que ficou exposta quando tal postura foi tomada, inclusive oficialmente, pelos meios de comunicação de massa da imprensa burguesa. Não foram colhidos dados em relação aos veículos voltados para as camadas de base, mas presume-se que tenham alguma equivalência pela resposta social havida nesse sentido no percurso do fenômeno histórico.

Importante ainda dizer que não há, *a priori*, problema em ser “bela, recatada e do lar”, desde que, problematizando-se, este não seja o único lugar permitido e de ambição a ser galgado pelas mulheres; desde que haja a possibilidade de que ela ocupe em condições de paridade com homens – que também podem ser belos, recatados e do lar – lugares considerados socialmente como “nobres”, lugares de liderança e chefia. Bem como todos os lugares do caminho, sejam iniciais ou intermediários.

Não existem soluções a curto prazo, mas há caminhos. Uma cultura democrática demanda planejamento, políticas públicas e um elevado comprometimento com o bem-comum. Igualdades e liberdades se equilibram e quanto maiores os espaços para discussão de temas como feminismo(s), maiores as chances de sororidade, logo, de efetivação democrática. Importante que se consiga observar os equívocos e reparar as consequências.

Por fim, se está ciente de que um feminismo interseccional é necessário, que não é razoável atualmente debater igualdade(s) de gênero ignorando-se questões de classe e raça, e que aqui não foi possível alcançar pelo direcionamento da pesquisa. No futuro, quando as condições de igualdade estiverem avançadas, poderá ser feita uma análise da conjuntura política que elegeu a primeira presidenta negra vinda da periferia. No momento, busca-se possibilitar que isso aconteça.

## 6. REFERÊNCIAS

ALVES, Fernando de Brito. *Constituição e participação popular: a construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental*. Curitiba: Juruá, 2013.

BEAUVOIR, Simone. *O segundo sexo*. Vol. 1. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016.

\_\_\_\_\_. *O segundo sexo*. Vol. 2. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016.

BIROLI, Flávia; MIGUEL, Luis Felipe. *Feminismo e política*. São Paulo: Boitempo, 2014.

BOURDIEU, Pierre. *A Distinção: Crítica Social do Julgamento*. São Paulo: Edusp; Porto Alegre: Zoak. 2007.

\_\_\_\_\_. *A Dominação Masculina*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.

BREGA FILHO, Vladimir; ALVES, Fernando de Brito. *O Direito das Mulheres: Uma Abordagem Crítica*. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho - PR, n. 10, p. 131-142, fev. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/130/130>>. Acesso em 26/Junho/2017.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos Fundamentais, Políticas Públicas e Protagonismo Judiciário*. São Paulo: Almedina, 2016.

DAHL, Tove Stang. *O Direito das Mulheres: Uma introdução à teoria do direito feminista*. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 1993.

LINO, Alice de Carvalho. *Belo e sublime: a mulher e o homem na filosofia de Immanuel Kant*. Dissertação de mestrado apresentada no Programa de Pós-Graduação em Filosofia, do Departamento de Filosofia, do Instituto de Filosofia, Artes e Cultura. Ouro Preto: Universidade Federal de Ouro Preto, 2008. Disponível em <<http://www.repositorio.ufop.br/handle/123456789/2544>>. Acesso em 28/Julho/2016.

PERROT, Michelle. *Minha História das Mulheres*. 2ª ed. São Paulo: Contexto, 2016.

PIERUCCI, Antônio Flávio. *Ciladas da diferença*. 3ª ed. São Paulo: Programa de Pós-Graduação em Sociologia da FFLCH-USP/Editora 34, 2013.

SANTIAGO, Brunna Rabelo; SALIBA, Maurício Gonçalves. *Bailarinas não fazem política?*

*Análise da violência de gênero presente no processo de impeachment de Dilma Rouseff.* **Revista Direitos Fundamentais e Democracia.** Disponível em < <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/916/482> > Acesso em 21/junho/2017.

TIBURI, Marcia. Aulas online, no curso Filosofia Feminista. Disponível em: <http://espacorevistacult.edools.com/curso/filosofia-feminista-por-marcia-tiburi>. Acesso em 22/agosto/2016.

WOLF, Naomi. *The Beauty Mith: How images of beauty are used against women.* New York: Morrow, 1991. E-book Kindle 2002.

WOLLSTONECRAFT, Mary. *Reivindicação dos Direitos das Mulheres.* São Paulo: EDIPRO, 2015.

# DEMOCRACIA PARA ALÉM DOS MUROS ESCOLARES: A ESCOLA COMO INSTITUIÇÃO PRIMÁRIA DO EXERCÍCIO DA CIDADANIA

Ana Paula MEDA<sup>1</sup>  
Livia Carla Silva RIGÃO<sup>2</sup>

## RESUMO

O ambiente escolar, em razão da maneira como a vida em sociedade está organizada, é instituição essencial de ensino às crianças e aos adolescentes. Além do conhecimento técnico-científico, a escola pode desenvolver ações democráticas que visem à participação de alunos, professores, pais, funcionários da escola e de toda a comunidade. Essa integração social também repercute como integração democrática voltada para participação popular e o desenvolvimento da cidadania. Objetiva-se, então, demonstrar que a escola, na dimensão de Estado, tem o dever de desenvolver práticas de participação popular que podem ser aferidas através da gestão democrática, na intenção de oportunizar informação, conhecimento e participação nas decisões. O estudo está estruturado a partir do método dedutivo, uma vez que a argumentação inicial, essencialmente orientada pelos estudos de Vitor Henrique Paro, está pautada em premissas gerais que alcançam resultados específicos. Na pertinência do assunto estudado, entende-se que o Estado Democrático de Direito, previsto na Constituição Federal de 1988 pode ser concretizado, de fato, ao passo em que a escola insere a gestão democrática como prática cotidiana de respeito à fala do outro e o dever de escutá-lo. Referido diálogo propicia o debate de ideias em prol de um propósito comum participativo, tanto nas decisões públicas quanto na aceitação plural das pessoas, a fim de se buscar o pleno exercício da cidadania.

**PALAVRAS-CHAVE:** Gestão escolar democrática. Participação popular. Estado Democrático de Direito.

## ABSTRACT

The school environment, because of the way society life is organized, is an essential teaching institution for children and adolescents. In addition to the technical-scientific knowledge, the school can develop democratic actions aimed at the participation of students, teachers, parents, school officials and the whole community. This social integration also has repercussions as a democratic integration focused on popular participation and the development of citizenship. The objective is to demonstrate that the school, in the dimension of State, has the duty to develop practices of popular participation that can be measured through democratic management, with the intention of providing information, knowledge and participation in decisions. The study is structured as of the deductive method, since the initial argument, essentially guided by the studies of Vitor Henrique Paro, is based on general premises that achieve specific results. In the pertinence of the subject studied, it is understood that the Democratic State of Law, foreseen in the Federal Constitution of 1988 can be fulfilled, in fact, to the step in which the school inserts the democratic management as daily

---

1 Estudante de Pós-Graduação no Mestrado em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Advogada no Núcleo de Estudos e Defesa de Direitos da Infância e Juventude (NEDDIJ) – Projeto de Extensão vinculado ao Programa Universidade sem Fronteiras da Secretaria da Ciência, Tecnologia e Ensino Superior (SETI).Email: anapaula.meda@yahoo.com.br

2 Estudante de Pós-Graduação no Mestrado em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Advogada no Núcleo de Estudos e Defesa de Direitos da Infância e Juventude (NEDDIJ) – Projeto de Extensão vinculado ao Programa Universidade sem Fronteiras da Secretaria da Ciência, Tecnologia e Ensino Superior (SETI).Email: liviacarlasr@hotmail.com

practice of respect to the speech of the other and the Duty to listen to him. This dialogue facilitates the debate of ideas for a common participatory purpose, both in public decisions and in the plural acceptance of people, in order to seek the full exercise of citizenship.

**KEY-WORDS:** Democratic school management. Popular participation. Democratic State of Right.

## **INTRODUÇÃO**

### **1 A PARTICIPAÇÃO POPULAR NA GESTÃO ESCOLAR**

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, instituiu uma nova ordem de organização política, social e econômica. Superado o período do regime de exceção, buscou-se formalizar a construção de um país democrático com objetivos muito bem delineados pelo seu texto constitucional. Ainda assim, é preciso notar que a edificação de um regime democrático não pode e tão pouco deve se ater apenas a discursos silenciados. Sobretudo, deve-se buscar conhecer as formas de se deliberar sobre democracia e, para tanto, estimular os mecanismos de discussão que possam levar ao efetivo conhecimento e participação pela comunidade.

A participação, segundo Vitor Henrique Paro (2016), só pode ser compreendida quando relacionada também às decisões. Isto porque a participação deve ser encarada como meio que busca a partilha do poder na tomada de decisões. Em contrapartida, esclarece o referido autor que sob esse aspecto não se exclui a necessidade da participação na execução das decisões, mas, pelo contrário, não a torna um mero fim em si mesmo.

Na sequência, Paro (2016, p. 23) esclarece que:

A maior evidência da imprescindibilidade da participação popular nas instâncias onde se dão o oferecimento de serviço pelo Estado parece estar na constatação da fragilidade de nossa democracia liberal, que, restringindo a participação da grande maioria da população ao momento do voto, priva-a de processos que, durante os quatro ou cinco anos de mandato, permitiriam controlar as ações governamentais no sentido de atender aos interesses das camadas populares.

Por este motivo, para uma efetiva democracia torna-se necessário o controle democrático do Estado e, por conseguinte, sua institucionalização em todos os ambientes, a começar pelo ambiente escolar, responsável por conduzir a democracia em sua forma mais simples de vivência e, ao mesmo tempo, responsável por despertar os olhares dos cidadãos para instrumentos de participação que não se restrinjam ao exercício do sufrágio.

Nesse sentido, formar para a participação não é simplesmente estimular a cidadania, ao contrário, é reconhecer a participação como elemento integrante da cidadania, ou seja, dar ao cidadão a oportunidade de se envolver, responsabilmente, com o destino de seu país,

constituindo uma própria maneira de aprendizagem. Acrescenta Fabiana PolicanCiena (2016, p. 73) que:

Não se pode conceber legitimidade ao gestor eleito pelo fato de ter sido eleito de acordo com as leis de um sistema representativo – isto é, por voto – se a implantação material, as políticas públicas, não forem realizadas por participação. Isso significa que a adoção de decisões que formam a ação política precisa ter a legitimidade do controle social, da participação popular, razão pela qual se conclui que a gestão pública abrange voto e atuação, ambos com participação popular – o que vale para cada sociedade política desde a escola até o Estado.

Cabe ao gestor público, deste modo, não só atender de forma adequada às demandas postas pelo Estado como também oportunizar ao cidadão sua participação política de acompanhar a atuação estatal e cobrar resultados como uma maneira de prestação de contas e, assim, reconhecer a democracia como direito fundamental constituído e em constante construção.

Ao encontro do que já fora anteriormente esclarecido, em especial, no que tange à necessidade de incorporação de membros da sociedade na gestão pública da política educacional, o art. 206 da Constituição Federal, em consonância com o art. 3º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – Lei nº 9.394/96, estabelece que o ensino será ministrado conforme alguns princípios, dentre eles, encontra-se o da gestão democrática do ensino.

Em complemento, o art. 14 da referida lei define que os sistemas de ensino serão responsáveis por elaborar as normas de gestão democrática de acordo com suas peculiaridades e em consonância com os princípios da participação dos profissionais da educação na elaboração do projeto pedagógico da escola e participação das comunidades escolar e local em conselhos escolares ou equivalentes.

A garantia legal da gestão democrática no ensino público, portanto, viabiliza a construção de um ambiente plural capaz de conduzir e organizar o processo educacional e pedagógico. Apesar disso, Vitor Henrique Paro (2016) acrescenta ser importante, em virtude da ausência de vontade política e recursos para a implementação da gestão democrática, a análise de alguns problemas e perspectivas que se apresentam por meio de condicionantes à efetiva participação na gestão escolar.

Primeiramente, o autor aponta as condicionantes internas da participação cujo primeiro subgrupo seria composto pelas condições de trabalho ou condicionantes materiais da participação, as quais consistem, justamente, nas necessidades básicas do cotidiano escolar, implicando, de certa forma, o remanejamento da preocupação com a efetiva participação para um segundo plano.

Nos dizeres de Paro (2016, p. 55):

O que parece se dar na realidade de nossas escolas públicas é que, na medida em que para a consecução de seus objetivos com um mínimo de eficácia, faltam recursos de toda ordem, o esforço despendido para remediar tais insuficiências tem competido com o esforço que se poderia empregar para se modificarem as relações autoritárias que vigem dentro da instituição escolar.

Ainda, o autor indica as condicionantes institucionais, elegidas por ele como de importância fundamental, já que diz respeito à própria organização formal da escola, através da qual é possível perceber o caráter hierárquico de distribuição de poder, fazendo permanecer as relações verticais em detrimento das horizontais que estimulam e favorecem a participação.

Importante mencionar, por oportuno, que da mesma forma que referida disposição pode ser tida por antagônica à gestão democrática, também pode ser instrumento que estimula a busca por sua efetivação por meio de discussões e debates que promovam a luta pelos objetivos até então não alcançados, situação na qual os movimentos sociais ganham força (ZABALA, 2002).

Por conseguinte, Paro (2016, p. 59) revela as condicionantes político-sociais e as condicionantes ideológicas de participação. As primeiras dizem respeito à diversidade de interesses existentes no interior da escola que, muitas vezes, levam à polarização de grupos. De acordo o autor: “não se trata de ignorar ou minimizar a importância desses conflitos, mas de levar em conta sua existência, bem como suas causas e implicações na busca da democratização da gestão escolar [...]”. Já as condicionantes ideológicas de participação seriam as próprias concepções e crenças historicamente sedimentadas por cada pessoa, incluindo, também, a própria noção e alcance da palavra “participação”.

Finalizadas as condicionantes internas da participação, Vitor Paro passa a analisar as determinantes da participação presentes na comunidade, a saber: condicionantes econômico-sociais e sua relação com as condições materiais e de disposição pessoal para a participação; condicionantes culturais e condicionantes institucionais ou mecanismos coletivos dos quais pode a população se utilizar para uma prática mais participativa.

Com relação às condicionantes objetivas de vida e participação, o autor relata que não só os aspectos fisiológicos do ser humano decorrentes de um longo dia de trabalho como também as próprias condições materiais de realização de reuniões podem influenciar na participação da sociedade.

Nesse sentido, Paro (2016, p. 68) conclui que:

As condições de vida da população enquanto fator determinante da baixa participação dos usuários na escola pública mostram-se tanto mais sérias e de difícil solução quando se atenta para o fato de que este é um problema social cuja solução definitiva escapa às medidas que se podem tomar no âmbito da unidade escolar.

Entretanto, parece que isto não deve ser motivo para se proceder de forma a ignorar completamente providências que a escola pode tomar não no sentido de superar os problemas, obviamente, mas de contribuir para a diminuição de seus efeitos sobre a participação na escola.

Somam-se a isso as condicionantes culturais que dizem respeito ao próprio pensamento da comunidade com relação ao ambiente escolar. Percebe-se, por meio desta, que existe a disseminação de certo desinteresse e distanciamento da população com relação a participar da gestão escolar. Isto porque a forma de demonstração de preocupação com o ambiente escolar se restringe, na maior parte, aos pais ou responsáveis dos alunos que somente externam sua inquietação quando diz respeito a aspectos como greve dos professores e aumento salarial, fatores tidos por eles como de extrema importância para a análise do nível educacional.

Por este motivo, o autor acrescenta ser de extrema importância a contribuição da escola, na medida em que pode encorajar e facilitar a participação de pais e responsáveis no ambiente escolar ao, por exemplo, permitir que as reuniões de classe sejam realizadas em diferentes horários com a finalidade de se atender o maior número possível de pais. Ou, ainda, ao permitir o contato direto com a direção e prever formas de sugestão e aprimoramento do ensino com o apoio dos pais ou responsáveis (PARO, 2016).

Por fim, apresenta os mecanismos coletivos de participação, advertindo que, dada a heterogeneidade presente nestes movimentos, se faz necessária uma perfeita articulação de esforços em busca de objetivos comuns e, sobretudo, de um aprendizado a partir da própria prática participativa.

Nesse ínterim, não se pode deixar de mencionar que referidos espaços coletivos de discussão estão intrinsecamente ligados à noção de democracia e cidadania, basilares para o desenvolvimento da gestão democrática no ambiente escolar, posto que, através do fundamento democrático, se encontra espaço para o aperfeiçoamento da cidadania nas escolas por meio da inclusão de todos os envolvidos no processo educacional e também da comunidade.

A esse respeito:

A contribuição significativa da escola para a democratização da sociedade e para o exercício da democracia participativa fundamenta e exige a gestão democrática na escola. Nesse sentido, a forma de escolha dos dirigentes, a organização dos Conselhos Escolares e toda a comunidade escolar para participar e fazer valer os seus direitos e deveres, democraticamente discutidos e definidos, é um exercício de democracia participativa. Assim a escola pública contribuirá efetivamente para afirmar os interesses coletivos e construir um Brasil como um país de todos, com igualdade, humanidade e justiça social. (MEC, 2004, p.19)

Essa constatação contribui para a compreensão de que a democratização do ensino

não pode ser restringida pela garantia do acesso à educação, devendo, também, ser levado em consideração sua oferta com qualidade social, otimizando a permanência dos estudantes ao permitir sua participação cidadã e contribuir, assim, para a melhora dos processos formativos de educação.

Diante disto, e considerando que a participação democrática não se dará espontaneamente, sendo, sobretudo, um processo histórico de constante construção coletiva, imperiosa a necessidade de se preverem recursos, institucionais ou não, que permitam e também incentivem práticas participativas dentro do núcleo escolar. Aliás, somente a partir da democratização do ensino se poderá romper com as características autoritárias presentes em nosso sistema educacional e, por conseguinte, promover a qualificação não só para o trabalho como também para a cidadania.

## **2 EXEMPLOS DE PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA NAS ESCOLAS: DOS ALUNOS AOS GESTORES**

O ambiente escolar é local de aprendizado, seja uma escola pública ou privada espera-se que ali nasça o ensino como conhecimento científico, orientado pelas descobertas e avanços nas diversas áreas do saber, no intuito de se “formarem”<sup>3</sup> pessoas com capacidade técnico-científica, bem como com competência social adequadas à vida em sociedade, seja para liderar ou para obedecer.

Ainda que a instituição escolar possa ser compreendida sob a perspectiva de instituição disciplinar, por conseguinte a denotar o que Michel Foucault (2009) chama de “microfísica do poder”, no sentido de se criarem corpos humanos dóceis ao tecido social, é também viável interpretar que ao inverso de referida compreensão, a escola pode desenvolver no aluno um ensino de libertação, com visão crítica perante a realidade em que ele vive.

A participação democrática na escola, então, pode ser analisada como uma ação educativo-crítica idealizada por Paulo Freire (2015) em contraposição ao intento sancionador e opressor da instituição escolar trabalhada por Foucault, pois é preciso que “o educando mantenha vivo em si o gosto da rebeldia que, aguçando sua curiosidade e estimulando sua capacidade de arriscar-se, de certa forma o ‘imuniza’ contra o poder apassivador do ‘bancarismo’”.

A concepção bancária da educação é analisada por Freire como instrumento de opressão, visto que as pessoas submetidas a ela são tidas por depósitos de informações prontas

---

3 Esclarece-se que a palavra formar, no contexto deste estudo, tem dimensão ampliada à simples ideia de objetividade e forma. Baseia-se no “formar” para além do conhecimento técnico-científico, conforme idealizado por Paulo Freire, sob o viés de uma ação educativo-crítica.

e inabaláveis com a finalidade primeira de apenas “guardar” e “arquivar” o conhecimento posto, a constituir “manifestações instrumentais da ideologia da opressão, baseada na “doação do saber” para a “ignorância alheia” (1987, s.p.).

Em virtude dessa sistemática de ensino “Educador e educandos se arquivam na medida em que, nesta destorcida visão da educação, não há criatividade, não há transformação, não há saber. Só existe saber na invenção, na reinvenção, na busca inquieta, impaciente, permanente” entre os seres humanos com si mesmos, com o mundo e com as outras pessoas (FREIRE, 1987, s.p.).

Mediante a abrangência de uma educação crítico-reflexiva a escola não pode se limitar à reprodução da educação bancária, de modo que a participação democrática escolar mostra-se como reinvenção constante da aprendizagem dialética, pois “O sujeito que se abre ao mundo e aos outros inaugura com seu gesto a relação dialógica em que se confirma como inquietação e curiosidade, como inconclusão em permanente movimento na história” (FREIRE, 2015).

É justamente na iniciativa para tal abertura que a escola tem a oportunidade de desenvolver a participação democrática e a cultura política como aportes, também, para a relação de aprendizagem. Nas palavras de Maria Victoria de Mesquita Benevides (1996, p. 228) trata-se de “educação para a democracia”, sendo que possui duas dimensões; a primeira “consiste na formação do cidadão para viver os grandes valores republicanos e democráticos” e a segunda dimensão diz respeito à “cidadania ativa, ou seja, a formação para a participação na vida pública”, seja como cidadão ou como governante.

Por meio dessas premissas, entende-se que as escolas brasileiras, ainda que timidamente, vêm desenvolvendo práticas de gestão democrática dentro do ambiente escolar que podem ser utilizadas como exemplo de uma ação educativo-crítica pensada por Paulo Freire ou uma educação para a democracia, apresentada por Benevides, bem como em interface com o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei 8.069/1990, que passou a identificar as pessoas de zero até 18 anos de idade (art. 2º) como sujeitos de direitos, o que significa dizer protagonistas da própria história com vontades e escolhas que merecem ser ouvidas.

Inicia-se, assim, pelo exemplo do grêmio estudantil e posteriormente citar-se-á a Associação de Pais, Mestres e Funcionários (APMF's) e a eleição dos gestores escolares, todos como exemplos que detêm intento direcionado para a participação democrática de atores que podem ser envolvidos nesse contexto participativo, como práticas percebidas nas escolas brasileiras.

O grêmio estudantil, da mesma forma que outras propostas, não foi algo imediato, mas uma ideia construída e desenvolvida ao longo tempo, todavia, considerando que este não é objeto do capítulo, restringir-se-á à breve elucidação sobre o assunto sem, contudo, expor o esforço histórico pelo qual passou. Destarte, expõe-se sucintamente o aparato legal que consolida o papel do grêmio de estudantes.

Podem-se mencionar alguns substratos legislativos de acordo com a cartilha “Caderno grêmio em forma” do Instituto Sou da Paz, como a Lei nº. 7.398/1985 que já no ano de 1985, após o regime militar, dispunha sobre a organização de entidades representativas dos estudantes de 1º e 2º graus, sendo que na época a terminologia mostrava-se distinta do nome hoje empregado, ensino fundamental e ensino médio, respectivamente; o ECA outrora referenciado e a Lei nº. 9.394/1992 ao estabelecer as diretrizes e bases da educação nacional (2003, p.13-14).

Há leis específicas dos Estados brasileiros que embasam a existência do grêmio estudantil, mas para delimitação do conteúdo mostra-se apenas o cenário legal em âmbito nacional, como é o caso, por exemplo, do ECA. Percebe-se a preocupação do Estatuto ao estabelecer em seu capítulo IV – “Do Direito à Educação, à Cultura, ao Esporte e ao Lazer”, o direito de infantes e juvenis de participarem de entidades estudantis:

Art. 53. A criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, assegurando-se-lhes:

[...]

IV - direito de organização e participação em entidades estudantis;

Os grêmios estudantis são canais de comunicação entre a escola e a sociedade, os alunos entre os próprios alunos, bem como os gestores, professores, pais e funcionários entre os alunos. Funciona através da troca de ideias e do diálogo entre diferentes setores que juntos podem alcançar um resultado comum. Observa-se assim que o grêmio estudantil, a corroborar com o ECA, dá voz ao jovem em meio ao ambiente em que ele vive, neste caso, o ambiente escolar, consolidando-o como sujeito de direitos:

O protagonismo juvenil, enquanto uma prática do Grêmio Estudantil, surge e reitera-se a partir das reformas educacionais como uma proposta inovadora, ocupando o tempo livre do jovem. Esta nova cultura cívica convoca a sociedade para o exercício da responsabilidade social, fortalecendo ações voluntárias que contribuiriam com a educação pública. (MOURA, 2010, p. 282)

O envolvimento dos educandos com o grêmio estudantil cria uma escola mais democratizada, na qual aqueles que participam de sua composição levam ao conhecimento dos gestores seus interesses enquanto alunos. Veja-se, por exemplo, que a vontade dos acadêmicos de ouvir música na hora do intervalo das aulas ou de terem mesas para jogar tênis

no tempo livre é uma forma de reivindicação legítima ligada ao aluno e a realidade que ele presencia. Em pequenas demonstrações como essa são erguidas as bases para futuras ações preocupadas com a vida local.

No entendimento de Moura, contudo, o grêmio estudantil não desempenha papel de empoderamento na vida dos educandos, mas tão somente reproduz uma lógica de relações sociais alienantes e alienadas, preocupadas com o “aqui e agora”, fruto da atividade histórica humana. Com isso, os grêmios estudantis só contribuiriam para uma reforma na educação se deixassem de produzir e reproduzir as relações capitalistas de dominação (2010).

Entretanto, sob outra perspectiva entende-se que são a partir de simples posicionamentos, ações, condutas e percepções cotidianas que os alunos, por eles mesmos, são capazes de desenvolver um senso social que não esteja alijado às relações de dominação concretizadas na sociedade. Acredita-se que a escola pode ser um espaço de libertação que não se contente com a aceitação de enquadramentos estanques sobre a realidade, mas desperte a vontade do acadêmico de “fazer algo” que busque melhorar ao menos o local em que estuda e a comunidade da qual faz parte.

Tem-se, portanto, que o grêmio estudantil pode ser concebido como um exemplo de ação educativo-crítico ou uma educação para a democracia, no sentido de ser considerada uma prática voltada para gestão escolar democrática.

Em seguida, abordar-se-á sobre as APMF's.

Antigamente denominada Associação de Pais e Mestres (APM), mas por uma ideia de ampliação dialógica entre todos os atores do espaço escolar, passou a ser chamada de Associação de Pais, Mestres e Funcionários (APMF's). As APMF's também podem ser compreendidas como um princípio de gestão democrática, canal de comunicação entre a escola, a comunidade e a família.

Nesse sentido, com a finalidade de acompanhar a disposição legal sobre a concretização de um ambiente escolar mais democrático, dispõe a Lei de Diretrizes e Bases (LDB), na norma inserida em seu art. 14:

Art. 14. Os sistemas de ensino definirão as normas da gestão democrática do ensino público na educação básica, de acordo com as suas peculiaridades e conforme os seguintes princípios:

I - participação dos profissionais da educação na elaboração do projeto pedagógico da escola;

II - participação das comunidades escolar e local em conselhos escolares ou equivalentes.

A APMF consubstancia-se “em pessoa jurídica de direito privado. É um órgão de representação dos pais e profissionais do estabelecimento, não tendo caráter político

partidário, religioso, racial e nem fins lucrativos.” (KLENK; MATHEUSSI; ENS, 2006, p. 2.982), cujos objetivos são guiados por um propósito de integração acadêmica e comunitária: estreitar a relação entre a escola, a família e a comunidade, entender e sugerir acerca das propostas pedagógicas, no intento de que elas sejam fortalecidas para uma melhor eficiência de execução, entre outras ações ligadas à elaboração de decisões administrativas e pedagógicas.

Menciona-se, igualmente, uma interface de representações, vez que a representação da comunidade e dos pais, a partir do contexto fático vivenciado pelas famílias e pelos alunos, é colocado ao conhecimento da representação escolar, através de um diálogo sobre ideias e conjunturas de vida que tendem a contribuir para um desenvolvimento conjunto do ambiente escolar, tanto através do ensino como por intermédio do “se conhecer” entre pais, professores, gestores e demais funcionários da escola, como, por exemplo, secretárias(os), cozinheiras(os), entre outros, bem como membros da comunidade (KLENK, MATHEUSSI; ENS, 2006).

Mas diante da pequena apresentação sobre as APMF’s é possível identificar que há plena intersecção com os gestores escolares, visto que sua existência é regida por um diálogo de representações distintas. Em virtude disso, torna-se necessário compreender, a partir do prisma democrático, como tais gestores são escolhidos para ocupar o cargo de direção escolar e, então, direcionar e organizar o trabalho de toda uma equipe de profissionais com reflexos diretos na comunidade onde a escola está inserida.

Primeiramente, cabe dizer que a escolha dos diretores não é algo padronizado no Brasil, pois há Estados que adotam a eleição, de maneira que outros elencam diferentes critérios para a escolha do gestor escolar. De acordo com publicação online da revista “Nova Escola”, em temática especialmente voltada para gestão escolar, com matéria sob o título “Para garantir a (boa) escolha de um diretor”, de autoria de Verônica Fraidenaich, são expostos os resultados de uma pesquisa realizada na maioria dos Estados brasileiros, a fim de saber qual prática para escolha de diretores é mais empregada, tendo sido descoberto que a eleição do diretor escolar é a forma mais comum de seleção, porém, persistem lacunas que orientem esse processo (p.2).

Observa-se que a eleição direta enquanto processo mais adotado para o preenchimento das vagas de diretores nas escolas da rede estadual de ensino é a única forma de seleção utilizada nos Estados do Rio Grande do Sul, Paraná, Goiás, Mato Grosso, Piauí e Rio Grande do Norte. De maneira que em outros dez Estados, a eleição “aparece combinada com outras metodologias, como certificação e instâncias locais. Essa última, por sua vez, é a segunda mais comum e aparece sozinha, como modo exclusivo de ascensão ao cargo em

quatro unidades da federação.” (FRAIDENRAICH, s.d., p. 2-3).

Nesse sentido, a indicação é o único meio de escolha nos Estados do Maranhão, de Sergipe, de Santa Catarina e de Rondônia, sendo que o método do concurso público é somente aplicado pelo Estado de São Paulo.

Já o Estado do Acre, por exemplo, combina a eleição direta com a certificação e outros Estados também fazem combinações: Mato Grosso do Sul (eleição e prova), Minas Gerais (prova, certificação e eleição), Rio de Janeiro (indicação, eleição e entrevista), Espírito Santo (indicação e entrevista), Distrito Federal (eleição e prova), Bahia (eleição e prova), Tocantins (indicação, prova e certificação), Pernambuco (eleição, prova e certificação), Paraíba (indicação e eleição), Ceará (eleição e prova), Pará (indicação e eleição) e Amazonas (indicação e entrevista).

Ressalta-se que os Estados de Alagoas, Roraima e Amapá não participaram da pesquisa, logo, não há como pontuar as metodologias de escolha em referidos lugares.

Nesta linha de raciocínio, há desvantagens e vantagens das metodologias empregadas. Atentar-se-á, contudo, à eleição, visto que possui caráter democrático e se apresenta como exemplo de gestão democrática realmente presente nas escolas estaduais brasileiras.

Na eleição direta, para Fraidenraich (s.d., p. 5), “O diretor é eleito de forma democrática pela comunidade escolar. Caracteriza-se pela alternância de poder.”, há, com isso, “comprometimento do diretor com a comunidade que o elegeu e com os resultados de suas ações. Espera-se que haja a maior participação de todos – alunos, funcionários e familiares – na gestão da escola”.

Entretanto, referida autora também detecta desvantagens oriundas dessa metodologia, quais sejam, o “Risco de produção dos vícios do processo político-eleitoral, como a troca de votos por favores e campanhas de baixo nível, o que gera um clima desfavorável ao propósito da escola que é o ensino e a aprendizagem dos alunos.” (s.d., p. 5), contudo, são descréditos ligados à eleição direta que só podem ser aferidos caso a caso e não de maneira generalizada, sob o risco de se incutir a existência de um problema antes mesmo que a prática em si seja devidamente realizada e oportunizada perante a comunidade.

Compreende-se, então, que a eleição direta, embora com desvantagens, assim como qualquer prática, ainda é a que mais demonstra cunho democrático com influência direta na concepção dos educandos para o exercício da cidadania, seja enquanto forma, ao se ter a responsabilidade e o poder de escolha através do voto, seja enquanto desenvolvimento da participação democrática a ser levada para além dos muros escolares.

### **3 O EXERCÍCIO DA CIDADANIA ATRAVÉS DA GESTÃO ESCOLAR DEMOCRÁTICA**

Não há que se negar que a incorporação de práticas que estimulem as relações horizontais, oportunizando a participação do ser humano no planejamento político, constitui um desafio que demanda o rompimento com aspectos culturais de concentração de poder até então presentes na sociedade.

Com efeito, a fundamentação de uma rede articulada de participação confere aproximação aos próprios valores públicos e também à noção de administração responsável, capaz de reconhecer que a participação na tomada de decisões consolida uma administração responsável.

Através desse entendimento, Fabiana PolicanCiena (2016, p. 85) apresenta que:

Proporcionar a política pública por participação é dever do Estado Democrático em etapa de evolução que visa possibilitar amplo acesso a informações públicas, democratizando o conhecimento e oportunizando a participação popular em decisões públicas. Dessa condição surge o pensamento cíclico de dependência da democracia cognitiva para a obtenção da democracia participativa, e, desta para com aquela, num círculo virtuoso para o bem comum do ser humano.

A partir disso, utiliza-se a gestão democrática para a gestão do conhecimento, ou seja, o acesso à informação – ou ao próprio conhecimento – é empregado pela participação para aprimorar a gestão em si. Assim, “formas de participação que inovam sistematicamente o poder transformam a hierarquia tradicionalmente construída verticalmente, de cima para baixo, num espaço de articulação no qual as relações de poder são horizontalizadas na construção do complexo espaço político” (CIENA, 2016, p. 85).

E, sob esse aspecto, ao se propiciar a atuação política do cidadão dentro de uma organização, estabelecendo a necessidade de se ouvir o outro e aplicando o conhecimento para se entender as necessidades particulares, minimizam-se as possibilidades de fragmentação do bem comum.

No ambiente escolar, espaço político em construção, a vivência democrática é viabilizada quando, através da educação, se permite acesso a todo conhecimento necessário à promoção da participação em igualdade pela sociedade política. Para isso, se mostra importante a disponibilidade de um local que combine a educação para a participação e a educação para a democracia.

Nesse sentido, em entrevista ao centro de Referência em Educação Integral, o educador espanhol César Muñoz Jiménez (2013, s.p) apresenta que:

A maioria dos espaços educativos e também das famílias são espaços reguladores da

infância. Se o ser humano vive um ciclo constante que diz que ele “não sabe” e “não pode”, vai crescer acreditando que não sabe e não pode. A criança sabe que os adultos não creem nela. A primeira vez que entra em um espaço que sente que acreditam nela, ela começa a crer nela e nos demais. Esse é um ciclo que se repete permanentemente. Essas crianças que não acreditam nelas próprias serão adultos assim, que farão o mesmo com suas crianças. Não culpo os adultos, essa é uma construção social. Mas, é preciso identificar que há intencionalidade nesse processo. Estamos formando crianças de acordo com um padrão do capital, que quer a hegemonia, que é contra a diversidade e a criatividade que as crianças trazem. Se as escutássemos e se efetivamente elas tivessem poder de escolha e decisão na sociedade, certamente transformaríamos a ordem e a norma social vigente,

Através da abertura das organizações políticas às diversas maneiras de exercício do poder em seu interior é que se tornará possível a construção de relações equilibradas que possam, inclusive, legitimar as escolhas do Poder Público que deve agir em nome do povo e para o povo, conforme exposto mandamento constitucional.

Para tanto, criar igualdade política exige considerar as especificidades de cada ser humano, pautando, ao mínimo nos seguintes critérios:

- Participação efetiva. Antes de ser adotada uma política pela associação, todos os membros devem ter oportunidades iguais e efetivas para fazer os outros membros conhecerem suas opiniões sobre qual deveria ser esta política.
- Igualdade de voto. Quando chegar o momento em que a decisão sobre a política for tomada, todos os membros devem ter oportunidades iguais e efetivas de voto e todos os votos devem ser contados como iguais.
- Entendimento esclarecido. Dentro de limites razoáveis de tempo, cada membro deve ter oportunidades iguais e efetivas de aprender sobre as políticas alternativas importantes e suas prováveis consequências.
- Controle do programa de planejamento. Os membros devem ter a oportunidade exclusiva para decidir como e, se preferirem, quais as questões que devem ser colocadas no planejamento. Assim, o processo democrático exigido pelos três critérios anteriores jamais é encerrado. As políticas da associação estão sempre abertas para as mudanças pelos membros, se assim estes escolherem.
- Inclusão dos adultos. Todos ou, de qualquer maneira, a maioria dos adultos residentes permanentes deveriam ter o pleno direito de cidadãos implícito no primeiro de nossos critérios. Antes do século XX, este critério era inaceitável para a maioria dos defensores da democracia. Justifica-lo exigiria que examinássemos por que devemos tratar os outros como nossos iguais políticos (DAHL, 2001, p. 49-50).

Deve-se atentar, portanto, que essa participação para ser efetivamente democrática deve incluir a todos, quer sejam adultos ou não, de maneira que todos devem estar igualmente qualificados diante das oportunidades que surgirem para o processo de tomada de decisão. Aliás, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) expressamente prevê, em seu artigo XXI, que: “toda pessoa tem o direito de tomar parte no governo de seu país, diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos”.

A convenção da democracia e, por consequência, do exercício da cidadania demanda a ampliação de caminhos físicos de deliberação pública, de instâncias participativas que fortaleçam a articulação entre os sujeitos internos e externos, possibilitando, assim, a participação pela pluralização cultural (AVRITZER; SANTOS, 2003).

A vontade popular deve então ser ouvida pelo Estado em decorrência de seu próprio dever de fornecer espaço político para a voz do povo e a cultura pelos direitos, em especial o direito à cidadania, deve buscar espaços públicos para deliberação política. Por isso, a participação do ser humano deve ser oportunizada desde a infância, como consequência de ser sujeito de direito, consagrados pela Constituição Federal de 1988:

É mentira que a infância não fala! Ela fala muito – e muito bem. O que acontece é que não há plataformas para fazer ouvir sua voz como as que existem para os adultos (partidos políticos, sindicatos...). [...] Não se pode negar as capacidades que a infância tem para colaborar no desenho dos seus direitos, na hora de desenvolvê-los nos diversos âmbitos da vida cotidiana, onde vive, “convive” ou “mal vive”. [...] Se a infância não participa deste desenho, perdem-se entre 30% e 50% das ideais de cidadania. Uma sociedade desenhada com a colaboração da infância não permitiria o trabalho infantil (MUÑOZ JIMÉNEZ, 2013, s.p).

O reconhecimento do direito à participação de qualquer cidadão atesta o exercício do controle social e lhe confere o *status* de sujeito de direitos, em especial, sujeito de direito à própria democracia. Acrescenta-se a isto que o Estado deve “buscar as vozes de quem não está presente na deliberação [...], compreendendo a individualidade cultural de quem está inserido em grupos sociais ou mesmo fora deles. Busca-se, com isso, o reconhecimento do sujeito de direito em sua comunidade” (CIENA, 2016, p. 101).

Por isso, sem mediação institucional não há salvaguarda ao membro da comunidade de sua condição de sujeito de direito e, ainda, institucionalizar a efetivação da democracia é institucionalizar o próprio conhecimento à democracia, estabelecendo um quadro de ação sobre o que se pode discutir, quem pode participar, onde e como deliberar e, por último, definir o método de ação.

A escola é um desses ambientes no qual se deve desenvolver a gestão democrática, possibilitando a participação do cidadão para que seja ouvido e, desta forma, sejam apreciadas suas necessidades. Nessa perspectiva:

Podemos concluir que a palavra Educação, no direito brasileiro, refere-se a todos os processos formativos, formais e informais, públicos e privados, voltados a proporcionar o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para a cidadania e sua qualificação para o trabalho. Se a educação responde, antes de qualquer coisa, a necessidades individuais sociais e políticas (CF, art. 205), o seu conceito, no Estado Democrático de Direito, não pode ser desvinculado dos objetivos fundamentais da República (CF, art. 3º). Tal finalidade, por sua vez, implica a conservação de determinados valores, quais sejam a democracia, a justiça social, a liberdade e a paz, sendo esta a razão determinante da sistemática constitucional de promoção, proteção e garantias do direito à Educação. Com esse sentido, possibilita delimitar os bens protegidos pelo direito à Educação, incluídos os demais direitos de liberdade e igualdade a eles inerentes (RANIERI, 2013, p.75).

Pelo exposto, fundamentando a gestão democrática como exercício precípua da cidadania resta concluir, da forma mais simples e pura, que a gênese da palavra “democracia” é o exercício do poder pelo povo e a favor dele, em respeito aos direitos da minoria e em

busca da legitimidade aos atos da Administração Pública. Somente a partir desta concepção não se estará levando a um silêncio eloquente o Princípio da Soberania Popular, o qual requer que o governo se fundamente na vontade do povo, sem qualquer imposição autoritária. É condição para a plena cidadania a criação de cidadãos ativos por intermédio de processos que estimulem a estruturação de espaços políticos e públicos.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante dos argumentos apresentados são alcançados pontos específicos de compreensão do tema, desta forma tem-se, em um primeiro momento, que a gestão escolar democrática deve e precisa ser percebida como essência do ambiente escolar e não como aporte assessorio, ou seja, a gestão democrática carece de ser inerente ao propósito da escola, verdadeiramente institucionalizada para a efetivação da democracia.

É por meio da participação democrática iniciada no espaço escolar que a individualidade cultural e o reconhecimento como sujeito de direitos de todos os envolvidos, principalmente, as crianças e os adolescentes, é concretizado, de maneira a iniciar um desenvolvimento primário da igualdade política e do respeito às minorias ao olhar cada ser diante de suas particularidades.

Com isso, a educação para a participação e a educação para a democracia, além da transmissão do conhecimento técnico-científico tradicionalmente posto como único intento escolar, são deveres do Estado também, no intuito de que este faça prevalecer o amplo acesso ao conhecimento de informações públicas, de modo a oportunizar a construção de decisões orientadas pela participação popular.

Observa-se diante de tal contexto que a eleição direta dos diretores de escolas das redes estaduais do país é a metodologia mais utilizada para a escolha do gestor escolar, o que demonstra uma maneira de gestão democrática, ainda que iniciada por um grau hierárquico, pelo menos a princípio, superior. Ainda assim, são válidas as práticas desenvolvidas pelos grêmios estudantis e pelas APMF's, no sentido de horizontalizar relações que antes se viam distantes pela diferença dos papéis desempenhados.

Entende-se que em pequenas ações como as mencionadas há, desde cedo, o exercício do direito à democracia, de participar ativamente da vida escolar e, conseqüentemente, da vida em comunidade. Simples práticas democráticas do cotidiano escolar comungam histórias, realidades, pontos de vista e iniciam diálogos para um aproveitamento comum que considera a todos indistintamente.

Assim, é por intermédio da construção diária de um ambiente escolar democrático

que a realização efetiva do Estado Democrático de Direito, alma da Constituição Federal de 1988, tende a ser consolidado, visto que a cidadania não se resume ao sufrágio, mas também abarca práticas de aceitação plural nas quais o direito de ser ouvido e o dever de escutar o outro contribuem para o aperfeiçoamento da vida em sociedade como forma de pleno exercício da cidadania.

## 5 REFERÊNCIAS

BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. Educação para a democracia. **Lua Nova**, São Paulo, n.38, p.223-237, Dec. 1996. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64451996000200011&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451996000200011&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 29 mai 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**:5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 17 maio 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei 7.398, de 4 de novembro de 1985**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7398.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7398.htm)>. Acesso em: 17 maio 2017.

\_\_\_\_\_.**Lei 8.069, de 13 de julho de 1990**. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)>. Acesso em: 17 maio 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9394.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm)>. Acesso em: 17 maio 2017.

CIENA, Fabiana Polican. **A gestão pública das políticas educacionais para a efetivação democrática do direito à Educação no Brasil**: da democracia cognitiva à democracia participativa. 2016. 303 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, USP, São Paulo, 2016.

CURY, Carlos Alberto Jamil. **A gestão democrática na escola e o direito à educação**. Disponível em: <<http://www.seer.ufrgs.br/rbpaee/article/viewFile/19144/11145>>. Acesso em: 17 jun. 201.

DAHL, Robert A. **Sobre a Democracia**. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

DOURADO, L. F. **Políticas e Gestão da Educação Básica no Brasil**: limites e perspectivas. Educação & Sociedade. Campinas, SP, v. 28, n. 100, p. 921 - 946, out. 2007.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução: Raquel Ramallete. 36ªed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

FRAIDENRAICH, Verônica. Para garantir a (boa) escolha de um diretor. **Revista Nova Escola**. Gestão escolar. Como escolher um bom gestor escolar. Disponível em: <<http://www.fvc.org.br/pdf/selecao-capacitacao-diretores-especial.pdf>>. Acesso em: 13 jun.

2017.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa**. 51ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015.

\_\_\_\_\_. **Pedagogia do oprimido**. 17ª ed. (e-book). Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/paulofreire/paulo\\_freire\\_pedagogia\\_do\\_oprimido.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/paulofreire/paulo_freire_pedagogia_do_oprimido.pdf)>. Acesso em: 23 maio 2017.

INSTITUTO SOU DA PAZ (Brasil). **Caderno grêmio em forma**. 3ª ed. São Paulo, 2003. Disponível em: <[http://www.etepb.com.br/arq\\_alunos/downloads/gremio/caderno\\_gremio\\_estudantil.pdf](http://www.etepb.com.br/arq_alunos/downloads/gremio/caderno_gremio_estudantil.pdf)>. Acesso em: 17 maio 2017.

KLENK, Henrique; MATHEUSSI, Elisa Machado; ENS, Romilda Teodoro. A APMF como princípio de gestão democrática e de integração família/escola. In: **Anais Educere**, 2006, p. 2.979 – 2.989. Disponível em: <<http://www.pucpr.br/eventos/educere/educere2006/anaisEvento/docs/CI-267-TC.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2017.

MEC. SECRETARIA DA EDUCAÇÃO BÁSICA. **Conselhos Escolares. Democratização da Escola e Construção da Cidadania**. Programa Nacional de Fortalecimento dos Conselhos Escolares. Brasília, DF, MEC/SEB, 2004. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/me000483.pdf>>. Acesso em: 02 jun. 2017.

MUÑOZ JIMÉNES, César. **A infância é o melhor capital de uma sociedade, afirma educador espanhol**. Entrevista por Jéssica Moreira, 2013. Disponível em: <<http://educacaointegral.org.br/reportagens/a-infancia-e-o-melhor-capital-de-uma-sociedade-afirma-educador-espanhol-cesar-munoz>>. Acesso em 12 jun. 2017.

MOURA, Marcilene Rosa Leandro. O grêmio estudantil na gestão da escola democrática: protagonismo e resiliência ou despolitização das práticas formativas? **Revista de Ciências da Educação**, UNISAL, Americana/SP, ano XII, nº. 23, 2º semestre, 2010. Disponível em: <<http://www.revista.unisal.br/ojs/index.php/educacao/article/view/70/135>>. Acesso em: 13 jun. 2017.

PARO, Vitor Henrique. **Gestão democrática da educação pública**. São Paulo: Cortez, 2016.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. **O Direito Educacional no sistema jurídico brasileiro**. In: Associação Brasileira de Magistrados, Promotores de Justiça e Defensores Públicos da Infância e Juventude (Org.). *Justiça pela qualidade na educação* São Paulo: Saraiva, 2013.

ZABALA, Antoni. **Enfoque globalizador e pensamento complexo: uma proposta para o currículo escolar**. Porto Alegre: Artmed, 2002.

# DIREITO FUNDAMENTAL AO PROCESSO COLETIVO E ENTES LEGITIMADOS PARA A DEFESA DE DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS

Luis Antonio de Sousa ÁVILA<sup>1</sup>

Daniel Gustavo de Oliveira Colnago RODRIGUES<sup>2</sup>

## RESUMO

A defesa de direitos que ultrapassam a esfera individual é assunto recente na história da ciência jurídica e, assim, em plena evolução. É resultado da própria evolução da sociedade, que reflete, conseqüentemente, na evolução do Direito. Ao se perceber a necessidade da defesa de interesses transindividuais como os ligados ao meio ambiente, consumidor, patrimônio público, os direitos das pessoas com deficiência, dos idosos, entre outros, notou-se também necessária a criação de instrumental específico que possibilitasse tal tutela, o que ficou conhecido como Processo Coletivo. No ordenamento pátrio, o assunto teve grande salto evolutivo a partir da Constituição Federal de 1988 e, apesar dessa expressiva evolução na história recente, observa-se prejuízo à garantia constitucional de acesso à justiça por existirem divergências quanto a aspectos relevantes do processo coletivo, como a legitimação ativa. O presente estudo busca, então, demonstrar que o ordenamento pátrio, em especial através da Constituição Federal, erigiu a garantia ao processo coletivo ao *status* de direito fundamental, necessário à efetivação de interesses plurais. Busca-se, ainda, analisar aspectos da representação dos interesses transindividuais em juízo e sua importância para a efetivação do acesso à justiça, para isto utilizando-se de embasamento doutrinário e jurisprudencial pertinente.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos Transindividuais. Processo Coletivo. Garantias Constitucionais. Processo Civil.

## ABSTRACT

The defense of rights beyond the individual scope is a recent subject in the history of legal science and thus evolving. It results from the evolution of society and reflects, consequently, in the evolution of the law. When noticed the need of defending transindividual interests such as those related to the environment, consumers, public property, the rights of people with disabilities, of elderly people, among others, also is noted the necessity to create specific instruments that allow such protection, which became known as Collective Action. In the homeland order, the subject had a great evolutionary leap from the Federal Constitution of 1988 and, despite this significant evolution in recent history, it is observed damage to the constitutional guarantee of access to justice because there are divergences regarding relevant aspects of the collective process, such as active legitimacy. Thus, the present study seeks to demonstrate that the national legal order, especially by the Federal Constitution, established the guarantee to the collective process to the status of fundamental right, necessary for the realization of plural interests. It also seeks to analyze aspects of the representation of transindividual interests in court and its importance for the effective access to justice, for this using relevant doctrinal and jurisprudential basis.

**KEY-WORDS:** Transindividual Rights. Collective Process. Constitutional Guarantees. Civil

1 Discente do 5º ano do curso de Direito do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. luissavila@hotmail.com

2 Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade de São Paulo. Professor de Direito Processual Civil da Toledo Prudente Centro Universitário. Membro da ABDPro e do CEAPRO. Advogado. danielcolnago@gmail.com

Procedure.

## 1 INTRODUÇÃO

Historicamente, a ciência do Direito foi construída sob a ótica da tutela a direitos individuais, pouco se voltando ao estudo das violações a direitos com reflexos sobre uma coletividade. Com a evolução da ciência jurídica, criaram-se garantias a interesses já existentes, mas nem sempre reconhecidos. Isso ocorreu em razão de marcos históricos que afetaram profundamente a sociedade, de tal forma que se passou a exigir a tutela de interesses que ultrapassam a esfera individual.

Acerca desta evolução histórica, observa-se que a difusão dos interesses transindividuais tem maior expressividade a partir da Revolução Francesa, destacando-se também a Revolução Industrial e a Segunda Guerra Mundial como marcos transformadores do pensamento da sociedade quanto a suas necessidades e, por isso, com reflexo direto no Direito. A partir do reconhecimento de interesse social na tutela dos interesses trabalhistas, das relações de consumo, dos direitos das crianças e adolescentes, de proteção aos idosos, do equilíbrio ambiental, do patrimônio público, da moralidade administrativa, entre outros, foi necessário que o mundo jurídico se adaptasse para atender a essas demandas.

O Direito, até então, tinha fundamentos essencialmente individualistas – preocupava-se com a tutela de interesses do indivíduo, tal qual o patrimônio, a liberdade e demais direitos civis e políticos. A ideia de igualdade era restrita ao âmbito formal, ou seja, entendia-se que bastava o tratamento igualitário perante a lei para que os direitos individuais fossem protegidos. Porém, como se afirmou, as transformações sociais demonstraram que esta visão do Direito não era suficiente para a pacificação social.

Isso porque outros interesses de relevância social e que acabam por interferir na esfera individual também merecem tutela. Mesmo que esses direitos não se restrinjam ao âmbito individual ou não possam ser titularizados por um único indivíduo, demandam tutela por interessarem à coletividade. As ciências sociais, em especial a jurídica, precisaram se adaptar a esse novo quadro.

Deste modo, a doutrina passou a discutir, num primeiro momento, a existência de direitos que ultrapassam a esfera individual e a possibilidade de sua tutela jurisdicional. Desenvolveram-se algumas teorias para explicar este fenômeno e ao Poder Legislativo coube a criação de instrumentos para efetivá-los. Surgia, então, na esfera jurídica, a ideia de “interesses transindividuais”. Embora a nomenclatura apresente variações, trata-se, em essência, dos direitos ou interesses que ultrapassam a esfera individual, que são atinentes a

uma coletividade e que não poderiam ser individualizados quanto ao sujeito de direito, nem fracionados quanto ao objeto. Em escopo ampliativo, abarca ainda interesses que podem ser individualizados e quantificados, mas que observam vantagens no tratamento coletivo – é o caso dos interesses individuais homogêneos.

O processo coletivo passou a significar, então, o instrumental necessário à garantia de tais interesses, tornando-se, ele mesmo, um direito fundamental previsto pela Constituição Federal. Isso se afirma porque a Carta Magna brasileira de 1988 inovou em relação às constituições anteriores ao consagrar princípios de solidariedade e direitos de terceira geração. Assim, privilegiou uma visão pluralista dos direitos constitucionais, incorporou ao âmbito do processo coletivo a tutela de interesses transindividuais em sentido amplo e estendeu o rol de entes legitimados a defendê-los em juízo.

O presente trabalho se propõe, então, a analisar a o desenvolvimento da garantia constitucional ao processo coletivo e a legitimidade ativa para a postulação em juízo, o que influencia diretamente no acesso à justiça e concretização de interesses coletivos em sentido amplo. Para atingir tais objetivos, foram utilizados, em conjunto, os métodos de abordagem indutivo e dialético, bem como o método de procedimento histórico, trazendo-se ao estudo ensinamentos da doutrina e jurisprudência pertinentes.

## **2 DIREITO FUNDAMENTAL CONSTITUCIONAL AO PROCESSO COLETIVO**

A ciência do Direito tradicionalmente foi construída sob a ótica da tutela a direitos individuais, pouco se voltando ao estudo das violações aos direitos com reflexos sobre uma coletividade – nessas situações, em geral, facultou-se o acesso individualizado à Justiça, de modo que os que se socorriam da jurisdição poderiam ver tutelados seus direitos, enquanto os que assim não procediam por razões diversas, apesar de possuírem os mesmos interesses, ficavam desamparados.

Tal sistematização, por óbvio, mostrou-se insuficiente, na medida em que aumentaram as demandas individuais fundadas em mesmas situações de fato, relações jurídicas e circunstâncias comuns, bem como com o desenvolvimento de uma consciência de interesses coletivos. Percebeu-se necessária a criação de mecanismos que possibilitassem uma tutela de direitos que ultrapassem a esfera individual, de modo a proporcionar melhor acesso à Justiça, racionalização de recursos e uniformidade das decisões, ou seja, mecanismos que pudessem evitar decisões judiciais conflitantes e proporcionassem a redução da quantidade de demandas, imprimindo celeridade e eficácia à tutela de interesses que depassam o indivíduo.

Cumprir destacar que, até 1868, observava-se a concepção sincrética do processo.

Confundiam-se os planos material e processual, de forma que seria praticamente impossível a concepção do processo coletivo até aquele momento. Neste sentido, Gregório Assagra de Almeida explana:

Não se pode esquecer que a origem do direito processual, como ramo autônomo do direito, é recente, pois até 1868 vivia-se a fase sincretista, em que eram confundidos os dois planos do direito: o processual e o material. Foi a obra de Oskar von Büllow, Teoria das exceções dilatórias e pressupostos processuais, o divisor de águas entre as fases sincretista (ou privatista) e autonomista (ou conceitual). Portanto, falar metodologicamente sobre direito processual coletivo, dentro de uma concepção sincrética, não é nada fácil, para não dizer que é impossível, até porque o fenômeno da tutela dos direitos das massas é recente e se enquadra na denominada fase instrumentalista do direito processual, cuja meta principal é possibilitar a efetividade do processo (2003, p. 38-39).

É de se lembrar que o Direito é ciência social e, como tal, reflete o momento histórico e questões políticas de sua época e localidade. Até que Büllow lançasse as bases para a fase autonomista do processo, não se concebia que terceiro, em nome próprio, postulasse direito alheio – portanto, vivia-se uma fase eminentemente individualista, que refletia a rejeição ao regime feudal anterior, em que se observava a organização em grupos. Havia, até esse marco, grande rigidez quanto à legitimação e a regra, quase que absoluta, era a de que somente o que se afirmava titular do direito material poderia postulá-lo em juízo. Hermes Zaneti Junior demonstra as origens da robustez na ligação entre direitos subjetivos e tutela jurisdicional individual, o que se verifica ainda hoje:

Durante o período de afirmação das codificações de civil law, a partir da Revolução Francesa, o predomínio da razão individual (racionalismo) combateu fortemente o reconhecimento dos direitos de titularidade dos grupos de pessoas. Era a época do sujeito individual e da ascensão do liberalismo. Isso ocorreu porque a partir das premissas do combate ao modelo feudalista e absolutista de controle da comunidade a via escolhida foi a afirmação da individualidade insuprimível do ser humano e do direito a sua escolha e autodeterminação (autonomia da vontade) (2016, p. 27).

Evidencia-se que, para a criação do processo coletivo moderno, foi necessário se vencer a rigidez do individualismo. Esta evolução teórica do Direito só se atingiu em decorrência de fatos históricos que alteraram as práticas, costumes e cultura social. Foram as necessidades sociais que possibilitaram a separação entre direito processual e direito material e, ainda, o advento da concepção instrumentalista do processo. Mesmo que a regra processual, ainda hoje, seja a da legitimação ordinária, após as ideias lançadas por Büllow observou-se uma ampliação das exceções previstas em lei, de forma a se viabilizar também a defesa de interesses transindividuais em juízo por entes representativos da coletividade.

Ainda que se observassem demandas coletivas na antiguidade, elas muito se diferem dos modelos atuais. A “massificação da sociedade” a que a doutrina se refere como ponto determinante para início dos debates acerca da necessidade de tutela de interesses coletivos,

tem sua representação máxima na Revolução Industrial ocorrida no século XVIII – marco social que impulsionou a evolução normativa observada nos atuais modelos processuais. No mesmo sentido, Almeida afirma que esta pode ser considerada a circunstância social que desencadeou o surgimento do processo coletivo:

[...] a Revolução Industrial do século XVIII pode ser considerada a circunstância social que veio dar origem aos movimentos sociais conflituos em razão da denominada ascensão das massas, que se intensificou no decorrer da história, passando a exigir a tutela coletiva desses conflitos massificados (2003, p. 42).

Desta forma, no período que se seguiu à Revolução Industrial, reconheceu-se a necessidade de intervenção estatal para garantia de direitos sociais. Percebeu-se, ainda, que a esfera de direitos individuais abrange não apenas as liberdades fundamentais e as prestações do Estado, mas também interesses que, muitas vezes, são comuns aos indivíduos e que também merecem proteção, tais quais boas condições de trabalho, direito ao meio ambiente saudável, proteção nas relações de consumo, inclusão social de determinados grupos étnicos e minorias em geral, vedação de quaisquer formas de discriminação, proteção ao patrimônio público, entre outros.

Ampliados os direitos do cidadão, para que fossem efetivados verificou-se também a necessidade de ampliação das formas de acesso à justiça. A depender do caso concreto, mostrar-se-ia inviável que cada integrante do grupo interessado, fundado em mesmas causas, relações jurídicas ou circunstâncias de fato, viesse litigar em juízo. Então, para viabilizar a defesa desses direitos que transpassam a esfera individual (mas ainda a integram) é que se tornou necessária a criação de instrumental específico: o processo coletivo.

No Brasil, foi com a promulgação da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, a Lei da Ação Popular, que as ações coletivas iniciaram sua trajetória no ordenamento. Tal regramento inaugurador da tutela de interesses coletivos em juízo teve como principal preocupação a proteção do patrimônio público e, ao estabelecer mecanismos para isto, trouxe grandes alterações ao direito processual até então estabelecido.

A primeira delas foi quanto à legitimação ativa – o artigo 1º da citada Lei permitiu a qualquer cidadão pleitear a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público praticados por entes da administração direta, indireta e por pessoas jurídicas de direito privado subvencionadas com verbas públicas. Observa-se, aqui, sob o viés do processo clássico, o fenômeno da substituição processual, na medida em que o cidadão foi legitimado a, em nome próprio, buscar a defesa de direitos pertencentes a toda a população. Destaca-se que, no contexto moderno, a autonomia do indivíduo em relação à sociedade que integra e da qual pertence o direito subjetivo a ser postulado exige “um título e uma teoria que fundamente

a possibilidade de que o autor represente os demais indivíduos ausentes da relação processual” (LEAL, 1998, p. 27).

A segunda grande alteração promovida pela Lei da Ação Popular foi quanto à amplitude da coisa julgada. Conforme dispõe seu artigo 18, a coisa julgada será oponible *erga omnes*, ou seja, aplica-se a todos os interessados, mesmo que não tenham participado diretamente do processo. Dispõe, ainda, que caso se verifique a improcedência da ação por deficiência ou insuficiência de provas, qualquer cidadão poderá intentar nova ação com fundamento idêntico, valendo-se de novas provas. Tal modulação de efeitos ficou conhecida como coisa julgada *secundum eventum probationis*.

Ainda que a Lei da Ação Popular tenha promovido significativa inovação no ordenamento jurídico, seu viés era muito restrito, pois se preocupava essencialmente com o aspecto patrimonial, pouco se aproximando do que hoje se entende por proteção a direitos transindividuais. Essa limitação é justificável porque, à época de sua edição, a tutela a direitos transindividuais era assunto incipiente, mesmo na Europa. Na década de 70 foi que o debate tomou maiores proporções no mundo jurídico, mas não ainda no Brasil, de forma que o Código de Processo Civil de 1973 voltou-se, ainda, ao processo clássico, ou seja, ao processo individual.

Também merece destaque na história do processo coletivo brasileiro a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/1981). Com os objetivos de preservar, melhorar e recuperar a qualidade ambiental propícia à vida, aliada ao desenvolvimento socioeconômico, aos interesses de segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana, estabeleceu no parágrafo 1º do artigo 14 que o Ministério Público da União e dos Estados tem legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal em face dos agentes poluidores do meio ambiente.

Entretanto, foi a partir da edição da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, conhecida como Lei da Ação Civil Pública (LACP), que se verificou maior difusão da tutela dos interesses coletivos em âmbito nacional. Ao reconhecer a importância de se conferir proteção ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, a Lei incorporou ao ordenamento novo e importante instrumento para a tutela de interesses massificados. Neste sentido, Almeida afirma:

A partir da entrada em vigor da Lei n. 7347, de 24 de julho de 1985, que verdadeiramente instituiu a ação civil pública no Brasil, operacionalizou-se no ordenamento jurídico brasileiro uma revolução, transformando-se de ordenamento de tutela jurisdicional de direito individual, para ordenamento de tutela jurisdicional também de direitos e interesses massificados (2003, p. 265).

A Lei da Ação Civil Pública representa, portanto, importante avanço na tutela de interesses transindividuais, pois implementa mecanismos para sua defesa e expande a legitimidade para a propositura da ação coletiva. Todavia, naquele momento, ainda não era possível se falar em um sistema de tutela de interesses das massas. Isto porque, por ocasião da edição da lei em tela, o artigo 1º restringia a utilização da ação à defesa do meio ambiente (inciso I), do consumidor (inciso II) e dos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (inciso III). Os incisos IV a VIII foram inseridos ao texto legal posteriormente.

No entanto, é de se observar que essa lei, que introduziu uma noção mais ampla de processo coletivo no Brasil, passou por revezes. Em sua redação original, o Projeto de Lei da Câmara nº 20 de 1985, que deu origem a referida Lei, trazia, no seu artigo 1º, inciso IV, a tutela a “qualquer outro interesse difuso ou coletivo”. Tal expressão já constava do projeto originário, formulado pelo Poder Executivo e enviado ao Congresso Nacional, mas, assim mesmo, tal norma ampliativa sofreu veto presidencial, que fundamentou a supressão na insegurança jurídica que a expressão representava. Ainda que a mensagem de veto tenha reconhecido a relevância dos interesses difusos, justificou que a imprecisão conceitual resultaria uma amplíssima abrangência do instituto, o que se considerou violador da segurança jurídica.

Para Mazzilli, no entanto, os objetivos do veto eram menos nobres: “nessa ocasião, o Presidente da República foi alertado para os riscos de dar à sociedade uma ação coletiva que poderia amanhã voltar-se contra interesses do governo. Vetou, assim, a norma de extensão” (2016, p. 187). Com o advento da Constituição da República, em 1988, foi superado tal revés.

Nossa Carta Magna consagrou princípios de solidariedade, direitos de terceira geração, incorporou ao processo coletivo a tutela de outros interesses transindividuais e ampliou o rol de entes legitimados a defendê-los em juízo. O legislador constituinte estabeleceu expressamente a possibilidade de a ação civil pública visar a tutela do patrimônio público e social, do meio ambiente e outros interesses difusos e coletivos (art. 129, inciso III, da CF), ou seja, três anos após a criação da LACP, reincorporou-se a possibilidade de tutela de “qualquer outro interesse difuso ou coletivo”, prevista em sua origem. A LACP, em consonância com a atual Constituição, passou então a representar o direito fundamental ao processo coletivo. Neste sentido:

É a partir da atual Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, que se pode falar em direito processual coletivo comum brasileiro como um novo ramo do direito processual. Isso se dá principalmente em face de três dispositivos constitucionais. O primeiro está previsto no art. 5º, XXXV, e regra que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Esse dispositivo eliminou a limitação da garantia do acesso à justiça somente a direito individual, que era prevista na anterior Constituição emendada de 1969 (art. 153, § 4º). O segundo está previsto no art. 129, III, que dispõe: “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I – omissis ...; II - omissis ...; III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. O terceiro e fundamental é o art. 1º da CF, que consagra o Estado Democrático de Direito brasileiro que, para se manter e se efetivar, necessita de uma via jurisdicional potencializada fundamental, que é o direito processual coletivo comum (ALMEIDA, 2003, p. 266).

A tutela coletiva, a partir de então, foi expressamente incorporada ao rol de direitos fundamentais do artigo 5º da Constituição Federal – trata-se, portanto, de cláusula pétrea e que confere garantias mínimas para a defesa de direitos que transcendem a esfera individual. Não à toa, o Capítulo I do Título II da Carta Magna foi nomeado “dos direitos e deveres individuais e coletivos” (grifou-se).

É de se destacar, também, a norma contida no inciso XXXV do art. 5º da carta constitucional: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Da simples interpretação sistemática decorre que a garantia da inafastabilidade de jurisdição não se destina apenas a direitos individuais, mas também aos direitos coletivos e, ainda, a direitos individuais que possuam dimensão coletiva, tais como os de livre associação e reunião, a função social da propriedade, o meio ambiente equilibrado, a saúde e educação, entre tantos outros previstos na Constituição Federal e em leis infraconstitucionais. Quis o constituinte, assim, estabelecer o direito fundamental ao processo coletivo e normas gerais para que a legislação infraconstitucional regresse a proteção aos interesses de massas.

Nesta senda, de modo a dar aplicabilidade à ação civil pública e permitir a defesa de interesses transindividuais por meio desse instrumento, o Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, apresentou os conceitos de interesses difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos. Com isso, dirimiram-se dúvidas que permeavam a doutrina e foram estabelecidas normas específicas para a instrumentalização das lides coletivas.

Observa-se, então que o CDC, guiado pelas diretrizes constitucionais, teve grande influência para a conformação de um microsistema de tutela coletiva, na medida em que promoveu profundas alterações à LACP e trouxe normas complementares para disciplinar o procedimento jurídico para a tutela de interesses coletivos, possibilitando-se, assim, a efetivação da garantia constitucional.

### **3 A LEGITIMIDADE ATIVA NO PROCESSO COLETIVO**

Para se possibilitar a defesa de uma vasta gama de interesses que transpassam a esfera individual, foi necessário que a Constituição Federal e as leis processuais garantissem a diversos entes a possibilidade de demandar sua tutela. Antes que houvesse expressa previsão legal, existia grande discussão doutrinária acerca da legitimidade para que um ente que não detinha o direito material representasse interesses de uma pluralidade em juízo, o que obstava a tutela do direito material.

Assim, não bastaram as regras destinadas ao processo clássico individualista diante da massificação das sociedades e do aumento das demandas fundadas em mesmas situações de fato, relações jurídicas ou com origem comum. Para viabilizar a tutela judicial foi necessário que se criasse instrumental específico, com princípios e regras próprios, inclusive no que se refere ao ente que atuará na defesa de interesses pluralistas. Neste sentido, Borba explica que:

Com a mudança de concepção do Estado e a proliferação e internacionalização dos direitos do homem, mais bens são merecedores de tutela, o que requer legitimação de mais sujeitos de direitos, alargando-se o conceito de parte para abranger, além do indivíduo, também entidades de classe, organizações sindicais, organizações sociais que atuem em defesa de grupos vulneráveis e da própria humanidade (2013, p. 25).

Para a tutela de interesses por meio do processo coletivo deve haver, então, uma ampliação da legitimação, de modo que se permita a um representante do grupo buscar a defesa dos interesses comuns perante o Judiciário. Isso se justifica porque os direitos difusos e coletivos não são individualizáveis e, também, porque seria inviável a tutela de direitos individuais homogêneos em único processo com uma grande quantidade de partes, em litisconsórcio.

É de se atentar, também, que a representação em juízo deve se dar de forma a melhor atender aos interesses dos representados, uma vez que estes serão afetados pela coisa julgada sem que possam efetivamente participar do processo. Neste sentido, Antonio Gidi demonstra a importância da questão:

[...] é preciso analisar politicamente a quem deve o direito atribuir legitimidade ativa para agir em juízo em defesa de tais direitos, de forma que, sem cercear os direitos dos membros da comunidade lesada, torne a possibilidade de tutela efetiva (no sentido de que o representante do grupo tenha condições de se impor ante a pressão e a superioridade dos poderosos) e com o mínimo risco para aqueles que não ingressaram no processo (1995, p. 34).

Dito isto, é de bom alvitre alertar que a natureza jurídica desta representação é altamente controversa na doutrina.

Para Mauro Cappelletti, o legitimado ativo das ações coletivas, portador de “adequada representatividade”, é chamado de “parte ideológica” (1977, p. 155) ou “corpo

intermediário” (1977, p. 158), que possui “o poder de agir em juízo civil, não pela tutela de um direito do qual são (ou afirmam ser) pessoalmente titulares, mas por um interesse mais ou menos claramente configurado como coletivo ou de categoria” (1977, p. 133). Dessa forma, “o direito de ação passa a ser não do titular do direito substancial, mas de quem a lei escolhe – pessoa ou instituição – para defender os direitos coletivos” (BORBA, 2013, p. 31).

Joselita Nepomuceno Borba traz a seguinte explanação acerca da representação dos interesses transindividuais em juízo:

[...] ao mesmo tempo que a Constituição Federal positivou direitos, aumentando a quantidade de bens merecedores de tutela, mediante a ampliação de direitos sociais, econômicos e culturais, instituiu meios de defesa e ampliou a noção de cidadania, conferindo ao cidadão a possibilidade de agir em defesa dos interesses coletivos por meio de corpos intermediários (sindicato, associação, organização civil) e ao Ministério Público em defesa do interesse público (2013, p. 26).

Para Thereza Alvim, não se trata, propriamente, de “representatividade”, mas de verdadeira legitimação extraordinária, pois a instituição escolhida pela lei para defender os direitos transindividuais age em nome próprio (1996, p. 118). Com efeito, “quem atua [na ação coletiva] não é o titular da lide decidida (que é da coletividade)”, porém, esta atuação se dá “em nome próprio, em defesa (sentido lato) de afirmação de direito da coletividade” (ALVIM, 1996, p. 118).

Por outro lado, para Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, trata-se de verdadeira legitimação autônoma:

A dicotomia clássica legitimação ordinária-extraordinária só tem cabimento para a explicação de fenômenos envolvendo direito individual. Quando a lei legitima alguma entidade a defender direito não individual (coletivo ou difuso), o legitimado não estará defendendo direito alheio em nome próprio, porque não se pode identificar o titular do direito. Não poderia ser admitida ação judicial proposta pelos ‘prejudicados pela poluição’, pelos ‘consumidores de energia elétrica’, enquanto classe ou grupo de pessoas. A legitimidade para a defesa dos direitos difusos e coletivos não é extraordinária (substituição processual), mas sim legitimação autônoma para a condução do processo (2001, p. 1885).

Dessa forma, pelas “características e peculiaridades dos direitos e interesses gerais (coletivos e difusos)”, não seria possível se falar em substituição processual “seja pela indivisibilidade do objeto, seja pelo fato de não se poder substituir coletividade ou pessoas indeterminadas” (BORBA, 2013, p. 39).

No mesmo sentido, Gidi demonstra a inviabilidade de se analisar a legitimidade no processo coletivo utilizando-se dos institutos do clássico direito processual individualista, ao afirmar que a doutrina encabeçada por Nery Júnior busca “[...] superar essa clássica polaridade entre legitimidade ordinária e legitimidade extraordinária existente no direito processual individual e inaplicável no âmbito das ações coletivas” (1995, p. 41).

Em face da divergência doutrinária foi que a Constituição e as leis especiais elegeram entes para a representação dos interesses plurais em juízo, de forma a dirimir as dúvidas e permitir a efetivação de direitos. Assim, seja qual for a natureza jurídica que se atribua à representação dos reais titulares do direito material deduzido em juízo por terceiros, o fato é que se trata de uma legitimação concorrente ou pluralista, já que o legislador, independentemente “[...] do conteúdo do direito material a ser discutido em juízo, legitima pessoa, órgão ou entidade para conduzir o processo judicial coletivo, por meio do qual se busca, cada um por si ou em litisconsórcio, tutelar o bem comum ou o interesse público” (BORBA, 2013, p. 40).

Assim, a discussão acerca da natureza da legitimação que, até então, poderia obstaculizar a tutela de interesses transindividuais, perdeu sua importância na medida em que o legislador positivou um rol de entes legitimados à propositura das ações coletivas, o que ocorreu com maior destaque a partir da Lei de Ação Civil Pública em 1985.

É de se observar que, para evitar abusos ou omissões de determinado ente legitimado em prejuízo do interesse coletivo, o legislador estabeleceu um verdadeiro sistema de freios e contrapesos. A própria legitimação de diversos entes para o processo coletivo é um viés desse sistema de controle. Como bem aponta Gidi, “o CDC, ao regular a legitimidade ativa nas ações coletivas, seguiu de perto as diretrizes consolidadas em nosso direito positivo desde a LACP, instituindo amplo e heterogêneo rol de entidades, cuja legitimidade é concorrente, disjuntiva e exclusiva” (1995, p. 37).

Por concorrente, entende-se a legitimidade para agirem simultânea e independentemente, sem que uma exclua a outra; disjuntiva tem o sentido de que a legitimidade não é complexa, ou seja, não se exige que atuem em conjunto, sendo o litisconsórcio facultado; e exclusiva, porquanto a lei estabelece rol taxativo de entidades legitimadas a propor ação coletiva (GIDI, 1995, p. 37-38).

Disso decorre outro viés desse sistema de controle, disposto no § 3º do artigo 5º da Lei de Ação Civil Pública, segundo o qual, no caso de desistência ou abandono da ação, poderá o Ministério Público ou outro ente legitimado prosseguir na ação coletiva, em primazia à tutela do interesse coletivo.

Outra característica relevante de nosso sistema é que somente legitimidade ativa é conferida para as demandas coletivas, diferentemente do que ocorre com as *class actions* norte-americanas, em que o “representante” do grupo também pode ser demandado (GIDI, 1995, p. 51-52).

Em vista dessas considerações, serão apresentados, a seguir, alguns dos principais

entes legitimados ao processo coletivo em nosso ordenamento, indicando-se questões relevantes acerca de cada um deles e que refletem na efetivação dos interesses transindividuais, ainda que sem esgotar suas peculiaridades e as discussões que permeiam doutrina e jurisprudência.

### **3.1 Entes legitimados**

A análise da legitimidade ativa para o processo coletivo exige, ainda, a observação de que o direito processual coletivo pode ser subdividido em duas vertentes: direito processual coletivo comum e direito processual coletivo especial. Conforme Almeida, a maior nitidez desta divisão se verifica no plano do objeto material: enquanto a primeira vertente se preocupa em solucionar lides que ocorrem no plano concreto, a última cuida do controle de constitucionalidade de leis e, assim, protege a ordem constitucional no plano abstrato em benefício de todos (ALMEIDA, 2003, p. 140-141).

Feito este esclarecimento, é de se notar que, embora de grande importância o controle de constitucionalidade para os interesses das massas, nesta vertente o processo se dá em face de questões abstratas da ciência jurídica, e não efetivamente diante de um conflito concreto. Assim, a própria Constituição apresenta os entes legitimados a realizar este controle e isto é suficiente, em termos de legitimação, para que se garanta a tutela do estado democrático de direito.

As maiores discussões acerca da legitimidade se apresentam, portanto, no plano concreto, ou seja, no âmbito do processo coletivo comum. E é também a Constituição Federal que traz os princípios e regras gerais a serem observadas neste caso, elencando os entes legitimados (ou corpos intermediários) que atuarão no processo coletivo. Não se pretende, neste trabalho, esgotar o rol dos legitimados e as considerações feitas pela doutrina e jurisprudência quanto a cada um deles, mas serão apontados alguns importantes legitimados à defesa dos interesses transindividuais em juízo e características relevantes de sua representação.

Assim, nossa Carta Magna estabelece, em seu artigo 127, “caput”, o Ministério Público como legitimado ativo de destaque para o ajuizamento de demandas coletivas, ao expressamente descrevê-lo como “[...] instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. Não só foi legitimado a propor ação coletiva, como também exigiu a legislação infraconstitucional que o ente atue nas demandas coletivas como *custos legis*, como se depreende do § 1º, do artigo 5º da Lei de Ação Civil Pública.

Percebe-se, assim, que o ordenamento pátrio confere ao Ministério Público ampla legitimidade ativa para o processo coletivo, de modo que busque a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Conforme Almeida, “[...] para extrair sua legitimidade ativa, basta a afirmação de direito ou interesse coletivo” (2003, p. 330).

Acrescenta-se, ainda, que tal atuação não se limita ao campo jurisdicional, mas também se espalha para o extrajudicial. Isto porque a Constituição confere ao Ministério Público capacidade para instaurar inquérito civil ou procedimento administrativo, firmar termos de ajustamento de conduta e expedir manifestações orientadoras à atuação de órgãos públicos ou entidades por ele fiscalizadas (ALMEIDA, 2003, p. 330).

Nesta senda, o artigo 129 da Constituição estabelece as funções institucionais do Ministério Público, entre as quais se encontra, no inciso III, a de “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”. A cláusula genérica constante do final do dispositivo evidencia que a instituição foi legitimada para figurar em qualquer processo que verse sobre interesses transindividuais, o que corrobora as afirmações da doutrina apresentada.

Além disso, extrai-se do § 1º do mesmo dispositivo que o Ministério Público sempre terá legitimidade ativa em demandas que discutam interesses transindividuais, ainda que isso se dê de forma concorrente com os demais legitimados. Assim, a dicção do texto constitucional consagrou, além da legitimidade do Ministério Público, a de “terceiros” para promoção do processo coletivo, conforme disponha a própria Constituição ou a lei.

Não se pode deixar de considerar, também, a legitimidade do Ministério Público para propositura de ações que visam à tutela de interesses individuais homogêneos. Em que pese serem interesses essencialmente divisíveis e patrimoniais, sua proteção coletiva é dotada de interesse social. Embora seja função precípua do *Parquet* a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, conforme dispõe o artigo 127 da Constituição, também é legitimado à ação coletiva para defesa de interesses individuais homogêneos dotados de forte interesse social. Neste sentido:

[...] não é de ser excluída, *a priori*, a possibilidade de o Ministério Público propor uma ação coletiva em defesa de direitos individuais homogêneos com o argumento falacioso de que a proteção ao direito patrimonial individual disponível não pode ser de interesse social. Isso porque, como vimos, os direitos individuais homogêneos globalmente considerados são indisponíveis pelo grupo de vítimas. Disponível é, apenas, cada um dos direitos isolada e individualmente considerados, por parte do seu titular individual, e não os direitos individuais homogêneos como um todo (coletivamente considerados) (GIDI, 1995, p. 50).

O autor ressalva, porém, que o Ministério Público deve se atentar para não promover a ação coletiva na defesa de interesses genuinamente individuais, não dotados de relevância

social, situação que violaria sua função institucional. No entanto, esta ressalva se aplica, também, à defesa de interesses difusos e coletivos, porquanto deve ser manifesto o interesse social para ensejarem a tutela coletiva (GIDI, 1995, p. 50-51).

Também são legitimadas à propositura de demandas coletivas as entidades associativas. As associações são a expressão do direito fundamental de associar-se, consagrado pela Constituição em seu artigo 5º, inciso XVII. Estes entes surgem “para fazer frente às mais variadas necessidades do homem, das mais simples às mais complexas da existência moderna [...]” (BORBA, 2013, p. 174) e se constituem no principal legitimado para a propositura das ações coletivas, na visão de Gidi, dada sua proximidade com o direito material.

O titular primeiro da lide coletiva é a própria comunidade ou coletividade titular do direito material. É por esse motivo que os grupos organizados são o principal ente legitimado à propositura da ação coletiva. A legitimidade dos órgãos do Poder Público é meramente subsidiária e, se por um lado é essencial até que a sociedade brasileira se organize plenamente, por outro é uma técnica destinada a retroceder o seu crescimento a partir do momento em que a sociedade civil organizada assuma a plenitude da sua tarefa de autoproteção e autoconservação (GIDI, 1995, p. 36).

O fundamento para a legitimação das associações encontra-se no inciso XXI, do artigo 5º da Constituição Federal, que diz: “as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente”. Observa-se que a norma não delimita a representação às demandas individuais, abarcando, portanto, as coletivas.

Vale lembrar que, no caso da representação individual, tratamos de legitimação extraordinária, enquanto no caso da defesa de interesses do grupo estamos diante de verdadeira legitimação autônoma, originada da relação de direito material tratada no processo coletivo, conforme doutrina anteriormente esposada e que se mostra coerente com a proposta de desvinculação com o processo individualista. Almeida assim demonstra os motivos e fundamentos constitucionais da legitimação desses entes:

O fundamento da *legitimidade ativa* das associações para a defesa dos interesses e direitos coletivos encontra respaldo em vários dispositivos constitucionais, pois o Constituinte, com a finalidade de constituir uma democracia social, plural e participativa, instituiu vários canais para viabilizar a organização da sociedade civil, no sentido de construir uma sociedade mais solidária. Podem ser citados, assim, na CF, o art. 5º, que trata dos direitos e garantias fundamentais, incisos XVII, XVIII, XIX, XX e XXI; e o art. 174, § 2º, que está dentro do Título VII, que trata *da ordem econômica e financeira* (ALMEIDA, 2003, p. 520).

Reconhecida sua importância no plano constitucional, é de se ressaltar que a legitimidade ativa para o processo coletivo também foi expressamente outorgada às associações civis no plano infraconstitucional, como se verifica no artigo 5º, inciso V e § 4º da

Lei da Ação Civil Pública, e artigo 82, inciso IV e § 1º do Código de Defesa do Consumidor. Ambos os dispositivos exigem que, em regra, a associação esteja constituída há pelo menos um ano e que a defesa dos interesses e direitos no processo coletivo tenha relação com seus fins institucionais.

A restrição temporal pode ser excepcionada pelo juiz quando houver “manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido”, disposição que existe, de maneira idêntica, tanto na LACP (art. 5º, § 4º) quanto no CDC (art. 84, § 1º). Este mecanismo expande a legitimação para associações criadas *ex post factum*, ou seja, constituídas após o evento que enseja a associação, o que é justificado por Gidi ao demonstrar que estas associações são:

[...] indispensáveis principalmente quando não haja associação já constituída voltada institucionalmente para a defesa do direito que se quer tutelado em determinada ação coletiva, ou quando a associação existente não propõe a ação ou tem a sua ação julgada improcedente por insuficiência de provas (1995, p. 48-49).

Foram observados, ainda, obstáculos em razão de a Constituição estabelecer que haverá legitimidade para a representação coletiva dos associados quando as associações forem expressamente autorizadas (art. 5º, inciso XXI, CF). A limitação, no entanto, foi abrandada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, de forma que não se exige autorização individualizada dos componentes do grupo, conforme se observa:

[...] 3. Realmente, a legitimidade das entidades associativas para promover demandas em favor de seus associados tem assento no art. 5º, XXI da Constituição Federal e a das entidades sindicais está disciplinada no art. 8º, III, da Constituição Federal. Todavia, em se tratando de entidades associativas, a Constituição subordina a propositura da ação a um requisito específico, que não existe em relação aos sindicatos, qual seja, a de estarem essas associações 'expressamente autorizadas' a demandar. É diferente, também, da legitimação para impetrar mandado de segurança coletivo, prevista no art. 5º, LXX da Constituição, que prescinde da autorização especial (individual ou coletiva) dos substituídos (Súmula 629 do STF), ainda que veicule pretensão que interesse a apenas parte de seus membros e associados (Súmula 630 do STF e art. 21 da Lei 12.016/2009). 4. Pois bem, se é indispensável, para propor ação coletiva, autorização expressa, a questão que se põe é a que diz com o modo de autorizar 'expressamente': se por ato individual, ou por decisão da assembléia de associados, ou por disposição genérica do próprio estatuto. Quanto a essa questão, a resposta que tem sido dada pela jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é no sentido de que não basta a autorização estatutária genérica da entidade associativa, sendo indispensável que a declaração expressa exigida pela Constituição (art. 5º, XXI) seja manifestada ou por ato individual do associado ou por deliberação tomada em assembléia da entidade (STF – RG RE 573.232/SC, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, Data de Julgamento: 14.5.2014, Data de Publicação: DJe nº 182 de 19.9.2014).

Não tem sentido, portanto, que se limite a atuação das associações com a exigência de expressa autorização dos indivíduos que a compõem, para que assim se legitimem a representar os interesses de dada coletividade. Isto porque a própria origem do ente associativo se funda na conjunção de forças para defender interesses atinentes ao grupo. Não

basta, porém, a autorização genérica disposta em estatuto; a legitimação se dará, então, por deliberação de assembleia ou por ato individual.

As entidades sindicais também foram autorizadas pela Constituição a atuar, judicial ou administrativamente, na defesa de interesses individuais ou coletivos da categoria que representem, conforme se observa no seu artigo 8º, inciso III. Trata-se de legitimação essencialmente vinculada ao direito trabalhista, tendo em vista a própria razão de ser desses entes. Conforme Borba:

O sindicato é, pois, uma associação que tem por finalidade proteger os interesses profissionais de quem a integra, verdadeira instituição cujo reconhecimento desempenha papel fundamental no entendimento da realidade social, econômica e política contemporânea (2013, p. 143).

A organização sindical, portanto, é espécie de associação, conformada pelos trabalhadores de determinada categoria que, imbuídos de espírito solidário, unem forças para alcançar melhores condições de trabalho e para a defesa de seus interesses comuns. Esses interesses pertencem ao grupo e não aos indivíduos que dele fazem parte, ou seja, não correspondem a mera soma de interesses individuais.

Ainda que essa forma de associação tenha essencial ligação com o direito trabalhista, não se defende que tenham legitimidade exclusiva para a demanda coletiva que busque tutela dos interesses de determinada categoria profissional. Neste sentido, Borba explica que o inciso III do artigo 8º da Constituição não estabelece regra de exclusividade e, assim, a interpretação que lhe deve ser dada deve atender, na maior medida possível, ao fim constitucional de tutela de interesses transindividuais (2003, p. 168-169). Assim justifica a doutrinadora:

Certamente, num juízo de ponderação, entre os princípios da dignidade da pessoa e do acesso à justiça para tutelar seus direitos fundamentais e aquele relativo ao poder sindical de representar, a carga de valores do primeiro, que irradia por todo o sistema, prevalece, deixando sem fundamento constitucional a tese dos que advogam e defendem o monopólio da representação sindical para defesa dos direitos e interesses de integrantes da categoria ameaçados de lesão (BORBA, 2003, p. 170-171).

Isto posto, a legitimação para a defesa de direitos ou interesses de dada categoria profissional não constitui monopólio, mas é concorrente entre os sindicatos, associações e outros entes não sindicais, a exemplo do Ministério Público do Trabalho, interpretação que melhor se adequa a finalidade da norma constitucional de assegurar e efetivar direitos fundamentais dos trabalhadores.

Também se destaca como importante ente legitimado ao processo coletivo a Defensoria Pública, conforme expressa disposição do artigo 134, “caput”, da Constituição

Federal. É de se notar que a redação do dispositivo foi alterada pela Emenda Constitucional nº 80 de 2014, conhecida como “PEC das Defensorias”, resultado de intenso debate doutrinário e jurisprudencial e que, entre as significativas alterações promovidas, dispôs expressamente acerca de sua legitimidade também para a defesa de direitos coletivos dos necessitados.

No mesmo sentido, a redação original da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.547, de 24 de julho de 1985), não elencava expressamente a Defensoria Pública no rol do artigo 5º, o que só se alterou em 2007, com a redação dada pela Lei nº 11.448. A recente alteração pode ser explicada porque a estruturação do ente é, também, relativa novidade em nosso ordenamento. Embora os precedentes históricos da assistência judicial gratuita possam ser encontrados desde 1603, nas Ordenações Filipinas (na forma de isenções aos pobres para acesso ao Judiciário), foi apenas com a Constituição Cidadã de 1988 que a Defensoria Pública teve estruturação institucional e tornou-se de implementação obrigatória. Neste sentido, afirma Thiago de Miranda Queiroz Moreira:

Até 1988, portanto, a assistência judiciária aos necessitados era legalmente definida como uma concessão do poder público e, em decorrência desse caráter caridoso, não existia uma determinação legal para a construção de instituições específicas para essa função (2016, p. 71).

Assim, com a evolução do tratamento do processo coletivo pela doutrina e jurisprudência, a positivação da Defensoria Pública como ente legitimado à representação dos interesses transindividuais era um desfecho necessário. Ainda que antes da alteração da LACP a Defensoria Pública fosse legitimada a atuar em lides coletivas (já que se trata de entidade pública destinada à defesa do interesse dos necessitados, conforme estabelecia o art. 82 do CDC), a alteração para incluí-la expressamente no rol de legitimados fez cair por terra os obstáculos acadêmicos e jurisprudenciais que antes se colocavam à sua atuação.

Neste sentido, Tiago Fensterseifer explica que após a Constituição de 1988 o cenário jurídico observou uma onda renovadora, com a edição de diversas leis que confrontavam a visão individualista do processo, o que reforçou a legitimidade da Defensoria Pública para o processo coletivo.

A criação da Defensoria Pública, como expressão desse novo paradigma jurídico, alinha-se com tal ruptura com o marco liberal individualista e, nesse sentido, não há razão para afastar da sua atuação o manuseio dos novos instrumentos de tutela coletiva em constante aprimoramento no nosso ordenamento jurídico, pelo menos desde a edição da Lei 7.437/1985. A Defensoria Pública não apenas está habilitada para fazer uso dos mecanismos processuais coletivos (entre eles, a ação civil pública) como, pela perspectiva do nosso Sistema de Justiça, a instituição é talvez um dos melhores exemplos do “novo capítulo” que se escreve na história político-institucional brasileira, de modo a promover profundas transformações em relação ao tema do acesso à justiça (em termos individuais e coletivos), notadamente no sentido de permitir que aqueles indivíduos e grupos sociais, que por muito tempo não tiveram condições socioeconômicas e técnicas de acessarem nossas Cortes de

Justiça, passassem a fazê-lo (2016, p. 443).

Ainda que não mais persistam dúvidas acerca da legitimação da Defensoria Pública para o processo coletivo em razão de expressa previsão legal, não raro se observam posturas retrógradas por parte de outros entes do sistema de justiça que dificultam sua atuação. Exemplo disso pode ser observado na ação civil pública proposta pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo contra a Fazenda Pública do Município de Presidente Venceslau, que visa obstar o asfaltamento de vias com calçamento de pedras daquele município, em defesa do patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico. Em primeira instância, a petição inicial foi indeferida sob argumento de ilegitimidade ativa, conforme excerto da sentença que se colaciona:

A petição inicial deve ser indeferida, por ilegitimidade ativa.

A Defensoria Pública é instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, conforme reza o artigo 134 da Constituição da República, a quem incumbe a defesa dos necessitados, individual e coletiva.

Da segunda parte do citado dispositivo constitucional consta, de forma expressa, suas atribuições, incumbindo-lhe “como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.”.

No mesmo sentido dispõem o artigo 1º da Lei Complementar 80/94 e artigo 2º da Lei Complementar Estadual 988/06, citados na inicial, ou seja, a atribuição de defesa dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita **aos necessitados**.

Sabe-se que, havendo em tese interesses individuais ou coletivos da população necessitada, O Supremo Tribunal Federal reconheceu, recentemente, a legitimidade ativa da Defensoria Pública para a propositura da ação civil pública, mesmo nas hipóteses em que extrapolar esse público - Recurso Extraordinário com Agravo (ARE 690838), processo paradigma do tema 607 da repercussão geral, reatuado como RE 733433.

Ocorre que naquele caso era mesmo possível extrair-se que havia em tese interesse da população necessitada, pois dizia respeito a funcionamento de creches e escolas de educação infantil de Município, de forma ininterrupta e contínua, também nos meses de dezembro e janeiro.

No caso dos autos, todavia, não se tem, nem mesmo em tese, indicativos de que a tutela perseguida possa, de qualquer modo, beneficiar hipossuficientes. Ausente pertinência temática.

A tutela do patrimônio histórico e cultural, bem como do meio ambiente, cabe, dentre outros legitimados, ao Ministério Público, precipuamente, que, tendo tomado conhecimento, por meio de reclamação, dos fatos que fundamentam a presente, entendeu que não era o caso de agir, por ausência de afronta a direitos coletivos ou difusos de munícipes, arquivando de plano a representação, conforme consta. Aliás, no mesmo sentido foi o parecer juntado nestes autos.

(TJ-SP – 2ª Vara da Comarca de Presidente Venceslau. Sentença na Ação Civil Pública nº 1000785-92.2016.8.26.0483. Requerente: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Requerido: Fazenda Pública do Município de Presidente Venceslau. Juíza de Direito Dra. Daiane Thaís Souto Oliva de Souza: Presidente Venceslau, 30 de março de 2016, DJe nº 2088, de 05/04/2016, p. 3241).

Destacado no original.

Nesta senda, Mazzilli aponta que, com a alteração da LACP e expressa previsão da

Defensoria Pública como legitimada à proposição de ação civil pública, surgiram posições controversas na doutrina, de modo que se questionava a possibilidade de violação à Constituição ao se promover ação coletiva que pudesse beneficiar também a não necessitados, bem como tendo em vista conflito de atribuições com Ministério Público que já era legitimado à propositura da ação (MAZZILLI, 2011, p. 319-320).

No entanto, tais questionamentos não subsistem, porque muitas vezes podem ser observadas superposição das atribuições dos entes, sem que com isso percam sua identidade e, além disso, não há que se individualizar os beneficiados com a defesa de interesses transindividuais, de forma que certamente pessoas que não são consideradas necessitadas poderão se beneficiar da decisão (MAZZILLI, 2011, p. 319-320). O autor faz uma ressalva:

Apenas no tocante à defesa de interesses coletivos em sentido estrito ou de interesses individuais homogêneos (nessas duas hipóteses temos grupos determináveis de lesados), é mister que os beneficiários da ação sejam pessoas necessitadas, para que a Defensoria Pública possa exercer em seu favor o processo coletivo (MAZZILLI, 2011, p. 320).

Tendo isso em vista e retornando ao caso apresentado, contra a sentença de primeira instância, a Defensoria Pública interpôs recurso de Apelação, provido em votação unânime pela 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que anulou a sentença e determinou o retorno à primeira instância para prosseguimento do feito. Depreende-se do acórdão que, ante o objeto da ação (interesse coletivo *lato sensu* à defesa do meio ambiente cultural) a Defensoria Pública possui legitimidade ativa, pois também poderá ser beneficiada a população necessitada em caso de procedência da ação. Dispõe a ementa:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Pretensão a obstar a pavimentação asfáltica das vias de calçamento de pedras do Município de Presidente Venceslau – Legitimidade ativa da Defensoria Pública para propor ação civil pública – Proteção a suposto patrimônio de valor histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico – Pleito que versa sobre direito difuso, de titularidade de toda a população, inclusive dos necessitados – Incidência dos art. 134 da Constituição Federal, art. 4º, incs. VII e X, da LC nº 80/1994, e art. 5º, inc. IV, alíneas “e” e “g”, da LCE nº 988/2006 – Legitimação da Defensoria Pública que persiste ainda que o interesse defendido ultrapasse a esfera dos hipossuficientes, com possibilidade de beneficiar pessoas não necessitadas – Precedente do C. Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça – Mérito – Necessidade de dilação probatória – Sentença anulada – Recurso provido, com determinação.

(TJ-SP - APL: 10007859220168260483 SP, Relator: Manoel Ribeiro, Data de Julgamento: 05/04/2017, 8ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 05/04/2017).

Desta forma, ainda que a instituição seja uma realidade recente e nem sempre adequadamente estruturada no âmbito dos estados, foi legitimada pela Constituição Federal e leis infraconstitucionais a atuar no processo coletivo, de forma a atender interesses dos necessitados, não restando qualquer dúvida acerca de sua legitimação para o processo coletivo. Esta constatação se coaduna, inclusive, com o princípio da máxima amplitude da

tutela jurisdicional coletiva, conforme visto anteriormente, pois o ente é essencial à tutela de numerosas demandas sociais em que são parte, também, os necessitados.

Por fim, outro legitimado a figurar no polo ativo de demanda coletiva é o próprio cidadão. Destaca-se dos demais porquanto é o único legitimado à propositura de ação popular, conforme estabelece o inciso LXXIII do artigo 5º, da Constituição Federal.

Assim, atendidos os requisitos legais, poderá uma única pessoa, por meio do instrumento da ação popular, buscar a anulação de “[...] ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural [...]”, conforme redação do dispositivo mencionado. Além disso, a mesma norma observa a garantia do acesso à justiça ao estabelecer que, salvo comprada má-fé, o autor ficará isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência. Conforme afirma Almeida, acerca deste legitimado:

Tem-se entendido que cidadão é o brasileiro nato ou naturalizado, que esteja em gozo de seus direitos políticos, sendo suficiente a cidadania mínima, que é a capacidade de votar adquirida *obrigatoriamente* ao completar 18 (dezoito) anos de idade e, *facultativamente* (art. 14, § 1º, I e II, da CF), ao completar 16 (dezesseis) (2003, p. 525).

A doutrina, no entanto, tem defendido entendimento que alarga o conceito de cidadão para a defesa de interesses difusos, admitindo-se que até mesmo estrangeiro seja legitimado à ação popular para a defesa do meio ambiente, por exemplo, porquanto se trata de direito inerente à manutenção da vida. Não seria, então, dado ao legislador infraconstitucional restringir o sentido da palavra “cidadão” para a ação popular, se a Constituição assim não o fez. Ao defender este pensamento, Almeida acrescenta que:

[...] a concepção de cidadão para fins de legitimidade ativa para a *ação popular* deve ser extraída de um dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, previsto no inciso III do art. 1º da CF, que consagra o *princípio da dignidade da pessoa humana*. Com efeito, cidadão, para efeitos de *legitimidade ativa* em sede de *ação popular*, é todo aquele que deve ser respeitado na sua dignidade de pessoa humana: analfabetos que não se alistaram eleitoralmente, índios, presos, mesmo que estejam com os direitos políticos suspensos etc. (2003, p. 526).

Insta observar que o cidadão não foi incluído no rol de legitimados trazido pela Lei da Ação Civil Pública e no Código de Defesa do Consumidor e, portanto, não tem legitimidade para propor qualquer outra espécie de demanda coletiva. Não obstante, Almeida defende que, no caso de coincidência entre causa de pedir e pedido (litispendência) ou mesmo quando da demanda coletiva resulte coisa julgada que atinja interesse do cidadão, interesse este que pudesse ser defendido através de ação popular, poderá ele, então, figurar como assistente litisconsorcial – entendimento em sentido contrário macularia o princípio da inafastabilidade da jurisdição (ALMEIDA, 2003, p. 526).

De maneira semelhante, Mazzilli afirma que o cidadão poderia, até mesmo, figurar como litisconsorte ativo na ação civil pública, como se observa:

Como em tese pode coincidir o objeto de uma ação civil pública com o de uma ação popular, nada impede que, em litisconsórcio, um cidadão e um colegitimado à ação civil pública ajuízem esta última ação. Se ambas as ações foram propostas sucessivamente, se versarem o mesmo objeto e a mesma causa de pedir, será o caso de reconhecer a litispendência. Por fim, se uma dessas ações foi definitivamente julgada, pode ter sobrevivido coisa julgada *erga omnes*, o que obstará o ajuizamento tanto de uma nova ação civil pública como de uma nova ação popular, se tiverem os mesmos fundamentos e o mesmo objeto (2011, p. 352).

Isto posto, é de se notar que as autarquias, empresas públicas, fundações e sociedades de economia mista foram previstas como legitimadas à ação civil pública, mas não estão expressamente elencadas no rol dos legitimados estabelecido no Código do Consumidor (que faz referência apenas a “órgãos da Administração Pública, direta ou indireta”).

Para Gidi, isto se justifica porque esses entes fazem parte de grupo oposto ao dos consumidores, qual seja, o do empresariado, o que estaria diametralmente em oposição com os preceitos do CDC. Nas palavras do autor, estes entes “[...] são predominantemente fornecedores, e em nada podem ser considerados institucionalmente comprometidos com a causa de defesa do consumidor” (1995, p. 49).

Como se aduziu anteriormente, o objetivo deste trabalho não é esgotar a discussão acerca da legitimidade para o processo coletivo, mas apontar os entes e questões de maior relevância para o assunto. Assim, vale mencionar que também são legitimados ativos os entes políticos (União, Estado, Distrito Federal e Municípios), órgãos da administração pública destinados à defesa de interesses dos consumidores, os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, as fundações privadas, as comunidades indígenas e a Ordem dos Advogados do Brasil.

#### **4 CONCLUSÃO**

A partir de digressão histórica, considerando-se os ensinamentos da doutrina e com referências à legislação, foram apontadas as circunstâncias sociais que impulsionaram o desenvolvimento de um novo ramo do direito processual, preocupado com a tutela de interesses transindividuais em sentido amplo. Buscou-se analisar, ainda, relevante aspecto para o tema, que é a representação desses interesses em juízo, e a sua importância para efetivação da garantia constitucional do acesso à justiça.

Demonstrou-se que o processo coletivo é instrumento essencial ao êxito da justiça, pois pressupõe uma reavaliação do modelo processual clássico individualista para possibilitar a tutela de interesses com relevância social. Assim, é instrumento de pacificação social e que

visa conferir celeridade à resolução dos conflitos, uniformidade nas decisões e a economia de recursos públicos, o que resulta em maior credibilidade da justiça e reforço à legitimidade do monopólio estatal da jurisdição.

Além disso, o processo coletivo representa não apenas um instrumento para a defesa de interesses transindividuais em sentido amplo, mas também figura, ele mesmo, como garantia fundamental de proteção desses interesses plurais, erigida pela Constituição Federal ao *status* de cláusula pétrea.

Embora se observem alguns revezes em sua evolução normativa, o ordenamento pátrio traz satisfatória regulamentação do processo coletivo para a defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Ao conjunto dessa normas chamou-se “microsistema de processo coletivo”, composto, principalmente, pela Constituição Federal, Lei da Ação Popular, Lei da Ação Civil Pública e Código de Defesa do Consumidor. Dada a especialidade deste ramo do processo civil, a doutrina passou a admitir sua autonomia e a necessidade de codificação, muito embora não se tenha ainda concretizado este último ponto.

Outra conclusão a que se chegou foi que a legitimidade para a propositura de ações coletivas é tema que, embora bem delineado pelas normas infraconstitucionais, ainda pode gerar polêmicas. Neste sentido, observou-se que são colocados empecilhos pelos entes participantes do processo de distribuição de justiça à atuação uns dos outros, numa espécie de disputa por poder ou, simplesmente, por acreditarem que a legitimidade para o processo coletivo deve ser observada de forma rigorosa e adstrita às competências institucionais de cada um desses entes. Ao contrário, percebeu-se, neste estudo, que, embora as funções institucionais devam ser levadas em consideração, deve haver uma visão ampliada da legitimidade para o processo coletivo, de modo que se atenda ao princípio da máxima efetividade do processo.

Isso porque os interesses que o processo coletivo veicula, como se afirmou, tem relevância social e, portanto, o acesso à justiça não deve ser obstado. Em razão de disputas infundadas entre os entes participantes da atividade jurisdicional, pode restar prejudicado o direito material da sociedade. Exemplo disso é a negativa de legitimidade à Defensoria Pública para ajuizamento de ação civil pública nos casos em que não se pode delimitar, com segurança, que sejam beneficiados pelo processo coletivo apenas os necessitados, como se exemplificou.

Ante estas observações, conclui-se, por fim, que, embora já exista um sistema de tutelas coletivas bem delineado em nosso ordenamento, observam-se brechas que possibilitam o surgimento de divergências acerca de aspectos importantes do processo coletivo, em

especial quanto à legitimidade para postulação. Além disso, é de se destacar que o Código de Processo Civil de 2015 continua a adotar uma perspectiva eminentemente individualista e, assim, deixa de contribuir para a solidificação da estrutura do processo coletivo no Brasil.

## 5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro**: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação). São Paulo: Saraiva, 2003.

ALVIM, Thereza. **O Direito Processual de Estar em Juízo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

BORBA, Joselita Nepomuceno. **Legitimidade concorrente na defesa dos direitos e interesses coletivos e difusos**: sindicato, associação, ministério público, entes não sindicais. São Paulo: LTr, 2013.

CAPPELLETTI, Mauro. Formações Sociais e Interesses Coletivos Diante da Justiça. Civil. *In: Revista de Processo*, n. 05, p. 128-159. São Paulo, 1977.

FENSTERSEIFER, Tiago. Defensoria pública, proteção ambiental e o novo Código de Processo Civil. *In: ZANETI JUNIOR, Hermes (Coord.). Processo Coletivo*. Coleção Repercussões do Novo CPC, v.8; coordenador geral, Freddie Didier Jr. Salvador: Juspodivm, 2016.

GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações coletivas**: história, teoria e prática. Porto Alegre: Fabris, 1998.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 24ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. O Processo Coletivo e o Código de Processo Civil de 2015. *In: ZANETI JUNIOR, Hermes (Coord.). Processo Coletivo*. Coleção Repercussões do Novo CPC, v.8; coordenador geral, Freddie Didier Jr. Salvador: Juspodivm, 2016.

MOREIRA, Thiago de Miranda Queiroz. **A criação da Defensoria Pública nos Estados**: conflitos institucionais e corporativos no processo de uniformização do acesso à justiça. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação do Departamento de Ciência Política da Universidade de São Paulo, como requisito para obtenção do título de Mestre em Ciência Política. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-19122016-092047/pt-br.php>>. Acesso em: 06 mai. 2016.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil**

**Comentado e legislação processual civil em vigor.** São Paulo: RT, 2001.

ZANETI JUNIOR, Hermes. **A tutela dos direitos coletivos deve ser preservada no Novo Código de Processo Civil:** o modelo combinado de remédios e direitos como garantia de tutela. In: ZANETI JUNIOR, Hermes (Coord.). **Processo Coletivo.** Coleção Repercussões do Novo CPC, v.8; coordenador geral, Freddie Didier Jr. Salvador: Juspodivm, 2016.

# DIREITOS HUMANOS E MEIO AMBIENTE: A BUSCA PELO EQUILÍBRIO DIANTE DAS NOVAS TECNOLOGIAS

Luana Pereira LACERDA<sup>1</sup>

Bruna de Oliveira da Silva Guesso SCARMANHÃ<sup>2</sup>

## RESUMO

Os direitos humanos são uma importante ferramenta por meio do qual se possibilita a proteção do ser humano e de sua respectiva dignidade, bem como do meio ambiente que os cerca. Com o advento de novas tecnologias, o ser humano e o meio ambiente se tornaram figuras vulneráveis frente da crescente produção de novas tecnologias e seu respectivo descarte inconsciente na natureza. Assim, por meio do método hipotético-dedutivo, com revisão histórica, bibliográfica e legislativa, pretende-se discutir a necessidade de equilíbrio mundial no que tange aos efeitos negativos das novas tecnologias diante do ser humano e do meio ambiente, e, em especial, busca-se destacar a tutela dos direitos humanos. Conclui-se que, para que haja tutela do ser humano e do meio ambiente frente à desenfreada produção de novas tecnologias é imprescindível o compromisso mundial com o meio ambiente, bem como com a promoção dos direitos humanos, objetivando estabelecer um equilíbrio diante destas relações, a fim de contribuir para o saudável desenvolvimento social e ambiental.

**PALAVRAS-CHAVE:** direitos humanos; meio ambiente; tecnologias; equilíbrio.

## ABSTRACT

Human rights are an important tool through which the protection of the human being and his respective dignity, as well as the environment that surrounds them, are made possible. With the advent of new technologies, humans and the environment have become vulnerable figures in the face of increasing production of new technologies and their respective unconscious disposal in nature. Thus, through the hypothetical-deductive method, with a historical, bibliographical and legislative revision, it is intended to discuss the need for a global balance in relation to the negative effects of the new technologies in relation to the human being and the environment, It seeks to emphasize the protection of human rights. It is concluded that in order to protect the human being and the environment in the face of the unbridled production of new technologies, a global commitment to the environment, as well as to the promotion of human rights, is essential, in order to balance these Contribute to healthy social and environmental development.

- 
- 1 Mestranda em Teoria do Direito e do Estado no Programa de Estudos Pós- Graduação em Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília UNIVEM, especialização em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho na Faculdade Damásio, Graduação em Direito (2010- 2014) na Faculdade de Direito de Marília - Centro Universitário Eurípides de Marília -UNIVEM, bolsista no Programa de Universidade para Todos (PROUNI), advogada, membro e Secretaria Geral do Grupo de Pesquisa GEP - Grupo de Pesquisa de Estudos, Pesquisas, Integração e Práticas Interativas.Direito e Fraternidade. Realiza as atualizações da página Direito e Fraternidade,
  - 2 Mestranda em Direito na área de concentração: Teoria do Direito e do Estado (2016/2018) - atuando na área de pesquisa: construção do saber jurídico: Bolsista CAPES/PROSUP - Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM). Integrante dos grupos de pesquisas NEPI (Núcleo de Estudos em Direito e Internet) e GRADIF (Gramática dos Direitos Fundamentais) no UNIVEM/Marília. Ênfase em Direito Constitucional e Civil, ampliando e aplicando investigações acadêmicas em Biodireito e Biotecnologia em relação aos Direitos Fundamentais. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM (2015) - pesquisadora no Programa Iniciação Científica, de 2011/2015. Bolsista Programa IBERO-AMERICANAS SANTANDER, Ed. 2012/2013 - Intercâmbio na Universidade de Granada (Espanha).

**KEY-WORDS:** human rights; environment; technologies; balance.

## INTRODUÇÃO

Atualmente, diante das novas tecnologias que consomem o mercado mundial, tornou-se imprescindível refletir acerca dos impactos negativos que estas novas tecnologias vêm provocando no meio ambiente, bem como refletir acerca dos direitos humanos, que estão sendo violados perante a ânsia do capital em produzir novos aparatos. Assim, as novas tecnologias vêm se destacando como um meio importante nos dias atuais, contribuindo para um mundo mais acessível e globalizado, porém deve-se ater aos direitos ambientais e aos direitos intrínsecos ao ser humano, ambos devem ser tutelados e assegurados.

Nessa seara, o capitalismo busca disseminar rapidamente as novas formas e meio de tecnologias pelo mundo, acarretando em inúmeras e densas mudanças na vida humana e na natureza. Por outro lado, Os progressos tecnológicos contribuem para a extensão do capitalismo e fortalecimento do padrão urbano.

Dessa forma, ocorre um interesse mundial em ampliar o alcance da difusão destas novas tecnologias, visando atingir o maior número possível de consumidores, promovendo desta maneira um ciclo vicioso de produtividade.

Com efeito, para a sustentação desse consumismo mundial de novas tecnologias, há larga escala de produção e em contrapartida há um grande número de descarte inconsciente destes aparatos no meio ambiente, levando a formação, do que se denomina, lixo eletrônico.

O descarte de tecnologias, de forma inescrupulosa, degrada o meio ambiente, se tornando uma ameaça a natureza, provocando uma série de desastres ambientais.

Nesse sentido, nota-se que a importância de se promover mundialmente a conscientização das pessoas, nomeadamente ao consumismo e ao descarte destas novas tecnologias.

Além disso, denota-se que a produção em massa para manter esse ciclo vicioso de produtividade e descarte, exige, por outro lado, “mão de obra” para permanência desse sistema capitalista, estes trabalhadores se tornam vulneráveis e se mantêm expostos ao sistema de forma, muitas vezes, degradante.

Levando em conta que os direitos humanos são intrínsecos ao ser humano e devem ser assegurados, bem como deve ser garantido um meio ambiente de qualidade, pretende-se, por meio do método hipotético-dedutivo, com revisão histórica, bibliográfica e legislativa, discutir a necessidade de equilíbrio mundial no que se refere aos efeitos negativos das novas tecnologias diante do ser humano e do meio ambiente, inclusive destacar a tutela dos direitos

humanos.

Para tanto, analisar-se-á, inicialmente, o processo histórico dos direitos humanos, como alicerce e referencial teórico para demonstrar que há tutela do ser humano e de sua respectiva dignidade, inclusive do meio ambiente que constitui parte do sistema habitacional do ser humano e de sua respectiva vida saudável, para, após, buscar-se demonstrar o quão as novas tecnologias impulsionaram e favoreceram os efeitos negativos no cenário mundial, principalmente a respeito do descarte inconsciente no meio ambiente e a violação dos direitos humanos dos trabalhadores que mantêm esse sistema capitalista.

## **1. OS DIREITOS HUMANOS NA CONSTRUÇÃO DO FUTURO COMUM À HUMANIDADE E À SUA PROTEÇÃO**

Em decorrência de novos conflitos econômicos, jurídicos, éticos e sociais, os Direitos Humanos tornou-se imprescindível para a proteção comum da humanidade e para a respectiva construção do futuro. Nesse sentido, far-se-á necessário abordar a construção histórica dos Direitos Humanos, sendo possível, nessa seara, destacar: as discussões em que se entrelaçam sobre o seu fundamento e a sua natureza. O porquê, estar relacionado às questões de conceitos que aqueles agregam: entendido como direito natural e inatos; direitos positivos; direitos históricos; além disso, direitos estabelecidos por determinado sistema moral.

Seguindo esse pensamento, Flávia Piovesan (2016, p. 193) destaca, ainda, a existência da polêmica que: “Esse questionamento ainda permanece intenso no pensamento contemporâneo”.

Sobre tal análise, para Jacques Maritain (s/n, 87) os direitos humanos dão si origem aos direitos intrínsecos à pessoa humana que se pressupõem a partir da lei natural: “A dignidade da pessoa humana – seria uma expressão vã se não significasse que, segundo a lei natural, a pessoa humana tem direito de ser respeitada e é sujeitos de direito, possuidores de direitos.”

Em contrapartida, Bobbio (2002, p. 9) em “Era do direito” destaca aos direitos humanos o caráter historicidades:

Do ponto de vista teórico, sempre defendi — e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos — que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.

Em que se essas discussões doutrinas, para construção de referencial teórico dos direitos humanos, Flávia Piovesan (2016, p. 194-195) ressalta a importância de proteger

esses direitos e, não, fundamentá-lo. Flávia, portanto, direciona seus estudos para o processo de internacionalização e universalização desses direitos:

Note-se que o Direito Internacional dos Direitos Humanos ergue-se no sentido de resguardar o valor da dignidade humana, concebida como fundamento dos direitos humanos. [...] O Direito Humanitário, a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho situam-se como os primeiros marcos do processo de internacionalização dos direitos humanos.”

Antônio Augusto de Cançado de Trindade (1991, p. 56), nessas perspectivas, destaca a necessidade de se buscara progredir na expansão do direito internacional humanitário<sup>3</sup>: “estendo assim, a ação humanitária de proteção a pessoa privadas de sua liberdade em razão de detenção ou outras medidas tomadas em virtude de estado ou leis de exceção.”

Dentro dessa construção metodológica, para observância dos direitos humanos, o processo de internacionalização dos direitos humanos foi colocado em análise sobre o conceito e o alcance do termo soberania, bem como a preocupação em estabelecer ao homem o *status de* sujeito de direito em plano internacional cuja finalidade permitir a sua transcendência e amplitude.

Nesse sentir, destaca Flávia Piovesan (2016, p.184):

[...] o Direito Humanitário foi a primeira expressa de que, no plano internacional, há limite à liberdade e à autonomia dos Estados, ainda que na hipótese de conflito armado. A Liga das Nações, [...] apontando para a necessidade de relativizar a soberania dos Estados [...] a Organização Internacional do Trabalho [...] tinha por finalidade promover padrões internacionais de condições de trabalho e bem-estar.

Conclui-se que, que tais institutos contribuíram de forma positivamente para relevância dos próprios direitos humanos internacional, na medida em que afirmavam: a manutenção da paz mundial; as proteções mínimas de parâmetros, que abarcam as condições de trabalho; além disso, ao proteger a tutela de direitos fundamentais sob o Estado que se encontra em conflitos de guerra.

Em que pese toda relevância, nesses primórdios históricos, é possível afirmar que a consolidação do Direito internacional dos Direitos Humanos só se caracterizou após a segunda Guerra Mundial:

Colaborando com essa premissa está Amorim(2015, p. 21):

As marcas deixadas pela segunda guerra mundial mudariam definitivamente as relações internacionais e sociais como conhecidas até então, principalmente em relação ao direito internacional. A gestão dessa mudança iniciou-se já no começo da década de 1940, em meio à ascensão vertiginosa e, até então, irresistível da máquina de guerra nazista.

Essas atrocidades provocadas pelo próprio homem em face de si mesmo, na segunda

---

3 Terminologia que se associa ao direito de forma peculiar, na medida em que retrata normas correspondentes aos conflitos de guerra, em regra.

guerra, ressaltaram o seu processo de cometimento e aruptura para com os direitos humanos, pois se negou o valor da pessoa humana e condicionou a titularidade de direitos e reconhecimentos de *status* de sujeitos de direitos internacional a uma determinada raça. Com isto, percebe-se a necessidade logo após, ao fim da guerra, a reconstrução dos próprios direitos referidos (PIOVESAN, 2016, p. 202-203).

Portanto a sociedade internacional passou-se a destacar as possíveis consequências, diante da violação dos direitos humanos, e sua necessidade de transcendência às fronteiras de um determinado Estado, para caracterizar como um problema de 'legitimação', bem como de preocupação perante a comunidade internacional.

Fundou-se o Tribunal de Nuremberg, portanto, em 1945 – 1946 o qual esteve marcado por assumir a responsabilidade de julgar crimes individualmente de guerra, por exemplo, crimes contra paz, crimes contra a humanidade, entre outros.

Garcia e Lazari (2015, p. 158, grifo do autor) ressalta:

Assim, para muitos o Tribunal de Nuremberg é tido como Tribunal de Nurember de Exceção, uma vez que se trata de tribunal criado após determinados eventos especialmente para julgá-los e aos seus responsáveis. Para a maioria, contudo, sua validade é **reconhecida** devido à gravidade dos atos perpetrados pelo regime nazistas. Logo, seria uma exceção válida, **evitando uma impunidade inconcebível**.

Sobre a análise do contexto dos direitos humanos o tribunal representou um papel de grande destaque:

O significado do Tribunal de Nuremberg para o processo de internacionalização dos direitos humanos é duplo: não apenas consolida a ideia da necessária limitação da soberania nacional como reconhece que os indivíduos têm direitos protegidos pelo Direito Internacional, testemunha-se desse modo, mudança significativa nas relações interestatais, o que vem a sinalizar transformações na compreensão dos direitos humanos, que, a partir aí, não mais poderiam ficar confinados à exclusiva jurisdição doméstico. São lançados, assim, os mais decisivos passos a internacionalização dos direitos humanos (PIOVESAN, 2016, p. 208-209).

Evidencia-se, a preocupação pela construção da consciência de proteção dos direitos humanos, bem como o reconhecimento do homem, detentor de sujeitos de direitos em plano internacional, que antecedeu a segunda grande guerra mundial. Tal postura é afirmando na análise ressaltada: a violação de direitos humanos; o interesse da comunidade internacional; a necessidade de expansão dos direitos comunitários e; a manutenção da paz, entre outros.

A partir daí, lançamos um segundo olhar, a carta das Nações Unidas de 1945, uma vez que essa nova perspectiva concebe a comunidade internacional e aos direitos humanos à diversidade da criação das organizações internacional cujos objetivos estão centralizados em cooperação, manutenção da paz, segurança humana, entre outros.

Amorim (2015, p. 41) afirma sobre o papel da Organização das Nações Unidas –

(ONU), como órgão de mudança social internacional, de favorecimento da compreensão mútua e da segurança mundial:

[...] devem funcionar harmonicamente – dentro de seus respectivos mandatos e funções, e com suas respectivas estruturas internas – no sentido de alcançar a manutenção da paz e da segurança internacionais, a promoção do desenvolvimento social, relações amistosas e prevalência de direitos humanos para todos os povos do mundo. Sucessora da sociedade das Nações, a ONU recebeu, além da integridade dos ativos de sua antecessora, as expectativas de uma sociedade internacional profundamente marcada e atordoada pela ruptura totalitária e pelo fracasso da utopia da modernidade e da razão instrumental.

Depreende-se, portanto, que, as Nações Unidas nascem com um propósito de se tornarem uma comunidade internacional politicamente organizada e estruturada.

Nessa vereda, afirma Comparato (2015, p. 227): “sociedade política mundial, à qual deveriam pertencer, portanto, necessariamente, todas as nações do globo empenhadas na defesa da dignidade humana”.

Originam-se daí os preparatórios para elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos essa foi proclamada em 10 de dezembro de 1948, assim, sua construção representa um marco histórico o qual era de valia grande que os constituintes atentassem de forma cautelosa para sugestão de propostos de textos, uma vez que, poderiam sofrer tanto críticas formais e como substâncias (BOBBIO, 2002, pp. 130-131).

Enfatizando esse pensamento Flávia Piovesan (2015, p. 221-22) ressalta algumas das características da Declaração Universal dos Direitos Humanos:

Compreende um conjunto de direitos e faculdades sem as quais um ser humano não pode desenvolver sua personalidade física, moral e intelectual. Sua segunda característica é a universalidade: é aplicável a todas as pessoas de todos os países, raças, religiões, e sexo, seja qual for o regime político dos territórios nos quais incide.

Nessa perspectiva, depreende-se que, a declaração foi construída por etapa de dimensões de direitos humanos: a primeira foi o projeto de declaração aprovado, conforme mencionado em 1948, a segunda, em 1966, sancionado dois pactos, um sobre direitos civis e políticos, e outro sobre direitos econômicos, sociais e culturais, em que pese, também, convenções sobre direitos humanos, anteriormente aprovadas. Para a terceira, condessa-se na necessidade de efetiva em âmbito universal tais direitos (COMPARATO, 2017, p. 237-238).

Nesse mesmo entendimento, Flávia Piovesan (2016, p. 226-227) destaca: “Duas são as inovações introduzidas pela Declaração: a) purificar, em igualdade de importância, os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais; e b) afirmar a inter-relação, invisibilidade e interdependência de tais direitos”.

Com a Declaração Universal dos Direitos Humanos se originaram muitos outros

documentos tanto plano internacional, por exemplo, o Pacto Internacional dos Direitos Civil e Políticos, Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, esses dotados de 1966, e que são destacados em processo de dimensões, ou seja, na medida em que a sociedade vai evoluindo novos direitos nascendo.

No que se refere ao plano regional, evidencia-se as organizações continentais, que estabelece os seus próprios instrumentos normativos declaratório. E, em âmbito nacional destaca-se as positavações nas Constituições Federal (GARCIA, LAZARI, 2015, p. 161).

Nesse processo de afirmações histórico dos direitos humanos e de contemplação por parte da Declaração que direcionamos os nossos estudos para os “novos direitos”, denominados de terceira dimensões, cuja abrangência não se limita apenas em direitos de interesses individuais, à pessoa propriamente dita, mas em direitos de elevado teor de humanismo, bem como a universalidade.

Isto porquê, segundo Padilha (2010, p. 43) a sociedade no século XX começa a viver a Revolução Tecnológica crescente que fomentou e fortaleceu o mercadoglobal capitalista direcionando e influenciando o meio ambiente social e sua qualidade de vida:

Trata-se dos denominados direitos metaindividuais, portadores de alta complexidade na sua identificação, até porque, de impossível delimitações em contornos definidos, seu reconhecimento advém da atual concepção de sociedade de massa, não possuindo titular certo nem objeto divisível, mas sempre referidos ao bem-estar. E cabe “direito ao meio ambiente” concebido com um direito de terceira, consagrado em meio a um processo de massificação de uma sociedade globalizada e altamente complexa em todos os sentidos, um papel de destaque entre os direitos metaindividuais, na mesma medida em que se reconhece, para a classe dos trabalhadores, o papel de destaque na consagração dos direitos de segunda dimensão.

Pelo exposto, os direitos humanos é construindo por um processo histórico e que ao logo do tempo foi embarcado tanto conquistas de reconhecimento direitos comum a comunidade universal como por retrocesso desses, segunda guerra mundial.

Assim, é de se destacar que o mundo atual é pluralista em interesses sociais, econômicos, entre outros, bem como é marcado pela diversidade cultural e tecnológica, portanto, no processo de desenvolvimento do meio ambiente cabe a todos, dentre profissionais e acadêmicos que se dedicam as questões do fortalecimento dos direitos humanos, aprimorar e contribuir para que os mecanismos de tutela sejam seguidos e respeitados, tanto na esfera nacional, regional e internacional, razão pela qual se passa a discutir o meio ambiente diante das novas tecnologias, sob a ótica dos direitos humanos.

## **2. O MEIO AMBIENTE DIANTE DAS NOVAS TECNOLOGIAS: SOB A ÓTICA DOS DIRETOS HUMANOS**

As novas tecnologias estão provocando inúmeras e profundas transformações na vida humana e no meio ambiente, no tempo e no espaço. Os avanços tecnológicos colaboraram para a expansão do capitalismo, para o fortalecimento do modelo urbano, para a diminuição das distâncias.

Todavia, destaca-se que, “na essência, não são as tecnologias que mudam a sociedade, mas a sua utilização dentro do modo de produção capitalista, que busca o lucro, a expansão”, bem como a “internacionalização de tudo o que tem valor econômico” (MORAN, 1995, p. 24).

Com efeito, assinala Moran (1995, p. 24) que “os mecanismos intrínsecos de expansão do capitalismo apressam a difusão das tecnologias, que podem gerar ou veicular todas as formas de lucro”, razão pela qual “há interesse em ampliar o alcance da sua difusão, para poder atingir o maior número possível das pessoas economicamente produtivas”.

Nessa seara, cumpre esclarecer que, as tecnologias, em contrapartida, não são apenas essenciais para o desenvolvimento econômico, mas social, sendo inevitável sua respectiva implementação no contexto atual no mundo globalizado.

O progresso tecnológico potencializa o mercado, e oferece melhores e maiores condições a sociedade, entretanto, a utilização de tecnologias de forma inescrupulosa degrada o meio ambiente, se tornando uma ameaça a natureza.

Nesse contexto, destaca-se os efeitos negativos que as novas tecnologias trazem ao meio ambiente, como o lixo eletrônico descartado inconscientemente na natureza, provocando uma série de desastres ambientais.

O lixo eletrônico é o resultado de inúmeras tecnologias descartadas erroneamente no meio ambiente. Nesse sentido aponta Silva (2010, p. 1):

Lixo eletrônico é resíduo resultante da obsolescência de equipamentos eletrônicos, onde estão incluídos os computadores. Para a fabricação de um microcomputador a indústria emprega o uso de diversos elementos como alumínio, chumbo, germânio gálio, ferro, níquel e plásticos (polímeros de diversas origens). Os computadores descartados de forma inadequada perdem esses materiais que poderiam ser reciclados ou reutilizados, amenizando, com isso, impacto ambiental.

Dessa forma, “com a popularização de novos tipos de produtos e a introdução acelerada de modernas gerações de equipamentos eletrônicos, novidades que antes demoravam anos para alcançarem todos os níveis de classes sociais”, atualmente são versadas “em tempo real, fator que alimenta o consumismo, além disso, “os lançamentos são mundializados e cada vez mais, há novos produtos oferecidos no mercado. O usuário médio de computadores, por exemplo, troca seus equipamentos eletrônicos em tempo mais célere”, assim, os da geração anterior, considerados obsoletos, “ganham destino inadequado,

acarretando assim graves problemas ao meio ambiente” (SILVA, 2010, p. 1-2).

Corroborando, salienta Moi et al (2012, p. 38) que “incentivados pelo capitalismo e diante de tantas e tantas propagandas que motivam o consumo exagerado, a população tornou-se consumista, mesmo sem necessidade”. De acordo com Moi et al, todos os dias, “milhares de aparelhos e equipamentos eletrônicos são substituídos, pois se tornaram obsoletos aos olhos de seus donos”, isso ocorre “devido à velocidade com que novos aparelhos são lançados e novas tecnologias surgem, num processo planejado que visa obrigar o consumidor a substituí-los, na maioria das vezes ainda funcionando, por novos, contribuindo para o aumento do chamado lixo eletrônico”.

Assim,

A falta de fiscalização das políticas de logística reversa de reciclagem e/ou doação dos lixos eletrônicos podem promover o desequilíbrio ambiental. Isto porque, o lixo eletrônico contém diversos tipos de metais e componentes químicos tornando-o mais poluente que o lixo comum, o que aumenta os danos ao meio ambiente.

A expansão e a manutenção da demanda de produção são desencadeadas pelo consumo elevado, na média per capita, gerando uma enorme pressão na natureza. Além disso, o livre mercado e à propriedade privada, incentiva a aquisição de uma cultura de exploração dos recursos naturais e humanos, instituindo a mercantilização da vida (MOI et al, 2012, p. 38)

Outros sim, ressalta Moi et al (2012, p. 38) a cultura de consumo, afirmando que esta “se desenvolve numa movimentação de mercado que visa à geração de lucros crescentes, causando um aquecimento da economia que necessita, constantemente, de mais produção e mais consumo”, desse modo, o que constitui a estrutura do sistema cultural é “essa explosão do consumo, que aparece como modo ativo de relação das pessoas com os objetos, com a coletividade e com o mundo” (MOI et al, 2012, p. 38).

Nessa dimensão, destacam Siqueira e Marques (2012, p. 175) que a cultura do consumismo, “que caracteriza a sociedade contemporânea, pode ser apontada como um dos principais fatores para a produção cada vez maior desses resíduos”, por meio da ideia de “falsas necessidades, tal sociedade acaba por consumir mais do que realmente necessita. Nos países em desenvolvimento, o crescimento da população, o fortalecimento da classe média e a estabilidade econômica”, associados ao “processo acelerado da expansão urbana, sem planejamento, tornam a situação ainda mais crítica. Isso porque tais países encontram-se ainda na fase do desenvolvimento de tecnologias de reciclagem, não possuem capacidade técnico-profissional”, além disso, contam com “um volume de recursos insuficiente para o gerenciamento adequado de seus resíduos”.

O descarte inconsciente e despreparado traz inúmeras consequências ao meio ambiente, segundo Siqueira e Marques (2012, p. 175):

A principal consequência desse cenário tem reflexo direto no meio ambiente, uma vez que a demanda constante, e cada vez maior, por parte da sociedade de consumo, tem aumentado a extração dos recursos naturais, tanto renováveis como não renováveis, de modo que a capacidade de regeneração desses recursos na natureza está sendo seriamente comprometida. Aliado a isso está o fato de que o tratamento e a destinação final dos resíduos produzidos estão pautados, na maioria das vezes, em soluções imediatistas como o simples descarte, muitas vezes em lixões, que acentuam a deterioração ambiental, além de envolver aspectos sociais, de saúde pública, estéticos, econômicos e administrativos.

Nesse contexto, as novas tecnologias, nomeadamente os eletrônicos, quando descartados de forma incorreta e inconsciente na natureza, “representam o tipo de resíduo sólido de maior crescimento no mundo, mesmo em países em desenvolvimento. Um dos problemas dessa variação de resíduos está nas substâncias tóxicas não biodegradáveis em sua composição, isso aumenta a responsabilidade com sua destinação final” (SILVA, 2010, p. 1).

Deveras, o aumento desenfreado do desenvolvimento tecnológico e consumo inconsciente agravam, mundialmente, a demanda do lixo eletrônico no meio ambiente. Além disso, o respectivo destino desse lixo, muitas vezes, não é adequado, o que torna-se uma das “molas propulsoras” de grandes desastres ambientais; o lixo eletrônico contribui, de maneira célere, para a degradação da natureza e a escassez de alguns recursos naturais, como a água e os alimentos.

Ademais, insta salientar que o mundo, no que tange a proteção de direitos ambientais, está cada vez mais vulnerável, haja vista que, recentemente, a retirada o presidente dos Estados Unidos, Donald Trump, retirou o país do Acordo de Paris por. O Acordo de Paris dispõe sobre o clima que prevê uma série de esforços para impedir o aumento da temperatura do planeta em mais de 2 graus Celsius (BATISTA, 2017, p. 1). Nesse aspecto, é possível identificar certa deficiência mundial no que diz respeito à proteção ao meio ambiente, o que torna a natureza cada vez mais vulnerável diante das novas tecnologias.

Ademais, o consumo e o descarte se tornou um ciclo vicioso, mesmo existindo a figura dos “três R”, reduzir, reutilizar e reciclar, não há respeito ao meio ambiente e seus respectivos componentes, na verdade, há ausência de conscientização e reflexão mundial no que tange ao inescrupuloso descarte das novas tecnologias.

Assim sendo, denota-se que não é apenas o meio ambiente que se encontra vulnerável diante da produção em massa das novas tecnologias, haja vista que para manter esse ciclo vicioso, de consumo, produção e descarte, inúmeras pessoas, ao redor do mundo, laboram incansavelmente para a produção em massa, essa produção, não raras às vezes viola direitos humanos, haja vista que a demanda de consumo das novas tecnologias exigem trabalhos pesados e exaustivos, o que caracteriza uma relação de trabalho escravo, sendo

possível identificar que para manter a linha de produção ao capitalismo é necessária mão de obra, e esta mão de obra, muitas vezes, não é respeitada como pessoa e tampouco possui valor para o capital.

Com efeito, nessa dimensão, Brito Filho (2007, p. 7-8) afirma que:

Dar trabalho, e em condições decentes, então, é forma de proporcionar ao homem os direitos que decorrem desse atributo que lhe é próprio: a dignidade. Quando se fala em trabalho em que há a redução do homem à condição análoga à de escravo, dessa feita, é imperioso considerar que violado o princípio da dignidade da pessoa humana, pois não há trabalho decente se o homem é reduzido a essa condição.

Verifica-se que não é apenas a ausência de “liberdade de ir e vir, o trabalho forçado, então, que agora caracteriza o trabalho em condições análogas à de escravo, mas também o trabalho sem as mínimas condições de dignidade” (BRITO FILHO, 2007, p. 9).

Nessa seara, quando há a produção em massa para fortalecimento do capital, o trabalhador dessa relação sofre com ausência de adequada proteção, seus direitos trabalhistas não são resguardados, e suas condições de moradia, alimentação e higiene não são razoáveis. “Nesses termos, considera-se trabalho em condições degradantes aquele em que não são respeitados os direitos mínimos para o resguardo da dignidade do trabalhador” (BRITO FILHO, 2007, p. 11-13).

Desse modo, aponta Brito Filho (2007, p. 13-14):

[...] como aquele em que se pode identificar péssimas condições de trabalho e de remuneração, pode-se dizer que trabalho em condições degradantes é aquele em que há a falta de garantias mínimas de saúde e segurança, além da falta de condições mínimas de trabalho, de moradia, higiene, respeito e alimentação. Tudo devendo ser garantido - o que deve ser esclarecido, embora pareça claro - em conjunto; ou seja, e em contrário, a falta de um desses elementos impõe o reconhecimento do trabalho em condições degradantes. Assim, se o trabalhador presta serviços exposto à falta de segurança e com riscos à sua saúde, temos o trabalho em condições degradantes.

Corroborando, assinala:

Se as condições de trabalho mais básicas são negadas ao trabalhador, como o direito de trabalhar em jornada razoável e que proteja sua saúde, garanta-lhe descanso e permita o convívio social, há trabalho em condições degradantes. Se, para prestar o trabalho, o trabalhador tem limitações na sua alimentação, na sua higiene, e na sua moradia, caracteriza-se o trabalho em condições degradantes. Se o trabalhador não recebe o devido respeito que merece como ser humano, sendo, por exemplo, assediado moral ou sexualmente, existe trabalho em condições degradantes.

Assim sendo, percebe-se que a falta de condições mínimas do trabalhador promovidas pela ânsia do capital retira-lhe a dignidade humana que por sua vez viola os direitos humanos intrínsecos ao ser humano, conforme exposto em tópico anterior.

Portanto, constata-se que a produção e o consumo desenfreados pela busca das novas tecnologias, bem como o descarte inconsciente destes, não afetam apenas o meio ambiente, mas, o ser humano.

Nesse sentido, considerando o papel que deve ser exercido pelos países, pela sociedade e pelas instituições educacionais na formação de cidadãos, deve haver o compromisso com a cultura ambiental, bem como com a promoção dos direitos humanos frente às novas tecnologias, a fim de se estabelecer um equilíbrio mundial perante estas relações.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A análise realizada a partir do processo histórico de direitos humanos possibilita concluir que os direitos intrínsecos ao ser humano ainda são violados, e que o meio ambiente, mundialmente, também, encontra-se vulnerável frente aos efeitos negativos da larga produção de novas tecnologias no mercado capitalista.

Nesse sentido, com a fomentação do sistema capitalista, denota-se que há aumento na popularização de novos tipos de equipamentos tecnológicos, em contrapartida, há admissão acelerada destes produtos pela sociedade. Desse modo, a cada dia, ocorrem milhares de substituições destes equipamentos eletrônicos, assim, as tecnologias anteriores, considerados desatualizadas, recebem destino inadequado e inconsciente, acarretando graves degradações ambientais.

Indubitavelmente, o consumo e o descarte inescrupuloso no meio ambiente deve ser matéria a ser debatida e refletida mundialmente pelos países e instituições educacionais a fim de promover o bem comum de um meio ambiente ecologicamente saudável.

Não obstante, a produção em massa de novas tecnologias leva a violação dos direitos humanos daqueles que laboram em condições desumanas para fomentar tal sistema capitalista.

Deveras, não se trata de ser contra ao desenvolvimento de novas tecnologias e, sim, ressaltar a importância e a necessidade de um equilíbrio mundial no que tange aos efeitos negativos destas novas tecnologias frente ao meio ambiente e a vida e a dignidade do ser humano.

Isto porque, em análise ao processo histórico dos direitos humanos foi possível verificar que as atrocidades cometidas contra a humanidade promovem à negação dos direitos humanos, em especial, a tutela da dignidade humana. A concretização deu-se por justificativa de forma errônea tomando por base necessidades humanas mediáticas e de ideologia sem amplo crítico e reflexivo.

Nesse diapasão, parte-se do pressuposto de que as novas tecnologias são imprescindíveis para o desenvolvimento econômico e social, porém sua garantia não se deve

sobrepõe de forma absoluta aos direitos humanos ambientais, terceira dimensão, devendo sempre haver ponderação, harmonia e limites no que concerne ao progresso destas novas tecnologias, além da fiscalização e da sanção no que se refere ao descarte inconsciente, e da proteção dos direitos humanos daqueles que sustentam o sistema capital, isto é, os trabalhadores destas linhas de produções que são frequentemente tratados de forma desumana.

As novas tecnologias proporcionam e contribuem para o desenvolvimento econômico e social. Entretanto, o desafio é garantir o compromisso mundial de tutelar o ser humano e o meio ambiente frente à desenfreada produção de novas tecnologias, de modo que é imprescindível proteger a natureza, promover e efetivar os direitos humanos, objetivando fixar um equilíbrio perante estas relações, a fim de, contribuir para o desenvolvimento social e ambiental, visando à concretização dos princípios basilares dos direitos humanos, em cujo contexto se inserem os direitos do ser humano e do meio ambiente ecologicamente saudável.

## REFERÊNCIAS

AMORIM, João Alberto Alves. **A ONU e o meio ambiente: Direitos humanos, Mudanças Climáticas e segurança internacional no século XXI**. São Paulo; Atlas, 2015.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução: C.N. Coutinho. 3º impressão Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BATISTA, Henrique Gomes. Donald Trump retira EUA do Acordo de Paris sobre o clima, 2017. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/sustentabilidade/donald-trump-retira-eua-do-acordo-de-paris-sobre-clima-21423570>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

GARCIA, Bruna Pinotti. LAZARRI, Rafael de. **Manual de Direitos Humanos**. 2º ed. rev atual. eampl.: Jus Podivm. 2015.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. **Trabalho com redução do homem à condição análoga à de escravo e dignidade da pessoa humana**, 2007. Disponível em: <<http://www.pgt.mpt.gov.br/publicacoes/escravo/dignidade-trabalhoescravo.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2017

COMPARATO, **Afirmção histórica dos direitos humanos**.10.ed. – São Paulo: Saraiva, 2015.

MARITAIN, **Os direitos do Homem e a Lei Natural**. Tradução de Afranio Coutinho. Rio de Janeiro: Jose Olympio, s/n.

MOI, Paula Cristina Pedroso; et al. Lixo eletrônico: consequências e possíveis soluções. **Revista Eletrônica da UNIVAG - Connection Line**. Nº 7, 2012. Disponível em: <<http://www.periodicos.univag.com.br/index.php/CONNECTIONLINE/article/view/105/39>>. Acesso em: 14 jun. 2017.

MORAN, José Manuel. Novas tecnologias e o re-encantamento do mundo. **Revista Tecnologia Educacional**. Rio de Janeiro, vol. 23, n.126, setembro-outubro 1995, p. 24-26. Disponível em: <[http://s3.amazonaws.com/academia.eduu8.documents/5218216/novas\\_tecnologias\\_o\\_re-encantamento\\_do\\_mundo.pdf](http://s3.amazonaws.com/academia.eduu8.documents/5218216/novas_tecnologias_o_re-encantamento_do_mundo.pdf)?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1497564856&Signature=rupL%2Bn3Esbu%2BZwyVgBNFQj8oDa0%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DNovas\_tecnologias\_eo\_reencantamento\_do\_m.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2017.

PADILHA, Norma Sueli. Fundamentos Constitucionais do Direito Ambiental Brasileiro. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o direito constitucional internacional. 16 ed., ver., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016

SILVA, Janari Rui Negreiros da. **Lixo eletrônico: um estudo de responsabilidade ambiental no contexto do instituto de educação ciência e tecnologia do Amazonas**. I Congresso Brasileiro de Gestão Ambiental, 2010. Disponível em: <<http://www.ibeas.org.br/congresso/Trabalhos2010/III-009.pdf>>. Acesso: em 07 jun. 2017.

SIQUEIRA, Valdilene S; MARQUES, Denise Helena França. Gestão e descarte de resíduos eletrônicos em belo horizonte: algumas considerações. **Revista Caminhos de Geografia**, Uberlândia v. 13, n. 43 out/2012 p. 174–187. Disponível em: <<http://www.seer.ufu.br/index.php/caminhosdegeografia/article/view/16704/10525>>. Acesso em: 14 jun. 2017.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991.

# DIREITOS HUMANOS E OS CONFLITOS RELIGIOSOS NAS SOCIEDADES DEMOCRÁTICAS: A TOLERÂNCIA COMO INSTRUMENTO PACIFICADOR

Raphaella Cinquetti VILARRUBIA<sup>1</sup>

## RESUMO

Este trabalho busca explorar a tolerância como resposta aos conflitos religiosos existentes nas sociedades democráticas, uma vez que eles constituem não só uma ofensa aos direitos de liberdade, igualdade e fraternidade, como também os anulam, de modo que ela é o instrumento essencial para que o ente humano supere sua infantilidade, e, pois, consiga atingir a emancipação. Para isso, no campo dos direitos humanos, não se pode concordar com a pretensão de que determinada religião é melhor do que outras, postura que, de algum modo, leva à violência perpetrada por meio dos conflitos religiosos. Ademais, deve-se reconhecer, também, a importância de um Estado Laico para a superação de tais confrontos. Assim, a tolerância torna possível o pleno exercício da fraternidade entre os povos, protegendo, deste modo, a dignidade da pessoa humana, que é inerente a todo e qualquer cidadão. A democracia é compreendida de modo diferente nos diversos lugares, mas tem alguns requisitos mínimos, dentre os quais a pluralidade e o respeito à diversidade, inclusive a religiosa. Nos regimes democráticos a tolerância é necessária, em razão dos mencionados requisitos. Portanto, ela se apresenta como o único caminho para a efetiva construção de uma sociedade democrática harmônica, solidária e serena, bem como à necessária pacificação do todo.

**PALAVRA-CHAVE:** Conflitos religiosos; Democracia; Direitos Humanos; Tolerância; Pacificação.

## ABSTRACT

Este trabajo busca explorar la tolerancia como respuesta a los conflictos religiosos existentes en las sociedades democráticas, ya que constituyen no sólo una ofensa a los derechos de libertad, igualdad y fraternidad, como también los anulan, de modo que es el instrumento esencial para que el ser humano consiga superar su infantilidad, y, pues, logra alcanzar la emancipación. Para eso, en el campo de los derechos humanos, no se puede concordar con la pretensión de que determinada religión es mejor que otras, postura que, de algún modo, lleva a la violencia perpetrada por medio de los conflictos religiosos. Además, se debe reconocer, también, la importancia de un Estado Laico para la superación de tales enfrentamientos. Así, la tolerancia hace posible el pleno ejercicio de la fraternidad entre los pueblos, protegiendo, de esa forma, la dignidad de la persona humana, que es inherente a todo y cualquier ciudadano. La democracia es comprendida de manera diferente en los diversos lugares, pero tiene algunos requisitos mínimos, entre los cuales la pluralidad y el respeto a la diversidad, incluso la religiosa. En los regímenes democráticos la tolerancia es necesaria, en razón de los mencionados requisitos. Por lo tanto, ella se presenta como el único camino para la efectiva construcción de una sociedad democrática armónica, solidaria y serena, así como a la

---

1 Técnica em Serviços Jurídicos pelo Centro Paula Souza de Lins/SP, concluso com a apresentação do Trabalho de Conclusão de Curso sobre a Estrutura da Polícia Civil do Estado de São Paulo. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes Soares da Rocha (UNIVEM), Marília/SP. Integrante do Grupo de Pesquisa Direitos, Controle Social e Aspectos Criminológicos (NODICO), vinculado ao CNPq - UNIVEM. Estagiou na Central de Polícia Judiciária de Lins/SP. Atualmente desenvolve Iniciação Científica sobre o tema "A Tolerância como Condutora à Evolução Democrática sob a Égide do Pensamento Habermasiano", sob a orientação do professor Roberto da Freiria Estevão. Contato: raphaellavilarrubia@outlook.com

necesaria pacificación del todo.

**KEY-WORDS:** Conflictos religiosos; Democracia; Derechos humanos; Tolerancia; Pacificación.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho, utilizando-se do método dedutivo de pesquisa e do procedimento bibliográfico, tem o objetivo de realizar uma sucinta contribuição ao tão relevante tema que é a intolerância religiosa na seara nacional e internacional, bem como para a construção de melhor harmonia entre os povos por meio do respeito ao princípio da tolerância.

Assim como a religiosidade sempre acompanhou o ser humano, com ela sempre existiram os conflitos de natureza religiosos, que estão presentes em toda a história da humanidade, chegando aos dias em que vivemos, não obstante os valores preconizados para a vida em sociedade, na contemporaneidade. Do que se extrai das práticas que atualmente são vistas na vida em sociedade, o ser humano não consegue tolerar o outro, notadamente o diferente.

Nesse contexto, a tolerância se apresenta como caminho necessário para a pacificação dos povos.

O regime democrático está intimamente ligado ao Iluminismo - o Século das Luzes -, um importante movimento cultural, político e filosófico do século XVIII, que buscou combater os ideários da aristocracia e a influência que a Igreja Católica exercia nas searas políticas e governamentais durante a Idade Média.<sup>2</sup>

Este movimento visava reconhecer o ser humano por meio da razão, propondo uma verdadeira reconstrução do ambiente social por meio da liberdade religiosa e o fim do poder centralizado da Monarquia, transformando com isso a concepção do mundo e do homem.

A contribuição de importantes filósofos iluministas, como John Locke (1632-1704), Voltaire (1694-1778) e Immanuel Kant (1724-1804), foi de importância notável para o cisma entre Igreja e Estado, acontecimento este que levou à laicidade e à secularização, processo pelo qual a religião perdeu sua influência na sociedade.<sup>3</sup>

Os iluministas preconizavam pela democracia, liberalismo econômico e pela

---

2 SILVA, Renato de Almeida Vieira e. Os ideais de igualdade, fraternidade e liberdade na prática democrática: entre Rousseau e Habermas. 2011, p. 2.

3 GONÇALVES, Antonio Baptista. Da intolerância religiosa aos direitos humanos. São Paulo: PUC/SP. 2013, p. 104.

liberdade religiosa e de pensamento<sup>4</sup>, influenciando importantes movimentos como o da Revolução Francesa, cujos ideais defendidos – liberdade, igualdade e fraternidade – são a base de uma sociedade denominada democrática. Tais ideais também são chamados de direitos de primeira, segunda e terceira dimensão, respectivamente, e impulsionaram o surgimento da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

Os direitos humanos de primeira dimensão são representados pelo princípio da liberdade, evidenciando a transição de um Estado Autoritário para um Estado de Direito, marcado pelo absentéismo estatal em virtude das liberdades individuais.<sup>5</sup> Já os direitos de igualdade pregam pela inexistência de privilégios entre os cidadãos, os quais são iguais perante a lei independentemente do credo, raça, gênero ou classe social.<sup>6</sup>

Por fim, os chamados direitos humanos de terceira dimensão são representados pelo ideário de fraternidade entre os indivíduos iguais e livres de uma coletividade essencialmente e politicamente solidária, constituindo ainda uma meta a ser alcançada pela sociedade democrática.<sup>7</sup>

Deste modo, é indiscutível a influência da Ilustração para com o surgimento dos direitos humanos, como se observa com o habeas corpus act, de 1679, e o Bill of Rights em 1689, entre outros.<sup>8</sup>

Os direitos humanos, cuja gênese se deu com esse movimento, principalmente com as Revoluções Francesa e Americana, assumiram uma nova conotação após as duas Grandes Guerras Mundiais, culminando com o surgimento da ONU - Organização das Nações Unidas- em 1945 e da Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948; documento este inspirado pela Declaração de 1789.<sup>9</sup>

Notavelmente, a Declaração dos Direitos do Homem foi um grande progresso na seara de direitos e garantias individuais do ser humano, bem como o marco da superação da Igreja na seara política, já que fora elaborada sem a interferência desta, abrangendo todos os grupos e não apenas alguns. Com esse documento, passou-se a buscar a valorização do ser humano e a dignidade da pessoa humana, que se tornou a maior preocupação e alvo máximo de proteção.<sup>10</sup>

Como se verá no decorrer do trabalho, os princípios fundamentais emanados de tais

---

4 Idem, p. 3.

5 LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. São Paulo. 2011, p. 860.

6 SILVA, Renato de Almeida Vieira e. Op. Cit. p. 3.

7 Idem, p. 3.

8 GONÇALVES, Antonio Baptista. Op. Cit. p. 108.

9 Idem, 109.

10 Idem, 110.

processos históricos são constantemente violados em meio aos conflitos religiosos. Daí a importância em solucioná-los, salvaguardando, assim, tais direitos essenciais à personalidade do homem.

E, a solução a esse seriíssimo problema, que tem dimensões internacionais, é o respeito ao princípio da tolerância, que teve sua primeira fase no campo da religião, mas que, hoje, pode e deve ser aplicado em tantas outras perspectivas, como é o caso da diferença de gênero, da homossexualidade, da diferença de raça e classe social, entre outras.

Dessa forma, a tolerância é o único e efetivo instrumento para que a diversidade e a pluralidade, próprias de uma sociedade democrática, sejam de fato respeitadas.

### **DEMOCRACIA: UM CENÁRIO DA DIVERSIDADE**

Quando se fala em democracia tem-se que, conforme Argelina Figueiredo e Marcus Figueiredo, a origem do poder está no cidadão, individualmente, e, ao mesmo tempo, em todos os membros da sociedade, bem como está nas mãos do povo a distribuição do poder e o controle de seu exercício (1993, p. 16). Este pensamento encontra-se em conformidade com a etimologia da palavra, que vem de "démokratía": demos (povo) + kratía (governo, força, poder).

A respeito desse regime, não é razoável deixar de buscar a tradição. E, no particular, Norberto Bobbio anota que, na teoria da democracia, confluem três tradições históricas, a saber:

a) a teoria clássica, divulgada como teoria aristotélica, das três formas de Governo, segundo a qual a Democracia, como Governo do povo, de todos os cidadãos, ou seja, de todos aqueles que gozam dos direitos de cidadania, se distingue da monarquia, como Governo de um só, e da aristocracia, como Governo de poucos; b) a teoria medieval, de origem romana, apoiada na soberania popular, na base da qual há a contraposição de uma concepção ascendente a uma concepção descendente da soberania conforme o poder supremo deriva do povo e se torna representativo ou deriva do príncipe e se transmite por delegação do superior para o inferior; c) a teoria moderna, conhecida como teoria de Maquiavel, nascida com o Estado moderno na forma das grandes monarquias, segundo a qual as formas históricas de Governo são essencialmente duas: a monarquia e a república, e a antiga Democracia nada mais é que uma forma de república (a outra é a aristocracia), onde se origina o intercâmbio característico do período pré-revolucionário entre ideais democráticos e ideais republicanos e o Governo genuinamente popular é chamado, em vez de Democracia, de república. O problema da Democracia, das suas características, de sua importância ou desimportância é, como se vê, antigo. Tão antigo quanto a reflexão sobre as coisas da política, tendo sido reproposto e reformulado em todas as épocas. De tal maneira isto é verdade, que um exame do debate contemporâneo em torno do conceito e do valor da Democracia não pode prescindir de uma referência, ainda que rápida, à tradição.<sup>11</sup>

---

11 BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI Nicola; PASQUINO Gianfranco. Dicionário de política I. 11ª ed.. Coord. e trad. João Ferreira. Trad. Carmen C. Varriale et al. Brasília: UNB. 1998, pp. 319-320.

Nos regimes democráticos há uma só fonte de legitimidade consistente no igual direito político que todos têm, salvo privilégio estabelecido por lei consoante a vontade da maioria. Sua base está na soberania popular, que é, em outras palavras, o alicerce da organização de um regime democrático.

Para Norberto Bobbio, quando se discorre a respeito da democracia fala-se na oposição a todas as formas autocráticas de governar, além do que ela pressupõe regras que definem quem poderá tomar decisões coletivas, quais os procedimentos que serão adotados para tanto, e envolve a mais ampla possível participação dos interessados.<sup>12</sup>

Também no tocante ao significado da democracia, Giovanni Sartori observa que "todos os termos que entram significativamente na(s) definição(ões) de democracia foram modelados pela experiência e refletem o que aprendemos enquanto experimentadores ao longo da história." Ele aduz que, "argumentativamente, há muitas democracias possíveis, isto é, logicamente concebíveis; mas não há muitas historicamente possíveis".<sup>13</sup>

Bochenek (2013, p. 98), invocando Crick (2006, p. 16), observa que o vocábulo democracia pode ser entendido como uma palavra promíscua e muitas vezes apenas retórica, mas não será certamente um valor único que compreende ou afasta todos os outros valores em todas as circunstâncias.

Todavia, Sartori lembra que, não obstante a expressão "democracia" tenha diversos significados, com o que é possível conviver, não se pode concordar com a posição de que "democracia pode significar absolutamente qualquer coisa", pois "aí já é demais".<sup>14</sup>

E, conforme a advertência de Robert Dahl, há 25 séculos a democracia vem sendo "discutida, debatida, apoiada, atacada, ignorada, estabelecida, praticada, destruída e depois, às vezes, restabelecida aparentemente", de modo que não se pode falar em concordância sobre alguns de seus pontos fundamentais, pois o referido regime tem "significados diferentes para povos diferentes em diferentes tempos e diferentes lugares". Assim, ele questiona: com tão díspares significados, "como poderemos nós concordar sobre o que signifique hoje?", além de indagar "quão democrática é a 'democracia' nos países hoje chamados democráticos – Estados Unidos, Inglaterra, França, Noruega, Austrália e muitos outros?" Ademais, prossegue ele em seus questionamentos, "será possível explicar por que esses países são 'democráticos' e tantos outros não?"<sup>15</sup>

---

12 \_\_\_\_\_. O Futuro da Democracia. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 8ª edição. São Paulo: Paz e Terra. 2000b, p. 30.

13 SARTORI, Giovanni. A Teoria da Democracia Revisitada. Vol. I - O debate contemporâneo. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo, Ática. 1994a, p. 18.

14 Idem, p. 22.

15 DAHL, Robert A. Sobre a democracia. Trad. Beatriz Sidou. Brasília: Ed. UnB. 2001, pp. 12-14.

Mas é certo que alguns elementos mínimos são exigíveis para se falar em democracia.

Em seu livro "Poliarquia", Robert Dahl, em última análise, sustenta, em outras palavras, que são necessárias as seguintes "garantias institucionais" para se falar em efetiva democracia: a) direito de voto; b) direito de elegibilidade para cargos públicos; c) a ocorrência de eleições livres e honestas ("idôneas"); d) liberdade de expressão; e) direito de os líderes políticos disputarem apoio e votos; f) a existência de fontes alternativas de informação; g) a liberdade de integrar organizações e a de reunião; e h) a existência de instituições que sejam capazes de fazer com que as políticas (medidas) governamentais dependam de eleições (do voto) e de outras formas de manifestações de preferência da vontade popular.<sup>16</sup>

Na mesma linha, Guilherme O'Donnell (2013, p. 22) expõe que o regime democrático é aquele em que as principais posições de governo são alcançadas "mediante eleições que são por sua vez limpas e institucionalizadas", além do que, "durante e entre as eleições", deverão ser garantidas "diversas liberdades - habitualmente chamadas 'políticas' - tais como as de associação, expressão, movimento e de disponibilidade de informação não monopolizada pelo estado ou por agentes privados".

E, numa democracia tem-se a plena admissibilidade do conflito de posições, com diferentes propostas que podem se contrapor e com a possibilidade de se escolher entre uma e outra, sem qualquer espécie de represália. Daí a relação entre democracia e a necessidade de plena tolerância para com o outro, inclusive o diferente.

Antônio Cesar Bochenek indaga a respeito do que se pode considerar uma "sociedade democrática". E assim ele responde:

Seria uma sociedade pacificada e harmoniosa em que as divergências foram superadas e na qual se estabeleceu um consenso a partir de uma interpretação única dos valores comuns? Ou seria uma sociedade com uma esfera pública vibrante em que as visões conflitantes podem se expressar e há uma possibilidade de escolha entre projetos alternativos legítimos? A resposta depende da perspectiva ideológica adotada. Todavia, parece correto afirmar que a diversidade humana não contempla satisfatoriamente apenas consensos a partir da erradicação de antagonismos e do obsoleto modelo adversarial de política. Ao contrário, a especificidade da democracia moderna repousa no reconhecimento e legitimação do conflito e na recusa em suprimi-lo pela imposição de uma ordem autoritária.<sup>17</sup>

Ainda a respeito do significado de democracia, Boaventura de Sousa Santos, em "Refundacion del Estado em América Latina", sustenta que é possível falar-se em

---

16 \_\_\_\_\_. Poliarquia: participação e oposição. Trad. Celso Mauro Paciornik, 1ª ed., 1ª reimpr. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo. 2005, p. 27.

17 BOCHENEK, Antônio César. A interação entre tribunais e democracia por meio do acesso aos direitos e à justiça: análise de experiências dos juizados especiais federais cíveis brasileiros. Brasília: Conselho da Justiça Federal - CJF. 2013, p. 103.

"demodiversidad", inspirando-se na expressão biodiversidade. Segundo o seu pensamento, a "demodiversidade" integra os diferentes modelos de democracia, vale dizer, "la democracia intercultural"<sup>18</sup>, e essas diversas formas de deliberação democrática são, para ele, legítimas.<sup>19</sup>

Dessa demodiversidade se extrai que todas as manifestações, inclusive as culturais e as religiosas, são admissíveis numa democracia.

Em vista do que foi apresentado acima, ela (a democracia) constitui um verdadeiro cenário da pluralidade cultural existente entre os seus componentes. Assim, Chelikani bem sintetiza o conceito de democracia como "o compromisso assumido por determinado número de pessoas, de viverem juntas pacificamente e de guiarem-se em função de certos valores, tendo em vista a satisfação de suas necessidades e aspirações individuais e coletivas".<sup>20</sup>

A democracia representa o campo das diferenças culturais, sociais, econômicas, raciais e religiosas, onde os indivíduos podem construir valores comuns a todos, como o da liberdade, igualdade e fraternidade, a fim da concretização da cidadania, que é inerente a todo e qualquer cidadão.

Parece acertado dizer, portanto, que a democracia é o regime da diversidade e do reconhecimento de cada indivíduo como único e essencial para a sua composição, pois "ele precede a organização estatal e nela tem de encontrar a estrutura adequada para a satisfação de suas necessidades, criada e em consonância com o respeito à sua condição humana".<sup>21</sup>

O regime democrático é de grande importância para este trabalho, pois nele está a verdadeira chave de superação dos conflitos religiosos: a tolerância. Nele, o indivíduo é considerado sujeito de direitos, consistindo em finalidade e não em instrumento para obtenção de poder. Por isso, o homem deve buscar, dentro desse regime, a sua constante evolução por meio de sua liberdade. Renato de Almeida Vieira também demonstra isso ao dizer que

a democracia deve reconhecer e permitir que cada um dos cidadãos seja considerado um elemento único, cujo valor é-lhe intrínseco e que possui, na expressão de Kant, um valor em si mesmo, podendo desfrutar de uma igualdade e dignidade no que se refere à liberdade pessoal, [...] que é por si um valor essencial e que deve ser garantido para que se desenvolva uma sociedade equilibrada e ao mesmo tempo aberta à participação de todos aqueles que a compõem.<sup>22</sup>

Deste modo, percebe-se que os conflitos religiosos nas sociedades democráticas constituem verdadeiro ultraje ao significado do próprio regime, pois ameaçam os direitos de liberdade, igualdade e fraternidade, indispensáveis para uma coletividade justa e solidária.

---

18 SANTOS, Boaventura de Sousa. *Refundación del Estado en América Latina: perspectivas desde una epistemología del sur*. Lima/Perú: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad. 2010, pp. 94 e 98.

19 Idem, p. 130.

20 CHELIKANI, Rao V. B. J. *Reflexões sobre a Tolerância*. Brasília. 1999, p. 35.

21 BUENO, Roberto. *A filosofia jurídico-política de Norberto Bobbio*. São Paulo. 2006, p. 142.

22 SILVA, Renato de Almeida Vieira e. Op. Cit. p. 12.

## RELIGIÃO, LAICISMO E LAICIDADE

A crença do ser humano em algo sobrenatural é tão antiga quanto a sua existência, sendo possível perceber na pré-história resquícios arqueológicos que comprovem que desde o homem mais primitivo a religiosidade estava intrínseca ao seu ser.<sup>23</sup>

Portanto, o homem sempre se viu ligado intimamente à religião, ainda que ela fosse explorada de forma muito rudimentar no início, transformando-se ao longo da evolução da humanidade até culminar no significado que atualmente possui.

A religião é tema de estudo de vários filósofos, como Thomas Hobbes, que dizia ser a fé característica peculiar do ente humano, não sendo encontrada em outras criaturas vivas<sup>24</sup>; e Emile Durkheim, o qual afirma que ela não é uma ideia, mas sim fonte de força do homem. Nas palavras de Francisco Tomazoli (2014, p. 17) apud Emile Durkheim (1996, p. 459):

(...) a verdadeira função da religião não é nos fazer pensar, enriquecer nosso conhecimento, acrescentar às representações que devemos à ciência representações de uma outra origem e de um outro caráter, mas sim nos fazer agir, nos ajudar a viver. "O fiel que entrou em comunhão com o seu Deus não é meramente um homem que vê novas verdades que o descrente ignora. Ele se tornou mais forte. Ele sente, dentro de si, mais força, seja para suportar os sofrimentos da existência, seja para vencê-los." O sagrado não é um círculo de saber, mas um círculo de poder.<sup>25</sup>

Durkheim parece não ser o único a defender a força íntima que a religião possui; Voltaire, em 1763, com a publicação do "Tratado sobre a Tolerância", já afirmava que a religião foi criada para tornar o homem feliz nessa e na outra vida, e ainda defendeu que quanto menos dogmas, menos disputas e, portanto, menos infelicidades.<sup>26</sup> Aqui já é perceptível a posição otimista do filósofo francês, bem como sua concordância em que religião e política são esferas autônomas e independentes.

Para Voltaire, o ser humano, de natureza fraca e perversa, não podia se ver desligado da religião. A fé é algo próprio e inerente à sua essência. Nas suas palavras:

Tal é a fraqueza do gênero humano e tal a sua perversidade, que, para ele, certamente é preferível ser subjugado por todas as superstições possíveis, contanto que não sejam mortíferas, do que viver sem religião. O homem sempre teve necessidade de um freio e, ainda que fosse ridículo fazer sacrifícios aos faunos, aos silvanos, às náiades, era bem mais útil e razoável adorar essas imagens fantásticas da divindade do que entregar-se ao ateísmo.<sup>27</sup>

Infelizmente, a crença em algo sobrenatural não é apenas fonte de força,

---

23 FONSECA, Francisco Tomazoli da. A liberdade religiosa como direito fundamental e a laicização do Estado Democrático de Direito. Minas Gerais. 2014, p. 17.

24 Idem.

25 Idem.

26 VOLTAIRE. Tratado sobre a tolerância. São Paulo, Martins Fontes. 2000, p. 117.

27 Idem, p. 113.

tranquilidade, consolo, descanso e felicidade para a alma do homem mortal, mas é o motivo de incontáveis conflitos interpessoais e internacionais, que podem ser verificados desde os tempos antigos aos atuais, como se demonstrará mais adiante.

Antes de se adentrar nos confrontos propriamente ditos, é relevante ressaltar aqui a diferença entre os termos laicismo e laicidade, este último fundamental para que haja o respeito à liberdade religiosa como um direito humano/fundamental, como também para a efetivação da tolerância.

O laicismo significa a manifestação de verdadeira intolerância à própria Igreja, na medida em que instaura a proibição de cultos religiosos e propaga a supressão da religião no seio da sociedade, não a considerando mais como um ato de fé.<sup>28</sup>

Em outras palavras, o laicismo demonstra a ruptura entre o Estado e a Igreja, esta última sofrendo verdadeira censura na realidade estatal. Pode-se dizer que o laicismo resultou dos inúmeros atos arbitrários cometidos pela própria Igreja, cuja influência na política, graças ao movimento iluminista e às revoluções francesa e americana, fora proibida.

No entanto, este instituto não demonstrou uma ruptura pacífica, mas sim uma autêntica penalidade do poder público à religião, uma vez que esta passou a ser negada no ambiente social, não sendo sequer considerada como elemento de fé. O laicismo foi mais intenso na França, no ano de 1905, quando o Estado definitivamente rompeu com a Igreja.<sup>29</sup>

O Papa João Paulo II escrevera uma carta a D. Jean-Pierre Ricard, Arcebispo de Bordéus e Presidente da Conferência Episcopal Francesa, opinando sobre o laicismo:

[...] Em 1905, a lei de separação da Igreja e do Estado, que denunciava a Concordata de 1804, foi um acontecimento doloroso e traumatizante para a Igreja na França. Ela regulava o modo de viver em França o princípio do laicismo e, neste âmbito, ela mantinha unicamente a liberdade de culto, relegando ao mesmo tempo a fé religiosa para a esfera privada e não reconhecendo à vida religiosa e à Instituição eclesial um lugar no seio da sociedade. Desta forma, a vida religiosa do homem era considerada unicamente como um simples sentimento pessoal, não reconhecendo assim a natureza profunda do homem, ser ao mesmo tempo pessoal e social em todas as suas dimensões, incluindo a dimensão espiritual [...]<sup>30</sup>

Fica claro, portanto, que o laicismo não é a separação ideal para que a paz reine em ambos os campos, pois ele simplesmente se volta à punição da religião, não considerando sequer a liberdade religiosa, de expressão e de pensamento do ser humano.

Para tanto, é preciso a instauração de um Estado Laico, isto é, a implantação da laicidade, fenômeno que também significa a separação entre Estado e Igreja, mas aqui tem-se uma separação legítima, ou seja, garantidora da liberdade de crença e de culto religioso.

28 GONÇALVES, Antonio Baptista. Op. cit. p. 105.

29 Idem.

30 Disponível em: [http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/letters/2005/documents/hf\\_jp-ii\\_let\\_20050211\\_french-bishops.html](http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/letters/2005/documents/hf_jp-ii_let_20050211_french-bishops.html). Acesso em 13 de junho de 2017.

Com a laicidade, observa-se a existência de duas esferas: uma interna, própria do indivíduo, na qual ele pode exercitar suas crenças e atos de fé; e a outra pública, um espaço neutro, reservado a toda comunidade, objetivando o bem comum de todos os cidadãos, independente de suas crenças.<sup>31</sup>

John Locke também era um instigador da ruptura entre a Igreja e o Estado, sendo aquela uma associação voluntária de homens livres destinada à salvação da alma. Deste modo, qualquer cidadão poderia se unir àquele grupo, se assim fosse de sua vontade, tendo a liberdade para, a qualquer tempo, se desligar dela, caso discordasse de sua doutrina ou culto.<sup>32</sup>

Já o Estado seria uma sociedade formada para garantir e preservar os bens da vida civil, como a saúde, posses, a vida, a liberdade etc, e não se envolver em questões religiosas.<sup>33</sup>

Muitos pensamentos de Locke podem se ver ligados ao instituto da laicidade, visto que esse filósofo delimita a atuação de ambas as esferas, cujo equilíbrio é necessário para que a paz seja mantida e que haja o respeito aos direitos fundamentais do homem.

É função do Estado garantir a liberdade de todos os seus cidadãos, bem como lhes assegurar as mesmas oportunidades, sendo irrelevante suas convicções pessoais e religiosas. É o que se observa no Art. 2º, item 2.1, da Declaração dos Princípios da Tolerância de 1995:

No âmbito do Estado a tolerância exige justiça e imparcialidade na legislação, na aplicação da lei e no exercício dos poderes judiciário e administrativo. Exige também que todos possam desfrutar de oportunidades econômicas e sociais sem nenhuma discriminação. A exclusão e a marginalização podem conduzir à frustração, à hostilidade e ao fanatismo.

O Estado Laico, mesmo desvinculado da religião, tem importante função de zelar pelo bem de todos os seus cidadãos, ainda que para isso tenha que traçar limites à própria liberdade do indivíduo, se necessário for para assegurar o bem-estar de toda coletividade.

Isso quer dizer que, mesmo com a separação entre as duas esferas, há certa comunicação entre elas, ou seja, o Estado deve garantir a manifestação de todas as religiões, bem como evitar o abuso às formas com que essas religiões exercitam sua liberdade de culto, para que não infrinjam a incolumidade pública, a moral e os bons costumes, como sacrifícios humanos, mutilações etc.<sup>34</sup> Isso é a laicidade: a responsabilidade do Estado frente às manifestações religiosas.

O Papa João Paulo II, em sua carta alhures citada, também aponta a laicidade como via alternativa ao laicismo:

---

31 FAVARIM, Flávia Negri. Limites da tolerância nos conflitos entre grupos religiosos. Piracicaba/SP: Universidade Metodista de Piracicaba. 2007, p. 29.

32 Idem, p. 13.

33 Idem.

34 Idem, p. 31.

[...] Devido à vossa missão, estais chamados a intervir regularmente nos debates públicos sobre as grandes questões da sociedade. De igual modo, em nome da sua fé, os cristãos, pessoalmente ou em associações, devem poder tomar a palavra publicamente para expressarem as suas opiniões e manifestar as suas convicções, contribuindo assim para os debates democráticos, interpelando o Estado e os seus concidadãos sobre as responsabilidades de homens e mulheres, principalmente no campo dos direitos fundamentais da pessoa humana e do respeito da sua dignidade, do progresso da humanidade que não pode ser obtido a qualquer preço, da justiça e da igualdade, assim como da proteção do planeta, são âmbitos que dizem respeito ao futuro do homem e da humanidade, e à responsabilidade de cada geração. Eis por que a laicidade, longe de ser o lugar de um confronto, é verdadeiramente o espaço para um diálogo construtivo, no espírito dos valores de liberdade, igualdade e fraternidade, que são justamente muito queridos ao povo da França [...]

Dessa maneira, a importância de um Estado Laico para o exercício pleno dos direitos e garantias fundamentais ao homem, bem como do princípio da tolerância numa sociedade democrática, diversa e plural, é inquestionável.

Contudo, apesar dessa importância, se torna mais fácil a teoria do que a efetivação dela, já que existem Estados que se denominam laicos, mas que praticam ou não combatem a intolerância religiosa<sup>35</sup>. Daí a importância do tema na atualidade.

## **A INTOLERÂNCIA DOS CONFLITOS RELIGIOSOS**

Já se sabe que, desde as civilizações mesopotâmicas, as codificações empregavam uma conotação divina, combatendo formas de expressão e de culto contrárias ao que era considerado sagrado naquele tempo.

Já se estabelecia, assim, um combate ao diferente, ao desconhecido e ao que era incontrolável perante os olhos dos governantes. É o que trazia explicitamente o Código de Hamurabi, em meados do século XVIII a. C., ao disciplinar que o acusado de sortilégio deveria saltar ao rio e, se tragado fosse estaria provado o seu envolvimento com bruxaria.<sup>36</sup> Essa disposição comprova o quão a fé em algo sobrenatural esteve ligada ao homem e as suas ações políticas e governamentais.

Infelizmente, esse entrelaçamento entre religião e política se desenvolveu no decorrer dos séculos, como explicado anteriormente, e junto a ele a intolerância, os conflitos religiosos, o preconceito e a discriminação nas esferas nacionais e internacionais.

É de salutar importância ressaltar aqui a intensificação dos conflitos religiosos com a passagem das religiões politeístas para as monoteístas, também chamadas de "religiões de

---

35 GONÇALVES, Antonio Baptista. Op. Cit. p.113.

36 Art. 2º do Código de Hamurabi: "Se alguém avança uma imputação de sortilégio contra um outro e não a pode provar e aquele contra o qual a imputação de sortilégio foi feita, vai ao rio, salta no rio, se o rio o traga, aquele que acusou deverá receber em posse à sua casa. Mas, se o rio o demonstra inocente e ele fica ileso, aquele que avançou a imputação deverá ser morto, aquele que saltou no rio deverá receber em posse a casa do seu acusador."

livros", modelo adotado pelos cristãos, mulçumanos, judeus etc.<sup>37</sup> Nas primeiras havia uma dimensão muito vasta de religiões, admitindo a coexistência de vários deuses, enquanto nas religiões monoteístas cultua-se um único Deus, com aspiração universal, contendo no seu livro verdades reveladas.<sup>38</sup>

Exatamente porque as religiões monoteístas têm a pretensão de serem universais é que surgiram inúmeras discussões e interpretações a respeito de qual Deus deve ser honrado e qual verdade deve ser seguida, não demorando muito para que os conflitos se iniciassem.<sup>39</sup>

Com o fanatismo e o fundamentalismo<sup>40</sup> desempenhados por essas religiões, ou seja, com apego literal das interpretações dos livros sagrados, defendendo a sua verdade absoluta em detrimento das interpretações de outras crenças, estão abertas as portas para a intolerância.

Em vista disso, verdadeiras guerras entre religiões aconteceram e ainda acontecem em vários lugares do mundo, como o caso da perseguição dos cristãos durante o Império Romano e a perseguição que mais tarde eles (cristãos) perpetraram durante a Inquisição Espanhola em 1478, objetivando conquistar fiéis ao evangelho de Cristo, torturando e perseguindo aqueles que se opunham à conversão<sup>41</sup>.

A disputa entre a China, Índia e o Paquistão pela posse do território de Caxemira também é um exemplo de embate religioso, observando-se, de um lado, mulçumanos, e de outro, hindus; assim como os atentados de Setembro de 2001 e o massacre ao jornal francês Charlie Hebdo em 2015 – forte exemplo de intolerância religiosa – entre outros.

A Irlanda do Norte também vive um confronto religioso entre católicos e protestantes, que remonta desde o século XII, motivado ainda por questões políticas, territoriais e étnicas. Esse exemplo, em especial, demonstra o quão avassalador e perpétuo um conflito religioso pode se tornar.

Voltaire, em seu "Tratado sobre a Tolerância", no século XVIII, já afirmara otimista que (2000, p. 23): "a Irlanda povoada e enriquecida não verá mais" seus cidadãos católicos e protestantes assassinarem-se uns aos outros.<sup>42</sup> Infelizmente, o filósofo francês estava errado e os conflitos no território da Irlanda ainda se encontram presentes em pleno século XXI.

Esses foram alguns dos inúmeros conflitos existentes por todo o mundo, observando-

---

37 GONÇALVES, Antonio Baptista. Op.Cit. p.92.

38 SCARPI, Paolo. Egito, Roma, Grécia, Mesopotâmia, Pérsia Politeísmos: As religiões do mundo antigo. São Paulo: Hedra, 2004, págs. 11 e 12.

39 GONÇALVES, Antonio Baptista. Op. Cit. p. 94.

40 FAVARIM, Flávia Negri. Op. Cit. p. 35.

41 FERREIRA, Aline Guedes. Inquisição Católica: Em busca de uma desmistificação da atuação do Santo Ofício. Salvador/BA: Simpósio Internacional de Estudos Inquisitoriais. 2011, p. 2.

42 SOUZA, Marcelo Gustavo Andrade. Tolerar é pouco? Por uma filosofia da educação a partir do conceito de tolerância. Rio de Janeiro: PUC/RJ. 2006, p.62.

se um verdadeiro problema de âmbito internacional, uma vez que esses mesmos conflitos ameaçam a segurança e a paz mundial, bem como renegam os direitos humanos de liberdade e igualdade entre todos, ferindo, por consequência, a dignidade da pessoa humana.

Por mais diferentes que sejam as várias religiões, os seus adeptos entram em conflito pelo mesmo motivo: em nome da fé. Na realidade, em todas as crenças em que se observam esses confrontos há um incessante objetivo de converter os fiéis de uma crença diversa a sua própria, o que é chamado de proselitismo.

O proselitismo, portanto, é o intuito de conquistar fiéis e diminuir, senão erradicar, a influência das demais religiões<sup>43</sup>, sendo praticado por quase todas elas. Percebe-se, com isso, uma verdadeira intolerância religiosa, exercitada pela não-aceitação do outro e pela negação dos três princípios-base da democracia: liberdade, igualdade e fraternidade.

Os conflitos religiosos ganham espaço a partir da ausência da fraternidade entre os povos, que erradicam a solidariedade e lutam pela própria autonomia em exercer o seu credo, negando-a ao outro pelo simples fato de não compartilhar da mesma crença religiosa.

A intolerância é pressuposto de violência e, conseqüentemente, de retrocesso de qualquer evolução humana ou civilização. O homem nega o próprio direito de fraternidade pelo qual tanto lutou outrora. Para Stuart Mill (1991, p. 67)<sup>44</sup> a intolerância estaria na "ousadia de decidir a questão pelos outros, sem lhes conceder que ouça o que possa ser dito em contrário".

A intolerância provém da infantilidade e irracionalidade do ser humano, tem origem em sua ignorância que, segundo Cardoso, "é causa primeira do medo, do preconceito, do fanatismo, da intolerância e, por consequência, da violência".<sup>45</sup>

De fato, a intolerância é causa da violência e do desrespeito entre os indivíduos, consistindo numa afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana, inerente a todo e qualquer ser humano independentemente de seu credo, raça, opinião, classe social ou cultura.

Os conflitos religiosos na contemporaneidade demonstram o quão a humanidade ainda precisa evoluir, buscar sua emancipação, para que, de fato, possa ser chamada de civilizada, construindo um ambiente saudável e seguro para todas as pessoas e suas diferenças.

A manifestação da intolerância desvirtua o significado de um Estado Laico e Democrático, pois ela, como aponta Elie Wiesel, fomenta o ódio:

---

43 GONÇALVES, Antonio Baptista. Op. Cit. p. 95.

44 SOUZA, Marcelo Gustavo Andrade. Op. Cit. p. 80.

45 CARDOSO, Clodoaldo Meneguello. Tolerância e seus limites: um olhar latino-americano sobre diversidade e desigualdade. São Paulo. 2003, p. 21.

A intolerância está situada no começo do ódio. Ela assume aparências tão sutis que fica difícil discerni-la e combatê-la. E, no entanto, "se não a detivermos, será tarde demais". Uma vez instalada, gera inevitavelmente o desprezo, o ódio pelo outro; e o ódio, por sua vez, só gera o ódio.<sup>46</sup>

Assim, com o ódio instalado não há espaço para a compaixão e a racionalidade. O ser humano não compreende nem busca compreender o outro, ele fecha os olhos para a pluralidade de formas de vida existentes em seu próprio ambiente, nega a diversidade, que não instaura a guerra, mas sim é a verdadeira riqueza de uma nação.

A presença dos conflitos religiosos nas sociedades democráticas, portanto, constitui um paradoxo, já que nestas a diversidade entre os cidadãos deveria ser entendida como algo comum e pacífico, não permitindo uma política igualitária e autoritarista. Dessa forma, esses conflitos são verdadeiros ataques aos direitos de liberdade e igualdade garantidos pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, previstos em seus artigos 1º e 4º:

Art.1º. Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum.

Art. 4º. A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei.<sup>47</sup>

Dessa maneira, com a inércia e a indiferença em relação a esses confrontos religiosos, os direitos humanos fundamentais se encontram constantemente ameaçados, pois continuarão a ser suprimidos à maneira que se impõe à força uma forma de pensar, proibindo a liberdade de consciência do outro.

Assim, com a presença da intolerância há a descaracterização da natureza humana; foi o que Voltaire quis dizer ao afirmar que "o direito de intolerância é, pois, absurdo e bárbaro; é o direito dos tigres, e bem mais horrível, pois os tigres só atacam para comer, enquanto nós exterminamo-nos por parágrafos".<sup>48</sup>

As batalhas travadas em nome da fé também atacam direta e constantemente a liberdade religiosa, prevista no Art. 18 da Declaração Universal dos Direitos Humanos:

Art. 18 - Todo ser humano tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; esse direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença pelo ensino, pela prática, pelo culto em público ou em particular.

Toda a pessoa deve ser livre para escolher o credo que lhe for melhor, desde que respeite a moral e os bons costumes da comunidade em que vive. Uma religião imposta é uma pseudo-religião, é assumir uma personalidade que não é sua; "nada é mais contrário à religião

46 WIESEL, Elie. VADE-MECUM por uma luta contra a intolerância. IN A Intolerância. Trad. Eloá Jacobina. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000. p. 265.

47 Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

48 VOLTAIRE. Op. Cit. p. 34.

do que a coerção" (São Justino, mártir, liv. V).<sup>49</sup>

De fato, esses confrontos demonstram o quão o homem ainda é um ser ignorante ao ponto de, em pleno século XXI, iniciar guerras motivadas pela diferença religiosa, provando que, apesar de todos os avanços tecnológicos, jurídicos e econômicos, ele não conseguiu evoluir suficientemente para aceitar o outro como seu irmão, o que é uma rejeição do seu próprio ser.

## **A TOLERÂNCIA COMO INSTRUMENTO PACIFICADOR**

Diante de todo o exposto, vê-se na tolerância o único caminho para interromper esses conflitos religiosos, a fim de o ser humano conquiste a sua emancipação e a superação de sua irracionalidade para que possa ser construída uma coletividade mais justa e solidária, na qual a convivência entre os seus indivíduos seja de fato pacífica, uma vez que a tolerância é elemento essencial para a construção da paz.<sup>50</sup>

Não se considera aqui a tolerância como simples capacidade de suportar a existência de coisas e pessoas diferentes, mas sim a faculdade de enxergar no outro um indivíduo de direitos e deveres iguais aos seus, participante da mesma coletividade que a sua e de respeitar as suas escolhas, compreendendo-as como essenciais para uma sociedade plural e evoluída. Nas palavras de Chelikani, "a tolerância consiste em ter crenças e aceitar dialogar com outras pessoas que têm convicções diferentes. É chegar a um consenso com os outros para estabelecer uma coexistência dinâmica e engajar-se em um processo de enriquecimento mútuo permanente".<sup>51</sup>

Ela é uma virtude antes individual do que coletiva, mas só pode ser exercitada de um indivíduo em função do outro, ou seja, no seio da coletividade, portanto ela só tem espaço numa sociedade democrática, em que o diálogo e a pluralidade cultural se fazem presentes e na qual cada indivíduo é livre para exercitar suas crenças e demais convicções.

Parece compactuar com esse pensamento o filósofo político Norberto Bobbio, ao defender que a tolerância é um dever moral de todos os cidadãos democráticos, de modo que ela só pode ser praticada na pluralidade de pessoas. Nas suas palavras:

Como modo de ser em relação ao outro, a serenidade resvala o território da tolerância e do respeito pelas idéias e pelos modos de viver dos outros. No entanto, se o indivíduo sereno é tolerante e respeitoso, não é apenas isso. A tolerância é recíproca: para que exista tolerância é preciso que se esteja ao menos em dois. Uma situação de tolerância existe quando um tolera o outro. Se eu o tolero e você não me

---

49 Idem, p. 91.

50 CHELIKANI, Rao V. B. J. Reflexões sobre a Tolerância. Brasília. 1999, p 24.

51 Idem, p. 30.

tolera, não há um estado de tolerância mas, ao contrário, de prepotência.<sup>52</sup>

Desse modo, a tolerância, para Bobbio, se apresenta como fruto da serenidade, uma virtude fraca, passiva e impolítica. Fraca não no sentido de fraqueza, mas no de pertencer a todas as pessoas, a todos os cidadãos normais, simples, comuns, sem-poder. Passiva e impolítica por ser uma virtude moral absolutamente desvinculada do poder, mais próxima de atitudes de tranquilidade, paciência e doçura.<sup>53</sup>

Pode-se perceber, portanto, que, segundo Bobbio, a tolerância é própria do homem sereno, do que se opõe ao abuso de poder, do comprometido com a busca por um mundo melhor, um mundo da não-violência.

Para ele a serenidade "é uma virtude fraca que torna possível entre os concidadãos um acordo forte: a tolerância. O sereno é, ao contrário, aquele que 'deixa o outro ser o que é', ainda quando o outro é o arrogante, o insolente, o prepotente".<sup>54</sup>

O princípio da tolerância, em todos os seus aspectos, é fundamento de um Estado Constitucional Democrático<sup>55</sup>, pois somente com a sua efetivação se terá o respeito e a valorização da dignidade da pessoa humana.

No âmbito religioso, tratado mais profundamente neste trabalho, o exercício da tolerância religiosa se faz urgentemente necessário; o uso da razão pelo homem aqui é indispensável para que se entenda que a vida na comunidade religiosa se diferencia da vida na comunidade civil, que é mais ampla e neutra.<sup>56</sup>

Em outras palavras, a prática religiosa deve respeitar o campo dos direitos políticos e civis, que é inerente a todos e não a alguns homens apenas. O ser humano pode exercer o seu credo, pois lhe é garantida a liberdade religiosa para isso; no entanto, ele deve permitir que os demais também a exerçam, independentemente da religião professada.

A tolerância é o que qualifica todos os homens como irmãos, como seres essencialmente humanos, dignificando-os enquanto seres racionais e compassivos. A concretização desse princípio é o único meio para se combater as decorrências da intolerância, inclusive os violentos conflitos religiosos, bem como para garantir aos homens e mulheres o direito de ser quem eles são e assumirem suas personalidades sem medo da coerção alheia.

Para Marcelo Andrade de Souza "a luta pela tolerância é, antes de tudo, uma resistência contra a intolerância assassina. É a defesa de um direito humano dos mais

---

52 BOBBIO, Norberto. Elogio da serenidade e outros escritos morais. São Paulo: Unesp. 2002, pp. 42-43.

53 SOUZA, Marcelo Gustavo Andrade. Op. Cit. p. 101-102.

54 BOBBIO, Norberto. Op. Cit. pp. 40-43.

55 HABERMAS, Jürgen. Trad. Thiago da Silva Paz. Intolerância e discriminação. Revista Perspectiva Filosófica. Universidade Federal de Pernambuco, v. 2, n. 40, 2013. 2013, p. 6.

56 Idem.

sagrados: o direito à diferença, seja diferença de pensamento, de expressão ou de condição identitária".<sup>57</sup>

Cabe reforçar mais uma vez que a tolerância não significa indiferença para com o outro, não é meramente um deixar fazer e ser ou suportar a existência do estranho, do diferente. Locke defendia que cada religião deve exercitar este princípio, pois ele tem de ser propagado, difundido a todas as áreas da sociedade.<sup>58</sup>

A tolerância está na coragem em impedir o fanatismo e a intolerância, bem como impedir que se negue o direito do diferente em ter uma existência livre e digna.<sup>59</sup>

Ainda para John Locke, a tolerância significa a garantia da diversidade; esta, por sua vez é elemento que constitui o ente humano e não pode ser evitado. Nas suas palavras:

Não é a diversidade de opiniões (o que não pode ser evitado), mas a recusa de tolerância para os que têm opinião diversa, o que se poderia admitir, que deu origem à maioria das disputas e guerras que se têm manifestado no mundo cristão por causa da religião.<sup>60</sup>

Portanto, segundo o pensamento do filósofo, a diversidade não foi o estopim para as guerras religiosas, sendo plenamente possível de ser aceita.

O princípio da tolerância, assim, é uma exigência moral de toda comunidade plural e diversa, tratando-se da erradicação da intolerância em respeito às consciências individuais.<sup>61</sup>

O homem ainda tem de percorrer um longo caminho para a sua emancipação, transcendendo o simples desejo de crescimento tecnológico e financeiro; ele deve buscar o seu autocrescimento constante, que só é possível com o exercício de sua liberdade em estar, pensar e ser. No entanto, a liberdade só tem sentido se praticada com reciprocidade, ou seja, é necessário permitir aos outros fazer aquilo que deseja que eles permitam que você faça.<sup>62</sup>

Sendo assim, para que a humanidade alcance a sua verdadeira emancipação, supere a irracionalidade em perpetrar conflitos provocados pelas diferenças religiosas e se liberte das correntes da ignorância é preciso que haja o respeito e a efetivação do princípio da tolerância. É o que se extrai do Art. 1º, item 1.1, da Declaração de Princípios sobre a Tolerância:

---

57 SOUZA, Marcelo Gustavo Andrade. Op. Cit. p. 33.

58 LOCKE, John. Carta acerca da tolerância. Coleção Os pensadores, São Paulo: Abril Cultural. 1980, p. 27.

59 SOUZA, Marcelo Gustavo Andrade. Op. Cit. p. 55.

60 LOCKE, John. Op. Cit. p. 33.

61 Idem, p. 97.

62 Idem, p. 41.

A tolerância é o respeito, a aceitação e o apreço da riqueza e da diversidade das culturas de nosso mundo, de nossos modos de expressão e de nossas maneiras de exprimir nossa qualidade de seres humanos. É fomentada pelo conhecimento, a abertura de espírito, a comunicação e a liberdade de pensamento, de consciência e de crença. A tolerância é a harmonia na diferença. Não só é um dever de ordem ética; é igualmente uma necessidade política e jurídica. A tolerância é uma virtude que torna a paz possível e contribui para substituir uma cultura de guerra por uma cultura de paz.

Percebe-se com isso que a tolerância tem por objetivo a coexistência pacífica e enriquecedora entre os povos em âmbito nacional e internacional, para que todos os seres humanos se empenhem em criar um ambiente em que as mais diversas histórias, culturas, características, religiões e tradições possam conviver de forma harmônica.<sup>63</sup>

Só assim os direitos humanos e fundamentais, principalmente a dignidade da pessoa humana, poderão ser assegurados e efetivados de fato. Só assim poderá se falar em uma humanidade serena e racional, comprometida com o bem-estar de todos.

O princípio da tolerância é, portanto, instrumento-chave para a fraternidade entre os povos, pois só é possível a solidariedade quando os seres humanos se respeitam mutuamente, se reconhecem e, apesar de possuírem costumes, crenças, raças, gêneros e ideais diferentes, eles devem perseguir o mesmo fim: a paz entre todos.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Em breve conclusão, entende-se que os conflitos religiosos são marcas da ignorância do ente humano frente ao seu desrespeito para com os princípios essenciais à dignidade da pessoa humana - liberdade, igualdade e fraternidade - que concomitantemente são os pilares de uma sociedade plural e democrática.

Diante dos vários conceitos de tolerância, percebe-se que em todos eles há a persecução da valorização do ser humano, bem como da reafirmação de sua natureza racional e capaz de modificar o cenário em que vive.

A inércia frente aos confrontos religiosos só demonstra o quão o homem dispensa o uso de tal virtude que é a razão, mantendo-se no campo da ignorância e infantilidade.

Outrossim, apontou-se que não é apenas um dever moral da pessoa humana, mas a tolerância também é um dever político e jurídico, na medida em que o Estado Laico desempenha o papel de garantidor das liberdades individuais, das manifestações religiosas e, ao mesmo tempo, da proteção do grupo social de eventuais abusos a que essas liberdades possam levar.

Apesar disso, é preciso mais comprometimento dos Estados Laicos para com a

---

63 GONÇALVES, Antonio Baptista. Op. Cit. p.114.

superação desses conflitos, pois muitos deles ainda continuam encobrindo a ocorrência de tais embates.

Com a perpetuidade desses conflitos religiosos, a dignidade humana e os demais direitos fundamentais ao homem continuarão a ser violados, bem como a serenidade continuará perdendo espaço para uma política de violência, já que o próprio ser humano se nega a evoluir e compreender que são a diversidade e a pluralidade que formam a riqueza de uma sociedade.

As batalhas não são provocadas pelas diferentes formas de vida, de cultura, de tradição, de características ou de convicções, até porque o que identifica um ser como essencialmente humano não pode ser motivo de guerras. A nascente de tais confrontos está na intolerância, na incansável tentativa de impor ao outro a forma de pensar ou de viver que não lhe é própria.

À vista disso, sustenta-se que o princípio da tolerância é pressuposto básico para o exercício dos mencionados direitos humanos, bem como o único caminho para pacificação do todo, com a cessação dos confrontos religiosos e a busca da emancipação da humanidade, a qual, com o seu exercício, será efetivamente fraterna, solidária e serena.

## **REFERÊNCIAS**

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI Nicola; PASQUINO Gianfranco. Dicionário de política I. 11ª ed.. Coord. e trad. João Ferreira. Trad. Carmen C. Varriale et al. Brasília: UNB, 1998.

\_\_\_\_\_. O Futuro da Democracia. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 8ª edição. São Paulo: Paz e Terra, 2000b.

\_\_\_\_\_. Elogio da serenidade e outros escritos morais. São Paulo: Unesp, 2002.

BOCHENEK, Antônio César. A interação entre tribunais e democracia por meio do acesso aos direitos e à justiça: análise de experiências dos juizados especiais federais cíveis brasileiros. Brasília: Conselho da Justiça Federal - CJF, 2013.

BUENO, Roberto. A filosofia jurídico-política de Norberto Bobbio. São Paulo: Mackenzie, 2006. p. 135-167.

CARDOSO, Clodoaldo Meneguello. Tolerância e seus limites: um olhar latino-americano sobre diversidade e desigualdade. São Paulo: UNESP, 2003.

CHELIKANI, Rao. V. B. J. Reflexões sobre a tolerância. Brasília: UNESCO, 1999.

DAHL, Robert A. Sobre a democracia. Trad. Beatriz Sidou. Brasília: Ed. UnB, 2001.

\_\_\_\_\_. Poliarquia: participação e oposição. Trad. Celso Mauro Paciornik, 1ª ed., 1ª reimpr. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2005.

FAVARIM, Flávia Negri. Limites da tolerância nos conflitos entre grupos religiosos. Piracicaba/SP: Universidade Metodista de Piracicaba, 2007.

FERREIRA, Aline Guedes. Inquisição Católica: Em busca de uma desmistificação da atuação do Santo Ofício. Salvador/BA: Simpósio Internacional de Estudos Inquisitoriais. 2011, p. 2

FIGUEIREDO, Argelina Cheibub e FIGUEIREDO, Marcus. O plebiscito e as formas de governo. São Paulo: Brasiliense, 1993.

FONSECA, Francisco Tomazoli da. A liberdade religiosa como direito fundamental e a laicização do estado democrático de direito. Disponível em: <<https://www.fdsu.edu.br/site/posgraduacao/dissertacoes/38.pdf>>. Acesso em: 02 de maio de 2017.

GONÇALVES, Antonio Baptista. Da intolerância religiosa aos direitos humanos. São Paulo: PUC/SP, 2013.

HABERMAS, Jürgen. Trad. Thiago da Silva Paz. Intolerância e discriminação. Revista Perspectiva Filosófica. Universidade Federal de Pernambuco, v. 2, n. 40, 2013.

LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. Democracia, desenvolvimento humano e direitos humanos. Revista Debates, Porto Alegre, v. 7, n. 1, pp.15-114, jan.-abr. 2013

LOCKE, John. Carta acerca da tolerância. Coleção Os pensadores, São Paulo: Abril Cultural, 1980.

O'DONNELL, Guilherme. Democracia, desenvolvimento humano e direitos humanos. Revista Debates, Porto Alegre, v. 7, n. 1, pp.15-114, jan.-abr. 2013.

OLIVEIRA, Aurenéa Maria. Preconceito, Estigma e Intolerância Religiosa: a prática da tolerância em sociedades plurais e em Estados multiculturais. Revista do Programa de Pós-graduação em Sociologia da UFPE. Pernambuco, v. 1, n. 13, p. 239-264, 2007.

ONU. Declaração de Princípios sobre a Tolerância. Paris: UNESCO, 1995. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/paz/dec95.htm>>. Acesso em 14 de junho de 2017.

\_\_\_\_\_. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Assembléia Geral das Nações Unidas, 1948. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>> Acesso em 14 de junho de 2017.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Refundación del Estado en América Latina: perspectivas desde una epistemología del sur. Lima/Perú: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2010.

SARTORI, Giovanni. A Teoria da Democracia Revisitada. Vol. I - O debate contemporâneo. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo, Ática, 1994a.

\_\_\_\_\_. A teoria da democracia revisitada. Vol. II – As questões Clássicas. Trad. Dinah de

Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 1994b.

SCARPI, Paolo. Egito, Roma, Grécia, Mesopotâmia, Pérsia Politeísmos: As religiões do mundo antigo. São Paulo: Hedra, 2004, págs. 11 e 12.

SILVA, Renato de Almeida Vieira e. Os ideais de igualdade, fraternidade e liberdade na prática democrática: entre Rousseau e Habermas. Revista Lumen Et Virtus. S.l., v. II, n. 4, p. 121-133, maio de 2011.

SOUZA, Marcelo Gustavo Andrade de. Tolerar é pouco? Por uma filosofia da educação a partir do conceito de tolerância. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica, 2006.  
VOLTAIRE. Tratado sobre a Tolerância. Trad. Paulo Neves. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

WIESEL, Elie. VADE-MECUM por uma luta contra a intolerância. IN A Intolerância. Trad. Eloá Jacobina. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000. p. 265.

# DIREITO SOCIAL À MORADIA: O FUNDAMENTAL EXERCÍCIO DE POSSE SOBRE IMÓVEIS PÚBLICOS

Sandra Santos Rosa SCHERCH<sup>1</sup>  
Vinícius Alves SCHERCH<sup>2</sup>

## RESUMO

O artigo é fruto da continuidade da pesquisa sobre a atuação do Estado na realização do direito fundamental à moradia, nele foi abordada a questão da regularização da posse de imóveis públicos como um instrumento de efetivação da moradia com segurança e dignidade. Para isso, foram realizadas pesquisas bibliográficas sobre o tema moradia, direito fundamental e dignidade da pessoa humana, para justificar a importância e necessidade do trabalho, foram obtidos dados junto ao último Censo realizado pelo IBGE que aponta uma situação não muito boa da ocupação do espaço urbano. Deste modo, ao final se concluiu que a moradia, enquanto parcela da dignidade, relativiza interesses secundários do Estado e merece maior atenção do Poder Público como uma condição de desenvolvimento pleno das pessoas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Regularização da posse – Direito à moradia – Dignidade da pessoa humana – Direito Fundamental – Atuação do Estado

## ABSTRACT

The article and the result of the continuity of the research on the state's performance in the realization of the fundamental right to housing, it was addressed the issue of regularization of public property ownership as an instrument for effective housing with security and dignity. In order to justify the importance and necessity of the work, data were obtained from the last IBGE Census, which points out a not very good situation of the occupation of space urban. Thus, in the end it was concluded that housing, as part of dignity, relativizes secondary interests of the State and deserves greater attention from the Public Power as a condition of full development of people.

**KEY-WORDS:** Regularization of possession - Right to housing - Dignity of the human person - Fundamental right - Actuation of the State.

## INTRODUÇÃO

- 
- 1 Graduada em Geografia pela UENP –Universidade Estadual do Norte do Paraná. Acadêmica de Direito na UNOPAR - Universidade Norte do Paraná, Unidade Bandeirantes. Especializanda em Direito Constitucional Contemporâneo pelo IDCC – Instituto de Direito Constitucional e Cidadania.
  - 2 Graduado em Direito pela FACCREI - Faculdade Cristo Rei e em Gestão Pública pela UNOPAR - Universidade Norte do Paraná. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela UNOPAR - Universidade Norte do Paraná e em Administração Pública pela UNICESUMAR – Centro Universitário de Maringá. Especializando em Direito Constitucional Contemporâneo pelo IDCC – Instituto de Direito Constitucional e Cidadania. Advogado na Prefeitura Municipal de Bandeirantes.

Este artigo trata de uma análise do direito social à moradia, sob o viés de direito fundamental que, desde já se afirma que tem. No sentido de proporcionar uma maior horizontalização – em verdade, trazer condições materiais – de exercício desse direito, a proposta a ser discutida é a da viabilidade de se outorgar a posse de terrenos ou imóveis públicos às pessoas que já deles se utilizam para habitação.

A partir da ideia de que o Estado proprietário não deu função social à propriedade, cogita-se como política pública de ocupação do solo urbano, regularizar a posse sobre terrenos públicos levando em consideração as eventuais edificações e também o zelo com que os atuais moradores procedem, não só habitando, mas também cuidando do patrimônio público ainda que indiretamente.

Fixando, a título de problematização, o fato de que o Brasil tem um grave problema com o acesso ao direito à moradia, pois à medida que a urbanização avança, surgem os desafios de regularização de loteamentos, maior custo para aquisição de imóveis e, diante da crise econômica, linhas de crédito para financiamento de imóveis vão se restringindo. Não só por isso, mas também pelo desemprego e pela própria falta de espaço físico para expansão da cidade em grandes aglomerações, o direito à moradia vai ficando em segundo ou terceiro plano quando da elaboração de políticas públicas. Consequência disso, a ocupação desordenada do solo dificulta a regularização e, por muitas vezes sem alternativa, as pessoas se submetem a morar em construções públicas sem efetivo uso ou passam a edificar sobre áreas públicas institucionais.

Sob o aspecto de reconhecer o direito à posse – já exercido – e conferir segurança jurídica, bem como uma certa estabilidade ao direito de moradia, o objetivo deste artigo é retratar a relativização do direito de propriedade do Estado diante do direito à moradia e do dever de impor função social à propriedade.

O IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), conforme o último Censo (realizado em 2010), traz a informação de que cerca de 84% da população do Brasil já vivia em áreas urbana e dentre todos os municípios, cerca de metade deles possuem plano diretor contemplando a ZEIS (Zona Especial de Interesse Social) que serve a preponderar a moradia de população de baixa renda e com regras, por vezes, mais facilitadas para parcelamento, uso e ocupação de solo. De acordo com a autarquia federal, existem cerca de 6.329 unidades habitacionais, entre favelas, invasões, comunidades, palafitas e loteamentos clandestinos, que acumulam 11.425.644 pessoas habitando nessas condições que são classificadas como aglomerados subnormais. Aglomerado subnormal é o conjunto tem de mais de 51 unidades habitacionais que apresente, pelo menos, uma das deficiências a seguir: (i) irregularidade das

vias de circulação e do tamanho e forma dos lotes, (ii) carência de serviços públicos essenciais (como coleta de lixo, rede de esgoto, rede de água, energia elétrica e iluminação pública).

Cabe ressaltar, que municípios pequenos embora tenham indivíduos com moradias nessas condições materiais, não são considerados no cálculo em razão da caracterização dos aglomerados subnormais e, a título de comparação, 77,1% dos domicílios em aglomerados subnormais se encontravam em municípios com mais de 2 milhões de habitantes e 59,3% da população residente em aglomerados subnormais (6.780.071 pessoas) estão concentrados nas regiões metropolitanas de São Paulo, Rio de Janeiro, de Belém, de Salvador e de Recife, registrou Censo 2010, há sete anos, portanto.

Nesse sentido, para a elaboração do presente artigo, foi utilizada a pesquisa exploratória, através da leitura e análise bibliográfica, para tentar traduzir esse contexto, rapidamente exposto nos parágrafos anteriores, buscando trazer conceitos essenciais de propriedade, posse, direito à moradia e aspectos da função social da propriedade.

À guisa de conclusão, chegou-se ao entendimento de que a regularização da posse é uma alternativa econômica e célere para estabilizar situações de risco e viabilizar a realização do direito fundamental à moradia, sem que haja diminuição do patrimônio de Estado e com maior segurança jurídica às pessoas que não têm condições de ter a propriedade de um imóvel para este fim.

## **1. O DIREITO SOCIAL DE MORADIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL**

Nesta parte da pesquisa, busca-se retratar o direito social de moradia como fundamental, não somente por consagrar-se no art. 6º da Constituição Federal de 1988, mas também pela disposição do art. 5º, XI: “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”. Já sobre estas primeiras linhas, tem-se a moradia direito (art. 6º) e a moradia garantia (art. 5º, XI), porquanto sua inviolabilidade ganhar especial importância.

Antes de tratar do direito à moradia, é prudente nortear-se pelo que escreve José Afonso da Silva (2013, 289-290):

Os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais

propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona a condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.

Há que diga que os direitos fundamentais são essenciais à democracia, e que, sem eles, não existe um Estado de Direito, isso porque são essenciais à liberdade e sem a liberdade não subsistiriam os direitos fundamentais, portanto o ordenamento jurídico pátrio faz preponderar além do Estado Democrático, o Estado Social de Direito (SIQUEIRA JR, 2016, p. 151).

Por isso, figura ultrapassado defender o Estado Liberal em que direitos individuais de forma absoluta se sobrepõem diante das relações entre as pessoas e destas com o Estado, e por isso, eleva-se aqui a importância maior da moradia em face da propriedade.

Ingo Sarlet, reconhece no direito à moradia um direito fundamental, de caráter positivo, ou seja, que demanda uma ação do Estado no sentido de sua viabilização e para tanto, fundamenta seu raciocínio no fato de que o STF "reconhece proteção ao mínimo existencial tanto na perspectiva de um direito de defesa, quanto no que toca à sua vocação prestacional", e, nesse sentido, Eros Grau, Celso de Mello e Carlos Britto no RE 407.688-8/SP sustentaram que a moradia é uma necessidade vital, que por ser direito indisponível, não se sujeita a penhora com base em contrato de fiança (SARLET, 2015b, p. 333).

E mais a frente em sua obra, Ingo Sarlet (2015b, p. 343-345) menciona que:

(...) tendo em conta a circunstância de que a moradia (como, de resto, já anunciado pelo próprio Constituinte no dispositivo versando sobre o salário mínimo) guarda conexão direta com as necessidades vitais da pessoa humana, e, por conseguinte, também com as condições materiais básicas para a vida com dignidade, já se poderia (...) partir da premissa de que a nossa ordem constitucional vigente já consagrava um direito fundamental implícito à moradia. Por seu caráter existencial e expressão do próprio direito à vida, o direito à moradia ocupa lugar similar ao direito à alimentação, e, portanto, integra aquilo que na esfera internacional tem sido designado de um direito a um adequado padrão de vida.

É possível então considerar que a moradia, sendo direito fundamental, pode em certa medida, ser exigida como prestação positiva do Estado com vistas ao acesso e garantia de um mínimo existencial, não para o fim de direito à propriedade, mas tendo por objetivo a dignidade da pessoa humana.

Araujo e Nunes Júnior (2016, p. 151), escrevem que “os Direitos Fundamentais constituem uma categoria jurídica, constitucionalmente erigida e vocacionada à proteção da dignidade da pessoa humana em todas as suas dimensões”, ostentando esses direitos, nas palavras dos autores, “natureza poliédrica, prestando-se ao resguardo do ser humano na sua liberdade (...), nas suas necessidades (...) e na sua preservação (...)”. Com outras palavras, os direitos fundamentais representam uma figura sólida e multifacetada no direito constitucional,

despejando sobre a pessoa humana sua luz de garantias e proteções, visando sua existência enquanto espécie e manutenção enquanto indivíduo, sob o manto da dignidade.

A partir da natureza poliédrica dos direitos fundamentais, especialmente voltada à proteção da dignidade humana, considerando os vários níveis de proteção conferido ao ser humano e, por isso, tendo a moradia como forma de defesa e manutenção da dignidade, o tópico a seguir tentará assim identificá-la.

## **2. O DIREITO SOCIAL DE MORADIA COMO EXPONENTE DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Escrever sobre a dignidade da pessoa humana revela-se numa tarefa difícil, pois havendo pluralidade de pessoas, em princípio, há uma pluralidade de dignidades. Ora, por muitas vezes o que seria digno a um não seria digno a outro, sob as diversas perspectivas de vida em que a expressão pode ser empregada.

Diante da aporia do mínimo necessário – que também é de difícil alcance no âmbito da concretização – acredita-se que nele não se pode relativizar a dignidade da pessoa humana. Valem de norte as palavras de Ingo Sarlet (2015a, p. 70-71) a respeito da dignidade da pessoa humana, que é:

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

A partir deste conceito de dignidade da pessoa humana proposto pelo professor Ingo Sarlet, retira-se ao menos duas conclusões: (i) a dignidade tem aspecto ontológico, isto é, de consideração de cada ser humano enquanto único; e (ii) a dignidade tem uma vereda deontológica ao exigir dos indivíduos mutuamente a promoção de valores humanitários. Por ser um atributo do ser humano, a dignidade também figura em condição da própria existência da espécie humana e não pode ser reduzida à quadra filosófica, demandando concretização para a realização da vida.

Dada a importância que se confere à dignidade da pessoa humana, no período posterior à 2ª Guerra Mundial, as constituições passaram a vislumbrá-la como valor dos Estados, a fim de evitar, de certa forma, regimes totalitários tal qual o nazismo e o fascismo.

Cabe dizer que a dignidade da pessoa humana merece ser entendida como nascida com os indivíduos e forme parte de cada pessoa, portanto, um direito humano. Nas bem

colocadas palavras de Alarcón (2014, p. 382):

A dignidade da pessoa constitui-se em um fundamento valorativo, precedente a qualquer outro direito do ser humano. Por outras palavras, na matriz dos direitos humanos, na sua gênese, se encontra a condição de sermos merecedores dessa proteção. Por isso, a dignidade da pessoa humana é o valor precedente de qualquer ordem jurídica, a base dos direitos humanos, da qual eles se desprendem como um leque de amparo nas situações mais diversas e ao longo de sua historicidade.

Não diferente, no Brasil, o tema foi abordado como fundamento da República e por isso se desdobra por todo o texto constitucional, na qualidade de valor fonte do ordenamento jurídico e, de certa forma, como uma verdadeira cláusula aberta de proteção dos indivíduos, significando que toda inovação ou interpretação normativa com a dignidade da pessoa humana tem de ser compatível.

Pelas palavras do professor Zulmar Fachin (2006, p. 197-198), a dignidade da pessoa humana ocupa lugar de destaque na Constituição Federal de 1988, tomada como verdadeiro norte ao ordenamento jurídico brasileiro, como bem expressa:

O constituinte de 1988 erigiu a pessoa humana como valor supremo do ordenamento jurídico. A escolha refletiu a prevalência da concepção humanista, que permeia todo o texto constitucional.

A dignidade da pessoa humana é o valor fundante do Estado brasileiro (art. 1º, III) e inspirador da atuação de todos os poderes do Estado e do agir de cada pessoa. Tal valor está presente, de modo expresso ou implícito, em todas as partes da Constituição.

(...)

Trata-se de um valor nuclear do ordenamento jurídico brasileiro. Não por acaso, está localizado no pórtico da Constituição, evidenciando desde logo o conteúdo axiológico que permeia.

Sendo assim, a dignidade da pessoa humana ainda se constitui em princípio, ao passo que merece observância refletida sobre o ordenamento jurídico. A ideia se fixa com o amparo das palavras de Luís Roberto Barroso, que em seu magistério explica:

O princípio da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independente da crença que se professe quanto à sua origem. A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência. O desrespeito a esse princípio terá sido um dos estigmas do século que se encerrou e a luta por sua afirmação um símbolo do novo tempo. Ele representa a superação da intolerância, da discriminação, da exclusão social, da violência, da incapacidade de aceitar o outro, o diferente, na plenitude de sua liberdade de ser, de pensar e criar. (BARROSO, 2002, p. 372)

De forma parcial se conclui que não existe propriamente um direito a dignidade, já que é um atributo inerente à pessoa, sendo parte indissociável e, por isso, é ponto de defesa o direito ao respeito, promoção e garantia da dignidade da pessoa humana, merecendo, ademais, observação do não retrocesso do ordenamento jurídico nesse sentido.

Feita esta breve digressão, a pretensão agora é apontar o direito de moradia sobre o arquétipo aqui formado a respeito da dignidade da dignidade da pessoa humana, uma vez que

a moradia representa um elemento básico para a vida.

Sob o espreque de que as pessoas precisam de um abrigo físico para repouso, convívio com os demais, alimentação e armazenamento e guarda daquilo que, por ventura, acumulam durante sua vivência, a moradia transpassa ao conceito de propriedade – enfrentado mais a frente – e figurasse em um local onde aninha-se a paz e a segurança da pessoa humana.

Então, falar de moradia é observar uma condição não só econômica, mas psicologicamente imbricada com o desenvolvimento do ser humano, abrangendo o aspecto da formação moral, tutela da saúde e sobretudo da organização social e fraterna da comunidade, e por isso:

[A] dignidade da pessoa humana como comando constitucional será observado quando os componentes de uma moradia adequada forem reconhecidos pelo Poder Público e pelos agentes privados, responsáveis pela execução de programas e projetos de habitação e interesse social, como elementos necessários à satisfação do direito à moradia. (SAULE JÚNIOR, 1997, p. 84).

Apresentado o direito social à moradia sob o viés de direito fundamental e correlacionado com a dignidade da pessoa humana, fica certa a ideia de sua importância e necessidade para os indivíduos. E sob tal substrato, passa-se a analisar a figura da propriedade, para depois compará-la com a posse.

### **3. O DIREITO DE PROPRIEDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Em que pese a posse ser um instituto aparentemente anterior à propriedade, por uma questão técnica figura-se mais apropriado apresentar a propriedade antes de seu estudo.

A propriedade é um direito real, como dispõe o art. 1.228 do Código Civil:

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

Historicamente, a propriedade é um dos grandes estandartes defendidos pelas pessoas, principalmente em tempos de governos absolutistas e totalitários, nesse passo, infelizmente, não são poucos os casos registrados de que o Estado intervém na propriedade dos indivíduos, retirando destes os seus bens muitas vezes por motivos pífios.

Neste sentido, o direito à propriedade veio ao lado da liberdade, simbolizado na alforria das pessoas diante dos poderes do Estado e na valorização, de certo modo, das conquistas individuais decorrentes da produção de riquezas. Cabe ressaltar que o capitalismo defende um direito absoluto à propriedade, supervalorizando a quantidade de riqueza das pessoas, em detrimento da própria condição humana, por vezes. Já no âmbito do socialismo, a propriedade não figura-se tão importante, ao passo que a luta é empregada na distribuição mais igualitária das riquezas e na valorização do trabalho das pessoas, dando menor

importância ao viés da retenção de riqueza, a propriedade passa a ser uma questão, por assim dizer, de necessidade.

Impossível, no entanto, é conciliar ideais tão antagônicos como o do capitalismo e do socialismo, muito embora em um mundo globalizado e em países de um chamado capitalismo avançado, é imperiosa a coexistência do que ambos defendem. Por isso, sem objurgar um ou outro, a Constituição Federal de 1988 trouxe, no art. 5º *caput* e inc. XXII, a propriedade como um direito fundamental e impingiu-lhe a função social, pelo que se busca um ponto de equilíbrio entre o absolutismo do direito individual e aquilo que se pode dele retirar ou nele acrescer para preservar a coexistência das pessoas e o bem comum, em outras palavras, o direito à propriedade sujeita-se aos objetivos da República Federativa do Brasil de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, nos termos do art. 3º da Carta Política.

Neste sentido, a Constituição Federal de 1988 imbuiu a função social como uma espécie de dever da propriedade, relativizando o referido direito em contraponto com o interesse público:

A preponderância do interesse público sobre o privado se manifesta em todos os setores do direito, influenciando decisivamente na formação do perfil atual do direito de propriedade, que deixou de apresentar as características de direito absoluto e ilimitado para transformar-se em um direito de finalidade social. Basta lembrar que a atual Constituição Federal dispõe que a propriedade atenderá sua função social (art. 5º, XXIII). (GONÇALVES, 2016, p. 22)

Propositadamente, colaciona-se somente agora o §1º do art. 1.228 do Código Civil, com o intuito de complementar a compreensão do direito de propriedade:

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

Desta forma, para o pleno direito propriedade ser garantido, a função social figura em uma condição necessária, que quando ausente, autoriza ao Estado, sempre em nome do interesse público, tomar medidas de intervenção tais como a desapropriação, o tombamento e a servidão administrativa, por exemplo. Como não são objeto deste estudo as limitações, mas tão somente falar a respeito da propriedade e sua função social, tais institutos não serão abordados.

Sendo assim, a Constituição Federal cuida não somente de expor em seu texto garantias, mas também finalidades para o direito de propriedade, e, sob esse aspecto, o todo

constitucional volta-se a buscar o interesse público, que, conforme Celso Antonio Bandeira de Mello (2004, p. 52), é resultado de uma expressão conjunta que os indivíduos têm enquanto membros da sociedade e também pelo fato de simplesmente o serem, sendo esse interesse justificável a medida que torna-se veículo de realização daqueles que o integram e dos que o integrarão futuramente, tido então como interesse primário.

Ao que parcialmente se conclui, o direito de propriedade quando esta é despida da sua função social, torna-se em um direito vazio já que serve somente à especulação e amontoamento de bens imóveis pelo proprietário. O cerne da questão é que todo ser humano tem direito, enquanto igual, a um espaço onde possa viver, trabalhar e contribuir de forma harmoniosa com o ambiente e com os outros, para só então essa propriedade atingir a função social.

Vale a saudosa lição de Teori Zavascki:

Há de se entender o princípio que diz respeito à utilização dos bens, e não à sua titularidade jurídica, a significar que a sua força normativa ocorre independente da específica consideração de quem detenha o título jurídico de proprietário. Os bens, no seu sentido mais amplo, as propriedades, genericamente consideradas, é que estão submetidas a uma destinação social, e não o direito de propriedade em si mesmo. Bens, propriedades são fenômenos da realidade. Direito – e, portanto, direito da propriedade – é fenômeno do mundo dos pensamentos. Utilizar bens, ou não utilizá-los, dar-lhes ou não uma destinação que atenda aos interesses sociais, representa atuar no plano real, e não no campo puramente jurídico. A função social da propriedade (que seria melhor entendida no plural, 'função social das propriedades'), realiza-se ou não, mediante atos concretos, de parte de quem efetivamente tem a disponibilidade física dos bens, ou seja, do possuidor, assim considerado no mais amplo sentido, seja ele titular do direito de propriedade ou não, seja ele detentor ou não de título jurídico a justificar sua posse. (apud MARTINS COSTA, 2002, p. 844)

Do que até agora se advogou aqui, há de se coadunar o direito à propriedade e a função social que o reveste com os preceitos da dignidade da pessoa humana e o direito social à moradia, pelo que, a seguir será brevemente exposta a posse.

#### **4. A POSSE ENQUANTO MEIO DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO À MORADIA**

A posse aparece no ordenamento jurídico pátrio traduzida no art. 1.196 do Código Civil:

Art. 1.196. Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.

O que importa ao presente estudo, é analisar a posse enquanto detenção do bem imóvel impingindo-lhe a utilidade – função social – de moradia própria, que sob o aspecto de direito fundamental e da dignidade da pessoa humana, pressupõe, portanto, a inexistência de outra propriedade, bem como um exercício de direito de posse sobre um único imóvel.

A posse, encontra conceito doutrinário, conforme a pretensão do aqui escreve-se, nas palavras de Joel Dias Filgueira Júnior:

Não é o exercício de poder, mas sim o poder propriamente dito que tem o titular da relação fática sobre um determinado bem, caracterizando-se tanto pelo exercício como pela possibilidade de exercício. Ela é a disponibilidade e não a disposição; é a relação potestativa e não necessariamente, o efetivo exercício. O titular da posse tem o interesse potencial de conservá-la e protege-la de qualquer tipo de moléstia que porventura venha a ser praticada por outrem, mantendo consigo o bem numa relação de normalidade capaz de atingir a sua efetiva função socioeconômica. Os atos de exercício de poderes do possuidor são meramente facultativos – com eles não se adquire nem se perde a senhoria de fato, que nasce e subsiste independentemente desses atos. Assim, a adequada concepção sobre o poder fático não pode restringir-se às hipóteses do exercício deste mesmo poder. (*apud* GONÇALVES, 2016, p. 62)

Ao que compete citar, o próprio ordenamento jurídico privado é voltado à defesa do direito da posse como instrumento concretizador da função social, quando observados os arts. 1239 e 1240 do Código Civil:

Art. 1.239. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como sua, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra em zona rural não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

Art. 1.240. Aquele que possuir, como sua, área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

Tanto para a política urbana como para a política rural de utilização do solo, verifica-se a função social como um objetivo maior do que a própria posse e a propriedade, desta forma não é errado afirmar que o Brasil adotou a teoria de Raymond Saleilles, que relativiza a propriedade em face do direito de posse que é exercido com finalidade econômica e social (GONÇALVES, 2016, p. 59).

De modo geral, a função social da posse pode ser dita como uma condição sem a qual para a análise que aqui pretende-se fazer e, por isso, cabe trazer o enunciado 492 aprovado na V Jornada de Direito Civil de 2011:

A posse constitui direito autônomo em relação à propriedade e deve expressar o aproveitamento dos bens para o alcance de interesses existenciais, econômicos e sociais merecedores de tutela.

Por fim, a respeito da posse, de um modo geral, como bem expressa Carlos Roberto Gonçalves (2016, p. 76-77), a sua natureza jurídica não classifica-se junto aos direitos reais, tampouco pode ser considerada como um direito pessoal, porquanto é tida como um instituto jurídico *sui generis* já que regulada no ordenamento como uma situação de fato, que pode inclusive ser pedida sem intervenção de outros, no caso de abandono.

Deixadas estas impressões, e tornando ao direito de moradia, a posse aparece com

um importante instrumento de sua concretização, em princípio, pouco importando o modo como se deu, se justa ou injusta, mas sendo imprescindível a boa-fé, que traduz-se, para este estudo, no *animus* de aproveitar do indivíduo em utilizar o bem para sua morada.

Ultrapassado este tópico, a seguir será proposto o questionamento da posse do bem público diante do Estado.

## **5. A POSSE DOS BENS PÚBLICOS**

De início, já se pode afirmar que a construção acima a respeito da posse encontra óbice no que diz respeito à conduta de usucapir bens públicos, ou seja, parte-se da premissa que pouco importa o tempo em que o indivíduo detenha a posse, jamais será proprietário do que pertence ao Estado.

Sendo os bens públicos revestidos de impenhorabilidade e imprescritibilidade, pelo que tais prerrogativas visam à proteção do patrimônio e do interesse público contra atos particulares que invistam contra eles, assim também não podem ser objeto de usucapião nos termos dos arts. 183, § 3º e 191, parágrafo único da Constituição Federal de 1988. Essa inviabilidade de usucapião que foi propositadamente inserida no texto constitucional, justamente nas partes que tratam das políticas urbanas e agrícolas de ocupação do solo, no mesmo título que abrange a ordem econômica e financeira, não por acaso, revelam a necessidade função social dos bem públicos.

Por óbvio que diante de um bem de uso comum do povo, tal como uma rua ou uma praça, fica fácil de perceber que há uma finalidade atribuída ao bem público e da mesma forma ocorre com os bens de uso especial, pois já afetados. Todavia, a questão é interessante quando se está diante de áreas consideradas institucionais e também aqueles terrenos que, embora sejam de posse do Estado, mais frequentemente dos municípios, ainda não têm utilização e por vezes estão abandonados. Ora, a inviabilidade de usucapião ainda que parece uma medida que deixa a Administração Pública um tanto quanto a vontade para, quando bem entender, não exime-a de buscar de forma efetiva a realização do interesse público. E, ao contrário que parece, muitas vezes essa proteção aos bens públicos serve para evitar a diminuição do poder do Estado e do patrimônio público diante de omissões propositais e de atitudes lesivas ao erário, tais como sugestões políticas que sejam os imóveis públicos ocupados ou então negociatas de bens públicos com fins eleitoreiros.

De uma forma outra, o Estado é responsável pelo uso e ocupação do solo, bem como por realizar políticas públicas destinadas à promoção social de moradias e de erradicação de condições indignas de vida.

Nessa senda, ocupa lugar de destaque o papel dos municípios, seja em decorrência do ordenamento jurídico, seja pela percepção fática de que o governo municipal tem muito mais contato com as pessoas do que as outras esferas governamentais.

Do ponto de vista constitucional, o art. 30, inciso VIII, traz que compete aos Municípios "promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano". Então sendo o Ente Político incumbido dessa tarefa, já há farta jurisprudência no sentido de que havendo sua omissão, o Poder Judiciário pode compeli-lo a cumprir seu dever constitucional (AgInt no REsp 1338246/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/03/2017, DJe 20/04/2017).

Já do ponto de vista prático e considerando que o município detém o a competência para legislar no interesse local, ficam as regras de infraestrutura, saneamento, espaçamento de ruas, enfim a legislação adequada ocupação do solo, são todas de sua responsabilidade a criação e, portanto, a fiscalização.

Outro diploma legal que não se pode menosprezar quando se trata deste assunto é o Estatuto da Cidades (Lei nº 10.257/2001), que traz as diretrizes para o planejamento e a consecução de políticas urbanas para "o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana", como destaca-se do seu art. 2º.

Assim, diante da ocupação desordenada e que muitas vezes se dá sobre bens públicos municipais, o traço marcante é a omissão do Estado de seu dever de organizar e promover o desenvolvimento urbano e a flagrante necessidade das pessoas que ter realizado seu direito de moradia.

Conforme será exposto, não caberia ao município exercer contra as pessoas o seu direito de reaver a posse dos imóveis sem contraprestar outro local de moradia ou uma justa indenização à pessoa por conta de afetar-lhe parcela de sua dignidade – ponto que será deixado para análise conclusiva deste trabalho.

Por ora, cabe ressaltar que uma das obrigações dos municípios – entendido federalismo de terceiro grau que ganhou força com a Constituição de 1988 –, é a regularização fundiária, que tinha até conceituação nos termos da Lei nº 11.977/2009 em seu art. 46, que foi revogado pela Medida Provisória nº 759 de 22/12/2016, e assim dispunha:

A regularização fundiária consiste no conjunto de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais que visam à regularização de assentamentos irregulares e à titulação de seus ocupantes, de modo a garantir o direito social à moradia, o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A regularização fundiária, nas palavras de Carvalho Filho (2008, p. 144), "é o processo através do qual se estabelece um legítimo vínculo jurídico entre um bem imóvel e o respectivo titular do direito de propriedade ou de outro direito real". Ou seja, é uma forma de legitimar uma situação jurídica irregular de um indivíduo que, por algum motivo, ocupa de forma irregular um imóvel e nele edificou sua moradia, dando-lhe um mínimo de garantia e de segurança jurídica de que não se verá, por qualquer motivo, posto na rua e sem um teto para se abrigar.

Partindo da premissa da regularização fundiária e de que a ocupação de bens públicos pelas pessoas, para o fim de moradia, decorre diretamente da omissão estatal, a tomada à força desses imóveis é patente arbitrariedade, donde seria defensável por mandado de segurança, inclusive.

Nota-se que uma interpretação sistemática da Constituição Federal de 1988 leva à conclusão que quis o constituinte colocar os direitos fundamentais (arts. 1º a 17) em momento anterior aos direitos e à organização do Estado que começam a ser tratados do art. 18 em diante. Nesta esteira de pensamento, bem como valendo-se de uma interpretação finalística, é de fácil conclusão que é mais importante garantir às pessoas os seus direitos fundamentais e o interesse público, do que garantir interesses do Estado.

Cabe um adendo, para explicar que interesse público é diferente de interesse do Estado, pois enquanto aquele visa o bem comum, este visa interesses de ordem secundária, meramente patrimoniais, instrumentais e organizacionais. Assim, os interesses públicos são intimamente ligados com o que quer e precisa o povo, ou seja, voltam-se à manutenção e realização dos direitos e garantias fundamentais e por isso, são efetivamente maiores e de mais peso diante dos interesses do Estado.

Portanto, diante da catastrófica situação de ocupação de um bem público para a moradia, que (i) imprime a omissão do Estado em seu dever "promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano" (art. 30, VIII da CF); (ii) a ineficácia na realização da educação "visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho" (art. 205 da CF) e o consequente descumprimento do princípio-meta "busca do pleno emprego" (art. 170, VIII da CF); verifica-se sua falha para com o indivíduo e já seria justo retirar-lhe mais ainda do que não tem, sem lhe devolver pelo menos um pouco para que possa reconstruir sua vida.

Este seria o verdadeiro sentido de promover em favor daqueles que ocupam bens públicos para sua moradia, dando então um pouco mais de segurança jurídica, a

regulamentação da posse, fornecendo um justo título, averbando na matrícula do imóvel público as benfeitorias necessárias que foram sobre ele realizadas e conferindo em favor do particular o direito de usar e de, quando for possível melhorar de vida, dispor da posse do bem em questão.

A proposta da regularização da posse de imóveis públicos poderia se dar mediante a formalização de uma lei que trouxesse critérios objetivos, tais como: (i) comprovação de que a pessoa não possui nenhum imóvel; (ii) baixa renda que não lhe possibilita o acesso a linhas de financiamento populares de moradia; e (iii) demonstração da posse por determinado período de tempo. Ou ainda, podem ser utilizadas as disposições trazidas pela MP nº 759/2016 no seu art. 22, embora deixe-se registrada a discordância com dispositivo legal imposto pelo Poder Executivo Federal.

Aproveitando para discordar da MP nº 759/2016, apenas coloca-se em xeque a sua constitucionalidade nos termos do art. 62 da CF/88, porquanto o ato do Presidente da República exija relevância e urgência como atributos e também porque não foi convertida em lei pelo Congresso Nacional até a presente data. Por todo o aduzido, não há como defender que a matéria é urgente, uma vez que o Poder Público teve mais do que tempo para poder debater e pôr em votação a matéria com o respeito e importância que merece, seguindo o rito normal de tramitação por projeto de lei. Dispensado o questionamento das atuais decisões políticas do País, deveras instáveis, o problema persiste e falar sobre isto desvirtuaria a presente obra.

Por óbvio que a regularização da posse encontraria muitas críticas e diversos posicionamentos contrários, principalmente no que diz respeito a um possível fomento de práticas negociais sobre bens públicos que teriam a finalidade de promover uma política social de moradia ou que a regularização da posse dos bens públicos seria objeto de enriquecimento ilícito às custas do Estado, ou ainda que a medida seria uma espécie de lobby para obter vantagens das mais diversas através desta medida.

De outro lado é quase que incontestável, que a regularização da posse é uma medida que pode se dar na esfera administrativa, que vai ao encontro da realização de políticas sensatas e mais econômicas de ocupação do espaço urbano e desenvolvimento da cidade sob o aspecto social, sendo mais eficaz, à primeira vista, do que ter de construir moradias ou então indenizar as pessoas para realizar sua retirada do bem público. Desta forma o bem público encontra função social na realização da moradia e os recursos públicos são preservados para a utilização otimizada em outras áreas do interesse público.

## 6. CONCLUSÕES

Não há como compreender a questão da propriedade e da posse deixando de lado a função social, visto que se tornou um importante atributo para o exercício desses direitos em consonância com o atual ordenamento jurídico.

O Brasil, passa por um grave problema na questão da moradia, de modo que as ações governamentais não são suficientes para garantir este direito fundamental às pessoas, sendo, portanto, necessário repensar de fora eficaz os modos de organização e ocupação dos espaços urbanos, que devido à expansão populacional têm se tornado cada vez mais escassos. Da mesma forma, não é raro se deparar com notícias de ocupações irregulares de espaços públicos para o fim de moradia, ato realizado, na maioria das vezes, por aqueles que não possuem condições financeiras de ingressar nas linhas de financiamento oferecidas para a aquisição do imóvel próprio e também não conseguem pagar aluguéis a fim de constituir sua moradia de forma digna. A invasão de bens públicos para moradia, sob este aspecto, representa a *ultima ratio* das pessoas e, por isso, a *ultima ratio* do Estado tem de ser a retirada forçada destes indivíduos, preservando valores maiores, tais como a dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, diante da proteção patrimonial fundamentada de forma vazia numa simples reintegração da posse, sem fornecer condições aos desabrigados ou qualquer indenização pela ofensa aos seus direitos mínimos.

Partindo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, encontra-se o seu artigo 25, que dispõe:

Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

No texto constitucional, a moradia ganha status de direito social, e como afirma Liana Portilho Mattos (apud CARVALHO FILHO, 2008, p. 153) "não há remota possibilidade de satisfação do direito à vida digna sem a garantia da moradia - também digna".

Acerca disso, cabem as palavras de Alarcón (2014, p. 380-381), a respeito da dignidade da pessoa humana que é um atributo:

tão somente do indivíduo da espécie humana, transformador e consciente da realidade, com plena percepção do tempo, é dizer, das noções de passado, presente e futuro, pode-se cobrar responsabilidade, posto que é o único que converte natureza em cultura, distinguindo entre o bom e o ruim, o aceitável e o inaceitável, o razoável e o absurdo. Nela, na pessoa, se conjugam a razão e a liberdade, da qual emana a presunção de atuação responsável.

O Estatuto das cidades, dispondo das diretrizes básicas para o alcance pleno de uma

cidade mais adequada, desenvolvida e sustentável, onde seja possível e viável a convivência humana, coloca em destaque a promoção da regularização fundiária e a promoção da função social da propriedade, de modo que já não cabe mais falar em um ambiente que não forneça aos indivíduos condições mínimas e, portanto, a manutenção de direitos sociais. Em outras palavras, a cidade sustentável:

É aquela apropriada a fornecer a seus habitantes as condições mínimas de bem-estar, segurança, vida saudável, etc. Onde o direito à moradia ocupa posição de destaque, na qualidade de coluna cervical da política urbana, merecendo cuidados e dedicação especiais e especializados, uma vez que a moradia não pode ser inapropriada, ou seja, sem esgoto, água, luz, etc. Pelo contrário, deve reunir toda a condição de infraestrutura urbana: do saneamento básico ao transporte público de qualidade, com acesso à cultura, lazer, trabalho, e demais serviços públicos, como educação, saúde, etc. Isso para preservar as presentes e futuras gerações (inciso I do art. 2º). (OLIVEIRA, 2002, p. 22)

Encarando o direito social à moradia como um direito fundamental que é, há que se relevar os interesses públicos em contradição com a sua realização. Em outras palavras, o Estado tem o dever de ceder em favor das pessoas a fim de garantir-lhes que não seja retirada a parcela de dignidade referente à moradia.

Com esta convicção, o exercício da posse sobre imóveis público para o justo e único fim de garantir a moradia para as pessoas, merece regulamentação eficiente, predispondo o instituto para o alcance pleno da função social e para a realização de um direito fundamental, cercado ainda de um mínimo de garantia e de segurança jurídica capazes de acalantar o indivíduo e passar-lhe a certeza que o teto abaixo do qual repousa não lhe será retirado.

Ressalta-se que a discussão a respeito da realização de certos direitos, como o de moradia, por exigirem, muitas vezes, prestações positivas do Estado, encontram barreiras no aspecto econômico já que o orçamento público nem sempre é suficiente a cobrir todas as facetas do bem comum e, neste sentido, a regularização da posse aparece como uma alternativa eficiente ao não demandar retirada de recursos públicos do Estado e, ao não transferir ao particular a posse, não diminui o rol patrimonial público. No mesmo passo, o bem público afetado para a moradia das pessoas, garante-lhes ainda a extensão da impenhorabilidade e da imprescritibilidade, surgindo então uma forte sensação de que enfim é realizado o direito à moradia digna.

Entende-se apresentada a importância da moradia e da regularização do exercício da posse sobre imóveis públicos com um instrumento de efetivação, então é de se encerrar este artigo com as palavras de Alarcón (2014, p. 361), a dignidade “faz com que o ser humano seja merecedor do tratamento devido, adequado e não de qualquer tratamento. A dignidade coloca-nos, (...) na posição de credores, se falamos da nossa dignidade e de devedores, se falamos da

dignidade do outro”. Ao Estado, não cabe, portanto, tratar as pessoas como coisas ou objetos, todavia, cabe reconhecer no menor dos indivíduos que possa parecer, o maior sopro de vida e de capacidade de mudança, garantindo-lhe que as forças não vão lhe faltar para que possa alcançar voos até a sua plena autorrealização, ainda que isso signifique em dado momento o simples ato de conferir a posse documentada e segura de um imóvel público para sua moradia.

## REFERÊNCIAS

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Ciência política, estado e direito público**. 2ª Ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2014.

ARAUJO, Luiz Alberto David. NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. rev. e atual. até a EC 90 de 15 de setembro de 2015. São Paulo: Editora Verbatim, 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Senado Federal.

\_\_\_\_\_. Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979. **Dispõe sobre o Parcelamento do Solo Urbano e dá outras Providências**. Publicada no DOU de 20.12.1979.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. **Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências**. Publicada no DOU de 11.07.2001 e retificada em 17.7.2001.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Publicada no DOU de 11.07.2001 e retificada em 11.1.2002.

\_\_\_\_\_. Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009. **Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas; altera o Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, as Leis nºs 4.380, de 21 de agosto de 1964, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 10.257, de 10 de julho de 2001, e a Medida Provisória nº 2.197-43, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências**. Publicada no DOU de 8.7.2009.

\_\_\_\_\_. Medida Provisória nº 759, de 22 de dezembro de 2016. **Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal, institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União, e dá outras providências**. Publicada no DOU de 23.12.2016.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. *Direito e Democracia*, Canoas, v. 3, n.2, 2º sem. de 2002, p. 372

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Regularização Fundiária: Direito Fundamental na Política Urbana**. *Revista de Direito Administrativo*, nº 247, Atlas, jan./abr. 2008.

CENSO DEMOGRÁFICO 2010. **Aglomerados subnormais: primeiros resultados**. Rio de Janeiro: IBGE, 2011. Acompanha 1 CD-ROM. Disponível em: <[http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/aglomerados\\_](http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/aglomerados_)>. Acesso em: 22.jun. 2016.

FACHIN, Zulmar. **Teoria geral do direito constitucional**. Londrina: Universidade Estadual de Londrina, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das coisas, volume 5**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Administração pública: centralizada e descentralizada**. Tomo II. 10.ed. Rio de Janeiro: HP Comunicação, 2009.

MARTINS COSTA, Judith. **A reconstrução do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris, 1948. Disponível em: < <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf> > Acesso em: 06 jun. 2016.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Comentários ao Estatuto da Cidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10.ed.rev.atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

\_\_\_\_\_. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos na perspectiva constitucional**. 12.ed.rev.atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional positivo**. 38. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

SAULE JÚNIOR, Nelson. **Novas perspectivas do direito urbanístico brasileiro. Ordenamento constitucional da política urbana. Aplicação e eficácia do plano diretor**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. **Direitos humanos: liberdades públicas e cidadania**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

# ERA VIRTUAL: IMPACTOS E REPERCUSSÕES NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Victoria Cássia MOZANER<sup>1</sup>  
Daniela Ramos Marinho GOMES<sup>2</sup>

## RESUMO

A incorporação cada vez mais crescente das Tecnologias da Informação e Comunicação - TICs - revolucionaram de forma expressiva o modo de ser e de se organizar da sociedade como um todo. Neste contexto, ampliou-se, de forma decisiva a possibilidade de construção de novas teias de relações entre indivíduos e grupos situados em diferentes espaços geográficos. Neste contexto, o presente trabalho tem por objetivo desvendar as nuances provocadas pelo Capitalismo na Era Virtual, no que diz respeito às transformações, benefícios e vantagens provocadas por esta nova fase do capitalismo na Era Moderna, pautando-se, nos impactos e repercussões provocados nas relações sociais. Constata-se, inicialmente que o desenvolvimento das relações digitais modificou radicalmente os paradigmas tradicionais sobre os quais a sociedade se encontrava organizada, antes pautada essencialmente em “relações entre presentes”, para um contexto no qual é possível emitir e receber mensagens advindas de diferentes partes do planeta. Posteriormente, constata-se que a expansão das TICs possibilitou a formação de inúmeras redes sociais, formadas pela união de indivíduos e grupos que passam a estabelecer relações em torno de objetivos comuns, ao mesmo tempo em que tem seu comportamento influenciado em face da estrutura que as regem, bem como facilitou a expansão do e-commerce. Todavia, ao passo em que trouxeram inúmeros benefícios, o influxo de novas tecnologias também propiciou distorções praticadas, com violações a inúmeros direitos, dentre os quais os cyberbullyng (uso de ferramentas digitais com o intuito de violar os direitos fundamentais assegurado todo ser humano), tornando indispensável a proteção da adesão contratual como instrumento de paz nas relações sociais.

**PALAVRA-CHAVE:** Palavras-chaves: Redes sociais. Cyberbullyng. Paz nas relações sociais. E-commerce.

## ABSTRACT

The growing incorporation of Information and Communication Technologies (ICTs) has revolutionized the way of being and organization of society as a whole. In this context, the possibility of constructing new webs of relationships between individuals and groups located in different geographic spaces has been decisively expanded. In this context, the objective of this paper is to unveil the nuances provoked by Capitalism in the Virtual Era, with respect to the transformations, benefits and advantages provoked by this new phase of capitalism in the Modern Era, based on the impacts and repercussions provoked in the social relationships. It is first noticed that the development of digital relations radically changed the traditional paradigms on which society was organized, but was essentially based on "relations between present ones", in a context in which it is possible to send and receive messages from different

- 
- 1 Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes Soares da Rocha, pesquisadora de Direito Digital com enfoque na privacidade do usuário.
  - 2 Possui graduação em Direito pela Fundação de Ensino Eurípedes Soares da Rocha - UNIVEM (2005), pós-graduação lato sensu em Direito Empresarial com ênfase em Tributário pela Universidade Estadual de Londrina - UEL e mestrado em "Direito Negocial" pela Universidade Estadual de Londrina - UEL. Atualmente é professora da graduação do Centro Universitário Eurípedes de Marília-UNIVEM, lecionando a disciplina de Direito Econômico e Economia Aplicada. Atua como advogada na área de Direito Tributário e Econômico.

parties Of the planet. Subsequently, it can be seen that the expansion of ICT has enabled the formation of countless social networks, formed by the union of individuals and groups that begin to establish relations around common goals, while at the same time having its behavior influenced in the face of the structure that As well as facilitated the expansion of e-commerce. However, while they have brought many benefits, the influx of new technologies has also created distortions, with violations of many rights, including cyberbullyng (use of digital tools to violate the fundamental rights of every human being), Making it essential to protect contractual adherence as an instrument of peace in social relations

**KEY-WORDS:** Social networks. Cyberbullyng. Peace in social relations. E-commerce.

## INTRODUÇÃO

O capitalismo na sua moderna “roupagem” tem sofrido o influxo cada vez mais significativo da apropriação das Tecnologias da Informação e Comunicação – TICs – nos mais diversos campos de atuação humana, revolucionando de forma significativa o modo de ser e a forma de organização de toda a sociedade.

Sendo assim, ao passo em que a sociedade passou a dispor de novas formas para a comercialização de seus bens e serviços o capitalismo foi se desenvolvendo, trazendo consigo inúmeras vantagens, bem como desvantagens na medida em que também representou a exclusão daqueles que não se adaptaram ao novo sistema.

Deste modo, com o advento de tecnologias, sobretudo, o crescente uso da Internet o capitalismo passa a dispor de transformações essenciais que acabaram revolucionando os paradigmas tradicionais baseados em relações entre “presentes” para relações virtuais entre indivíduos e organizações situados em diferentes partes do mundo.

Ao lado de tais vantagens, cabe salientar que esta nova fase do capitalismo traz consigo aspectos que não podem deixar de ser evidenciados como a questão da alienação, o apelo exagerado ao consumo, o apego demasiado à rede, que passa a se tornar algo indissociável do estilo de vida, bem como o uso das mídias existentes para a prática de inúmeros delitos, que se constituem em violação aos direitos fundamentais da pessoa humana – os chamados cyberbullyng, tornando indispensável a defesa em torno de uma maior proteção à adesão contratual como forma de manter a paz nas redes sociais e assegurar que toda a sociedade venha dispor de maior segurança e confiabilidade nas relações e negócios travadas por meio do uso das TICs .

Estruturado em três diferentes capítulos, aborda ao longo do primeiro capítulo as transformações operadas pelo influxo de forças advindas das Tecnologias da Informação e da Comunicação nas relações sociais.

O segundo capítulo destaca a influência gerada pela Internet na economia e o favorecimento da expansão do e-commerce em todo país, valendo-se, das facilidades advindas da rede.

O Terceiro capítulo analisar a regulamentação do e-commerce na Internet com base no Marco Civil da Internet e nas disposições presentes no Código de Defesa do Consumidor.

Ao final, apresenta-se, as conclusões finais, com base nos principais argumentos debatidos e discutidos ao longo de todo o trabalho.

## **1. O SISTEMA CAPITALISTA E O INFLUXO DE FORÇAS ADVINDOS DAS TECNOLOGIAS DA INFORMAÇÃO E DA COMUNICAÇÃO**

### **1.1 Capitalismo e relações sociais**

Inegável a interferência das forças provindas do capitalismo nas relações sociais ao longo da história da humanidade, condição que tem se tornado cada vez mais evidente com a priorização do “ter” em detrimento do “ser”.

Uma explosão do consumo surge como modo ativo de relação das pessoas com os objetos, com a coletividade e com o mundo, servindo de base ao nosso sistema cultural. Os objetos não estão mais relacionados exclusivamente à sua utilidade, mas ao prestígio simbolizado por sua posse (ORTIGOZA; CORTEZ, 2009, p. 7).

É possível então, compreender que o sistema cultural ao longo da história vem se consolidando a partir de relações sociais, nas quais o comportamento ativo do ser humano em relação aos objetos existentes não diz respeito somente à utilidade ou necessidade, mas ao status conferido em face de possui-lo.

Neste contexto, as pessoas na atualidade passam a adquirir um bem não tão somente em razão da utilidade que este lhe proporciona, tendo por motivo de escolha preponderante no mais das vezes, o prestígio social que por exemplo, a posse de um veículo de tal marca e modelo proporciona aos olhos do meio social.

De tal forma, conforme as proposições de Eagleton (1976, p. 17) as relações sociais entre os homens estão ligadas ao modo como eles produzem a sua vida material.

Ou seja, em torno das condições materiais é que são construídas e reproduzidas uma gama de relações que vão marcando a identidade e valor do ser humano no meio social em que vive, ao mesmo tempo em que podem resultar na exclusão e desvalor do sujeito ao passo em que não consegue fazer parte do sistema.

Daí decorre a crítica proposta por Marx ao passo em que o capitalismo está assentado em um conjunto de forças, cujas ideais e valores e sentimentos nem sempre são bem

compreendidos ou apresentam-se, disfarçados de estratégias mercadológicas que somente visam a realimentação do próprio sistema, transformando o ser humano em um mero objeto.

A crítica marxista faz parte de um corpo mais amplo de análise teórica que tem por objetivo a compreensão das ideologias – as ideias, valores e sentimentos através dos quais os homens tomam consciência, em diversas épocas, da sociedade em que vivem. Compreender as ideologias é compreender tanto o passado como o presente com mais profundidade; e essa compreensão contribui para a nossa libertação (EAGLETON, 1976, p. 10).

A partir destas proposições, nota-se, que somente se torna possível libertar o indivíduo das amarras do Capitalismo desmedido na medida em que este passe a compreender que há implicitamente a difusão de ideias, valores e sentimentos que o impulsiona a consumir, fortalecendo demandas de consumo que passam a ocupar espaço como condição social para a inclusão do sujeito.

Tais ideologias implantadas desde o passado, na atualidade tem sido capaz por gerar a então denominada sociedade de consumo, levando a uma dependência psicológica que somente se satisfaz quando atendida as necessidades imediatas de consumo.

Nota-se, que há a intensificação cada vez maior e decisiva de uma infraestrutura econômica, voltada à maximização das forças do capital, sem no entanto, se importar com aqueles que não conseguem se encaixar nos padrões predominantes.

Certas forças produtivas – por exemplo, a organização do trabalho na Idade Média – implicam as relações sociais entre servo e senhor que conhecemos como feudalismo. Numa fase posterior, o desenvolvimento de novos métodos de organização da produção baseia-se num conjunto diferente das relações sociais – desta vez, entre a classe capitalista, que é proprietária desses meios de produção - e a classe proletária, cuja força de trabalho o capitalista compra na mira do lucro. No seu conjunto, estas forças e relações de produção formam aquilo a que Marx chama de estrutura econômica da sociedade ou o que o marxismo conhece mais vulgarmente como base ou infraestrutura econômica (EAGLETON, 1976, p. 17).

Defende-se, conseqüentemente, que com o influxo de forças advindos da expansão dos diferentes canais de acesso à Internet é possível sustentar que o capitalismo tem experimentado sua fase mais avassaladora, na medida em que tem se valido de diferentes meios para a expansão das necessidades de consumo e acumulação de capital, sobretudo, por parte das grandes empresas.

Nas duas últimas décadas consolida-se uma nova economia, informacional e global. O conteúdo informacional é a principal característica porque nessa economia a produtividade e a competitividade das unidades produtivas dependem basicamente da capacidade de criar, processar e aproveitar com eficiência a informação gerada. Essa informação passa a estar abalizada em conhecimentos sistemáticos que representam ganho de produtividade. Além de sua característica informacional, existe outro componente central, seu alcance, que passa a ser global. Ser global quer dizer que as principais atividades produtivas estão organizadas em escala global. Ser global significa estar diretamente ligada a uma rede planetária de conexões que liga diversos agentes econômicos. Nessa dinâmica, a própria produtividade e também a concorrência respeitam a lógica de interação de uma rede geográfica global

(ORTIGOZA, 2009, p. 11-12).

Fala-se, em uma economia informacional e global ao passo em que se torna inegável a disseminação a nível mundial de padrões de consumo, que buscam assegurar a continuidade do sistema produtivo, fazendo com que a economia, sobretudo, dos países mais avançados possa crescer ao passo em que países como os Estados Unidos procuram exportar diversos produtos para diferentes países, assegurando um domínio americano.

Por sua vez, empresas americanas não concentram suas unidades fabris somente em solo americano, buscando oportunidades de crescimento em mercados onde os custos, sobretudo, de mão de obra são menores.

Neste cenário, a introdução cada vez mais crescente das Tecnologias da Comunicação e da Informação fez surgir um fenômeno que se consolida de forma mais expressiva, quer seja, o desenvolvimento das relações digitais, imprimindo uma nova lógica social pautada na produtividade e eficiência.

Foi por meio do aumento da produção que foram redefinidas a estrutura e a dinâmica do sistema econômico globalizado. A produtividade aumenta, mas por um novo nexos que permite sua permanente expansão. A tecnologia da informação, telecomunicações e serviços financeiros exercem papéis fundamentais nesse processo, alcançando em grande parte a atividade industrial, exigindo novas lógicas de circulação, de comércio e de serviços. O território não fica imune a essas novas lógicas produtivas; pelo contrário, sua reprodução torna-se sistemática dando sustentação às novas necessidades da produção (ORTIGOZA; CORTEZ, 2009, p. 16).

Evidencia-se, de tal modo que o sistema econômico globalizado almeja cada vez mais uma dinâmica perpetrada pela maximização da produtividade e lucratividade, fazendo uso para alcançar tal dinamismo dos diferentes recursos da tecnologia da informação e da comunicação, com vistas a promover novas lógicas de circulação, de comércio e de serviços que conduzam à redução dos custos e aumento da lucratividade.

Por outro lado, cabe destacar que se até determinado momento as relações eram realizadas de modo essencial “entre pessoas presentes”, na atualidade grande parte, senão, a quase totalidade das relações que vão se sucedendo ocorrem no campo do universo digital, entre pessoas situadas em diferentes espaços geográficos.

Ou seja, pessoas situadas em diferentes partes do planeta podem celebrar diferentes relações que notadamente envolvem a busca contínua de trocas, que dentre outros aspectos, remonta a construção de relações cada vez mais dinâmicas, inclusive, de consumo.

Conforme aponta Mattos (2013, p. 7), vive-se na Era Digital, caracterizada pela mudança radical dos paradigmas da comunicação, maior rapidez e agilidade na propagação da informação e pela facilidade com que o cidadão tem expressado suas opiniões e se

relacionado com seus semelhantes.

Toda esta agilidade, faz com que uma informação produzida em um determinado extremo do planeta seja transmitido de forma veloz para outro extremo, bem como possibilita a realização de operações financeiros e o envio de capitais de um país para outro em segundos.

Passa-se, então, a compreender que ao passo em que se aprofundou a acessibilidade aos diferentes recursos tecnológicos, mudou-se, de forma radical a forma pela qual os indivíduos se comunicaram, fazendo com que haja maior rapidez e agilidade na propagação da informação, donde se torna possível até mesmo falar na democratização do acesso à informação e novos saberes, o que leva a constatação de que a Revolução Digital foi a grande revolução que marcou o século XX.

A democratização da informação deve ser considerada um ponto favorável do capitalismo na era digital, na medida em que a informação deixa de ser domínio de poucos privilegiados, passando a estar amplamente acessível, sobretudo, com a expansão do acesso à Internet.

Ao mesmo tempo em que o cidadão comum passou a expressar com maior clareza e objetividade suas opiniões, deixando de figurar ao menos em parte como um simples figurante diante do sistema social e político dominante, em um contexto onde as pessoas têm se utilizado das mídias sociais para reclamar de produtos e serviços, dentre outros aspectos que podem ser salientados.

Ou seja, cada vez mais um número crescente de seres humanos tem se valido dos recursos tecnológicos existentes com vistas à expressarem suas opiniões, até mesmo desfavoráveis contra empresas e organizações que não respeitam seus direitos.

Mattos (2013, p. 7) ressalta que o desenvolvimento das relações digitais contribui para o compartilhamento de interesses e objetivos comuns, sejam eles de caráter afetivo ou profissional. Certo é que o desenvolvimento das relações digitais mudou e tende a mudar mais ainda a forma pelas quais indivíduos e organizações tem se comportado, possibilitando o estabelecimento de relações cada vez mais amplas e dinâmicas.

Há de tal modo, a união de consumidores ou de determinados indivíduos com vistas à proteção de interesses comuns, procurando promover uma consciência coletiva sobre a importância da união de pessoas, condição que tem chamado a atenção do empresariado em todo mundo.

O desenvolvimento das relações sociais propiciou ainda o acesso à informação pública e a sociedade civil passou a descobrir o “Estado”, que por sua vez, trabalhou a

emancipação social por meio de políticas públicas de acesso à informação como modo de implementar a cidadania (CELLA; ROVER; GOMES, 2015, p. 3).

Franco (2008, p. 10) destaca que o estudo da inteligência coletiva e da vida artificial, os progressos na computação baseada em inteligência distribuída ou na chamada *swarm intelligence*, a aplicação do instrumental das teorias dos sistemas dinâmicos aos sistemas de agentes compostos por seres humanos, a compreensão da emergência e da capacidade da sociedade humana de gerar ordem (*bottom up*) por meio da cooperação modificam o background e lançam novos pressupostos para as teorias sobre a sociedade.

Inegável, portanto, que o advento de todo o progresso tecnológico rompe com os paradigmas e modos tradicionais de se encarar a sociedade e a forma pela qual a mesma está organizada, marcando as relações digitais a existência de uma sociedade que se mostra cada vez mais ativa e participativa, inclusive, com a participação da comunidade jovem.

Neste sentido, o desenvolvimento cada vez mais intensivo de relações digitais, tem pugnado para a promoção da inclusão digital, fazendo com que todas as camadas sociais venham desfrutar dos benefícios decorrentes das Tecnologias da Comunicação e Informação, presentes em todas as atividades humanas.

Em linhas gerais, entende-se inclusão digital como uma forma de apoio aos cidadãos na perspectiva de inserção na sociedade contemporânea, buscando preferencialmente as populações que têm piores condições socioeconômicas, ou seja, menores chances de apropriação dos benefícios trazidos pelas TIC (LEMOS; COSTA, 2005, p. 110).

Tem-se, na inclusão digital um importante mecanismo para democratização do acesso a novas tecnologias, possibilitando um maior acesso à informação por parte de toda a população.

## **2. CRESCIMENTO DO E-COMMERCE**

### **2.1 O crescimento do e-commerce: O impacto provocado pela Internet na economia**

A expansão da Internet acarretou mudanças profundas em diversos campos, dentre os quais, a economia, influenciando tanto a forma pela qual os negócios são realizados, bem com o comportamento do mercado consumidor.

O advento da Internet trouxe alterações drásticas, pois mudou o mundo do entretenimento, da comunicação e do relacionamento – seja entre as pessoas ou entre estas e as empresas. Mudou a forma como fazemos negócios, trouxe grande participação dos internautas, ampliou o poder de barganha dos consumidores, enfim, alterou praticamente tudo. Mas, sem dúvida, a principal mudança ocorreu com os consumidores, na forma como passaram a ter um papel de grande importância (TURCHI, 2012, p. 1).

Desta forma, a partir da expansão da Internet novas redes de relacionamento foram desenvolvidas entre consumidores e empresas, ao passo em que estas passaram a disponibilizar plataformas virtuais onde consumidores tem acesso aos produtos e serviços oferecidos, podendo inclusive, negociar preços e diminuir o preço do produto final através de ferramentas coletivas de compras.

Observa-se, de tal modo que a expansão do acesso à Internet acarretou e ainda irá acarretar mudanças profundas no campo da economia, dinamizando as relações entre empresas e consumidores.

Tais mudanças se tornam mais acentuadas e refletem diretamente no comportamento do mercado consumidor, que passou a ser amplamente disputado entre as empresas que atuam no âmbito do comércio eletrônico, que buscam oferecer ofertas, vantagens e benefícios para os que optam pelo e-commerce.

Desta forma, ao passo em que o mercado se tornou cada vez mais dinâmico e competitivo, as empresas passaram a adotar estratégias voltadas a disputar o grupo seletivo de consumidores que vasculham as redes em troca de benefícios e vantagens na aquisição de produtos e serviços, condição que certamente tem sido bem aproveitada e se encontra a favor da pessoa do consumidor.

Os mercados eletrônicos ilustram como uma nova tecnologia (neste caso a Internet) permite introduzir inovações e criar negócios antes inexistentes. Há inúmeras iniciativas em operação e alguns autores chegam a defender que os mercados eletrônicos serão uma das principais aplicações de negócios da Internet (OZAKI; VASCONCELLOS, 2010, p. 1).

A Internet neste sentido, permite o redimensionamento de práticas comerciais, que até determinado momento de nossa história estavam resumidas à celebração de negócios entre pessoas presentes no mesmo espaço geográfico.

Sendo assim, até determinada parte da nossa história nem se imaginaria a compra de artigos de vestuário pela Internet, mas sim, em lojas físicas, condição que modificou-se radicalmente ao longo dos últimos anos, onde as pessoas vasculham diferentes sites em busca de peças que ofereçam conforto e qualidade a preços convidativos;

Nota-se, pois, que com o “desenvolvimento da Internet o ambiente digital passou a ser visto pelo setor corporativo como um terreno fértil a ser explorado e como uma forma de imprimir maior agilidade aos negócios” (TURCHI, 2012, p. 16).

Fala-se, em um terreno fértil a ser explorado ao passo em que embora seja grande o número de empresas que atuam por meio dos diferentes canais virtuais, certo é que ainda há espaço a ser conquistado, por parte daqueles que ainda não descobriram o potencial do e-

commerce.

Quanto àquelas que já descobriram e estão aproveitando o potencial do e-commerce, observa-se, que encontraram, por meio da rede mundial de computadores uma excelente oportunidade de conciliar a incorporação de novos negócios, praticidade e lucratividade.

A partir do final dos anos 1990 e início de 2000, com a evolução da Internet e dos mecanismos de segurança, essas operações começaram a ser feitas também pela web. Mas o potencial oferecido pela Internet levou as empresas a pensar de forma mais ampla e a incluir em seus planejamentos de marketing as estratégias de e-business – um conceito abrangente que se refere a uma fusão complexa dos processos internos, aplicações empresariais e estrutura organizacional, com uso de tecnologia (hardwares e softwares), de modo a criar um modelo de negócios de alto desempenho (TURCHI, 2012, p. 16).

Cabe ressaltar que o e-commerce passou a representar para uma série de empresas um diferencial competitivo, com capacidade para gerar negócios de alto desempenho, condição que as impulsionou a agregar novas tecnologias à rotina habitual de negócios.

O comércio eletrônico ou e-commerce representa parte do presente e do futuro do comércio. Existem várias oportunidades de negócios espalhadas pela internet, além de muitas que são criadas em todo momento. É bem provável que uma pesquisa de preços na internet traga não só o menor preço, como também melhores opções de bens. E, apesar do gargalo representado pelo “analfabetismo digital” de uma grande parcela da população, o e-commerce já desponta junto a uma geração que nasceu com o computador “no colo” ou “nas mãos”. O crescimento do número de internautas na última década é espantoso (TEIXEIRA, 2015, p. 19).

Sustenta-se, tais proposições na medida em que na atualidade o e-commerce tem se apresentado como uma das principais revoluções em termos de transformação dos hábitos de consumo, uma vez que inúmeros consumidores vasculham diariamente os canais existentes com vistas a encontrar promoções e ofertas na aquisição de produtos e serviços.

Por sua vez, é possível se referir ao e-commerce como o futuro do comércio na medida em que cada vez mais as pessoas tendem a experimentar a agilidade, praticidade e até mesmo o conforto de adquirir uma infinidade de produtos e serviços sem precisar sair de casa e com a vantagem de pagar por eles um preço menor do que na loja física.

Daí decorre o fato de que é bem possível que uma pesquisa de preços na Internet conduza não somente ao menor preço, mas também a maior variedade e diversidade de opções de escolhas, ao passo em que são diferentes marcas e empresas que já estão atuando através do e-commerce.

Um dos aspectos a ser salientado é que embora seja inegável a necessidade de reconhecer o analfabetismo digital como processo marcado por parte dos indivíduos que não sabem lidar com os diferentes recursos tecnológicos existentes, sobretudo, os que não possuem acesso à Internet, por outro lado, é também incontestável o fato de que desponta na atualidade uma geração que “parece” ter nascido com o celular nas mãos, passando a lidar

desde os primeiros anos com recursos que possibilitam acessar a rede mundial de computadores.

Tem-se, de tal modo que tal processo conduziu ao aperfeiçoamento e construção de diferentes canais e-commerce, que gradativamente tem se transformado em um veículo cada vez mais utilizado para a compra e venda de produtos e serviços por meio da Internet (TURCHI, 2012, p. 16).

No mundo todo, o comércio eletrônico manteve crescimento contínuo ao longo dos anos, em ritmo superior à expansão do varejo nas lojas físicas. Segundo pesquisa realizada em 2009, com 41 países, pela Everis, consultoria multinacional de negócios e tecnologia da informação, os EUA lideraram o ranking de vendas virtuais, com faturamento de US\$ 134,9 bilhões, seguidos pelo Japão, com US\$ 51,2 bilhões, e pela China, com US\$ 36,9 bilhões. O Brasil atingiu a 13ª colocação em volume transacionado pela Internet, movimentando US\$ 8,7 bilhões, superando em 10,3% o registrado em 2008. Com esse resultado o Brasil liderou as vendas no comércio eletrônico na América Latina em 2009, comprovando sua maturação nesse segmento (TURCHI, 2012, p. 18).

É possível então, compreender que a expansão do comércio eletrônico no mercado brasileiro demonstra claramente o quanto o acesso à Internet tem provocado impactos substanciais nos hábitos de consumo e conseqüentemente, provocado alterações profundas na economia.

Os negócios eletrônicos, envolvem uma gama de segmentos, dentre os quais, destaca-se, na atualidade os mercados eletrônicos.

Neste contexto:

Dentre estas aplicações estão os mercados eletrônicos (e-marketplaces), cujo objetivo principal é intermediar – ou mediar – através de um de um portal na Internet vários compradores e vários fornecedores na realização de transações de negócios. Seria incorreto definir um mercado eletrônico como “o portal”, pois, além da presença virtual, é necessária também toda uma estrutura para gerir e operacionalizar suas tarefas (OZAKI; VASCONCELLOS, 2010, p. 2).

Evidencia-se, então, que o comércio eletrônico consiste na intermediação ou mediação de bens e serviços por meio de um portal na Internet entre consumidores e fornecedores situados em diferentes ou mesmos espaços geográficos, sendo que tudo, é processado por meio da rede, desde a escolha de um modelo ou formato, até as condições de pagamento.

A Internet desta forma, se transformou tanto no principal canal para a construção de relacionamentos, quanto para a intermediação ou mediação de relações de consumo.

Desta forma, “a grande expansão da internet nos últimos anos foi crucial para o crescimento do comércio eletrônico no Brasil e no mundo” (TEIXEIRA, 2015, p. 20).

Embora sejam mantidas a grosso modo, as mesmas partes na relação de consumo, quer sejam, o consumidor e o fornecedor, mudou-se o modus operandi por meio do qual a contratação ou mediação de produtos e serviços passa a ser realizado.

O comércio eletrônico seria o comércio clássico, hoje realizado por meio de

contratação à distância. Alcança os contratos celebrados pela internet, por telefones fixos e celulares, pela televisão a cabo etc. De forma estrita, o comércio eletrônico é uma maneira de contratação não presencial ou à distância para a aquisição de produtos e serviços por meio eletrônico. Já de forma ampla, o comércio eletrônico envolveria qualquer tratativa ou troca de informações objetivando negócios, aí incluídos os dados transmitidos prévia e posteriormente à venda ou à contratação, bem como o envio de bens materiais e imateriais, os serviços de busca e link's, a publicidade, os meios de pagamento, entre outros (MARQUES, 2004, apud TEIXEIRA, 2015, p. 22).

Como se vê, é possível referir-se à comércio eletrônico de forma ampla, que envolve qualquer tipo de transação ou negócio realizado por meio da Internet, quanto em comércio eletrônico de forma estrita, que se dirige essencialmente à aquisição de produtos e serviços por meio de equipamentos que permitem o acesso à Internet.

## **2.2 Crescimento do e-commerce e repercussões negativas**

Ao lado das vantagens e crescimento do e-commerce em todo país, torna-se, essencial discorrer sobre as repercussões negativas que dizem respeito, de modo peculiar, aos impactos provocados pelo aumento do endividamento das famílias, em razão do abuso desenfreado das inúmeras possibilidades de consumo havendo demandas também envolvendo o não recebimento de mercadorias, dentre outros aspectos.

“Boa parte das demandas judiciais, especialmente nos juizados especiais (por causa do seu menor valor financeiro), envolve negócios celebrados pela internet” (TEIXEIRA, 2015, p. 21).

É possível entender que ao passo em que se ampliou consideravelmente os negócios eletrônicos por meio da Internet, amplia-se, também as demandas envolvendo o comércio eletrônico.

Quanto ao endividamento das famílias em razão das facilidades da rede que acabam por estimular às pessoas ao consumo, cabe ressaltar os seguintes aspectos:

É nesse contexto de incertezas da produção e das finanças que o endividamento da classe trabalhadora e inclusão ao acesso de produtos e serviços financeiros foram dirigidos para o conjunto dos assalariados do campo e da cidade, processo iniciado nos países de maior desenvolvimento capitalista. O crédito que até certo período era destinado somente às empresas ou consumidores que apresentavam comprovação de renda ou propriedades, passa a ser também oferecido para frações assalariadas de médio, baixo ou sem nenhuma comprovação de rendimento (RIBEIRO; LARA, 2016, p. 342).

Desta forma, para a continuidade e expansão do sistema observa-se, uma ampliação dos canais de fomento ao crédito, sendo que as empresa passaram a mirar cada vez mais em camadas que até determinado momento da história não possuíam acesso ou praticamente nenhuma oportunidade, mas que entraram na lista de consumidores propensos a se

endividarem para conseguirem conquistar espaço da sociedade que prioriza o ter.

Partindo deste pressuposto:

O capitalismo e sua expansão para todo âmbito do consumo e dos serviços são resultados do desenvolvimento das forças produtivas e do mercado mundial. Para atender essa processualidade social, a organização da produção e distribuição das mercadorias criaram mecanismos para atuar ideologicamente nas formas de consumo e, como destacamos, no caso brasileiro, nas formas de pagamento das dívidas. Aqui fica evidente a manipulação da manipulação como face duplamente reificada das relações sociais. Ditam-se as regras de como consumir e como pagar as dívidas (RIBEIRO; LARA, 2010, p. 355).

A ânsia pela disseminação de ideais de consumo está por toda a parte, atingindo, como se vê, todas as classes sociais, uma vez que é preciso impulsionar e dar vazão ao chamado mercado mundial.

Para tanto, faz uso de um aparato ideológico que propaga o consumo e até mesmo, propicia a ampliação dos canais de pagamento de dívidas, a exemplo, do que ocorre com o parcelamento do cartão de crédito.

Daí o porquê se falar na manipulação da manipulação, ao passo em que cria falsa ilusão de que consumindo a pessoa será alguém, ao mesmo tempo em que o acesso a diferentes canais de financiamento, ou seja, de crédito também conferem um aparente sentido de renda, quando na verdade, não é, tratando-se, nada mais, nada menos do que ilusões criadas pelo sistema.

São ditadas, ou seja, propagadas regras de como consumir e de como pagar as dívidas contraídas em razão do hábito do consumo desenfreado.

### **3 REGULAMENTAÇÃO DO E-COMMERCE NA INTERNET**

#### **3.1 Marco Civil da Internet e E-commerce**

A Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014, também conhecida como Marco Civil da Internet trouxe uma série de mudanças no tocante à regulamentação do e-commerce na Internet.

De acordo com Martins (2014) os maiores afetados por esta legislação são os usuários da rede, as operadoras de telefonia e os sites de conteúdo que precisarão adaptar-se quanto à privacidade, dados pessoais, armazenamento de dados, vigilância na web, conteúdo ilegal, etc.

Como se vê, a lei em comento trouxe à tona a necessidade de todas as operadoras e sites de conteúdo se adaptarem em busca da preservação da intimidade dos usuários que fazem da rede um instrumento para a construção de relações, inclusive, de consumo.

Destaca-se, neste contexto, as disposições do artigo 2º da Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014, segundo as quais, a disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, bem como:

- I - o reconhecimento da escala mundial da rede;
- II - os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais;
- III - a pluralidade e a diversidade;
- IV - a abertura e a colaboração;
- V - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e
- VI - a finalidade social da rede.

Para o e-commerce, a mudança gira em torno do aspecto ‘fim do marketing dirigido’ ou remarketing. Isso porque a garantia de privacidade e o sigilo de informações proíbem o monitoramento, a filtragem, a análise e a fiscalização de qualquer conteúdo, ou seja, nada de informações para alcançar o cliente que saiu da “loja” sem comprar nada.

Como se vê, não podem as empresas monitorar, filtrar, analisar ou fiscalizar os conteúdos acessados pelo consumidor, para que da posse destas possa mobilizá-lo em pro do consumo.

Neste sentido, de acordo com o art. 3º da Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014, a disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios:

- I - garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal;
- II - proteção da privacidade;
- III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei;
- IV - preservação e garantia da neutralidade de rede;
- 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;
- VI - responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei;
- VII - preservação da natureza participativa da rede;
- VIII - liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet, desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos nesta Lei.

Evidencia-se, a partir de tais preceitos que somente se torna lícita a comunicação via Internet, quando assegurados, dentre outros preceitos, a proteção da privacidade e a proteção dos dados pessoais do usuário.

A partir das proposições de Martins (2014) é possível destacar que cabe aos empresários que adotam o e-commerce utilizar-se de novas estratégias com a finalidade de angariar consumidores e manter suas negociações virtuais em crescimento.

Aceita-se, neste sentido, como bem frisado por Martins (2014) um marketing que seja pautado na concordância e consentimento do consumidor ao ser abordado e direcionado a um site de compras.

Sobre a legislação aplicável aos contratos celebrados por meio eletrônico, cabe

destacar os seguintes aspectos:

Sobre a legislação aplicável em caso de o contrato ser celebrado eletronicamente entre partes sediadas em países diversos, é preciso ter em conta que se trata de um assunto que envolve o direito internacional privado. Assim, é necessária a observação do que dispõe o Decreto-lei n. 4.657/1942, conhecido como LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (antiga LICC – Lei de Introdução ao Código Civil), cujo art. 9º, caput e § 2º, prevê que se aplica a lei do país onde se constituírem as obrigações. Sob este aspecto, será considerado local da constituição da obrigação o lugar onde residir o proponente, ou seja, daquele que estiver ofertando o produto ou o serviço na internet (TEIXEIRA, 2015, p. 59).

Observa-se, de tal forma, que com base na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que será considerado como local da constituição da obrigação no caso de contrato eletrônico em sede de e-commerce o local onde está localizado o proponente que estiver ofertando produtos ou serviços na Internet.

“Também, as partes que contratam pela internet têm autonomia para eleição de foro e legislação aplicável, o que normalmente são o do local do vendedor” (TEIXEIRA, 2015, p. 59).

#### **4.2 E-commerce e o Código de Defesa do Consumidor**

O Decreto n. 7.962, de 15 de março de 2013, regulamenta a Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico.

De acordo com o artigo 2º deste Decreto, os sítios eletrônicos ou demais meios eletrônicos utilizados para oferta ou conclusão de contrato de consumo devem disponibilizar, em local de destaque e de fácil visualização, as seguintes informações:

- I - nome empresarial e número de inscrição do fornecedor, quando houver, no Cadastro Nacional de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas do Ministério da Fazenda;
- II - endereço físico e eletrônico, e demais informações necessárias para sua localização e contato;
- III - características essenciais do produto ou do serviço, incluídos os riscos à saúde e à segurança dos consumidores;
- IV - discriminação, no preço, de quaisquer despesas adicionais ou acessórias, tais como as de entrega ou seguros;
- V - condições integrais da oferta, incluídas modalidades de pagamento, disponibilidade, forma e prazo da execução do serviço ou da entrega ou disponibilização do produto; e
- VI - informações claras e ostensivas a respeito de quaisquer restrições à fruição da oferta.

Por sua vez, com base no artigo 3º do Decreto n. 7.962, de 15 de março de 2013, os sítios eletrônicos ou demais meios eletrônicos utilizados para ofertas de compras coletivas ou modalidades análogas de contratação deverão conter, além das informações previstas no art. 2º, as seguintes:

- I - quantidade mínima de consumidores para a efetivação do contrato;

- II - prazo para utilização da oferta pelo consumidor; e
- III - identificação do fornecedor responsável pelo sítio eletrônico e do fornecedor do produto ou serviço ofertado, nos termos dos incisos I e II do art. 2º.

Neste contexto:

Considera-se, que no âmbito interno (ou seja, quando as partes estiverem sediadas no Brasil) os contratos realizados através da internet estão sujeitos às mesmas regras e princípios que são imputados aos demais contratos firmados fisicamente no território nacional. Consequentemente, sem prejuízo da aplicação de outras normas especiais, devem ser aplicadas as regras do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor (neste caso, quando configurada uma relação de consumo, especialmente o regime da responsabilidade civil) (TEIXEIRA, 2015, p. 60).

Compreende-se, de tal forma, que sem prejuízo das normas especiais existentes, aplicam-se, tanto as disposições do Código Civil, quanto às disposições do Código de Defesa do Consumidor, uma quando vez embora seja realizada por meio da Internet estiverem presentes os elementos que caracterizam uma relação de consumo.

“A maior parte desses negócios é suscetível de aplicação do Código de Defesa do Consumidor, porque na maioria deles uma parte essencial seria um consumidor, ainda que não haja impedimento quanto às empresas” (TEIXEIRA, 2015, p. 62).

Inegável neste sentido, a presença do mesmo escudo protetivo no caso da relação de consumo em se tratando de comércio eletrônico:

Dessa forma, incidem as regras legais sobre contrato de adesão, cláusulas abusivas, publicidade enganosa e abusiva, responsabilidade por não cumprimento contratual e por ato ilícito; os princípios do direito contratual, como o da boa-fé e o da função social do contrato, etc. Incidem ainda, as regras de cunho contratual estabelecidas pelas partes, desde que respeitados os limites e os princípios do Direito, devendo igualmente acatar as normas de ordem pública (de natureza imperativa), à exemplo, das determinadas pelo Código de Defesa do Consumidor no tocante às relações de consumo, como as que impedem o fornecedor de fixar cláusula que o isente de sua responsabilidade (art. 25, caput) (TEIXEIRA, 2015, p. 60-61).

É digno de nota de tal forma, a incidência de todas as regras de natureza imperativa presentes no Código de Defesa do Consumidor, bem como as diretrizes que se intitulam como regras protetoras de qualquer relação de natureza contratual, não se podendo deixar de atentar para o fato de que não pode o fornecedor em caso do e-commerce inserir qualquer cláusula que o exonere da responsabilidade no caso de oferta de produtos e serviços.

No tocante à responsabilidade civil em sede de comércio eletrônico salienta-se, os seguintes aspectos:

A responsabilidade civil cumpre uma função de caráter iminente social, sendo um instituto essencial para o adequado funcionamento da produção e circulação de bens e serviços em uma dada sociedade, atrelado ao comportamento ético. No que diz respeito ao comércio eletrônico, como uma extensão do comércio convencional, é previsível a ocorrência de fatos que demandem a aplicação da responsabilidade civil, não havendo nenhum impeditivo para a aplicabilidade do instituto conforme o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor (TEIXEIRA, 2015, p. 152).

Com vistas a ampliar a regulamentação do comércio eletrônico em face dos diferentes aspectos que o envolvem, o Projeto de Lei do Senado 281/2012 foi aprovado na forma de substitutivo e aguarda a votação em turno suplementar para ser encaminhado à Câmara dos Deputados.

O texto cria uma nova seção no Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990) para tratar do comércio eletrônico e altera também a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei 4.657/1942).

No que se refere às desistências em sede do comércio eletrônico, o projeto estabelece de acordo com a Agência Senado, dentre outros preceitos, que o consumidor pode desistir da contratação à distância no prazo de sete dias, a contar da aceitação da oferta, do recebimento ou da disponibilidade do produto ou serviço – o que ocorrer por último. O cliente pode, porém, ter de arcar com o pagamento de tarifas por desistência do negócio, caso estejam previstas no contrato.

Segundo a Agência Senado, em outro ponto, o projeto obriga o fornecedor a manter o serviço de atendimento ao consumidor (SAC) e a informar no site características como o preço final do produto ou serviço, incluindo taxas, tributos e despesas de frete.

Também de acordo com o texto do projeto, quem veicular, licenciar, alienar, compartilhar, doar ou ainda ceder dados e informações pessoais, sem a expressa autorização de seu titular, estará sujeito à pena de três meses a um ano de detenção e pagamento de multa. Não constituirá crime se as informações forem trocadas entre fornecedores que integrem um mesmo conglomerado econômico, ou devido à determinação de órgão público.

Em termos de contratos internacionais de consumo, entendidos como aqueles realizados entre um consumidor situado em um país diferente daquele onde está a loja ou prestador de serviço, o texto prevê que valerão as leis do lugar de celebração do contrato ou, se executados no Brasil, pela lei brasileira, desde que seja mais favorável ao consumidor.

No que diz respeito às compras coletivas, segundo a Agência Senado, de acordo com o Projeto os sites ou demais meios eletrônicos utilizados para ofertas de compras coletivas deverão informar a quantidade mínima de consumidores para cumprimento do contrato, o prazo para utilização da oferta pelo consumidor e a identificação do responsável pelo site, bem como do fornecedor do produto ou serviço ofertado, sendo que, a não realização destes procedimentos pode acarretar punições.

## **CONCLUSÃO**

Com o advento da Internet e a ampliação do acesso à rede por meio de diferentes

recursos eletrônicos é possível destacar que o capitalismo tem experimentado a sua fase mais avassaladora, uma vez que se vale de uma série de estratégias voltadas a disseminar necessidades contínuas de consumo, com vistas a realimentar a manutenção de todo sistema.

Consequentemente, as pessoas dentro deste sistema são vistas como potenciais consumidores, cujas fragilidades, desejos e expectativas passam a ser “preenchidas” por meio da aquisição em massa de produtos e serviços, reduzindo o ser humano a condição de mero objeto.

Como resultado desta “nova” fase do Capitalismo e tomando-se, por base o fato de que as relações sociais entre os homens estão ligadas ao modo como eles produzem a sua vida material, as pessoas passam cada vez mais a serem valorizadas em razão do ter, estimuladas ao consumo frenético que as induz ao sentimento de uma pretensa “inclusão” na sociedade de massas, condição que leva inevitavelmente ao detrimento do “ser”.

Atrelado à tal perspectiva e valendo-se, das facilidades proporcionadas pela Internet é que se vislumbra um crescimento substancial do e-commerce, atraindo um grande número de consumidores que procuram oportunidades para redução do preço final, sobretudo, por meio de formas associativas e coletivas que acabam formando verdadeiras cadeias de consumo.

Embora a princípio, a apropriação de novos recursos por parte da população se traduza em um instrumento fundamental de inclusão no mundo digital, certo é que existem mecanismos rígidos de controle que impeçam um verdadeiro “bombardeiro” destinado a chamar a atenção do consumidor, condição que tem gerado consequências em termos de controle de gastos, sobretudo, por parte das camadas mais vulneráveis aos apelos de consumo.

Por sua vez, embora a Revolução Digital tenha provocado mudanças substanciais na forma de ser e de se organizar de toda a sociedade, as facilidades proporcionadas pelas mídias sociais tem favorecido a prática de crimes que colocam em risco a segurança e a tranquilidade de toda a sociedade.

De tal modo, é indispensável a existência de uma proteção contratual como instrumento para a manutenção da paz nas redes sociais, garantindo a confiabilidade de todos aqueles que fazem das redes sociais um meio para o estabelecimento de relações e troca de informações com seus semelhantes.

Neste sentido, a sociedade não pode ficar à mercê de uma inércia legislativa que contribui ainda mais para a impunidade daqueles que fazem das redes sociais o caminho fácil para a violação de direitos.

## REFERÊNCIAS

AGÊNCIA SENADO. Senado aprova regulamentação do comércio eletrônico. Artigo publicado em: 30 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/09/30/senado-aprova-regulamentacao-do-comercio-eletronico>>. Acesso em: 07 mar. 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Senado, 1988. BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm)>. Acesso em: 06 mar. 2017.

CARTACAPITAL. Economia. E-Commerce: Como a crise político-econômica gerou oportunidades para o e-commerce. Artigo publicado em: 30 de setembro de 2016. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/economia/e-commerce>>. Acesso em: 03 mar. 2017.

CELLA, José Renato Gaziero; ROVER, Aires José; GOMES, Magno Federici. Direito, governança e novas tecnologias. Florianópolis-SC, 2015. Privacidade na rede: questões de Segurança e de Direito. 2016.

DUARTE, Débora. 5 tendências para o mercado da moda em 2017. Revista Pequenas Empresas & Grandes negócios. Artigo publicado em: 11 de janeiro de 2017. Disponível em: <<http://revistapegn.globo.com/Negocios/noticia/2017/01/5-tendencias-para-o-mercado-de-moda-em-2017.html>>. Acesso em: 05 mar. 2017.

EAGLETON, Terry. Marxismo e crítica literária. Porto: Edições Afrontamento, 1976.

FRANCO, Augusto de. Escola de redes: novas visões sobre a sociedade, o desenvolvimento, a Internet, a política e o mundo globalizado. Editoração: Saturnos Assessoria em Comunicação Social S/C Ltda. Curitiba-PR, 2008.

KRONBAUER, Julio Cesar. Qual o impacto do Marco Civil da Internet no marketing digital, no e-commerce e na minha vida? Artigo publicado em 15 de maio de 2014. Disponível em: <<http://dropweb.com.br/qual-o-impacto-marco-civil-da-internet-marketing-digital-e-commerce-e-na-minha-vida/>>. Acesso em: 02 mar. 2017.

LEMONS, André; COSTA, Leonardo. Um modelo de inclusão digital: o caso da cidade de Salvador. Eptic On-line – Revista Eletrônica Internacional de Economía Política de las Tecnologías de la Información y Comunicación. v. 7, n. 4. Set./dez. 2005.

LIMA, Nádia Laguárdia de; SOUZA, Eduardo Pio de; REZENDE, Alice Oliveira; MESQUITA, Ana Carolina Roritz. Os adolescentes na rede: uma reflexão sobre as comunidades virtuais. Arquivos Brasileiros de Psicologia. Rio de Janeiro. Vol. 64, n. 3, 2012.

MARTINS, Felipe. Como o Marco Civil da Internet interfere no e-commerce? Artigo publicado em: 12 de maio de 2014. Disponível em: <<https://www.ecommercebrasil.com.br/eblog/2014/05/12/como-o-marco-civil-da-internet->

[interfere-e-commerce/](#)>. Acesso em: 06 mar. 2017.

MATTOS, Sérgio Augusto Soares.

ORTIGOZA, Silvia Aparecida Guarnieri; CORTEZ, Ana Teresa Caceres. Da produção ao consumo: impactos socioambientais no espaço urbano. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2009. Disponível em: <<http://static.scielo.org/scielobooks/n9brm/pdf/ortigoza-9788579830075.pdf>>. Acesso em: 4 mar. 2017.

ORTIGOZA, Silvia Aparecida Guarnieri. 1. Da produção ao consumo: dinâmicas urbanas para um mercado mundial. Da produção ao consumo: impactos socioambientais no espaço urbano. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2009. Disponível em: <<http://static.scielo.org/scielobooks/n9brm/pdf/ortigoza-9788579830075.pdf>>. Acesso em: 6 mar. 2017.

OZAKI, Adalton M.; VASCONCELLOS, Eduardo. Mercados eletrônicos: estratégia, inovação, e um modelo para sua constituição. São Paulo: Atlas, 2010.

RIBEIRO, Rodrigo Fernandes; LARA, Ricardo. O endividamento da classe trabalhadora e o capitalismo manipulatório. Serv. Soc. Soc., São Paulo, n.126maio/ago. 2016. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/sssoc/n126/0101-6628-sssoc-126-0340.pdf>>. Acesso em: 06 mar. 2017.

SEBRAE. 2ª Pesquisa Nacional do Varejo Online. Pesquisa realizada de acordo aos Códigos de Ética da ABEP, ESOMAR e à norma ISO 20.252. Data de realização: 15/05/2015 a 08/06/2015. Disponível em: <<https://www.ecommercebrasil.com.br/noticias/sebrae-e-e-commerce-brasil-divulgam-2a-pesquisa-nacional-do-varejo-online/>>. Acesso em: 04 mar. 2017.

SEBRAE. 3ª Pesquisa Nacional do Varejo Online. Infográfico – 3ª Pesquisa Nacional do Varejo Online/Sebrae e E-Commerce Brasil. Publicado em: 18 de agosto de 2016. Disponível em: <<https://www.ecommercebrasil.com.br/noticias/infografico-3a-pesquisa-nacional-do-varejo-online-sebrae-e-e-commerce-brasil/>>. Acesso em: 05 mar. 2017.

SILVEIRA, Marcelo Deiro Prates da. Efeitos da Globalização e da Sociedade em Rede Via Internet na formação de Identidades Contemporâneas. Psicologia Ciência e Profissão, Vol. 24, n. 4, 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/pcp/v24n4/v24n4a06.pdf>>. Acesso em: 06 mar. 2017.

TEIXEIRA, Tarcísio. Comércio eletrônico: conforme o Marco Civil da Internet e a regulamentação do e-commerce no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2015.

# ESTADO BRASILEIRO DE DIREITO: UMA REPÚBLICA TARDIA NA PÓS-MODERNIDADE

Giovanni de Araujo NUNES<sup>1</sup>

## RESUMO

O presente trabalho terá por principal objetivo apresentar a relação existente entre a pós-modernidade, o Direito e a república que se instaurou no Brasil com a Constituição Federal de 1988. Serão também abordados todos os fatores históricos, econômicos e sociais que corroboraram com o desenvolvimento de um mundo pós-moderno. O Brasil, como um entre tantos outros países do ocidente, evidentemente acabou sendo por ele afetado, principalmente no quesito jurídico. É essa a relação que guarda a Constituinte de 88 com a pós-modernidade; e será esse o direcionamento do presente artigo. O Estado Democrático de Direito brasileiro, a partir de então, constrói-se e se consolida no cenário da pós-modernidade, e, assim, constrói-se também numa forma jurídica eminentemente pós-moderna. Para isso, a busca de conceitos e definições acerca de tal tempo será imprescindível.

**PALAVRAS-CHAVE:** Pós-modernidade. Direito. Brasil. Constituição Federal. Estado de Direito.

## ABSTRACT

The main objective of this report is to present the relationship between postmodernity, law and the republic that was established in Brazil with the Federal Constitution of 1988. It will also broach all the historical, economic and social factors that corroborated with the development of a postmodern world. Brazil, like one of many other countries in the West, evidently ended up being affected by it, mainly in the legal aspect. This is the relationship between the 88 Constituent and the postmodernity; and this will be the direction of this article. The Brazilian Democratic State of Law, from then on, built up and consolidate in the scenario of postmodernity, and, therefore, it is also constructed in an eminently postmodern juridical form. For this, the search for concepts and definitions about this period will be essential too.

**KEY-WORDS:** Postmodernity. Law. Brazil. Federal Constitution. State of Law.

## INTRODUÇÃO

Consagrando a proteção de direitos individuais, políticos, sociais e de terceira geração, a Constituição Federal de 1988 inaugura um marco divisor de águas na história do Direito brasileiro. Isso porque, avançando através do que o ministro do STF, Luís Roberto Barroso, intitulou de “três fases distintas” do Estado no século XX, toda a estrutura social do Brasil chega à pós-modernidade sem ter conseguido ser liberal nem moderna. “[...] chegamos ao terceiro milênio atrasados e com pressa” (p.304-306, 2008 apud FILIPPO, p. 48, 2012).

A primeira fase foi a pré-modernidade, ou Estado liberal; a segunda foi a modernidade propriamente dita, ou Estado social; e a pós-modernidade, seria o Estado

1 Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito. Fala, escreve e lê fluentemente em inglês.

neoliberal, inaugurado com a ditadura militar de 1964. Para Luís Roberto Barroso, o Brasil, na pós-modernidade, precisou enfrentar novas questões de mercado, sociais, ideológicas e morais, ao mesmo tempo em que, historicamente, afastou-se da modernidade e do liberalismo enraizando-se em uma tradição autoritária, populista, elitizada e excludente.

Fábio Konder Comparato compreende que o regime militar de 1964 engendrou duas experiências pioneiras na América Latina; e que depois foram adotadas por outros países latino-americanos: o terrorismo de Estado e o neoliberalismo capitalista (2014, p. 6), ambos originados, no Brasil, pela influência norte-americana sobre empresariado político ditatorial da época. Sendo assim, o Estado entendido por neoliberal, sob a ótica de Luís Roberto Barroso, já se encontrou disposto na realidade brasileira quando vigente a Constituição de 88, pois a própria ditadura militar, antecedente à constituinte, é que o havia implantado.

É nesse sentido que será conduzido o presente artigo, disposto a elucidar todo o panorama histórico, social e filosófico da pós-modernidade, para então estabelecer os vértices que constituem o arcabouço jurídico desse tempo na história do homem e, mais precisamente, na sociedade brasileira.

Para tanto, necessária se faz a observação de que, antes de se compreender determinado fenômeno sociocultural, é preciso que haja uma boa compreensão acerca da totalidade que o envolve, isto é, de um ponto de vista “universal”:

O começo da cultura e do esforço para emergir da imediatez da vida substancial deve consistir sempre em adquirir conhecimentos de princípios e pontos de vista universais. Trata-se inicialmente de um esforço para chegar ao pensamento da Coisa em geral e também para defendê-la ou refutá-la com razões, captando a plenitude concreta e rica segundo suas determinidades, e sabendo dar uma informação ordenada e um juízo sério a seu respeito. (HEGEL, p. 23, 1992).

Sendo assim, imprescindível será a realização de uma profunda análise acerca do conceito de “pós-modernidade”, passando por suas nuances econômicas, históricas, sociais e filosóficas, para que então seja passível de compreensão a ciência “Direito”, do dever ser, no mundo pós-moderno.

No Brasil, a pós-modernidade repercutiu demasiadamente em sua forma jurídica e, ao mesmo tempo, por ela foi influenciada, modificada, posta em cheque e utilizada como objeto, como meio para a aplicação do Direito.

A sociedade do mundo ocidental como um todo foi afetada em diversos setores pela pós-modernidade, ao passo em que, ao mesmo tempo, contribuiu ela própria com sua formação. Desse modo, apercebe-se que a questão jurídica brasileira se orienta frente à pós-modernidade no mesmo sentido em que se estruturam as questões materiais e de superestrutura de tal época.

## 1. SINTOMA PÓS-MODERNO

A partir de 1845, desencadeia na França uma crise econômica que, posteriormente, se expande por todo o continente europeu. Com isso, uma série de revoluções liberais, democráticas, nacionalistas e socialistas eclode na Europa Centro-Occidental em 1848 – evento ao qual se deu o nome de Primavera dos Povos.

Outras questões também repercutiram no desenvolver das Revoluções de 1848. Além da crise econômica, questões relacionadas aos governos autocráticos de seu momento histórico, à falta de representação política das classes médias e ao efêmero sentimento nacionalista das minorias presente na Europa Central e Oriental – bem como aconteceu na Áustria, na Hungria e na França – foram razões imprescindíveis para o eclodir da Primavera dos Povos.

Mais maleáveis e, portanto, compatíveis com o início de um tempo em que a possibilidade de crises era, e continuou sendo, eminente, os acontecimentos da época provaram que a Europa havia alcançado um nível de integração econômica e financeira capaz de tornar todo o continente vulnerável à formação simultânea de crises. Isso porque, da crise econômica na França, uma série de outros países foram por ela afetados e, em conjunto, questões políticas e de nacionalidade também (HARVEY, p. 238, 1992).

Desse modo, com a crise econômica e política que se espalhava pela Europa nesses anos, as funções da moeda como medida de representação de valor e como lubrificante da troca e do investimento acabaram se chocando com as possibilidades de uma nova forma de sistema financeiro: a estrutura do crédito e dos “capitais fictícios”.

Portanto, tornou-se claro para as economias da Europa que a moeda, enquanto “forma de valor” física e estável, não se mostraria tão compatível com a integralidade dos países, a instabilidade e a velocidade econômica da época como foram os sistemas de capitais fictícios e de crédito. Assim, alude David Harvey que:

O espaço europeu tornava-se cada vez mais unificado precisamente por causa do internacionalismo do poder do dinheiro. 1847-1848 foi uma crise financeira e monetária que abalou bastante as ideias adquiridas sobre o sentido e o papel do dinheiro na vida social. A tensão entre as funções da moeda como medida e representação do valor e como lubrificante da troca e do investimento há muito era evidente. Naquele momento, contudo, passara a ser um antagonismo direto entre o sistema financeiro (toda a estrutura dos créditos e dos “capitais fictícios”) e sua base monetária (o ouro e outras mercadorias tangíveis que conferiam um claro sentido físico à moeda). (p. 238, 1992).

Emergem, a partir de então, diferentes formas de se trabalhar a sistemática do Capitalismo no espaço e no tempo. Decorrentes dessa nova estrutura monetária de créditos e

do “capital fictício”<sup>2</sup>, posta em destaque de forma latente com a Primavera dos Povos, a instabilidade e a inconstância que o capital passa a adquirir a partir do século XX relacionam-se diretamente com as novas tecnologias, formas de produção e relações sociais constituintes de um momento histórico em que ocorre uma “compressão do espaço-tempo” (HARVEY, p. 257, 1992).

As distâncias se reduzem, rompem-se as barreiras da informação – por conta do avanço tecnológico – e, conseqüentemente, como bem elucida Willis S. Guerra Filho (p. 635, 2009 apud FILIPPO, p. 47, 2012), surge “uma sociedade baseada na circulação de *informações*, de forma cada vez mais intensa e sofisticada”, na qual a circulação de informação computadorizada passa a ser imprescindível a todas as áreas, de produção e do conhecimento.

Nesse sentido, alude o doutor professor de direito, Fábio Konder Comparato, que a Revolução Industrial, “amplamente aproveitada pelo sistema capitalista como forma de expandir-se ilimitadamente, engendrou um mundo sempre mais unificado, em que os povos tendem, incoercivelmente, a se aproximar uns dos outros”. Em seqüência, aduz ainda que:

A partir do momento em que o empresariado industrial se deu conta da importância da tecnologia como fator de produção, ele mais do que depressa procurou tornar esse conhecimento uma propriedade empresarial, transformando-o em arma decisiva na concorrência; o que provocou a inelutável aceleração do ritmo de desenvolvimento da tecnologia como um todo, e da tecnologia de produção industrial em particular. (p. 201, 2014).

Sendo assim, percebe-se que, seguindo a conversão de dinheiro em capital<sup>3</sup>, o Capitalismo tende a se desenvolver no sentido de sempre potencializar as tecnologias, recursos e técnicas para que, assim, a produção seja mais útil, isto é, eficaz quanto ao tempo de produção – cada vez mais curto – e a quantidade de mercadorias produzidas – cada vez maior; o que incorre nas crises de superacumulação.

Na década de 1960 aflora um exacerbado consumismo entre a classe média, historicamente recente no continente Europeu, e já de algum tempo nos Estados Unidos da América. Entretanto, ainda que com o afloramento de tal classe, isso não fez com que as desigualdades diminuíssem ao ponto de aplacar o crescimento das grandes fortunas. Muito pelo contrário, com o progresso econômico do século XX, tanto o décimo quanto o centésimo

2 O conceito de capital fictício, proposto por Marx, diz respeito a um dos aspectos mais destacados da economia capitalista, que é a multiplicação ilusória da riqueza realmente existente, com base no capital portador de juros, por intermédio dos mecanismos monetários e financeiros (GERMER, p. 194, 1994).

3 “Ao fim do movimento, o dinheiro surge novamente como seu início. Assim, o fim de cada ciclo individual, em que a compra de realiza para a venda constitui, por si mesmo, o início de um novo ciclo. A circulação simples de mercadorias – a venda para a compra – serve de meio para uma finalidade que se encontra fora da circulação, a apropriação de valores de uso, a satisfação de necessidades. A circulação do dinheiro como capital é, ao contrário, um fim em si mesmo, pois a valorização do valor existe apenas no interior desse movimento sempre renovado.” (MARX, p. 228, 2013).

superior da hierarquia da concentração de riquezas passou a concentrar ainda mais capital (PIKKETY, p. 341, 2014).

Ademais, vale constar que, na segunda metade do século XIX, além das questões atinentes à Primavera dos Povos, os novos sistemas de crédito, bem como as inovações técnicas e organizacionais de produção, acabaram sendo criados também por conta do nível de concentração de capital que a economia da época atingira. Assim, a circulação de capital passa a acelerar cada vez mais em níveis de um mercado amplo e globalizado.

Como bem dispõe David Harvey: “A vasta expansão do comércio e do investimento exterior depois de 1850 encaminhou as primeiras forças capitalistas para a trilha do globalismo [...]” (p. 240, 1992), sendo pertinente mencionar, como exemplo de tais inovações, o sistema de produção de Henry Ford – ou fordismo –, que, instalando sua linha de montagem em 1913:

[...] fragmentou tarefas e as distribuiu no espaço, a fim de maximizar a eficiência e minimizar a fricção do fluxo produtivo. Com efeito, ele usou certa forma de organização espacial para acelerar o tempo de giro do capital produtivo. Assim, o tempo podia ser acelerado em virtude do controle estabelecido por meio da organização e fragmentações da ordem espacial da produção. Naquele mesmo ano, contudo, o primeiro sinal de rádio foi transmitido para o mundo a partir da Torre Eiffel, acentuando a capacidade de fazer o espaço decair, na simultaneidade de um instante, no tempo público universal. O poder do sem-fio fora claramente demonstrado um ano antes com a rápida difusão de notícias acerca do naufrágio do Titanic [...]. (HARVEY, p. 242, 1992).

Posto isso, mostra-se então evidente o que David Harvey intitulou como sendo uma “compressão do espaço-tempo” na pós-modernidade (p. 257, 1992). A concepção de tempo, através do desenvolvimento do capitalismo e das inovações tecnológicas dele decorrentes, tornou-se cada vez mais homogênea e universal no espaço. Não apenas o comércio acirrado e todas as estradas de ferro interligando os países da Europa fizeram isso, mas a própria organização dos sistemas sociais ficou intimamente dependente desse sentido de tempo universal.

Outrossim, “Somente nesse contexto de espaço público e externo racionalizado e totalmente organizado poderiam florescer adequadamente os sentidos de tempo e espaço interiores e deveras privados” (HARVEY, p.246, 1992), que constituem a compressão do espaço-tempo.

A aceleração no modo de produção capitalista acabou por produzir mudanças organizacionais no sentido de desintegrar suas estruturas. Assim, surgem sistemas como a subcontratação; o sistema de entrega “just-in-time” do Toyotismo – que consistia em reduzir os estoques, produzindo unicamente aquilo que era compatível com a demanda –; e o de transferência de sede, que revertem a tendência fordista de integração e produzem um curso

cada vez mais indireto na produção, mesmo diante da crescente centralização financeira. (HARVEY, p. 257, 1992).

À vista disso, exemplifica David Harvey com um apontamento de quais das inúmeras consequências dessa aceleração generalizada dos tempos de giro do capital exerceram influência característica nas maneiras de pensar, agir e sentir:

A primeira consequência importante foi acentuar a volatilidade e efemeridade de modas, produtos, técnicas de produção, processos de trabalho, ideias e ideologias, valores e práticas estabelecidas. A sensação de que “tudo o que é sólido e se desmancha não ar” raramente foi mais pervasiva. [...]

No domínio da produção de mercadorias, o efeito primário foi a ênfase nos valores e virtudes da instantaneidade (alimentos e refeições instantâneos e rápidos [...]) e da descartabilidade [...]. A dinâmica de uma sociedade “do descarte”, como a apelidaram escritores como Alvin Toffler (1970), começou a ficar evidente durante os anos 60. Ela significa mais do que jogar fora bens produzidos (criando um monumental problema sobre o que fazer com o lixo); significa também ser capaz de atirar fora valores, estilos de vida, relacionamentos estáveis, apego a coisas, edifícios, lugares, pessoas e modos adquiridos de agir e ser. (p. 258, 1992).

O modo como as relações de compra e venda passou a se dar – de forma cada vez mais acelerada – influenciou diretamente nas relações interpessoais. Da mesma conduta necessária para dispor de uma mercadoria a fim de se adequar e consumir novas que surgem, advêm também os atos de naturalmente descartar ideias, sentimentos, relações e até problemas sociais, para aderir a novos.

A partir do ano de 1973, a moeda se desmaterializa. Em outras palavras, deixou de possuir um vínculo formal e tangível com os metais preciosos. Do mesmo feitio, o dinheiro – ou “forma valor”<sup>4</sup> – não se ampara mais única e exclusivamente na atividade produtiva dentro de um espaço particular, vez que:

Pela primeira vez na história, o mundo passou a se apoiar em formas imateriais de dinheiro – isto é, dinheiro registrado avaliado quantitativamente em números de alguma unidade monetária designada (dólares, ienes, marcos alemães, libras esterlinas etc.). (HARVEY, p. 268, 1992).

É em meio a esse clima econômico que, segundo David Harvey, surge a pós-modernidade; quando tudo se transforma, fica instável, e os juízos de valor, bem como toda sociedade, se ajustam às incertezas de um novo tempo. Além disso, conclui Harvey dizendo que:

A experiência do tempo e do espaço se transformou, a confiança na associação entre juízos científicos e morais ruiu, a estética triunfou sobre a ética como foco primário de preocupação intelectual e social, as imagens dominaram as narrativas, a efemeridade e a fragmentação assumiram precedência sobre verdades eternas e sobre a política unificada e as explicações deixaram o âmbito dos fundamentos

---

4 “[...] o dinheiro funciona, primeiramente, como medida de valor na determinação do preço da mercadoria vendida.” (MARX, p. 209, 2013). “Quando se trata de fazer um pagamento efetivo, o dinheiro não se apresenta como meio de circulação, como mera oram evanescente e mediadora do metabolismo, mas como a encarnação individual do trabalho social, existência autônoma do valor de troca, mercadoria absoluta.” (Idem, p. 211).

materiais e político-econômicos e passaram para a consideração de práticas políticas e culturais autônomas. (p. 293, 1992).

O sistema central de valor em que o Capitalismo sempre se apoiou, e sempre a ele recorreu para validar e avaliar suas ações, através da sua instrumentalidade da forma valor dinheiro, que propicia a circulação de mercadorias pelo ato da compra e venda <sup>5</sup>, ficou desmaterializado e inconstante na pós-modernidade. Assim, não só o tempo rói e o espaço se desorienta nesse panorama. As relações sociais e interpessoais, como efeito disso, também seguem o mesmo caminho.

Dentre os diversos efeitos que a pós-modernidade trouxe às relações humanas, alguns podem ser considerados, perante os estudiosos do campo, como preponderantes. Enquanto na modernidade os indivíduos se afinavam a “ideias positivistas de ordem, sistema, coordenação e progresso”, na pós-modernidade, repudia-se “toda e qualquer proposta de exatidão, de conhecimento universalmente padronizado ou de dogmas, para se fincar em noções fluidas, flexíveis, com a aceitação de uma diversidade cultural a ensejar uma diversidade discursiva.” (FILIPPO, p. 46, 2012).

Bauman, nesse sentido, coloca a incerteza como um dos fatores determinantes do modo em que se vive na pós-modernidade. A identidade de cada indivíduo, para ele, se vê deveras afetada quando, diante de uma imensidão de informações e peças já obtidas, que os meios de comunicação e informação intensificaram diante da “reduzida imensidão” pós-moderna. Seria a relação do indivíduo com o mundo como um grande quebra-cabeça:

[...] há um monte de pecinhas na mesa que você espera poder juntar formando um todo significativo – mas a imagem que deverá aparecer ao fim do seu trabalho não é dada antecipadamente, de modo que você não pode ter certeza de todas as peças necessárias para montá-la, de haver selecionado as peças certas entre as que estão sobre a mesa, de as ter colocado no lugar adequado ou de que elas realmente se encaixam para formar a figura final. [...] o trabalho total *é direcionado para os meios*. [...] Seu problema não é o que você precisa para “chegar lá”, ao ponto que pretende alcançar, mas quais são os pontos que podem ser alcançados com os recursos que você já possui, e quais deles merecem os esforços para serem alcançados. (BAUMAN, p. 54, 2005).

Sendo assim, a questão enfrentada pelos indivíduos dentro da pós-modernidade não é mais, como já se observara em outros tempos históricos, a presença de situações de dificuldade que impossibilitam se chegar a determinado objetivo. Hoje, as questões humanas se tornaram problematizadas justamente pelo excesso de recursos, mas não só isso. O acúmulo desses, de instrumentos e possibilidades, diante do aceleramento e da compressão do

---

5 “A mercadoria está sempre do lado do vendedor, o dinheiro sempre do lado do comprador, como meio de compra. Ele funciona como meio de compra na medida em que realiza o preço da mercadoria. Ao realiza-o, ele transfere a mercadoria das mãos do vendedor para as do comprador, enquanto, ao mesmo tempo, afasta-se das mãos do comprador para as do vendedor, a fim de repetir o mesmo processo com outra mercadoria.” (MARX, p. 188, 2013).

espaço-tempo, e da sagacidade que o sistema capitalista exige de cada indivíduo, a incerteza e o racionamento dos seus esforços são consequências imanentes de tal processo. São muitos os instrumentos, mas carecem de eficácia.

De início, a incerteza e a inconstância se mostraram quase que imperceptíveis na pós-modernidade, pois a tentação diante de suas possibilidades era muito forte. Para os que se encontravam na modernidade, estar na compressão do espaço-tempo levou-os a possibilidade de ascensão social; de tomar caminhos que, até então, mostravam-se, senão impossíveis, difíceis demais para serem galgados. A pós-modernidade, nesse sentido, acabou se mostrando a esperança dos que se encontravam na condição de pária – no sistema de castas hindu, o membro pertencente à casta mais baixa, ou pertencente a nenhuma (BAUMAN, p. 99, 1998).

A modernidade acabou se tornando a esperança dos que se encontravam na posição de pária. Entretanto, o pária só poderia deixar de assim ser quando se tornasse um arrivista, esforçando-se para tanto; e o arrivista:

[...] por nunca haver apagado a mácula da sua origem, vivia sob a constante ameaça de deportação de volta à terra de que tentou escapar. Deportação caso fracassasse; deportação caso fosse bem-sucedido de maneira demasiadamente espetacular para o bem-estar daqueles à sua volta. Nem por um momento o herói deixou de ser uma vítima potencial. Herói hoje, vítima amanhã – o muro divisório entre as duas situações era muito estreito. Estar em movimento significava não fazer parte de nenhum lugar. E não fazer parte de nenhum lugar significava não contar com a proteção de ninguém [...]. (Idem).

Segundo Bauman, a pós-modernidade fez do pária um arrivista. Para melhor compreender:

Na vida, os papéis devem negar que são papéis e fingir ser identidades, ainda que identidades não estejam disponíveis em qualquer outro aspecto ou forma que não o de papéis. Ninguém aprende essa verdade melhor do que os arrivistas – vivendo como vivem, sob constante e implacável pressão (para citar Hannah Arendt) “para ter de adaptar seu gosto, suas vidas, seus desejos” [...] (BAUMAN, p. 94, 1998).

Destarte, complementa Bauman no mesmo sentido, que:

“Não se pode modificar a própria imagem: nem o pensamento, nem a liberdade, mentira, náusea ou repugnância podem ajudar alguém a sair da sua pele peculiar.” No entanto, sair da sua pele peculiar é o que se espera que a pessoa o faça (p. 95, 1998).

A liberdade, nesse sentido, acaba por se tornar um problema, haja vista que tal ideia se encontra deturpada quando, apesar de livres, os indivíduos se veem impedidos de podar sua própria liberdade. A ideia de Sartre segundo a qual “somos condenados a ser livres” adquire cada vez mais sentido, mas por um mau caminho. Com ela surge a angústia.

Condenados não pela contingência encontram-se os sujeitos pós-modernos. Condenados pela incerteza, pela “compressão do espaço-tempo” e pela demanda que cobra cada vez mais alternâncias de identidade – cada vez mais adaptações a um mundo acelerado.

A escolha é um atributo do consumidor e a natureza cooperativa da comunidade de consumidores significa liberdade de escolha. A escolha é, contudo, [...] um tubo de ensaio da vida individual, em que se pode observar o processo correndo no grandioso universo da cultura. A liberdade de escolha assenta na multiplicidade de possibilidades. No entanto, seria uma liberdade vazia que negasse o direito de colocar uma possibilidade acima das outras [...]; em outras palavras, de podar ou cancelar totalmente a escolha. [...] a essência da livre escolha é o esforço para abolir a escolha (BAUMAN, p. 175, 1998).

Nesse sentido é que o consumismo se torna uma forma de estabelecer relações sociais, já que estas acabam também afetadas pela velocidade e compressão do espaço-tempo. Assim, segundo Zygmunt Bauman, a compra de mercadorias e o consumo das relações humanas se dão ambas do mesmo modo na pós-modernidade – de onde se permite entender o porquê de as relações sociais serem tão instáveis no mundo pós-moderno, haja vista que:

A sociedade de consumo é a sociedade do mercado. Todos estamos dentro e no mercado, ao mesmo tempo clientes e mercadorias. Não admira que o uso/consumo das relações humanas, e assim, por precaução, também de nossas identidades (nós nos identificamos em referência a pessoas com as quais nos relacionamos), se emparelhe, e rapidamente, com o padrão de uso/consumo de carros, imitando o clique que se inicia na aquisição e termina no depósito de supérfluos. (BAUMAN, p. 98, 2005).

De outro modo, com relação aos diversos efeitos que a pós-modernidade trouxe às relações humanas, o Direito, em meio a todas essas questões, viu-se imerso não apenas em problemáticas de ênfase dogmática e ideológica, mas foi também afetado por mudanças ocorridas no âmbito social.

Diante dos problemas que o mundo pós-moderno trouxe e das inquietudes que ainda podem suscitar no âmbito das relações humanas, o Direito se encontra, mais uma vez na história, como instrumento necessário para ascendê-las à harmonia e à coesão social.

## **2. O DIREITO NA PÓS-MODERNIDADE**

É de extrema importância para o Direito que os estudos jurídicos se voltem para o que a norma é capaz alterar no mundo diante dos fatos na pós-modernidade. O Princípio da Primazia da Realidade, um dos nortes do Direito do Trabalho<sup>6</sup>, se mostra, pois, subentendido nas relações jurídicas pós-modernas, haja vista o fluxo constante de informações e de fatos que o tempo, nessa era, sequer consegue acompanhar.

---

6 O princípio da primazia da realidade sobre a forma (chamado ainda de princípio do contrato realidade) amplia a noção civilista de que o operador jurídico, no exame das declarações volitivas, deve atentar mais à intenção dos agentes do que ao envoltório formal através de que transpareceu a vontade. (DELGADO, p. 192, 2009). Desde que a forma não seja da essência do ato (ilustrativamente, documento escrito para a quitação ou instrumento escrito para contrato temporário), o intérprete e aplicador do Direito deve investigar e aferir se a substância da regra protetiva trabalhista foi atendida na prática concreta efetivada entre as partes, ainda que não seguida estritamente a conduta especificada pela legislação. (DELGADO, p. 193, 2009).

Em outras palavras, com uma série de mudanças ocorrendo na realidade concreta em um espaço muito curto de tempo, perante as quais, até então, o Direito jamais se deparara, nada mais viável à forma jurídica do que incorporar o Princípio da Primazia da Realidade para que, durante momentos de dúvida acerca de “se deve prevalecer a norma ou a realidade”, que se atente e seja dada preferência aos fatos concretos trazidos ao caso. Ademais, pode-se tirar de tal concepção uma relação do Direito pós-moderno com a queda do positivismo jurídico na modernidade (FILIPPO, p. 58, 2012).

Na modernidade, mais precisamente no século XX, o positivismo se mostrou falho quando, diante das catástrofes humanas trazidas pelas grandes Guerras Mundiais, principalmente no que diz respeito ao holocausto, percebeu-se que, estando ou não em um Estado constituído por direitos, deveres e garantias, a ausência de humanidade é que faz do positivismo uma corrente capaz de conduzir o Direito à ruína.

Na pós-modernidade, as inovações jurídicas passaram então a se relacionar com mudanças no espaço e no tempo até então inéditas na contemporaneidade. A fluidez, o consumismo – seja de mercadorias, seja, de forma inédita, das relações humanas –, a rapidez com que as informações percorrem distancias longínquas e a condição de ser livre sem, contudo, poder dispor da própria liberdade – como bem assegura Bauman – refletiram no mundo jurídico com a criação de novos institutos e novos valores.

Muito embora diversos sejam os autores que tratam acerca do tema, e diversas também sejam as ideias a respeito disso, a pós-modernidade é, em si, para alguns, a simples constatação de que a ideia de verdade, construída lentamente pelos pensadores modernos, faliu.

Com isso, e com base nessa corrente, as ideologias e projetos acabam também decaídos. Em consequência disso, cria-se um sintoma na consciência coletiva de que valores antigos são antiquados e inaplicáveis; e de que o antigo deixa de constituir uma conjuntura de valores até então necessária para o processo do presente.

Assim, como bem aponta Thiago B.G. de Filippo, “se a modernidade ruiu com a derrocada da dogmatização da ciência, a pós-modernidade ascendeu justamente com a quebra desse paradigma” (p. 45, 2012), ou seja, foi através da constatação de que o positivismo apresenta enormes falhas quando ausente de atributos valorativos atinentes à condição de ser humano que a pós-modernidade se evidencia.

Durante os séculos XIX e XX, o Estado de Direito se constituiu numa miríade de princípios agudamente legalistas, haja vista sua estrutura jurídica ser composta de textos normativos, atos burocráticos e expedientes dispendiosos, unicamente (BITTAR, p. 145,

2008). Isso porque, com o desenrolar das Guerras Mundiais do século XX, tornou-se evidente para época que todo o positivismo que até então abarcara as relações jurídicas do mundo ocidental conduziria os países à ruína se não fosse devidamente assegurado por princípios e normas de cunho humanitário.

Os valores supremos até então eram os de validade, legalidade, impositividade e ordem do Ordenamento Jurídico. Contudo, seguindo essa corrente positivista dentro do Direito, deixa de haver efetividade no Estado de Direito e, conseqüentemente, a forma jurídica acaba se tornando uma medida de contenção ideológica das mazelas do sistema jurídico (BITTAR, p. 145, 2008). A ideia de que “o que está na lei é o que deve ser seguido”, nada mais faz do que contribuir para que seja mantida a estrutura social a qualquer custo, independentemente das mazelas e falhas. Não há intervenção de fato na realidade concreta; e tudo isso se direciona apenas com o fim de sustentar e justificar um sistema que nasceu para dar certo, para ser “positivo” (Idem).

Assim, juntamente com tal constatação acerca do positivismo jurídico e suas falhas no que se refere à efetividade, uma série de estruturas jurídicas sofre alteração na pós-modernidade, haja vista à frouxidão e a fragilidade dos vínculos sociais, que iniciou seu desenvolvimento com a ascensão do Capitalismo. No entanto, tal instabilidade teve seu despertar a partir da década de 70, quando a moeda se desmaterializa em meio à Guerra Fria, momento no qual, como bem retrata Zygmunt Bauman (apud FILIPPO, p. 48, 2012), constituiu o que por ele passou a se chamar de “modernidade líquida”. Com essas mudanças, as necessidades, os conflitos e os interesses acabam abrangendo uma perspectiva para além do indivíduo, ou seja:

Juntamente com estes fatos, os conflitos deixam de ter a proporção e a perspectiva de conflitos individuais e passam a conflitos conjunturais, coletivos, associativos, difusos, transindividuais, motivando o colapso das formas tradicionais de se atender a demandas para as quais somente se conheciam mecanismos típicos do Estado liberal, estruturado sobre as categorias do individual e do burguês. (BITTAR, p. 143, 2008).

Posto isso, percebe-se que as mudanças que ocorreram no Direito por conta da pós-modernidade consistem na prevalência dos valores coletivos e transindividuais em conjunto com o colapso do individualismo, que por tempos esteve consolidado nas relações jurídicas contemporâneas como seu arcabouço. Tanto é que apenas no início do século XX, com a Constituição Mexicana, de 1917, e a Constituição Alemã de Weimar, em 1919, é que os direitos sociais surgem no ocidente (NASCIMENTO, p. 90, 2009).

Os direitos transindividuais, nessa perspectiva, surgem a partir de conflitos sociais originados no século XX. Com tal avanço, passa a ser reconhecida a proteção de direitos

como a educação, segurança, meio ambiente, saúde, dentre outros de natureza fluída, cuja titularidade compete a todo cidadão.

Situados entre o interesse público e o privado – haja vista que são individuais e, ao mesmo tempo, compartilhados por grupos, classes ou categorias de pessoas –, excedendo o âmbito individual sem chegar ao interesse público, os direitos transindividuais são compartilhados por vários titulares individuais que se vinculam pela mesma relação fática ou jurídica (OLIVEIRA, 2011).

Todos os titulares de quaisquer direitos transindividuais possuem a necessidade de substituir o acesso individual à justiça por uma ação coletiva, a fim de solucionar o conflito em questão adequadamente e, assim, evitar a instauração de inseguranças jurídicas, conduzindo a uma solução mais eficiente da lide (MAZZILLI, p. 50, 2015). A esse modo, o que se percebe é que “na pós-modernidade dá-se uma pluralidade de descrições da realidade social igualmente válidas”; e, em decorrência disso, o ideal se mostra na tentativa de combiná-las (FILHO, p. 651, 2009 apud FILIPPO, p. 54, 2012).

Nesse contexto, sob a perspectiva de Fazzalari (apud FILIPPO, p. 55, 2012), o processo, em conjunto com o Poder Judiciário, é que permite tal combinação, fazendo-se necessária, assim, a existência de procedimentos que resguardam interesses e direitos públicos, privados, coletivos e transindividuais. O Poder Judiciário adquire, assim, grande importância na pós-modernidade quanto à aplicação, à interpretação, bem como ao estabelecimento de precedentes e a constituição de jurisprudências. Para Wolkmer (p. 147, 1989):

[...] a sentença judicial emanada do Juiz adquire não só validade formal como tipificação do preceito imperativo e obrigatório. Faz-se necessário, sem dúvida, assinalar que tais disposições judiciais são inegavelmente partes do Direito positivo, na medida em que tanto são respeitadas pelos litigantes e acatadas pelos tribunais, quanto reiteradamente incorporadas pelo legislador do Direito positivo. O papel do Juiz é acentuadamente marcante, não só como recriador do processo hermenêutico, mas também como adaptador das regras jurídicas às novas e constantes condições da realidade social. (apud FILIPPO, p. 84, 2012).

Tal importância que o Judiciário adquire decorre de todas as necessidades da queda do positivismo jurídico, isto é, da constatação de que todo e qualquer preceito normativo em nada se faz efetivo e justo se não for dotado de valoração concreta, de valoração pautada na realidade social. Tal queda, contudo, deu-se justamente num período onde a modernidade já sedia espaços imensos à pós-modernidade, tendo em vista que inconcebível seria para um sistema estável e no primado do conservadorismo, como é o positivismo, manter-se proeminente em meio às inconstâncias e instabilidades que a pós-modernidade trouxe ao mundo.

O valor do Poder Judiciário na pós-modernidade, portanto, é fruto não apenas da queda do positivismo propriamente dita, mas também decorre da instabilidade e fluidez em que o mundo pós-moderno se constitui. Historicamente, tal poder foi considerado como o “mais fraco”, pois tinha de ceder suas atribuições aos mandos do Executivo e apenas poderia aplicar as leis promulgadas pelo Legislativo (FILIPPO, p. 81, 2012).

Todavia, com a ruptura da crença de que as leis seriam capazes de promover igualdade; com a inércia do Poder executivo em realizar políticas públicas necessárias à sociedade; com as inconstâncias, a fluidez e a compressão da realidade pós-moderna; e, ainda, com a necessidade de serem atendidos interesses transindividuais, públicos, privados e coletivos (FILIPPO, p. 82, 2012), a atuação do Poder Judiciário de forma mais ampla se mostrou indispensável.

Outro ponto que também se fortifica nessa realidade são as formas alternativas de resolução dos conflitos, quais sejam: a mediação, a conciliação e a arbitragem. Tais métodos, na pós-modernidade, assumem a mesma importância que detém nesse espaço-tempo o Poder Judiciário, vez que ao mesmo tempo em que este tem atuado de modo a atender dispêndios que não necessitam de novas leis, mas sim de novas interpretações, num ato de desencargo do Legislativo, o Poder Judiciário também acaba ficando com uma série de demandas, pois suas atribuições, assim como as dos demais poderes, também se acumulam constantemente com a pós-modernidade.

A pós-modernidade, entendida como período de revisão das heranças modernas e como momento histórico de transição no qual se ressentem o conjunto dos descalabros da modernidade, produz rupturas e introduz novas definições axiológicas, das quais os primeiros benefícios diretos se podem colher para os sistemas jurídicos contemporâneos (a arbitragem, a conciliação, o pluralismo jurídico, entre outras práticas jurídicas), e causaram em parte o abalo ainda não plenamente solucionado de estruturas tradicionais, nos âmbitos das políticas públicas, da organização do Estado e na eficácia do direito como instrumento de controle social. (BITTAR, p. 142, 2009).

Sobre esse sentido, aponta Humberto Theodoro Junior que:

A conciliação e a mediação são métodos alternativos de resolução de conflitos, que vêm ganhando força nos ordenamentos jurídicos modernos, pois buscam retirar do Poder Judiciário a exclusividade na composição das lides. Ninguém melhor do que as próprias partes para alcançar soluções mais satisfatórias para suas contendas, chegando à autocomposição, por meio da *alternative dispute resolution* (ADR), na linguagem do direito norte-americano. (p. 449, 2016, grifo do autor).

Nessa perspectiva, é possível perceber que a sociedade pós-moderna apregoa pela aplicação dos métodos alternativos de solução de conflitos com o intuito de que as partes se entendam entre si num momento antecedente ao processo judicial. Desse modo, é possível que seja dada a elas a oportunidade de resolverem seu conflito antes que este se torne uma

lide em juízo.

Cria-se uma “‘cultura da pacificação’, valorizando a solução amigável pelos próprios conflitantes” (Idem); e, ao mesmo tempo, serve de instrumento na redução de processos acumulados no Judiciário, que, na pós-modernidade, com a intensificação das necessidades individuais e coletivas, dos conflitos e da complexidade das relações sociais, tendem a se acumularem cada vez mais.

No que diz respeito ao Direito Constitucional, com a chegada do século XXI, instituiu-se de escopo ao Estado uma nova realidade, a do Neoconstitucionalismo, a fim de que se consiga alcançar essa maior efetividade necessária na pós-modernidade dentro do âmbito de Estado de Direito (LENZA, p. 76, 2015).

Segundo essa corrente, apregoa-se fortemente não apenas a ideia de limitação do poder político, mas, precipuamente a busca pela eficácia da Constituição. Ademais, a Constituição continua como centro do sistema jurídico, dotada de imperatividade, superioridade, rigidez e estabilidade, mas agora com uma carga valorativa, isto é, tanto no quesito norma, quanto no quesito axiológico, a Constituição se mostra superior hierarquicamente.

A busca pela concretização de valores constitucionalizados se mostra evidente, junto de direitos individuais, políticos, sociais e transindividuais; e, diante de seus efeitos sobre o Ordenamento Jurídico, a eficácia de seu texto visa atingir todos os âmbitos jurídicos e sociais (LENZA, p. 77, 2015). Nisso se encontra a questão da constitucionalização do Direito e da Publicitação do Direito Privado.

Nessa acepção, expõe Thiago Baldani Gomes de Filippo, quanto ao sistema jurídico na pós-modernidade, que “Em todos os seus ramos verificamos o influxo das normas constitucionais, as quais lhes ditam os requisitos de forma e de fundo e passam a reger completamente a matéria” (p. 75, 2012). O Direito Público, a esse modo, acaba por interpelar as relações privadas e, assim, repercutir tanto na questão normativa, quanto na principiológica dentro dos âmbitos do Direito Privado.

É com a Constituição Federal de 1988 que o Neoconstitucionalismo se valida no ordenamento jurídico brasileiro. Juntamente disso, um novo posicionamento é adotado por parte do Estado brasileiro face às adversidades pós-modernas. Seja pela primazia dos princípios constitucionais sobre o positivismo, seja pelas desenfreadas e novas necessidades, interesses e direitos nos litígios, o Poder Judiciário, a Publicitação do Direito Privado e os métodos alternativos de resolução de conflitos inevitavelmente acabaram se constituindo como os efetivos agentes pós-modernos do Direito.

### 3. A CONSTITUINTE DE 88 COMO AVANÇO DE UM BRASIL RETRÓGRADO

No Brasil, a pós-modernidade exerce suas compreensões espaço-temporais de uma forma peculiar. Até então o Estado brasileiro se mostrou um tanto quanto distante da realidade moderna e liberal do mundo ocidental. A concentração de renda e seu espírito coronelista, dentre outras mazelas institucionais, como a própria ditadura militar, contribuíram imensamente com isso.

Apenas com a Constituição Federal de 1988 é que se pode dizer que o Brasil efetivamente se constituiu como um Estado Democrático de Direito. Findo o período do Império, a República Velha se mostrou ainda deveras rural, elitista e com enorme concentração de renda. Não tardou muito, com a Era Vargas e a Ditadura de 64, valores democráticos adentraram num regresso ainda maior. Enfim, a constituinte de 88 trouxe inevitavelmente avanços significantes à sociedade brasileira, dando seus primeiros passos para um efetivo e real Estado Democrático de Direito.

Disso, denota-se a seguinte análise exemplificativa de como a modernidade brasileira desenvolveu seus primeiros passos:

[...] a maioria dos brasileiros nem sonhava com essa modernidade. Moravam no campo, trabalhavam na roça e nem sequer viviam de salário. Jamais viajariam num trem ou comprariam terrenos de casimira inglesa. Quase todas as cidades do interior ainda tinham ruas de terra, sem esgoto nem luz elétrica. [...] Como se vê, a república velha se ligava aos novos fazendeiros paulistas e aos habitantes da cidade grande, principalmente do Rio de Janeiro. (SCHMIDT, p. 457, 2011).

Sendo a Constituição Federal de 1988 promulgada ao final de uma década consumida por uma ditadura empresarial militar, onde o autoritarismo e a concentração de renda se exacerbaram ao ponto de os conceitos de “moderno” e “liberdade” perderem seu sentido, inevitável foi o progresso da Constituição em relação ao passado histórico do Brasil, bem como sua eficácia em atender as necessidades de um Estado frente à pós-modernidade. Com ela, surge uma série de inovações que diretamente se relacionaram com a pós-modernidade e, ao mesmo tempo, também indiretamente.

Poderia se dizer que a garantia conjunta e coligada dos direitos individuais, políticos, sociais e transindividuais; e a ocorrência da Publitização do Direito Privado decorreram diretamente do texto constitucional, vez que tais fatores ou possuem previsão expressa ou a sua incidência sobre o âmbito social se dá de forma direta.

Dentre os direitos individuais, assegura a Constituição Federal do Brasil o direito à igualdade, à liberdade e à propriedade, basicamente contidos nos incisos do seu art. 5º. Contudo, abrangem tais direitos uma série de questões de cunho social, voltadas à realidade

concreta, e, a partir de então, a perspectiva da constituinte direciona-se ao que se entende por Publicização do Direito Privado.

Inicia o art. 5º da Constituição num capítulo que se intitula “Dos direitos e deveres individuais e coletivos”. Tal parte inclui-se ainda no título “Dos direitos e garantias fundamentais”. Sendo assim, compreende-se que a coletividade, e não apenas o indivíduo, passou a também constituir um dos primados do Estado Democrático de Direito com a vigência da Constituição Cidadã de 88. Segundo o supracitado artigo:

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

São apresentados nos incisos desse artigo termos e condições com a finalidade de assegurar tal liberdade. Dentre eles, alguns merecem destaque: *I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; XXI - as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente; XXII - é garantido o direito de propriedade; XXIII - a propriedade atenderá a sua função social.*

Nos incisos XXI, XXII e XXIII percebe-se que os direitos sociais inserem-se assegurados na primazia dos direitos fundamentais da Constituição Federal. Disso, há de se notar curioso o fato de que a própria propriedade, direito até então iminente individual, passou a ser assegurado dentro e nos limites de sua função social (art. 5º, XXIII, CF).

Tal função social, contudo, não se encontra adstrita apenas ao direito à propriedade. O art. 3º da CF diz que constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. São eles: *I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.*

A Constituição, nesse sentido, demonstra sua capacidade de efetivar direitos que extrapolam o indivíduo no primado da sua personalidade para repercuti-los também sobre a sociedade em geral. Tanto é que em capítulo próprio a Constituição dispõe sobre os direitos sociais – o de número II, mais especificamente. Logo ao seu início, dispõe o art. 6º: *São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.*

No inciso XXI do art. 5º, percebe-se a proteção da Constituição exercida sobre categorias e classes de pessoas, mais precisamente as entidades associativas, dizendo que, quando expressamente autorizadas, possuem elas legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente, o que demonstra mais uma vez certo cuidado do poder constituinte em versar por titulares de direitos coletivos e não apenas individuais.

Outro exemplo disso é o que se observa com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, constados no art. 3º da Constituição, os quais, além de extrapolarem o recinto privado do indivíduo, extrapolam o próprio conceito de grupo, categoria e classe, pois são direitos direcionados a um número indeterminável de titulares.

A partir desse direcionamento em expansão ao social e ao transindividual, um conceito já é possível ser extraído, o dos “direitos transindividuais”. Segundo Hugo Nigro Mazzilli, tais direitos encontram-se “situados numa posição intermediária entre o interesse público e o interesse privado” (p. 50, 2015); e tal posição somente passou a ser reconhecida no ordenamento jurídico brasileiro com a previsão de um dispositivo constitucional em específico: o inciso XXXII do art. 5º da Constituição, segundo o qual: *o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.*

Em 1990 surge a Lei 8.078, que apresenta o Código de Defesa do Consumidor, advento por meio do qual se passou a regulamentar a relação entre consumidores e fornecedores de bens e serviços, não mais deixando-a adstrita apenas ao Código Civil.

Contudo, distintamente da relação de consumo, a contribuição do Código de Defesa do Consumidor deu-se também no sentido de se regulamentar os ditos “direitos transindividuais”. Em consequência disso, no tocante à pós-modernidade, definiu-se em seu art. 81 o conceito de “direitos transindividuais” classificando-os em três categorias distintas: a dos direitos e interesses difusos; a dos coletivos – em sentido estrito, pois em sentido amplo se entende o próprio gênero dos direitos transindividuais –; e a dos individuais homogêneos:

Com a edição do Código de Defesa do Consumidor outras consequências se estenderam pelo ordenamento jurídico brasileiro no que diz respeito à pós-modernidade. Tais consequências se referem às tantas influências que os direitos do consumidor exerceram sobre a elaboração do Código Civil de 2002. Nesse sentido, aponta o advogado e doutor pela USP, Paulo Luiz Netto Lôbo que:

Uma das mais importantes realizações legislativas dos princípios constitucionais da atividade econômica é o Código do Consumidor, que regulamenta a relação contratual de consumo. Seu âmbito de abrangência é enorme, pois alcança todas as relações havidas entre os destinatários finais dos produtos e serviços lançados no mercado de consumo por todos aqueles que a lei considera fornecedores, vale dizer, dos que desenvolvem atividade organizada e permanente de produção e distribuição

desses bens. Assim, o Código do Consumidor subtraiu da regência do Código Civil a quase totalidade dos contratos em que se inserem as pessoas, em seu cotidiano de satisfação de necessidades e desejos econômicos e vitais. (p. 11, 2002, grifo nosso).

Compreende-se, assim, que é, em um primeiro momento, da efetividade erga omnes da Constituição sobre todos os âmbitos e, posteriormente, do seu dispositivo próprio que prevê a necessidade de se regulamentar o Direito do Consumidor, que se inicia a Publicitização do Direito Privado no Brasil.

É bem verdade, a partir do século XIX, movimentos sociais e uma intensa industrialização eclodiram por toda a Europa, trazendo uma série de prejuízos sociais e econômicos que se maximizaram com as duas Grandes Guerras Mundiais. A partir de então emerge na consciência coletiva a necessidade de o Estado intervir de forma mais intensa na economia, fato este que afetou demasiadamente os contratos em geral. (FILLIPO, p. 76, 2012).

O mundo ocidental como um todo se vê afetado por essas questões e, a partir dos anos 30, ocorre a criação de extravagantes leis que impuseram severas limitações à liberdade contratual e ao próprio conteúdo dos contratos. A exemplo disso, pode-se considerar a Constituição Brasileira de 1934 como um direcionamento jurídico do Estado a fim de impor limites nas relações privadas da sociedade.

O público interpenetra com o privado numa relação cada vez mais intensa, e, posteriormente, tal evento acaba por desembocar na elaboração da Constituição Cidadão de 1988, que, seja pela previsão do Código de Defesa do Consumidor, seja pela sua carga valorativa de princípios e normas exaltantes do primado da pessoa humana, acabou contribuindo com a edição do Código Civil de 2002, não mais sendo este compreendido como uma “constituição do direito privado”, assim como era o Código de 16. O Código Civil de 2002 inaugura no Direito Brasileiro a publicitização do âmbito privado legalmente regulamentada (FILLIPO, p. 76-77, 2012),

A Publicitização do Direito Privado surge, portanto, tanto da previsão do Código de Defesa do Consumidor expressa na Constituição, quanto da maior carga valorativa e principiológica no que tange à dignidade da pessoa humana, que, inevitavelmente, acabou por repercutir nas relações do âmbito privado do Direito Civil, com princípios como o da boa-fé, o do dirigismo contratual, dentre outros.

Tais direitos assegurados, que vão desde o art. 3º, passando pelo art. 5º da Constituição e distribuídos por todo o texto constitucional com enorme carga de valores e princípios, demandam de quem os aplicar uma contribuição interpretativa também enorme.

Além disso, tais direitos, sendo assegurados constitucionalmente, passam a fazer parte do que requerem as pessoas nos órgãos jurisdicionais, e, assim, a própria demanda de ações no Poder Judiciário acaba se intensificando.

Como consequência disso é inevitável que o Judiciário acabe versando cada vez mais pela interpretação na resolução dos litígios; e, ao mesmo tempo, acabe se encontrando impossibilitado de atender a todas as demandas que dia após dia se renovam e se encontram mais complexas na pós-modernidade.

Daí advém a necessidade de se adotar interpretações de decisões pretéritas do Judiciário e de serem aplicados os métodos alternativos de resolução de conflitos, respectivamente. Isso porque, com um aumento dos direitos assegurados aos indivíduos e, conseqüentemente, com o aumento dos litígios a serem jurisdicionados, nada mais eficaz e justo do que buscar uniformizar de forma justa as decisões com base em interpretações pautadas na Constituição e, igualmente, buscar atender ao consenso dos litigantes antes de iniciado o processo em busca de uma sentença, que, inevitavelmente, será dispendioso ao respectivo órgão julgante.

“No que se refere às normas jurídicas, o magistrado, ao decidir um caso, invariavelmente deve realizar um juízo hipotético de conformidade constitucional” (FILIPPO, p. 85, 2012). Assim, a própria Constituição, em sua maior alçada de direitos, garantias e princípios fundamentais trouxe ao Judiciário um maior número de litígios e, em contraposição, a possibilidade de se utilizar da interpretação e de alternativas para poupar o andamento de um processo que poderia ser evitado; além de tratar de certas questões quando omissos forem os poderes Executivo e Legislativo.

A partir disso já é possível pontuar em que sentido a Constituição Federal de 1988 se relaciona indiretamente com a pós-modernidade, mas no que tange única e exclusivamente ao Poder Judiciário.

Na pós-modernidade, o Poder Judiciário atua de forma cada vez mais ampla e indispensável na pós-modernidade. Com a queda do positivismo, a inércia dos demais poderes, a compressão e fluidez da realidade pós-moderna, e suas novas categorias de direitos e necessidades os órgãos jurisdicionais acabam, inevitavelmente, aderindo ao neoconstitucionalismo presente na Constituição de 88, a fim de, através dos princípios constitucionais, melhor atender aos aclames da sociedade brasileira pós-moderna.

É que, em virtude das ideias neoconstitucionalistas, em muitos casos difíceis (“hard cases”), o juiz é chamado a decidir com base em princípios.

[...] Entretanto, é sintomática a insegurança jurídica gerada por todo esse quadro, pois em razão de enorme liberdade conferida aos magistrados na interpretação das normas, notadamente pela dogmática fluida geral pela aplicação de normas de viés

principiológico, liberdade esta necessária, digamos de passagem, pode haver decisões mais díspares, mesmo diante de casos idênticos ou muito semelhantes. (FILLIPO, p. 88-89, 2012).

O amparo constitucional às demandas do Judiciário para atender outras, da sociedade brasileira pós-moderna, nada mais faz, portanto, do que assegurar questões que o ordenamento jurídico se encontra impossibilitado muitas vezes de atender ou regulamentar. No entanto, tal atuação se dá de forma isolada – ou ao menos se dava – em sentenças isoladas, restritas a sua própria lide, não conseguindo, pois, atingir uma eficácia erga omnes, de modo a se consolidar determinada interpretação, entendimento e até mesmo certa regulamentação.

Com isso, processos e mais processos são acumulados, e a outra consequência desse acúmulo de necessidades, direitos demandas aos demais Poderes acaba sendo a não efetivação da Justiça. Nesse sentido, compreende Thiago Baldani Gomes de Fillipo ser necessário, no Brasil, a existência de precedentes vinculantes, tendo em vista a atual condição do sistema judiciário nacional (p.110, 2012). Precedentes seriam:

[...] orientações judiciais originárias já proferidas sobre certo tema e que podem ser utilizadas para a solução de outros casos, que veresem sobre o mesmo assunto ou assunto parecido. Assim, decisões utilizadas como parâmetros para outros acsos semelhantes são *precedentes judiciais* (Idem, grifo do autor).

Em 2004, com a Emenda Constitucional nº 45 – conhecida também por “A Reforma do Judiciário” –, ocorre o acréscimo de mais um dispositivo na Constituição Federal, através do qual passa a ser autorizada e regulamentada a edição de Súmula Vinculante, uma forma de precedente que vincula geral e abstratamente todas as decisões proferidas pelos juízos nacionais. Contudo, tal Súmula constituiu uma exceção, juntamente das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no bojo de controle abstrato de constitucionalidade de lei ou ato normativo (FILLIPO, p. 111, 2012) até a vigência do Código de Processo Civil de 2015.

Com a sistemática do Novo CPC introduziu-se uma série de precedentes no ordenamento jurídico brasileiro, que passam com ele a ter efeitos obrigatórios e gerais a todos os juízos; e que estão previstos nos incisos do art. 927 do Novo CPC. São eles: *I as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade; II os enunciados de súmula vinculante; III os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV os enunciados das súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional; V e a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.*

Outrossim, determina ainda o art. 489 do Novo CPC, em seu §1º, que os precedentes não de ser observados em toda e qualquer decisão judicial, do contrário não será considerada

sua fundamentação:

Art. 489, CPC. [...] §1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:  
[...] VI deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Em linhas gerais, é evidente que Estado Brasileiro de Direito, reestruturado e eficaz com a Constituição Federal de 88, abrange uma série de inovações que coadunam com a pós-modernidade. A importância desses avanços, por sua vez, vai muito além da possibilidade de a sociedade brasileira se apartar do anterior regime político, ditatorial. Importante são tais avanços, principalmente, por engendram o Estado brasileiro numa perspectiva e ordem normativa capazes de se amoldar à fluidez das relações sociais e à compressão do espaço-tempo que a pós-modernidade inaugura.

“[...] chegamos ao terceiro milênio atrasados e com pressa” (BARROSO, p.304-306, 2008 apud FILIPPO, p. 48, 2012), mas com a Constituição Federal de 1988 foi possível que o Brasil, uma república tardia, se comparado às demais democracias ocidentais, desse o necessário impulso para que seu Estado de Direito se enquadrasse à pós-modernidade.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O Direito é a ferramenta social do indivíduo. Em sociedade, dela se utiliza o sujeito que, a fim de se interpelar com o mundo que o cerca, relaciona-se para com as demais pessoas em vínculos de harmonia, dentro do que a lei lhe permite fazer, ou exigindo prestações de outros sujeitos, embasando-se também no Direito.

Em determinado momento na história, com a autovalorização do capital já em elevados índices, os meios de produção na Europa se deparam com uma crise na qual a moeda, enquanto medida e forma de representação de valor, acaba se chocando com a nova estrutura do crédito e dos “capitais fictícios”. Tal fenômeno, por sua vez, pode ser considerado como apenas um dos sintomas de uma época em que o espaço e o tempo se comprimem. Ocorreu uma “compressão do espaço-tempo”, assim definido por David Harvey. Ocorreu a pós-modernidade.

Os valores se amoldam à inconstância em tal época; as relações sociais tornam-se fluidas; a incerteza tudo envolve; e o Direito, como ferramenta social do indivíduo, indubitavelmente acabou insurgindo com vigor sobre essa realidade.

Pensadores da filosofia e outras ciências sociais buscaram analisar o período histórico da pós-modernidade e, com isso, certos elementos foram nela constatados de forma

inovadora. Os termos “fluidez” e “líquido”, por exemplo, trazidos por Zygmunt Bauman, refletem bem o sentido e escopo que adquirem os valores nessa compressão do espaço-tempo.

O Direito segue o mesmo rumo. Como uma célula da superestrutura de toda a sociedade ocidental pós-moderna, a forma jurídica não deixou de pela pós-modernidade ser afetado. Contudo, de modo um tanto quanto diverso dos demais alvos da liquidez e da compressão espaço-temporal da pós-modernidade, o Direito, por ser uma ciência do dever ser, acaba incidindo na práxis desse novo mundo.

No Brasil, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, uma república tardia se instaura. Tardia, pois, em vista dos demais países do ocidente, sua construção se mostrou ainda recente e, saindo de um regime ditatorial, trouxe ao Estado Brasileiro de Direito certo caminho de recomeço – trajetória que, haja vista a época em que se inicia, deparava-se já com o mundo fluido, instável e globalizado da pós-modernidade.

A partir de então inovações jurídicas aceleradamente se desencadeiam ao longo do tempo pelo ordenamento jurídico brasileiro. Acompanhando a fluidez e a velocidade das demandas sociais presentes na pós-modernidade, o Direito, no Brasil, possibilitado pelas inovações trazidas pela Constituinte de 88, acabou se amoldando a uma série de fatores pós-modernos que, de forma particular, trouxe uma série de institutos, normas, valores e preceitos jurídicos que revelam avultados sinais da pós-modernidade.

Assim, considerando o momento histórico em que restituiu sua democracia, o Brasil, pela Constituição Cidadão de 88, inaugura o Estado Brasileiro de Direito como sendo uma república tardia emergente e atuante na pós-modernidade.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

- BAUMAN, Zygmunt. Identidade. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor Ltda., 2005.
- BAUMAN, Zygmunt. O Mal-Estar da Pós-Modernidade. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor Ltda., 1998.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. O direito na pós-modernidade. 2008.
- COMPARATO, Fábio Konder. A Civilização Capitalista. São Paulo: Saraiva, 2014.
- DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: Editora LTr, 2009.
- FILIPPO, Thiago Baldani Gomes De. Neoconstitucionalismo e Súmulas Vinculantes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012.
- GERMER, Claus M. O Sistema de Crédito e o Capital Fictício em Marx. Porto Alegre: Ensaio FEE, 1994.

- HARVEY, David. *Condição Pós-Moderna*. São Paulo: Editora Loyola, 1992.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Fenomenologia do Espírito*. Petrópolis: Vozes, 1992.
- JÚNIOR, Umberto Theodoro. *Curso de Direito Processual Civil Volume I*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do Direito Civil*. 2007.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- PIKETTY, Thomas. *O Capital no Século XXI*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.
- SCHMIDT, Mario. *Nova História Crítica*. São Paulo: Nova Geração, 2011.

# FAMÍLIA BRASILEIRA: PLURALIDADE, DESAFIOS E O RECONHECIMENTO JURÍDICO

Rodrigo Folla MARCHIOLLI<sup>1</sup>

## RESUMO

O presente estudo tem por objetivo geral demonstrar a importância da família como base da sociedade, bem como por objetivo específico discutir a pluralização dos seus conceitos que tiveram início em meados do século XX e ainda hoje permanece em pleno desenvolvimento e expansão, pois estão enraizados na nossa sociedade novos tipos de famílias não previstas na atual legislação. Portanto, verifica-se a possibilidade da aceitação jurídica e social desses novos conceitos e a importância do acompanhamento das normas jurídicas à dinâmica social, com lastro em princípios – entre os quais o da igualdade e o da dignidade da pessoa humana – e outros fundamentos constitucionais que alicerçam o Direito de Família, à luz da Constituição Federal de 1988 e, desta, ao vigente Código Civil. Sob o enfoque dos valores constitucionais, discorrer-se-á sobre os novos rumos e perspectivas do Direito de Família, com base na legislação atual, discussões doutrinárias e entendimentos jurisprudenciais através do método hipotético-dedutivo.

**PALAVRAS-CHAVE:** família; afetividade; dignidade; igualdade, pluralidade

## ABSTRACT

The main objective of this study is to demonstrate the importance of the family as the base of society, as well as to specifically discuss the pluralization of its concepts that began in the mid-twentieth century and is still in full development and expansion, since they are rooted in Our society new types of families not provided for in current legislation. Therefore, there is a possibility of legal and social acceptance of these new concepts and the importance of following legal norms to social dynamics, based on principles - including equality and dignity of the human person - and other constitutional foundations Which underpin the Family Law, in the light of the Federal Constitution of 1988 and, of this, the current Civil Code. Under the focus of constitutional values, we will discuss the new directions and perspectives of Family Law, based on current legislation, doctrinal discussions and jurisprudential understandings through the hypothetical-deductive method.

**KEY-WORDS:** family; affection; dignity; equality; plurality.

## INTRODUÇÃO

É notória a complexidade de se introduzir na sociedade novos conceitos de famílias. O ser humano é desenvolvido para viver em grupo e começa a realizar este convívio geralmente na casa dos seus pais, onde recebe as primeiras lições de comportamento em grupo. Daí o surgimento da dificuldade de reconhecer as famílias que destoam do conceito que nos foram passados.

1 Possuo graduação em Direito pela AEMS-Faculdades Integradas de Três Lagoas-MS. Sou Pós-graduado em Direito Civil e Direito Processual Civil, pela UNITOLEDO de Araçatuba-SP, Mestrando UNIVERSIDADE BRASIL - CAMPUS SÃO PAULO ? STRICTO SENSU, Advogado e desde 1º de março 2012 sou professor da FACULDADE DE GUARARAPES - UNIESP.

De qualquer modo, as pessoas hoje possuem maior liberdade para buscar a felicidade, mesmo que para isso tenham que viver fora dos padrões sociais pré-estabelecidos. A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu texto três formas de famílias: a família constituída pelo casamento (famílias tradicionais), a família oriunda da união estável entre homem e mulher e a família constituída por qualquer dos pais e seus descendentes. A família decorrente da união estável entre o homem e a mulher, pautada na atividade, estabilidade e ostensibilidade, só foi reconhecida pela Magna Carta de 1988, muito embora homens e mulheres já há muito tempo conviviam em vínculos afetivos fora do casamento, devido a evolução dos costumes das uniões extramatrimoniais.

A família deve ser vista como uma entidade organizada e examinada sob a ótica sociológica, não deixando de lado as várias mudanças sociais que a modificaram ao longo da história. É notório que a nossa concepção de família atual sofre influência romana e canônica. O Direito de Família foi fortemente influenciado pelo direito canônico, trazido pela colonização lusa. Recentemente houve uma grande revolução no conceito de Direito de Família brasileiro com a Constituição Federal de 1988, perdendo um pouco dos conceitos canonistas e dogmáticos intocáveis, predominando algo próximo à liberdade contratualista, no tocante a sua constituição e ruptura.

Nestes aspectos, quanto aos casais homoafetivos, veremos neste trabalho que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de união estável entre casais de mesmo sexo como entidade família e a possibilidade da sua conversão em casamento.

Mesmo que não haja lei específica sobre o tema em vigor, em todas as situações de fato ocorrem conflitos e como não se pode excluir da apreciação do Poder Judiciário nenhuma lesão ou ameaça a direito, estes conflitos são passíveis de serem resolvidos pelos magistrados, concedendo juridicidade aos fatos sociais. Óbvio que se torna cada vez mais amplo o reconhecimento dos efeitos jurídicos do relacionamento entre duas pessoas do mesmo sexo, com todas as suas consequências.

Discutir-se-á, neste trabalho, o direito de família, com a pluralização dos seus conceitos e o reconhecimento da união de pessoas de mesmo sexo como entidade familiar. É necessário que a pesquisa se entrelace com o que vem sendo aplicado na sociedade, pois a omissão das leis traz insegurança e afeta o equilíbrio social, uma vez que o Estado se faz ausente.

## **O DIREITO DAS FAMÍLIAS**

A união de seres não é prerrogativa da espécie humana, seja para o acasalamento

para perpetuação da espécie e ou pelo medo das pessoas do abandono afetivo, ou seja, a solidão. A solidão é como um fantasma que ronda o indivíduo e o força a procurar outras pessoas para dar continuidade a sua linhagem familiar e dividir os momentos de sua vida.

O ser humano é desenvolvido para viver em sociedade e começa a realizar esse desenvolvimento na casa dos seus pais. Portanto, o primeiro exercício de socialização acontece no seio familiar, onde a criança sente o conforto e o amor desprendido de seus familiares e desenvolve a idéia da existência de felicidade no convívio de uma família.

Diniz afirma que na seara jurídica o conceito de família tem três acepções: a) amplíssima; b) a lata e c) restrita:

[...] No sentido amplíssimo abrange todos os indivíduos que estiverem ligados pelo vínculo consangüinidade ou da afinidade, chegando a incluir estranhos [...] Na acepção “lata”, além dos cônjuges ou companheiros, e de seus filhos, abrange os parentes da linha reta ou colateral, bem como os afins (parentes do outro companheiro ou cônjuge). [...] Na definição restrita é a família o conjunto de pessoas unidas pelos laços do matrimônio e da filiação, ou seja, unicamente os cônjuges e a prole. (2009, p. 9)

Sociologicamente podemos definir família como: união para o convívio íntimo e domiciliar de pessoas, para troca de afetividade, sensações, experiências e segurança. A referida segurança configura tanto a segurança da inviolabilidade do lar, de uma casa, da proteção física, por exemplo, a proteção da solidez do lar dos pais; tanto como, a segurança emocional, que é aquela que estreita os laços afetivos; é o saber que podemos contar com o carinho, a compreensão, o amor de uma pessoa e a certeza de que não estaremos sozinhos nesta vida. Dias, comenta sobre a identidade da família hoje:

[...] o que identifica a família não é nem a celebração do casamento nem a diferença de sexo do par ou o envolvimento de caráter sexual. O elemento distintivo da família, que a coloca sob o manto da juridicidade, é a presença de um vínculo afetivo a unir as pessoas com identidade de projetos de vida e propósitos comuns, gerando comprometimento mútuo. (2009, p. 42)

Conforme Gonçalves (2009, p. 09): “Família constitui o alicerce mais sólido em que se assenta a organização sócia, estando a merecer, por isso, a proteção do Estado”. O Direito de Família são todos os ramos do direito, pois a família é a base social do Estado, portanto, ao Estado cabe organizar a vida em sociedade e proteger os seus indivíduos, devendo intervir para coibir excessos e impedir colisão de interesses. O Estado juridicamente utiliza para defender a família a Constituição Federal de 1988, o Código Civil de 2002 e a Lei nº 8.069/1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente – que deixa claro a importância da família para a criança, futuros cidadãos.

Diniz, conceitua o Direito de Família:

Constitui o direito de família o complexo de norma que regulam a celebração do

casamento, sua validade e os efeitos que dele resultam, as relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal, a dissolução desta, a união estável, as relações entre pais e filhos, o vínculo do parentesco e os institutos complementares da tutela e curatela. (2009, p. 03)

Esta proteção varia conforme a matéria, o Direito objetiva os fatos para que sejam jurídicos, mas o Estado ainda que tenha o dever de regulamentar o relacionamento entre as pessoas não pode deixar de respeitar a espinha dorsal de todas as leis, quais sejam os Direitos Humanos. Como exemplo, podem-se citar o direito à liberdade e o direito à vida, mas uma vida digna e feliz. Desta forma, o surgimento de leis que não apenas impõem obrigações, mas criam valores.

A Constituição Federal de 1988 igualou homens e mulheres e tutelou o conceito de família, passando a proteger de forma igual todos os seus membros. Estendeu igual proteção à família formada pelo casamento, bem como o novo instituto da união estável, formada pela união entre o homem e a mulher e à comunidade formada por qualquer um dos pais e seus descendentes. Institutos esses positivados no art. 226 da Constituição Federal, que também consagrou a igualdade dos filhos, havidos ou não do casamento, ou por adoção, garantindo-lhes os mesmos direitos e qualificações, art. 227, § 6º, da Constituição Federal.

O Código Civil, por sua vez, tutela a proteção à família e a seus membros. O desrespeito da obrigação familiar tem como sanção a perda do poder familiar (pátrio poder do Código Civil de 1.916), dissolução da sociedade conjugal, a obrigação ou a perda de alimentos etc.

Todavia, o Direito de Família no Código Civil de 2002 tem conteúdo patrimonial, assemelhando às obrigações como alimentos. Por exemplo, o artigo 1.694, que prevê que “podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação”, ou garantindo direito real, como no usufruto dos bens dos filhos, previsto no art. 1.689, que garante que o pai e a mãe, enquanto no exercício do poder familiar, são usufrutuários dos bens dos filhos e possuem a administração dos bens dos filhos menores sob sua autoridade.

Na realidade, essas semelhanças acontecem apenas nos casos citados e nos regimes de bens entre os cônjuges, que assumem a aparência de direito obrigacional ou real.

## **EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DE FAMÍLIA**

Entre os vários institutos sociais e jurídicos, o instituto que mais sofreu mutações ao longo do tempo foi o da família. Esta deve ser vista como uma entidade organizada e

examinada sob a ótica sociológica, não deixando de lado as várias mudanças sociais que a fizeram mudar ao longo da história. É necessário que se entenda o contexto de cada época para uma melhor compreensão, dos valores, da serventia e por fim da função social da família. Só assim se entenderá o fenômeno jurídico acerca da família.

No estado primitivo das civilizações, os grupos familiares não se compunham de relações individuais, mulheres tinham relações sexuais com vários homens do seu grupo; assim sabia-se evidentemente quem era a mãe, mas não o pai, portanto havia o entrelaçamento consangüíneo (endogamia). Pode-se concluir, portanto, que as primeiras famílias eram matriarcais, pois apenas a mãe criava e educava seu filho.

Mais adiante, já na vida primitiva, as guerras, a carência de mulheres e talvez uma inclinação natural, fez com que o homem buscasse relações com mulheres de outras tribos (exogamia). Com essa expansão do território e a busca de novos conhecimentos e riquezas o homem, talvez, aí, caminhou para formação de uma família de caráter individual e exclusiva. Com isso surgiu a monogamia, porém ainda há povos que permitem a poligamia. (VENOSA, 2009, pag. 04)

A monogamia deu um impulso social benéfico, pois as famílias eram na época produtoras de coisas que vendiam para prover o sustento, entendendo-se, portanto, que a função da família era econômica. As oficinas eram de fundo de quintal, de produção manufaturáveis concebidas de forma artesanal. Os conhecimentos eram repassados de geração em geração e isso perdurou até a revolução industrial, quando a partir daí a família perde a sua função econômica, pois a produção se concentrava nas indústrias. Os ensinamentos não mais eram passados de geração em geração; as pessoas aprendiam um ofício na própria indústria com os mestres de produção. (VENOSA, 2009, pag. 04)

A partir desse momento, a família perdeu a função econômica e ganhou a função espiritual e afetiva, onde o homem lançava-se no trabalho e a mulher ficava mais tempo com os filhos. O homem sustentava a casa e a mulher educava os filhos, conforme descreve Venosa:

Na babilônia, a família fundava-se no casamento monogâmico, mas o direito sob uma influência semítica autorizava o homem ter uma segunda esposa se a primeira não pudesse lhe dar filho ou fosse cometida de doença grave. O casamento na época tinha como principal função a reprodução. (2009, p. 04).

E complementa Gonçalves:

No Direito romano a família era organizada sob o princípio da autoridade. O pater família exercia sobre os filhos direito de vida e de morte. Podia, desse modo, vendê-los, impor-lhes castigos e penas corporais e até mesmo tirar-lhes a vida. A mulher era totalmente subordinada à autoridade marital e podia ser repudiada por ato

unilateral do marido. A família era, então, simultaneamente, uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional. O ascendente comum vivo mais velho era, ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz. [...] Com o tempo, esta severidade foi diminuindo, conhecendo o casamento *sine manu*, sendo que as necessidades militares estimularam a criação do patrimônio independente para os filhos. Com o imperador Constantino, a partir do século IV, instala-se no direito romano a concepção cristã da família, na qual predominam as preocupações de ordem moral. Com isso diminui a figura do pater, dando-se mais autonomia à mulher e aos filhos, passando estes a administrar os pecúlios castrenses (vencimento militar). (2009, p.15).

A família durante a Idade Média era regida pelo Direito Canônico, sendo o casamento religioso o único conhecido. Embora a influência romano do *pater* e no tocante das relações patrimoniais dos cônjuges, ainda ser muito forte. O nosso conceito de família sofreu influência romano-canônica, sendo que atualmente pesa sobre a mesma certa liberdade contratual.

## **NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO DE FAMÍLIA**

O Direito de Família, como conceitua Diniz (2009, p. 29), “é o direito de pessoas projetado no grupo doméstico, tendo aspectos patrimoniais que se encontram em função dos interesses pessoais e familiares”. Os membros familiares se organizam pelo direito que se opera através da atuação deles, individualmente considerado, mas sobre o interesse do Estado.

Este interesse do Estado advém do artigo 226 da Constituição Federal, que proclama que a família é a “base da sociedade”. É natural, pois, que aquele queira protegê-la e fortalecê-la, estabelecendo normas de ordem pública, que não podem ser revogadas pela vontade dos particulares e determinando a participação do Ministério Público nos litígios que envolvam questões familiares.

Em alguns casos, a lei concede liberdade de escolha, é o caso, por exemplo, da escolha do regime de casamento, porém essa liberdade é relativa e limitada, não se considerando as cláusulas não previstas em lei. Em razão da importância social de sua disciplina, predominam no Direito de Família, portanto, as normas de ordem pública que impõem antes deveres do que direito.

O Direito de Família figura como direito privado, no ramo do direito civil, em razão da finalidade tutelar que lhe é inerente, ou seja, da natureza das relações jurídicas que visa disciplinar, apesar do interesse do Estado e por se tratar de um direito extrapatrimonial, sendo personalíssimo, é irrenunciável, intransmissível, não admitindo condição ou termo ou seu exercício por meio de procurador. (DIAS, 2009, pag. 34)

## **O DIREITO DE FAMÍLIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

O Código Civil de 1916, no seu artigo 229, proclamava que o primeiro e principal efeito do casamento é criação da família legítima. A família estabelecida fora do casamento era considerada ilegítima, mencionada em apenas alguns artigos que a proibia. Este tipo de família era denominado de concubinato. (DIAS, 2009, pag. 97)

Os filhos havidos fora do casamento eram classificados como ilegítimos e não tinham o reconhecimento garantido. Estes filhos eram denominados como naturais e espúrios. Os filhos naturais nasciam de homem e mulher entre os quais não havia impedimento para o casamento. Os espúrios eram nascidos de pais impedidos de se casar e se classificavam em incestuosos e adúlteros.

O artigo 358 do Código Civil de 1916 proibia expressamente o reconhecimento dos filhos incestuosos ou adúlteros. Com advento do artigo 227, § 6º, da Constituição Federal de 1.988, o artigo 358 do Código Civil de 1916 foi revogado.

Os conflitos pessoais e patrimoniais surgidos entre pessoas que mantinham união fora do casamento não eram resolvidos pelo direito de família. A mulher abandonada fazia jus a uma indenização por serviços prestados, baseada no princípio que veda o enriquecimento sem causa. Entendia-se que ela contribuiu de alguma forma para melhora de vida do homem.

Com a Constituição Federal de 1988, houve a extensão do conceito de família, incluindo-se novos tipos de famílias, como por exemplo, a família oriunda da união estável, que é a união de um homem e uma mulher, sem causas de impedimentos, unidos com fins de constituir uma família, sem se submeter ao casamento e a família monoparental, §§ 3º e 4º do artigo 226 da Constituição Federal de 1988. Hoje temos então três formas de famílias tuteladas pela Constituição Federal de 1988: a família oriunda do casamento, artigo 226, §§ 1º e 2º, e as outras duas formas supracitadas. (GONÇALVES, 2009, pag. 17)

Também, com o artigo 227 da Constituição Federal de 1988, houve o redimensionamento da questão dos filhos havidos fora do casamento, equiparando-se os filhos legítimos, naturais e os adotivos, proibindo qualquer forma de discriminação entre eles. As alterações pertinentes ao direito de família, advindas da Carta Magna de 1.988, demonstram e ressalvam a função social da família, a partir da igualdade absoluta dos cônjuges e dos filhos.

O Código Civil de 2002, no seu Livro de Família, cuida da união estável, da legitimidade dos filhos havidos fora do casamento, da legitimidade do filho nascido do cônjuge ou companheira, prevê a alteração do regime de bens, limita o parentesco colateral até quarto grau, conforme direito sucessório, disciplina a matéria da invalidade do casamento,

introduz nova disciplina ao instituto da adoção, regula a dissolução da sociedade conjugal, disciplina a obrigação da prestação de alimentos, mantém a instituição bem de família e revisou a tutela e a curatela.

Com todas essas mudanças, o Código de 2002, destina um título para reger o direito pessoal e outro para a disciplina do direito patrimonial da família. Desde logo enfatiza a igualdade dos cônjuges, artigo 1.511, materializando a paridade no exercício da sociedade conjugal. O poder familiar é agora exercido pelos cônjuges ou companheiros na mesma proporção e proíbe a interferência das pessoas jurídicas de direito público, artigo 1.513, além de disciplinar o regime de casamento religioso e seus efeitos.

Com isso, verifica-se que a Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002 ampliaram o conceito de família, mas confirmaram o princípio de que a família é à base da sociedade e o Estado tem por obrigação prover a sua especial proteção. (GONÇALVES, 2009, pag. 17)

## **PRINCÍPIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA**

Com a rápida transformação social que estamos vivendo, onde velhas barreiras estão sendo vencidas e novos conceitos estão surgindo, faz-se necessário que haja parâmetros norteadores para que não ocorra abuso dos valores morais, nem repressão à liberdade.

De acordo com Diniz (2008, p. 23 a 27), o moderno Direito de Família rege-se pelos seguintes princípios: a) Princípio do respeito à dignidade da pessoa humana, como decorrência do disposto no artigo 1º, III, da Constituição Federal. Verifica-se que a família constitui base da comunidade familiar (biológica ou socioafetiva), garantindo, tendo por todos os parâmetros a afetividade, o pleno desenvolvimento e a realização de todos os seus membros, principalmente da criança e a do adolescente; b) Princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros, no que tange aos direitos e deveres, estabelecidos no artigo 226, § 5º, da Constituição Federal. Acaba com o poder autocrata patriarcal e com a mordada da mulher. As obrigações e direitos concernentes à família são divididos agora entre o homem e a mulher de forma igual. As decisões devem ser tomadas de forma consensual entre os cônjuges ou companheiros; c) Princípio da igualdade jurídica de todos os filhos, tutelado no artigo 227, § 6º, da Constituição Federal. Nenhuma distinção deverá existir entre os filhos, legítimos, naturais e adotivos, quanto ao nome, poder familiar, alimentos e sucessão, permite o reconhecimento de filho havido fora do casamento, proíbe que se revele no assento do nascido a ilegitimidade simples ou espuriedade e veda designações discriminatórias relativas à filiação;

d) Princípio da paternidade responsável e planejamento familiar dispõem o artigo 226, §7º, da Constituição Federal. É o planejamento familiar de livre decisão do casal, fundado no princípio da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. Essa responsabilidade é de ambos os genitores, cônjuges ou companheiros; e) Princípio da comunhão plena de vida baseada na afeição entre os cônjuges ou conviventes, como prevê o artigo 1.511 do Código Civil. Tal dispositivo tutela a necessidade da vida comum entre os cônjuges ou companheiros. Prioriza, assim, a convivência familiar, entre casados e companheiros, assim como a família formada por um dos genitores e seus filhos (família monoparental); f) Princípio da liberdade de constituir uma comunhão de vida familiar, seja por casamento, seja pela união estável, sem qualquer imposição ou restrição de pessoa jurídica de direito público ou privado. Não poderá haver interferência na livre decisão do planejamento familiar, intervindo o Estado apenas para proporcionar recursos educacionais e científicos ao exercício deste direito.

A liberdade sexual, a conquista do poder pela mulher, a desbiologização da paternidade, a rápida desvinculação do poder familiar dos filhos e os novos conceitos de união para fins de constituir família são exemplos claros dessa transformação social e os princípios do Direito de Família visam preservar a coesão familiar e os valores culturais, conferindo-se à moderna família um tratamento mais consentâneo à realidade social. (DIAS, 2009, pag. 70)

## **FAMÍLIAS PLURAIS**

Quando tentamos definir a família ideal, sofremos influência do modelo de família no qual fomos criados. O modelo predominante ainda é a formada pelo pai, mãe e filhos. Mas essa realidade está mudando; já estamos nos acostumando com os novos modelos de famílias que estão surgindo, porque estas estão à nossa volta. Exemplo disso são as famílias constituídas por irmãos que se unem para dividir os encargos de uma casa, sem que esta união seja incestuosa. Outro exemplo é a união de pessoas de mesmo sexo com finalidade de formar uma família:

O surgimento dessas famílias não mais tem como fulcro a procriação, também, esta sendo superada a idéia da união de pessoas pelo sexo, hoje com a liberdade sexual é desnecessária a união em um compromisso para que haja sexo. As pessoas estão se unindo para compartilhar a vida, a afetividade. Unem-se porque querem, sem pressão externa ou de qualquer outra forma, apenas unem-se porque sente a necessidade dessa união. A respeito da aparência do novo conceito de família,[...] O seu principal papel é o suporte emocional do indivíduo, em que há flexibilidade e, indubitavelmente, mais intensidade no que diz respeito a laços afetivos. (DIAS, 2009, p. 42).

O pluralismo de família contempla o solidarismo, a democracia, a igualdade, a liberdade e o humanismo, voltando-se à proteção da pessoa humana num contexto de modificações da sua formatação, para atender as necessidades dos indivíduos que compõem o núcleo familiar, como: amor, felicidade, prazer, segurança, ajuda mútua, etc.

Todavia, é necessário empregar algumas definições das famílias plurais.

## **FAMÍLIA CONSTITUCIONAL**

Com a evolução social e o desmoronamento de alguns paradigmas conceituais, principalmente os que bloqueavam o surgimento de novos conceitos de família, podemos testemunhar e participarmos do surgimento de variadas formas de amor concretizadas na família. Para tanto, precisa-se criar ferramentas que sustentasse essa evolução criticada pelos conservadores, que em nome de uma posição preconceituosa de fundo dominador, não aceitava a ampliação do conceito de família.

A solução, portanto, foi incluir um evoluído conceito de família no texto da Constituição Federal, como melhor define Dias:

O pluralismo das relações familiares, outro vértice da nova ordem jurídica, ocasionou mudanças na própria estrutura da sociedade. Rompeu-se o aprisionamento da família nos moldes restritos do casamento, mudando profundamente o conceito de família. A consagração da igualdade, o reconhecimento da existência de outras estruturas de convívio, a liberdade de reconhecer filhos havidos fora do casamento operaram verdadeira transformação na família. A Constituição Federal, rastreando os fatos da vida, viu a necessidade de reconhecer a existência de outras entidades familiares, além das construídas pelo casamento. Assim, enlaçou no conceito de família e prestou especial proteção à união estável artigo 226, § 3º, da CF e à comunidade formada por qualquer dos pais com seus descendentes artigo 226, § 4º, da CF, esta última também chamada de família monoparental. (2007, p. 39-40)

A Constituição Federal de 1988, ao trazer esse aspecto mais amplo do conceito de família, possibilitou incluir sob a proteção do Estado as famílias que antes eram clandestinas e marginalizadas, dando-lhes visibilidade, conduzindo a sociedade a aceitar as formas que as pessoas encontram para serem felizes nas famílias que escolheram fazer parte.

## **FAMÍLIA ANAPARENTAL**

A Constituição Federal de 1988 se esforçou, mas não traz em seu texto todas as possibilidades de formação de família possível. Por exemplo, é a espécie de família em tela. Dias (2006, p. 38), define que “se trata da convivência entre parentes ou entre pessoas, ainda que não parentes, dentro de uma estruturação com identidade de propósito, impõem o reconhecimento da existência de entidade familiar”.

O principal problema quanto à conceituação dessa família é o direito sucessório, pois o que é justo, quando uma das pessoas vier a faltar? Se se levar em conta que a união dessas pessoas teve propósito comum e elas juntos amealharam bens, por analogia, justo seria a aplicação das disposições que tratam do casamento e da união estável, para definirmos a sucessão dos bens adquiridos na constância desta parceria, pois houve uma comunhão de esforços para que fosse possível a aquisição dos bens, como em um casamento, mesmo que

este tipo de família não tenha fins reprodutivos, ou sexuais. (DIAS, 2009, pag. 48)

## **FAMÍLIA PLURIPARENTAL**

As famílias pluriparentais ou mosaico resultam da pluralidade das relações parentais, sem uma regra específica, formada por pessoas que já traz consigo outras experiências de família ou não, formadas por pessoas divorciadas, separadas; desuniões que se relacionam com outras de mesma procedência ou não. Dias a define da seguinte forma:

A especificidade decorre da peculiar organização do núcleo, reconstruído por casais onde um ou ambos são egressos de casamentos ou uniões anteriores. Eles trazem para a nova família seus filhos e, muitas vezes, têm filhos em comum. É a clássica expressão: os meus, os teus, os nossos...[...] A tendência ainda é considerar como monoparental, a relação do genitor com o seu filho, mesmo porque o novo casamento não implica em restrições nos direitos e deveres com relação ao filho. (2007, p. 47)

Também é certo que esse tipo de configuração de família não modifica os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos provenientes do relacionamento anterior, é o que se entende como famílias-mosaico onde a característica é a complexidade da sua formação por ser formada pela multiplicidade de vínculo de seus indivíduos com uma certa interdependência. É o que determina o artigo 1.579, parágrafo único, do Código Civil de 2002.

## **FAMÍLIA PARALELA**

São ligações afetivas livres, não muito aceitas socialmente, porém verificados em muitos casos e também não menos importante que qualquer outra forma de família. São as formadas à margem da obscuridade como a adúlterina e o concubinato.

Essas famílias são muito bem definidas por Dias (2009, p. 50), como sendo “as formadas através das ligações afetivas livres, eventuais, transitórias e adúlterinas. A doutrina e a jurisprudência maciça, afasta estas uniões da união como estável, assim, negando-lhe qualquer consequência”.

Dias, também menciona que:

Os relacionamentos paralelos, além de receberem denominações pejorativas, são condenados à invisibilidade. Simplesmente a tendência é não reconhecer sequer sua existência. Somente na hipótese de a mulher alegar desconhecimento da duplicidade de vidas do varão é que tais vínculos são alocados no direito obrigacional e lá tratados como sociedade de fato. (2007, p. 48)

O grande problema dessa forma de família é o desamparo material em caso de separação ou morte de uma pessoa que forma o casal, pois a jurisprudência majoritária não reconhece esse tipo família como união estável, excluindo a mesma todos os direitos do

Direito de Família e sucessório. Nossos tribunais, com raríssimas exceções, no máximo tem garantido à outra parte o direito societário, desde que provada a participação de fato na aquisição do bem.

O ESTATUTO DA FAMÍLIA, PLS 470/2013 do Senado Federal, apresentado pela senadora Lídice da Matta (PSB/BA), de autoria do IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família, não propõe corrigir esta situação, mas apenas busca garantir no parágrafo único do artigo 14, do projeto, às pessoas que compõem esse tipo de família, o dever recíproco de assistência, amparo material e moral, sendo obrigadas a concorrer, na proporção de suas condições financeiras e econômicas, para a manutenção da família, sob pena, se for o caso, de serem responsabilizadas por danos morais e materiais.

Como se vê, este tipo de entidade familiar provoca muita discussão na doutrina e na jurisprudência e certamente está longe de uma solução justa e pacífica.

### **FAMÍLIA EUDEMONISTA**

Talvez a forma mais sublime de amor familiar, pois o indivíduo abre mão de definições pré-concebidas e formais de família, em prol do amor, da sua realização plena revestida do véu da felicidade.

Cada vez mais é a afetividade, e não à vontade, o elemento constitutivo dos vínculos interpessoais: o afeto entre as pessoas organiza e orienta o seu desenvolvimento. A busca da felicidade, a supremacia do amor, a vitória da solidariedade ensejam o reconhecimento do afeto como único modo eficaz de definição da família e de preservação da vida. A família Eudemonista busca a felicidade individual vivendo um processo de emancipação de seus membros. A possibilidade de buscar formas de realização pessoal e gratificação profissional é a maneira que as pessoas encontram de viver, convertendo-se em seres socialmente úteis, pois ninguém mais deseja e ninguém mais pode ficar confinado à mesa familiar. (DIAS, 2006, p. 45)

Este tipo de entidade familiar se caracteriza pela comunhão de vida, de amor e de afeto em que as pessoas que a compõem se propõem a compartilhar. Tudo regado por princípios cultivados na igualdade, liberdade, solidariedade e responsabilidade recíproca, onde não mais existem razões morais, religiosas, políticas, físicas ou naturais que justifiquem a intervenção da sociedade, muito menos do Estado, na vida das pessoas.

### **FAMÍLIA HOMOAFETIVA**

É a união com fim de constituir família de pessoas de mesmo sexo. Esta união se dá pela afetividade, a vontade de querer estar junto, respeito e a lealdade de seus integrantes.

O constituinte errou ao prever a união estável e o casamento só entre o homem e a mulher. De mesmo modo, o artigo 1.724 do Código Civil de 2002, diz que “as relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos”. Questiona-se, portanto: o que o casal homoafetivo está incapacitado de fazer do artigo em tela? Não há óbice no reconhecimento da união homoafetiva, uma vez que este tipo de união atende o conceito eudemonista, onde os indivíduos buscam a realização plena de forma individual. Aliás, nenhum vínculo que tenha o afeto como alicerce do relacionamento pode deixar de ser reconhecido pelo Estado, pois negar-lhes este reconhecimento é ferir de morte a cláusula pétrea da dignidade da pessoa humana, tutelado no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988.

Felizmente começa a surgir nova postura. Reconhecidas as uniões homoafetivas como entidade familiares, as ações devem tramitar nas varas de famílias. Assim, nem que seja por analogia, deve ser aplicada a legislação da união estável, assegurando-se partilha de bens, direitos sucessórios e direito real de habitação. (DIAS, 2009, p. 47-48).

A família homoafetiva é uma realidade. A sociedade e o Estado não podem negar a sua existência. Como todas as outras entidades familiares, a família homoafetiva é passível de direito e deveres; fato natural que surge com os relacionamentos humanos, sejam eles afetivo ou comercial e o Estado lhe deve o mesmo tratamento dispensado às famílias heteroafetiva, sob pena de ferir a isonomia de direito e a dignidade da pessoa humana, sacramentadas como cláusulas pétreas na Carta Magna de 1988.

## **IMPORTÂNCIA DA FAMÍLIA PARA SOCIEDADE E PARA FORMAÇÃO E APOIO DAS PESSOAS**

Hoje, como no passado e no futuro, a família tem posição primordial na formação dos indivíduos e da sociedade, uma vez que os indivíduos formados por ela são a base da sociedade.

Alguns valores sociais foram incrementados na família, como os citados no parágrafo acima, outros foram perdidos, como a supremacia patriarcal. Há muito tempo falamos do problema dos menores abandonados que não têm uma família, mas hoje temos o problema dos menores abandonados em suas famílias. A busca da realização profissional e por necessidade financeira, a mulher que antes tinha como principal função na família a educação dos filhos, se lançou ao mercado de trabalho. Com isso as crianças crescem com

pais ausentes, que tentam compensar a sua ausência com presentes e mimos; com isso deixam de ensinar e cobrar de seus filhos uma boa educação e principalmente os abandonam afetivamente. Transferem essa responsabilidade de educar os seus filhos ao poder público, através de creches e escolas. O poder público pouco pode fazer, pois não está preparado para assumir esta nova função, destarte, essas crianças crescem com uma educação debilitada, motivo pelo qual há algumas pessoas de comportamento ético e moral inaceitável socialmente.

Entendemos que o ser humano é um complexo de emoções e ações, proporcionadas por meio do contato com as outras pessoas. Se o convívio familiar é sadio, baseado no amor, na compreensão e nos bons valores sociais, a pessoa em formação da sua personalidade, aprenderá coisas boas e terá uma visão melhor do mundo, até mesmo tendo a oportunidade de ser bem-sucedida, pois emocionalmente é mais segura e possivelmente livre de complexos.

Isso não significa que uma pessoa de família desestruturada não vai obter sucesso. Ao contrário, muitos usam as adversidades da vida como alimento para motivação. Porém é fato que as dificuldades são bem maiores, pois o despreparo para o convívio social é fatídico, uma vez que a sua primeira experiência de convívio sócio familiar foi fracassada, deixando marcas profundas a esta pessoa, que terá mais dificuldades para entender os laços que interligam os seres humanos e de qual é a sua real posição na família e na sociedade.

Esse entendimento é passivo e já foi matéria de proteção de nossos legisladores.

Vela o Estatuto da Criança e do Adolescente no seu artigo 4º.

A família é essencial à sociedade, educando os seus filhos para o convívio social e o que somos hoje retrata esta educação que recebemos. Não há dúvida da importância da família na formação de uma pessoa e conseqüentemente da base social no qual esta está inserida.

## **UNIÃO ESTÁVEL E O CASAMENTO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO**

Não olvidamos que a Constituição Federal brasileira de 1988, no seu artigo 226, reconheceu como entidade familiar as famílias provenientes do casamento, da união estável entre o homem e a mulher e, por fim, a formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

No mesmo diapasão, o Código Civil brasileiro de 2002, tutela no seu artigo 1.723, que “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

Obviamente vemos que tanto a Constituição Federal como o Código Civil atual

marginalizaram a união afetiva de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar digna de proteção e garantias do Estado. Contudo, a união homoafetiva é uma realidade da nossa sociedade contemporânea e as pessoas que vivem este tipo de relacionamento buscam e esperam do Estado garantias que lhes proporcionem segurança jurídica para suas relações, assim como o Estado oferece à união estável de pessoas de sexo diferente.

A propósito do tema poderíamos citar situações do cotidiano da sociedade que, via de regra, não causam maiores problemas, mas que ainda provoca insegurança e, possivelmente, uma incógnita aos casais homoafetivos, como, por exemplo, a questão da meação e sucessão dos bens amealhados pelo casal; a adoção conjunta; o direito de um fazer parte do plano de saúde do outro como dependente e o direito previdenciário, seja ele privado, próprio ou geral.

Diante das temerárias situações suscitadas acima e da omissão do legislador constituinte e ordinário, coube ao Judiciário a dura missão de decidir sobre essas questões trazidas a julgamento, fazendo uso da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito, em atendimento ao artigo 4º da Lei Introdução às Normas do Direito Brasileiro e do artigo 140 do Código de Processo Civil, apoiando-se em um exercício de reflexão do artigo 5º da Lei Introdutório que determina que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

E assim ocorreu. Após algumas decisões conflituosas nos tribunais inferiores, chegou finalmente esta celeuma ao Supremo Tribunal Federal através da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4277) e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 132), ajuizada em 25 de fevereiro de 2008, respectivamente, pela Procuradoria-Geral da República e pelo governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral, que teve como Relator o Ministro Carlos Ayres Britto. (ADPF 132 e ADI 4277)

No dia 04 de maio de 2011, o Relator Ministro Ayres Brito, votou no sentido de reconhecer a união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, sob o holofote da Constituição Federal, para excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Para uma melhor análise, abaixo transcrevemos o trecho final do voto do Ministro Ayres Brito:

[...] Dando por suficiente a presente análise da Constituição, julgo, em caráter liminar, parcialmente prejudicada a ADPF nº 132-RJ, e, na parte remanescente, dela conheço como ação direta de inconstitucionalidade. No mérito, julgo procedentes as duas ações em causa. Pelo que dou ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme à Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do

mesmo sexo como “entidade familiar”, entendida esta como sinônimo perfeito de “família”. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. (ADPF nº 132-RJ I)

Acompanharam o voto do relator os ministros Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e Cezar Peluso, bem como as ministras Cármen Lúcia Antunes Rocha e Ellen Gracie, pela procedência das ações e com efeito vinculante.

Destaca-se do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4277), o magnífico voto do Ministro Marco Aurélio, que acompanhou o relator pela aplicabilidade do regime da união estável às uniões entre pessoas de sexo igual. Veja-se:

[...] Extraído do núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana a obrigação de reconhecimento das uniões homoafetivas. Inexiste vedação constitucional à aplicação do regime da união estável a essas uniões, não se podendo vislumbrar silêncio eloquente em virtude da redação do § 3º do artigo 226. Há, isso sim, a obrigação constitucional de não discriminação e de respeito à dignidade humana, às diferenças, à liberdade de orientação sexual, o que impõe o tratamento equânime entre homossexuais e heterossexuais. Nesse contexto, a literalidade do artigo 1.723 do Código Civil está muito aquém do que consagrado pela Carta de 1988. Não retrata fielmente o propósito constitucional de reconhecer direitos a grupos minoritários. Por isso, Senhor Presidente, julgo procedente o pedido formulado para conferir interpretação conforme à Constituição ao artigo 1.723 do Código Civil, veiculado pela Lei nº 10.406/2002, a fim de declarar a aplicabilidade do regime da união estável às uniões entre pessoas de sexo igual.

Como se vê, o Supremo Tribunal Federal, ante a lacuna legal e a morosidade do legislador de saná-la, posicionou-se à luz dos princípios constitucionais e reconheceu à união entre pessoas do mesmo sexo as mesmas regras e as mesmas consequências da união estável heteroafetiva, diminuindo, assim, a insegurança jurídica e social, obrigando o Estrado a dar o mesmo tratamento para estes dois tipos de entidades familiares.

Levada a efeito, o Supremo Tribunal Federal deixou claro que a união estável não faz distinção de gênero. Não se distingue união estável heteroafetiva ou homoafetiva. Existe apenas união estável.

Desta feita, após a equiparação da corte maior da união homoafetiva à união estável, houve inúmeros pedidos judiciais de casais de mesmo sexo que conviviam em união estável para a sua conversão em casamento, utilizando-se da prerrogativa da segunda parte do parágrafo terceiro do artigo 226 da Constituição Federal, que determina que a Lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento e o artigo 1.726 do Código Civil, que prevê que a união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil.

No REsp 1.183.378-RS, reconheceu-se o direito a um casal homossexual a requerer a habilitação direta para casamento. Assim, a possibilidade de casamento entre pessoas do

mesmo sexo foi se tornando uma realidade. O Relator Ministro Luis Felipe Salomão deixou claro em seu voto que uma vez equiparada a união homoafetiva à união estável pelo Supremo Tribunal Federal (ADI 4277 e ADPF 132), “não pode o Superior Tribunal de Justiça conferir à lei uma interpretação que não seja constitucionalmente aceita”.

Diante da nova demanda que surgiu, o Conselho Nacional de Justiça-CNJ, presidido pelo Ministro Gilmar Mendes, editou a Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013, publicada em 15 de maio de 2013, autorizando de uma vez por todas o casamento entre pessoas do mesmo sexo, seja por habilitação direta, seja por conversão de união estável, com expressa determinação de que “é vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo”, sob pena, em caso de descumprimento, de comunicação ao juiz corregedor do respectivo tribunal local e até mesmo recurso ao próprio CNJ.

De fato, não poderia o Judiciário brasileiro dar uma resposta diferente à sociedade. A igualdade de direito entre as pessoas, festejada no Princípio Constitucional da Isonomia, deve ser uma obsessão Estado, independentemente de etnia, religião, cor, cultura e orientação sexual. Dar às pessoas o direito de escolha é tratá-las com dignidade e ao Estado cabe garantir ao grupo doméstico chamado família especial proteção da lei, seja formada por união estável de qualquer gênero e pela facilitação da sua conversão em casamento.

## **OS ESTATUTOS DAS FAMÍLIAS**

Tramitam nas casas do Congresso Nacional dois Projetos de Leis com o mesmo nome. Trata-se do “ESTATUTO DA FAMÍLIA”, PL 6.583/2013 da Câmara dos Deputados, de autoria do Deputado Federal Anderson Ferreira (PR/PE) e o PLS 470/2013 do Senado Federal, apresentado pela senadora Lídice da Matta (PSB/BA), de autoria do IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família.

O projeto de lei da Câmara dos Deputados, na contramão da jurisprudência do STF e do STJ, que equipararam a união homoafetiva a entidade familiar, aplicando-lhe no que couber as regras da união estável, inclusive na facilitação da sua conversão em casamento, atende a posição mais radical da sua bancada cristã, ao restringir fundamentalmente, no seu artigo 2º, a entidade familiar “como o núcleo social formado a partir da união entre um homem e uma mulher, por meio de casamento ou união estável, ou ainda por comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”, repetindo o artigo 226, da Constituição Federal de 1988, excluindo, assim, do conceito de família a união de pessoas de mesmo sexo.

Após muito debate, a Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de

Lei nº 6.583, de 2013, da Câmara Federal, aprovou no dia 24 de setembro de 2015, por dezessete votos favoráveis a cinco contrários, o texto base do relatório do deputado Diego Garcia (PHS-PR), sob severos protestos da bancada petista liderada pelas deputadas Erika Kokay (PT-DF) e Maria do Rosário (PT-RS), que consideram o Projeto de Lei preconceituoso, segregacionista e fundamentalista, pois reconhece como família apenas um núcleo composto pela união entre um homem e uma mulher e eventuais filhos do casal.

A Deputada Erika Kokay propôs emenda ao projeto original para modificar o seu artigo 2º, com o propósito de adequação à interpretação do Supremo Tribunal Federal, que garantiu a união homoafetiva isonomia de tratamento com as famílias constituídas pela união heterossexual.

Para a Deputada Kokay o artigo 2º do “Estatuto da Família” da Câmara deveria ter o seguinte texto:

Art. 2º: Para os fins desta Lei, define-se entidade familiar como o núcleo social formado a partir da união entre pessoas, por meio de casamento ou união estável, ou ainda por comunidade formada por qualquer dos ascendentes e seus descendentes.

Com o mesmo propósito de adequação à interpretação da Suprema Corte, o Deputado João Carlos Bacelar Batista (PTN-BA), também propôs emenda ao projeto do estatuto para que o seu artigo 2º ficasse da seguinte forma:

Art. 2º: Para os fins desta Lei, define-se entidade familiar como o núcleo social formado por duas ou mais pessoas unidas por laços sanguíneos ou afetivos, originados pelo casamento, união estável ou afinidade. (Projeto de Lei nº 6.583 de 2013)

Todavia, as duas propostas de emenda foram rejeitadas por terem sido considerados inconstitucionais pela Comissão Especial destinada a proferir parecer ao projeto. Ao que parece, o PL 6.583/2013 da Câmara dos Deputados nasce fadado à enfrentar o Controle de Constitucionalidade, caso passe pela aprovação do Senado e pela sanção Presidencial, o que nos parece difícil de acontecer.

Por outro lado, o “Estatuto da Família” do Senado Federal percorre veredas mais largas, uma vez que não faz nenhum tipo de distinção para caracterizar a entidade familiar, pois remete à pluralidade de organizações familiares. É o que se vê no seu artigo 3º, que traz o seguinte texto: “É protegida a família em qualquer de suas modalidades e as pessoas que a integram”. (Projeto de Lei do Senado nº 470, de 2013).

O projeto do senado já foi aprovado na comissão de direitos humanos e legislação participativa, que teve como relator o Senador João Capiberibe e que a requerimento (73/2015) do Senador Magno Malta, corre o país através de audiências públicas, sob responsabilidade do presidente da comissão, para colher o posicionamento da sociedade sobre

o tema.

É inegável que o projeto da Câmara dos Deputados afronta a interpretação constitucional ampla da entidade familiar do Supremo Tribunal Federal, ao passo que o “Estatuto das Famílias” do Senado Federal está em consonância com a atual realidade e adequação da sociedade e vem ao encontro dos conceitos e institutos do Direito de Família, caso da parentalidade socioafetiva ou por afinidade; do reconhecimento das diferentes configurações familiares, incluindo as homoafetivas, pois a raiz desses conceitos estão o reconhecimento da igualdade e da dignidade da pessoa humana, independentemente da escolha do modelo de família que uma pessoa escolheu para fazer parte ou constituir.

## CONCLUSÃO

Diante do que foi exposto, percebe-se que as mudanças sociais e legais *a priori* afrontam preceitos conservadores da nossa sociedade, porém se faz necessário. Isso acontece em todos os segmentos da vida. Tudo o que é inovador confunde e demora um determinado tempo para ser entendido, mas acaba por estabelecer-se, pois paradigmas são derrubados e preconceitos são superados. Aconteceu o mesmo com o direito dos homossexuais de buscarem o reconhecimento do direito de constituírem família através da união estável ou do casamento, de verem seus anseios protegidos pelo Estado e pela sociedade, pois ao lado da vida, a convivência familiar constitui-se num dos mais valiosos bens que podem ser conquistados durante a existência humana.

Nessa esteira, não há como negar que pessoas de mesmo sexo se unam afetivamente com o propósito de constituir família, pois o surgimento dessas famílias não tem como fulcro a procriação. Também está sendo superada a ideia de união de pessoas pelo sexo; devido a liberdade sexual é desnecessária a união em um compromisso para que haja sexo. As pessoas estão se unindo para compartilhar a vida afetivamente. Unem-se porque sentem a necessidade dessa união, em um relacionamento alicerçado no amor, no companheirismo e na vontade de construir uma vida a dois, assumindo os momentos felizes e ruins que por ventura poderão ter neste relacionamento. É impossível à sociedade negar a existência dos casais homoafetivos; é como não reconhecer a união estável entre os casais heterossexuais.

Não se discute a legalidade da união homoafetiva e sim o reconhecimento das semelhanças com a união estável e a sua possibilidade, pois as duas são oriundas de relações de afeto, com o propósito de constituir família. A união estável encontra-se amparada no art. 226,

§ 3º, da Constituição Federal, devendo a norma constitucional ser interpretada de

modo a realizar o mais amplamente possível os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade.

A posição do Supremo Tribunal Federal de reconhecer como união estável a união homossexual traz proteção e consequências jurídicas idênticas às que foram atribuídas à união estável heterossexual, pois ascendem de ambos os casos uma qualidade comum, qual seja, a relação socioafetiva com o intuito de se constituir família. Assim, nos parece a via mais adequada o caminho sem volta que o Supremo Tribunal Federal tomou, devendo o legislador ordinário se inspirar nos princípios constitucionais, para adequar a norma aos novos, porém não errados, modelos de famílias.

## REFERÊNCIAS

BRASIL, Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 6.583 de 2013. Dispõe sobre o Estatuto da Família e dá outras providências, entre pessoas de mesmo sexo. Disponível em: <[http://www.camaradeputados.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1159761&filename=PL+6583/2013](http://www.camaradeputados.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1159761&filename=PL+6583/2013)>. Acesso em: 05 jan. 2016.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 470, de 2013. Dispõe sobre o Estatuto das Famílias e dá outras providências. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115242>>. Acesso em: 05 jan. 2016.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça-STJ. REsp 1.183.378-RS, Relator: Min. Luis Felipe Salomão, Data de Publicação: DJe. de 01 de Fev. de 2012. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&livre=casamento+++e+homoafetivo+&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=casamento+++e+homoafetivo+&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO)>. Acesso em: 05 jan. 2016.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal-STF. ADI: 4277 DF, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 05/05/2011. Tribunal Pleno. Data de Publicação: DJe-198 – Divulgação 03 de Out. de 2011. Publicado de Out. de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 05 jan. 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre homoafetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito das Famílias**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. **União Homoafetiva: o preconceito & a justiça**. 4. ed. São Paulo: Revista dos

Tribunais, 2009.

\_\_\_\_. **A família homoafetiva e seus direitos**. Revista do Advogado, São Paulo, Editora ASP Associação do Advogados de São Paulo, ano XVII, maio 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família**. 23. ed., rev., atual., de acordo com a Reforma do CPC e com o Projeto de Lei n. 276/2007. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 23,27.

\_\_\_\_. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_. **Código Civil Anotado**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_. Adoção por Pares Homoafetivos: uma tendência da nova família Brasileira. Disponível em: <[www.arpenbrasil.org.br/index.php?...id](http://www.arpenbrasil.org.br/index.php?...id)>. Acesso em: 08 out. 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito de família**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_. **Direito Civil Brasileiro: direito de família**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LOREA, Roberto Arriada. **O amor de Pedro por João à Luz do Direito de família: reflexões sobre o “casamento gay”**. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese IBDFAM, v. 7.

MENDEZ, Emílio Garcia; COSTA, Antônio da. **Das necessidades aos Direitos**. São Paulo: Malheiros, 1994.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituição de direito civil: direito de família**. v.5, 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007

PEREIRA, Rodrigo da Cunha (orgs.). **Direito de Família e o novo Código Civil**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002

\_\_\_\_. Rodrigo da Cunha. **Direito de Família. Uma Abordagem Psicanalítica**. 3. ed. rev., atual., Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

PEREIRA, Tânia da Silva. **O princípio do “melhor interesse da criança”: da teoria à prática**. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese IBDFAM, v. 2, n. 6, jul./set., 2000.

SARTI, Cynthia Andersen. **A família como espelho: um estudo sobre a moral dos pobres**. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2007.

SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. **A Possibilidade Jurídica de Adoção por Casais Homossexuais**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

# INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS COMO MEIO DE UNIFORMIZAÇÃO DA ORDEM JURÍDICA

Nicole SCHMITZ  
Adriane HAAS<sup>1</sup>

## RESUMO

O incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) está disciplinado nos artigos 976 a 987 do novo CPC. É um mecanismo destinado a combater a efetiva repetição de processos acerca de idêntica questão jurídica. Tem a finalidade de promover segurança jurídica e isonomia aos jurisdicionados, bem como aprimorar a disciplina das demandas repetitivas no ordenamento jurídico brasileiro, além de buscar reduzir as causas de litigiosidade em conflitos de massa. O novo CPC, ao regulamentar o IRDR, prevê regras de competência, suspensão de processos, divulgação e publicidade, participação e oitiva das partes e demais interessados que possam influir na fixação da tese, de recursos cabíveis e dos efeitos a serem produzidos nos casos presentes e futuros. Assim, o IRDR contribui para a formulação de procedimento-modelo e o entendimento alcançado deverá ser adotado por todos os órgãos jurisdicionais inseridos no âmbito territorial da competência do tribunal com o objetivo de uniformizar a aplicação das regras e princípios jurídicos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Palavras-chave: Incidente de resolução de demandas repetitivas - Uniformização da aplicação da ordem jurídica - Segurança jurídica – Igualdade – Coerência.

## ABSTRACT

The repeating demands resolution (IRDR) incident is disciplined in articles 976 to 987 of the new CPC. It is a mechanism designed to combat the effective repetition of lawsuits over the same legal issue. It has the purpose of promoting legal certainty and isonomy to the jurisdictional ones, as well as to improve the discipline of the repetitive demands in the Brazilian legal order, besides seeking to reduce the causes of litigiousness in mass conflicts. The new CPC, in regulating the IRDR, provides for rules of jurisdiction, suspension of proceedings, disclosure and publicity, participation and hearing of the parties and other interested parties that may influence the determination of the thesis, of appropriate remedies and of the effects to be produced in the present cases And futures. Thus, the IRDR contributes to the formulation of a model procedure and the understanding reached must be adopted by all jurisdictions within the territorial scope of the jurisdiction of the court in order to standardize the application of legal rules and principles.

**KEY-WORDS:** Keywords: Incident of resolution of repetitive demands - Uniform application of the legal order - Legal security - Equality – Consistency.

## INTRODUÇÃO

A sociedade moderna produz litígios de massa. Grande parte das demandas judiciais

---

1 Graduada em Direito pela Universidade Paranaense (2006). Pós-graduada em Direito Tributário pela Unisul (2007-2008). Mestre em Direito Processual Civil e Cidadania (2008-2010). Atualmente é Chefe de Secretaria da 3ª Vara Cível da Comarca de Toledo, Paraná, professora da Universidade Paranaense - UNIPAR. Coordenadora da Pós-graduação em Direito Processual Civil com ênfase no Novo CPC pela Unipar, Campus Toledo. Mediadora formada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Coordenadora do Projeto de Extensão do Centro Judiciário de Solução de Conflito - CEJUSC junto à Unipar-Toledo.

possuem circunstâncias fáticas e fundamentos jurídicos análogos. O julgamento individualizado de cada uma dessas demandas, além de provocar o congestionamento de processos, pode gerar respostas judiciais diversas e contraditórias. Isso afronta os princípios da isonomia e da segurança jurídicas. Atento a esse problema, o novo Código de Processo Civil (NCPC) prevê o mecanismo do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR).

O IRDR tem a finalidade de conter a massificação de demandas homogêneas, que são apresentadas em grandes proporções na Justiça brasileira. As ações repetitivas identificam-se não somente pela similitude entre as causas de pedir e pedido, mas também pelo número excessivo de demandas acerca de uma mesma questão de direito.

Essa técnica processual está disciplinada nos artigos 976 a 987 do NCPC e tem como escopo agilizar a prestação jurisdicional e diminuir julgamentos divergentes. É um incidente que visa assegurar a unidade na aplicação do direito e a coerência na atuação judicial.

O IRDR busca construir uma interpretação isonômica a questão jurídica presente em um conjunto de demandas que tratam sobre interesses individuais ou coletivos, por meio de um único julgamento que possui força vinculante, com a finalidade precípua de pacificar o entendimento sobre a matéria discutida reiteradamente.

A partir da existência de ações individuais e/ou coletivas que apresentem a questão jurídica multiplicadora, o incidente pode ser instaurado e, uma vez admitido, suspende o trâmite dos processos que também versem sobre aquela mesma questão. O NCPC prevê amplo contraditório e permite a participação de terceiros interessados (*amicus curiae*), pois se preocupa em conferir publicidade a todo o procedimento. A observância das garantias constitucionais na fixação da tese jurídica é de fundamental importância, já que a decisão alcançada pode atingir toda a sociedade.

O presente artigo procura explicar o processamento do incidente de resolução de demandas repetitivas e realçar sua contribuição para a uniformização e harmonização da aplicação do direito brasileiro.

## **INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS E UNIFORMIDADE DA ORDEM JURÍDICA**

O incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no NCPC sofreu influência do direito alemão, isto é, do *processo-piloto* (*Musterverfahren*).

O IRDR pretende reduzir o número de demandas repetitivas que aflige a Justiça nacional e diminuir julgamentos divergentes sobre uma mesma questão de direito, pela construção de uma tese jurídica que será adotada pelo tribunal e pelos juízes a ele submetidos

nos casos presentes e futuros. É um incidente, pois, que visa a unidade na aplicação do ordenamento jurídico e a coerência na prestação jurisdicional.

O artigo 976 do CPC prevê a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando envolver a efetiva reincidência de ações com controvérsias sobre a mesma questão de direito e, ao mesmo tempo, houver risco à isonomia e à segurança jurídicas.

Com efeito, o principal escopo do IRDR é promover a isonomia entre os jurisdicionados e da segurança jurídica, a serem alcançados pela uniformização da tese jurídica a ser aplicada.

As demandas repetitivas podem veicular direitos individuais ou coletivos e têm uma mesma base fático-jurídica, ou seja, compreendem causas de pedir remota fundadas em um mesmo acontecimento típico. Por exemplo, o questionamento da cobrança de tarifas por empresas de telefonia ou por bancos.

Embora tais ações judiciais pudessem ser agrupadas em uma única ação coletiva, quando ajuizadas individualmente, em diversas regiões de um mesmo Estado, em vários Estados ou por todo o território nacional, sobrecarregam o Poder Judiciário e podem gerar decisões contraditórias sobre a aplicação da mesma questão jurídica.

Antes da adoção do IRDR, o sistema processual brasileiro, com exceção do julgamento de recursos repetitivos, não contava com um instrumento de julgamento uniforme e por amostragem de causas individuais ou coletivas que possuíssem uma mesma base fático-jurídica.

Esse mecanismo foi concebido para dirimir a desarmonia e a insegurança que podem ameaçar a aplicação uniforme do direito brasileiro, quando ocorrem interpretações divergentes da mesma regra ou princípio, a fim de garantir a homogeneidade do ordenamento jurídico. Por isso, o IRDR também deve ser concebido como uma técnica de redução dos dissídios jurisprudenciais, de uniformização da jurisprudência e de fixação de precedentes.

### **Conceito e cabimento**

O incidente de resolução de demandas repetitivas, diante da existência de variados posicionamentos acerca da mesma questão de direito, busca impedir decisões judiciais antagônicas por meio da formulação de uma única tese a ser aplicada às ações repetitivas presentes e futuras.

Porém, a mera divergência sobre a questão jurídica não é o bastante para possibilitar a instauração do IRDR, pois tal discordância deverá produzir, ao mesmo tempo, perigo de lesão à isonomia e à segurança jurídica.

Assim, o que se almeja com esse incidente é a formação de um modelo de julgamento para uma questão comum de direito já repetida em diversos processos, possibilitando levar a controvérsia à apreciação do tribunal competente que, após observar o procedimento estabelecido nos artigos 976 e 987 do CPC, deve elaborar a tese a ser observada nos demais casos homogêneos de forma obrigatória.

Dessa forma, esse incidente processual permite o julgamento coletivo e abstrato sobre as questões de direito, constantes nas demandas repetitivas, viabilizando a aplicação vinculada da tese jurídica aos respectivos casos concretos. Com isso, procura-se assegurar os princípios da segurança jurídica, da isonomia e da economia processual, com a consequência de uniformizar e fixar uma tese jurídica para todas as demandas repetitivas. Após o julgamento da questão jurídica, o tribunal que fixou a tese e os juízes subordinados à Corte ficam a ela vinculados, devendo todos os outros casos serem afetados e receberem a mesma solução.

Em outras palavras, o incidente de resolução de demandas repetitivas é uma técnica processual voltada a criação de uma solução única para a questão replicada nas múltiplas demandas pendentes.

O artigo 976 do CPC prevê que a controvérsia jurídica, para incidir a aplicação do IRDR, deve ser de direito. Isto é, todas as questões de direito – sejam de natureza substancial ou processual – podem ser objeto do incidente. Por exemplo, o Tribunal de Justiça de São Paulo admitiu o incidente de resolução de demandas repetitivas para resolver a possibilidade de compensação de aplicações feitas junto à instituição financeira liquidada extrajudicialmente, em razão de limitações impostas pelo Fundo Garantidor de Crédito (FGC), cuja finalidade é proteger os correntistas dos bancos em casos de intervenção, de liquidação ou de falência da instituição financeira. Ou seja, com a alteração estatutária feita pela instituição financeira, que aumentou o valor dessa garantia, surgiram diversas demandas com idênticos pedidos e causas de pedir, levando o TJSP a admitir o IRDR.

O Tribunal de Justiça de São Paulo também admitiu IRDR, suscitado por instituição financeira, para que se resolvesse a possibilidade de ajuizamento de ação de prestação de contas por correntista, sem o indicativo dos lançamentos reputados indevidos e/ou duvidosos.

Ademais, as questões de direito, cuja resolução estiverem direta ou indiretamente submetidas às regras do Código de Processo Civil, ainda que tratadas em procedimentos especiais, desde que tramitem na área de jurisdição do tribunal competente para o julgamento do IRDR, podem ser resolvidas por meio do incidente de resolução de demandas repetitivas. Nesse sentido, a parte final do artigo 985, inc. I, do CPC, reforçada pelo

Enunciado n. 45 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, prevê a possibilidade de cabimento do IRDR inclusive quanto às demandas repetitivas presentes nos Juizados Especiais.

Observa-se que nesse procedimento – por ter natureza meramente incidental – não haverá o julgamento da causa propriamente dita, mas somente a constituição de uma solução jurídica que versa sobre a questão controvertida. Logo, são apreciadas pelo tribunal competente apenas as questões comuns a casos repetitivos, pois a resolução de cada demanda em concreto deve ser feita pelo juízo do caso originário, a quem incumbe aplicar a tese firmada de acordo com o contexto fático-probatório contido no processo suspenso.

Em razão disso, ocorre uma cisão no julgamento. Caberá ao tribunal competente definir, entre todos os casos repetitivos, o que melhor representa a questão jurídica posta em exame, para fixar o posicionamento a ser adotado aos demais casos idênticos. Posteriormente, competirá ao juiz natural a aplicação da tese jurídica às situações concretas.

O julgamento da pretensão individual e/ou coletiva e o exame pormenorizado das questões fáticas é atribuição do juiz de primeiro grau, porque tais questões não integram o objeto do julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas. Isso porque pode ser objeto do IRDR apenas as questões jurídicas comuns a todos os casos similares, razão pela qual essa separação cognitiva provoca um julgamento abstrato da questão jurídica submetida ao tribunal.

Atente-se que, na primeira versão do Projeto de Lei do Senado Federal n. 166/2010, admitia-se a instauração do incidente com caráter preventivo, ou seja, bastava que a questão jurídica apresentasse potencial ameaça de gerar multiplicação de processos. Dessa maneira, a divergência seria resolvida antecipadamente, sem esperar que a efetiva controvérsia sobreviesse.

Todavia, a admissão do incidente de forma prévia evitaria o amadurecimento das discussões em torno do conflito que envolve a questão de direito, assim como seu julgamento em estágio inicial poderia deixar de levar em consideração argumentos importantes das partes, sem os quais o incidente poderia ficar prejudicado.

Com isso, quer-se evitar que a decisão proferida no IRDR seja tomada de forma antecipada e apressada, o que poderia ensejar, em curto lapso de tempo, novos e eficazes debates que ainda não haviam sido analisados e adequadamente refletidos. Tal instabilidade elevaria o potencial de alteração do resultado da tese jurídica outrora definida, ou até poderia resultar na sua superação, o que comprometeria as finalidades do IRDR de assegurar segurança e isonomia jurídicas.

Portanto, é necessário que a controvérsia sobre uma mesma questão de direito tenha alcançado um *razoável grau de maturação*, para evitar a fixação de teses jurídicas precárias ou inconsistentes.

A fixação da tese jurídica para ser aplicada a casos presentes e futuros depende do exame exaustivo dos argumentos que possam influenciar na sua definição. O momento da definição da tese jurídica precisa ser analisado com cautela para não desconsiderar a amplitude das discussões envolvidas e suas implicações na vida de todas as pessoas que possam ser atingidas com a aplicação do direito controvertido.

Aliás, sob esse aspecto, seria mais adequado se o NCPC previsse o cabimento do IRDR somente se já houvesse sentenças antagônicas a respeito da mesma questão jurídica, isto é, sentenças ora admitindo determinada solução, ora resolvendo a causa de forma diversa. Porém, o NCPC não estabeleceu, de forma expressa, como requisito para admissibilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas, a prévia controvérsia sobre o assunto objeto do IRDR.

Não obstante a ausência de regra processual exigindo a existência de prévia controvérsia, para que se atinjam os escopos buscados pelo artigo 976 do CPC e com fundamento no postulado da razoabilidade contido no artigo 8º do CPC, é necessário, para que o IRDR seja admitido, a efetiva repetição de processos sobre a mesma questão jurídica.

Por isso, não é apropriado determinar a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando não houver um conjunto de casos judicializados capaz de sintetizar os principais argumentos inerentes à definição da tese jurídica a ser aplicável tanto às demandas existentes quanto àquelas que vierem a ser ajuizadas. É prudente, pois, tolerar as desavenças até que se alcance clareza sobre o conjunto dessas argumentações que possam nortear o julgamento da questão jurídica.

De qualquer modo, a título de comparação entre a versão projetada no PLS 166/2010 e a consagrada no artigo 976 do CPC, pode-se concluir que, enquanto a primitiva proposta legislativa assumia um caráter eminentemente *preventivo* – uma vez que se valia da expressão “*sempre que identificada controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e de causar grave insegurança jurídica, decorrente do risco de coexistência de decisões conflitantes*” - pois estava centrada, salientemente, no “*potencial de gerar relevante multiplicação de processos*”, a que consta do texto aprovado – ao consagrar a necessidade de “*efetiva repetição de processos*” - adota o entendimento de que o conflito já deve estar configurado.

A legislação processual vigente não estabelece qual o número de processos aptos a

possibilitar a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas. Conseqüentemente, não deve ser o número de ações ajuizadas que norteará a instituição do IRDR, mas a verificação de *perigo efetivo* de lesão à isonomia e à segurança jurídicas, devido a multiplicação de demandas que detenham igual teor. Não há, pois, um número mínimo (real ou estimado) para que a repetição de determinada questão jurídica reste configurada, embora seja necessário haver uma quantidade razoável de demandas para que se possa afirmar a existência concreta de *efetiva repetição* de processos e de *risco* de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

Afinal, é certo que o NCPC busca a padronização da orientação jurídica, ao valer-se do IRDR para, mediante a identificação de causas-piloto, possibilitar que o tribunal competente para o julgamento do incidente promova a estabilização da interpretação da questão de direito. E, com isso, possa inibir o congestionamento provocado pela litigiosidade repetitiva e permitir a solução de inúmeras de demandas que recaiam sobre a definição judicial de uma mesma questão jurídica.

### **Legitimidade e interesse processual para a instauração do IRDR**

O pedido de instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas será dirigido ao presidente do tribunal, de ofício, pelo juiz de uma das causas repetitivas ou pelo relator de um recurso interposto nestas demandas (art. 977, inc. I e II, CPC). O incidente também pode ser provocado por meio de petição, subscrita por uma das partes, pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública (art. 977, inc. III e IV, CPC).

Pelo Enunciado nº 344 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, para que o juiz instaure o IRDR é necessário que o processo já esteja em segundo grau de jurisdição. Tal conclusão decorre da exegese do artigo 977, parágrafo único, do CPC, segundo a qual o “*órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente*”.

No entanto, a redação desse Enunciado merece críticas, pois a existência de causa pendente no tribunal nem sempre será um bom indicativo da repetição de processos. Aliás, a própria legitimação atribuída ao juiz de primeiro grau para suscitar o incidente (art. 977, inciso I, CPC) indica a desnecessidade de existir causa pendente no tribunal, quando já se tenha verificado a existência de efetiva repetição e processos com a possibilidade de existirem decisões dissonantes e que o magistrado, antes de proferir decisão em processo sob sua jurisdição, pretenda ver dissipado o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica,

mediante a fixação da tese jurídica pelo tribunal a que estiver vinculado na hierarquia jurisdicional. Tal exegese pode evitar, inclusive, a necessidade da interposição do recurso de apelação, limitando-se o tribunal apenas a fixar a tese jurídica a ser observada pelo juiz de primeiro grau nos casos repetitivos.

O parágrafo único do art. 977 do CPC, por sua vez, estabelece que o ofício ou a petição devem estar acompanhados dos documentos necessários à demonstração do preenchimento dos requisitos constantes no art. 976 do CPC. Tal regra serve para aferir o interesse processual dos legitimados à instauração do IRDR e possibilitar a verificação concreta dos seus requisitos.

Por documentos necessários, deve-se compreender, inclusive, petições juntadas ou decisões de outros processos capazes de identificar a questão jurídica a ser objeto de resolução por meio do IRDR.

Ademais, na aferição do interesse processual para a instauração do incidente, deve-se observar a real necessidade da utilização dessa técnica processual. O órgão judicial, a parte, o Ministério Público ou a Defensoria Pública devem estar concretamente envolvidos na causa, cuja questão jurídica se repete e demanda resolução uniforme pelo tribunal competente. O interesse não processual (v.g., meramente acadêmico) na rápida definição jurídica impede a instauração do IRDR.

A legitimidade do Ministério Público, para suscitar referido incidente, está associada com a proteção da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses e direitos sociais e individuais indisponíveis (arts. 127, CF, e 176, CPC). Por exemplo, tratando-se de interesses ou direitos individuais homogêneos, o Ministério Público pode requerer a instauração do incidente quando presente um relevante interesse social, a ser aferido no caso concreto. Isso porque, a exemplo do que acontece na verificação da legitimidade para a propositura de ação civil pública, a defesa de direitos individuais homogêneos, mesmo quando disponíveis, desde que identificado relevante interesse social, decorre de suas funções institucionais. Por exemplo, o Ministério Público pode pedir a instauração de IRDR para a fixação de tese jurídica envolvendo a revisão de benefícios previdenciários, para a defesa de mutuários em contratos de financiamento pelo sistema financeiro de habitação ou para que candidatos ao exame de admissão na Ordem dos Advogados do Brasil tenham acesso ao conteúdo da prova ou isenção no pagamento de taxa.

Porém, o Ministério Público, mesmo quando não tiver legitimidade para requerer a instauração do IRDR, conforme estampado nos §§ 1º e 2º do art. 976 do CPC, ou, ainda que não tenha requerido a sua instituição, deve intervir obrigatoriamente como *custos legis*, e, no

caso de abandono ou desistência, deverá assumir a sua titularidade, uma vez que tais circunstâncias não impedem a análise de mérito.

A legitimidade conferida à Defensoria Pública decorre da previsão constitucional (art. 134/CF), ao colocá-la como instituição essencial à função jurisdicional do Estado. Entretanto, os defensores públicos somente podem suscitar o incidente se houver relação concreta com a sua função típica, isto é, se restar identificada a assistência jurídica aos necessitados, definida constitucionalmente (arts. 5º, inc. LXXIV, e 134 da CF). No entanto, ao se averiguar a compatibilidade dos interesses e direitos que a Defensoria Pública protege com os possíveis beneficiários de quaisquer das ações individuais ou coletivas ajuizadas (incluindo, por evidente, eventuais incidentes processuais envolvidos), não se pode condicionar a atuação da instituição à comprovação prévia da pobreza do público-alvo, já que esvaziaria as finalidades da Defensoria Pública como função essencial à justiça, podendo-se presumir que, no rol dos afetados pela medida processual promovida, constem pessoas necessitadas.

### **Competência e juízo de admissibilidade**

A admissibilidade e o julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas cabem ao órgão indicado pelo regimento interno do Tribunal de Justiça ou do Tribunal Regional Federal responsável por efetuar a uniformização de sua jurisprudência (arts. 978 e 981 do CPC).

Por exemplo, pelo artigo 84, inc. III, letra “e”, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Paraná compete, privativamente, ao Órgão Especial, por delegação do Tribunal Pleno, processar o incidente de resolução de demandas repetitivas. Já, pelo artigo 187 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo, o IRDR deve ser apreciado pelas Turmas Especiais ou pelo Órgão Especial, neste, quando se tratar de matéria constitucional ou de sua competência e se houver divergência entre as Seções. Ainda à guisa de exemplo, no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, pelos artigos 12, inc. X, 14 e 18 do Regimento Interno, compete à Corte Especial Judicial processar e julgar o IRDR, quando a questão de direito a ser apreciada compreender matéria cuja decisão tiver efeitos em mais de uma Seção; caso contrário, o incidente deverá ser apreciado pelas Seções.

De qualquer modo, se o incidente versar sobre a arguição de inconstitucionalidade, a competência será do plenário ou do órgão especial, como determina o artigo 97 da Constituição Federal e a Súmula Vinculante nº 10.

O ofício ou o pedido de instauração do incidente deve ser dirigido ao Presidente do

tribunal, que poderá, de plano, negar seguimento ao IRDR. Caso verifique que o processo é da competência do tribunal e se estão presentes os pressupostos de admissibilidade, os autos serão distribuídos a um dos Desembargadores que compõem o órgão da Corte competente para apreciar o IRDR, para funcionar como Relator.

O parágrafo único do artigo 978 do CPC dispõe que o órgão colegiado responsável por julgar o incidente ficará prevento para o julgamento do recurso, da remessa necessária ou do processo de competência originária da onde se originou o incidente. Com efeito, se o Relator integrar o órgão competente para o julgamento do incidente, a distribuição será feita por dependência; caso o Relator não faça parte do órgão competente para o julgamento do IRDR, a distribuição deve ser feita por sorteio entre os magistrados que lá judicarem.

Entretanto, o incidente de resolução de demandas repetitivas deve ser suscitado antes do julgamento do recurso, da remessa necessário ou do processo de competência originária onde se originou o IRDR. Caso contrário, o incidente não poderá ser instaurado, pois caberá ao órgão colegiado, determinado pelo Regimento Interno, apenas fixar, em caráter incidental, a tese jurídica, a fim de que o órgão fracionário, que é o juízo natural, a aplique no caso concreto.

Nesse sentido, a Turma Especial – Privado 1 do Tribunal de Justiça de São Paulo não conheceu do IRDR que pretendia discutir a identificação de provedores de *internet*, sobretudo estrangeiros, bem como o momento de aplicação da Lei do Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2004), em razão de não mais estar pendente recurso ou processo versando sobre a definição da referida tese jurídica.

O juízo de admissibilidade, ainda que tenha sido realizado pelo Presidente do tribunal, deve ser repetido pelo órgão colegiado, a quem cabe verificar a presença dos requisitos do artigo 976 do CPC, isto é, a presença de risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica provocado pela multiplicação de processos em razão de questão de direito controvertida. Neste caso, o juízo de admissibilidade do incidente não pode ser objeto de decisão monocrática, cabendo ao Relator levar o IRDR, necessariamente, para apreciação do órgão colegiado, o que pode ocorrer, de preferência, por meio da realização de sessão eletrônica, a fim de agilizar o seu processamento (arts. 193-199 do CPC).

Havendo mais de um pedido de instauração de incidente de resolução de demandas repetitivas perante o mesmo tribunal, todos devem ser apensados e processados conjuntamente; os incidentes oferecidos após à decisão de admissão, devem ser anexados e sobrestados, cabendo ao órgão julgador considerar as razões nele apresentadas (cfr. Enunciado nº 89 do Fórum Permanente de Processualistas Civis).

Se o incidente for conhecido, diante do reconhecimento da presença de seus requisitos de admissibilidade, o Relator deverá determinar, na própria sessão, a suspensão dos processos individuais ou coletivos pendentes, em primeiro e segundo grau de jurisdição (art. 982, inc. I, CPC). A suspensão deve ser comunicada aos órgãos jurisdicionais competentes (art. 982, § 1º, CPC).

O Relator, a fim de prevenir o julgamento da questão jurídica antes do julgamento do incidente e para sintetizar os argumentos debatidos, poderá requisitar informações a órgãos em cujo juízo tramita processo no qual se discute o objeto do incidente, os quais devem prestá-las no prazo de 15 (quinze) dias (art. 982, inc. II, CPC).

O Relator também deverá intimar o Ministério Público, caso não seja o próprio requerente do IRDR, para se manifestar (art. 982, inc. III, CPC), e ouvir tanto as partes quanto os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia (art. 983/CPC), no prazo de 15 (quinze) dias, os quais podem requer a juntada de documentos e diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida. O Relator pode, ainda, designar audiência pública, para ouvir os depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria.

Tudo isso para assegurar a identificação dos processos abrangidos e o maior debate possível, antes da resolução do IRDR, já que a tese jurídica vincula todos os processos individuais ou coletivos que versarem sobre idêntica questão de direito e que tramitarem na área do respectivo tribunal, inclusive àqueles que estiverem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região, além dos casos futuros sobre o mesmo tema (art. 985/CPC).

Por outro lado, se os requisitos do artigo 976 do CPC não estiverem presentes, será rejeitada a instauração do IRDR e os processos retomarão o seu curso. Porém, se o incidente for rejeitado pela ausência de um pressuposto de admissibilidade, uma vez suprimido o vício, poderá ser novamente suscitado (art. 976, §3º, do CPC).

Além disso, não será admissível a instauração do incidente caso os tribunais superiores já tenham afetado para julgamento recurso especial ou extraordinário que verse sobre a mesma questão material ou processual repetitiva (art. 976, §4º, CPC). Se estiver em trâmite recurso especial ou extraordinário, não há necessidade de instauração do IRDR, porque esses recursos têm a função de proporcionar uma solução uniforme para as diversas demandas existentes sobre a mesma questão de direito. Havendo multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais, com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as regras do CPC e dos Regimentos Internos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça (art. 1.036/CPC). O artigo 256-H do

Regimento Interno do STJ, com a redação atribuída pela Emenda Regimental 22/2016, estabelece, por sua vez, que, caso haja recurso contra a decisão proferida pelo tribunal local no IRDR, o recurso especial deverá ser processado como representativo da controvérsia.

Quer-se, com isso, evitar a sobreposição de técnicas processuais com finalidades análogas, uma vez que os juízes e os tribunais devem observar os acórdãos em incidente de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinários e especiais repetitivos.

Vale ressaltar que a decisão que fixar a tese jurídica no IRDR ou em recurso especial ou extraordinário repetitivo deve analisar todos os fundamentos, favoráveis ou contrários, à questão de direito discutida, sob pena de violação dos artigos 93, inc. IX, da CF e 489, § 1º, do CPC (cfr. Enunciado nº 585 do Fórum Permanente de Processualistas Civis).

Portanto, tanto o incidente de resolução de demandas repetitivas quanto o julgamento de recursos extraordinários e especiais repetidos formam um microsistema de solução de casos repetitivos, devendo suas regras serem interpretadas sistematicamente (cfr. Enunciado nº 345 do Fórum Permanente de Processualistas Civis).

### **Divulgação e publicidade do incidente**

A tese jurídica adotada em incidente de resolução de demandas repetitivas abrange os processos pendentes e os casos futuros. Assim, seus efeitos não se restringem somente à esfera judicial, nem aos litigantes que aguardam a definição de suas causas, servindo de precedente capaz de repercutir nos âmbitos social, econômico e político.

Em razão disso, deve ser atribuído ao IRDR ampla publicidade e divulgação por meio de registro eletrônico de titularidade do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), conforme prevê o artigo 979 do CPC.

Os tribunais devem manter banco eletrônico de dados atualizados, inclusive para possibilitar a identificação dos processos abrangidos pelo incidente, contendo, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos por ela relacionados.

O artigo 979 do CPC foi regulamentado pela Resolução 235/2016, do Conselho Nacional de Justiça, que cria o Banco Nacional de Dados de Casos Repetitivos e de Incidentes de Assunção de Competência, cujo artigo 5º, § 2º, prevê que o CNJ disponibilizará informações para toda a comunidade jurídica, separando em painéis específicos os dados relativos ao incidente de resolução de demandas repetitivas admitidos e julgados pelos tribunais.

A publicidade é essencial à adequada formação do incidente a fim de que a tese a ser elaborada pelo tribunal possa ser seguida pela sociedade. Para assegurar o amplo debate e a

participação de todos os interessados, deve-se dar acesso às informações concernentes à existência e a condição atual dos incidentes em trâmite nos tribunais.

O Banco Nacional de Dados de Casos Repetitivos oportuniza, também, a intervenção de interessados e de *amicus curiae* que possuem interesse em participar do debate, apresentando elementos técnicos e argumentos sobre a questão de direito discutida, o que resguarda o caráter democrático do IRDR.

O artigo 979, § 2º, do CPC, ao preocupar-se com a identificação dos processos abrangidos pela decisão do incidente, exige que, no registro eletrônico das teses jurídicas constantes no cadastro, sejam informados os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos que se referem. Tais exigências têm a finalidade de permitir a aplicação e a distinção da questão jurídica válida tanto para os processos pendentes quanto aos futuros, bem como possibilitar eventual discussão quanto a superação da tese firmada.

Ademais, o artigo 979, § 3º, do CPC afirma que o regime da mais ampla e específica divulgação e publicidade do IRDR se aplica ao julgamento de recursos repetitivos e da repercussão geral em recurso extraordinário, o que reafirma a existência de um microsistema de solução de casos repetitivos.

Com efeito, a participação do *amicus curiae* deve ser a mais ampla possível (incluindo o direito de apresentar petições escritas, realizar sustentação oral e, inclusive, apresentar embargos de declaração), já que a decisão proferida nesses recursos fixará a tese a ser aplicada às demais questões de direito discutidas, em outros processos, por terceiros.

### **Suspensão dos processos que versam acerca da matéria controversa**

Sendo o incidente admitido, o relator do procedimento incidental determinará a suspensão dos processos, individuais ou coletivos, pendentes e em trâmite na área de jurisdição do tribunal competente para apreciar o incidente (art. 982, inc. I, do CPC), além de comunicar os órgãos jurisdicionais competentes (art. 982, §1º, CPC).

Com isso, os demais processos repetitivos devem aguardar a definição da tese jurídica, ficando paralisados até o julgamento do procedimento-modelo incidental, para que a macrolide possa ser resolvida de forma isonômica, mediante a fixação de um entendimento unitário.

A suspensão dos processos deve perdurar por 1 (um) ano, que corresponde ao prazo estabelecido para o julgamento do incidente, salvo decisão fundamentada do relator com objetivo de estender o aludido lapso temporal (art. 980/CPC). Durante o período de suspensão, poderão ser concedidas medidas de urgência pelo juízo em que tramita o processo

suspensão (art. 980, § 2º, CPC).

A princípio, a suspensão abrange somente os processos pertencentes à área de competência do tribunal responsável pelo julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas. Entretanto, é possível a suspensão transcorrer em todo o território nacional, mediante requerimento ao STF ou ao STJ formulado pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública (art. 982, § 3º, do CPC), bem como por pessoas que forem parte em processos em curso, em outros Estados ou Regiões (art. 982, § 4º, do CPC). Por outro lado, as partes do processo original em que se instaurou o IRDR não têm interesse em pedir a suspensão de todos os processos individuais ou coletivos em curso, pois o referido processo já se encontra sobrestado.

Quando, por ocasião do processamento do incidente de demandas repetitivas, o presidente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça receber requerimento de suspensão de processos em que se discuta questão federal constitucional ou infraconstitucional, poderá, considerando razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, estender a suspensão a todo o território nacional, até ulterior decisão do recurso extraordinário ou especial a ser interposto (art. 1.029, § 4º, CPC).

Nesse sentido, o artigo 271-A do Regimento Interno do STJ, com a redação dada pela Emenda Regimental 22/2016, prevê que o Presidente do Tribunal, a requerimento do Ministério Público, da Defensoria Pública ou das partes de incidente de resolução de demandas repetitivas em tramitação, considerando razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, suspender, em decisão fundamentada, todos os processos individuais ou coletivos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente. Tal suspensão, se for determinada, terá validade até o trânsito em julgado da decisão proferida no IRDR. Porém, a Portaria STJ 475/16 delegou ao presidente da Comissão Gestora de Precedentes do Superior Tribunal de Justiça a competência para decidir os requerimentos de suspensão.

A petição do incidente, proposto diretamente ao STJ, será recebida e autuada pela Coordenadoria de Processos Originários da Secretaria Judiciária do tribunal. Em seguida, o processo é encaminhado ao gabinete do ministro presidente da Comissão Gestora de Precedentes, que será o ministro competente para analisar o pedido de suspensão.

Por outro lado, será incabível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito, material ou processual, reincidente (art. 976, § 4º, CPC).

A suspensão nacional tem a finalidade de impedir o curso de processos nos demais Estados ou regiões que tratam da mesma matéria objeto do incidente. Isso para evitar que a mesma questão de direito seja alvo de incidentes em tribunais distintos, o que poderia gerar decisões conflitantes. Conseqüentemente, deve ser concentrado em um único incidente toda a discussão nacional de questão jurídica constitucional ou federal, repetida em controvérsias existentes em mais de uma esfera federativa pertencente a âmbito superior aos limites da competência dos Tribunais de Justiça ou Regionais Federais. Nesse caso, caberá ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça suspender o andamento das causas que tramitem em todo o território nacional e se fundem na mesma questão de direito.

Cumprido, ainda, definir qual o momento adequado para a suspensão nacional ser determinada nos processos pendentes de demais regiões. A rigor, a suspensão deverá ocorrer logo após a admissibilidade do incidente no âmbito do tribunal de segundo grau para que se prestigie o princípio da economia processual. Afinal, como o IRDR foi concebido para ser decidido pelas cortes regionais (Tribunais de Justiça e Regionais Federais), sendo a questão de direito a ser uniformizada de caráter nacional, por envolver a aplicação da legislação editada pela União ou da Constituição Federal, para se garantir segurança jurídica que poderia ser agravada com a demora da chegada dos primeiros recursos especial ou extraordinários aos Tribunais Superiores, permite-se que tanto o STF quanto o STJ participem da fixação da tese jurídica já na fase inicial do processamento do incidente de resolução de demandas repetitivas. O primeiro IRDR, com esse caráter nacional, chegou ao STJ, em dezembro de 2016, por intermédio de duas empresas do setor imobiliário e de incorporações, ambas partes em incidente de demandas repetitivas admitido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal. A questão objeto do incidente, analisado na segunda instância, discute a possibilidade de inversão da cláusula penal moratória contra construtora, na hipótese de atraso na entrega do imóvel, além da possibilidade de acúmulo de indenização por lucros cessantes com a cláusula penal, em caso de inadimplemento da construtora. Com isso, todos os processos pendentes, em todo o país, sobre tais temas podem ser suspensos, até o julgamento do IRDR pelo STJ.

Porém, cessa a suspensão dos processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região, se não houver a interposição de recurso especial ou extraordinário contra a decisão proferida no incidente de demandas repetitivas (art. 982, § 5º, CPC).

Por outro lado, caberá ao Presidente ou ao Vice-Presidente do Tribunal recorrido sobrestar o recurso que versar sobre controvérsia de caráter repetitivo ainda não decidida pelo STF ou pelo STJ, conforme se trate de matéria constitucional ou infraconstitucional (art.

1.030, inc. III, CPC).

Apesar de os processos que versarem sobre a questão de direito controvertida perdurarem suspensos até o julgamento do IRDR, é admitido o seu prosseguimento parcial, desde que contenham outros aspectos alheios ao assunto gerador de sua suspensão; isto é, outras matérias de direito não repetitivas ou envolvam questões de fato que não integram a macrolide.

Em virtude disso, quanto as matérias não abrangidas pela tese que deverá ser firmada no IRDR ou com ela não tenham relação de prejudicialidade, o processo terá sua tramitação normal, com a realização de instrução probatória e julgamento parcial de mérito. Afinal, nesses casos, a suspensão integral dos processos promoveria injustificada demora na prestação jurisdicional, violando, destarte, a garantia da razoável duração do processo (art. 5º, inc. LXXVIII, CF).

Nesses casos, caberá a parte demonstrar, perante o juiz ou o relator onde se encontra o seu processo, a distinção entre a questão de direito debatida no caso particular e a discutida no IRDR, para que, em razão do *distinguishing*, o processo não fique indevidamente paralisado. Ao analisar o pedido, o juiz ou o relator, deverá intimar a parte contrária para se manifestar e, então, aplicar por analogia, na ausência de regras específicas sobre o *distinguishing* no IRDR, a disciplina contida no artigo 1.037, §§ 9º a 13, do CPC.

É pelo Banco Nacional de Dados de Casos Repetitivos que se pode dar a devida divulgação e publicidade ao IRDR e permitir que, em razão do caráter das questões de direito a serem fixadas, seja requerida a suspensão nacional dos processos.

Além disso, a versão do projeto de Novo Código de Processo Civil aprovada pela Câmara dos Deputados previa que a admissão do incidente suspenderia a prescrição das pretensões nos casos que dispunham de idêntica questão de direito. Porém, essa disposição deixou de integrar a versão final aprovada no NCPC. A suspensão da prescrição evitaria que, enquanto estivesse tramitando o incidente, novas ações fossem interpostas fundadas na mesma questão de direito.

Apesar da inexistência de previsão legal, o Enunciado nº 452 do Fórum Permanente de Processualistas Civis afirma que, durante a suspensão dos processos prevista na regra do artigo 982 do CPC, não corre o prazo de prescrição intercorrente.

### **Contraditório e intervenção de *amicus curiae* na formulação da tese jurídica**

O contraditório no incidente de resolução de demandas repetitivas será aberto após sua admissibilidade. As partes, os órgãos e as entidades com interesse na controvérsia poderão

requerer a juntada de documentos no prazo de 15 (quinze) dias (art. 983 do CPC). Posteriormente, caberá ao Ministério Público se manifestar, em idêntico prazo.

O relator pode requisitar outras diligências cabíveis para a melhor elucidação da matéria em exame, bem como realizar audiências públicas com a finalidade de ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento no assunto (art. 983, § 1º, CPC).

É assegurada a participação democrática na formação da tese jurídica a ser obtida, como meio de garantir a legitimação da jurisdição. É observado, pois, o contraditório como direito de influenciar na formação da decisão judicial.

O interesse na participação dos interessados decorre da possibilidade de sofrerem diretamente os efeitos da decisão proferida no procedimento incidental, já que, uma vez definida a tese jurídica, ela vincula a todos os litigantes que aguardam a resolução dessa questão de direito. Ademais, o julgamento do IRDR se estende aos casos futuros, constituindo um precedente (*leading case*) a ser adotado nas decisões das demandas repetitivas.

Assim como nas ações diretas de inconstitucionalidade e declaratórias de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal (art. 7º, § 2º, da Lei 9.868/1999), no IRDR também há a previsão da participação do *amicus curiae*. Com isso, permite-se a participação efetiva de outras pessoas, mesmo que não sejam partes nas demandas suspensas.

O *amicus curiae* pode ser pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, desde que possua, em razão da relevância da matéria, da especificidade do tema objeto da demanda ou da repercussão social da controvérsia, conhecimento suficiente para influir na solução do IRDR.

A intervenção do *amicus curiae* deve ser pautada pelos postulados da democracia deliberativa e pela dimensão participativa do contraditório. Tal instituto é relevante para que sejam trazidos outros elementos de informação e argumentos que possam influenciar no esclarecimento e no julgamento da matéria. Caberá ao relator, em decisão irrecorrível (art. 138/CPC), verificar a conveniência e a oportunidade da manifestação do “amigo da corte”, inclusive para evitar discussões marcadas por aspectos meramente individuais ou repetitivos, o que acabaria por violar a garantia constitucional da duração razoável do processo.

A propósito, o Enunciado nº 460 do Fórum Permanente de Processualistas Civis enfatiza que “o *microsistema de aplicação e formação dos precedentes deverá respeitar as técnicas de ampliação do contraditório para amadurecimento da tese, como a realização de audiências públicas prévias e participação de amicus curiae*”.

O artigo 983 do CPC permite, inclusive, que as partes dos processos que foram suspensos intervenham no incidente, acrescentando argumentos ao debate desenvolvido, uma

vez que possuem interesse jurídico no julgamento do IRDR. Logo, tais litigantes assumem a posição de assistentes litisconsorciais.

Com efeito, deve-se possibilitar a todos que possuem interesse na fixação da tese jurídica oportunidade para que possam ser ouvidos e permitir que ajudem a construir o conteúdo da decisão, isto é, a definição da *ratio decidendi*. Em consequência, o interessado portador de interesse institucional, como o *amicus curiae*, ou jurídico, como as partes das demandas repetitivas, devem participar efetivamente do processamento e do julgamento do incidente.

O artigo 983, §2º, do CPC estabelece que, após o término das diligências, o relator pedirá dia para julgamento do incidente.

### **Julgamento do incidente e fundamentação da tese jurídica adotada**

O julgamento do IRDR compete ao órgão responsável pela uniformização da jurisprudência, definido no regimento interno do Tribunal de Justiça ou do Tribunal Regional Federal. Tal previsão remete para a atribuição de um órgão especializado, a fim de que os tribunais estejam preparados para enfrentar o julgamento das matérias repetitivas.

O julgamento deverá acontecer no prazo máximo de um ano, possuindo preferência de tramitação sobre as demais demandas, exceto quanto às hipóteses que envolvam réu preso e pedido de *habeas corpus* (art. 980 do CPC). Contudo, verificada a necessidade de período superior para julgamento, poderá o relator, fundamentadamente, dilatar o referido prazo.

Questão importante a ser assinalada é o termo inicial do prazo estabelecido para o julgamento do incidente. O prazo de um ano deve iniciar na data da publicação da decisão quanto ao juízo de admissibilidade do incidente.

A legislação processual determinou o tempo de duração do julgamento do incidente, observando a garantia constitucional da razoável duração do processo (arts. 5º, inc. LXXVIII da CF e 4º do CPC). Assegurar a rápida tramitação e julgamento do IRDR é de extraordinária importância, porque processos repetitivos estarão suspensos apenas aguardando a decisão que exhibirá a tese jurídica correta a ser aplicada. Caso contrário, o IRDR não atingirá a sua finalidade – de fixação da tese jurídica para os casos repetitivos – e cairia em total descrédito.

O artigo 984 do CPC disciplina o julgamento do incidente de demandas repetitivas.

Explica que, em primeiro lugar, cabe ao relator expor o objeto do incidente.

Após, o autor e o réu do processo originário farão sustentação oral, seguido do Ministério Público, no tempo de 30 (trinta) minutos, que poderá ser majorado se for imprescindível para a explanação da matéria.

Os demais interessados terão o prazo de 30 (trinta) minutos para sustentar oralmente as suas razões, dividido entre todos eles. Tal lapso temporal também poderá ser ampliado pelo relator se houver necessidade, em razão do número de inscritos. Para participar da sessão e realizar a sustentação oral, os interessados deverão se inscrever com 2 (dois) dias de antecedência.

Ao se permitir que as partes nos demais processos afetados pelo julgamento possam também dele participar, é assegurada a isonomia durante o julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas.

A decisão, a ser proferida no IRDR, para respeitar a efetividade do contraditório, deverá abordar todos os fundamentos invocados pelas partes, pelo Ministério Público, *amicus curiae* e pelos interessados que colaboraram ao longo do incidente para o alcance do resultado final, sejam favoráveis ou contrários à tese fixada (art. 984, §2º, CPC). O dever de fundamentação da decisão judicial está regulamentado no artigo 489, §1º, inc. IV, do CPC, que considera não fundamentada a decisão judicial que não enfrentar todos os argumentos extraídos do processo dotados de efeito suficiente para influenciar o desfecho apontado pelo órgão julgador.

Nesse sentido, estabelece o Enunciado nº 305 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “*No julgamento dos casos repetitivos, o tribunal deverá enfrentar todos os argumentos contrários e favoráveis à tese jurídica discutida, inclusive os suscitados pelos interessados*”.

O rigor no cumprimento do dever de fundamentação das decisões nos incidentes de resolução de demandas repetitivas permite a melhor identificação dos fundamentos, favoráveis e contrários, à definição da tese jurídica ou da *ratio decidendi*, inclusive para possibilitar, no futuro, a própria revisão ou até mesmo a sua alteração, pelo mesmo tribunal que a fixou, de ofício ou a requerimento do Ministério Público ou da Defensoria Pública (art. 986/CPC).

Portanto, como a decisão proferida no procedimento incidental constituirá precedente a todas as demandas presentes e futuras que versarem sobre a mesma tese jurídica, a fundamentação – sob pena de ser nula – deve ser exaustiva, com o exame de todos os argumentos jurídicos arguidos durante sua tramitação e a exposição clara da controvérsia jurídica em análise.

Por sua vez, a decisão que aplicar a tese jurídica firmada no julgamento dos casos repetitivos não precisa analisar, novamente, os fundamentos enfrentados na decisão paradigma, sendo suficiente, para fins de cumprimento das exigências do artigo 489, § 1º, do

CPC, a correlação fática e jurídica entre o caso concreto e aquele apreciado no IRDR.

### **Recursos cabíveis e possibilidade de revisão da tese jurídica firmada no incidente**

As decisões proferidas pelo relator no curso do procedimento incidental podem ser impugnadas por meio de agravo interno, observadas, quanto ao processamento, as regras do regimento interno do tribunal (art. 1.021/CPC), e embargos de declaração (art. 1.022/CPC).

Se for indeferida a intervenção de interessados e de *amicus curiae*, será admitida a interposição de agravo interno, com a finalidade de verificar a conveniência e a contribuição que as aludidas participações podem oferecer na fixação da tese jurídica.

Acerca da possibilidade do *amicus curiae* estar legitimado a fazer do uso de agravo interno contra a decisão que indeferir sua intervenção no incidente, faz-se necessário aduzir que, nas causas de controle de constitucionalidade (arts. 7º, § 2º, da Lei 9.868/98 e 21, inc. XVIII, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal), ele não ostenta de legitimidade para recorrer de igual indeferimento, bem como das demais decisões proferidas.

No entanto, tais regras precisam ser interpretadas à luz do artigo 1.021/CPC que assegura, de forma ampla, o cabimento do agravo interno contra as decisões do relator. Tal exegese também prestigia garantia constitucional do contraditório, na medida que estimula o mais amplo diálogo, envolvendo os demais magistrados que integram o órgão competente para o julgamento do IRDR na decisão quanto a importância ou não do *amicus curiae* participar da definição da tese jurídica a ser aplicada às demandas repetitivas.

Afinal, se o *amicus curiae* tem legitimidade e interesse de intervir, também deve ser assegurado o seu direito de recorrer, até mesmo para que não prevaleça a posição restritiva de um único juiz (relator). O *interesse institucional* que, ao ser devidamente ponderado pelo órgão colegiado, poderá contribuir para a mais correta formação do convencimento judicial, sobretudo em temas novos e complexos (v.g., *internet*, inovações, propriedade intelectual, direito da concorrência etc.), trazendo aos autos argumentos eventualmente desprezados, desconsiderados ou rejeitados pelo órgão *a quo*. O artigo 138, § 3º, do CPC concede expressa legitimidade recursal ao *amicus curiae* para recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.

Ademais, os outros interessados na elaboração do precedente a ser aplicado a todos os processos suspensos podem intervir, uma vez que poderão vir a sofrer os efeitos dessa decisão que fixar a tese jurídica e, por consequência, também podem recorrer até que os tribunais superiores definam a tese jurídica.

No que se refere aos recursos admitidos à decisão de mérito proferida no IRDR, o

artigo 987 do CPC estabelece ser cabível recurso extraordinário ou especial. Apreciado o mérito do recurso pelo STF ou STJ, a tese jurídica adotada será aplicada em todo território nacional para todos os processos individuais ou coletivos que tratam da idêntica questão de direito (art. 987, § 2º, CPC). Afinal, cabe a tais Cortes dar a “última palavra” sobre a interpretação da Constituição da República ou da legislação federal, que deve vincular os demais órgãos do Poder Judiciário e atingir os demais poderes e, em última análise, toda a sociedade.

O recurso extraordinário e o especial devem ser interpostos perante o Presidente ou o Vice-Presidente do tribunal recorrido (art. 1.029/CPC). Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias (art. 1.030/CPC). Posteriormente, os autos vão conclusos ao Presidente ou ao Vice-Presidente do tribunal recorrido para proceder ao juízo de admissibilidade do recurso interposto.

O artigo 987, § 1º, do CPC dispõe que o recurso extraordinário ou especial interposto em face da decisão de mérito proferida no IRDR tem efeito suspensivo e será presumida a repercussão geral de questão constitucional (art. 102, § 3º, CF). O Regimento Interno do STJ, com a redação da Emenda Regimental 22/2016, prevê, no artigo 255, que o recurso especial será interposto na forma e no prazo estabelecido na legislação processual vigente e recebido no efeito devolutivo, salvo quando interposto do julgamento de mérito do incidente de resolução de demandas repetitivas, hipótese em que terá efeito suspensivo.

Além disso, por falta de previsão normativa, o recorrente não precisa demonstrar repercussão geral (que exige questões relevantes do ponto de vista econômico, social ou jurídico ultrapassem os interesses subjetivos do processo) para a admissibilidade do recurso especial, cuja presença é indispensável para o conhecimento do recurso extraordinário (arts. 102, § 3º, CF e 1.035/CPC).

Entretanto, a função dos Tribunais Superiores é a fixação de precedentes, em matéria constitucional ou de aplicação da legislação federal, não apenas resolverem casos que derivam de demandas repetitivas. Por isso, embora para a admissibilidade dos recursos especiais a Constituição Federal não exige a repercussão geral, seria equivocado admitir recurso especial interposto em face da decisão de mérito proferida no IRDR simplesmente por se tratar da necessidade de solução de casos repetitivos. Isso porque, como o IRDR visa a obtenção de precedente a ser aplicado a todos os casos repetitivos, presentes e futuros, o interesse recursal se limita ao conteúdo da decisão e suas premissas, devendo o recorrente impugnar a *ratio decidendi* contida na fundamentação da decisão proferida pelo tribunal recorrido.

A repercussão geral existe, justamente, para que os recursos de estrito direito não sejam concebidos como um direito subjetivo das partes e para que os Tribunais Superiores sejam considerados Cortes para a fixação de precedentes. Para suprir a ausência de exigência constitucional de repercussão geral para a admissibilidade do recurso especial, a figura do *amicus curiae* ganha importância, devendo sua participação servir inclusive para avaliar o cabimento recursal, isto é, se a tese trazida é relevante do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico e se ultrapassam os interesses subjetivos do processo. Independentemente da intervenção do *amicus curiae*, é função do Ministério Público, que tem participação no curso do procedimento incidental do IRDR (art. 982, inc. III, CPC), zelar para que o recurso especial interposto seja admitido somente quando evidenciar, pelos argumentos deduzidos, que há a transcendência do interesse social em rediscutir o acórdão recorrido sobre a vontade do recorrente.

Além disso, como a decisão proferida no IRDR constitui precedente vinculante, é possível que o próprio tribunal que fixou a tese jurídica proceda a sua revisão de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público ou da Defensoria Pública (art. 986/CPC). Assim, se e quando necessário, dá-se abertura para as mudanças que sustentam a correção, confiabilidade e credibilidade inerentes à obrigatoriedade do cumprimento dos precedentes pelos órgãos do Poder Judiciário e dos órgãos, entes e agências previstas no 985, § 2º, do CPC. A revisão dos precedentes deve ser uma medida excepcional, condicionada a argumentos rígidos que evidenciem alterações substanciais das circunstâncias fáticas ou jurídicas que influenciaram para a estrutura do conteúdo da *ratio decidendi* já fixada.

Para que ocorra a revisão, o requerimento deverá ser adequadamente fundamentado, expondo os motivos idôneos para que o tribunal supere a tese anterior, seja devido à alteração das regras jurídicas que foram utilizadas em sua formulação ou diante de transformações econômicas, políticas ou sociais sobre a matéria apreciada. Tanto o Ministério Público quanto a Defensoria Pública devem assumir o ônus argumentativo e apresentarem as razões que, ao serem apreciadas pelo tribunal, poderão acarretar a revisão da tese jurídica.

Apesar de não estar expresso na regra do artigo 986 do CPC, as próprias partes, assim como o *amicus curiae*, têm legitimidade para pedir a revisão da tese jurídica.

No julgamento da revisão da tese jurídica, podem ser realizadas novamente audiências públicas para a oitiva de *amicus curiae* e demais interessados. Tudo isso para possibilitar o amplo debate e a participação de todos os interessados na discussão sobre a necessidade, ou não, de revisão do posicionamento anterior.

## **Aplicação da tese jurídica firmada no incidente**

A tese jurídica, firmada no IRDR, será aplicada a todos os processos individuais ou coletivos que se referem à matéria abordada no precedente em trâmite na área de jurisdição do tribunal, abrangendo os juizados especiais do Estado ou da região (art. 985, inc. I, CPC).

Para reforçar a disciplina dos efeitos do IRDR no âmbito dos Juizados Especiais, foi editado o enunciado nº 605 pelo Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, de 26 de fevereiro de 2016, com a seguinte redação: “*os juízes e as partes com processos no Juizado Especial podem suscitar a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas*”.

Outrossim, a tese jurídica fixada no incidente de demandas repetitivas também abarca os casos futuros que contenham a mesma questão debatida no precedente e que venham a tramitar no âmbito de competência do tribunal, excetuadas as hipóteses de cancelamento e revisão exercidos pelo próprio tribunal (art. 985, inc. II, CPC).

Dessa maneira, os efeitos do julgamento firmado no IRDR alcançam todos os processos que versem sobre idêntica questão de direito e que estejam sujeitos à jurisdição do respectivo tribunal, bem como aos casos futuros que tratem da mesma matéria. Com isso, pretende-se promover segurança jurídica, eficiência e previsibilidade das decisões judiciais.

Por exemplo, a decisão proferida no julgamento de mérito de IRDR, instaurado no TRF da 4ª-Reg. terá eficácia vinculante sobre todas as causas repetitivas que tramitam na justiça federal dos entes federativos englobados pela referida região, quais sejam: Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná. De igual modo, o efeito vinculante de decisão de mérito proferida por um Tribunal de Justiça ficará restrito à sua área de competência. Por exemplo, os efeitos da decisão vinculativa proferida pelo TJPR alcançam apenas as demandas repetitivas em tramitação na justiça do Paraná. Por outro lado, as decisões do TJRJ abrangerão somente as causas pendentes na justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Entretanto, a tese jurídica pode ser aplicada em todo o território nacional, no caso de interposição de eventual recurso especial ou extraordinário, se o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça apreciar o mérito da decisão prolatada no procedimento incidental.

Se o entendimento não for observado pelos juízes e tribunais que pertencem à esfera de vinculação da aludida decisão, caberá reclamação (art. 985, § 1º, CPC) ao tribunal competente a fim de garantir a observância da tese jurídica adotada no precedente, observando os preceitos elencados a partir do artigo 988 do CPC.

Diante disso, percebe-se que o NCPC fortaleceu a disciplina dos precedentes judiciais no ordenamento jurídico pátrio ao atribuir sua força vinculante, a fim de garantir

plenamente a uniformidade das decisões proferidas pelos órgãos judicantes.

A busca pela uniformidade indica que, sobre uma mesma controvérsia, é indispensável consolidar uma posição jurídica para que não permaneça o debate sobre posicionamentos jurisdicionais conflitantes. A vinculação dos juízes aos precedentes não viola a garantia da independência judicial. É dever do Judiciário solucionar as causas a ele submetidas, de forma racional e isonômica, não se podendo admitir que pessoas iguais, com casos iguais, possam obter decisões diferentes do Judiciário. Por isso, a noção de submissão aos precedentes judiciais não afronta a liberdade de convicção motivada, mas confere racionalidade para o sistema judicial e para a própria decisão imposta aos jurisdicionados.

O incidente de resolução de demandas repetitivas serve, pois, para manter a integralidade do sistema jurídico. Conseqüentemente, o precedente firmado no IRDR possui caráter vinculante, a exemplo do que ocorre com as súmulas vinculantes emanadas do Supremo Tribunal Federal, sendo que a norma geral estabelecida na fundamentação desse julgado (*ratio decidendi*) tem eficácia para obrigar os órgãos jurisdicionais a adotarem a mesma tese jurídica na fundamentação dos julgados sobre a sua jurisdição.

É possível extrair a aludida vinculatividade diante da interpretação conjunta dos artigos 976 a 987 do CPC, podendo-se destacar as seguintes previsões legais: a) a previsão imperativa de aplicação da tese não só aos casos pendentes, mas também aos futuros (art. 985, inc. II, CPC); b) a vinculação dos órgãos da Administração Pública à tese firmada, quando se tratar de prestação de serviço público (art. 985, § 2º, CPC): o resultado do julgamento deve ser comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para a fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação da tese adotada; c) a previsão de cabimento de reclamação contra a decisão que desrespeitar a tese jurídica firmada (arts. 985, § 1º e 988, do CPC); d) a obrigatoriedade de indicação dos fundamentos determinantes da decisão (art. 979, § 2º, CPC), dos quais decorre a força vinculante do precedente.

Ademais, devem ser julgadas liminarmente improcedentes as causas que dispensem a fase instrutória, quando o pedido contrariar entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 332, inc. III, CPC).

Assim, o IRDR busca conter pretensões individuais repetitivas, as quais serão julgadas de acordo com a tese jurídica definida, a fim de serem atingidos os objetivos do incidente de inibir a repetição de processos sobre a mesma questão de direito. Para tanto, a decisão proferida no IRDR vincula todos os juízes da respectiva jurisdição prolatora da decisão a adotá-la, uma vez que detém força obrigatória e vinculante.

É a partir da conclusão da concessão de efeito vinculante às decisões proferidas no

IRDR que se pode assegurar obediência à tese jurídica a ser aplicada às demandas repetitivas. Portanto, o caráter vinculante dessas decisões é uma consequência lógica da existência do instituto e da busca pela previsibilidade que configura a sua razão de promover a isonomia e a segurança jurídicas.

## CONCLUSÃO

O incidente de resolução de demandas repetitivas é uma técnica processual de grande valor democrático, uma vez que garante amplo espaço para discussões coletivas e prevê um procedimento-modelo para a resolução de questões de direito que se repetem em demandas judiciais.

Na sociedade de massas, diante da multiplicação de demandas que recaem sobre a mesma matéria de direito, o IRDR objetiva reduzir o congestionamento dos órgãos jurisdicionais e assegurar a mais rápida e efetiva tutela jurisdicional.

Trata-se, pois, de mecanismo capaz de racionalizar a aplicação do direito brasileiro, estabelecendo uma decisão-modelo a ser aplicada a todos os casos presentes e futuros, construída a partir da ampla participação das partes, de interessados e de *amicus curiae*.

O NCPC se preocupou em especificar desde a instauração do IRDR até os recursos cabíveis, com o cuidado de zelar pelo dever de motivação das decisões judiciais, para que se possa, por meio do precedente judicial, eliminar julgamentos divergentes e promover a uniformidade na aplicação do ordenamento jurídico.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Inconstitucionalidades do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) e os riscos ao sistema decisório. *Revista de processo*, vol. 240, fev./2015.

CABRAL, Antonio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. Uma análise dos institutos interventivos similares – O *amicus* e o *Vertreter des Öffentlichen* interesses. *Revista de processo*, vol. 117, set./out.2004.

\_\_\_\_\_. O novo procedimento-modelo (*musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. *Revista de processo*, vol. 147, maio/2007.

\_\_\_\_\_. Il procedimento-modelo (*musterverfahren*) e gli strumenti di risoluzione di processi ripetitivi. *Revista de processo comparado*, vol. 1, jan.-jun./2015.

CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. Incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil. *Revista de processo*, vol. 243, maio/2015.

CAMBI, Eduardo; ALMEIDA, Vinícius Gonçalves. Segurança jurídica e isonomia como vetores argumentativos para a aplicação dos precedentes judiciais. *Revista de processo*, vol. 260, out./2016

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 3ª ed. São Paulo: Almedina, 2016.

CARVALHO, Raphaele Costa. O incidente de resolução de demandas repetitivas: breve análise de sua estrutura e de seu papel na realidade processual brasileira. *Revista de processo*, vol. 250, dez./2015.

CIMARDI, Cláudia Aparecida. *A jurisprudência uniforme e os precedentes no novo Código de Processo Civil brasileiro*. São Paulo: RT, 2015.

COSTA, Rosalina Moitta Pinto da. O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil. In: *XXIV Congresso nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação de Direito (CONPEDI)*. Processo, jurisdição e efetividade da Justiça I. Florianópolis: 2015.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista de processo*, vol. 193, mar./2011.

DANTAS, Bruno. In: *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 3ª ed. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas. São Paulo: RT, 2016.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Sistema brasileiro de precedentes*. São Paulo: RT, 2014.  
MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2013.

\_\_\_\_. O problema do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinário e especial repetitivos. *Revista de processo*, vol. 249, nov. 2015.

\_\_\_\_. Incidente de resolução de demandas repetitivas e recursos repetitivos: entre precedente, coisa julgada sobre questão, direito subjetivo ao recurso especial e direito fundamental de participar. *Revista dos Tribunais*, vol. 962, dez. 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Civil Comentado*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2015.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. Reflexões sobre o incidente de demandas repetitivas previsto no projeto de Novo Código de Processo Civil. *Revista de processo*, vol. 211, set./2012

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O incidente de demandas repetitivas do Novo Código de Processo Civil. *Revista de processo*, vol. 243, maio/2015.

NOGUEIRA, Gustavo. A coletivização das demandas individuais no NCPC e sua convivência com as demandas coletivas. *Revista de processo*, vol. 255, maio 2016.

REICHELT, Luis Alberto. O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo código

de processo civil brasileiro e o redimensionamento do papel constitucionalmente associado aos tribunais de justiça e aos tribunais regionais federais. *Revista de processo*, vol. 248, out. 2015.

TEIXEIRA, Guilherme Puchalski. Incidente de resolução de demandas repetitivas: projeções em torno de sua eficiência. *Revista de processo*, vol. 251, jan. 201