



## SUMÁRIO

<b>GIRO EPISTEMOLÓGICO E A TEORIA CRÍTICA DO DIREITO BRASILEIRO</b>	
<i>Antonio Escrivão Filho</i>	02
<b>A DIMENSÃO EMANCIPATÓRIA DO DIREITO</b>	
<i>Any Ávila Assunção</i>	17
<b>O PRINCÍPIO DA IGUALDADE NO DIREITO DO TRABALHO</b>	
<i>Augusto César Leite de Carvalho</i>	34
<b>A DEFESA DOS DIREITOS SOCIAIS EM PROCESSOS COLETIVOS</b>	
<i>Diogo Palau Flores dos Santos</i>	59
<b>AS TUTELAS DE URGÊNCIA E OS MEIOS DE IMPUGNAÇÃO NA JUSTIÇA DO TRABALHO – UMA ANÁLISE EVOLUTIVA DA JURISPRUDÊNCIA</b>	
<i>Douglas Alencar Rodrigues</i>	84
<b>O CONTRADITÓRIO NAS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE: O VERDADEIRO PAPEL DO ADVOGADO GERAL DA UNIÃO NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO</b>	
<i>José Ricardo Britto Seixas Pereira Júnior</i>	95
<b>POLÍTICAS PÚBLICAS E DIREITOS HUMANOS: A IMPORTÂNCIA DO SISTEMA INTERAMERICANO PARA A CRIAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA</b>	
<i>Luis Filipe Bicalho</i>	124
<b>MARCO CIVIL DA INTERNET E A SUA PRINCIPIOLOGIA: O ALCANCE DE SEUS PRINCÍPIOS</b>	
<i>Paulo Roberto Binicheski</i>	140
<b>DO EMPREGO DA DIGNIDADE COMO FUNDAMENTO DE DIREITOS HUMANOS: DIVULGAÇÃO DA ANÁLISE DE ALGUNS APORTES JURISDICIONAIS DO STF</b>	
<i>Rafael Seixas Santos</i>	160
<b>REFLEXÕES SOBRE JUSTIÇA EM UM MUNDO EM CRISE: A DEMANDA POR DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ERA DA INCERTEZA (ENTREVISTA A UMA JOVEM JURISTA)</b>	
<i>Adriana dos Reis</i>	176

# GIRO EPISTEMOLÓGICO E A TEORIA CRÍTICA DO DIREITO BRASILEIRO

*Antonio Escrivão Filho*

---

Doutor em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). *Visiting Researcher* na Universidade da Califórnia, Los Angeles (UCLA). Professor do Curso de Direito do Centro Universitário IESB. Advogado e consultor em Direitos Humanos.

Sumário: Introdução; 1. Teorias crítico-dialéticas do direito; 2. O debate sobre o acesso à justiça; 3. O Direito Achado na Rua; Fontes e referências bibliográficas.

2

## Introdução

A fim de discutir as bases teóricas para a compreensão do direito e da realização da justiça em nosso país, parece pertinente a proposta de realizar um giro epistemológico sobre o conhecimento destes dois fenômenos sociais, a partir da sua relação com os movimentos sociais. A título de inspiração, tal abordagem epistemológica poderia ser representada pela bem humorada colocação de Richard Abel (1995-a, p. 1) em sua descrição sobre o objeto de estudos do campo sociojurídico (*sociolegal studies*), ao relatar: “quando questionado sobre o que estudo, eu geralmente respondo gnomicamente: tudo sobre direito exceto as leis”<sup>1</sup>.

Assim, acompanhando Abel, para este ensaio teórico parece interessante realizar alguns deslocamentos analíticos em relação às categorias, métodos e objetos tradicionalmente atribuídos ou eleitos para o estudo do direito e da justiça. Na esteira desta opção emerge uma estrutura epistemológica própria, apresentada abaixo desde um esforço de síntese e sistematização de referenciais distintos. Nestes termos, a estrutura epistemológica aqui proposta sobre o direito e a justiça pode ser assim sistematizada:

---

<sup>1</sup>Do original: “When asked what I study, I usually respond gnomically: everything about law except the rules”. Tradução livre retirada da apresentação intitulada “*What We Talk About When We Talk About Law*” (ABEL, 1995-a, p.1). Enquanto retumba a assertiva em nossas mentes, Abel continua: “This may be oxymoronic, but it is also accurate. Lawyers seek to understand rules - ascertain, criticize, change, organize, apply, and manipulate them. Social scientists examine everything else: institutional structures, processes, behavior, personnel, and culture (Abel, 1973). Disciplines usually resist colonization: religion is suspicious of philosophy, medicine of sociology, science of feminist epistemology. Law has not always been hospitable to external scrutiny. [...] Nevertheless, there is a long tradition of interdisciplinary approaches to law”.

1. Pelas teorias crítico-dialéticas do direito; 2. pelo debate conceitual em torno de uma noção alargada de acesso à justiça, apoiado sobre o paradigma emergente da transformação social e da justiça acessada; 3. pelo projeto teórico e prático, enfim, de O Direito Achado na Rua.

Senão vejamos brevemente cada uma destas perspectivas que informam e conformam a noção de direito e justiça ao longo de todo o texto que segue.

### **1. Teorias crítico-dialéticas do direito**

Partindo desta proposta, encontramos algumas teorias crítico-dialéticas do direito brasileiro. Para Celso Luiz Ludwig (2006, p.192), “a Teoria Crítica tem como ponto fundamental mostrar como as coisas realmente são – objeto de uma teoria –, porém, a partir da perspectiva de como deveriam ser. Isso porque as coisas poderiam ser, mas não são (afinal, as coisas têm potencialidades que não são realizadas)”. Assim, o papel da crítica aqui é despertar e provocar uma permanente cogitação entre uma trinca dialética fundada sobre a observação da realidade do Direito, a análise das relações de dominação e opressão ideologicamente entranhadas na sua cotidianidade, e a potencialidade de vir-a-ser-outra realidade mais digna e libertária.

Conforme Karel Kosík (2002, p. 80), “na cotidianidade, a atividade e o modo de viver se transformam em um instintivo, subconsciente e inconsciente, irrefletido mecanismo de ação e de vida”, onde as coisas, e do mesmo modo o direito, “simplesmente são aceitos”. É o mecanismo que nos transforma em insetos, conforme anota o filósofo húngaro, fazendo referência ao clássico de Franz Kafka. É daí porque Lyra Filho (1982) insere na análise do direito o debate sobre a ideologia, compreendendo-a como um conjunto de evidências não refletidas que se confundem com a realidade do direito, de modo a excluir da sua esfera aquela potencialidade de vir-a-ser outro, a saber, vir-a-ser a realização da dignidade e da liberdade.

Interessante notar, assim, como a desocultação deste nível ideológico da cotidianidade situa-se na centralidade do problema do direito, na medida em que a sua construção na dialética social faz parte de um processo de tomada de consciência que traduz carência de direitos em práxis de justiça. De fato, como aponta Eder Sader, citado por José Geraldo de Sousa Júnior (2002, p. 89), para os movimentos sociais “a consciência de seus direitos consiste exatamente em encarar as privações da vida privada

como injustiças, no lugar de repetições naturais do cotidiano”, em um processo forjado coletivamente desde uma perspectiva solidária de emancipação e tomada de consciência, como descreve a teoria dos movimentos sociais.

Desse modo poderíamos dizer, com o professor José Geraldo de Sousa Júnior (2002, p. 68), que essa perspectiva “insere-se, pois, no processo de conhecimento do Direito enquanto exigência de identificar parâmetros para a compreensão da legitimidade epistemológica de novos conceitos e de ampliação crítica de novas categorias” em condições de organizar uma outra prática de investigação sobre a relação entre o direito, a justiça e os movimentos sociais no Brasil. Tomando os caminhos da teoria crítica apontados por Ludwig (2006), uma pesquisa nestes termos poderia investigar, por exemplo, se o contato entre a justiça e os movimentos sociais no Brasil se traduzem em uma perspectiva de acesso à justiça, ou, de modo contrário, ou em uma forma de bloqueio judicial da mobilização social.

Alinhando-se aos elementos que constituem o pensamento jurídico crítico, conforme assim o conceitua Antônio Carlos Wolkmer, busca-se então uma “proposta que não parte de abstrações, de um *a priori* dado, da elaboração mental pura e simples, mas da experiência histórico-concreta, da prática cotidiana insurgente, dos conflitos e das interações sociais e das necessidades humanas” (2001, p. 5). É por isso que o referencial epistêmico da noção de direito aqui se apresenta desde um afastamento de categorias analíticas com fundamento abstrato ou empirista, para além do falso dilema entre o jusnaturalismo e o normativismo positivista, conforme apontado por José Eduardo Faria (1993), seja no fundamento que os iguala, a saber, justamente essa essência abstrata que aqui se reveste de razão, ali de imanência natural e acolá de lógica-formal, seja nos detalhes que os diferencia, como a relação lógica de prioridade entre o direito transcendente e o positivado, expressada pelo binômio ‘ordenado porque justo; e justo porque ordenado’. No dizer de Antônio Alberto Machado, nesta falsa oposição “os positivistas encaram o direito natural como a fonte de legitimidade do direito posto; e os jusnaturalistas encaram o direito posto como meio de se concretizar os ideais do direito natural” (2005, p. 54).

Em sentido que se pretende situado para além desta falsa oposição, cumpre orientar-se por uma teoria crítica e ontológica do direito que busca identificar as categorias analíticas que se expressam na realidade do ser do direito: nem resumida à sua ordem jurídico-normativa estatal, nem restrita à sua ordem fática.

Tratando-se do ser do direito, do que ele é, vem sendo e virá-a-ser no movimento da realidade, não há que se tomar unilateralmente uma ou outra posição. Não parece ser da oposição entre ordenamento jurídico e convívio social, senão da interação dialética entre estas duas ordens – elas sim, muitas vezes em oposição, na medida de normas jurídicas que negam a realização da dignidade e da legítima organização social da liberdade – que se pode apreender e compreender, conforme afirmou Karl Larenz, que “o Direito como ordem vital e ordem normativa não se exclui reciprocamente; pelo contrário, o Direito ‘válido’ é sempre as duas coisas: validade normativa e validade fática são-lhe duas notas igualmente características” (1978, p. 77).

Analisar como o direito se manifesta na realidade, portanto, é compreender a interação dialética entre as ordens normativo-estatal e a sua manifestação social. Neste sentido, há que se admitir que o caminho para a construção e reconhecimento da sua dimensão social requer ainda maior reconhecimento e afirmação, dado que foi dimensão historicamente negada e assim ausentada das teorias dogmáticas que se fizeram hegemônicas no ocidente, ao menos desde o século XIX.

Neste cenário de disputa e posicionamento epistemológico, há que se reconhecer que as prescrições jurídico-estatais respondem a um vetor que aponta da sociedade para o Estado. No entanto, tal vetor não se expressa de modo linear nem absoluto, mas apenas enquanto potência tendencial e dialética, na medida da correlação de forças políticas em sua condição multifacetada na história de determinada sociedade. Nesta dialética social, há que se ressaltar, são observadas não apenas a positivação da liberdade e da dignidade, mas também a positivação da opressão, exploração e dominação, seja em regimes políticos autoritários ou democráticos.

O que pode parecer contraditório do ponto de vista de teorias políticas da democracia, certamente corresponde à realidade da política e do direito no Brasil, em sua condição latino-americana marcada pela colonialidade. Isso porque, conforme dissemos em ocasião recente na parceria com Sousa Júnior (2016), uma sociedade oligárquica e patrimonialista como a brasileira, fundada sobre um autoritarismo estrutural historicamente forjado sobre padrões sociais de hierarquia (escravidão e patriarcado), e sobre padrões políticos de violência física, institucional e simbólica (colonialismo e ditaduras), tem inscrita na sua dinâmica cotidiana uma espécie de autoritarismo social.

Um autoritarismo que, inscrito em relações sociais de concentração de renda e fundiária, racismo, trabalho, gênero, orientação afetiva e acesso à educação, por exemplo,

se institucionaliza em norma jurídico-estatal na medida em que o polo autoritário destas relações sociais continuam a ocupar, no regime de enunciado democrático, as funções políticas de exercício do poder do Estado. Dentre elas, a função judicial.

## 2. O debate sobre o acesso à justiça

Assim, a análise se encontra com o debate conceitual sobre o acesso à justiça. Tratando da função judicial, e portanto da forma institucional e política assumida pela noção de justiça no Estado Moderno, em sua condição de poder delegado tradicionalmente compreendido desde o trinômio (i) solução de conflitos, (ii) controle social, dos atos públicos e instâncias políticas, e consequente (iii) legitimação dos atos de governo e da atividade legislativa – trinômio que viria a expandir-se dilematicamente com o advento da Constituição de 1988 no Brasil – cumpre aqui observar como a noção de giro epistemológico, desde a perspectiva crítica, se projeta sobre a noção de acesso à justiça.

Desde um ponto de vista já clássico, Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1978 e 1988, p. 67) apresentam o que chamam de novo enfoque para uma abordagem metodológica do acesso à justiça, orientado pela “atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas”. Constituindo-se a partir de uma pesquisa empírica de nível global, coordenada pelos autores na década de 1970 no âmbito do denominado “Projeto Florença”, o respectivo relatório de quatro volumes assumiu o caráter de *agenda setting* – o que se convencionou denominar analiticamente de acesso à justiça<sup>2</sup>, difundido a partir do ensaio publicado pelos autores em 1978 na “*Buffalo Law Review*”, traduzido e publicado no Brasil no ano de 1988, por aquela que em 2000 se tornaria a primeira mulher a ocupar uma cadeira no Supremo Tribunal Federal, Ellen Gracie Northfleet<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Como aponta Élica Lauris (2015, p. 7): “É com a publicação do conjunto de artigos e da série acesso à justiça resultante do projeto Florença que se assiste à fixação do termo e à defesa de um conceito compreensivo que abarca uma progressiva diversificação judicial e não judicial, administrativa e não-governamental dos modos de entregar o direito. Daí que o próprio Cappelletti seja uma referência inultrapassável na elaboração de uma concepção ampla de acesso à justiça”.

<sup>3</sup> “The essay will serve as the General Report introducing the Project's forthcoming four-volume series. The volumes, being published by Sijthoff (Leyden and Boston) and Giuffrè (Milan) under the general editorship of Mr. Cappelletti are: Volume I. *Access to Justice: A World Survey* (edited by Messrs. Cappelletti and Garth); Volume II. *Access to Justice: Studies of Promising Institutions* (edited by Mr. Cappelletti and Mr. John Weisner); Volume III. *Access to justice: Emerging Perspectives and Issues* (edited by Messrs. Cappelletti and Garth); and Volume IV. *Patterns in Conflict Management: Essays in the Ethnography of*

Revista do Observatório de Direitos Humanos do Curso de Direito IESB: Brasília, v.2, n.2, jan./jul., 2017.

No sentido do referido ensaio, tornou-se usual que o estudo sobre o acesso à justiça gire em torno da análise (i) das instituições de justiça, (ii) dos procedimentos judiciais, e (iii) das categorias de litigantes individuais, constituindo assim as três dimensões clássicas do que os autores denominam ‘enfoque de acesso à justiça’.

Assim, de referência reiterada, identifica-se na obra de Cappelletti e Garth um importante marco conceitual e metodológico para a abordagem do problema do acesso à justiça, ao situá-lo desde uma perspectiva preocupada com a criação de condições jurídicas e institucionais para a inclusão social pela via do sistema de justiça, atentando-se já para as condições de disparidade entre os litigantes, e preocupada, portanto, com a análise de um sistema de justiça inserido na realidade e orientado para a justiça social.

A partir daí, observa-se o desenvolvimento de ao menos duas importantes abordagens conceituais complementares no que se refere ao estudo do acesso à justiça:

a) a que enfrenta a questão desde uma perspectiva de consertação normativa e institucional do sistema de justiça, orientada para a integração social da população marginalizada, focando no tensionamento entre a lógica da igualdade formal e a realidade de desigualdade social, econômica e cultural, um enfoque que se aproxima do que Élide Lauris (2015-a) denominou estrutural-funcionalista, orientado por uma crítica empírico-metodológica, e não epistemológica.

b) E aquela que enxerga o problema do acesso à justiça sob a ótica da transição para o paradigma emergente de transformação social, mirando, assim, a incompatibilidade epistêmica e política de um projeto hegemônico de justiça estatal situado nos marcos da modernidade capitalista, em relação a uma concepção alargada de acesso com inspiração na educação popular freireana, aliada à prática do direito como exercício da liberdade (SOUSA JUNIOR, 2002), e como potência transformadora do próprio sistema de justiça acessado.

É reconhecendo então a contribuição destas diferentes posições epistemológicas para a compreensão e abordagem da temática do acesso à justiça, que se realiza aqui um estudo desde o paradigma emergente – focado na relação de encontro entre sociedade civil organizada (movimentos sociais) e a função judicial estatal – ainda que consciente

---

*Law. Access to Justice in an Anthropological Perspective* (edited by Professor Klaus-Friedrich Koch)" (CAPPELLETTI and GARTH, 1978, p. 181 – ressalte-se que tal informação sobre a estrutura e volumes do relatório final do Projeto Florença não consta da versão traduzida para o português e publicada no Brasil, o que, ao lado de outras observações de caráter conceitual – como a tradução da expressão “*human rights*” por “recursos humanos” (1988, p. 11), por exemplo – levanta reflexões sobre a questão do caráter subjetivo imprimido às traduções de obras estrangeiras).

e atento às abordagens funcionalistas e empíricas construídas sob uma perspectiva de integração social.

Desse modo, verifica-se que desde um viés de consertação institucional e integração social, aquelas três dimensões clássicas de Cappelletti e Garth (1978) do ‘enfoque de acesso à justiça’ – análise (i) das instituições de justiça, (ii) dos procedimentos judiciais, e (iii) das categorias de litigantes – assumem os contornos de estudos sobre (i’) os arranjos institucionais do sistema de justiça, (ii’) a ordem jurídico-normativa, e (iii’) os litigantes individuais hipossuficientes. É justamente sobre estes contornos que esta proposta epistêmico-metodológica projeta os seus deslocamentos analíticos, fundados sobre o giro epistemológico de O Direito Achado na Rua, para então situar a análise sobre o acesso à justiça desde o ponto de vista (i’’) da transformação institucional da Justiça, (ii’’) do direito como exercício de liberdade, e (iii’’) dos sujeitos coletivos de direitos.

Assim, conforme concepção desenvolvida no âmbito do grupo de estudos de O Direito Achado na Rua, poderíamos afirmar enfim que a noção de acesso à justiça aqui é compreendida a partir de ao menos três dimensões:

*i’’)* Uma dimensão de institucionalidade, que busca investigar e compreender o problema da justiça desde a sua condição moderna de função judicial, desempenhada sob a égide do monismo estatal, estudando os contornos da sua condição sociopolítica, com vistas a identificar, de um lado, os elementos de bloqueio institucional à efetivação dos direitos humanos, e de outro, como a luta por direitos humanos se apresenta como potencial de transformação da justiça estatal, admitindo-se ainda a hipótese mais sensível (talvez remota) de avanço social através da práxis judicial.

*ii’’)* Uma dimensão epistemológica que identifica o direito como processo histórico de lutas por dignidade e libertação, para além das suas raias jurídico-normativas estatais, porém sem ignorá-las em sua constituição da realidade do direito, seja desde uma perspectiva de opressão, ou de positivação da liberdade conscientizada (LYRA FILHO, 1982).

*iii’’)* Uma dimensão social que identifica na emergência e na ação dos movimentos sociais, povos indígenas e comunidades tradicionais, o caráter de sujeitos coletivos dotados de uma capacidade instituinte de direitos e de realização da justiça, fazendo do direito a enunciação de um modelo avançado de legítima organização social da liberdade, como nos inspira José Geraldo de Sousa Júnior:

Finalizo voltando ao tema da práxis. Mas práxis histórica, aqui sistematizada e traduzida em uma concepção multifacetada de justiça, compreendida a partir de novos e mais modernos desenhos institucionais de participação popular em sua administração e realização, ora realizada através da mediação institucional da jurisdição, ora compreendida desde uma nova e mais democrática perspectiva dialógica de jurisdição, ora identificada mesmo com uma justiça sem jurisdição, enunciando os princípios de uma legítima organização social da liberdade na práxis social orientada pela efetivação dos direitos humanos (SOUSA JÚNIOR, 2015, p. 25):

## 2. O Direito Achado na Rua

Desse modo encontramos os marcos de O Direito Achado na Rua como referencial epistemológico nos estudos sociojurídicos no Brasil, com destaque especial e original para a sua construção e impacto no campo de pesquisas sobre ‘Direito e Movimentos Sociais’.

Conforme escrevemos em nossa contribuição por ocasião do livro “O Direito Achado na Rua: concepção e prática” (ESCRIVÃO FILHO et all, 2015), a rua designa aqui o próprio significado ontológico do espaço de criação e realização do direito, resgatado dos códigos, panteões e ditos palácios de justiça, para ser finalmente apresentado e colocado à disposição do povo, sujeito histórico dotado de capacidade criativa, criadora e instituinte de direitos. E neste ponto encontra a sua expressão poética, também compreendida enquanto dimensão de conhecimento, em interlocução e disputa com a afirmação hegemônica da ciência enquanto única e verdadeira forma de saber. A rua emerge assim do poema “Sala de Espera” de Cassiano Ricardo (1957)<sup>4</sup>, resgatado por José Geraldo de Sousa Júnior e Alexandre Bernardino Costa no volume 4 da série O Direito Achado na Rua (Orgs., 2008).

Desse modo, inspirada no marco propulsor de sua concepção filosófica, qual seja, a dialética social do direito e o humanismo dialético de Roberto Lyra Filho, a investigação sobre o fenômeno jurídico parte de uma perspectiva ontológica, procurando por categorias analíticas que expressem o direito como formas do ser social concreto, em sua emergência nas relações sociais e suas expressões de poder. De observar, portanto, que junto de Lyra Filho (1982) se busca por uma atitude filosófica de desentranhamento

---

<sup>4</sup> “[...] Mas eu prefiro é a rua / A rua em seu sentido usual de ‘lá fora’ / Em seu oceano que é ter bocas e pés para exigir e caminhar/ A rua onde todos se reúnem num só ninguém coletivo / Rua do homem como deve ser / transeunte, republicano, universal / onde cada um de nós é um pouco mais dos outros / do que de si mesmo / Rua da reivindicação social, onde mora / o acontecimento [...]” (RICARDO, 1957, p. 263).

ideológico da realidade do direito em meio à sua expressão formal e institucionalizada. Uma tentativa, no dizer de Lyra Filho (1986-b), de “não tomar a norma pelo Direito”; de não inverter o fundamento pelo resultado, abstraindo um fundamento inscrito na dialética social, pelo seu resultado de conquista ou retrocesso traduzido pelo reconhecimento institucional estatal.

Neste sentido, ao apresentar as proposições do que chamou de Nova Escola Jurídica Brasileira – NAIR, Lyra Filho assim sintetiza os postulados de uma teoria dialética do direito, desde logo trazidas à dimensão epistemológica do presente trabalho:

- a) Não tomamos a norma pelo direito;
- b) Não definimos a norma pela sanção;
- c) Não reconhecemos apenas ao Estado o poder de normar e sancionar;
- d) Não nos curvamos ante o fetichismo do chamado direito positivo, seja ele costumeiro ou legal;
- e) Não fazemos do direito um elenco de restrições à liberdade, como se esta fosse algo a deduzir a contrario sensu do que sobra, depois de sancionado o furor criativo de ilicitudes, quer pelo Estado quer pelos micro-organismos concorrentes, que estabelecem o poder social dividido (o chamado poder dual) (LYRA FILHO, 1986-b).

De fato, (a) ao recusar-se a tomar a norma pelo direito, Lyra subverte a razão metonímica moderna que reduz o direito à sua forma de expressão, afirmando, assim, o fenômeno jurídico como algo maior e mais relevante que a forma histórica que o exprime na modernidade, qual seja, a norma costumeira e legal. Neste sentido, a recusa vem ressaltar que “o Direito não é; ele se faz, nesse processo histórico de libertação” para então afirmar que “nasce da rua, no clamor dos espoliados e oprimidos e sua filtragem nas normas costumeiras e legais tanto pode gerar produtos autênticos [...] quanto produtos falsificados” (LYRA FILHO, 1986-b, p. 312). Isso quer dizer que o direito constitui processo sócio-histórico no qual a norma compreende apenas um momento de sua realização, um importante momento, a bem da verdade, de reconhecimento institucional da luta social por libertação e dignidade – ainda assim constituindo apenas uma das necessárias formas de garantia das conquistas de direitos humanos, devendo associar-se a outras de caráter não-jurídico, notadamente econômico, social, político e cultural.

De modo complementar, (b) ao recusar-se a definir a norma pela sanção, Lyra delimita a sua distância em relação ao monismo expresso pelo positivismo-normativista kelseneano, que define o direito pela sua imperatividade, e encontra a sua distinção normativa na capacidade de fazer-se observar através de instituições estatais dotadas do monopólio sobre a sua aplicação e sobre o uso legítimo da violência. Em sentido

contrário, para Lyra Filho a norma exprime o direito, e portanto, assume diferentes significados de mediação das relações sociais, na medida do seu referencial sócio-histórico de legitimidade. Como diz Lyra, ao exprimir o direito, as normas “só podem servi-lo, na medida em que se tornem canais, e não diques: “uma norma será tanto mais legítima, quanto mais elástica e porosa se torne, para absorver os avanços libertadores, que surgem da dialética social e provocam transformação da ordem instituída” (1986-b, p. 310).

Assim, (c) ao não reconhecer apenas ao Estado o poder de normar e sancionar, Lyra aprofunda o distanciamento com as noções monistas, ao passo em que afirma a noção de que o fenômeno jurídico se expressa para além da institucionalidade e normatividade estatal – como no direito internacional – às vezes até contra estas suas manifestações, notadamente afirmando-se em experiências de ‘desordem em processo’ criativas de novos arranjos jurídicos. Como afirma Lyra (1986-b, p. 310) “quando baixa, intoleravelmente, a quota de legitimidade, a conscientização dos destituídos expõe as contradições da estrutura e, diante da esclerose institucional, leva o Direito dos espoliados a procurar a sua realização fora, acima e até contra o conjunto de leis”.

No mesmo sentido, (d) Lyra afirma que sua teoria não se curva ante o fetichismo do chamado direito positivo, seja ele costumeiro ou legal, uma vez que a dialética social do direito, ao projetar-se como humanismo dialético, compreende o direito como categoria mediadora da liberdade organizada, concebendo o direito a partir do processo social e histórico, e não de um conjunto de atributos conceituais que se afirmam aprioristicamente em relação à sua expressão ontológica no cotidiano social, em constante devenir, como processo no interior do processo sociohistórico de conscientização da liberdade organizada. Desse modo, Lyra não reduz o fenômeno jurídico à sua forma estatal, sem, no entanto, ignorá-la na realidade cotidiana do ser do direito.

E por fim, (e) Lyra não admite fazer do direito um elenco de restrições à liberdade, como se esta fosse algo a deduzir a contrario sensu do que sobra. De fato, se a norma não se define pela sanção (imperatividade), o direito não pode se definir como um produto da sanção, ou seja, pela coerção compreendida como a restrição da liberdade. Como afirmamos anteriormente, Lyra nega toda razão metonímica que reduz o fenômeno jurídico à sua dimensão normativa, bem como a razão positivista que o limita às raias estatais. Nestes termos, ao invés de restrição à liberdade, o direito parece se afirmar na mediação organizadora da liberdade.

É sobre estas bases epistêmicas que nos parece prosperar a investigação sobre o direito, de modo que as categorias analíticas manifestam-se não como uma filosofia do direito cujo pressuposto é o monopólio da violência estatal como condição de imperatividade – como acreditava Kelsen (2001) – mas de modo contrário, categorias que são coletadas a partir da observação do realizar-se do direito na realidade, um direito que se expressa enquanto ontologia dialética do ser social, e por isso se manifesta em espaços e através de atores e mediações sócio-institucionais muito mais diversos que o sistema de justiça e a norma estatal.

Diante disso, realiza-se aqui um exercício analítico que desloca a centralidade e prioridade da norma estatal enquanto referencial de legitimidade e validade do direito – nos termos do positivismo e suas vertentes mais ou menos progressistas – para encontrar como referencial os processos sociais de lutas por liberdade. Desse modo, O Direito Achado na Rua re-semantiza a noção de conflito no âmbito do direito para, superando uma abordagem durkheimiana orientada pelas noções consenso e estabilidade, afirmar o fenômeno jurídico justamente como expressão do processo histórico-social de contestação à ordem. É Lyra Filho quem o diz, ao afirmar que as noções de desordem e processo constituem os termos decisivos da sua filosofia jurídica e política, interessada em restituir a dignidade política do direito.

Assim, com inspiração em Lyra Filho (1986-a) o direito se desloca epistemologicamente da clausura legal-estatal para ser compreendido a partir dos processos histórico-sociais que enunciam os princípios de uma legítima organização social da liberdade. Emerge daí a noção de dialética social do direito como legado lyriano para a teoria crítica do direito no Brasil. Uma proposta jusfilosófica que, ainda em meados da década de 1980, já se afirmava preocupada e orientada para a refundamentação dos direitos humanos, em oposição à sua apropriação liberal e imperialista (LYRA FILHO, 1986-b)<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> Nas palavras de Lyra (1986-b, p. 299): “Trata-se de fundamentar os Direitos Humanos, conscientizados, reivindicados e exercidos pelos povos, classes, grupos e indivíduos em processo de libertação – e, quando me refiro aos Direitos Humanos, trato não só daqueles que já constam das declarações ‘oficiais’, mas também dos que vão surgindo no processo mesmo e que, só eles, podem validar as derivações normativas, isto é, os incidentes de positivação, mediante os quais o Direito é formalizado. Esses incidentes, como tenho assinalado, não confinam, portanto, a produção jurídica ao âmbito estatal (como ela é inexatamente vista pela tradição ainda majoritária), mas aparecem, pelo menos em nove pontos diferentes [menção ao livro “O que é direito”], em que a luta de classes e grupos estabelece derivações normativas, com pluralidade dos ordenamentos conflitantes. [...] Por outro lado, é preciso assinalar que o humanismo dialético, falando em Direitos Humanos, denuncia também os embustes do imperialismo (Lyra Filho, 1977, 19 e 94) e os flatos demagógicos de todos aqueles que se apropriam do nobre rótulo, para servir à dominação estrangeira e à politicagem nacional mais vulgar”.

Desse modo, a proposta jurídico-filosófica de Lyra viria a se consolidar ainda naquela década no programa teórico e prático de O Direito Achado na Rua, coordenado a partir da Universidade de Brasília – UnB por José Geraldo de Sousa Júnior, e cuja designação homenageia o projeto homônimo que Lyra não chegou a concretizar<sup>6</sup>. Com Sousa Júnior (2002), o Direito Achado na Rua transita para a seara da sociologia jurídica, aproximando-se da sociedade civil organizada e de processos sociais de criação do direito, através do diálogo proporcionado pela extensão universitária, concretizando-se em uma série de oito volumes intitulada “Introdução Crítica ao Direito”.

De fato, ainda na década de 1980 Sousa Júnior definiu aquelas que seriam as bases de uma tradição investigativa orientada para a reflexão sobre a atuação jurídica dos novos sujeitos coletivos e das experiências por eles desenvolvidas de criação do direito, buscando:

- 1) determinar o espaço político no qual se desenvolvem as práticas sociais que enunciam direitos, ainda que contra *legem*; 2) definir a natureza jurídica do sujeito coletivo capaz de elaborar um projeto político de transformação social e elaborar a sua representação teórica como sujeito coletivo de direito; 3) enquadrar os dados derivados destas práticas sociais criadoras de direitos e estabelecer novas categorias jurídicas (SOUSA JÚNIOR, 2002, p. 91-92).

Ao (1) buscar “determinar o espaço político no qual se desenvolvem as práticas sociais que enunciam direitos”, Sousa Júnior recoloca no campo da Teoria do Direito no Brasil a discussão sobre a relação dialética entre política, direito e movimentos sociais, situando, assim, a análise do direito desde uma perspectiva não apenas interdisciplinar, mas engajada na transformação social. Neste sentido, nosso professor articula o debate sobre a política como o campo constitutivo do direito, mas desloca-o das suas tradicionais bases institucionais estatais e meramente representativas, para o campo da ação social, tradicionalmente discutido pelas ciências sociais, mas interessado justamente nesta relação até então pouco presente no debate brasileiro, qual seja, a relação entre a práxis dos movimentos sociais e a disrupção constitutiva do direito.

Desse modo, o esforço analítico de Sousa Júnior se volta para a (2) definição e uma espécie de inserção dos movimentos sociais no campo da Teoria do Direito no Brasil,

---

<sup>6</sup> Como relata Lyra em “Desordem e processo” (1986-b, p. 312): “Por isso mesmo dei à exposição sistemática do meu humanismo dialético, num compêndio alternativo de Introdução à Ciência do Direito, o título de *Direito Achado na Rua*, que aplica ao nosso campo de estudos o ‘epigrama hegeliano nº 3’ de Marx (Marx-Engels, 1983, EB1, 60): ‘Kant e Fichte buscavam o país distante,/ pelo gosto de andar lá no mundo da lua,/ mas eu tento só ver, sem viés deformante,/ o que pude encontrar bem no meio da rua’ (Lyra Filho, 1986)” (destaque e referências inseridas no original).

operando, assim, um deslocamento conceitual das tradicionais categorias de sujeito de direito e capacidade civil – hegemônicas no país por um viés estritamente civilista e juspositivista – para as noções de sujeitos coletivos de direitos dotados de capacidade instituinte de direitos, em um viés sociojurídico e político-constitucional. De notar como tal concepção impacta a Teoria do Direito, ao desestabilizar uma tradição que vincula estritamente a noção de direito e sujeito de direito ao consenso e à observância das normas estabelecidas, ao passo em que de modo correspondente a condição de jurista e do poder (capacidade e legitimidade) de dizer o direito é tradicionalmente depositada nos escolásticos, especialistas e suas respectivas posições institucionais de onde retiram a categoria sociológica tão expressivamente vinculada, na América Latina, à colonialidade do saber: o prestígio social.

Desse modo, ao (3) “enquadrar os dados derivados destas práticas sociais criadoras de direitos”, com vistas ao estabelecimento de novas categorias jurídicas, Sousa Júnior através de *O Direito Achado na Rua* vem explorar a capacidade dos movimentos sociais – compreendidos conceitualmente como expressão de uma legítima organização social da liberdade, desde uma perspectiva de classe e grupos oprimidos, portanto – para construir em suas lutas por dignidade e liberdade uma nova semântica para o conflito social, revestindo-o do discurso do direito e, desta forma, confrontando-o e reinventando-o, instituindo novos direitos nas sociedades onde a noção de movimentos sociais emana e eclode cotidianamente de profundas desigualdades. Em outras palavras, em sociedades onde a emergência dos movimentos sociais populares se manifesta como expressão legítima de projetos ético-políticos de superação das desigualdades políticas, econômicas, sociais, jurídicas e culturais.

Mais que um percurso epistemológico e uma agenda de pesquisa, assim, Sousa Júnior faz da sua proposta concebida desde *O Direito Achado na Rua* um projeto de dupla face, compreendendo de um lado a mobilização acadêmica – envolvendo intelectuais de diversos campos do conhecimento e regiões do país, bem como estrangeiros – e de outro a interlocução e contribuição na práxis de movimentos sociais e entidades da sociedade civil organizada.

Diante disso, com Sousa Júnior o *Direito Achado na Rua* projeta-se de modo definitivo na práxis e no campo de pesquisas sobre “Direito e Movimentos Sociais” no Brasil, a partir da sua análise sobre as experiências populares de criação do direito como liberdade. Nestes termos, *O Direito Achado na Rua* se insere, e por consequência insere

o Brasil, em um campo interdisciplinar intensamente influenciado pelas ciências sociais, com vasta tradição e produção nos Estados Unidos, no que poderíamos chamar de gênero de ‘estudos sobre direito e sociedade’ (*law and society studies*).

Nestes termos, enfim, como anota Sá e Silva (2016, p. 42), inserindo-se no campo dos estudos sociojurídicos, “O Direito Achado na Rua continua sendo um dos mais emblemáticos projetos nesta linha, na medida em que entende o direito como o produto das práticas de movimentos sociais e nas tensões que estas estabelecem com a ordem normativa estatal”.

De um modo geral, portanto, nos termos dos horizontes apresentados nos três campos analíticos acima sistematizados, encontramos o substrato teórico para um giro epistemológico na compreensão do direito e da justiça no Brasil.

## Referências

ABEL, Richard. What We Talk About When We Talk About Law. In: ABEL, Richard L. **The Law & Society Reader**. NYU Press, 1995-a.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Access to justice: the newest wave in the worldwide movement to make rights effective. In: **Buffalo Law Review**, vol. 27, p. 181-292, 1978.

\_\_\_\_\_. **Acesso à justiça**. (1978) Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1988.

ESCRIVÃO FILHO, Antonio et al. O Direito Achado na Rua: concepção e prática no percurso de Roberto Lyra Filho. In: SOUSA JUNIOR, José Geraldo de (Org.). **O Direito Achado na Rua: concepção e prática**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, v.1, p. 61-99.

\_\_\_\_\_. SOUSA JÚNIOR, José Geraldo. **Para um debate teórico-conceitual e político sobre os direitos humanos**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016.

FARIA, José Eduardo. Positivismo x jusnaturalismo: um falso dilema. In: SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de (Org.). **Introdução crítica ao direito**. Série O Direito Achado na Rua. 4. ed., 1993. p. 19-22.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do direito**. Versão condensada pelo próprio autor. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnos Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

KOSÍK, Karel. **Dialética do concreto**. Trad. Cália Neves e Alderico Tobírio. 7. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do Direito**. Trad. José de Sousa Brito. Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, 1978.

LAURIS, Élide. Uma questão de vida ou morte: para uma concepção emancipatória de acesso à justiça. In: **Revista Direito e Práxis**. Rio de Janeiro, Vol. 06, N. 10, p. 310-376, 2015-b.

LUDWIG, Celso Luiz. **Para uma Filosofia Jurídica da Libertação**: paradigmas da Filosofia, Filosofia da Libertação e Direito Alternativo. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.

LYRA FILHO, Roberto. Filosofia geral e filosofia jurídica em perspectiva dialética. In: PALÁCIO, S.J. Carlos (Org.). **Cristianismo e história**. São Paulo: Loyola, 1982. p. 147-169.

\_\_\_\_\_. **O que é direito**. Coleção primeiros passos. Brasília: Brasiliense, 1986-a.

\_\_\_\_\_. Desordem e processo: um posfácio explicativo. In: LYRA, Doreodó Araújo. **Desordem e processo**: estudos em homenagem a Roberto Lyra Filho. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1986-b, p. 263-333.

MACHADO, Antônio Alberto. **Ensino jurídico e mudança social**. Franca: FHDSS/UNESP, 2005.

RICARDO, Cassiano. **Poesias completas**. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1957.

SÁ e SILVA, Fábio. Vetores, desafios e apostas possíveis na pesquisa empírica em direito no Brasil. In: **Revista de Estudos Empíricos em Direito**. vol. 3, n. 1, jan 2016, p. 24-53.

SOUSA JÚNIOR, José Geraldo. **Sociologia Jurídica**: condições sociais e possibilidades teóricas. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002-a.

\_\_\_\_\_; COSTA, Alexandre Bernardino et al (org). **Introdução Crítica ao Direito à Saúde**. Série O Direito Achado na Rua, vol. 4. Brasília: CEAD/UnB, 2008.

\_\_\_\_\_. **Direito como liberdade**: o direito achado na rua. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2011.

\_\_\_\_\_. Introdução. Direito Achado na Rua. concepção e prática. plataforma para um direito emancipatório. In: SOUSA JÚNIOR, José Geraldo (Org.). **O Direito Achado na Rua**: concepção e prática. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2015, p. 01-59.

## A DIMENSÃO EMANCIPATÓRIA DO DIREITO

*Any Ávila Assunção*

---

Doutora em sociologia pela Universidade Brasília (UnB); professora da graduação e do Mestrado em Direito do Centro Universitário IESB; advogada.

A dimensão emancipatória do direito, e, via de consequência, das decisões dos sistemas judiciais nas sociedades contemporâneas, é um tema auspicioso, intrigante e longe de ser consensual, pois, carrega consigo uma carga complexa: além de adentrar na questão da política judiciária – característica matricial do Estado moderno –, traz para o centro das atenções a análise da eficiência judicial.

Por isso mesmo, torna-se intrigante nas pesquisas sociais – precipuamente quando se trata de análise relativas aos tribunais judiciais e aos direitos sociais – a verificação do potencial emancipatório dos pronunciamentos judiciais. As perspectivas analíticas e definições do pensamento de Santos relativas ao paradigma da emancipação social possibilitam uma reflexão mais densa e profunda deste tema por variadas razões. Uma delas é o fato de que Santos (2005; 2007-a; 2007-b; 2007-c; 2009) situa o direito e as suas articulações com o poder social como um indicador privilegiado dos dilemas e das contradições que alimentam a transição paradigmática, cujas argumentações são desenvolvidas em três campos analíticos: a ciência, o direito e o poder.<sup>7</sup>

O autor propõe a ideia de transição paradigmática para uma nova forma de conhecimento que nominou ‘conhecimento-emancipação’. Tal como a modernidade se transformou em um paradigma sociocultural antes do ‘triumfo’ do capitalismo, Santos analisa o surgimento de um novo paradigma epistemológico e sociocultural, embora não se descortine, por enquanto, qualquer transição para além do capitalismo.

Com a progressiva transformação da ciência moderna em ‘conhecimento-regulação’ – e a gradual transformação das ciências em uma força produtiva –, a modernidade ocidental desistiu de propor uma ideia de progresso sem capitalismo e neutralizou o potencial emancipatório de todas as suas inflexões e reflexos sociais, políticos e econômicos.

---

<sup>7</sup> Santos (2007-d; 2009) sustenta não mais ser possível conceber estratégias emancipatórias genuínas no âmbito do paradigma dominante – que é a modernidade – já que todas elas estão condenadas a transformar-se em outras tantas estratégias regulatórias.

Assim, para o autor, a invenção social de um novo ‘conhecimento-emancipatório’ é uma das condições essenciais para romper com a auto-reprodução do capitalismo. Para tanto, o autor ‘escava’ nas ‘representações inacabadas ou suprimidas’ da modernidade, insculpidos nos princípios da comunidade, da igualdade e do reconhecimento das diferenças, as possibilidades emergentes para reinventar as práticas emancipatórias.

*3.2.1. A transição paradigmática. O conhecimento-regulação e o conhecimento-emancipação.*

“Vivemos numa sociedade intervalar, uma sociedade de transição paradigmática”, disse Santos (2007-b: 41) em sua obra “A Crise da Razão Indolente, contra o desperdício da experiência – para um novo senso comum: a ciência do direito e a política na transição paradigmática”. Tal como a modernidade se transformou em um paradigma sociocultural antes do ‘triumfo’ do capitalismo, para o autor, está surgindo um novo paradigma epistemológico e sociocultural – embora não se descortine, por enquanto, qualquer transição para além do capitalismo. Para tanto, propõe a idéia da transição paradigmática com vistas a uma nova forma de conhecimento que designou ‘conhecimento-emancipação’.

Para a compreensão dessa proposição, transcreve-se, abaixo, uma primeira definição de emancipação esboçada por Santos, para, a seguir, analisar o complexo arcabouço teórico em que se insere. *In verbis*:

Uma tal **concepção de emancipação implica a criação de um novo senso comum político. A conversão da diferenciação do político** no modo privilegiado de **estruturação e diferenciação da prática social** tem como corolário a descentralização relativa do Estado e do princípio do Estado. **A nova cidadania tanto se constitui na obrigação política vertical entre os cidadãos e o Estado, como na obrigação política entre cidadãos.** Com isto, **revaloriza-se** o princípio da **comunidade** e, com ele, e a idéia da **igualdade** sem mesmidade, a idéia de **autonomia** e a idéia de **solidariedade**. Entre o Estado e o mercado abre-se um campo imenso – que o capitalismo só descobriu na estrita medida em que o pode utilizar para seu benefício – não estatal e não mercantil onde é possível criar utilidade social através de trabalho auto-valorizado (trabalho negativo, do ponto de vista da mais-valia): uma sociedade-providência transfigurada que, sem dispensar o Estado das prestações sociais a que o obriga a reivindicação da cidadania social, sabe abrir caminhos próprios de emancipação e não se resigna à tarefa de colmatar as lacunas do Estado

e, deste modo, participar, de forma benévola, na ocultação da opressão e do excesso de regulação (SANTOS, 2006-a: 277/278 – grifo nosso).

A partir dos séculos XVI e XVII, descreve o autor, a modernidade ocidental emergiu como um ambicioso e revolucionário paradigma sociocultural assentado em dois pilares: a regulação social e a emancipação social, constituídos, cada qual, por três princípios (ou lógicas).

O pilar da regulação é constituído pelo ‘princípio do Estado’, formulado essencialmente por Hobbes (1952, *apud* SANTOS, 2006-b), consistindo na obrigação política vertical entre cidadãos e Estado; pelo ‘princípio do mercado’, desenvolvido, sobretudo, por Locke (1973, *apud* SANTOS, 2006-b) e por Adam Smith (1999, *apud* SANTOS, 2006-b), baseado na obrigação política horizontal individualista e antagônica entre os parceiros de mercado; e, pelo ‘princípio da comunidade’, que domina toda a teoria social e política de Rousseau (1973), consistindo na obrigação política horizontal solidária entre membros da comunidade e entre associados (SANTOS, 2006-b). O pilar da emancipação é constituído pelas três lógicas de racionalidade definidas por Weber (1983): a racionalidade estético-expressiva das artes e da literatura, a racionalidade cognitivo-instrumental da ciência e da tecnologia e a racionalidade moral-prática da ética e do direito.

Em meados do século XIX, com a consolidação da convergência entre o paradigma da modernidade e o capitalismo, a tensão entre a regulação e a emancipação entrou em um longo processo histórico de degradação caracterizado pela gradual e crescente transformação das energias emancipatórias em energias regulatórias. Se por um lado, a envergadura das propostas do paradigma da modernidade abriu um vasto horizonte à inovação social e cultural, por outro, a complexidade dos seus elementos constitutivos impossibilitou o cumprimento das promessas.

O autor explica que o fato de ambos os pilares da modernidade assentarem-se em princípios abstratos propicia a maximização dos seus potenciais, prejudicando o êxito de qualquer estratégia de compromissos pragmáticos entre ambos. Para além disso, os referidos pilares são princípios independentes e dotados de diferenciação funcional, onde, cada um, tende, por isso, a desenvolver uma vocação maximilista: no lado da regulação, a maximização do Estado, a maximização do mercado ou a maximização da comunidade; no lado da emancipação, a maximização da esteticização, da cientificização ou da juridicização, em relação à *práxis* social.

Assim, a justificativa dos excessos e dos *deficits* inscritos na matriz paradigmática da modernidade, segundo o autor, reside em dois fatores: a) pretende um desenvolvimento harmonioso e recíproco no pilar da regulação e no pilar da emancipação; e, b) pretende, concomitantemente, que esse mesmo desenvolvimento se traduza na completa racionalização da vida coletiva e individual. Vale dizer, a dupla vinculação (entre os dois pilares, e, entre eles, a *práxis* social) visa garantir a harmonização de valores sociais potencialmente incompatíveis, tais como a ‘justiça e autonomia’, a ‘solidariedade e identidade’, a ‘igualdade e liberdade’. Daí a conclusão de Santos, no sentido de que “a ousadia de um propósito tão vasto, contém em si a semente de seu próprio fracasso: promessas incumpridas e défices irremediáveis” (SANTOS, 2007-b: 59).

Realça, ainda, o autor, que desde o início era previsível a possibilidade do surgimento dos excessos e *deficits*. Contudo, foram concebidos de forma reconstrutiva: consideraram-se os excessos como desvios fortuitos e os *deficits* como deficiências temporárias – qualquer deles resolúvel através de uma maior e melhor utilização dos crescentes recursos materiais, intelectuais e institucionais da modernidade. Essa ‘gestão reconstrutiva’, na análise de Santos, foi progressivamente confiada à ciência e, de forma subordinada, embora também determinante e central, ao direito moderno (esta relação de cooperação e circulação de sentido entre a ciência e o direito – sob a égide da ciência – é uma das características fundamentais da modernidade).<sup>8</sup> Veja-se:

[...] subordinada, dado que a racionalidade moral-prática do direito, para ser eficaz, teve de se submeter à racionalidade cognitivo-instrumental da ciência ou ser isomórfica dela. Mas, apesar de subordinada, foi também uma participação central porque, pelo menos a curto prazo, a gestão científica da sociedade teve de ser protegida contra eventuais oposições através da integração normativa e da força coercitiva fornecida pelo direito. Por outras palavras, a despolitização científica da vida social foi conseguida através da despolitização jurídica do conflito social e da revolta social (SANTOS, 2007-b: 52).

Portanto, para Santos, o que mais caracterizou a condição sociocultural do final do século XX foi a absorção do pilar da emancipação pelo da regulação, fruto da ‘gestão reconstrutiva’ dos *deficits* e dos excessos da modernidade confiada à ciência moderna e, em segundo lugar, ao direito moderno. Para o autor, a colonização gradual

---

<sup>8</sup> Sobre esta relação de ‘circulação de sentido’ entre a ciência e o direito, sob a égide da ciência, Foucault sustenta que o poder jurídico defrontou-se com uma outra forma de poder, que, gradualmente, desloca-se para o poder disciplinar – forma de poder dominante –, sendo gerado pelo conhecimento científico produzido nas ciências humanas e aplicado por corpos profissionais em instituições, tais como, escolas, hospitais, quartéis, prisões, famílias e fábricas (FOUCAULT, 2002-a).

das diferentes racionalidades da emancipação moderna pela racionalidade cognitivo-instrumental da ciência, levou à concentração das energias e das potencialidades emancipatórias da modernidade na ciência e na técnica:

Não surpreende que a teoria social e política que mais sistematicamente explorou o potencial emancipatório da modernidade – o marxismo – tenha descoberto esse potencial no desenvolvimento tecnológico das forças produtivas e tenha mobilizado a racionalidade cognitivo-instrumental para se legitimar a si mesmo (o marxismo como ciência) e para legitimar o modelo de sociedade por si pensado (o socialismo científico). Surpreendentemente, talvez, será o facto de o mesmo poder dizer-se do socialismo utópico. A sua versão mais radical e conseqüentemente, o fourierismo, era profundamente tributária da racionalidade e do ethos científico, como exemplarmente o demonstram os cálculos matemáticos de Fourier para determinar a dimensão exacta dos falanstérios e dos seus elementos constitutivos (FOURIER, 1967: 162). A hipercientificização do pilar da emancipação permitiu promessas brilhantes e ambiciosas. No entanto, à medida que o tempo passava, tornou-se claro não só que muitas dessas promessas ficaram por cumprir, mas também que a ciência moderna, longe de eliminar os excessos e os défices, contribuiu para os recriar em moldes sempre renovados, e, na verdade, para agravar alguns deles (SANTOS, 2007-a: 56).

Para entender corretamente o desenvolvimento desequilibrado da regulação concomitantemente ao desenvolvimento hipercientificizado e, também, desequilibrado, do pilar da emancipação em relação aos excessos e aos *deficits*, Santos (2007-b) destaca: a) que a promessa da dominação da natureza e do seu uso para o benefício comum da humanidade conduziu a uma exploração excessiva e despreocupada dos recursos naturais (a catástrofe ecológica, a ameaça nuclear, a destruição da camada de ozônio, a emergência da biotecnologia, a engenharia genética e a conseqüente conversão do corpo humano em mercadoria última); b) que a promessa de uma paz perpétua baseada no comércio, na racionalização científica dos processos de decisão e das instituições, levou ao desenvolvimento tecnológico da guerra e ao aumento sem precedentes do seu poder destrutivo; e, c) que a promessa de uma sociedade mais justa e livre, assente na criação da riqueza tornada possível pela conversão da ciência em força produtiva, conduziu à espoliação do chamado Terceiro Mundo e a um abismo cada vez maior entre o Norte e o Sul.<sup>9</sup>

<sup>9</sup> No que diz respeito à promessa da **igualdade**, os países capitalistas avançados com 21% da população mundial controlam 78% da população mundial de bens e serviços e consomem 75% de toda a energia produzida; os trabalhadores do Terceiro Mundo do setor têxtil ou da eletrônica ganham 20 vezes mais que os trabalhadores da Europa e da América do Norte na realização das mesmas tarefas e com a mesma produtividade; em relação à promessa da **liberdade**, as violações aos direitos humanos em países vivendo

Revista do Observatório de Direitos Humanos do Curso de Direito IESB: Brasília, v.2, n.2, jan./jul., 2017.

Ao tempo em que o autor descreve a crise do paradigma da modernidade, questiona um problema intrigante que as ciências sociais hoje enfrentam: “vivendo nós, no início do milênio, em um mundo onde há tanto para criticar, por que se tornou tão difícil produzir uma teoria crítica?” – por teoria crítica, entende Santos, ser aquela que não reduz a ‘realidade’ ao que existe; a realidade, qualquer que seja o modo como é concebida, é considerada pela teoria crítica como um campo de possibilidades e a tarefa da teoria consiste precisamente em definir e avaliar a natureza e o âmbito das alternativas ao que está empiricamente dado (SANTOS, 2007-b: 41).

Para o autor, tal interrogação sempre esteve presente na base da teoria crítica moderna. Citando e ancorando-se em Horkheimer, remarca que a teoria crítica moderna é, antes de mais nada, uma teoria fundada epistemologicamente na necessidade de superar o idealismo burguês entre o cientista individual produtor autônomo de conhecimento e a totalidade da atividade social que o rodeia; e, que a irracionalidade da sociedade moderna reside no fato de ela própria ser o produto de uma vontade particular, o capitalismo, e não de uma vontade geral, “uma vontade unida e autoconsciente”, onde, “a aceitação crítica das categorias que governam a vida social contém simultaneamente a condenação delas” (HORKHEIMER, 1972: 208).<sup>10</sup>

Daí a inferência de Santos (2007-d), quando diz que a identificação do pensamento crítico com a ‘sua’ sociedade é sempre cheia de tensões; e, que, a luta por objetivos emancipatórios é intrínseca à teoria crítica. Observa, também, que uma das fraquezas da teoria crítica moderna foi não ter reconhecido que “a razão que critica não pode ser a mesma que pensa, constrói e legitima aquilo que é criticável” – e, por isso, a

---

formalmente em paz e democracia, assumem proporções avassaladoras: quinze milhões de crianças trabalham em regime de cativeiro na Índia; a violência policial atinge o paroxismo no Brasil e na Venezuela; enquanto os incidentes raciais na Inglaterra aumentaram 276% na última década; e, a violência sexual contra as mulheres, a prostituição infantil, os meninos de rua, as milhões de vítimas de minas antipessoais, a discriminação contra os portadores de HIV e os homossexuais, as limpezas étnicas e o julgamento de cidadãos por juízes sem rosto na Colômbia e no Peru, são apenas algumas manifestações da diáspora da liberdade; e, sobre a **paz**, enquanto no século XVIII morreram 4,4 milhões de pessoas em 68 guerras, no século XX morreram 99 milhões de pessoas em 237 guerras. Entre o século XVII e o século XX a população mundial aumentou 3,6 vezes, enquanto os mortos na guerra aumentaram 22,4 vezes; depois da guerra do Muro de Berlim e do fim da guerra fria, a paz esperada tornou-se uma cruel miragem em face do aumento dos conflitos entre os Estados e, sobretudo, dos conflitos no interior dos Estados; e, finalmente, **a promessa da dominação da natureza foi cumprida** de modo perverso sob a forma de destruição da natureza e da crise ecológica: nos últimos 50 anos a floresta do mundo perdeu cerca de um terço da sua cobertura florestal; 600.000 hectares de floresta mexicana são destruídos anualmente; as empresas multinacionais detêm direitos de abate de árvores em 12 milhões de hectares da floresta amazônica, e, um quinto da humanidade já não tem acesso a água potável (SANTOS, 2007-b).

<sup>10</sup> Santos (2007) tece comentários acerca da influência de Marx na concepção horkheimeiana da teoria crítica moderna e na sociologia crítica do século XX.

complexidade da posição ‘transicional’. E, já esboçando uma resposta à indagação acima feita, explica a tensão existente entre o ‘conhecimento-regulação’ e o ‘conhecimento-emancipação’:

Todo o acto de conhecimento é uma trajectória de um ponto A, que designamos por ignorância, para um ponto B, que designamos por conhecimento. [...] O conhecimento-regulação cujo ponto de ignorância se designa por caos e cujo ponto de saber se designa por ordem; e o conhecimento-emancipação cujo ponto de ignorância se designa por colonialismo e cujo ponto de saber se designa por solidariedade. Apesar de estas duas formas de conhecimento estarem inscritas na matriz da modernidade eurocêntrica, a verdade é que o conhecimento-regulação veio a dominar totalmente o conhecimento-emancipação. Isto deveu-se ao modo como a ciência moderna se converteu em conhecimento hegemônico e se institucionalizou como tal. Ao negligenciar a crítica epistemológica da ciência moderna, a teoria crítica apesar de pretender ser uma forma de conhecimento-emancipação, acabou por se converter em conhecimento-regulação.

Para a teoria crítica pós-moderna, pelo contrário, todo o conhecimento crítico tem de começar pela crítica do conhecimento. Na atual fase de transição paradigmática a teoria crítica pós-moderna constrói-se a partir de uma tradição epistemológica marginalizada e desacreditada da modernidade: o conhecimento-emancipação. Nesta forma de conhecimento a ignorância é o colonialismo e este é a concepção do outro como objeto e, conseqüentemente, o não reconhecimento do outro como sujeito. Esse conhecimento-reconhecimento é o que designo por solidariedade. Estamos tão habituados a conceber o conhecimento como um princípio de ordem sobre as coisas e sobre os outros que é difícil imaginar uma forma de conhecimento que funcione como princípio de solidariedade (SANTOS, 2007-d: 29/30).

Vale dizer que, a forma de ignorância no conhecimento-emancipação, o colonialismo, foi recodificada como forma de saber no conhecimento-regulação, ou seja, o colonialismo como ordem. É este o processo histórico no qual a ciência moderna, segundo o autor, progressivamente consolida, ao serviço do desenvolvimento capitalista, a sua ‘primazia epistemológica’.<sup>11</sup> Assim, as duas ‘zonas de contato’<sup>12</sup> existentes entre a modernidade ocidental e as sociedades não ocidentais, quais sejam, a zona colonial e a

---

<sup>11</sup> Santos (2006-b: 29) comenta que a reivindicação do marxismo como ciência, e, “a concepção de socialismo que sustentava como científica, foi um esforço no sentido de salvaguardar a ciência como conhecimento-emancipação, mas um esforço vão, já que não impediu que a ciência moderna se consolidasse como conhecimento-regulação”.

<sup>12</sup> Na definição de Santos (2006-b: 120), **zonas de contato** “são campos sociais onde diferentes mundos-da-vida normativos, práticas e conhecimentos se encontram, chocam e interagem”. As duas zonas de contato constitutivas da modernidade, segundo Santos, são a zona epistemológica, onde se confrontam a ciência moderna e os saberes leigos, tradicionais, dos camponeses, e a **zona colonial**, onde se defrontam o colonizador e o colonizado; **são duas zonas caracterizadas** pela extrema disparidade entre as realidades em contato e **pela extrema desigualdade das relações de poder entre elas**.

zona epistemológica – “ambas caracterizadas por desigualdades drásticas de poder”– foram-se transformando progressivamente uma na outra: “um processo de fusão que contribuiu precisamente para que o colonialismo, como relação social, sobrevivesse ao colonialismo como relação política” (SANTOS, 2006-b: 48).

Portanto, a tensão entre regulação social e emancipação social é “constitutiva das duas grandes tradições teóricas da modernidade ocidental” (o liberalismo político e o marxismo). Contudo, as diferenças entre elas são significativas, pois “enquanto o liberalismo político confina as possibilidades de emancipação ao horizonte capitalista, o marxismo concebe a emancipação social em um horizonte pós-capitalista”. Entretanto, ambas concebem o colonialismo com um “quadro historicista de um código temporal que colocava os povos coloniais na ‘sala de espera’ da história, que, a seu tempo, lhes trará os benefícios da civilização” (SANTOS, 2006-a: 29).

Nesse ponto da argumentação, o autor sublinha que é no plano epistemológico que o colonialismo assume maior centralidade na concepção do ‘pós-moderno de oposição’, assim nominado e defendido por ele. Adverte que é no ‘pós-moderno de oposição’ que se percebe a presença do colonialismo, precipuamente no modo como as subjetividades são capazes de levar a cabo a transição paradigmática no domínio social e político. Santos (1995; 2006-b) concebe tais subjetividades como construídas a partir de três metáforas: a fronteira, o barroco e o Sul. Veja-se:

Todas elas **conotam a idéia de margem ou periferia** – a fronteira, como é óbvio; o **barroco**, como um ‘ethos’ **subalterno da modernidade ocidental**; o **Sul**, **entendido como metáfora do sofrimento humano causado pela modernidade capitalista**. Através da metáfora do Sul coloco as **relações Norte-Sul no centro da reinvenção da emancipação social** e demarco-me explicitamente do pensamento pós-moderno e pós-estruturalista dominante.

A minha proposta da reconstrução da emancipação social a partir do Sul e em aprendizagem com o Sul faz com que o pós-moderno de oposição se possa legitimamente conceber como mais pós-colonial do que pós-moderno (SANTOS, 2006-b: 37/38 – grifo nosso).

Assim, do ponto de vista do autor, é preciso reinventar as possibilidades emancipatórias que havia no ‘conhecimento-emancipador’. Isto, porque de alguma maneira, a ciência moderna desenvolveu-se no quadro do ‘conhecimento-regulação’, que recodificou, canibalizou e perverteu as possibilidades do ‘conhecimento-emancipação’. Para o autor a transformação implica não somente em uma vastíssima redistribuição de recursos materiais e simbólicos – o princípio da igualdade –, como, também, no

Revista do Observatório de Direitos Humanos do Curso de Direito IESB: Brasília, v.2, n.2, jan./jul., 2017.

reconhecimento da existência de diferentes concepções de recursos e de diferentes critérios de distribuição – princípio do reconhecimento.

## O princípio da igualdade e o princípio do reconhecimento das diferenças

A opção das ciências sociais em geral e da sociologia em especial pelo conhecimento-emancipação – ou seja, para o alcance das práticas emancipatórias – possui, segundo Santos (2007-a), algumas implicações. Uma delas – e aqui, em razão do objeto deste estudo, cumpre realçar – é a questão da solidariedade como forma de conhecimento, já delineado acima. Este, somente se obtém por via do reconhecimento do outro. Para o autor, esta análise perpassa a questão multicultural, pois o ‘conhecimento-emancipação’ tem uma vocação de abarcar diferentes saberes, diversificadas culturas e categorias de classe, gênero e raça.

Assim, a construção de um conhecimento multicultural enfrenta duas dificuldades: o silêncio e a diferença. O silêncio, enquanto prática produzida pela cultura ocidental e pela modernidade, insere-se em uma ampla experiência histórica de contato com outras culturas, classes, grupos e raças. Mas, foi um contato colonial, um contato de desprezo. Aduz Santos (2007-a: 55):

Não esqueçamos que sob a capa dos valores universais autorizados pela razão, foi, de facto, imposta a razão de uma raça, de um sexo e de uma classe social. [...] Por outras palavras, como fazer falar o silêncio sem que ele fale necessariamente a linguagem hegemônica que o pretende fazer falar? Por isso quando se tenta um novo discurso ou uma teoria intercultural, há nos oprimidos aspirações que não são proferíveis, porque foram consideradas improferíveis durante séculos de opressão.

Para o autor, os silêncios, as necessidades e as aspirações ‘impronunciáveis’ somente são captáveis por uma sociologia das ausências<sup>13</sup> que proceda pela comparação entre os discursos disponíveis, hegemônicos e contra-hegemônicos, pela análise das hierarquias entre eles e dos vazios que tais hierarquias produzem. Segundo Santos (2006-b), uma das lógicas da produção das ausências é a da classificação social. Remarca que, embora em todas as lógicas de produção das ausências a desqualificação das práticas

---

<sup>13</sup> A sociologia das ausências **trata da superação** das monoculturas de saber científico, do tempo linear, da **naturalização das diferenças**, da escola dominante, centrada hoje no universalismo e na globalização, além da produtividade mercantil do trabalho e da natureza (Santos, 2003-b).

caminhe par e passo com a desqualificação dos agentes, é nessa lógica da classificação social – designada pelo autor como ‘ecologia dos reconhecimentos’ – que ela se destaca prioritariamente sobre eles, e, só derivadamente sobre a experiência social (práticas e saberes) em que são protagonistas.

Nesse quadro analítico referente à sociologia das ausências, ainda cabe sublinhar, que a colonialidade do poder capitalista moderno e ocidental consiste em identificar diferença com desigualdade, ao mesmo tempo que arroga o privilégio de determinar quem é igual e quem é diferente. A sociologia das ausências confronta-se, segundo Santos, com a colonialidade, procurando uma nova articulação entre o princípio da igualdade e o princípio da diferença e abrindo espaço para a possibilidade de diferenças iguais – uma ecologia de diferenças feita de reconhecimentos recíprocos. Veja-se:

Fá-lo, submetendo a hierarquia à etnografia crítica. Isto consiste na desconstrução, tanto na diferença (em que medida a diferença é um produto da hierarquia?), como da hierarquia (em que medida a hierarquia é um produto da diferença?). As diferenças que subsistem quando desaparece a hierarquia tornam-se uma denúncia poderosa das diferenças que a hierarquia exige para não desaparecer (SANTOS, 2006-b: 103).

O autor também observa que na América Latina os movimentos feministas, indígenas e de afro-descendentes têm estado na frente da luta por uma ecologia dos reconhecimentos; e, esta, torna-se mais necessária na medida em que aumenta a diversidade social e cultural dos sujeitos coletivos que lutam pela emancipação social, bem como, na variedade das formas de opressão e de dominação contra as quais combatem, e, na multiplicidade das escalas – local, nacional e transnacional – das lutas em que se envolvem. Tal diversidade, na análise do autor, conferiu uma nova visibilidade aos processos que caracterizam as dinâmicas diferenciadas e desiguais do capitalismo global e as formas como nele se agregam diferentes tipos de contraposições e lutas, nem todos subsumíveis de modo simples à luta de classes, e, cujo palco privilegiado de atuação, não é necessariamente o espaço nacional.

Nesse sentido, ao se alargar o círculo da reciprocidade, ou seja, o círculo das ‘diferenças iguais’, a ‘ecologia dos reconhecimentos’ cria novas exigências de inteligibilidades recíprocas; disso resulta a possibilidade de criação de novas formas de resistência e de luta, mobilizando-se diferentes atores, vocabulários e recursos contra as multidimensionalidades formas de dominação e opressão. Como conceitua Santos:

A emancipação social é, assim, toda a acção que visa desnaturalizar a opressão (mostrar que ela, além de injusta, não é nem necessária nem irreversível) e concebê-la com as proporções em que pode ser combatida com os recursos à mão (SANTOS, 2008: 40).

Portanto, a visibilidade das práticas de emancipação social depende de uma sociologia atenta ao que está emergindo, mas ainda não ganhou força para ocupar o centro; de lógicas alternativas potenciais apenas entrevistas; de experiências locais que são universalmente importantes, mas que estão contidas e emparedadas. A reconstrução de um ‘conhecimento-emancipação’ como uma nova forma de saber, inicia-se pelas ‘representações inacabadas da modernidade’, desenvolvendo capacidades e habilidades no sentido de reconhecer o outro como igual, (re)construindo a emancipação a partir de uma nova relação entre o respeito da igualdade e o princípio do reconhecimento da diferença.

Portanto, a teoria proposta por Santos (2006-a; 2006-b; 2007-b) acerca da emancipação social apresenta uma ‘cartografia das possibilidades do real’, no sentido de reinventar as condições emancipatórias do ‘conhecimento-emancipador’. Na análise realizada pelo autor, o direito moderno oferece uma vantagem estratégica para a apreciação da sociologia da transição devido à sua estreita articulação com a ciência moderna em todo o processo de racionalização da vida social prometida pela modernidade – como racionalizador de segunda ordem da vida social. Disso resulta a necessidade de se fazer um uso contra-hegemônico dos instrumentos do direito (legalidade, direitos humanos e democracia). Se por um lado existe o peso inercial das estruturas, com a reiteração das lógicas da dominação, da opressão, do patriarcado e da ‘colonização’, com ‘razões conformistas ou indolentes’; de outro, há que se multiplicar as lógicas da emancipação através do diálogo entre os direitos da igualdade e dos direitos da diferença: onde a desigualdade oprime, é preciso afirmar a equivalência dos direitos, e, onde a homogeneidade oprime, é preciso gritar o direito de ser diferente. “Conhecer é reconhecer”, não pode ser colonizar o outro, “seja este o social ou a natureza” (SANTOS, 2006-b).

### **O poder, o direito e a emancipação social**

Na avaliação de Santos, uma das limitações mais comumente reconhecidas nos estudos sobre os sistemas de justiça consiste no fato de tenderem a analisá-los

isoladamente, descontextualizando-os das realidades sociais e políticas em que operam. Tratando esta pesquisa de analisar o tratamento que o sistema de justiça brasileiro confere à violência sexual contra as mulheres, a perspectiva teórica e metodológica que aqui se acolhe, é tentar superar essa limitação. Nessa perspectiva, é exposto nesse subitem o quadro teórico dos espaços estruturais concebido por Santos (2007-a; 2007-b), que não são apenas fontes de produção de direito, mas também de poder e conhecimento. O que se focaliza nessa grelha analítica é a mecânica da reprodução, da expansão e do intercâmbio da dominação, e, portanto, da violência entre as distintas formas de poder e de constelações de direito em diferentes contextos e estruturas, bem como das relações entre grupos, classes dominantes e subordinadas.

O poder, segundo Santos (2007-b: 266), “é qualquer relação social regulada por uma troca desigual”. Como relação social, o poder tem sua persistência na capacidade que possui de reproduzir desigualdades, principalmente em razão do grande peso das trocas internas – que é maior em relação às determinações externas. Assim:

*As trocas podem abranger virtualmente todas as condições que determinam a acção e a vida, os projectos e as trajectórias pessoais e sociais, tais como bens, meios, recursos, símbolos, valores, identidades, capacidades, oportunidades, aptidões e interesses. No relativo às relações de poder, o que é mais característico das nossas sociedades é o facto de a desigualdade material estar profundamente entrelaçada com a desigualdade não material, sobretudo com a educação desigual, a desigualdade das capacidades representacionais/comunicativas e expressivas e ainda a desigualdade de oportunidades e de capacidades para organizar interesses e para participar autonomamente em processos de tomada de decisões significativas.*

*Medir a desigualdade de uma troca desigual é avaliar até que ponto ela é determinante na forma como afecta as condições de vida e as trajectórias das pessoas ou dos grupos envolvidos não é tarefa fácil, sobretudo porque as relações de poder não ocorrem isoladas, mas em cadeias, em sequências ou em constelações. Numa determinada situação de exercício de poder, pode dar-se uma convergência entre elos da cadeia de desigualdade tão diversos como raça, sexo, classe, idade, nacionalidade, recursos educativos, etc., e, embora a situação seja quase sempre organizada e enquadrada discursivamente pelo elo mais próximo ou por aquele que funciona no modo de alta tensão (voltaremos a essa questão mais adiante), o elo mais próximo pode não ser necessariamente o mais desigual ou o mais determinante no conjunto de desigualdades que constituem a trajectória de vida e as oportunidades de uma dada pessoa ou de um grupo social. Pela mesma razão aquilo que interaccionalmente surge como determinação externa de uma dada relação de poder é quase sempre uma manifestação da mesma constelação de poder num dos seus elos anteriores e mais*

remotos. É por isso que as pessoas frequentemente aceitam como sendo troca igual aquilo que, de facto, é uma troca desigual. É evidentemente que a máscara de igualdade que o poder assume é uma ilusão, mas, por ser necessária enquanto ilusão, tem o seu ‘quê’ de verdade. (SANTOS, 2007-b: 267/268 – grifo nosso).

Seguindo um dos pontos de vista do autor, o poder é exercido em constelações de poderes, lugares privilegiados de produção de desigualdade e de opressão; assim como constelações de poder são conjuntos de relações entre pessoas e entre grupos sociais. Tais relações de poder – sendo estabelecidas mediante trocas desiguais, mas, sob a máscara da igualdade – podem ser percebidas em dois processos distintos, mas convergentes:

- a) No primeiro processo, o poder é intrinsecamente distributivo, mas pelo fato de ser exercido em constelações de poder que se reforçam ou se neutralizam entre si, a troca desigual é, geralmente, o resultado final de uma distribuição desigual de trocas iguais – ou aproximadamente iguais. Cita como exemplo as relações entre um casal de trabalhadores, um do sexo masculino e outro do sexo feminino, pertencentes à mesma minoria étnica, são iguais (ou mais iguais) enquanto membros da mesma minoria étnica e enquanto trabalhadores; mas são desiguais (ou ao menos iguais) na medida em que pertencem a sexos diferentes. Entretanto, essa combinação de igualdade/desigualdade transforma-se em uma nova combinação sempre que eles se relacionarem com trabalhadores do sexo masculino ou do sexo feminino pertencentes a uma maioria étnica ou a outra minoria étnica; vale dizer que a relação desigual sexista no interior do casal atenua-se ante a vivência da relação desigual de base étnica que ambos vivenciam. Além disso, ambas as combinações podem alterar-se novamente, quando se sobrepõem a uma terceira combinação resultante das relações entre todos os trabalhadores – qualquer que seja a sua etnia ou o seu sexo – e os seus padrões, que, por seu turno, podem pertencer à maioria étnica ou à mesma ou outra minoria étnica, ao sexo masculino ou ao sexo feminino;
- b) no segundo processo, as constelações de poder – sendo sempre distributivas – , podem fixar fronteiras, sendo ‘inibidoras’, mas também podem abrir novos caminhos, quando são ‘permissoras’. Assim, para o autor, todos os dualismos ancorados em relações de poder revelam um duplo carácter de seus pólos (pensável /impensável, cognoscível / incognoscível, possível / impossível,

permitido / proibido, desejado / rejeitado, legítimo / ilegítimo, incluído / excluído, etc), onde o primeiro polo de qualquer um destes dualismos é permissor e abre novos caminhos, enquanto o segundo pólo é inibidor e fixa fronteiras.

Para Santos (2007-b: 276), as desigualdades que se reforçam ou se neutralizam mutuamente criam um padrão de distribuição desigual difícil de combater, precisamente porque, “interacionalmente, as desigualdades são muitas vezes feitas de igualdade desigualmente relevantes”. Por serem exercidas quando integradas em constelações de poderes, e nunca se sobrepõem completamente, as relações de poder investem a mesma situação de exercício de poder com uma mistura assimétrica de características ‘inibidoras’ e ‘permissoras’.<sup>14</sup>

O autor faz uma importante referência à definição de Lukes (1974) sobre poder, ao lembrar que, o que faz de uma relação social um exercício de poder, é o grau com que são desigualmente tratados os interesses das partes na relação, ou, em termos mais simples, o grau com que ‘A’ afeta ‘B’ de uma maneira contrária aos interesses de ‘B’, onde qualquer noção de poder assenta-se em uma determinada concepção normativa de interesses. Contudo, para Santos, em uma teoria crítica, o conceito de poder deve assentar-se em uma idéia de emancipação relativamente às relações de poder. Veja-se:

*A emancipação é tão relacional como o poder contra o qual se insurge. Não há emancipação em si, mas antes relações emancipatórias, relações que criam um número cada vez maior de relações cada vez mais iguais. As relações emancipatórias desenvolvem-se, portanto, no interior das relações de poder, não como o resultado automático de uma qualquer contradição essencial, mas como resultados criados e criativos de contradições criadas e criativas. Só através do exercício cumulativo das permissões ou capacitações tornadas possíveis pelas relações de poder (o modo abertura-de-novos-caminhos) se torna viável deslocar as restrições e alterar as distribuições, ou seja, transformar as capacidades que reproduzem o poder em capacidades que o destroem. Assim uma dada relação emancipatória, para ser eficaz e não conduzir à frustração, tem de se integrar numa constelação de práticas e de relações emancipatórias (SANTOS, 2007-b: 269 – nosso grifo).*

---

<sup>14</sup> Um trabalhador que luta por um melhor salário, mas considera absurdo que uma mulher possa auferir um salário igual, está, desse modo, exercendo o poder de classe, ‘abertura de novos caminhos’, e o poder sexista, ‘fixando fronteiras’.

Para o autor, existe uma assimetria entre diferenças e igualdades no que diz respeito ao modo como se relacionam com a emancipação, sendo necessário “um princípio geral de igualdade (igualdade que não seja apenas processual) que possibilite a capacitação, não apenas através da igualdade, mas igualmente através da diferença” (SANTOS, 2007-b: 270). Refere-se ao princípio da distribuição no sentido mais *lato*, em conformidade com a concepção da troca desigual.<sup>15</sup>

Distribuição e capacitação, para Santos (2007-b), constituem, portanto, duas faces da emancipação (assim como os dois lados do direito): sem mudanças na distribuição, não haverá mudanças na capacitação, e vice-versa. Vale dizer que a necessidade de especificação, hierarquização e estruturação aplica-se tanto às relações de poder como às relações emancipatórias. E, para dar resposta a essa necessidade, Santos identifica seis espaços estruturais de relações sociais, dentro dos quais, nas sociedades capitalistas, se produzem seis formas distintas de poder (constelações políticas), de direito (constelações jurídicas), e de conhecimento (constelações epistemológicas), que embora inter-relacionadas, são estruturalmente autônomas. Esses espaços, segundo o autor, são ‘ortotopias’, no sentido de constituírem lugares centrais da produção e reprodução de trocas desiguais nas sociedades capitalistas – ou seja, são ‘espaços-tempo’, formas de sociabilidade que implicam lugares, mas também temporalidades, duração, ritmos. Entretanto, são também suscetíveis de serem convertidos, através da prática social transformativa, em ‘heterotopias’, ou seja, lugares centrais de relações emancipatórias.

Visando uma leitura do ‘mapa’ dessa estruturação e seus respectivos lugares de relações emancipatórias, passa-se, abaixo, à uma breve explicação acerca dos espaços estruturais e das formas de poder, de direitos e de conhecimento – cuja explanação maior, será dedicada às formas de poder e direito, em razão do objeto de investigação dessa pesquisa.

---

<sup>15</sup> Neste ponto da explanação, Santos invoca Young (1990) ao dizer que a emancipação é justiça capacitante. Mas, em que pese concordar com o entendimento de Young em relação à emancipação, discorda da sua crítica a uma concepção alargada de distribuição, pois critica a ‘lógica da distribuição’, em razão do fato de que esta “trata bens não materiais como coisas ou conjuntos identificáveis que são distribuídos segundo um padrão estático por indivíduos separados e identificáveis”, afirmando que o “conceito de repartição devia limitar-se aos bens materiais, sem se estender a outros aspectos importantes da justiça, que incluem processos de decisão, divisão social do trabalho e cultura (Young, 1990: 08)”. No entendimento de Santos (2007-a), o risco de reificação e de individualismo é bem maior se confinar a distribuição aos bens materiais, principalmente, considerando o fato do sistema mundial, ao que parece, ter atingido a mercadorização total da vida social.

## Os espaços estruturais e suas dimensões

Os espaços estruturais que produzem as formas distintas de poder, de direito e de conhecimento, segundo Santos (2006-a; 2007-a; 2007-b), são:

- O espaço da produção, sendo o conjunto de relações sociais desenvolvidas em torno da produção de valores de trocas econômicas e de processos de trabalho, de relações de produção em sentido amplo (entre os produtores diretos e os que se apropriam da mais-valia e entre ambos e a natureza) e de relações na produção (entre trabalhadores e gestores e entre os próprios trabalhadores);
- o espaço do mercado, como o conjunto de relações sociais de distribuição e consumo de valores de troca pela qual se produz e reproduz a mercadorização das necessidades e dos meios de satisfazê-las;
- o espaço doméstico, sendo o conjunto das relações sociais de produção e reprodução da domesticidade e do parentesco (marido e mulher ou quaisquer parceiros em relações de conjugalidade), entre cada um deles e os filhos e entre uns e outros e os parentes;
- o espaço da comunidade, sendo constituído pelas relações sociais desenvolvidas em torno da produção e da reprodução de territórios físicos e simbólicos e de identidades e identificações com referência a origens ou destinos comuns;
- o espaço da cidadania é o conjunto das relações sociais que constituem a esfera pública e, em particular, as relações de produção da obrigação política vertical entre os cidadãos e o Estado;
- o espaço mundial é a soma total dos efeitos internos das relações sociais por meio das quais se produz e reproduz uma divisão global do trabalho; a concepção desse espaço como estrutura interna de uma dada sociedade (nacional ou local) pretende compatibilizar teoricamente as interações entre as dinâmicas globais do sistema mundial e as condições, extremamente diversas e específicas, das sociedades nacionais ou subnacionais que o integram. É, por conseguinte, a matriz organizadora dos efeitos pertinentes das condições e das hierarquias mundiais sobre os espaços doméstico, da produção, do mercado, da comunidade e da cidadania de uma determinada sociedade.

A dimensão institucional dos espaços estruturais, na concepção de Santos, refere-se às formas, padrões, procedimentos, aparatos ou esquemas que organizam o constante fluxo de relações sociais em sequências repetitivas, organizadas e normalizadas, por meio das quais os padrões de interação são desenvolvidos e naturalizados como normais, necessários, insubstituíveis e de senso comum.

O arcabouço teórico delineado sinaliza a importância da realização de estudos contextualizados, principalmente quando se trata de perceber qual é a realidade (estrutura social, institucional e política) a ser enfrentada para a defesa de direitos. Em tema de tutela judicial da violência de gênero, por exemplo, tal arcabouço teórico fornece pistas para proceder à verificação dos modos de percepção e de atuação dos/as magistrados/as ao emitirem os respectivos pronunciamentos decisórios. Possibilita, por conseguinte, a importância de se verificar nos desfechos processuais e nos textos das decisões judiciais a capacidade, a densidade e o conteúdo que determinadas leis possuem, concomitantemente à atuação dos aplicadores e intérpretes de tais leis, precipuamente no que se refere à tendência de reproduzirem o que combatem ou o que repelem. Ou, se o movimento dialético das normas é passível de interferências emancipadoras, bem como, possibilita a percepção dos limites desse processo de transformação.

# O PRINCÍPIO DA IGUALDADE NO DIREITO DO TRABALHO

*Augusto César Leite de Carvalho*

---

Doutor em Direito das Relações Sociais pela Universidad de Castilla la Mancha, Ministro do Tribunal Superior do Trabalho (TST), professor de Direito do Trabalho do IESB, em graduação e pós-graduação, professor colaborador da UnB em pós-graduação de Direito Constitucional do Trabalho e professor do Curso de Mestrado da Universidade Autônoma de Lisboa.

34

## 1 Igualdade formal e substancial

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Assim preconiza o art. 5º da Constituição brasileira que, logo em seu primeiro inciso, diz em reforço: homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. A igualdade formal é desse modo consagrada na ordem jurídica interna, como antes já o fora no artigo VII da Declaração Universal de Direitos Humanos (1948): “Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei.”

Mas tratar igualmente não significa negar a existência, no mundo real, da desigualdade material<sup>16</sup>. Cuida-se, bem se vê, da desigualdade que não se deseja preservar, pois os desiguais que então se inferiorizam têm as mesmas características daqueles com os quais gostariam de se igualar.

A conduta que desafia a igualdade formal, ou a incidência da regra jurídica-constitucional da igualdade de tratamento, é a “discriminação”, ou seja, o tratamento desigual para pessoas iguais, naquilo em que se igualam<sup>17</sup>. A ordem jurídica atua de modo a distinguir, contudo, as *desigualdades* que abomina e, por outro lado, as *diferenças* cuja existência e legitimidade reconhece – pois é certo, como a certa altura observou

---

<sup>16</sup> Quanto a esse aspecto (a desigualdade de fato que estaria a reclamar a igualdade jurídica formal), Mallet pondera: “Todos são iguais perante a lei – fórmula corrente, presente em tantos sistemas jurídicos – implica afirmar, em termos abstratos, igualdade legal de tratamento, seja qual for a real condição de cada um dos iguais. Mas igualdade formal não quer dizer que todos terão, concretamente, os mesmos meios, os mesmos recursos, as mesmas possibilidades, os mesmos direitos ou as mesmas oportunidades. Nem todos partirão do mesmo ponto. Nem todos chegarão ao mesmo ponto. Alguns terão maiores oportunidades. Outros terão menores oportunidades. Para alguns, nenhuma oportunidade haverá” (MALLETT, Estêvão. *Igualdade e Discriminação no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2013, p. 18).

<sup>17</sup> Esta introdução do subtítulo 2.2 se inspira, em parte, no subtítulo 11.3 de obra anterior de nossa autoria: CARVALHO, Augusto César Leite de. *Direito do Trabalho: curso e discurso*. São Paulo: LTr, 2016, p. 307.

Boaventura Souza Santos, que “temos o direito de ser diferentes quando a igualdade nos descaracteriza”.

Tanto ao vedar a conduta discriminatória quanto ao consentir a diferença legítima, o Direito provê igualdade formal, ou seja, a igualdade perante a lei. Convém distingui-la, logo e portanto, da igualdade substancial, para que em seguida possamos ser coerentes na sistematização da matéria.

Tratar igualmente os iguais, na medida em que se igualam, é a função da lei associada à igualdade formal. Noutra perspectiva, promover condições existenciais que provejam igualdade onde historicamente se sedimentou assimetria, disparidade ou desequilíbrio social – não justificado por diferenças legítimas – é a função da lei associada à promoção da igualdade substancial.

Sob o prisma da igualdade formal, o Direito prescreve o trato isonômico entre aqueles que reputa iguais, proscREVendo e sancionando a conduta destoante, individual ou coletiva; sob o espectro da igualdade substancial, o Direito interfere na ordem social para torná-la mais justa e paritária, contrapondo-se e impondo-se ao determinismo cultural.

## 2 Igualdade formal

A igualdade formal, ou igualdade perante a lei, apoia-se, como sustenta Pérez Luño<sup>18</sup>, em quatro eixos: a) a exigência de generalidade em relação à lei; b) a exigência de equiparação; c) a exigência de diferenciação; d) a exigência de igual procedimento.

### 2.1 Igualdade formal como exigência de lei genérica

A exigência de generalidade pressupõe que a norma jurídica não se pode coadunar com privilégios, imunidades ou regras direcionadas, por qualquer razão, ao favorecimento ou prejuízo de pessoa ou grupo de pessoas. Nessa acepção, a igualdade formal dirige-se ao legislador e limita a discricionariedade da atividade legislativa.

---

<sup>18</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Dimensiones de la Igualdad*. Madrid: Editorial Dikinson, 2007. Fonte da sistematização da matéria neste slide. O autor distingue ainda *igualdade* (coincidência ou equivalência parcial entre diferentes entes), *identidade* (coincidência absoluta de um ente consigo mesmo) e *semelhança* (mera afinidade ou aproximação entre diferentes entes). No plano semântico, o Pérez Luño também observa: “Desde la Grecia clásica la expresión *isonomía*, equivalente a la igualdade ante la ley de nuestro tiempo, aparece ligada a otras modalidades de igualdad como la *isegoría*, igual derecho a expresar oralmente el pensamiento, y la *isotimia*, igual derecho de los ciudadanos para acceder a los cargos públicos” (*op. cit.*, p. 17).

Como visto, a igualdade formal está preestabelecida nos tratados de direitos humanos e nas cartas constitucionais de nosso tempo, oferecendo-se como parâmetro objetivo ao controle de convencionalidade e, antes, ao controle de constitucionalidade.

As reformas de 2017, no Brasil, preveem que o trabalhador com contrato intermitente não terá direito a seguro-desemprego<sup>19</sup> e, na prática, à proteção previdenciária<sup>20</sup>, o que evidentemente desafiará algum pronunciamento das cortes judiciais acerca de o legislador, a par de fazer-se indiferente a outros desígnios constitucionais<sup>21</sup>, haver violado o princípio da igualdade formal ao estabelecer tais distinções, aparentemente incompatíveis com a igualdade de condições de trabalho – a que se submeterão trabalhadores fixos e trabalhadores intermitentes, tratados desigualmente.

Quanto à observância do princípio da igualdade pelo legislador ordinário, é possível questioná-la também a partir da premissa – que temos, para efeito de argumentação, como válida – de o postulado da igualdade não permitir que seja discriminado o trabalhador pobre, em razão desses seus atributos (empregado e pobre), no que concerne ao arbitramento de valor para os danos extrapatrimoniais que o vitimem ou quanto ao seu direito de acesso à justiça e ao contraditório com os recursos a ele inerentes.

Ao legislador infraconstitucional seria vedado, portanto, distinguir o trabalhador que recebe salário menor para assegurar-lhe direito de reparação por dano extrapatrimonial em valor menor (como estava na nova CLT até o advento da MP 808/2017<sup>22</sup>) ou para impedir que ele obtenha acesso à instância extraordinária pela singela razão de o seu crédito trabalhista, sendo menos elevado porque menor é o seu salário, não se revestir de transcendência econômica. A decisão denegatória de recurso de revista interposto por trabalhador pobre, ao aplicar o art. 896-A, §1º, I da CLT (que emerge da

---

<sup>19</sup> Art. 452, §2º da CLT.

<sup>20</sup> Art. 911-A e §§ da CLT. Ao condicionar a contagem de seu tempo de trabalho e contribuição do empregado intermitente à exigência de que ele, ao perceber salário menor que o mínimo legal, complete às suas próprias expensas a contribuição para o regime geral da previdência, a exemplo do que faz aos trabalhadores contratados em regime parcial (*part time*), a nova CLT os afasta, na prática, do direito universal à previdência, como é intuitivo de se ver.

<sup>21</sup> Tal distinção estaria a conspirar, em perspectiva, contra o objetivo, que inspira a República, de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III, da Constituição).

<sup>22</sup> Antes de editada a MP 808/2017, o art. 223-G, § 1º, da CLT tinha, por obra da Lei 13.467/2017, a seguinte redação: “Se julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação: I - ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido; II - ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido; III - ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido; IV - ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido.”

Lei 13.467/2017 e prevê a admissibilidade somente dos recursos que tenham transcendência econômica<sup>23</sup>), há de submeter-se aos mencionados crivos de convencionalidade e de constitucionalidade.

Também se oferece à crítica o novo parágrafo único do art. 444 da CLT, ao dispor que, nos temas reservados à prevalência das convenções e acordos coletivos de trabalho (enumerados no também novo art. 611-A da CLT), o contrato individual terá “a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos, no caso de empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social”.

Tal novidade somente se legitimará na hipótese de se assentir, como razoável, a premissa de a debilidade contratual ser mero corolário do baixo padrão salarial e da pouca educação formal atribuível à maior parte dos trabalhadores brasileiros. Reginaldo Melhado traz a debate o aspecto de a relação de subordinação jurídica, ou estado de sujeição, derivar de causas sociais e históricas, como o desemprego estrutural e outras formas de reduzir as expectativas de trabalho e salário<sup>24</sup>.

Interessante constatar que a adoção do padrão salarial como discrimen, pelo legislador, pode fazê-lo incorrer em vulneração do princípio da igualdade tanto em relação ao empregado de salário inferior, que não poderia ver a lei a potencializar o seu estado de debilidade socioeconômica, quanto em relação ao empregado com título superior e salário mais elevado que a remuneração média, dado que não haveria correlação lógica entre esses atributos e seu resiliente estado de sujeição.

---

<sup>23</sup> Art. 896-A da CLT (a partir da eficácia da Lei 13.467/2017) – “O Tribunal Superior do Trabalho, no recurso de revista, examinará previamente se a causa oferece transcendência com relação aos reflexos gerais de natureza econômica, política, social ou jurídica. § 1º São indicadores de transcendência, entre outros: I - econômica, o elevado valor da causa. [...]”

<sup>24</sup> MELHADO, Reginaldo. “Trabalhador Pseudossuficiente: o conto do vigário da autonomia da vontade na ‘reforma’ trabalhista”. In: *Reforma trabalhista: visão, compreensão e crítica*. Guilherme Guimarães Feliciano *et alii*, organizadores. São Paulo: LTr, 2017, pp. 95-106. Fragmento transcrito na p. 97, assim introduzido: “A relação de emprego perfaz-se, com efeito, por um simulacro de ajuste de vontades: é mero contrato de adesão. Para saber se esse estado de sujeição – e portanto de *hipossuficiência* – desapareceria, ou seria materialmente distinto, no caso do trabalhador titular de educação universitária formal, com remuneração mais elevada, será preciso verificar de onde vem a submissão capaz de obnubilar a vontade e quais são seus fundamentos”. Na sequência, Melhado lembra que o desemprego estrutural conspira para a subordinação (ausência de autonomia) da generalidade dos empregados, inclusive daqueles que têm diploma universitário e salário diferenciado, arrematando que a automação do trabalho manual e intelectual e a desindustrialização têm gerado a maior procura pelo ensino superior, o que é confirmado por dados do Ministério da Educação: “o número de profissionais com título superior anualmente colocados no mercado de trabalho dobrou, em dez anos, enquanto o desemprego cresceu”.

Quando a lei trata desigualmente trabalhadores que prestam serviço em iguais condições, discriminando-os por motivos alheios ao conteúdo sinalagmático do contrato de trabalho, submete-se, uma vez mais, ao crivo de convencionalidade e de constitucionalidade relacionado à preeminência do princípio isonômico. Assim sucedeu, em exemplo mais remoto, quando a Lei n. 9.601/1998 previu que empregados contratados por tempo determinado para a realização dos mesmos serviços realizados pelos empregados contratados por tempo indefinido teriam temporariamente um crédito menor a título de FGTS.

No âmbito da jurisdição exercida pelas cortes internacionais, são igualmente conhecidos os casos em que o Tribunal de Justiça da União Europeia afirma inconstitucionais leis nacionais que asseguram direitos apenas a trabalhadores fixos, ou contratados sem tempo definido, valendo por todas a Sentença de 14/set/2016<sup>25</sup>, amplamente noticiada<sup>26</sup>, por meio da qual a Corte Europeia negou validade a lei espanhola que previa indenizações somente para empregados fixos, não as estendendo a empregados contratados por tempo determinado.

Em suma, o legislador desatende ao princípio da igualdade formal quando “introduz uma disparidade de trato, sem que *prima facie* se justifique sua necessidade. Entende-se que nesses casos se dá um excesso de poder por parte do legislador, por haver ultrapassado os limites de suas faculdades discricionárias”<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> Sentença do caso Ana de Diego Porras vs Governo da Espanha (Ministério da Defesa). Disponível em: [<sup>26</sup> Veja-se, a propósito, notícia de setembro de 2016 em \[http://www.abc.es/economia/abci-tjue-reitera-discriminacion-entre-trabajadores-fijos-interinos-201609291942\\\_noticia.html\]\(http://www.abc.es/economia/abci-tjue-reitera-discriminacion-entre-trabajadores-fijos-interinos-201609291942\_noticia.html\) e em <http://www.abogacia.es/2016/09/26/la-sentencia-del-tjue-sobre-indemnizacion-por-extincion-de-contratos-de-interinidad/>.](http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=183301&pageIndex=0&doclang=es&mo. Acesso em 15/fev/2017. Dispositivo: “En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Décima) declara: 1) La cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, debe interpretarse en el sentido de que el concepto de «condiciones de trabajo» incluye la indemnización que un empresario está obligado a abonar a un trabajador por razón de la finalización de su contrato de trabajo de duración determinada. 2) La cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que deniega cualquier indemnización por finalización de contrato al trabajador con contrato de interinidad, mientras que permite la concesión de tal indemnización, en particular, a los trabajadores fijos comparables. El mero hecho de que este trabajador haya prestado sus servicios en virtud de un contrato de interinidad no puede constituir una razón objetiva que permita justificar la negativa a que dicho trabajador tenga derecho a la mencionada indemnización”.</a></p>
</div>
<div data-bbox=)

<sup>27</sup> Pérez Luño, *op. cit.*, 23.

## 2.2 Igualdade formal como exigência de equiparação

Enquanto a expectativa de generalidade (da lei) supõe, abstratamente, a existência ou a superveniência de situações iguais a serem reguladas, a exigência de equiparação volta-se a situações concretas nas quais se cogita de desigualdades não condizentes com o princípio da razoabilidade – não raro geradas por motivos irrelevantes para o exercício de direitos ou a aplicação de normas jurídicas pertinentes. Assim é para Pérez Luño, que arremata: “enquanto a generalidade entranha o trato igual do igual, a equiparação supõe o trato igual do que não o é no plano factual, mas juridicamente se estima que deve sê-lo”<sup>28</sup>.

Se é indubitável que a discriminação, entre particulares, atrai a incidência do art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (“Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”) e, por via indireta, do também mencionado art. 5º da Constituição brasileira (“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”), também o é que a igualdade formal se impõe ao estado-legislador e, na sequência, também ao estado-juiz.

Para a jurisdição, a igualdade formal se impõe de duas maneiras: compete-lhe controlar ou modular a atividade legislativa e lhe cabe aplicar a lei isonômica para todos com igual critério. Montilla Martos explica:

A igualdade, como direito público subjetivo exercitável ante os juízes e tribunais, implica a alegação de uma discriminação. A discriminação importa uma desigualdade que pode ter origem em um fato, na diferenciação de tratamento legal não justificado constitucionalmente, ou finalmente na aplicação de uma lei que produza um resultado inconstitucional. Pode-se dizer que estamos ante uma desigualdade frente à lei quando esta, ante dois fatos idênticos, trata de forma distinta, sem qualquer justificação, a diferentes sujeitos, por alguma das causas estabelecidas, de forma muito aberta (“qualquer condição pessoal ou social”), no artigo 14 da Constituição Espanhola<sup>29</sup>. Por outro lado, a discriminação na aplicação da lei se configura, e assim é vista pelo Tribunal Constitucional da Espanha, como um redirecionamento à situação de desigualdade à falta de tutela judicial, quando o juiz não responde com as mesmas resoluções ante premissas de fato similares. O art. 24 da Constituição da Espanha e o direito à fundamentação das decisões judiciais exige que ante situações iguais se aplique a mesma norma legal<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> *Op. cit.*, p. 25.

<sup>29</sup> Art. 14 da Constituição da Espanha – “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.”

<sup>30</sup> CÁMARA VILLAR, Gregorio, LÓPEZ AGUILAR, Juan Fernando, BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa, MONTILLA MARTOS, José Antonio. *Manual de Derecho Constitucional*. Volume II. Madrid: Tecnos, 2007, p. 86. No original: “La igualdad, como derecho subjetivo ejercitable ante los jueces y  
Revista do Observatório de Direitos Humanos do Curso de Direito IESB: Brasília, v.2, n.2, jan./jul., 2017.

A igualdade por equiparação exige, bem se nota, um esforço intelectual mais acurado, dado que pressupõe: a) uma desigualdade de fato em uma relação substancialmente homogênea (não incide em abstrato ou sobre relações *a priori* heterogêneas); b) a abstração de nuances distintivas que devam ser assimiladas como irrelevantes para a aplicação do direito.

Esses dois pressupostos estão correlacionados e, como sublinha Pérez Luño, exigem se estabeleça um *critério de relevância* a teor do qual “se estimam os dados como essenciais ou irrelevantes para predicar a igualdade entre uma pluralidade de objetos, situações ou pessoas”<sup>31</sup>.

Sem um nexo lógico e ponderável entre o motivo da discriminação e a situação de desigualdade, haverá de prevalecer a igualdade por equiparação<sup>32</sup>. É o que nos propomos a estudar, e quando possível ilustrar, ao exame, em seguida e *a contrario sensu*, da equiparação por diferenciação.

### 2.3 Igualdade formal como exigência de diferenciação

A igualdade formal importa a exigência de equiparação ou, na hipótese de justificar-se o fator de discriminação em alguma situação concreta, importará, em paradoxo apenas aparente, a exigência de tratamento diferenciado. E então diferenciar não significa aviltar, humilhar, reforçando alguma injustiça que historicamente se houver imposto a um segmento socioeconômico, étnico, etário ou de gênero, por exemplo. Significará, em verdade, tratar distintamente aquele que se caracteriza por alguma diferença cuja imanência e legitimidade devam, *a priori*, ser reconhecidas pelo ordenamento jurídico.

Conforme esclarece o segundo artigo da Convenção n. 111 da Organização Internacional do Trabalho, “as distinções, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para um determinado emprego não são consideradas como

---

tribunales ordinarios, conlleva la alegación de una discriminación. Ésta implica una desigualdad que puede tener su origen en un hecho, en la diferenciación de tratamiento legal no justificado constitucionalmente, o finalmente en la aplicación de una ley que produzca un resultado inconstitucional. Se puede decir que estamos ante una desigualdad ante la ley cuando ésta, ante dos supuestos de hecho idénticos, trata de forma distinta, sin ninguna justificación, a diferentes sujetos, por alguna de las causas establecidas, de forma además muy abierta, (cualquier condición personal o social), en el artículo 14 de la CE. Por su parte, la discriminación en la aplicación de la ley, se puede considerar, y así se ha visto por el TC como una reconducción de la desigualdad a la falta de tutela judicial, cuando el juez no responde con las mismas resoluciones ante supuestos de hecho similares. El artículo 24 de la Constitución y el derecho a la predeterminación del sentido de las resoluciones judiciales, exige que ante situaciones iguales se aplique la misma norma legal”.

<sup>31</sup> *Op. cit.*, p. 26.

<sup>32</sup> Sobre o tema: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. São Paulo: RT, 1978, p. 24.

discriminação”. De modo mais minucioso, o art. 25º.2 do Código do Trabalho português esclarece: “não constitui discriminação o comportamento baseado em fator de discriminação que constitua um requisito justificável e determinante para o exercício da atividade profissional, em virtude da natureza da atividade em causa ou do contexto da sua execução, devendo o objetivo ser legítimo e o requisito proporcional”

Cabe, a propósito, a anotação de Pedro Romano Martinez: “nada impede que uma empresa pretenda contratar uma modelo com menos de vinte e cinco anos, uma bailarina ou um jogador de futebol”<sup>33</sup>. Contratam-se trabalhadoras para a limpeza de banheiros para mulheres, desfilar roupas femininas ou cuidar de meninas e de idosas, justificando-se igualmente a contratação de homens se os destinatários desses mesmos serviços são do sexo masculino. O Estatuto do Idoso<sup>34</sup>, no Brasil, veda a discriminação e a fixação de limite máximo de idade para a admissão em qualquer emprego privado ou público, mas ressalva “os casos em que a natureza do cargo o exigir”.

A depender da religião professada, o trabalhador poderá exigir tratamento diferenciado quanto a horários de trabalho e a dias de descanso, desde que a diferença de trato não exacerbe, na situação concreta, os limites da razoabilidade<sup>35</sup>. A exigência de vestuário, normalmente confiada ao poder empresarial, pode comportar ponderação judicial relacionada, por exemplo, ao uso do véu por trabalhadoras muçulmanas<sup>36</sup>.

Até mesmo a autorização para terceirizar serviços pode atender à necessidade, por exemplo, de ajustar o método de trabalho a exigências de ordem religiosa relacionadas ao mercado consumidor, assim ponderando a Subseção II de Dissídios Individuais, do TST, quando esteve às voltas com o uso do método *halal* por empresa processadora de carne de frango com interesse em exportar para o mercado árabe, em geral islâmico<sup>37</sup>.

---

<sup>33</sup> ROMANO MARTINEZ, Pedro. *Direito do Trabalho*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 381. Michael Gold se reporta a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos acerca de objeção das companhias aéreas à contratação de pessoas com mais de sessenta anos para trabalharem como engenheiros de voo, pretendendo elas estender a essa função a regra que já estaria estabelecida em relação a pilotos e copilotos. A Suprema Corte fixou então duas premissas que as companhias aéreas poderiam alternativamente invocar para discriminar tais candidatos sexagenários: a) a prova de que todos ou quase todos os empregados acima dessa idade são inábeis para executar as tarefas essenciais do cargo de modo seguro e eficiente; ou b) a prova de que alguns empregados acima dessa idade possuem uma característica física que os impede de atuar com segurança e eficiência, e que essa característica não pode ser detectada com base em análise individual (GOLD, Michael Evan. *An Introduction to the Law of Employment Discrimination*. Coleção ILR Bulletin n. 68 – Cornell University. Nova York: ILR Press, 2001, p. 50).

<sup>34</sup> Lei 10.741 de 01 de outubro de 2003. Alude-se no texto ao art. 27.

<sup>35</sup> Assim decidiu o TRT da 3ª Região (MG) e o TST no precedente RR 745-84.2011.5.03.0066.

<sup>36</sup> Vide RR 37200-77.2006.5.02.0025 da 6ª Turma do TST.

<sup>37</sup> Vide RO 578-40.2010.5.09.0000 da SBDI II do TST.

O direito de não professar religião também pode justificar tratamento diferenciado. No precedente STC 101/2004, o Tribunal Constitucional da Espanha outorgou a um oficial do Corpo Nacional de Polícia que se afirmava agnóstico o direito de não participar de culto religioso, malgrado a sua presença fosse exigida pela corporação.

Às vezes a solução judicial pode variar, não obstante a prévia compreensão de que a conduta sob exame se classifica como discriminatória. Um bom exemplo é a análise comparativa a partir das decisões do TST, a princípio endossadas pelo STF (RE 658312/SC<sup>38</sup>), acerca da constitucionalidade do antigo art. 384 da CLT<sup>39</sup>, que previa intervalo de quinze minutos antes de as empregadas iniciarem a prestação de horas extraordinárias. As cortes brasileiras manifestaram-se pela validade da citada norma em razão das peculiaridades da condição feminina, que a justificariam.

É interessante comparar tal decisão com casos semelhantes submetidos à apreciação do Tribunal Constitucional da Espanha, desde que para tanto consideremos que a pretensão deduzida (e rejeitada) no Brasil era a de ineficácia do dispositivo ante o suposto favorecimento das mulheres que, segundo alegavam os autores da arguição de inconstitucionalidade, não teria correlação lógica com qualquer dificuldade inerente à aptidão da mulher para despender força de trabalho.

A corte espanhola fora igualmente provocada para decidir sobre a constitucionalidade de direitos garantidos apenas a mulheres mas, talvez pela circunstância de as demandas serem provenientes de trabalhadores do sexo masculino, decidiu que “ante a desigualdade de trato normativo, cabe, em princípio, equiparar por cima, suprimindo as restrições ou exclusões injustificadas estabelecidas pelo legislador, com a consequente extensão do benefício aos discriminados” (STC 3/1993, p. 3).

Em suma, no Brasil a intenção era a de não permitir que as mulheres fossem agraciadas com tratamento desigual e a Justiça afirmou que havia diferenças de gênero a justificar a desigualdade. Na Espanha, a demanda foi a de estender aos trabalhadores do sexo masculino o tratamento que a norma positivada estava a destinar exclusivamente a mulheres, tendo a corte espanhola assegurado a igualdade de gênero.

A existência de um motivo para a distinção e a sua razoabilidade autorizam, portanto, o tratamento desigual, na linha de ponderação preconizada por Martinez:

---

<sup>38</sup> Decisão anulada em embargos declaratórios, por vício formal.

<sup>39</sup> Dispositivo derrogado pela Lei n. 13.467/2017.

A igualdade de tratamento nunca pode ser total; principalmente no direito privado deve ser deixada uma margem para a autonomia contratual. O problema reside na compatibilidade entre os princípios constitucionais, internacionais e comunitários, que apontam para a igualdade, por um lado, e a autonomia privada, por outro. A referida compatibilidade parece poder encontrar-se no seguinte ponto de equilíbrio: as diferenciações determinadas pela liberdade contratual, desde que assentes em critérios objetivos, não colidem com o princípio da igualdade de tratamento. O princípio da igualdade obsta a que a escolha seja determinada por critérios arbitrários e perversos<sup>40</sup>.

Se motivo não houver, ou não for ele razoável à vista dos valores humanitários que impregnam o ordenamento jurídico, incidem as normas que coíbem o trato discriminatório. No Brasil, a Lei 9.029, de 1995, proíbe “a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de trabalho, ou de sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade, entre outros, ressalvadas, nesse caso, as hipóteses de proteção à criança e ao adolescente previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal”.

O empregado injustamente discriminado pode exigir a reintegração no emprego ou o pagamento em dobro dos salários intercorrentes ao período em que o obrigaram a afastar-se da empresa (art. 4º da Lei 9.029/1995). Embora a jurisprudência ainda oscile, parece-nos que a exegese mais adequada é a que compreende esse período de débito salarial como aquele cujo termo final corresponde ao trânsito em julgado da decisão que afirmou a conduta discriminatória – do contrário (ou seja, se prevalece o entendimento de que o período de afastamento a ser remunerado se exaure com a propositura da ação judicial), dar-se-ia ao ofendido a estranha prerrogativa de metrificar o tamanho de sua reparação ao apressar, ou adiar, a propositura da ação judicial.

A discriminação, por vezes, não pode ser imputada apenas ao empregador ou àquele investido de poder social, não estatal. Mas se o ofensor age no âmbito da relação de poder a que se submete, obriga a potestade pelo seu deslize ético. É o que se extrai do art. 932 do Código Civil brasileiro, inclusive quando atribui o dever de reparação civil ao “empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele” (inciso V), independentemente de culpa (parágrafo único).

Não basta prescrever a igualdade formal, posto seja indispensável que se garanta a efetividade da norma jurídica correspondente. Embora se idealize a observância espontânea pelo empregador do princípio isonômico, ressaí a importância, em seguida, de garantir-se a tutela específica (ou *in natura*) antes de a instância judicial convertê-la em perdas e danos. Em paralelo, há mais: em nenhuma hipótese a lei poderá impedir a tutela judicial, que é direito fundamental

---

<sup>40</sup> *Op. cit.*, p. 384.

assegurado pelo art. 5º, XXXV, da Constituição e pelo art. X da Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>41</sup>, ou consentir seja retaliado aquele que demandou judicialmente<sup>42</sup>.

Como a conduta discriminatória é quase invariavelmente dissimulada, simulando em verdade algum ato jurídico legítimo, a prova da intenção de discriminar não pode caber ao ofendido, pois tal importaria a *prova diabolica*. Ante a presença de indícios da ofensa moral, atribui-se ao suposto ofensor a prova de que teria outra motivação para seu ato. Nesse ponto, a Súmula n. 443 do Tribunal Superior do Trabalho é clara: “Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego”.

O Tribunal Constitucional da Espanha, quando provocado sobre o ônus da prova em casos de discriminação de trabalhadores, também redarguiu, ao proferir a STC 7/1993, que “quando o trabalhador alega que uma despedida é discriminatória ou lesiva de qualquer direito fundamental, aportando para tanto indícios que gerem uma razoável suspeita, aparência ou presunção em favor da alegação de discriminação, incumbe ao empresário a prova da existência de um motivo razoável para a despedida (SSTC 38/1981, 55/1983, 104/1987, 114/1989, 135/1990 e 21/1992).”

#### **2.4 Igualdade formal como direito a igual procedimento**

Pouco ou nada adianta a igualdade perante a lei se as instâncias decisórias, sobretudo as instâncias judiciais responsáveis pela efetivação do princípio da igualdade, não assegurarem um processo justo e imparcial, inspirado igualmente no postulado da isonomia. Como advertiu o Tribunal Constitucional da Espanha no precedente STC 108/1988, “um mesmo juiz ou tribunal não pode modificar o sentido das decisões adotadas anteriormente em casos substancialmente idênticos, a não ser que se aparte conscientemente dele, oferecendo uma fundamentação suficiente e razoável que motive a mudança de critério [...]”.

O direito ao devido processo legal – que se consubstancia no respeito às regras procedimentais preestabelecidas e na garantia de um processo apto à realização dos direitos fundamentais – não resulta, como se há de intuir, de um direito natural que remonte a um estado ideal ou primitivo de igualdade. É um dado da cultura, uma conquista dos povos civilizados.

Citando Niklas Luhmann, como poderia citar outros arautos da razão comunicativa, enfatiza Pérez Luño que vertente teórica de expressão renega a possibilidade de obter-se a realização do princípio da igualdade fora das situações discursivas previamente regulamentadas:

A igualdade que se obtém por meio do procedimento, isto é, do tratamento regulamentado normativamente e imparcial das distintas relações e conflitos

<sup>41</sup> Art. X da DUDH - Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

<sup>42</sup> Sobre o tema: CARVALHO, Augusto César Leite de. *Garantia de Indenidade no Brasil*. São Paulo: LTr, 2013.

sociais não constitui uma forma de igualdade natural (todos os homens são iguais), nem expressão de um valor ético a realizar (todos os homens devem ser tratados como iguais), senão um princípio de imparcialidade que exige que todas as distinções possam ou devam ser ignoradas, exceto aquelas que se considerem razoáveis em um determinado sistema”. [...] Para a igualdade de procedimento carece de relevância se os homens são iguais ou desiguais por natureza ou por outras causas<sup>43</sup>.

Mas é tempo de tratar da igualdade substancial. À igualdade perante a lei – mais vetusta expressão da igualdade formal – agrega-se hoje a percepção de que as desigualdades presentes no corpo social, quando não guardam sintonia com os valores éticos ou humanistas positivados, podem agravar-se caso seja entregue à autonomia privada, exclusivamente, a deliberação acerca das prestações exigíveis nas relações jurídicas individuais ou coletivas. Expressões como “imperativo de tutela”, “inclusão social”, “ação afirmativa” etc. se incorporaram, desde algum tempo, à gramática jurídica relacionada a políticas legislativas ou interventivas que veiculam normas endereçadas à igualdade material ou substancial, tema a ser explorado na sequência.

### 3 A igualdade substancial

A desigualdade entre as pessoas pode ter fatores sócio-econômicos, étnicos, estéticos, de gênero ou de origem, etários ou de algum modo culturais que não se justificam sob o pálio da democracia social, pois não se conciliam com o propósito de uma sociedade livre, justa e solidária.

São objetivos da República, ademais, o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais, também a promoção do bem comum sem preconceitos de qualquer natureza. É o que prediz o art. 3º da Constituição, o bastante para autorizar a atividade legislativa que pode assim inovar regras jurídicas compensatórias, regras que compensem no plano jurídico a debilidade contratual que de outro modo não permitirá sejam alcançados esses desígnios republicanos.

Não se cuida, neste passo, de ter a igualdade como pressuposto, mas de tê-la como objetivo a ser atingido. Ricos e pobres, patrões e empregados, homens e mulheres, transgênicos e homossexuais, pessoas com e sem deficiência, crianças, adolescentes, adultos e idosos, letrados e analfabetos, brancos e negros são todos iguais em dignidade, mas a distribuição de bens e oportunidades não os tem nessa conta. Na ocasião em que contratam a provisão de necessidades ou utilidades, são distintos os pontos de partida.

---

<sup>43</sup> Pérez Luño, *op. cit.*, p. 32.

A promoção *ex lege* da igualdade material não é um consenso no contexto político. Em análise crítica, enumera Pérez Luño<sup>44</sup> os argumentos que se opõem atualmente ao *igualitarismo*: no plano econômico, os neoliberais conservadores insistem em contrapor liberdade e igualdade, sustentando que qualquer avanço igualitário ocorre em menoscabo da liberdade; no âmbito filosófico, os representantes da *nouvelle philosophie* ressuscitam o combate ao ideal igualitário em nome da superioridade de uma elite aristocrática apta à condução da humanidade; no plano político, relativiza-se o significado da igualdade a pretexto, inclusive, de sua polissemia e, de todo modo, impossível realização; para alguma corrente sociológica, integrada exponencialmente por Luhmann, não existiria critério adequado para distinguir o que é igual do que não o é, salvo se todos se satisfizerem com a submissão às mesmas regras de procedimento.

Nos albores da era contemporânea, os fisiocratas deixavam à natureza a tarefa de reequilibrar as relações sociais, sob os ditames das leis naturais. Em nossos dias, o art. 170 da Constituição brasileira legitima apenas a ordem econômica que proporcione existência digna sob os ditames da justiça social. Não outorga à *lex mercatoria*, mas sim à lei o papel institucional de intervir na realidade para dar aos segmentos vulneráveis expectativas emancipatórias que os habilitem aos negócios jurídicos em regime ideal – ou porventura real – de paridade.

A contribuição dos direitos sociais, porquanto se traduzam em expectativas prestacionais asseguradas aos mais débeis, é decisiva para o projeto civilizatório de construir uma sociedade igualitária. Pois nos dediquemos ao seu estudo.

### ***3.1 A igualdade substancial como direito social – imperativo de tutela e tendência à progressividade***

O Direito do Trabalho tem como escopo ajustar a bilateralidade contratual a uma relação de poder que o contrato de emprego inaugura. O seu descolamento do Direito Civil clássico, este fundado no individualismo jurídico e portanto na liberdade contratual, remonta a um tempo em que “a burguesia mais consciente e progressista havia logrado entender, finalmente, que a alternativa oferecida pela luta social devia ser formulada, do modo mais conveniente a seus interesses de classe, nos termos de uma reforma frente à revolução, uma reforma que afastasse as organizações obreiras de sua ameaçadora predisposição revolucionária, mediante uma política de concessões a favor dos trabalhadores”<sup>45</sup>. É o que constata Palomeque e, em igual sentido, anota Enrique Cabero:

---

<sup>44</sup> *Op. cit.*, p. 42.

<sup>45</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel-Carlos. *Derecho del Trabajo e Ideología*. Madrid: Editorial Tecnos, 2002, p. 130. No original: “La burguesía más consciente y progresista había logrado entender, finalmente, que la alternativa ofrecida por la lucha social debía ser formulada, del modo más conveniente a sus intereses de clase, en términos de reforma frente a revolución, debiéndose a todas luces apartar a las organizaciones obreras e sus amenazantes predisposiciones revolucionarias mediante una política de concesiones y reformas a favor de los trabajadores”.

Este modelo (que corresponde ao Estado Social) surge de um pacto interclassista e de rendas, pensado para retificar os mais graves fracassos do sistema de produção capitalista no Estado liberal de Direito e, com isso, afugentar os processos revolucionários que poderiam inspirar-se na revolução russa de 1917. O reconhecimento, a promoção e a garantia reais dos direitos das pessoas e da cidadania facilitaram a abertura de um esperado futuro de concórdia, sem negação do conflito social, de crescimento econômico, baseado nas teses keynesianas, com uma adequada redistribuição pessoal e territorial da renda, e, enfim, de bem estar, daí a também se falar em Estado do Bem Estar. O desenho constitucional do Estado Social e Democrático de Direito se consolidaria nos Estados mais avançados com o fim da Segunda Guerra Mundial<sup>46</sup>.

Como percebeu Santos Fernández, “os poderes que o empregador ostenta na relação de trabalho junto à consequente situação de desigualdade com a implicação pessoal do trabalhador representam os elementos mais significativos e singulares a serem enfrentados pela lógica contratual”<sup>47</sup>. Indiferente ao fundamento do poder empresarial<sup>48</sup>, a lei o regula para contê-lo, seja para assegurar ao trabalhador o “mínimo existencial”<sup>49</sup>, ante a suposição de que não pode ele prescindir da provisão de suas necessidades vitais, seja para garantir-lhe “existência digna”, como está a exigir o art. 170 da Constituição brasileira.

Em linhas gerais, a igualdade substancial veiculada pelos direitos sociais antagoniza com a igualdade formal, como nota Mallet: “O tratamento é desigual, para compensar as desigualdades reais e chegar-se a um pouco mais de igualdade substancial.”<sup>50</sup>

<sup>46</sup> CABERO, Enrique. “La Consolidación de los ‘Recortes Laborales’ Aprobados en un Contexto de Crisis Económica. El Caso del Despido del Puesto de Trabajo en España (1977-2017)”. In: Revista do Tribunal Superior do Trabalho, vol. 83, n. 3, jul/set 2017, pp. 59-81. São Paulo: Lex Magister, 2017. Fragmento, no original, na p. 59: “Este modelo surge de un gran pacto interclasista y de rentas, pensado para rectificar los más graves fracasos del sistema de producción capitalista en el Estado liberal de Derecho y, con ello, ahuyentar los procesos revolucionarios que podrían inspirarse en la revolución rusa de 1917. El reconocimiento, la promoción y la garantía reales de los derechos de las personas y de la ciudadanía facilitaron la apertura de un esperado futuro de concordia, sin negación del conflicto social, de crecimiento económico, basado en las tesis keynesianas, con una adecuada redistribución personal y territorial de la renta, y, en fin, de bienestar, de ahí que también se hable de Estado de bienestar. El diseño constitucional del Estado Social y Democrático de Derecho se consolidaría en los Estados más avanzados tras la Segunda Guerra Mundial”.

<sup>47</sup> SANTOS FERNÁNDEZ, Maria Dolores. *El Contrato de Trabajo como Límite al Poder del Empresario*. Albacete: Editorial Bomarzo, 2005, p. 55. No original: “Los poderes que el empresario ostenta en la relación de trabajo junto a la consiguiente situación de desigualdad e implicación personal del trabajador en la misma representan los elementos más significativos y singulares a los que debió enfrentarse la lógica contractual”.

<sup>48</sup> Sobre o tema: MELHADO, Reginaldo. *Poder e Sujeição: os fundamentos da relação de poder entre capital e trabalho e o conceito de subordinação*. São Paulo; LTr, 2003.

<sup>49</sup> Reginaldo Melhado, *op. cit.*, p. 200.

<sup>50</sup> *Op. cit.*, p. 19. O autor explica: “Embora em tese todos tenham certos direitos – como o direito de adquirir bens – alguns terão efetivamente muitos bens; outros terão poucos ou nenhum. Daí a ideia de igualdade substancial ou real – em oposição à igualdade formal –, a partir do que se buscam assegurar as mesmas oportunidades para todos, compensando-se os desfavorecidos”.

Mesmo em nações providas por cartas constitucionais ainda não concebidas sob o compromisso de prestigiarem os avanços do Estado Social, a exemplo da germânica<sup>51</sup>, ocorreu de o Tribunal Constitucional Alemão decidir que “o legislador não pode em princípio se satisfazer em aceitar desigualdades fáticas previamente existentes; se elas forem incompatíveis com exigências de justiça, o legislador tem que as eliminar”<sup>52</sup>.

Em rigor, os direitos sociais se fortaleceram quando ingressaram no catálogo de direitos humanos e se constitucionalizaram, assumindo de vez a característica de direitos fundamentais<sup>53</sup>, com forte influência na sublimação do Direito do Trabalho<sup>54</sup>. E significaram, por outra via, a centelha de uma concertação entre as nações com vistas a um salto civilizatório que se reforçaria com as constituições do pós-guerra e com os pactos internacionais sobre direitos civis e políticos e sobre direitos econômicos, sociais e culturais de 1966. A nota é de María Esther Martínez Quinteiro:

Ao ratificar majoritariamente os Pactos Internacionais de Direitos, os Estados membros das Nações Unidas, incluídos os ex-colonizadores que não os haviam votado, referendavam assim e legitimavam um processo de descolonização irrefreável, na esperança de que, ao constituir novas nações, teriam as ex-colônias aceitado estabelecer consenso no âmbito da sociedade internacional em favor dos princípios e valores democráticos que até ali lhes haviam negado as respectivas metrópoles dominadoras<sup>55</sup>

<sup>51</sup> A propósito da acanhada alusão a direitos prestacionais na Constituição alemã, Robert Alexy observa que os poucos dispositivos com tal índole “não podem ocultar o fato de que a Constituição, a partir de seu texto e da história de sua elaboração, tem caráter de uma Constituição de um Estado de Direito burguês, precipuamente orientada por direitos de defesa” (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 435).

<sup>52</sup> *Op. cit.*, p. 420. Alexy faz remissão ao precedente BVerfGE 3,58 (158) do Tribunal Constitucional Alemão.

<sup>53</sup> Sobre o tema, María Esther Martínez Quinteiro assinala: “A pesar de que sus enfoques no fueron idénticos, la Constitución de México, de 1917, y de Weimar, en 1919, coincidieron en positivar derechos humanos, reconciliando los derechos civiles de primera generación con los económicos y sociales, todos ellos esta vez concedidos también a las mujeres y convirtiéndolos en derechos fundamentales. Es de hacer notar que tantos estos textos como la Declaración de Derechos del Pueblo Trabajador y Explotado de 1918, redactada por los revolucionarios rusos e incorporada a la nueva Constitución soviética, donde se priorizan los derechos económicos y sociales del proletariado, que no del hombre, contribuirían a difundir la idea de la necesidad y la importancia de los derechos de segunda generación” (C Fragmento na p. 49).

<sup>54</sup> Observa Cabero (*op. cit.*, p. 59): “El cambio en la concepción de la intervención del Estado en el ámbito social y económico que introdujeron las nuevas tendencias del capitalismo en las primeras décadas del siglo XX resultan determinantes en la definición del modelo de Estado y, consiguientemente, de la naturaleza y contenidos del Derecho del Trabajo. El entonces naciente Estado Social y Democrático de Derecho no se limitará a actuar para corregir desajustes concretos, sino que habrá de intervenir por mandato constitucional para garantizar la libertad y la igualdad reales y efectivas y, por ello, el ejercicio por todas las personas de los derechos reconocidos constitucional y legalmente”.

<sup>55</sup> *Op. cit.*, p. 52. No original: Al ratificar mayoritariamente los Pactos Internacionales de Derechos, los Estados miembros de las Naciones Unidas, incluso los excolonizadores que no los habían votado, refrendaban así y legitimaban un proceso de descolonización imparable, en la esperanza de que, al constituir nuevas naciones, aceptarían las excolonias consensuar en el marco de la sociedad internacional los principios y valores democráticos que hasta allí les habían negado sus respectivas metrópolis dominadoras.”. A autora complementa: “La construcción histórica de los derechos humanos, inicialmente gestada en occidente, fue poco a poco ampliada y reajustada para su implementación en la sociedad globalizada a partir de una negociación intercultural e internacional, que mediante el consenso y el pacto convierten el producto final en multicultural. Numerosos convenios y pactos sobre cuestiones de interés

Sem embargo, a internacionalização dos direitos sociais – e do direito ao trabalho digno como uma de suas manifestações – nunca esteve a impedir que as forças políticas hegemônicas, quase sempre alinhadas com o interesse de uma economia livre de travas humanitárias, tentasse conter os seus avanços.

Ao revés, qualquer contingencial crise econômica – normalmente a reduzir empregos e a autonomia negocial dos trabalhadores que arrefecem assim sua exigência de trabalho digno – tem motivado o retrocesso das conquistas emancipatórias. Assinala Cabero que ao menos desde o final da década de oitenta “as teses neoliberais na economia aspiram converter-se no pensamento único que determine a análise do sustento financeiro do Estado Social, que começa então a qualificar-se como insustentável”. O remate é preciso:

Desaparece a predisposição dos grupos com rendas mais altas a contribuir fiscalmente no financiamento do modelo. E se começa a culpabilizar normalmente a legislação laboral e de seguridade social, como já se esgrimiu nos anos setenta, como causas das crises econômicas e da geração de empregos.<sup>56</sup>

E quando não obtêm êxito no plano das ações legislativas ou da experiência jurídica<sup>57</sup>, talvez os agentes econômicos estejam a enfrentar armadilhas que eles próprios encetaram e a endossar assim a visão, quiçá romântica, de Umberto Romagloli:

[...] é certo que em princípio existia a economia capitalista, sem a qual o Direito do Trabalho que conhecemos não haveria penetrado no ordenamento dos Estados liberais. A novidade é, sem embargo, que a economia, se teve a força propulsora necessária para gera-lo e colonizá-lo, não goza mais da hegemonia de antes. Parece haver perdido a força de coação suficiente para submetê-lo a suas exigências e adequá-lo às transformações econômicas na forma, condições e tempo desejados. Dito de outra maneira, fica a impressão de a

---

general o de colectivos concretos se sumaron a los mencionados, siempre en la misma onda y fuente de inspiración. En ellos cristalizan, entreverándose con los derechos de ‘primera generación’ y sus últimas derivas, los de ‘segunda generación’ y las suyas. Completándolos, surgen aún derechos de la ‘tercera generación’, en la que usualmente se incardinan los denominados ‘derechos difusos’ y los calificados –de forma no muy clarificadora desde el punto de vista nominal– de ‘cotidianos’, en realidad ‘concreto’ o concernientes a colectivos específicos, como las mujeres o los niños o los indígenas”.

<sup>56</sup> *Op. cit.*, p. 60.

<sup>57</sup> Sustenta Aldacy Rachid Coutinho: “[...] teme-se que as trincheiras no campo minado da política legislativa já não sejam suficientes, porquanto depende também, e sobretudo, da atuação do Poder Judiciário em sede de Corte Constitucional, espaço de afirmação e controle da ordem constitucional para garantia do não retrocesso. Afinal, o que gravita em torno da ideia da proibição do retrocesso legal está ligada diretamente ao pensamento de um constitucionalismo dirigente [...]”. COUTINHO, Aldacy Rachid. “Retrocesso Social em Tempos de Crise ou Haverá Esperança para o Direito do Trabalho? Uma Análise da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”. *In*: Revista do Tribunal Superior do Trabalho, vol. 83, n. 3, jul/set 2017, pp. 17-58. São Paulo: Lex Magister, 2017.

economia ter hoje que superar as mesmas dificuldades de quem pretende meter de volta o dentífrico no tubo<sup>58</sup>.

De todo modo, o objetivo de engendrar igualdade substancial nas relações assimétricas de trabalho, de maneira a assegurar um patamar mínimo de proteção jurídica a empregados contratualmente débeis, deve estar presente em norma de Direito do Trabalho, sob pena de ela se desnaturar. O imperativo da tutela lhe é imanente. É o que nota, da cátedra de Direito do Trabalho na Universidade de Coimbra, o professor Leal Amado:

O Direito do Trabalho consiste num ordenamento de carácter protetivo e compensador da assimetria típica da relação laboral, desempenhando uma função tuitiva relativamente ao trabalhador assalariado. Não sendo a única, é inegável que a função de tutela do trabalhador assalariado (da sua pessoa e do seu emprego) e de compressão/limitação dos poderes patronais se encontra inscrita no código genético do Direito do Trabalho. A tutela do trabalhador é reclamada, por um lado, pela sua condição de contraente débil, economicamente dependente e juridicamente subordinado (face ao complexo de poderes de que goza o empregador, desde o poder diretivo ao poder disciplinar), por outro pelo facto de este envolver profundamente a sua pessoa na execução do contrato, visto que a força de trabalho inere à própria pessoa do prestador, não podendo ser separada deste<sup>59</sup>.

Não é outra a percepção de Guilherme Dray, professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa:

Trata-se de um dado central e incontornável, reconhecido em diversos quadrantes e geografias. Seja nos países que postulam um Estado Social Máximo, como os países europeus que seguem o modelo escandinavo (Noruega, Suécia, Dinamarca), seja nos países que promovem igualmente um Estado Social para as classes médias, como sejam os países da Europa Continental (Alemanha, França, Bélgica, Luxemburgo), seja nos países que acolhem o Modelo Social Mediterrâneo (Portugal, Espanha, França, Itália), seja nos países anglo-saxónicos que acolhem um Modelo Social Mínimo (Estados Unidos, Reino Unido), apesar das diferenças existentes quanto ao grau de proteção do trabalhador previsto na respectiva legislação laboral, há um dado comum que se repete: o Direito do Trabalho nasceu e se desenvolveu,

---

<sup>58</sup> ROMAGNOLI, Umberto. “Divagaciones Acerca de la Relación entre Economía y Derecho del Trabajo”. In: VV.AA. *Las Transformaciones del Derecho del Trabajo en el Marco de la Constitución Española*. Coordenação de María Emilia Casas Baamonde *et alii*. Madrid: La Ley, 2006, pp. 49-56. Texto, na fonte jurídica, em espanhol: “[...] es cierto que en un principio existía la economía capitalista, sin la cual el Derecho del Trabajo que conocemos no habría penetrado en el ordenamiento de los Estados liberales. La novedad es, sin embargo, que la economía, si ha tenido la fuerza propulsora necesaria para generarlo y colonizarlo, no goza ya de la hegemonía originaria. Parece haber perdido la fuerza de coacción suficiente para someterlo a sus exigencias y adecuarlo a los cambios de la misma en las formas, en las condiciones y en los tiempos deseados. Mejor dicho, de la impresión de tener que superar las mismas dificultades que quienes pretenden volver a meter el dentífrico en el tubo.”

<sup>59</sup> LEAL AMADO, João Carlos Conceição. “A experiência portuguesa e a reforma trabalhista brasileira: algumas notas”. In: *Revista do Tribunal Superior do Trabalho* vol. 83, n. 3, jul/set 2017, pp. 138-159. São Paulo: Lex Magister, 2017.

acima de tudo, com o intuito de reequilibrar uma relação jurídica tendencialmente desequilibrada, tendo em vista a proteção da parte mais fraca<sup>60</sup>.

Ainda que algum ajuste de graduação possa sempre ser concebido no espírito tutelar da norma trabalhista, a eventual inversão do polo protegido pela lei, para então cogitar-se de proteger doravante o tomador dos serviços de suposto *empoderamento* do operariado, importaria a vulneração do compromisso de promover a progressiva tutela de direitos sociais, compromisso que se revela claro na letra do art. 7º da Constituição – em cujo *caput* se inaugura o rol de direitos básicos dos trabalhadores urbanos ou rurais “além de outros visem à melhoria de sua condição social”.

A exigência de progressividade dos direitos econômicos, sociais e culturais está presente, por igual, no art. 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que o Brasil ratificou e está na contingência de cumprir, com os olhos fitos no desenvolvimento de sua gente. Roberto Caldas é enfático:

O princípio da não regressão, que encontra guarida tanto no sistema universal quanto no regional de direitos humanos, significa que quaisquer medidas que restrinjam ou retirem DESCAs (direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais) já assegurados encontram-se em contradição com o princípio da realização progressiva e constituem uma violação desses direitos, a menos que estejam devidamente justificadas e sopesadas em relação à fruição de outros DESCAs<sup>61</sup>.

E se é fato que a hermenêutica convencional e constitucional define o conteúdo da norma jurídica, tomemos de empréstimo a expressão de perplexidade de Aldacy Coutinho em consideração que se espera contingente: não se pode crer “que o neoconstitucionalismo e o ativismo judicial estejam a serviço de uma nova proposta de implementação de um Estado retirante, a ser mantido primordialmente (ou exclusivamente?) enquanto manifestação de um assistencialismo visando à contenção da miserabilidade de uma pobreza absoluta e de sua faceta policial para reprimir a violência real”.<sup>62</sup>

Bem se vê: a prevalecer o desígnio de progressividade que matizam os tratados de Direitos Humanos e a Constituição, as normas que invertam o polo de proteção na relação de emprego ou conspiram contra a prevalência da norma mais favorável estarão sempre a desafiar um esforço exegético mais refinado do que aquelas outras normas atentas à progressividade e à vedação ao retrocesso na proteção aos direitos sociais.

---

<sup>60</sup> DRAY, Guilherme. “Direitos Fundamentais e Retrocesso Social: o sentido do Direito do Trabalho, a experiência portuguesa e o caso brasileiro”. In: Revista do Tribunal Superior do Trabalho, vol. 83, n. 3, jul/set 2017, pp. 82-113. São Paulo: Lex Magister, 2017.

<sup>61</sup> Caldas, *op. cit.*, p. 230.

<sup>62</sup> *Op. cit.*, p. 18.

### *3.2 Igualdade salarial como direito fundamental*

Quando ratificou a Convenção n. 100 da OIT, em 1957, o Brasil assumiu o compromisso de “incentivar e, na medida em que isto é compatível com os ditos métodos, assegurar a aplicação a todos os trabalhadores do princípio de igualdade de remuneração para a mão-de-obra masculina e a mão-de-obra feminina por um trabalho de igual valor”.

A Organização Internacional do Trabalho, em 1998, declarou que “todos os Membros, ainda que não tenham ratificado as convenções aludidas, têm um compromisso derivado do fato de pertencer à Organização de respeitar, promover e tornar realidade, de boa fé e de conformidade com a Constituição, os princípios relativos aos direitos fundamentais que são objeto dessas convenções”, entre elas as Convenções n. 100 e 111 que consagram a “eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação”.

A Convenção n. 100 pôde ser ratificada pelo Brasil pela razão singela de estar em consonância com o art. 461 da CLT que, como regra geral, estatui o direito à isonomia salarial quando há identidade de funções, trabalho de igual valor, mesmo empregador, mesmo estabelecimento (“mesma localidade” até antes da Lei 13.467/2017) e contemporaneidade.

Sem embargo de a “igualdade de remuneração” figurar, como já afirmado, entre os direitos fundamentais reconhecidos pela comunidade jurídica internacional, o Protocolo de San Salvador, no âmbito da Organização dos Estados Americanos, e o seu congênere nas Nações Unidas, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, admitem que o empregador possa instituir plano interno de progressão salarial que assegure “igual oportunidade para todos de serem promovidos, em seu trabalho, à categoria superior que lhes corresponda, sem outras considerações que as de tempo de trabalho e capacidade” (art. 7º, a, ii, c do PIDESC).

O atrelamento aos critérios de antiguidade (“tempo de trabalho”) e mérito (ou “capacidade”) impede que empregados mais antigos submetam-se a exigência de ritmo de trabalho ou grau de especialização incompatíveis com limites fisiológicos ou etários inerentes à condição humana, ou mesmo com a abnegação ao estabelecimento empresarial que costuma impedir empregados mais antigos de obterem a capacitação franqueada a trabalhadores mais jovens.

O tempo de serviço na empresa não deve ser ignorado, ainda que se possibilite conciliá-lo com a análise de mérito que, não temos dúvida, contribui para o melhor desempenho e maior competitividade da empresa, em benefício de todos. O art. 24.1 do Estatuto dos Trabalhadores da Espanha, ilustrativamente, regula o ascenso funcional com os olhos voltados à importância desse critério:

Art. 24. 1. Los ascensos dentro del sistema de clasificación profesional se producirán conforme a lo que se establezca en convenio, o, en su defecto, en

acuerdo colectivo entre la empresa y los representantes de los trabajadores. En todo caso los ascensos se producirán teniendo en cuenta la formación, méritos, antigüedad del trabajador, así como las facultades organizativas del empresario.

A alternância dos critérios de antiguidade e merecimento atende, portanto, a critério universal de isonomia, positivado em normas internacionais que mitigam o direito fundamental à isonomia de salários sem desnaturá-lo. Causa algum desconforto intelectual, portanto, a inserção – pela Lei 13.467/2017 – de mais um parágrafo (§3º) ao art. 461 da CLT para facultar ao empregador a instituição de quadro de carreira que, ao liberá-lo de respeitar o *caput* do citado dispositivo em sua gramaticalidade ou singeleza, autoriza-o a promover empregados apenas por avaliação de mérito, sem a alternância do critério alusivo ao tempo de serviço.

Mormente se a Justiça do Trabalho tem reiterado, nos últimos anos, que ao juiz não cabe imiscuir-se na avaliação de mérito reservada, com exclusividade, ao empregador<sup>63</sup>. Qualquer que seja a exegese a ser atribuída ao novo art. 461, §3º, da CLT, não poderá ela concorrer para que se franqueie ao empregador a faculdade de observar, ou não, o direito fundamental à igualdade de remuneração.

Questão jurídica igualmente vexatória é aquela que concerne à isonomia salarial entre os empregados efetivos e os que são contratados de modo precário, quer pela modalidade da terceirização de serviços, quer por outro meio qualquer de exonerar-se a empresa de sua responsabilidade direta pela remuneração dos trabalhadores a seu serviço.

No plano nacional, o art. 12.a da Lei 6.019/1974 sempre assegurou ao trabalhador temporário “remuneração equivalente à percebida pelos empregados de mesma categoria da

---

<sup>63</sup> RECURSO DE EMBARGOS REGIDO PELA LEI 13.015/2014. CONAB. PROMOÇÃO POR MERECIMENTO CONDICIONADA À DELIBERAÇÃO DA DIRETORIA E À AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO. A SBDI-1 desta Corte, em composição plena, no julgamento do E-RR-51-16.2011.5.24.0007, publicado no DEJT em 9/8/2013, decidiu, consoante voto da maioria de seus integrantes, pela validade do plano de cargos e salários da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (PCS de 1995), ao estabelecer que o direito de seus empregados a progressões horizontais por merecimento condiciona-se à deliberação da diretoria e a avaliações de desempenho. A referida decisão abrange aquelas situações nas quais a empresa esquivou-se de realizar as avaliações ou de deliberar por meio de sua diretoria, sem que se reconheça tratar-se de condição puramente potestativa ou condição maliciosamente obstada pela parte a quem aproveita (artigos 122 e 129 do Código Civil). Entendeu-se configurada condição simplesmente potestativa e, portanto, lícita, uma vez que depende não só da vontade da ECT, mas também do cumprimento de um evento fora de sua alçada (efetiva existência de lucro). Esses fundamentos aplicam-se também ao presente caso, no qual as progressões dependem não apenas de regulamentação específica e avaliação de desempenho como também de recursos financeiros disponíveis, tendo em vista sujeitar-se a CORSAN, na condição de sociedade de economia mista do Estado do Rio Grande do Sul, a regras próprias da Administração Pública. De tal forma, estando a decisão embargada em consonância com a jurisprudência iterativa e atual desta SBDI-1, o conhecimento dos embargos esbarra no óbice do § 2º do artigo 894 da CLT. Recurso de embargos não conhecido (TST, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, E-RR - 846-09.2013.5.04.0104, Relator Ministro Augusto César Leite de Carvalho, Data de Julgamento: 02/06/2016, Data de Publicação: DEJT 10/06/2016).

empresa tomadora ou cliente calculados à base horária, garantida, em qualquer hipótese, a percepção do salário mínimo regional”.

De igual modo, a nova modalidade de trabalho intermitente tem agora a regência do art. 452-A, §12 – acrescido pela Medida Provisória 880/2017 – que garante ao trabalhador salário fixado à razão de hora ou dia que “não será inferior àquele devido aos demais empregados do estabelecimento que exerçam a mesma função”. E o TST, quando se viu às voltas com terceirização disseminada pela administração pública com o objetivo de reduzir o salário de trabalhadores que exerciam, ombro a ombro, a mesma função dos servidores públicos concursados, editou a Orientação Jurisprudencial n. 383 de sua Subseção I de Dissídios Individuais, a enunciar:

A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com ente da Administração Pública, não afastando, contudo, pelo princípio da isonomia, o direito dos empregados terceirizados às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador dos serviços, desde que presente a igualdade de funções. Aplicação analógica do art. 12, “a”, da Lei nº 6.019, de 03.01.1974.

Está a desafiar esforço hermenêutico mais refinado, portanto, o art. 4º-C da Lei 6.019/1974 que faculta ao empresário ou sociedade empresária que promover a subcontratação de trabalhadores a prerrogativa de cumprir, ou não, o postulado da igualdade salarial. Citado dispositivo é claro: “Contratante e contratada poderão estabelecer, se assim entenderem, que os empregados da contratada farão jus a salário equivalente ao pago aos empregados da contratante [...]”.

### ***3.3 Ações afirmativas no âmbito do trabalho – pessoas com deficiência e aprendizes***

Há casos em que a própria ordem jurídica impõe o tratamento desigual, quer pela condição adversa de trabalho, quer para atingir o desígnio constitucional de igualdade substancial mediante a imposição de cotas de emprego. Na primeira hipótese, as normas de direito do trabalho exigem que o empregado a serviço extraordinário, noturno, insalubre ou perigoso, por exemplo, receba um salário-adicional mínimo que compense a adversidade ou o risco inerente ao seu labor, inexistente porventura para outros trabalhadores. Na segunda hipótese, a norma jurídica prescreve ações afirmativas em favor de grupos culturalmente vulnerabilizados, como as pessoas com deficiência e mesmo os trabalhadores aprendizes.

As ações afirmativas, que o mais das vezes se revelam por meio de cotas estabelecidas em favor de segmentos sociais desfavorecidos, justificam-se como medidas compensatórias e de promoção da diversidade. É como dizer: as cotas percentuais compensam a segregação imposta historicamente a determinadas coletividades e consubstanciam o anseio de

promover a inclusão no mundo do trabalho de pessoas com características que não as fazem inaptas à prestação laboral, mas dificultam o reconhecimento e a realização de seus talentos.

Se a propriedade, o contrato e a empresa têm função social, pois assim afirma o direito posto, o ambiente laboral – que resulta da conjugação desses três importantes institutos jurídicos – deve ser um espaço interativo que retrate, tanto quanto possível, a sociedade plural e pretensamente engajada em projetos humanitários que o rodeiam e permitem a sua existência.

Em um primeiro estágio do programa constitucional, o art. 7º, XXXI, da Constituição brasileira proíbe “qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência”, o suficiente para obstar que a deficiência seja adotada como fator de discriminação. Mas reconhece o legislador ordinário que o ato discriminatório é normalmente dissimulado e, por isso, acresce à vedação de discriminar o dever de empregar, nos termos da lei, pessoas com deficiência.

Para tal efeito, o art. 93 da Lei 8.213/1991 dispõe que as empresas com mais de cem empregados estão obrigadas a preencher de dois a cinco por cento<sup>64</sup> de seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência e, para garantir a efetividade dessa norma, o §1º do citado dispositivo prescreve: “A dispensa de pessoa com deficiência ou de beneficiário reabilitado da Previdência Social ao final de contrato por prazo determinado de mais de 90 (noventa) dias e a dispensa imotivada em contrato por prazo indeterminado somente poderão ocorrer após a contratação de outro trabalhador com deficiência ou beneficiário reabilitado da Previdência Social”.

A Justiça do Trabalho tem afirmado a eficácia das cotas de empregabilidade asseguradas às pessoas com deficiência tanto ao exigir que a oferta de vagas não se dê apenas como o cumprimento formal ou puramente cênico da exigência legal, sem o real compromisso de provê-las de modo a atender à expectativa de promover a isonomia substancial, quanto no rigor de não consentir a dispensa de empregado com deficiência em prejuízo – mesmo episódico ou temporário – da cota, ou seja, sem que outra pessoa, com igual ou outra<sup>65</sup> deficiência, seja admitida. Ao ordenar a reintegração do empregado com deficiência que foi despedido nessa circunstância (sem a contratação de outro trabalhador com deficiência que atenda à cota), a jurisprudência não pressupõe estabilidade no emprego, mas sim uma garantia social afinada com a necessidade de viabilizar a concretização do princípio isonômico<sup>66</sup>.

---

<sup>64</sup> 2% por empresas com até 200 empregados; 3% de 201 a 500 empregados; 4% de 501 a 1.000 empregados e 5% de 1.001 empregados em diante.

<sup>65</sup> Antiga celeuma jurisprudencial acerca de o empregado a ser contratado, em substituição àquele que compunha a cota das pessoas com deficiência, dever ter a mesma deficiência desse empregado sucedido parece dissipar-se com a alteração do §1º pela Lei 13.146/2015, pois antes se exigia “a contratação de substituto de condição semelhante” e agora, como se nota no texto acima transcrito, exige-se “a contratação de outro trabalhador com deficiência ou beneficiário reabilitado da Previdência Social”.

<sup>66</sup> Nesse sentido: TST, 1ª Turma, AIRR 381-64.2011.5.15.0071, Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa, DEJT 30/05/2014; TST, 4ª Turma, RR 48700-19.2005.5.12.0019, Rel. Min. Maria de Assis Calsing, DEJT Revista do Observatório de Direitos Humanos do Curso de Direito IESB: Brasília, v.2, n.2, jan./jul., 2017.

Quanto aos aprendizes, o art. 429 da CLT prescreve que os estabelecimentos de qualquer natureza devem contratar aprendizes em número equivalente a cinco por cento, no mínimo, e quinze por cento, no máximo, do seu quadro de empregados. Os aprendizes devem ter entre quatorze e vinte e quatro anos e ser contratados pelo tempo máximo de dois anos, salvo se portadores de deficiência – quando então poderão contratar por mais de dois anos e ter mais de vinte e quatro anos.

A norma promove a inserção da juventude em postos de trabalho e estimula a sua capacitação com o propósito de debelar, sobretudo, as altas taxas de desocupação entre os jovens<sup>67</sup>. O empregador resulta tolhido em sua vontade de deliberar sobre os empregados que pretenda contratar, dado que a lei lhe impõe incluir, entre os que lhe prestam serviço, certa quantidade de trabalhadores que se iniciam em ofício ou profissão e demandam qualificação técnica para tanto.

A intromissão no âmbito volitivo, isto é, na vontade de contratar, remete à concepção de um Estado que se desgarrara da ideologia puramente libertária para assegurar prestações que serviriam ao projeto de igualdade material, como explicam Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado:

No Estado Social de Direito, o valor preponderante passou a ser o da *igualdade*, correspondente não apenas à igualdade formal, mas, sobretudo, à igualdade material, ou seja, as leis deveriam reconhecer materialmente as diferenças, propondo alternativas jurídicas em face da diversidade apresentada.<sup>68</sup>

Não apenas a condição de aprendiz autoriza o trabalho de adolescentes. Por vezes, o trabalho é um meio de promover a formação do menor em outros aspectos da existência que não se exaurem na lógica do capital, escapando ao interesse mercadológico de usufruto simplesmente da energia humana. Tem lugar, nessa hipótese, o “trabalho educativo” que o art. 68, §2º do Estatuto da Criança e do Adolescente define como “a atividade laboral em que as exigências pedagógicas relativas ao desenvolvimento pessoal e social do educando prevalecem sobre o aspecto produtivo”. Desde que assegure ao adolescente “condições de capacitação para o exercício de atividade regular remunerada” (art. 68, caput, do ECA), o trabalho educativo tem também chancela legal.

A proteção dada à criança e ao adolescente não se esgota, porém, na adoção de ações afirmativas que os incluem no mundo do trabalho, pois tão ou mais relevantes são os preceitos

---

06/05/2011; TST, 5ª Turma, RR 193600-77.2008.5.02.0372, Rel. Min. Guilherme Caputo Bastos, DEJT 30/05/2014.

<sup>67</sup> Os dados do IBGE sobre taxa de desocupação são acessíveis em: [ftp://ftp.ibge.gov.br/Trabalho\\_e\\_Rendimento/Pesquisa\\_Mensal\\_de\\_Emprego/fasciculo\\_indicadores\\_ibge/2015/](ftp://ftp.ibge.gov.br/Trabalho_e_Rendimento/Pesquisa_Mensal_de_Emprego/fasciculo_indicadores_ibge/2015/)

<sup>68</sup> DELGADO, Maurício Godinho. DELGADO, Gabriela Neves. Constituição da República e Direitos Fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2012, p. 25.

constitucionais e de lei que impedem os menores de dezesseis anos de trabalhar, salvo na condição de aprendiz. Nesse ponto, o sistema jurídico não é contraditório, como poderia parecer. O princípio reitor é o da proteção integral dos menores, consubstanciando-se essa proteção em dois vértices: o da vedação do trabalho que impede a existência pueril ou compromete a formação do menor em todas as suas possíveis dimensões (formação moral, físico-psíquica, intelectual, cultural etc.) e, doutro lado, a promoção de trabalho qualificado, com a capacitação adequada, para o menor que pode ingressar no mercado de trabalho sem prejuízo das experiências e conhecimentos que só a infância e a adolescência podem oferecer.

#### 4. À guisa de conclusão

A norma jurídica trata igualmente a todos e também promove o trato desigual daqueles que, de modo involuntário ou por qualquer injusta razão, não compartilham as condições de vida que os fariam materialmente iguais, malgrado sejam iguais em dignidade. A igualdade formal se une à igualdade material na perspectiva, assim, de se alcançar, por meio da ordem jurídica, o ideal de uma sociedade justa e solidária.

Há inescandível alinhamento entre as regras de direito social e a evolução dos direitos humanos, sobretudo no que toca à absorção dos direitos prestacionais, impostos ao Estado e aos detentores de poder social, entre os direitos humanos que se constitucionalizaram, convertendo-se em direitos fundamentais.

O Direito do Trabalho serve ao desígnio de promover a igualdade material ou substancial entre os atores da relação de emprego, com forte respaldo e endosso de normas de direito internacional e de matriz constitucional a que devem render-se o legislador, os atores sociais e o juiz.

As alterações no texto da Consolidação das Leis do Trabalho devem ser, como decerto o serão, lidas e aplicadas segundo esse horizonte civilizatório.

#### Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

CÁMARA VILLAR, Gregorio, LÓPEZ AGUILAR, Juan Fernando, BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa, MONTILLA MARTOS, José Antonio. **Manual de Derecho Constitucional**. Volume II. Madrid: Tecnos, 2007.

CARVALHO, Augusto César Leite de. **Direito do Trabalho**: curso e discurso. São Paulo: LTr, 2016.

DALAZEN, João Oreste. **Lições de Direito e Processo do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Maurício Godinho. DELGADO, Gabriela Neves. **Constituição da República e Direitos Fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2012.

GOLD, Michael Evan. **An Introduction to the Law of Employment Discrimination**. Coleção ILR Bulletin n. 68 – Cornell University. Nova York: ILR Press, 2001.

LEAL AMADO, João Carlos Conceição. “NEGOCIADO x LEGISLADO. A experiência portuguesa e a reforma trabalhista brasileira: algumas notas”. In: **Revista do Tribunal Superior do Trabalho** vol. 83, n. 3, jul/set 2017, pp. 138-159. São Paulo: Lex Magister, 2017.

MALLET, Estêvão. **Igualdade e Discriminação no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2013.

MARTÍNEZ QUINTEIRO, María Esther. “El Discurso de los Derechos Humanos en Perspectiva Histórica. El Síndrome de la Torre de Babel”. VV.AAA. Coordenação de María de la Paz Pando Ballesteros et alii. Madrid: Catarata, 2016, pp. 41-59.

MELHADO, Reginaldo. “Trabalhador Pseudossuficiente: o conto do vigário da autonomia da vontade na ‘reforma’ trabalhista”. In: **Reforma trabalhista: visão, compreensão e crítica**. Guilherme Guimarães Feliciano et alii, organizadores. São Paulo: LTr, 2017, pp. 95-106.

MELHADO, Reginaldo. **Poder e Sujeição: os fundamentos da relação de poder entre capital e trabalho e o conceito de subordinação**. São Paulo; LTr, 2003.

PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel-Carlos. **Derecho del Trabajo e Ideología**. Madrid: Editorial Tecnos, 2002.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Dimensiones de la Igualdad**. Madrid: Editorial Dickinson, 2007.

ROMAGNOLI, Umberto. “Divagaciones Acerca de la Relación entre Economía y Derecho del Trabajo”. In: VV.AA. **Las Transformaciones del Derecho del Trabajo en el Marco de la Constitución Española**. Coordenação de María Emilia Casas Baamonde et alii. Madrid: La Ley, 2006, p. 49.

ROMANO MARTINEZ, Pedro. **Direito do Trabalho**. Coimbra: Almedina, 2015.

SANTOS FERNÁNDEZ, María Dolores. **El Contrato de Trabajo como Límite al Poder del Empresario**. Albacete: Bomarzo, 2005.

# A DEFESA DOS DIREITOS SOCIAIS EM PROCESSOS COLETIVOS

*Diogo Palau Flores dos Santos*

Doutor em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo – FADISP; mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP; professor do Curso de Direito do Centro Universitário Instituto de Educação Superior de Brasília – IESB; advogado da União.

59

## **Resumo**

O presente artigo procura estabelecer elementos que propiciem uma correta identificação dos direitos sociais em processos coletivos. Em que pese os avanços teóricos e conceituais dos interesses e direitos coletivos, ainda persiste problemas práticos, que colocam em discussão as razões pelas quais se fundam os conflitos desse tipo, resultando em confusões práticas que tornam inexecutáveis as decisões judiciais. Importa que haja uma revisão crítica dos institutos processuais de forma a permitir primeiramente identificar do ponto de vista prático o direito material em discussão para somente então se precisar os resultados práticos dos direitos coletivos.

**Palavras-chave:** Classificação de Direitos. Processos Coletivos.

## **Abstract**

This paper seeks to establish elements that provide a correct identification of social rights in collective processes. Despite the theoretical and conceptual advances the interests and collective rights, there is still practical problems, which put in discussion the reasons are based conflicts of this kind, practical thoughts results that it does impossible decisions. There must be a critical review of procedural institutes to enable first identify the practical point of view the right stuff under discussion for only so if you need the practical results of collective rights.

**Key-words:** Classification of Rights . Collective processes.

Sumário: I. Introdução. II. Revisão crítica dos institutos processuais: afinal para que serve o direito processual? III – Revisão crítica da classificação dos direitos em processos coletivos. IV – Em busca de um lugar seguro: tentativa de sistematização para a realização dos direitos sociais. V – Referências.

## **I – Introdução**

Hodiernamente é relativamente incontroverso que se deva dar um tratamento coletivo para tipos de conflito que suscitem discussões judiciais. Já há bastante tempo que se percebeu que o processo civil “clássico” (expressão aqui utilizada para se referir à normatização desenvolvida basicamente com e a partir do Código de Processo Civil de 1973) não poderia servir de base para o tratamento de demandas que ultrapassam os interesses das pessoas individualmente consideradas.

Os “práticos do Direito” (expressão aqui utilizada para referir todos aqueles que trabalham com a aplicação de normas jurídicas para a solução de conflitos) já haviam percebido que os conceitos tradicionais da propalada “Teoria Geral do Processo” não encontravam suporte na realidade das demandas; a denominada “trilogia fundamental do processo”, que envolve o estudo da “ação”, “jurisdição” e “processo”, evidenciavam não garantir ao jurisdicionado que o direito vindicado fosse de fato efetivado e realizado por intermédio do Estado-Juiz.

Deve-se considerar que os práticos do Direito nem sempre possuíam essa percepção de forma nítida, considerando que se mantinha um nível de atuação cotidiana ainda com elementos das pressuposições acadêmicas acima referidas, onde de regra se buscava conciliar o processo civil clássico com as demandas que ultrapassavam os direitos individualmente considerados. Não havia espaço para uma abertura teórica dentro de um ambiente prático, porquanto o risco inexorável era exatamente o prejuízo da parte em juízo.

Da mesma forma, paralelamente a esse fenômeno (no sentido etimológico do termo, de *fai nomenon*, “algo que se apresenta”) é que surgem as discussões acadêmicas, não exatamente coincidentes temporalmente, mas que podem ser identificadas dentro de um mesmo corte de abordagem temática, qual seja a judicialização de demandas transindividuais. Nesse ponto é que entram as concepções desenvolvidas pelos “teóricos do Direito” para analisar as demandas que se apresentavam no sentido de solucionar conflitos de interesses que não poderiam ser identificados *a priori* ou que, embora o pudessem, não se poderia precisar com exatidão a extensão dos direitos adjacentes.

A dupla abordagem do fenômeno (prática e teórica) desencadeou resultados úteis à sociedade, como a edição da Lei da Ação Popular (Brasil, Lei 4.717, 1965), Lei da Ação Civil Pública (Brasil, Lei 7.34, 1985), Código do Consumidor (Brasil, Lei 8.078, 1990), Lei da Improbidade Administrativa (Brasil, Lei 8.429, 1992), Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069, 1990), Lei da Pessoa Portadora de Deficiência (Brasil, Lei 7.853, 1989), Lei Protetiva dos Investidores do Mercado de Valores Mobiliários (Brasil, Lei 7.913, 1989) e Lei de Prevenção e Repressão às Infrações contra a Ordem Econômica - Antitruste (Brasil, Lei 8.884, 1994, hoje revogada pela Lei 12.529, 2011), que passaram a formar um propalado “sistema” de proteção coletiva de direitos. Entretanto, deve-se ressaltar que o ápice legislativo sem dúvida fora com o Código do Consumidor, principalmente ao enumerar as espécies de direitos em difusos, coletivos e individuais

homogêneos (art. 81, parágrafo único). Contudo, a perspectiva de se analisar o objeto com as perspectivas da Teoria Geral do Processo que encontra esteio no processo civil clássico acarretou numa aparente contradição de institutos jurídicos sem uma realização sensível dos direitos em discussão.

Com efeito, tornou-se lugar comum se criticar ou delimitar em que nível os institutos da legitimação, representação, efeitos e extensão da coisa julgada poderiam ser aplicados aos processos transindividuais. Uma das principais discussões seriam os problemas adjacentes de litispendência, porquanto já se consagrara como um postulado de que não haveria que se considerar que uma demanda individual seria igual a uma demanda coletiva. Um exemplo hipotético poderia bem ilustrar a problemática: um sindicato X de uma determinada categoria profissional de servidores públicos Y propõe uma demanda em face da União; paralelamente um servidor Z da mesma categoria profissional Y propõe uma demanda com os mesmos pedidos também em face da União. Nesse caso hipotético, trabalhando com os conceitos na forma clássica não haveria litispendência (art. 337, §1º, CPC/2015), porquanto as partes formalmente consideradas não são as mesmas; da mesma forma, não haveria litispendência, pois não haveria a ocorrência dessa situação em caso de comparação de processos coletivos e processos individuais (art. 104, CDC).

Em que pese o resultado teórico dessa abordagem seja bastante útil para a condução dos processos, uma vez que traduz um direcionamento bastante objetivo de como os tribunais devem agir, cria um problema prático de ordem substancial no caso de procedência dos pedidos em ambos processos, qual seja eventual pagamento em duplicidade pela União ao servidor Z, visto que os dois processos teriam o seguimento não obstaculizado. Nessa situação, poder-se-ia admitir que o servidor Z poderia inclusive escolher a melhor situação processual de acordo com os seus interesses, abrindo mão de um título executivo. Essa seria uma hipótese de se evitar constrangimentos práticos, mas que ainda precisaria passar pelo crivo de um refinamento da essência da defesa coletiva de direitos, conforme se pretende fazer neste trabalho.

Seja como for, é corrente na doutrina se analisar a situação processual de acordo com o resultado final do processo, sintetizada na expressão *secundum eventum litis*, que significa afirmar que, em caso de procedência dos pedidos haverá coisa julgada, sendo o comando do dispositivo imutável e *erga omnes*, ou seja, independentemente de terem participado formalmente da relação processual. Entretanto, em caso de improcedência

dos pedidos, tem-se que analisar uma outra particularidade: a sentença de improcedência ocorrera por falta de provas, não haverá coisa julgada, já se for por outro motivo que não a falta de provas, haverá a coisa julgada. No primeiro caso (falta de provas), outra ação civil poderia ser proposta, desde que fundada em novas provas. Pois bem, nesse cenário, no exemplo referido acima, se há uma decisão judicial na demanda proposta pelo sindicato X julgando improcedente os pedidos e uma decisão favorável na demanda ajuizada por Z, qual deveria prevalecer?

Em que pese haja elementos dogmático-epistêmicos (conforme se voltará a referir mais a frente) que procurem resolver o cenário acima, por exemplo, no sentido de que o pressuposto da existência de um processo coletivo é proteger os direitos e não impedir o seu exercício e que por essa razão deveria prevalecer a decisão individual, a situação não é tão simples de se revolver como se apresenta, porquanto haveria de fato uma decisão desfavorável para toda uma categoria, uma contradição entre duas coisas julgadas, que a Teoria Geral ainda não resolvera.

É bem verdade que há sérias controvérsias na doutrina sobre esse segundo problema (coexistência de coisas julgadas antagônicas), contudo, este não é o cerne do presente trabalho, mas sim, procurar revisitar de forma crítica a proteção coletiva de direitos de forma que haja uma adequada resposta prática.

## **II – Revisão crítica dos institutos processuais: afinal para que serve o direito processual?**

A propalada Teoria Geral do processo representa uma tentativa de teorização e classificação de conceitos e institutos que seriam aplicáveis e utilizáveis de forma geral e abstrata em qualquer ordenamento jurídico. Evidencia-se, assim, uma concepção pretensamente científica que procura enunciar conceitos relacionados à função do Estado em solucionar conflitos coercitivamente.

Nesse sentido, esclarecem Henrique Araújo Costa e Alexandre Araújo Costa (2011):

Inspirados na Jurisprudência dos Conceitos germânica (também chamada de Escola Pandectística), os processualistas tipicamente partem do pressuposto de que a análise do direito positivo permite a identificação das categorias fundamentais do processo e que, uma vez devidamente esclarecidos esses conceitos, eles podem ser recompostos na forma de um sistema unitário e coerente de conhecimentos.

Essa tendência à abstração universalizante se mostra especialmente forte no cuidado com que os juristas constroem definições rigorosas e estabelecem largos debates sobre os limites dessas conceituações, gerando uma infundável seqüência de taxonomias: pressupostos processuais, condições da ação, tipos de sentenças, modalidades de provimentos judiciais etc. Nesses debates, não se busca apenas uma classificação dos elementos presentes em um direito positivo, mas a elaboração de categorias abstratas que deveriam orientar os legisladores na elaboração das leis processuais e os juízes no processo de aplicação. Assim, o discurso processual nunca se constituiu como uma mera explicação do direito vigente, pois ele sempre esteve envolvido na busca de parâmetros para o exercício adequado da legislação e da jurisdição.

Revela notar que os teóricos do direito processual utilizam os conceitos categorizados para o fim de analisar ou inspirar as reformas legislativas, num propósito nitidamente cientificizante, portanto, com pretensão de validade, para o fim de direcionar o acerto ou desacerto da empreitada normativa:

Um reflexo dessa perspectiva é o fato de que os processualistas avaliam a qualidade das leis que reformam o sistema processual tomando como parâmetro a medida em que elas se amoldam ao quadro conceitual dominante, o que permite classificá-las como técnicas ou atécnicas. Curiosamente, é nesse enfoque prescritivo que se costuma identificar o caráter científico da teoria processual, pois essas concepções se apresentam como científicas na medida em que conformam um discurso dogmático prescritivo baseado na sistematização de certas categorias às quais se atribui uma validade universal, em virtude de seu pretense caráter racional.

As principais categorias que constituem esses sistemas conceituais são aquelas que integram a chamada trilogia estrutural: ação, jurisdição e processo. Mas várias outras categorias teóricas entram no mesmo espaço: lide, conflito e interesse, por exemplo. Entende-se que essas categorias não são determinadas pela experiência histórica, mas que elas mantêm uma forma definida ao longo da história. Portanto, os direitos positivos não as alteram, limitando-se a regular os modos de sua concretização em cada contexto social.

Aqui, é evidente a influência do platonismo, que busca uma ciência das formas ideais, que permanecem na base da experiência, mesmo que os conteúdos sejam definidos por decisões políticas circunstanciais. Também é marcante a influência da perspectiva more geométrico de pensadores como Espinosa e Leibniz, que inspiram a posição formalista e sistemática dos pandectistas alemães, que tratam os conceitos como elementos independentes da realidade social em que afloram. O puro conceito, como os conceitos matemáticos, transcende a realidade em que ele é captado e constitui um elemento cuja permanência possibilitaria um conhecimento científico do direito. (COSTA e COSTA, 2011)

A percepção de uma tentativa de cientificização de institutos processuais é também encontrada de forma geral nos sistemas de *civil law* através de seu desenvolvimento histórico de processos de codificação de normas jurídicas, porquanto, haveria um esforço de tornar textualmente normativo o que se desenvolvia na prática de solução de conflitos.

Exemplo dessa constatação é o ocorrer com o Direito Civil, conforme se verifica na argumentação de Ricardo Manuel Rojas ao analisar a influência da criação da ordem espontânea no Direito, com os problemas advindos do processo de codificação, porquanto se tiraria a essência da razoabilidade de se criar a norma no caso concreto:

Originalmente, el derecho romano tuvo una evolución similar a la del common law anglosajón, desarrollada a partir de la solución de conflictos concretos por parte de los pretores, con el asesoramiento de los expertos em derecho. Esta tradición fue compilada y codificada por orden del emperador Justiniano em 533, incluyendo tópicos como el derecho de las personas, familia, sucesiones, propiedad, responsabilidad por daños, enriquecimiento ilícito y contratos. La mayoría de los códigos civiles sancionados a partir del siglo XVIII trataron sustancialmente los mismo temas, y todos ellos fueron incluidos em lo que se dio em llamar el “derecho civil” (ROJAS, 2004, p. 84)

64

Ressalte-se que é a partir da inspiração das correntes filosóficas iluministas e racionalistas, surgiu o positivismo jurídico, mitigando hipóteses que deveriam ser propiciados pela interpretação a ser realizada de forma racional em cada situação de conflito:

Esta concepción respecto de los Códigos tuvo como consecuencia necesaria al llamado “positivismo jurídico”, nacido em la convicción de que, al encarnar los códigos la totalidad de la sabiduría jurídica susceptible de ser alcanzada mediante la razón, constituían una normatividad intrínsecamente perfecta y justa; por primera vez em la historia, razón y legislación positiva coincidían. Por ello se pretendía a toda costa evitar que mediante la interpretación de los textos legales se alterara esse desiderátum de perfección racional jurídica; de allí la conocida frase de Napoleón acerca de que toda interpretación a su código era ‘susceptible de ideología subversiva y principio de anarquía’ (ROJAS, 2004, p. 97)

Pode-se afirmar que havia no processo de codificação uma abordagem pragmática de se encontrar soluções preestabelecidas para casos de conflitos considerando a experiência romanista; uma solução prática que fora utilizada para resolver um determinado caso passara a ser uma regra generalizante para casos futuros. Em que pese se possa identificar os problemas dessa empreitada, era o que se tinha como inspirador das correntes do início do século XIX, no sentido de se tentar construir uma ciência jurídica, apta a estabelecer categorias ideais e pretensamente universais:

Tratava-se de um momento em que somente era reconhecida a cientificidade de conhecimentos que tratassem de objetos imutáveis, como as leis da física, da química e da biologia. Fora disso, haveria arte, haveria técnica, mas não haveria ciência propriamente dita. Por isso mesmo é que a chamada ciência do

processo tem origem em uma tentativa de “absolutizar as instituições processuais, desligando-as de seus compromissos históricos”. Essa perspectiva introduz no pensamento jurídico uma intensa busca por formalização, já que a forma seria o elemento permanente e universal dos objetos empíricos.

Nesse quadro, as múltiplas contingências do processo histórico somente se mostram inteligíveis na medida em que elas são apreendidas por meio das formas que estruturam a realidade. Assim como a química era uma ciência analítica que decompunha a matéria em elementos mais simples para compreender as suas relações, a ciência jurídica deveria decompor o direito em seus elementos constitutivos (os conceitos), com o objetivo de identificar os elementos fundamentais que estruturam a forma da realidade. Esse projeto gerou uma profunda revisão dos conceitos jurídicos, que adquiriram um patamar até então desconhecido de rigor e precisão.

Atualmente, tendemos a compreender que isso foi uma mudança no próprio discurso jurídico, que passou a ser mais rigoroso e sistemático. Naquele momento, porém, os juristas consideravam que estavam descobrindo os conceitos fundantes, desvendando a estrutura formal do direito e desenvolvendo sistemas de conhecimento que refletiriam a própria sistematicidade do mundo. A veracidade das proposições jurídicas era apresentada como uma decorrência do rigor na definição das categorias teóricas, que deveriam ser válidas de maneira universal, em virtude de seu caráter formal. Por se tratar de conceitos racionais percebidos pela razão, poderíamos pressupor que eles se encontram concatenados em um sistema coerente de princípios. Com isso, seguiríamos a intuição sistêmica de Hegel, para quem tudo que é racional é real, de tal modo que, se um conceito é racionalmente necessário para explicar uma realidade, então ele deve ser reconhecido como uma explicação real do mundo. (COSTA e COSTA, 2011)

Voltando à reflexão sobre os institutos processuais, um exemplo característico da percepção de uma categoria ideal é a próprio conceito de ação, que seria abstrata, distanciando-se do direito material, especialmente após os estudos de Oscar Von Bülow: para explicar a atuação jurisdicional nos casos paradoxais de não acolhimento dos pedidos havia que se explicar a existência de uma outra relação jurídica diversa da de direito material, nesse ponto entra em cena a relação jurídica processual.

Interessa notar que essa perspectiva vai ao encontro justamente da abordagem científica do direito, que estava a emergir com o positivismo, que atualmente se encontra em declínio.

A questão fundamental que se coloca para o presente trabalho se resume a considerar que as categorias e institutos processuais desenvolvidos pelos teóricos do direito acabam por amarrar saídas para soluções práticas da vida real. Essa é razão pela qual se tem debates sobre aspectos relacionados aos pressupostos teóricos do direito processual clássico que não deveriam servir de base para demandas coletivas. Contudo, ao se colocar esse aspecto em discussão, que de fato representa uma solução no sentido de se abandonar algumas categorias ideias, em verdade acaba por criar outras também abstratas que não resolvem os problemas do cotidiano de solução de conflitos. O exemplo

referido acima é bastante em si: há ou não litispendência entre uma ação coletiva e ação individual? Perceba-se que a idealização de uma saída prática como o enunciado de que “não há litispendência entre uma ação coletiva e uma ação individual” parte de uma idealização diversa da que fundamentara a essência do conceito de litispendência (de lide em curso; lide pendente); rompe-se com o conceito abstrato como um mecanismo de manutenção da abstração. Contudo, a questão central é colocada ao inverso, pois o problema persiste: alguém pode receber duas vezes pelo mesmo direito? Alguém pode ser beneficiado em uma demanda sendo que em outra o seu direito fora negado?

Portanto, não é com a simples definição prévia da categoria jurídica do instituto processual que se poderá resolver os problemas práticos de solução de conflitos, conforme se demonstra mais à frente ao se abordar a classificação legal de direitos em processos coletivos.

Com efeito, o cerne de que se deve revestir a atenção dos teóricos do direito é em que medida os estudos do direito processual podem servir de utilidade para a resolução de conflitos na sociedade; deve-se considerar que a estrutura normativa de um sistema jurídico não é algo em si, mas que deve servir de base para a facilitação do cotidiano, criando mecanismos de estabilização de expectativas na sociedade.

Nesse aspecto, o direito processual civil entra em cena como um instrumento de que se vale o sistema jurídico em sentido amplo como um mecanismo de garantir a aplicação desse mesmo sistema; não é por outra razão que ganhara relevo as perspectivas de instrumentalidade do processo, da tutela jurisdicional diferenciada ou do propalado “princípio” de primazia de resolução do mérito que teria sido incorporado pelo novo Código de Processo Civil.

Ainda nesse enfoque, os institutos de direito processual não poderiam ser previamente categorizados para o fim de se chegar a uma conclusão, numa linha argumentativa eminentemente cartesiana, mas sim, de se perceber a correta identificação do problema de modo a se permitir uma também adequada solução dos conflitos na sociedade.

Obviamente que há que se considerar igualmente as disposições normativas de acordo com historicidade de suas pressuposições, porquanto não haveria como se admitir um regramento de procedimento casuístico para demandas aleatoriamente, porquanto isso revelaria uma forma velada de arbítrio estatal, que colocaria em xeque o próprio sistema jurídico como um todo. Com efeito, se as disposições normativas processuais têm por

escopo a aplicação de normas de conduta na esfera cotidiana de uma sociedade, qualquer hipótese que propiciasse um alargamento demasiado das condições de sua aplicação poderia ser razão suficiente para o aniquilamento de todo o sistema normativo: há que se ter uma integridade histórico-conceitual de modo a se preservar a mesma integridade histórico-conceitual das normas a se aplicar a uma dada situação social.

Portanto, há uma tensão imanente entre o reconhecimento de dada realidade, que não deve pressupor aprioristicamente uma categorização prévia de um instituto processual, e a consideração de que como se interpreta ordinariamente o eventual conflito posto em consideração. Essa tensão possui relevância na medida em que procura fundir em uma mesma abordagem a integridade da norma jurídica e a correta interpretação do problema na realidade, funcionando de forma indireta como condição de possibilidade para estabilização de expectativas na sociedade.

Lançadas essas considerações, importa analisar as categorizações feitas hodiernamente para a solução de conflitos em demandas coletivas, que se passa a fazer no tópico seguinte.

### **III – Revisão crítica da classificação dos direitos em processos coletivos**

Conforme acima exposto, não seria a categorização prévia do instituto jurídico a forma correta para a solução do problema, mas sim a identificação correta do fato na realidade para identificação da situação jurídica; de regra, não é o direito que molda o fato, mas sim este que identifica os contornos da norma a aplicar.

Contudo, a título de advertência, deve-se considerar que o direito pode funcionar como elemento influenciador dos fatos, essa foi a razão pela qual se utilizou a expressão acima “de regra”. Essa característica ocorre quando, a depender das condições que se apresentam o problema fático, acaba por exigir do intérprete uma modificação hermenêutica do que até então se considerava na prática; essa hipótese possui o condão de influir em situações fáticas futuras, contudo, posteriormente sempre haverá um fato que será levado em consideração para se aplicar uma norma jurídica, confirmando-se, assim, a regra de que o fato precede à norma.

Considere-se, ainda, um segundo ponto (advertência da advertência): mesmo nas hipóteses de alteração fática pelo direito, primordialmente leva-se em consideração a historicidade, ou seja, não se poderia ignorar arbitrariamente o conteúdo semântico

adquirido pelo acúmulo normativo herdado das diversas situações em que se aplicara a norma jurídica em fatos semelhantes. Caso isso fosse permitido, haveria um rompimento epistemológico do problema, porquanto negaria em essência a própria aplicação do Direito, com severas consequências práticas, como a desconsideração do regime democrático e o Estado de Direito.

Voltando à pressuposição lançada neste trabalho (fatos *a priori*, direito *a posteriori*), não seria adequado primeiramente se identificar a classificação dos direitos em juízo para o fim de delimitação da controvérsia.

A título de problematização, considere-se a distinção que a doutrina faz entre interesse público primário e secundário:

Renato Alessi faz a seguinte distinção: o interesse público, visto substancialmente como o bem geral, pode ser referido como: interesse público primário; por sua vez. O modo pelo qual os órgãos da Administração vêem o interesse público, pode ser chamado de interesse público secundário. Ora, nem sempre um e outro são uma só e mesma coisa.

Poderia, aparentemente, causar espécie que o interesse público, visto pelos órgãos da Administração, possa não coincidir com o efetivo interesse da comunidade. Seria, entretanto, mera ficção supor que o contrário sempre ocorresse. A construção de uma hidrelétrica, de uma usina atômica ou de um aeroporto em lugar menos propício; um conjunto de medidas de natureza econômica; a declaração de guerra entre países - nem sempre tais decisões significarão, necessariamente, o melhor para a comunidade, até mesmo quando aja de boa-fé o administrador. Tanto assim que, não raro, os governantes que se sucedem reconsideraram decisões, revêem planos, abandonam projetos encetados: o próprio povo freqüentemente rejeita nas urnas as linhas de recente atuação governamental. (MAZZILLI, 2011, p. 1211)

Essa citação é tranquilamente aceita no sentido de separar o interesse patrimonial do Estado com o interesse da coletividade, contudo, a análise deve ser melhor empreitada. Com efeito, tome-se o exemplo da construção de uma usina hidrelétrica, adotando-se como referência a citação acima. Não é pelo fato que haja grupos que são contra a construção de uma usina hidrelétrica pelo Estado que se pode dizer que existe uma diferenciação entre interesses públicos; o que se pode dizer é que há conflito de interesses, somente e sem qualificação de ser público ou individual. Contudo, a partir do momento em que esses interesses entram em esfera de colisão por intermédio de correntes interpretativas é que se passa a ter a tensão entre elas, mas o próprio Direito adotará ou criará uma interpretação para solução do conflito. E essa solução será feita pelo Estado, por intermédio de sua função jurisdicional.

Perceba-se que a discussão judicial a ser travada judicialmente pode ser feita em face do Estado: *a)* por um grupo de pessoas, *b)* por um indivíduo apenas ou *c)* por um órgão do próprio Estado, como o Ministério Público. Seria tranquilamente admissível que, caso a ação judicial contra a construção da usina hidrelétrica tivesse sido proposta pelo grupo de pessoas, como uma associação que visa a proteção ambiental, ou pelo Ministério Público, a demanda em questão seria tratada como se de interesse público fosse, portanto coletiva. Contudo, na hipótese de um só indivíduo a postular em juízo a paralização da obra, cria-se um complicador para o tratamento coletivo do caso. A dúvida poderia ser suplantada caso o instrumento de questionamento judicial fosse uma ação popular, considerando sua inclusão no microsistema de processo coletivo. Ocorre que referida situação não responderia ao problema principal, porquanto se resolve o tratamento coletivo pela forma – mecanismo utilizado pela parte para o processo judicial – e não pelo seu conteúdo.

Com efeito, ao se denominar de um processo que envolva e mereça o tratamento como coletivo pela simples razão da via eleita – no exemplo, a ação popular – acaba-se por confundir o continente com o conteúdo: busca-se uma solução formal para o tratamento material. Ora, considerando a pressuposição aqui lançada (fatos *a priori*, direito *a posteriori*), não seria razoável essa conclusão; impõe-se outro tipo de investigação que não o simples tratamento do processo pela via eleita pela parte.

Perceba-se que aqui se problematizou pela perspectiva da propositura da demanda pelo indivíduo (item *b)* acima), mas a situação pode ser a mesma nos outros casos (itens *a)* e *c)* referidos acima), mas sob o enfoque inverso: uma ação civil pública proposta por uma associação ou pelo Ministério Público possuiria sempre o designativo de processo coletivo?

A jurisprudência responde negativamente a essa questão, quando se tornar evidente que o caso em questão atinge esferas de interesses eminentemente individuais:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RECURSO ESPECIAL. ARTIGO 535 DO CPC. VIOLAÇÃO NÃO CONFIGURADA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. DEFESA DE INTERESSES PREDOMINANTEMENTE INDIVIDUAIS. INEXISTÊNCIA DE INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. ILEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. Não há violação ao artigo 535 do CPC quando a Corte de origem aprecia a questão de maneira fundamentada, apenas não adotando a tese do recorrente. 2. O descumprimento das exigências contidas nos artigos 541, parágrafo único, do CPC e 255, § 1º e 2º, do RISTJ impede o conhecimento do recurso especial pela alínea "c" do permissivo constitucional. 3. **O Ministério Público não tem**

**legitimidade ativa para propor ação civil pública na qual busca a suposta defesa de um pequeno grupo de pessoas - no caso, dos associados de um clube, numa óptica predominantemente individual. 4. A proteção a um grupo isolado de pessoas, ainda que consumidores, não se confunde com a defesa coletiva de seus interesses. Esta, ao contrário da primeira, é sempre impessoal e tem como objetivo beneficiar a sociedade em sentido amplo. Desse modo, não se aplica à hipótese o disposto nos artigos 81 e 82, I, do CDC. 5. No caso, descabe cogitar, até mesmo, de interesses individuais homogêneos, isso porque a pleiteada proclamação da nulidade beneficiaria esse pequeno grupo de associados de maneira igual. Além disso, para a proteção dos interesses individuais homogêneos, seria imprescindível a relevância social, o que não está configurada na espécie. 6. Recurso especial provido (Brasil, Superior Tribunal de Justiça, 2011a) (grifou-se)**

Embora o cerne do julgado acima se refira à ilegitimidade do Ministério Público, a conclusão é pela impossibilidade de discussão judicial pela via da ação civil pública por não haver afetação à sociedade de forma geral. Interessa relevar, nesse aspecto, que o julgado também exige a característica da “impessoalidade” para a configuração do tratamento coletivo ao caso. “Impessoal” seria aquilo que não se refere exatamente a alguém em concreto, que não é “pessoalizado”, mais próximo de uma indeterminação ou pela perspectiva mais abstrata que concreta. Isso não significa que a discussão judicial seja apenas teórica, mas que haja uma probabilidade real de se atingir um número de pessoas considerável ou indeterminável.

Contudo, poder-se-ia questionar, nesse sentido, se seria possível a discussão sobre a perspectiva coletiva quando se torna evidente que somente uma pessoa seria atingida no processo judicial. Veja-se, a título de problematização, o seguinte julgado:

**PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. GARANTIA CONSTITUCIONAL À SAÚDE. DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL. 1. Hipótese em que o Tribunal extinguiu, sem resolução do mérito, por ilegitimidade ativa ad causam, Ação Civil Pública em que o Ministério Público buscava o fornecimento de tratamento médico para pessoa determinada. 2. O art. 127 da Constituição da República e a legislação federal que trata das atribuições do Ministério Público o autorizam a agir em **defesa de interesses individuais indisponíveis, nos quais se insere o direito constitucional à vida e à saúde. Precedentes do STJ. 3. Na tutela do direito à vida e à saúde, o Parquet possui legitimidade ativa ad causam para propor Ação Civil Pública, ainda que a demanda beneficie, in concreto, pessoa determinada. 4. Não se cuida de legitimidade em razão de incapacidade ou hipossuficiência do sujeito diretamente interessado, mas de indisponibilidade do direito à saúde de modo geral e do interesse social em que seja garantida assistência a todos os que dela necessitem, o que se mostra plenamente compatível com a finalidade institucional do Ministério Público. 5. Recurso Especial provido. (Brasil, Superior Tribunal de Justiça, 2011b) (grifou-se)****

Portanto, podem haver processos em que o direito em questão envolva tema de tal repercussão para a sociedade, notadamente pela caracterização do próprio direito enquanto valorado juridicamente, que a demanda passa a ser coletiva. O direito discutido em juízo possui tamanha repercussão que pode acarretar em diversos tipos de interpretações futuras, com impactos na sociedade na forma de aplicação daquele direito. Veja, que no julgado acima referido, a discussão seria pelo direito à saúde que, embora no caso concreto tenha somente uma pessoa em risco, a forma como Estado soluciona o conflito passa a ter uma dimensão extraprocessual, portanto, em conclusão, de interesse de toda sociedade, por conseguinte, coletiva.

Assim, pode-se afirmar que a relevância dos interesses em conflito representaria o designativo de “coletivo” sempre que de alguma forma afetar a sociedade. No exemplo da usina hidrelétrica, a política pública de geração de energia para atender ao interesse da população entraria em conflito, por exemplo, com o interesse de outro grupo populacional ribeirinho. Dada relevância da discussão, o interesse para a sociedade passa a ser de todos, porquanto haverá a necessidade do Estado de decidir entre a concretização de uma política pública ou de garantir os direitos de um grupo. Assim, por duas razões principais há o interesse público presente (portanto, deve ser coletivo): 1º) a política pública seria de geração de energia para toda a população, e caso se decida pela sua não realização, afetará o interesse de todos os membros da sociedade; e 2º) o direito da população ribeirinha em garantir o seu sustento pelo rio onde vai ser construída a usina, que pode ser afetado consideravelmente por ocasião da realização do empreendimento, quiçá até aniquilado esse direito. Perceba-se que a relevância poderia ser ainda mais problematizada se no exemplo fossem aglutinadas variáveis ambientais, conforme acima já se assinalou, mas por aquelas duas razões já se poderia perceber se tratar de um processo que lida com o interesse público.

Portanto, embora se possa teoricamente estabelecer uma distinção entre interesse individual e público, na verdade somente o caso concreto pode atestar essa diferenciação, não se podendo afirmar somente com a subsunção do art. 81 Código de Defesa do Consumidor.

Ademais, embora haja delimitação também a respeito da diferenciação entre os interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, a prática revela muita confusão, levando o judiciário a tratar não raras vezes como sinônimas em seus efeitos.

Aduz-se com frequência, com base no Código de Defesa do Consumidor, que pelo fato de algumas situações atingirem os interesses de uma categoria determinada ou determinável de pessoas e outras um número indeterminado de indivíduos para o fim de delimitar o direito em questão. Entender-se-ia como difuso os direitos se os titulares forem indeterminados (como o meio ambiente), como coletivos um grupo determinado ou determinável (como os consumidores de um produto), e direitos individuais homogêneos que decorreriam de uma origem comum.

Explica a doutrina:

O que determina a classificação de um direito como difuso, coletivo, individual puro ou individual homogêneo é o tipo de tutela jurisdicional que se pretende quando se propõe a competente ação judicial. Ou seja, o tipo de pretensão que se deduz em juízo. O mesmo fato pode dar ensejo à pretensão difusa, coletiva e individual. O acidente com o Bateau Mouche IV, que teve lugar no Rio de Janeiro no final de 1988, poderia abrir oportunidade para a propositura de ação individual por uma das vítimas do evento pelos prejuízos que sofreu (direito individual), ação de indenização em favor de todas as vítimas ajuizada por entidade associativa (direito individual homogêneo), ação de obrigação de fazer movida por associação das empresas de turismo que têm interesse na manutenção da boa imagem desse setor na economia (direito coletivo), bem como ação ajuizada pelo Ministério Público, em favor da vida e segurança das pessoas, para que seja interditada a embarcação a fim de se evitarem novos acidentes (direito difuso). Em suma, o tipo de pretensão é que classifica um direito ou interesse como difuso, coletivo ou individual (NERY JUNIOR, 1997, pp. 114-115)

Contudo, o fato é que na prática a discussão para essa delimitação é, por vezes, tormentosa, e a técnica da subsunção do fato à norma não se torna eficaz.

Em sentido semelhante a essa observação crítica já se pontuou:

A razão prática acima referida pode ser diagnosticada com um exemplo. O caso recente que discutia a legalidade do Exame Nacional do Ensino Médio - ENEM aplicado em 2011 revela o que se está aqui a problematizar. Decisões proferidas pela Justiça Federal do Rio de Janeiro, Ceará e Pernambuco em desfavor União, todas questionando o ENEM, possuíam pontos de contradição que não poderiam ser no plano fático cumpridas, mas que, a prevalecer a redação do Projeto, possuiriam eficácia nacional. Não se está aqui a defender a inaplicabilidade do dispositivo do Projeto (muito pelo contrário, como se verá mais adiante), mas sim procurar demonstrar que mesmo em se tratando de direitos coletivos *stricto sensu* pode haver confusão na prática com os direitos individuais no tocante ao cumprimento da decisão, considerando o critério do alcance subjetivo da coisa julgada *secundum eventum litis*, sem falar do problema prático de se procurar separar no plano concreto os direitos difusos dos coletivos *stricto sensu* ou dos individuais homogêneos (e neste caso, o exemplo do acidente do Bateau Mouche IV não serve mais) (SANTOS, 2012, pp. 204-205)

Essa complexidade real acarreta em tratamento uniforme por parte das decisões judiciais dos efeitos da decisão, de modo a estabelecer premissas para outros julgados que, em tese, não deveriam se aplicar com aquelas categorias de direitos.

Com efeito, nesse sentido, parcela da doutrina procura evidenciar a existência de “ações pseudocoletivas” e “ações pseudoindividuais”, com o intuito de manter os pressupostos de análises já categorizados tanto pela perspectiva individual quanto coletiva. As “ações pseudocoletivas” seriam aquelas onde “inúmeras pretensões singularizadas, especificamente verificadas em relação a cada um dos respectivos titulares do direito”, ao passo que “ações pseudoindividuais” seriam aquelas

[p]romovidas por diversos indivíduos que detenham pretensão de repercussão coletiva do objeto da demanda, ante a sua indivisibilidade. Seria quando diversos indivíduos ajuizassem a mesma finalidade de pretensão de uma ação coletiva, uma vez que beneficiaria todas as pessoas que se encontrassem em uma mesma situação jurídica (SANTANA, 2012, p. 30).

Relativamente à primeira situação, pode-se apontar como exemplo:

[A] ação proposta por um sindicato para beneficiar certo número de trabalhadores para que sejam ressarcidos por prejuízos trazidos pela poluição sonora da fábrica onde trabalham, *verificando-se a situação pessoal de cada um*, como por exemplo, danos a audição verificados apenas em alguns funcionários expostos a mesma quantidade de decibéis. A ação, sob essa análise, apenas seria considerada coletiva se considerasse a responsabilidade da empresa como um todo pelo fato de estar produzindo poluição sonora (SANTANA, 2012, pp. 28).

Portanto, somente com o caso concreto é que se pode fazer a distinção entre interesses individuais e coletivos, de modo a precisar a existência do interesse público em questão, e, portanto, um processo coletivo. Em sentido semelhante, também pontifica parcela da doutrina:

Caberá ao magistrado observar se a tutela terá repercussão coletiva ou não, para dar uma resposta à luz do que foi afirmado, com clareza e justiça, não importando se a demanda tem com pano de fundo interesse meramente individuais, pois estes sempre serão considerados obrigatoriamente.

[...]

Mais uma vez caberá ao magistrado corrigir tais erros, propositais ou não, dos operadores do direito, de modo a viabilizar o acesso a justiça. Para isso, seria interessante, e fica a proposta lançada, do aperfeiçoamento da fungibilidade das tutelas coletivas, de modo a que o direito, classificado tecnicamente como coletivo ou individual, seja realizado sob a mais lúdima justiça (SANTANA, 2012, pp. 29-31)

Em que pese essa empreitada pelo aplicador da norma jurídica ao caso concreto não seja de fácil operação, deve-se considerar como um fim a ser perseguido em toda e qualquer demanda como uma forma de correta aplicação e realização de direitos na sociedade.

Em face das afirmações acima, importaria averiguar como as decisões judiciais têm enfrentado o tratamento coletivo, conforme se passa a fazer abaixo, adotando-se como metodologia-teste a problematização com um julgado do Superior Tribunal de Justiça.

#### **IV – Em busca de um lugar seguro: tentativa de sistematização para a realização dos direitos sociais**

Para uma problematização dos pontos lançados nos tópicos anteriores, nesta abordagem final se analisará um julgado do Superior Tribunal de Justiça, de modo a se identificar se em casos de processos coletivos está a ocorrer uma adequada correspondência prática para o fim de realização de direitos.

A razão pela qual se optara pela análise do julgamento abaixo se dá essencialmente por três razões: 1) trata-se de tema onde diversos atores participaram do julgamento, desde entidades representativas de defesa do consumidor, como bancos e pessoas jurídicas de direito público (União e INSS); 2) o caso fora apreciado sob a sistemática de Recurso Especial Repetitivo, na forma do art. 543-C, CPC/73, hoje art. 1036 do CPC/2015; e 3) trabalha com um tema de fácil entendimento que são a incidência de juros em dívidas de valor.

O ponto central da controvérsia se refere à incidência de juros de mora em ações civis públicas para a tutela de direitos individuais homogêneos:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA - CADERNETA DE POUPANÇA - PLANOS ECONÔMICOS - EXECUÇÃO - JUROS MORATÓRIOS A PARTIR DA DATA DA CITAÇÃO PARA A ACÇÃO COLETIVA - VALIDADE - PRETENSÃO A CONTAGEM DESDE A DATA DE CADA CITAÇÃO PARA CADA EXECUÇÃO INDIVIDUAL - RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

1.- Admite-se, no sistema de julgamento de Recursos Repetitivos (CPC, art. 543-C, e Resolução STJ 08/98), a definição de tese uniforme, para casos idênticos, da mesma natureza, estabelecendo as mesmas consequências jurídicas, como ocorre relativamente à data de início da fluência de juros moratórios incidentes sobre indenização por perdas em Cadernetas de Poupança, em decorrência de Planos Econômicos.

2.- A sentença de procedência da Ação Civil Pública de natureza condenatória, condenando o estabelecimento bancário depositário de Cadernetas de Poupança a indenizar perdas decorrentes de Planos Econômicos, estabelece os limites da obrigação, cujo cumprimento, relativamente a cada um dos titulares individuais das contas bancárias, visa tão-somente a adequar a condenação a idênticas situações jurídicas específicas, não interferindo, portando, na data de início da incidência de juros moratórios, que correm a partir da data da citação para a Ação Civil Pública.

3.- Dispositivos legais que visam à facilitação da defesa de direitos individuais homogêneos, propiciada pelos instrumentos de tutela coletiva, inclusive assegurando a execução individual de condenação em Ação Coletiva, não podem ser interpretados em prejuízo da realização material desses direitos e, ainda, em detrimento da própria finalidade da Ação Coletiva, que é prescindir do ajuizamento individual, e contra a confiança na efetividade da Ação Civil Pública, O que levaria ao incentivo à opção pelo ajuizamento individual e pela judicialização multitudinária, que é de rigor evitar.

3.- Para fins de julgamento de Recurso Representativo de Controvérsia (CPC, art. 543-C, com a redação dada pela Lei 11.418, de 19.12.2006), declara-se consolidada a tese seguinte: "Os juros de mora incidem a partir da citação do devedor na fase de conhecimento da Ação Civil Pública, quando esta se fundar em responsabilidade contratual, se que haja configuração da mora em momento anterior." 4.- Recurso Especial improvido. (Brasil, Superior Tribunal de Justiça, 2014)

Diante desse julgado, três desdobramentos teóricos podem ser mencionados:

- 1) os juros de mora incidiriam nas ações civis públicas incidiriam a partir da citação na fase de conhecimento, adotando-se a regra geral;
- 2) a tutela coletiva visa a facilitação da defesa dos direitos, não podendo ser interpretada de modo prejudicial ao direito material;
- 3) caso se adotasse o entendimento que os juros incidiriam somente a partir de outro momento, como a fase de execução, haveria um incentivo à litigiosidade individual.

Para uma interpretação do caso acima, na linha do que se propõe o presente trabalho, é necessário se considerar que os “juros moratórios” advém de uma relação jurídica de direito material, conforme se pode perceber através do art. 406 do Código Civil. Nesse aspecto, o que interessa para o efeito de incidência dos juros seria a ocorrência de mora, que, por sua vez, seria um efeito de um fato jurídico:

A mora ou é efeito imediato do fato jurídico, ou do advento do termo, por mínimo que seja, ou da condição(...), ou é efeito da interpelação, ato jurídico *stricto sensu*.

[...]

A discussão em torno da natureza da mora, para se lhe saber o lugar na classificação dos fatos jurídicos, parte de erro essencial: mora é efeito, não é fato (PONTES DE MIRANDA, 1971, p. 122)

Contudo, é corrente se classificar a mora como uma espécie de inadimplemento, considerando-se a sua ocorrência por ocasião de uma hipótese de possibilidade de cumprimento de uma obrigação contratual ou legal:

O gênero do inadimplemento das obrigações é dividido em três espécies: o inadimplemento absoluto, a mora e a violação positiva do contrato.

Enquanto o inadimplemento absoluto conduz à resolução da relação obrigacional (art. 475, CC) em razão da completa impossibilidade de sua manutenção, a mora pode ser caracterizada como o imperfeito cumprimento de uma obrigação, tanto pelo devedor (mora *solvendi*) como pelo credor (mora *accipiendi*). Apesar da falha no adimplemento da obrigação, ela ainda poderá ser cumprida de maneira proveitosa.

Segundo a fórmula tradicionalmente acolhida em nossa legislação (art. 394, CC), a mora não se caracteriza apenas pelo pagamento extemporâneo pelo devedor ou pela recusa injustificada de receber no prazo devido pelo credor. Alternativamente, também dará ensejo à mora o pagamento que contenha uma falha no tocante ao lugar ou à forma previamente estabelecidos. Isso significa que em nosso ordenamento a mora não apenas sinônimo de “demora” no pagamento, mas de qualquer situação em que a prestação não é cumprida de forma exata.

Adverte Judith Martins-Costa que “se toda relação obrigacional está ordenada em função do cumprimento é porque este constitui o momento no qual se realiza o interesse do credor, tendo o devedor realizado a conduta concretamente devida, que é aquela lícita, válida, possível, determinada ou determinável (art. 166, II), útil ao credor (art. 395, parágrafo único, a contrário), conforme ao seu fim econômico-social, à boa-fé e aos bons costumes (art. 187), realizando-se no lugar, tempo e forma que a lei ou a convenção estabelecer (art. 394)”.

[..]

Em suma, o pressuposto básico da mora é a viabilidade do cumprimento da obrigação, pois, apesar dos transtornos, a prestação ainda é possível e útil. Verifica-se apenas a impossibilidade transitória de satisfazer a obrigação. Em qualquer caso, da imperfeição culposa no pagamento decorre o inadimplemento relativo em solver a obrigação. (FARIAS e ROSENVALD, 2015, pp. 497-499)

Portanto, em face da possibilidade de cumprimento adequado de uma obrigação, surgiria a mora, sendo que os juros “moratórios” funcionariam como uma sanção pelo inadimplemento:

Já os juros moratórios traduzem uma indenização para o inadimplemento no cumprimento da obrigação de restituir pelo devedor. Funcionam como uma sanção pelo retardamento culposos no reembolso da soma mutuada. Apartam-se dos juros compensatórios, pois se assentam na ideia de culpa do devedor. Por isso, localizam-se no

Código Civil, ao lado das demais consequências do inadimplemento das obrigações, como as perdas e os danos, cláusula penal e arras. (FARIAS e ROSENVALD, 2015, p. 542)

Portanto, os juros de mora surgiriam por ocasião da ocorrência do não cumprimento voluntário de uma obrigação, quando a prestação possua condições suficientes de realização.

Essa é a razão principal de se considerar que “ se os honorários forem fixados em quantia certa, os juros moratórios incidirão a partir da data do trânsito em julgado da decisão” (art. 85, §16, CPC/2015), tendo em vista que somente nesse momento processual é que se torna exigível o cumprimento da obrigação que decorre de um resultado do processo, qual seja, a sucumbência. Da mesma forma, considerando que a regra é que o pedido deva ser certo (art. 322, CPC/2015), é que o valor da causa em cobrança de dívidas vencidas deva incluir os juros de mora (art. 292, I, CPC/2015).

Contudo, nas hipóteses onde não se possa precisar com exatidão o acertamento da obrigação, e, portanto, quando a prestação poderia ser realizada efetivamente, é que se reconhecem hipóteses que os juros moratórios somente se perfazeriam por ocasião de um procedimento ulterior que de fato conseguisse no plano concreto identificar a extensão e elementos da obrigação. Essa é razão pela qual o sistema jurídico fala de “liquidação de sentença” em decisões judiciais com pedidos genéricos, conforme se verifica no CPC/2015:

Art. 491. Na ação relativa à obrigação de pagar quantia, ainda que formulado pedido genérico, a decisão definirá desde logo a extensão da obrigação, o índice de correção monetária, a taxa de juros, o termo inicial de ambos e a periodicidade da capitalização dos juros, se for o caso, salvo quando:  
I - não for possível determinar, de modo definitivo, o montante devido;  
II - a apuração do valor devido depender da produção de prova de realização demorada ou excessivamente dispendiosa, assim reconhecida na sentença.  
§ 1º Nos casos previstos neste artigo, seguir-se-á a apuração do valor devido por liquidação.  
§ 2º O disposto no caput também se aplica quando o acórdão alterar a sentença.

Perceba-se que o dispositivo legal acima citado complementa o que dispõe textualmente o art. 95 do Código de Defesa do Consumidor: “Em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados.”

Nesse sentido, também é o posicionamento da doutrina:

Na ação coletiva, até como decorrência natural da repartição da cognição que a caracteriza, a sentença será, necessariamente, genérica. Ela fará juízo apenas sobre o núcleo de homogeneidade dos direitos afirmados na inicial, ou seja, apenas sobre três dos cinco principais elementos da relação jurídica

que envolve os direitos subjetivos objeto da controvérsia: o *an debeat* (= a existência da obrigação do devedor), o *quis debeat* (= a identidade do sujeito passivo da obrigação) e o *quid debeat* (= a natureza da prestação devida). Tudo o mais (o *cui debeat* = quem é o titular do direito e o *quantum debeat* = qual é a prestação a que especificamente faz jus) é tema a ser enfrentado e decidido por outra sentença, proferida em outra ação, a ação de cumprimento). Por isso se afirma que a sentença na ação coletiva é genérica e, mais, que o seu grau de generalidade é bem mais acentuado que o das sentenças ilíquidas, previstas no art. 475-A do CPC). (ZAVASCKI, 2006, p. 165)

Portanto, fazendo-se uma leitura rápida, poder-se-ia chegar à conclusão que a decisão acima mencionada (REsp 1361800/SP), que servira de base para a presente problematização, ignorara as premissas legais aqui referidas.

O problema ainda poderia ser mais complexo se se considerarem outros entendimentos do Superior Tribunal de Justiça, como o seguinte:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL.

POUPANÇA. EXPURGOS. INDENIZAÇÃO POR LESÃO A DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. EXECUÇÃO INDIVIDUAL. JUROS MORATÓRIOS. MORA EX PERSONA.

TERMO INICIAL. CITAÇÃO NA FASE DE LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. As ações civis públicas, em sintonia com o disposto no artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, ao propiciar a facilitação a tutela dos direitos individuais homogêneos dos consumidores, viabilizam otimização da prestação jurisdicional, abrangendo toda uma coletividade atingida em seus direitos, dada a eficácia vinculante das suas sentenças.

2. A sentença de procedência na ação coletiva tendo por causa de pedir danos referentes a direitos individuais homogêneos, nos moldes do disposto no artigo 95 do Código de Defesa do Consumidor, será, em regra, genérica, de modo que depende de superveniente liquidação, não apenas para apuração do quantum *debeat*, mas também para aferir a titularidade do crédito, por isso denominada pela doutrina "liquidação imprópria".

3. Com efeito, não merece acolhida a irrisignação, pois, nos termos do artigo 219 do Código de Processo Civil e 397 do Código Civil, na hipótese, a mora verifica-se com a citação do devedor, realizada na fase de liquidação de sentença, e não a partir de sua citação na ação civil pública.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(Brasil, Superior Tribunal de Justiça, 2013)

É bem verdade que esse último entendimento fora realizado antes do julgamento do REsp 1361800/SP (que é de 2014), o que poderia levar à conclusão de ausência de pendência de definição pelo STJ. Esse argumento é relativamente verdadeiro, porquanto o entendimento de necessidade de liquidação prévia para posterior eventual incidência de juros moratórios fora o argumento de antítese levado à apreciação pela Corte Especial. Ocorre que, para o fim de que se propõe o presente trabalho, há possibilidade de convivência de ambos entendimentos, porquanto o que se está a ver, em verdade, é uma Revista do Observatório de Direitos Humanos do Curso de Direito IESB: Brasília, v.2, n.2, jan./jul., 2017.

confusão sobre a correta identificação dos direitos defendidos em processos coletivos, porquanto, a depender da situação que se está a analisar, pode-se chegar a uma ou outra conclusão a respeito dos juros de mora.

Com efeito, conforme acima já se pontuou, não seria a definição prévia de ser um processo coletivo ou individual o balizamento adequado para o fim da correta delimitação do direito discutido em juízo, mas sim efetivamente o seu desdobramento prático; não seria a simples categorização apriorística que definiria o resultado do processo, porquanto se correria o risco de se tratar uma demanda individual como coletiva (“pseudocoletiva”) ou, o contrário, uma coletiva como individual (“pseudoindividual”), com resultados desastrosos a quem seria beneficiado pela decisão e também toda a sociedade destinatária da norma jurídica, porquanto se entraria num grau de instabilidade de aplicação normativa com repercussões gerais ao próprio sistema normativo.

O caso utilizado como análise utilizara a incidência dos juros de mora, obviamente em situações que importariam alguma espécie de dívida de valor, ou seja, a obrigação objeto de litígio traria como prestação a ser cumprida um pagamento representativo de valor.

Nesse caso, haveria a incidência de juros moratórios desde à fase de conhecimento se desde a origem se pudesse identificar os beneficiários de uma eventual decisão de procedência dos pedidos. Aqui não se falaria em potencialidade de identificação, mas sim em certeza, pois, conforme se disse antes, se a prestação por alguma razão não possa ser cumprida não haveria que se falar em mora; assim, para efeito da incidência de juros, somente torna-se admissível sua incidência com a correta e precisa identificação dos credores, e não a sua potencialidade. Se o caso concreto não possa de antemão identificar com precisão os beneficiários do resultado positivo do processo, aqui se estaria a necessitar do acertamento da obrigação, o que somente se torna possível, com um procedimento ulterior (denominado de “liquidação de sentença”, que na verdade seria uma liquidação da obrigação).

Perceba-se que essas conclusões vão ao encontro das mesmas razões que norteiam a concepções legais e doutrinárias dos processos coletivos: por vezes haverá uma outra situação em um mesmo processo, independentemente da hipótese do direito coletivo, mas se pode afirmar que em regra a diferenciação prática recairá essencialmente em direitos individuais homogêneos, considerando as premissas de identificação dos direitos difusos e coletivos *stricto sensu*.

Com efeito, nos interesses ou direitos difusos (CDC, art. 103, I) a coisa julgada material ocorre tanto plano coletivo quanto no individual se o pedido for julgado procedente (*erga omnes*). Assim, se for possível a identificação desde logo dos beneficiários pelo resultado positivo do processo, a delimitação do direito se tornaria evidente *prima facie*, e, portanto, eventuais juros de mora incidiriam para os identificados desde a fase de conhecimento. Na hipótese de os pedidos forem julgados improcedentes com análise probatória, somente se forma a coisa julgada no plano coletivo e, ainda assim, limitada às provas efetivamente utilizadas nos autos (*secundum eventum probationis*), contudo, se a hipótese de improcedência for por insuficiência de provas, não se forma a coisa julgada material tanto no plano individual quanto no coletivo, admitindo-se uma nova propositura de demanda coletiva com base em novas provas. Nesse aspecto é que entra em cena a concepção de que não se deve prejudicar os indivíduos pelo agir coletivo, considerando a concepção mais ampla de definição de direitos difusos, que em regra não permitem identificar os eventuais beneficiários.

No caso de interesse ou direito coletivo (CDC, art. 103, II), a coisa julgada material ocorre também no plano coletivo e individual se o pedido for julgado procedente (*ultra partes*), e da mesma forma, se for possível a identificação desde logo dos beneficiários pelo resultado positivo do processo, eventuais juros de mora incidiriam para os identificados desde a fase de conhecimento, caso contrário somente após a respectiva delimitação. A concepção de que não se deve prejudicar os indivíduos pelo agir coletivo também deve ser considerada aqui, o que induziria à conclusão que se os pedidos fossem julgados improcedentes com análise probatória, opera-se a coisa julgada material somente no plano coletivo, ao passo que se fossem julgados improcedentes por insuficiência de provas, não se forma a coisa julgada material no plano coletivo e individual.

Por fim, nos interesses ou direitos individuais homogêneos (CDC, art. 103, III) ocorre a coisa julgada material no plano coletivo e individual se o pedido for julgado procedente (*erga omnes*) e, em regra, os beneficiários do resultado positivo do processo são identificados *prima facie*, contudo, caso não haja a possibilidade de exigência de adimplemento da obrigação por falta de elementos identificadores, somente após a fase de liquidação da obrigação é que se poderia falar de mora. Veja-se que se os pedidos forem julgados improcedentes (seja pela insuficiência de provas ou não), forma-se a coisa julgada material no plano coletivo (impedindo a nova propositura da demanda coletiva, ainda que se aluda à existência de novas provas) e no plano individual.

Reconhece-se que há grande discussão na doutrina sobre esse último aspecto, no sentido de se defender que somente haveria a coisa julgada material de improcedência dos pedidos para os interessados que tivessem intervindo no processo coletivo como assistentes litisconsorciais, conforme a previsão do art. 103, §2º do CDC.

Contudo, entende-se que de fato poderá haver coisa julgada material mesmo em desfavor do indivíduo caso este possa ser identificado *ab initio*. Essa afirmação encontra esteio justamente na interpretação *a contrario sensu* do regramento que afirma que a condenação deveria ser genérica (art. 95, CDC). Ora, somente é possível se falar de condenação genérica se não for possível se identificar todos os elementos da relação obrigacional, podendo-se configurar paradoxal uma obrigatoriedade de exceção à regra de delimitação precisa dos pedidos: a generalidade da condenação em processos coletivos somente se torna imperativo quando não houver elementos que possam identificar *a priori* os beneficiários, devendo-se interpretar o texto do art. 95 como uma regra de utilidade à resolução ótima de conflitos.

Com efeito, o magistrado fazendo uma análise de custo/benefício na empreitada de identificação de todos os eventuais beneficiários por uma eventual sentença judicial é que perceberá a adoção de uma condenação que faça o acertamento da obrigação. Contudo, a correta delimitação dos elementos da obrigação, a depender de como se realizaria a produção probatória, o tempo do processo ou os instrumentos de pesquisa postos à disposição do aparato judicial, desencadeará como decorrência num resultado líquido ou genérico. A regra legal parte do pressuposto da impossibilidade de se precisar sempre esses aspectos e, por uma questão de utilidade, adota a generalidade como prática; entretanto, não é porque a regra legal parta desse pressuposto que não se possa admitir hipóteses de delimitação de todos os contornos da obrigação, entre os quais a precisa identificação dos beneficiários do resultado do processo.

Deve-se levar em consideração, porém, que caso isso ocorra (identificação), os desdobramentos práticos repercutiram desde que essa situação se verifique: no caso da mora, caso haja a correta identificação e precisão das pessoas com todas as suas características não haveria razão para que não houvesse a incidência de juros moratórios. Nesse sentido é que deve ser entendido o REsp 1361800/SP. Por outro lado, caso não se possa precisar todos os contornos da obrigação decorrente do resultado do processo, opera-se o regramento do art. 95 do CDC, o que, por via de consequência, a mora somente se tornaria presente após o procedimento de liquidação.

Dessa forma, sempre que houver a possibilidade de identificação precisa dos destinatários do resultado do processo o resultado poderá variar a depender de se considerar hipótese de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Assim, considerando-se o exemplo hipotético lançado na introdução deste trabalho, somente a situação fática poderá apontar pela existência ou não de “litispendência” entre uma ação proposta por uma entidade associativa e uma demanda individual.

Com efeito, se for possível identificar *a priori* os beneficiários de eventual procedência dos pedidos de uma demanda coletiva, a decorrência lógica é que no plano material haverá resultados práticos em um eventual litígio instaurado por esses mesmos beneficiários. Na verdade, aqui se poderia se revisitar a definição de litispendência na abordagem clássica de identificação formal da tríplice identidade dos elementos da demanda (partes, pedido ou objeto e causa de pedir), de modo a considerar essencialmente quem seriam de fato as pessoas atingidas pela eventual decisão judicial. Perceba-se que, por essa ótica, o resultado variará conforme o tipo de direito que se está em jogo: difuso, coletivo e individual homogêneo, conforme as conclusões lançadas acima a respeito da extensão da coisa julgada em casos de procedência ou improcedência dos pedidos. Assim, em verdade, a depender da configuração real dos direitos postos em discussão, haverá repercussão na esfera material da relação jurídica dos atingidos pela decisão judicial, o que, por conseguinte, ensejará de igual forma desdobramentos impactantes para a incidência de outras normas jurídicas, como o reconhecimento de extinção da obrigação, possibilidade ou não de sobreposição de direitos, reconhecimento de obrigações adversas - como o dever de indenizar por vedação de locupletamento ilícito -, etc, tudo a variar conforme: (a) mérito da demanda em direitos difusos ou coletivos com procedência dos pedidos com instrução probatória suficiente; (b) mérito da demanda em direitos individuais homogêneos com procedência ou improcedência dos pedidos com suficiência ou não de provas.

Perceba-se que a argumentação utilizada pelo Superior Tribunal de Justiça de incentivo à litigiosidade por demandas individuais aqui também é considerada, só que numa dimensão *lata*, porquanto não seria pelo fato de correta interpretação dos direitos em discussão em juízo que haverá um incentivo à litigiosidade, mas sim que a partir da pressuposição de que os processos judiciais servem como instrumento de aplicação normativa no contexto social como forma adequada de solução de conflitos, sejam individuais ou coletivos.

## Referências

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **RESP 200802044963**, HERMAN BENJAMIN, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA: 27.04.2011.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça, **RESP 200802765580**, LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, DJE DATA:01/08/2011.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça, **AgRg no REsp 1348512/DF**, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 18/12/2012, DJe 04/02/2013.

Brasil, Superior Tribunal de Justiça, **REsp 1361800/SP**, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, Rel. p/ Acórdão Ministro SIDNEI BENETI, CORTE ESPECIAL, julgado em 21/05/2014, DJe 14/10/2014.

BUZUID, Alfredo. **Considerações sobre o mandado de segurança coletivo**. São Paulo: Saraiva, 1992.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 3. ed. rev. ampl. Salvador: JusPodivm, 2008. v. 4.

FARIAS, Cristiano Chaves e ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Volume 2. 9 ed rev., ampl. e atual. – São Paulo: Atlas, 2015.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Interesses coletivos e difusos**. Doutrinas Essenciais do Direito Ambiental. Vol. 4. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2011

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Um estudo sobre a legitimação para agir no direito processual civil: a legitimação ordinária do autor popular. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 76, n. 618, p. 34, abr. 1987.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo XXIII. 8ª ed. Reimpressão. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

ROJAS, Ricardo Manuel. **Análisis Económico e Institucional del Orden Jurídico**. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004.

SANTANA, Agatha Gonçalves. **Ensaio sobre Ações Pseudocoletivas e Pseudoindividuais e a Defesa de um Sistema de Direito Processual Coletivo**. Tutela Jurisdicional Coletiva. Fredie Didier Jr, José Henrique Mouta e Rodrigo Mazzei. 2 série. Salvador: Editora Juspodivam, 2012.

SANTOS, Diogo Palau Flores dos. **Eficácia territorial em face da União no projeto de Lei nº 5.239/2009**. Tutela Jurisdicional Coletiva. Fredie Didier Jr, José Henrique Mouta e Rodrigo Mazzei. 2 série. Salvador: Editora Juspodivam, 2012.

ZAVASCKI, Teori. **Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

# AS TUTELAS DE URGÊNCIA E OS MEIOS DE IMPUGNAÇÃO NA JUSTIÇA DO TRABALHO – UMA ANÁLISE EVOLUTIVA DA JURISPRUDÊNCIA

*Douglas Alencar Rodrigues*

Mestre em Direito das Relações Sociais (PUC/SP); professor do Curso de Direito do Centro Universitário Instituto de Ensino Superior de Brasília (IESB); ministro do Tribunal Superior do Trabalho (TST).

## Introdução

A ideia de amplo e efetivo acesso à Justiça tem suscitado intensos debates no curso da história recente, fomentando inúmeras alterações legislativas. Entre essas tantas inovações, deve ser lembrada a previsão da possibilidade de os juízes anteciparem os efeitos da tutela judicial pretendida, inovação substancial imposta pela Lei 8.952, de 13.12.1994. A partir das novas regras, dois dispositivos do CPC de 1973 sofreram importantes alterações, precisamente os artigos 273<sup>69</sup> e 461<sup>70</sup>, dotando as partes e o próprio Poder Judiciário de um valioso instrumento processual voltado ao combate à morosidade na resolução definitiva dos conflitos.

Com essas celebradas inovações, buscava-se alcançar já em meados da década de 90 do século passado a distribuição isonômica entre as partes dos ônus resultantes da natural delonga processual, vinculada ao denominado “tempo fisiológico” do processo – aquele necessário à preparação da causa para a solução judicial, com a garantia da ampla defesa e da regular dilação probatória -, combatendo-se, de igual modo, o denominado “tempo patológico” do processo – aquele consumido pela adoção de chicanas processuais intermináveis, por parte de litigantes inescrupulosos.

Os desafios que se colocaram para a implementação dessas regras nos domínios da jurisdição laboral foram múltiplos, levando o Tribunal Superior do Trabalho

---

<sup>69</sup> Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: I – ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte; II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

<sup>70</sup> Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

(TST) a editar diversas diretrizes jurisprudenciais, ao final consolidadas na Súmula 414 de sua jurisprudência.<sup>71</sup>

O presente ensaio pretende retratar a evolução jurisprudencial da matéria no âmbito do TST.

Antes, porém, de dar início a esse esforço, cabe apenas recordar que os referidos dispositivos – artigos 273 e 461 do CPC de 1973 – sofreram alterações com o advento do CPC de 2015, alterações essas que, em essência, buscaram ampliar a capacidade judicial de realizar o ideal da efetividade de tutela jurisdicional.<sup>7273</sup>

## **2. O sistema trabalhista de impugnação às decisões interlocutórias. Singularidades e características.**

O sistema de impugnação às decisões interlocutórias no processo do trabalho foi estruturado a partir do § 1º do art. 893 da CLT, segundo o qual tais decisões são irrecorríveis de imediato, cumprindo aos litigantes, para a mais efetiva defesa de seus interesses, a estrita observância do sistema de nulidades previsto nos artigos 794 e 795 da CLT, segundo o qual, além da evidente existência de prejuízo, exige-se a reação imediata da parte, em audiência ou nos autos, contra a decisão judicial interlocutória, sob pena de preclusão e convalidação de seus efeitos.

---

<sup>71</sup> A redação original da Súmula 414 foi inserida por meio da Resolução 137/2005, publicada no Diário da Justiça dos dias 22, 23 e 24.08.2005 e foi o resultado da conversão das Orientações Jurisprudenciais 50, 51, 58, 86 e 139 da SBDI-2

<sup>72</sup> O art. 273 do CPC de 1973 foi sucedido pelos arts. 300 e 311 do CPC de 2015, preceitos que contem as seguintes redações: *Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. (...). Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: I – ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte; II – as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; III – se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa; IV – a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável. Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.*

<sup>73</sup> O art. 461 do CPC de 1973 foi sucedido pelo art. 497 do CPC de 2015, preceito que contem a seguinte redação: *Art. 497. Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente. Parágrafo único. Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo.*

Existem, porém, exceções a essa regra, concebidas em preceitos de lei ou consagradas por construção jurisprudencial, que envolvem as hipóteses da Súmula 214 do TST, o agravo de instrumento trabalhista (art. 897, “b”, da CLT), a decisão que resolve Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica em execução (IN 39/TST, art. 6º) e o chamado de pedido de revisão do valor da causa (Lei 5.584/70).

Determinadas decisões interlocutórias que não se enquadram em tais exceções, porém, podem traduzir lesões ou ameaças a direitos legítimos das partes, razão pela qual tem sido admitida a utilização excepcional do mandado de segurança, em caráter excepcional, por imposição do próprio princípio constitucional da inafastabilidade do controle judicial (CF, art. 5º, XXXV).<sup>74</sup>

### **3. A disciplina jurisprudencial em relação ao mandado de segurança na Justiça do Trabalho.**

De acordo com a redação original da Súmula 414 do TST:

I - A antecipação da tutela concedida na sentença não comporta impugnação pela via do mandado de segurança, por ser impugnável mediante recurso ordinário. A ação cautelar é o meio próprio para se obter efeito suspensivo a recurso. II - No caso da tutela antecipada (ou liminar) ser concedida antes da sentença, cabe a impetração do mandado de segurança, em face da inexistência de recurso próprio. III - A superveniência da sentença, nos autos originários, faz perder o objeto do mandado de segurança que impugnava a concessão da tutela antecipada (ou liminar).”

A esse debate se somava um outro, igualmente relevante, fundado na antiga redação da Súmula 418 do TST, segundo a qual “A concessão de liminar ou a homologação de acordo constituem faculdade do juiz, inexistindo direito líquido e certo tutelável pela via do mandado de segurança.”

À luz dessas diretrizes, prevalecia em alguns julgamentos a compreensão de que a referida Súmula 418 teria consagrado um poder absoluto ou discricionário aos magistrados para o exame das tutelas de urgência, ao mesmo tempo em que a Súmula 414 teria afastado o cabimento do mandado de segurança contra decisões em que **indeferidos** os pedidos deduzidos nesse mesmo âmbito, pois apenas prevista o cabimento contra decisões concessivas.

---

<sup>74</sup> Nesse exato sentido dispõem a Súmula 414 do TST e a OJ 92 da SBDI-2 do TST.

Do ponto de vista estritamente jurídico, a alusão à expressão “faculdade”, inscrita na antiga redação da Súmula 418 desta Corte, remetia à noção de direitos subjetivos que, na sempre lembrada lição do Professor Washington de Barros Monteiro, confunde-se com a própria noção de poder pessoal advindo das regras do direito objetivo. Em suas palavras:

Direito subjetivo é poder. São as prerrogativas de que uma pessoa é titular, no sentido de obter certo efeito jurídico, em virtude da regra de direito. A expressão designa apenas uma faculdade reconhecida à pessoa pela lei e que lhe permite realizar determinados atos. É a faculdade que, para o particular, deriva da norma (jus est facultas agendi).<sup>75</sup>

Ainda analisando o poder conferido aos juízes para o exame de pretensões situadas no âmbito das chamadas tutelas de urgência, entre as quais figuram as decisões proferidas em cautelares, liminares e antecipações dos efeitos da tutela, parcela expressiva da doutrina e da jurisprudência opta por aludir a um caráter ou natureza discricionária da cognição judicial.<sup>76</sup>

Mas essa ideia de ampla discricionariedade conferida ao magistrado para o exercício da jurisdição, que parece incorporada pela Súmula 418 do TST, não se mostra adequada – ou, quando menos, não se mostra imune a críticas – em um sistema judiciário democrático, integrado por magistrados recrutados pelo sistema de mérito e que se sujeitam ao dever ético-jurídico de motivar suas decisões (CF, art. 93, IX).

O sistema constitucional brasileiro confere, é certo, garantias institucionais relevantes aos magistrados, as quais, longe de representar privilégios, apenas objetivam garantir aos cidadãos o mais amplo e efetivo acesso a órgãos judiciários integrados por magistrados tecnicamente preparados e verdadeiramente imparciais.

Nesse exato âmbito de independência e autonomia é que se deve circunscrever a compreensão acerca do poder reconhecido aos magistrados de apreciar “livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes...”. (CPC, art. 131).

---

<sup>75</sup> MONTEIRO, Washington, de Barros. Curso de Direito Civil – Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 5ª edição, 1966, revista e aumentada.

<sup>76</sup> Não nos parecia também correta essa proposição, pois a noção de discricionariedade aplicada ao direito “(...) encerra compreensão em torno da possibilidade de escolha conferida ao agente administrativo (no caso, o magistrado) de agir ou não agir numa determinada direção, consultando para isso a oportunidade e conveniência da medida” (RÉGNIER, João Roberto Santos. Discricionariedade Administrativa: significação, efeitos e controle. São Paulo: Malheiros Editores, 1997. p. 28).

É preciso ter presente que a garantia da livre persuasão racional não se destina unicamente a preservar a autonomia intelectual dos magistrados.

Ao contrário, deve ser compreendida à luz de sua natureza instrumental, pois apenas se justifica na exata medida em que assegura aos cidadãos o direito à tutela efetiva, célere e imparcial de seus direitos e interesses (CF, art. 5º, XXXV).

Em outras palavras, o livre convencimento motivado apenas se justifica e se legitima se vinculado ao direito fundamental assegurado aos cidadãos, de amplo acesso a juízes livres e independentes, apenas sujeitos à Constituição e às leis da República.

É relevante, ainda, ponderar, como já assinalado na introdução deste estudo, que a antecipação dos efeitos da tutela, técnica inaugurada pela reforma processual de 1994, foi idealizada para combater a já decantada crise de efetividade do Poder Judiciário, a partir da distribuição isonômica, entre os litigantes, dos ônus advindos não apenas da demora natural na efetiva resolução das milhares de ações propostas perante o Poder Judiciário – o chamado tempo fisiológico -, mas também da delonga resultante das chicanas processuais, da litigância de má-fé, dos estratagemas técnicos que apenas impediram e ainda impedem, por longos anos, a conclusão satisfatória das ações – o censurável tempo patológico do processo.

Para além desse aspecto, é preciso ter em mente que, superada a euforia gerada há mais de duzentos anos com a consagração da autonomia da relação jurídica processual em relação ao direito material, a doutrina processual evoluiu para realçar as concepções sucessivas da instrumentalidade e da efetividade da prestação jurisdicional, em sucessivas ondas teóricas forjadas pela complexidade crescente das relações sociais, impactadas por fatores diversos como o progresso tecnológico, a globalização econômica e o surgimento das sociedades de massa repleta de demandas advindas de constituições dirigentes.

Nesse novo contexto, a cláusula constitucional do acesso à Justiça (art. 5º, XXXV) assume um novo significado, assim exposto por Marinoni:

*Se o Estado proibiu a autotutela privada é correto afirmar que ele está obrigado a prestar a tutela jurisdicional adequada a cada conflito de interesses. Nessa perspectiva, então, deve surgir a resposta intuitiva de que a inexistência de tutela adequada a determinada situação conflitiva significa a própria negação da tutela a que o Estado se obrigou no momento em que chamou a si o monopólio da jurisdição, já que o processo nada mais é do que a contrapartida que o Estado oferece aos cidadãos diante da proibição da autotutela. Uma vez que o Estado é obrigado a prestar a devida tutela jurisdicional, entendida esta como a tutela apta a tornar efetivo o direito material, todos têm direito à*

*adequada tutela jurisdicional. O jurisdicionado não tem apenas direito à resposta jurisdicional, mas sim direito à tutela jurisdicional efetiva.*

(...)

Como escreve Kazuo Watanabe, do princípio da inafastabilidade têm sido extraídas as garantias do direito de ação e do processo, o princípio do juiz natural e todos os respectivos corolários. *De acordo com o ilustre processualista, tem-se entendido que o texto constitucional, em sua essência, assegura “uma tutela qualificada contra qualquer forma de denegação da justiça”, abrangente tanto das situações processuais como das substanciais, sendo que essa conclusão fundamental tem servido de apoio à concepção de um sistema processual que efetivamente tutele todos os direitos, seja pelo esforço interpretativo que procure suprir as eventuais imperfeições, seja pela atribuição a certos institutos processuais, como o mandado de segurança, da notável função de cobrir as falhas existentes.*

O artigo 5º, XXXV, da Constituição da República, garante o direito de acesso à justiça e esse direito tem como corolário o direito à adequada tutela jurisdicional, que deve ser compreendido como o direito à preordenação de procedimentos adequados à tutela dos direitos. O cidadão que afirma ter um direito deve ter ao seu dispor as medidas e os instrumentos necessários à realização do seu eventual direito. *Se o direito à adequada tutela jurisdicional é garantido constitucionalmente, o legislador infraconstitucional é obrigado a estruturar o sistema processual de modo a permitir a efetividade da tutela de direitos. Um sistema de tutela dos direitos que não contenha procedimento adequado à tutela de uma determinada situação de direito substancial não está estruturado de acordo com a exigência constitucional.”<sup>77</sup>*

A legislação processual prevê as condições ou os requisitos que devem ser considerados pelos magistrados para o exame das denominadas tutelas de urgência. Nesse sentido, ao examinar, com a mais ampla liberdade que lhe confere a regra do art. 131 do CPC de 1973, as alegações da(s) parte(s), as circunstâncias do caso e as provas apresentadas, o magistrado deve objetivamente aferir se estão presentes a fumaça do bom direito e o risco de demora na composição definitiva da lide, no caso das ações cautelares e das liminares nessas mesmas ações cautelares (CPC de 1973, art. 801, IV), ou, ainda, a verossimilhança da alegação, o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu, na hipótese de antecipação dos efeitos da tutela (CPC de 1973, art. 273).

No caso específico da antecipação dos efeitos da tutela, é preciso notar que o legislador aludiu no art. 273 do CPC à *possibilidade* de o juiz antecipar, a requerimento da parte, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial:

Art. 273. O juiz **poderá**, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou II -

<sup>77</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. A Antecipação da Tutela. 5 ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 1999. p. 112, 114/115.

fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

*§ 1o Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.*

(...)

*§ 4o A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada. (...)*”.

Como se percebe, a *possibilidade* a que alude o “caput” do preceito legal transcrito não se confunde com a faculdade de o julgador promover ou não a antecipação dos efeitos do provimento judicial final pretendido.

De fato, essa possibilidade não pode ser confundida com discricionariedade na concessão ou não da medida, que apenas depende, objetivamente, e na forma da lei, (i) de requerimento formal da parte e (ii) da efetiva configuração, no plano fático, dos requisitos já referidos da verossimilhança da alegação, do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou da demonstração do abuso de direito de defesa ou do manifesto propósito protelatório do réu.

Tanto não há possibilidade de exame discricionário ou facultativo do magistrado que a própria lei prevê a necessidade de o juiz expor de modo claro e preciso as razões de seu convencimento (§§ 1º e 4º do art. 273 do CPC), o que apenas remarca o caráter não arbitrário do juízo de cognição sumário exercitado nesse âmbito específico de tutela de urgência, o que se coaduna aos postulados do amplo acesso à Justiça (CF, art. 5º, XXXVI), da motivação das decisões judiciais (CF, art. 93, IX) e do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV).

A indicação dos motivos que levaram ou não à concessão da tutela antecipada possibilita, ainda, o controle por órgão judiciário distinto, como expressão do próprio direito de defesa (CF, art. 5º, XXVI).

Nesse sentido, o escólio de KAZUO WATANABE:

*1. O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, inscrito no inc. XXXV do art. 5.º da CF, não assegura apenas o acesso formal aos órgãos judiciários, e sim o acesso à Justiça que propicie a efetiva e tempestiva proteção contra qualquer forma de denegação da justiça e também acesso à ordem jurídica justa. Cuida-se de um ideal que, certamente, está ainda, infelizmente, muito distante de ser concretizado, e pela falibilidade do ser humano, seguramente jamais o atingiremos em sua inteireza. Mas a permanente manutenção desse ideal na mente e no coração dos operadores do direito é uma necessidade para que o ordenamento jurídico esteja em contínua evolução.*

Um dos dados elementares do princípio da proteção judiciária com semelhante alcance é a preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a efetiva, adequada e tempestiva tutela de direitos. Outros

elementos são igualmente fundamentais, como a organização judiciária adequada para o volume de serviços judiciários, recrutamento de juízes efetivamente preparados e com mentalidade aberta e capaz de perceber a permanente e rápida transformação da sociedade contemporânea, remoção de todos os obstáculos que se anteponham ao acesso efetivo à Justiça, organização de pesquisa permanente das causas da litigiosidade e dos meios de sua adequada solução judicial e extrajudicial, além de outras providências igualmente importantes. (...)

16. *A ausência de critérios objetivos e claros que estabelecessem, a um tempo, o direito à antecipação da tutela e as medidas de salvaguarda contra os equívocos e exageros, estava fazendo com que a tutela jurisdicional fosse concedida segundo o critério pessoal e eminentemente subjetivo de cada juiz (alguns mais rigorosos, e outros menos) no estabelecimento dos pressupostos para a concessão da tutela antecipatória. E isso, como é de intuitiva percepção, estava gerando soluções injustas, além da insegurança e intranquilidade nos jurisdicionados e nos operadores do direito. (...) O primeiro parágrafo determina seja devidamente motivada a decisão concessiva da tutela antecipatória, indicando 'de modo claro e preciso, as razões de seu convencimento'. A exigência vale também para a decisão denegatória, pois, se presentes os pressupostos legais, a antecipação da tutela é um direito da parte, e não medida dependente de discricionariedade do juiz. O dispositivo seria, a rigor, dispensável, pois a exigência de motivação de qualquer ato decisório do juiz é hoje garantia constitucional (art. 93, inc. IX, da CF) e consta do Código de Processo Civil nos arts. 131 e 458, inc. II. Mas entendeu o legislador que a enunciação pleonástica de uma exigência teria um sentido didático importante, principalmente porque, mesmo após o preceito constitucional mencionado e as disposições da legislação ordinária, alguns juízes continuaram se utilizando dos chavões acima mencionados para a concessão ou denegação da medida liminar, violando abertamente o princípio da obrigatoriedade de fundamentação de toda e qualquer decisão. (Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer: arts. 273 e 461 do CPC in Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, n19, julho/setembro, 1996. p. 77/89).*

Reafirmando a presença de direito subjetivo da parte à obtenção da tutela antecipada, quando presentes os requisitos legais, a lição de Fredie Didier Junior e Leonardo Carneiro da Cunha:

Cumpra, a propósito, registrar breve repúdio à assertiva de que a concessão da liminar se situa na esfera de avaliação subjetiva do magistrado. Não existe subjetivismo na análise judicial. A concessão ou a denegação de provimento de urgência encontra balizamento em regras específicas da legislação processual, devendo o juiz, ao proferir sua decisão, fundamentá-la, demonstrando as razões pelas quais estão preenchidos ou não os requisitos do provimento de urgência. A verificação da presença de tais pressupostos rende ensejo à revisão pelos tribunais, eis que se trata de atividade interpretativa.” (CURSO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL, vol. 3, 12. ed. Salvador: Jus Podium, 2014).

Ainda nessa mesma direção o escólio de Humberto Theodoro

Júnior:

Já no âmbito de antecipação da tutela, o espaço de liberdade do juiz é quase nenhum. Somente o que for requerido pela parte poderá ser concedido dentro do permissivo contido no art. 273 do CPC. E se configurados os pressupostos legais, não há discricionariedade para o juiz. Antecipação é direito da parte. Da mesma forma, se o interessado não fornece ao juiz os comprovantes dos pressupostos do art. 273, não lhe resta margem para propiciar benesses ao requerente. O pedido de antecipação terá de ser irremediavelmente denegada” (RJ N°253, Porto Alegre: Síntese, Nov. 1998, p.25).

No mesmo sentido, Clovis Fedrizzi Rodrigues:

Nas hipóteses em que se achem presentes os requisitos de concessão da antecipação da tutela, o julgador somente tem uma alternativa que é de conceder, sob pena de ser ato ilegal e arbitrário – JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE leciona: “não se trata de poder discricionário, visto que o juiz, ao conceder ou negar a antecipação da tutela, não o faz por conveniência e oportunidade, juízos de valor próprios da discricionariedade. Se a situação descrita pelo requerente se subsumir em qualquer das hipóteses legais, não restará outra alternativa ao julgador senão deferir a pretensão.”

A concessão da tutela antecipada, desse modo, não é ato decorrente de poder discricionário do juiz, ou seja, estando presentes os fundamentos para a sua concessão, de forma inequívoca, ao juiz não é dado interferir a medida, ou vice-versa, isto é, não estando presentes tais fundamentos, concedê-la. A sua discricionariedade existe quanto à avaliação de estarem presentes, ou não, em cada caso, os elementos característicos da medida, devendo, no entanto, tal avaliação ser sempre fundamentada.

Portanto, respeitados os entendimentos em contrário, a decisão que antecipa os efeitos da tutela não se trata de poder discricionário do magistrado, a lei exige que a decisão acerca da antecipação de tutela seja sempre fundamentada, cabendo-lhe enunciar, “de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento” (CPC, art. 273 § 1º). Assim, a concessão ou não da tutela antecipada não fica jungida ao poder discricionário do julgador, mas é um direito da parte quando preenchidos os requisitos que a autorizam, nos termos do art. 273 do CPC.” (Antecipação de Tutela Recursal em sede de Agravo e Apelação: interpretação da Lei 10.352/01. Revista de Doutrina da 4ª Região. Publicação da Escola da Magistratura do TRF4 – EMAGIS. Publicado em 30/06/2004).

A compreensão de que o indeferimento da antecipação dos efeitos da tutela não pode ser impugnado por meio da ação mandamental parece, com todas as vênias, contrariar o próprio sentido da cláusula constitucional de amplo acesso à Justiça.

Afinal, de acordo com a legislação vigente, a possibilidade de impugnação às decisões judiciais por via recursal ou autônoma define-se em razão da natureza das decisões proferidas, e não do conteúdo que possam assumir.

Por isso, sendo irrecorríveis as interlocutórias trabalhistas proferidas no âmbito das tutelas de urgência, a mera possibilidade de configuração de erro ou de arbitrariedade judicial faz impositivo o cabimento do mandado de segurança, única via

cabível para reparar eventual lesão ou ameaça a direito líquido e certo, que pode estar configurada no âmbito da cognição cautelar liminar ou antecipatória de efeitos da tutela.

O acesso amplo e igualitário à Justiça representa uma das mais expressivas características do Estado democrático contemporâneo. Muito além de representar a simples possibilidade de recorrer ao Poder Judiciário para a defesa ou salvaguarda de direito ou pretensão contra lesão ou ameaça, também alcança a possibilidade de obtenção de decisões substancialmente justas, bem fundamentadas e em prazo razoável.

Note-se que é possível haver violação de direito líquido e certo tanto na decisão em se defere liminar quanto na que a indefere.

Não há como concordar com a tese de que a lei atribui uma margem de discricionariedade ao órgão julgador quando este é provocado a decidir liminarmente. Afinal, se os requisitos legais para o deferimento da tutela antecipatória estão presentes, tem a parte, necessariamente, direito subjetivo à concessão da decisão de antecipação; de outro modo, quando ausentes os requisitos previstos na lei, o julgador deve indeferir o requerimento.

Modernamente, mesmo a tão decantada discricionariedade – conceito extraído do Direito Administrativo – submete-se ao controle judicial, porquanto a margem de escolha atribuída ao Administrador, traduzida na conveniência ou oportunidade para a prática dos atos, tem de ser exercida dentro de critérios razoáveis, observada a finalidade pública e os motivos que a animaram.

Assim, os atos discricionários não ficam totalmente imunes ao crivo do Judiciário (CF, art. 5º, XXXV), pois o espaço de liberdade concedido ao administrador não pode ser exercido ilimitadamente e de modo arbitrário.

Por conseguinte, não se revela correto falar de matéria afeta à faculdade do julgador, pois se discute nos autos originários a existência de direito subjetivo à concessão de antecipação da tutela.

É preciso que também sejam garantidos aos litigantes iguais oportunidades de defesa de suas pretensões e posições jurídicas, independentemente do polo que ocupem na relação jurídica processual, cabendo ao magistrado construir interpretações que assegurem a realização desse ideal, sob pena de inescusável inconstitucionalidade.

Em boa hora, portanto, a Corte Superior Trabalhista optou por rever as diretrizes jurisprudenciais inscritas nas Súmulas 414 e 418, compatibilizando-as com a

concepção do processo democrático, não arbitrário e adequado ao Estado Democrático de Direito:

MANDADO DE SEGURANÇA. TUTELA PROVISÓRIA CONCEDIDA ANTES OU NA SENTENÇA. I – A tutela provisória concedida na sentença não comporta impugnação pela via do mandado de segurança, por ser impugnável mediante recurso ordinário. É admissível a obtenção de efeito suspensivo ao recurso ordinário mediante requerimento dirigido ao tribunal, ao relator ou ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, por aplicação subsidiária ao processo do trabalho do artigo 1.029, § 5º, do CPC de 2015. II – No caso de a tutela provisória haver sido concedida ou indeferida antes da sentença, cabe mandado de segurança, em face da inexistência de recurso próprio. III – A superveniência da sentença, nos autos originários, faz perder o objeto do mandado de segurança que impugnava a concessão ou o indeferimento da tutela provisória.

**MANDADO DE SEGURANÇA VISANDO À HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO.** A homologação de acordo constitui faculdade do juiz, inexistindo direito líquido e certo tutelável pela via do mandado de segurança.

### **Conclusão**

Com o advento do novo CPC, em 2015, ampliam-se as expectativas de que o Poder Judiciário cumpra seu papel institucional, assegurando estabilidade, previsibilidade e segurança jurídica à sociedade, especialmente em tempo razoável.

Em face da natureza salarial dos créditos reivindicados em ações trabalhistas, a adoção das técnicas processuais que permitem a reparação efetiva e imediata do direito lesado, independentemente do trânsito em julgado, representa caminho seguro no sentido da efetividade da tutela judicial.

Aos operadores do direito resta, então, o desafio de tornar efetivas as novas regras, produzindo decisões justas e em tempo razoável.

Ao desafio, portanto!

# O CONTRADITÓRIO NAS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE: O VERDADEIRO PAPEL DO ADVOGADO GERAL DA UNIÃO NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO

*José Ricardo Britto Seixas Pereira Júnior*

Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Coimbra – Portugal; MBA em Gestão Pública pela FGV; professor do Curso de Direito do Centro Universitário IESB; advogado da União.

95

## **Resumo:**

O presente trabalho aborda o contraditório processual no controle concentrado de constitucionalidade português e brasileiro e pugna pela possibilidade do Advogado Geral da União, no exercício da competência prevista no §3º, art. 103 da Constituição Federal Brasileira, atuar com plena liberdade de manifestação e pensamento, contrariando concepção majoritária da doutrina e da jurisprudência de que ao Advogado Geral da União cabe tão somente a defesa da Lei tida por inconstitucional.

**Palavras-chave:** Controle de Constitucionalidade. Contraditório. Advogado Geral da União. Liberdade de Manifestação.

## **Abstract**

This paper deals with the procedural contradiction in the control of Portuguese and Brazilian constitutionality, and contests the possibility of the Attorney General of the Union, in the exercise of the competence set forth in §3, art. 103 of the Brazilian Federal Constitution, to act with full freedom of manifestation and thought, contrary to the majority conception of doctrine and jurisprudence that the Attorney General of the Union rests solely on the defense of the Law considered to be unconstitutional.

## **Key words**

Control of Constitutionality. Contradictory. Attorney General of the Union. Freedom of Manifestation

1. Introdução; 2. Jurisdição Constitucional. Características processuais inerentes ao controle de constitucionalidade. Processo Objetivo. Rol de legitimados; 2.1. Da natureza objetiva do processo de controle direto de constitucionalidade; [2.2. Necessidade de ampliação dos legitimados na interpretação constitucional. Fundamentação filosófica sobre o contraditório no controle de constitucionalidade.](#) 3. O contraditório no processo de controle concentrado de constitucionalidade; 3.1. O contraditório no controle de constitucionalidade português; 3.2. O contraditório no controle de constitucionalidade brasileiro; 4. A função do Advogado Geral da União no controle concentrado de constitucionalidade brasileiro. Necessidade de evolução. 5. Conclusão. 6. Referências Bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

Apesar de possuírem relação semântica interdependente, os doutrinadores processualistas costumam individualizar as definições do contraditório e da ampla defesa se referindo ao contraditório como a garantia constitucional que assegura a ampla defesa ao acusado, proporcionando, assim, o exercício pleno de seu direito de defesa.

Desta forma, a instrução contraditória é inerente ao próprio direito de defesa pois não se concebe um processo legal, buscando a verdade processual dos fatos, sem que se dê ao acusado a oportunidade de desdizer as afirmações feitas sobre o mesmo.

Deriva do contraditório o direito a participação, sendo a possibilidade de a parte oferecer reação à pretensão da parte contrária. O princípio do contraditório liga-se ao direito de defesa na medida em que a defesa garante o contraditório e por ele se manifesta. O exercício da ampla defesa só é possível em virtude de um dos elementos que compõem o contraditório sendo tal elemento, o direito à informação.

A ampla defesa, por sua vez, é a possibilidade que o acusado tem, já gozando do direito ao contraditório, de lançar mão a todas as possibilidades de exercício pleno do seu direito de defesa, possibilitando-o trazer ao processo os elementos que julgar necessários ao esclarecimento da verdade.

É da lavra de Vicente Greco Filho<sup>78</sup> a afirmação de que a ampla defesa é constituída a partir de cinco fundamentos: *"a) ter conhecimento claro da imputação; b) poder apresentar alegações contra a acusação; c) poder acompanhar a prova produzida e fazer contraprova; d) ter defesa técnica por advogado, cuja função é essencial à Administração da Justiça (art. 133 [CF/88]); e e) poder recorrer da decisão desfavorável"*.

Então, em resumo, pode-se concluir que, enquanto o contraditório é a oportunidade de manifestação garantida ao interessado, a ampla defesa é, propriamente dita, o usufruto desta garantia através das ferramentas permitidas em direito.

Feita a conceituação, vamos a questão objeto do presente estudo: existe a necessidade de contraditório e “defesa” da norma impugnada em sede de controle de constitucionalidade?

---

<sup>78</sup> GRECCO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989

Tal questionamento apresenta-se ainda mais pertinente face ao conceito de que o processo de controle de constitucionalidade se caracteriza por sua objetividade, isto é, sem partes, bem como face ao dispositivo do art. 103, § 3º, da Constituição Federal Brasileira e art. 54 da Lei do Tribunal Constitucional Português que impõe a notificação de entes públicos para ofertarem o contraditório no curso da ação de inconstitucionalidade.

Neste estudo defendemos que o contraditório, no controle abstrato de constitucionalidade, tem contornos específicos que diferem daqueles dos processos subjetivos e, por consequência, está equivocada a parte majoritária da doutrina e da jurisprudência brasileira que entende que o Advogado Geral da União (AGU) está obrigado a sempre defender a norma impugnada nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) em curso no Brasil.

Para tanto, faremos uma análise comparativa com o procedimento de contraditório nas ações diretas de inconstitucionalidade em Portugal e no Brasil, relatando o encaminhamento da jurisprudência brasileira que ainda carece de evolução.

## **2. Jurisdição constitucional. Características processuais inerentes ao controle de constitucionalidade. Processo objetivo. Rol de legitimados**

Antes de adentrar ao princípio do contraditório, tendo em vista que se trata de princípio nitidamente processual e com a abstenção proposital de aprofundarmos o tema relacionada a jurisdição constitucional<sup>79</sup>, deve-se apresentar o conceito desta jurisdição especializada.

Para tanto, recorreremos a doutrina de J.J. Gomes Canotilho<sup>80</sup> que afirma que a jurisdição constitucional consiste em decidir vinculativamente, num processo jurisdicional, o que é o direito, tomando como parâmetro material a constituição ou o

---

<sup>79</sup> A noção de jurisdição constitucional emerge do direito estadunidense, precisamente, em 1803, na Suprema Corte Americana, na decisão do caso *Marbury versus Madison*, surgindo o sistema difuso. A seu turno, no ano de 1920, por força da Constituição Austríaca, surge a jurisdição constitucional concentrada, haja vista que a defesa da Lei Fundamental era conferida a um único órgão, o Tribunal Constitucional, idealizado por Hans Kelsen.

<sup>80</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 3ª ed., 1998, p. 905.

bloco de legalidade reforçada, consoante se trate de fiscalização da constitucionalidade ou de fiscalização da legalidade.

A seu turno, José Afonso da Silva<sup>81</sup> conceitua a jurisdição constitucional, em sentido estrito, como a entrega aos órgãos do poder judiciário da missão de solucionar os conflitos entre as normas jurídicas ordinárias (e complementares) e a constituição e, em sentido amplo, é a entrega ao poder judiciário da missão de solucionar conflitos constitucionais.

O amadurecimento do conceito de jurisdição constitucional leva-nos a conclusão de que, através dela, garante-se a supremacia da Constituição pelos mais diversos órgãos do Poder Judiciário, seja pelo controle concentrado ou difuso de constitucionalidade, seja pela afirmação dos direitos fundamentais quando salvaguardados pela respectiva decisão jurisdicional.

Deste conceito não se abstrai qualquer referência ao papel jurisdicional de resolução de conflitos entre partes que, obviamente, está relacionado a interesses individuais contrapostos. Assim, de plano, verifica-se a especialidade da jurisdição constitucional que trará consequências ao contraditório processual objeto deste trabalho.

Delimitando a análise do tema ao controle difuso, verifica-se que, no controle concentrado, busca-se a proteção do interesse público e do ordenamento jurídico como um todo, razão pela qual não se aprecia interesses individuais. Assim, tem-se um processo denominado de *objetivo* que possui como finalidade precípua a análise da constitucionalidade da lei ou ato normativo.

Ademais, na ação direta de inconstitucionalidade, onde ocorre a arguição de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo, as cortes constitucionais podem fazer uso de técnicas diferenciadas buscando sua maior racionalização como a causa de pedir

---

<sup>81</sup> SILVA, José Afonso. *Jurisdição Constitucional da Liberdade no Brasil*.

aberta<sup>82</sup>; inconstitucionalidade por arrastamento<sup>83</sup>; efeitos vinculantes da decisão<sup>84</sup>; e transcendência dos motivos determinantes da decisão<sup>85</sup>.

Neste cenário, de que forma deve ser analisado o princípio do contraditório? Para respondermos a esta indagação devemos sedimentar a natureza objetiva do processo de controle concentrado de constitucionalidade.

### *2.1. Da natureza objetiva do processo de controle direto de constitucionalidade*

No direito constitucional, a partir da formulação da jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht*), tivemos o desenvolvimento do processo destinado a garantir a defesa da constituição. O *Bundesverfassungsgericht* constrói o pensamento de que nos processos de fiscalização abstrata de constitucionalidade, na verdade, o que se busca é a defesa da Constituição e não resguardar um direito subjetivo violado, sendo que as partes atuam no sentido de buscar uma solução que ao final sirva para fortalecer o texto constitucional.

---

<sup>82</sup> Técnica utilizada pela corte constitucional de modo que os fatos e fundamentos jurídicos trazidos à baila na petição inicial não serão os únicos a serem analisados quando da decisão acerca da constitucionalidade da lei ou ato normativo impugnado. Vide STF brasileiro em ADI 2.031, ADI 1.896-MC e RE 343.818.

<sup>83</sup> Casos em que, excepcionalmente o Supremo Tribunal brasileiro poderá estender a inconstitucionalidade a dispositivo não impugnado na inicial, desde que tal dispositivo guarde uma conexão necessária, significando uma relação de dependência, com o dispositivo que fora declarado inconstitucional. É a chamada inconstitucionalidade por atração, conseqüencial ou por arrastamento. Vide ADI 1.144.

<sup>84</sup> Em sede de ADI, o art. 102, do § 2º, da CF, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, dispõe que as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Destarte, vale perquirir a respeito de qual parte da decisão prolatada pelo Tribunal vinculará os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública.

<sup>85</sup> Na aplicação dos efeitos transcendentais da decisão o que ocorre é uma semelhança entre casos, o que remonta a uma espécie de analogia, que faz com que por segurança jurídica, eficiência, economia e racionalidade processuais, seja aplicado a caso semelhante o entendimento que fundamentara decisão do Supremo Tribunal Federal em sede de ADI. Todavia, finalmente, vale notar que esta tese, originária do Tribunal Constitucional Alemão e utilizada atualmente no STF brasileiro, não se encontra pacificada na doutrina, sendo alguns autores adeptos da não transcendência dos motivos determinantes (teoria restritiva) e outros favoráveis a tais efeitos (teoria extensiva).

Gilmar Ferreira Mendes<sup>86</sup> expando o pensamento do Tribunal germânico nos diz que, na tradicional visão desenvolvida por alguns processualistas, o processo está ligado a uma lide e a um direito subjetivo, tanto do autor do como do réu. A visão processualística procura demonstrar que o processo serve ao objetivo de solucionar uma lide. Aqui temos o ponto de diferenciação do processo objetivo pois, neste último, não estamos tratando nem de lide nem de direito subjetivo já que o escopo pretendido é a defesa, no caso, da Constituição.

Assim, o processo da fiscalização abstrata vem dar nova dimensão ao próprio conceito de processo. Cuida-se de um “processo” que constitui, como outro qualquer, instrumento da jurisdição (no caso constitucional concentrada); através dele será solucionada uma questão constitucional. Todavia, não pode ser tomado como meio para a composição da lide. É que, sendo “objetivo”<sup>87</sup>, inexistente lide no processo inaugurado pela ação direta genérica de inconstitucionalidade. Não há, afinal, pretensão resistida.

Desta forma, notamos como o processo objetivo difere da concepção tradicional do processo formulada pelos estudiosos do direito processual, pois os autores vinculam o processo com a lide ou com o interesse subjetivo.

---

<sup>86</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade- Aspectos políticos e Jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 1990, pg. 250-251, *apud* DUTRA, Claudio Eduardo Machado. *O processo objetivo no controle abstrato de constitucionalidade*.

<sup>87</sup> Podemos considerar que a origem do chamado “processo objetivo”, ou seja, aquele processo em que as partes são meramente formais e que se busca de uma decisão cujos efeitos terão como escopo a defesa da Administração, remonta ao direito administrativo. EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA, em estudo sobre as origens da justiça administrativa francesa trata da concepção de processo objetivo, formulada dentro da teoria administrativista, aonde o processo se caracterizaria por não haver partes e nem defesa de interesse subjetivo. Nos diz o autor: “*Esa articulación fue la gran obra histórica del Consejo de Estado francés, con gran invención del excés de pouvoir, que puede considerarse formado a comienzos de este siglo (LAFERRIÈRE aún no lo comprendía en 1889 y lo estimaba “un cierto relajamiento de la doctrina jurídica”)*”. Esse recurso de excesso de poder o de anulación, considerado como um recurso objetivo o de la legalidade, sin partes propiamente dichas (el “interés” que há de alegar el recurrente sería un “simple requisito de seriedad” para poner en marcha los poderes de oficio del juez administrativo, él mismo parte de la Administración), un verdadero “proceso al acto” y no de tutela de derechos, puramente declarativo, cuyas consecuencias sólo a la Administración tocaría extraer(...) Notamos da citação do administrativista espanhol, como a concepção de que em alguns recursos o processo desenvolvido não era um processo com partes, mas sim uma forma do recorrente, que não precisava demonstrar um direito subjetivo, acionar um processo administrativo que iria ter uma decisão que na verdade serviria para defender a própria administração pública.

Professor Gomes Canotilho<sup>88</sup>, analisando o modelo português de fiscalização abstrata, nos diz que, malgrado ser falado de legitimidade processual ativa e de legitimidade processual passiva, o processo abstrato de controlo de normas não é um processo contraditório, na qual as partes litigam pela defesa de direitos subjetivos ou pela aplicação de direito subjetivamente relevante. Trata-se fundamentalmente de um processo objetivo sem contraditores, embora os autores do ato normativo submetido a impugnação possam ser ouvidos (daí a utilidade de se falar em legitimidade processual passiva).

Nesta toada, doutrina e jurisprudência já firmaram o entendimento de que a propositura de Ação Declaratória de Inconstitucionalidade leva à instauração de um processo eminentemente objetivo, porquanto despido de qualquer carga de subjetividade. Sim, trata-se de processo destituído de partes em litígio; não conta com a presença de lide, contendores, tampouco de interesses intersubjetivos em choque. Não cuida do julgamento de um caso concreto mas, sim, da constitucionalidade da lei em tese, de uma relação de validade entre normas.

Em síntese, no processo objetivo não subsiste o contraditório clássico – com partes atuando no processo em defesa de interesses contrapostos. É espécie de processo que não se predispõe à tutela de situações subjetivas – sem vinculação a quaisquer pendengas concretas e individuais – mas, sim, de uma situação eminentemente objetiva: a adequação de norma infraconstitucional às normas constitucionais. Destina-se, assim, à guarda da Constituição, à defesa da ordem constitucional. Seu escopo é, portanto, estritamente político.

Enfim, é preciso salientar que sua natureza objetiva foi determinante no estabelecimento de inúmeras regras procedimentais, tais como, no Brasil, a vedação explícita à desistência da demanda pelo ente acionante (art. 5º da Lei nº 9.868/99), a proibição da intervenção de terceiros (art. 7º da Lei nº 9.868/99), possibilidade de participação do *amicus curiae*, a irrecurribilidade – ressalvando-se os embargos de declaração e do agravo contra decisão do relator – e não-rescindibilidade de sua decisão (art. 26 da Lei nº 9.868/99) e que encontram semelhanças no direito português.

A partir desse excerto, ressaltam-se dois pontos.

O primeiro é o da necessidade de “controvérsia judicial”, da qual serão utilizados os “argumentos pró e contra a constitucionalidade”. Nesse diapasão, é evidente que, apesar de o processo objetivo ser unilateral e não contraditório, o Supremo Tribunal

---

<sup>88</sup> CANOTILHO, JJ Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7ª edição. Fls. 1006 e 1007. Revista do Observatório de Direitos Humanos do Curso de Direito IESB: Brasília, v.2, n.2, jan./jul., 2017.

Federal Brasileiro (STF), ao julgar uma ação que questiona a constitucionalidade de uma norma, considera argumentos de lados opostos oriundos, muitas vezes, da análise concreta dos casos do controle difuso, o que, finalmente, implicaria um julgamento de processo objetivo com certa similaridade ao julgamento de um processo subjetivo.

Tal ponto é pouco abordado na doutrina sendo valioso recordar a consideração de Canotilho<sup>89</sup>: “[...] parece-nos que a opinião corrente, segundo a qual a jurisdição constitucional se limita à apreciação de questões de direito e não à investigação de questões de facto, necessita de uma melhor iluminação teórica [...]”

Esta falta de aprofundamento acaba gerando entendimentos divergentes pelo Tribunal Constitucional Brasileiro notadamente vinculados a necessidade de contraditório que, por vezes, exige a defesa da norma impugnada pelo Advogado Geral da União e, outras vezes, admite sua manifestação pela procedência da ação<sup>90</sup>.

O segundo ponto a ser destacado e que extrapola os limites deste trabalho relaciona-se com a questão de interesse. É de se estranhar que o mesmo órgão que afirma não haver em um processo objetivo *interesse*, defenda a necessidade de “interesse objetivo por parte dos legitimados” para propor uma ação do próprio processo objetivo. A corte constitucional brasileira desenvolve a tese de interesse objetivo sob a expressão “pertinência temática”. A partir daí uma reflexão se apresenta: como é possível, em um momento, o judiciário negar a existência de interesse no processo objetivo e, em outro instante, exigir que haja interesse\_ pertinência temática\_ na atividade dos legitimados para a propositura das ações? Se não há incoerência entre essas passagens, elas merecem, no mínimo, ser mais bem explicadas.

Dessa forma, pode-se verificar que, dada a importância do Supremo Tribunal Federal e de suas decisões e considerado o impacto que a simples classificação entre Processo Objetivo e Processo Subjetivo (ou, melhor dizendo, entre questões de direito e questões de fato) pode causar na realidade do país, mostra-se evidente a relevância de um estudo mais aprofundado sobre a validade dessa distinção.

## [2.2. Necessidade de ampliação dos legitimados na interpretação constitucional. Fundamentação filosófica sobre o contraditório no controle de constitucionalidade.](#)

---

<sup>89</sup> *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Ed. Almedina.

<sup>90</sup> Será objeto de tópico específico.

Ao buscar a origem ou razão do contraditório nos métodos de interpretação constitucional, encontramos o método tópico-problemático (tópico: esquemas de pensamento, raciocínio, argumentação, lugares comuns, pontos de vista), que, salvo juízo diverso, muito se relaciona com o caráter democrático da interpretação constitucional que se pretende alcançar com a ampliação cada vez maior da participação.

Assim, o método tópico-problemático, no âmbito do direito constitucional, parte das seguintes premissas: (1) caráter prático da interpretação constitucional, dado que, como toda a interpretação, procura resolver os problemas concretos; (2) caráter aberto, fragmentário ou indeterminado da lei constitucional; (3) preferência pela discussão do problema em virtude da *open texture* (abertura) das normas constitucionais que não permitam qualquer dedução subsuntiva a partir delas mesmo.

A interpretação da constituição reconduzir-se-ia, assim, a um processo aberto de argumentação entre vários participantes (pluralismo de intérpretes) através da qual se tenta adaptar ou adequar a norma constitucional ao problema concreto.

Os aplicadores-interpretadores servem-se de vários tópicos ou pontos de vista, sujeitos à prova das opiniões pró ou contra, a fim de descortinar dentro das várias possibilidades derivadas da polissemia de sentido do texto constitucional, a interpretação mais conveniente para o problema.

De Luís Roberto Barroso<sup>91</sup> podemos extrair preciosa contribuição acerca da moderna hermenêutica constitucional. Para o doutrinador carioca o problema concreto a ser resolvido necessita da formulação da solução adequada, solução que deve fundar-se em uma linha de argumentação apta a conquistar racionalmente os interlocutores, sendo certo que o processo interpretativo não tem como personagens apenas os juristas, mas a comunidade como um todo.

Em verdade, e sem aprofundarmos o tema para não extrapolarmos os limites impostos para este trabalho, vê-se clara influência da Teoria Discursiva de Habermas sobre o controle de constitucionalidade das leis. O primeiro deles é de que esse controle compõe o discurso da aplicação das normas, desde que exercido pelo Judiciário. Desta forma, vez que um discurso não se produz monologicamente, o contraditório é elemento essencial da dimensão pragmática do processo de obtenção da “resposta certa” ou da “norma ideal”. Ele compõe a racionalidade procedimental que afasta uma visão

---

<sup>91</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. P. 332/333.

solipsista<sup>92</sup> da teoria da decisão. Assim, na aplicação do direito, o juiz deverá trabalhar com um discurso organizado em forma contraditória, concedendo simétrica igualdade de participação das partes.

Para os adeptos da teoria de Habermas, é imperioso a existência de contraditório no controle de constitucionalidade de modo a ser viabilizado o discurso organizado a ser exercido pelos legitimados constitucionais para este papel de modo a, segundo a teoria do discurso de Alexy<sup>93</sup>, viabilizar a possibilidade das convicções se modificarem por causa de argumentos apresentados.

Por outro lado, Peter Häberle entende que devemos ter uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição, afastando a concepção de subjetividade do processo de controle de constitucionalidade. Informa o doutrinador alemão<sup>94</sup> que uma análise genérica demonstra que existe um círculo muito amplo de participantes do processo de interpretação pluralista, processo este que se mostra muitas vezes difuso. A teoria da interpretação constitucional esteve muito vinculada a um modelo de interpretação de uma "sociedade fechada". Ela reduz, ainda, seu âmbito de investigação, na medida em que se concentra, primariamente, na interpretação constitucional dos juízes e nos procedimentos formalizados.

Após ressaltar que a interpretação constitucional tem sido, até agora, coisa de uma sociedade fechada, restrita aos intérpretes jurídicos vinculados às corporações e às partes formais do processo, observa Häberle<sup>95</sup> que a interpretação é um processo aberto. Não é, pois, um processo de passiva submissão, nem se confunde com a recepção de uma ordem. A interpretação conhece possibilidades e alternativas diversas. A ampliação do círculo dos intérpretes é a consequência da necessidade, por todos defendida, de integração da realidade no processo de interpretação. É que os intérpretes, em sentido amplo, compõem essa realidade pluralista. Se se reconhece que a norma não é uma decisão prévia, simples e acabada, há de se indagar sobre os participantes no seu desenvolvimento funcional, sobre as forças ativas da *law in public action* (personalização, pluralização da interpretação constitucional!).

---

<sup>92</sup> O termo vem do latim *solus* (sozinho) e *ipse* (self).

<sup>93</sup> STRECK, Lenio. *Verdade e consenso*. 2ª edição. Lumen Juris, 2008. fl. 85.

<sup>94</sup> Fls. 11/12. Obra citada.

<sup>95</sup> Fls. 30/31. Obra citada.

O reconhecimento do caráter complexo e plural da interpretação constitucional leva, como acentua Häberle<sup>96</sup>, a uma *relativização* da interpretação constitucional jurídica:

"Essa relativização assenta-se nas seguintes razões:

1. O juiz constitucional já não interpreta, no processo constitucional, de forma isolada: muitos são os participantes do processo; as formas de participação ampliam-se acentuadamente;
2. Na posição que antecede a interpretação constitucional "jurídica" dos juízes (Im Vorfeld juristischer Verfassungsinterpretation der Richter), são muitos os intérpretes, ou, melhor dizendo, todas as forças pluralistas públicas são, potencialmente, intérpretes da Constituição. *O conceito de "participante do processo constitucional" (am Verfassungsprozess Beteiligte) relativiza-se na medida em que se amplia o círculo daqueles que, efetivamente, tomam parte na interpretação constitucional. A esfera pública pluralista (die pluralistische Öffentlichkeit) desenvolve força normatizadora (normierende Kraft). Posteriormente, a Corte Constitucional haverá de interpretar a Constituição em correspondência com a sua atualização pública;*
3. Muitos problemas e diversas questões referentes à Constituição material não chegam à Corte Constitucional, seja por falta de competência específica da própria Corte, seja pela falta de iniciativa de eventuais interessados. Assim, a Constituição material "subsiste" sem interpretação constitucional por parte do juiz. Considerem-se as disposições dos regimentos parlamentares! Os participantes do processo de interpretação constitucional em sentido amplo e os intérpretes da Constituição desenvolvem, autonomamente, direito constitucional material. Vê-se, pois, que o processo constitucional formal não é a única via de acesso ao processo de interpretação constitucional" (Grifo nosso).

E qual a implicação prática destas correntes?

Se nos filiaros a Habermas, passamos a exigir o contraditório e defesa da norma nas ações diretas de inconstitucionalidade de modo a viabilizar a construção do discurso organizado.

Por outra banda, se nos filiaros Peter Häberle<sup>97</sup>, no sentido de que seja ampliada a participação de atores externos à relação angularizada do processo, de modo

<sup>96</sup> Fls. 41. Obra Citada.

<sup>97</sup> *Propõe-se, a seguinte tese: no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com numerus clausus de intérpretes da Constituição. Interpretação constitucional tem sido, até agora, coisa de uma sociedade fechada. Dela tomam parte apenas os intérpretes jurídicos "vinculados às corporações" (zünftmässige Interpreten) e aqueles participantes formais do processo constitucional. A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade (...weil Verfassungsinterpretation diese offene Gesellschaft*

a conferir maior legitimação às decisões tomadas pelas Cortes Constitucionais, relativizamos o princípio do contraditório acolhendo o princípio da colaboração.

Na linha indicada pelo princípio da colaboração, o ordenamento positivo brasileiro processualizou a figura do *amicus curiae* (Lei n. 9.868/99, art. 7º, § 2º), permitindo que terceiros, desde que investidos de representatividade adequada, possam ser admitidos na relação processual para efeito de manifestação sobre a questão de direito subjacente à própria controvérsia constitucional.<sup>98</sup>

### 3. O contraditório no processo de controle concentrado de constitucionalidade

Apresentado todo arcabouço teórico, conceitual e filosófico, tratemos especificamente do princípio do contraditório no controle de constitucionalidade.

Repetindo a lição de Canotilho<sup>99</sup>:

O processo abstracto de controlo de normas não é um processo contraditório, no qual as partes <litigam> pela defesa de direitos subjectivos ou pela aplicação de direito subjectivamente relevante. Trata-se, fundamentalmente, de um processo objetivo sem contraditores, embora os autores do acto normativo submetido a impugnação possam ser ouvidos (daí a utilidade de se falar em legitimidade processual passiva). Mas se o processo principal da fiscalização abstracta não é um processo contraditório (embora, nos termos do art. 54º da LTC esteja assegurado o princípio audiatur et altera pars, ou seja, o princípio do contraditório), tão pouco é um processo inquisitivo, a iniciar ex officio pelo Tribunal Constitucional. O Tribunal actua a pedido de certas entidades e só pode pronunciar-se sobre as normas cuja apreciação tiver sido requerida (delimitação do objeto do pedido).

---

*immer von neuem mitkonstituiert unde von ihr konstituiert wird). Os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade. (...) Todo aquele que vive o contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição. (...) Quanto mais ampla for, do ponto de vista objetivo e metodológico, a interpretação constitucional, mais amplo há de ser o círculo dos que dela devam participar. A unidade da Constituição surge da conjugação do processo e das funções de diferentes intérpretes.*

<sup>98</sup> Este entendimento se aplica, inclusive, sobre o controle difuso que admite a participação do *amicus curiae* em processo subjetivos.

<sup>99</sup> CANOTILHO, JJ Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7ª edição. Fls. 1006 e 1007. Revista do Observatório de Direitos Humanos do Curso de Direito IESB: Brasília, v.2, n.2, jan./jul., 2017.

Malgrado ter como característica sua objetividade, por força do §3º do art. 103 da Constituição brasileira, parte da doutrina e a jurisprudência vêm exigindo que o Advogado Geral da União exerça o papel de “advogado da inconstitucionalidade”.

A seu turno, o art. 54 da Lei do Tribunal Constitucional Português impõe a audição do órgão emanador da norma impugnada para, se quiser, ofertar a defesa da norma.

Como se vê, são soluções distintas que serão analisadas caso a caso.

### *3.1 O contraditório no controle de constitucionalidade português*

Em Portugal a matéria é regulada pela Lei do Tribunal Constitucional, Lei nº 28/82, de 15 de Novembro (com as alterações introduzidas pelas Leis nº 143/85, 85/89, 88/95, 13-A/98, e pela Lei Orgânica nº 1/2011, de 30 de novembro), capítulo II.

Nos termos do art. 54º desta Legislação, o presidente do Tribunal notifica o órgão que tiver emanado a norma impugnada para, querendo, se pronunciar sobre o pedido de inconstitucionalidade formulado. Ou seja, na legislação portuguesa inexistente a obrigatoriedade de defesa da norma, tão somente é ofertado a possibilidade de contraditório.

Neste sentido, após análise da jurisprudência do Tribunal Constitucional português verificamos que os órgãos que emanam a norma, após notificados, podem: defender a norma e apresentar argumentos relevantes por colaboração; podem se abster de defender a norma impugnada optando por opinar pelo mero “merecimento dos autos”<sup>100</sup> ou, ainda; podem defender a própria inconstitucionalidade da norma e consequente procedência da ação como ocorreu no curso do acórdão nº 763/93.

Neste processo, de relatoria da Ministra Assunção Esteves, devidamente notificado nos termos e para os efeitos dos artigos 54.º, 55.º, n.º 3, e 56.º, n.º 2, da Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro, o Presidente da Assembleia Regional dos Açores enviou um parecer da mesma Assembleia em que se conclui também pela ilegalidade dispositivo atacado e, além disso, se informa ao Tribunal Constitucional de que o Governo Regional

---

<sup>100</sup> A Exemplo do recente ACÓRDÃO N.º 574/2014.

dos Açores apresentara uma proposta de Decreto Legislativo Regional visando superar aquela ilegalidade.<sup>101</sup>

Desta forma, vê-se que o controle de constitucionalidade português, malgrado ofertar o contraditório nas ações diretas de inconstitucionalidade, não exige a defesa da norma por quem quer que seja e se assemelha ao controle de constitucionalidade brasileiro ao restringir a legitimidade ativa e ao inadmitir a desistência da ação.

### 3.2 O contraditório no controle de constitucionalidade brasileiro

Já a Constituição brasileira estabelece no art.103, §3º e no art. 131:

Art. 103 (...)

§ 3º - Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado”

Art. 131 - A Advocacia Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

§ 1º - A Advocacia Geral da União tem por chefe o Advogado Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

Desta forma, a Constituição brasileira atribuiu ao Advogado Geral da União – AGU- a responsabilidade pelo contraditório no controle abstrato de constitucionalidade. E qual a interpretação que deve ser dada a expressão *defenderá o texto impugnado*?

Como dito, o Advogado Geral da União, nos termos dos artigos 131 e 103, § 3º, da Constituição Federal brasileira, desempenha simultaneamente as funções de chefe da Advocacia Geral da União e, segundo parte da doutrina, de “curador” da norma impugnada no âmbito das Ações Diretas de Inconstitucionalidade – ADI.

Interpretando tais dispositivos constitucionais, o Supremo Tribunal Federal entendia que o AGU, além de dirigir a instituição, deveria defender, de modo indisponível, a constitucionalidade do ato normativo atacado ainda que, para isso, se

---

<sup>101</sup> O processo foi a julgamento, mesmo com a revogação da norma impugnada, em razão da necessidade de estabelecimento de efeitos retroativos da inconstitucionalidade.

deparasse com situações práticas conflitantes. Esta posição foi firmada no julgamento das ADIs n<sup>os</sup> 72, 97, 242, 1254 e 1434.

Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal evoluiu no seu entendimento conforme se verifica nas ADIs n<sup>os</sup> 1616 e 3916, julgadas respectivamente em 2001 e 2010, para admitir que o AGU deixe de defender o ato impugnado se já houver manifestação do STF sobre a tese objeto de discussão.

Neste sentido é a doutrina de Alexandre de Moraes<sup>102</sup>: “Compete ao Advogado Geral da União, em ação direta de inconstitucionalidade, a defesa da norma legal ou ato normativo impugnado, independentemente de sua natureza federal ou estadual, pois atua como curador especial do princípio da presunção da constitucionalidade das leis e atos normativos, não lhe competindo opinar nem exercer a função fiscalizadora já exercida pelo Procurador-Geral da República, mas a função eminentemente defensiva.

Dessa forma, atuando como curador da norma infraconstitucional, o AGU está impedido constitucionalmente de manifestar-se contrariamente a ela, sob pena de frontal descumprimento da função que lhe foi atribuída pela própria Constituição Federal, e que configura a única justificativa de sua atuação processual neste caso.”

Contudo, o constitucionalista brasileiro já aponta que “O STF prevê, excepcionalmente, a possibilidade de o Advogado Geral da União deixar de exercer a sua função constitucional de curador especial do princípio da constitucionalidade das leis e atos normativos, quando houver precedente da Corte pela inconstitucionalidade da matéria impugnada”.

Merece registro o voto vencido do Min. Marco Aurélio suscita questão de ordem na ADI n<sup>o</sup> 3916, afirmando que, diferentemente da situação do Procurador-Geral da República, no caso do Advogado Geral da União, “(...) a autorização constitucional para interferir é uma atuação dirigida”. Destacou, ainda, que “o curador não pode atacar o curatelado. O papel da Advocacia Geral da União é o de proteção ao ato normativo atacado, como está na parte final”.

---

<sup>102</sup> MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. Atlas Jurídico. São Paulo: 2005. p.592.

Ao final, sugeriu o Ministro “que se chame esse processo à ordem e se determine a volta à Advocacia para que ela – já que a Carta a todos submete, indistintamente – observe a previsão do § 3º do artigo 103.”

Em seguida, travou-se intenso debate sobre o tema pelos membros da Corte.

O então Presidente do Tribunal, Min. Gilmar Mendes, compartilhou com os colegas os desafios que enfrentou enquanto esteve à frente da Advocacia Geral da União. Afirmou que, quando “a matéria já era pacífica no entendimento do Supremo Tribunal Federal e tinha ele que esgrimir esse argumento repetitivo”, passou a adotar uma nova orientação, “ressalvando que aquela orientação já estava pacificada no âmbito do Supremo Tribuna Federal.” Lembrou ainda da situação delicada de estar o Advogado Geral da União no polo ativo de eventual ADI, subscrevendo ação ajuizada pelo Presidente da República. E concluiu afirmando que “talvez não tenha sido a melhor opção do constituinte ter designado o Advogado como curador, porque, a rigor, ele é, na verdade, uma parte protagonista nesta cena.”

Por sua vez, o min. Ricardo Lewandowski destacou a existência de aparente conflito de normas, uma vez que “o art. 131 da Carta Magna assevera que a Advocacia Geral da União é a instituição que defende os interesses da União” e, no caso em tela, por exemplo, o AGU detectou invasão da competência legislativa da União.

Ao se pronunciar, o min. Cezar Peluso inicialmente concordou com o Min. Marco Aurélio sobre a distinção das funções atribuídas ao Advogado Geral da União, como representante da União e no exercício do contraditório no âmbito da ADI. Ressalvou, entretanto, dois pontos. O primeiro ocorria no caso em julgamento, quando o interesse da União coincido com o do autor da ação, tendo em vista eventual invasão de sanção ao Advogado Geral da União por eventual descumprimento da função preconizada no § 3º do art. 103 da Carta de 1988. Mais à frente, concluiu pela manutenção do entendimento firmado na Corte e pela impossibilidade de se impor sanção ao eventual descumprimento da norma constitucional.

Nesse ínterim, interveio o relator, min. Eros Grau, afirmando que procedeu de acordo com o precedente firmado na ADI nº 1616 no sentido de que o comando constitucional deveria ser interpretado com temperamentos. Chegou a se perguntar, em voz alta, “se a mim me caberia, na instrução desse processo, devolver os autos à Advocacia Geral da União.”

O min. Ayres Britto, em seu voto na questão de ordem, afirmou que o dispositivo constitucional apresenta “uma cautela da Constituição em prol da harmonia dos Poderes”, sendo então “preciso que o Advogado Geral da União defenda o ato”. Isso corre porque, de acordo com sua concepção e invocando pensamento de Geraldo Ataliba, “a ADI é uma via processual de atalho, *per saltum*; o processo é objetivo, não há partes propriamente ditas, não há contraditório propriamente dito”. Em nova intervenção feita em seguida, acabou alinhando-se à corrente majoritária e concluindo que, “se interpretarmos o preceito logicamente, chegaremos à seguinte conclusão: que a Advocacia Geral da União defenderá o ato ou o texto impugnado quando possível, quando viável.”

Com isso, a Corte estabeleceu a compreensão de que a interpretação do art. 103, §3º da CRFB não deveria ser a literal, nos termos defendida pelo ministro Marco Aurélio tendo a corte decidido que o AGU não tem o dever de defender a norma impugnada.

Malgrado esta decisão, novamente alterada a composição da corte, sobreveio nova decisão na ADI Nº 2186, de relatoria do Ministro Marco Aurélio em 18/11/2014, em que a decisão do Supremo Tribunal brasileiro indica retorno ao entendimento inicial para impor ao AGU a obrigação de defesa intransigente da norma impugnada.

Contudo, merece o registro de que não houve discussão dos demais ministros sobre o posicionamento da questão que, diante conhecida sobrecarga do STF, não pode implicar em retrocesso de entendimento da jurisprudência, mas impõe o alerta para acompanhamento do desenvolvimento do tema.

Este é o panorama brasileiro sobre o contraditório no controle de constitucionalidade que, a meu ver, ainda carece de evolução.

#### 4. Função do advogado geral da união no controle concentrado de constitucionalidade brasileiro. Necessidade de evolução.

A Constituição brasileira conferiu à Advocacia Geral da União uma função essencial à justiça, consagrando-lhe a missão de representar a União, judicial e extrajudicialmente, aí compreendidos os três Poderes, além de exercer a função de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

Conforme destacado por Gilmar Ferreira Mendes<sup>103</sup>, à Advocacia Pública cabe “operar na redefinição do interesse público sob um paradigma democrático”. Para tanto, afirma que se é o direito a forma própria de manifestação dos atos dos representantes populares, compete à Advocacia Pública oferecer a alternativa técnica para a imaginação institucional e a conseqüente transformação da sociedade brasileira<sup>104</sup>.

No mesmo sentido, Walküre Lopes Ribeiro da Silva<sup>105</sup> observa que apesar de atuar na esfera do Estado, a Advocacia Pública detém informações, conhecimentos úteis não apenas ao Estado mas também à sociedade. Por conseqüência, o “*efeito desejado é a realização do interesse público, não do interesse dos governantes do momento ou de indivíduos ou grupos existentes no meio social. Por ser necessariamente ético, objetivando a defesa de valores essenciais, ainda que implícitos nas normas constitucionais ou infraconstitucionais, o papel da Advocacia assume relevância na definição do interesse público*”.

Deste modo, o mais importante é o fato de que a Constituição brasileira optou por dividir a instituição incumbida da tutela judicial do interesse público, quebrando o monopólio do Ministério Público brasileiro que exercia três atribuições por vezes conflitantes.

Essa partição de funções, fixemos, é resultado de uma busca pelo melhor aparelhamento da tutela do interesse público. Trata-se, como já afirmado, de uma adequação às necessárias especificações e capacitações técnicas, consubstanciada nas *Procuraturas Constitucionais*, visando a preservar o Estado de Direito e alcançar o Estado de Justiça.

---

103 Advogado Geral da União no período de 31/01/2000 20/06/2002 e hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal.

104 FERREIRA MENDES, Discurso de abertura.

105 RIBEIRO DA SILVA, Institucionalização dos órgãos de advocacia pública, p. 296.

Assim, a Constituição Federal, por influência do modelo italiano, atribuiu à “Advocacia da União” a *atividade institucional originária*, ou seja, a tutela do interesse público naquilo que diz respeito com os interesses do Estado, remanescendo ao Ministério Público, em suma, as competências acusatória e fiscalizadora herdadas do *modelo francês*, a que se acrescentou a título revitalizador, a tutela dos chamados interesses difusos.

Para tanto, a Advocacia Geral da União, enquanto função essencial à justiça, é a defensora do interesse público e, como tal, vem desempenhando importante papel para a Nação Brasileira. Tratando-se de função pública autônoma, independente e *destacada* das estruturas dos três Poderes do Estado, nos termos da Constituição Federal<sup>106</sup>, lhe é assegurado o exercício de suas funções com independência e imparcialidade, não cabendo qualquer tipo de restrição ao desempenho de suas funções sob pena de configurar ato atentatório à dignidade da justiça.

Nesta linha de raciocínio é com espanto que se percebe na doutrina e na jurisprudência uma tentativa de amordçar o Advogado Geral da União no exercício de suas funções constitucionais na medida em que se afirma que §3º, art. 103 da Constituição Federal, impede o AGU de exercer um juízo de valor sobre a norma impugnada.

Este trabalho discorda da tese de que o Advogado Geral da União tem o papel de “advogado da inconstitucionalidade” na medida em que é cláusula pétrea da Constituição Federal a ampla liberdade de manifestação e pensamento, além da AGU ser função essencial à justiça imbuída de um *múnus público*.

A flexibilidade do *múnus de defesa* da norma em ações de controle de constitucionalidade tem que ser analisada em um contexto de que o processo não é ajuizado em face de uma pessoa física ou jurídica. Na petição inicial é formulado pedido ao tribunal competente para que julgue determinada lei ou ato normativo inconstitucional, a fim de que o Poder Judiciário determine que a norma combatida seja eliminada do ordenamento jurídico positivo. O tribunal, recebendo a inicial, solicita informações aos Poderes Executivo e Legislativo da pessoa jurídica de direito público - editora da lei impugnada - para que preste informações.

---

<sup>106</sup> Nas palavras do Ministro Celso de Mello, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 127: [...] A União e os Estados-membros não se confundem e nem se reduzem à dimensão pessoal e político-jurídico do Presidente da República e dos Governadores Estaduais. O Governador do Estado não pode tomar para si, patrimonializando-se como mera projeção pessoal do Chefe do Poder Executivo, um órgão público concebido pela Constituição local como depositário da magna prerrogativa de representar, em juízo, o próprio Estado – pessoa jurídica de direito público interno.

Assim, conforme apontado por Clèmerson Merlin Clève<sup>107</sup>, *litteris*:

*"A finalidade da ação direta de inconstitucionalidade não é a defesa de um direito subjetivo, ou seja, de um interesse juridicamente protegido lesado ou na iminência de sê-lo. Ao contrário, a ação direta de inconstitucionalidade presta-se para a defesa da Constituição. A coerência da ordem constitucional e não a defesa de situações subjetivas consubstancia a finalidade da apontada ação. Por isso consiste em instrumento da fiscalização abstrata de normas, inaugurando 'processo objetivo' de defesa da Constituição. Cuidando-se de processo objetivo, na ação direta de inconstitucionalidade não há lide, nem partes (salvo no sentido formal), posto inexistirem interesses concretos em jogo. Por isso, as garantias processuais previstas pela Constituição, não se aplicam, em princípio, à ação direta de inconstitucionalidade"*

Logo, não ocupa o Advogado Geral da União posição de réu nem de fiscal da lei (*custus legis*). Ele intervém no processo por imposição constitucional para servir de escudo ao próprio ordenamento jurídico. Desta forma, exerce o contraditório para fins de instruir o processo com elementos suficientes a permitir uma cognição justa pelo Pretório Excelso, protegendo a Constituição sem violar a presunção de compatibilidade das normas infraconstitucionais.

Desta forma, a norma prevista no §3º, art. 103 da Constituição brasileira incumbe ao Advogado Geral da União a tarefa de defender a norma, mas não veda a sua manifestação em favor da supremacia da constituição. Ou seja, o Advogado Geral da União tem o dever de oferecer o contraditório nas Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade, porém, também compete ao AGU a defesa do Constituição não havendo que se falar em proibição de manifestação em favor da Carta Magna mesmo que resulte em manifestação a favor da procedência da ação.

Alargando a análise do tema para uma interpretação sistêmica da constituição brasileira, destaca-se a relevância conferida à liberdade de expressão, com tônica na vedação expressa de qualquer censura de natureza política, ideológica e artística e ofensa a autonomia inerente ao cargo de advogado.

---

<sup>107</sup> *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, Ed. RT, São Paulo, 1995, pp.113/114. *apud* PURVIN DE FIGUEIREDO, Guilherme José *et* BARROS, Marcos Ribeiro de. *Op. cit.*

Nesta ótica garantista, a própria Constituição não pode legitimamente se arvorar em árbitro de quais são as ideias dignas de serem expressas e não pode calar pessoas por causa de suas convicções, excluindo-as do debate público, ainda mais de agentes políticos como o AGU.

A responsabilidade moral dos cidadãos envolve não apenas o direito de formar suas próprias convicções, mas também o direito de expressá-las aos outros. Todas as ideias, inclusive aquelas que fomentam o ódio, o racismo, o preconceito, por mais abjetas que possam ser, estão protegidas pela livre manifestação, porque qualquer restrição ao conteúdo do discurso é incompatível com uma sociedade liberal comprometida com a responsabilidade moral do indivíduo.

A liberdade de expressão e direito à informação revela-se de grande importância no Controle de constitucionalidade na medida em que o AGU pode, além dos motivos elencados em uma ADIN, levantar outra interpretação ofensiva à constituição, assegurando uma ampla informação aos Ministros do STF.

Acrescente-se ainda que, enquanto responsável pela assessoria jurídica do poder executivo o Advogado Geral da União tem ampla capacidade de demonstrar ao poder judiciário não só as razões jurídicas de determinadas normas, mas também os impactos que eventual decisão judicial pode na atividade administrativa do estado. Assim, novamente evocando Häberle, não se pode impedir que a AGU, enquanto instituição que assessora juridicamente o poder executivo e representa o estado judicialmente, contribua de forma livre com a corte constitucional.

O compromisso do advogado público é com a sociedade. A sua missão não é defender cegamente o órgão a que está vinculado ou o governante que está no poder no momento. Exerce uma advocacia de Estado não de governo. Mira o interesse público primário, está comprometido com a lei e com a preservação do Estado Democrático de Direito. Qualquer tentativa de interferir na sua atuação, sem um amparo na legislação e na Constituição, é danosa e deve ser prontamente combatida por ele e pelos órgãos de controle da Administração. É um direito do advogado e um dever ético zelar por esta independência.

Destaca-se neste sentido que, com relação ao advogado, a Constituição brasileira no art. 133, o considera ‘inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei’.

Para tanto, o Supremo Tribunal Federal brasileiro vem pressupondo que a afronta aos direitos fundamentais, bem como a qualquer regra ou princípio constitucional, implica descumprimento do princípio da legalidade. O STF, com base no direito alemão, assevera que qualquer inconstitucionalidade de lei restritiva de direito configura, também, afronta aos direitos fundamentais, neste sentido invoca a lição de Hans Jurgen Papier:

“O significado dos direitos fundamentais nos termos da Lei Fundamental não se limita mais exclusivamente a garantir a legalidade (Gesetzmassigkeit) das restrições impostas à liberdade individual pelo Executivo e pelo Judiciário.

Mediante a vinculação do Poder Legislativo aos direitos fundamentais não se suprime, mas se reforça e se completa a função de proteção dos direitos fundamentais. Administração e Justiça necessitam para intervenção nos direitos fundamentais de uma ampla autorização: Além da autorização legal (Gesetzliche Ermächtigung) para a intervenção, deve-se exigir também uma autorização constitucional para a limitação dos direitos fundamentais(....).”<sup>108</sup>

A partir dessas considerações, verifica-se que a função de uma Advocacia Pública no Estado Democrático de Direito é muito mais do que meramente fazer o controle da legalidade estrita dos atos do poder público, mas também assegurar o cumprimento dos princípios da moralidade, da finalidade pública, da juridicidade, bem como das normas constitucionais.

Aditam-se ainda as lições valiosas do constitucionalista Jose Afonso da Silva<sup>109</sup> de que a responsabilidade a Advocacia Pública no Estado Democrático de Direito pela plena defesa dos direitos fundamentais da pessoa humana em que seus membros saíram da mera condição de servidores públicos burocráticos, preocupados apenas com o exercício formal da atividade administrativa de defesa dos interesses patrimoniais da

<sup>108</sup> Agravo n 395.662, DJU de 23.04.2004, Informativo do STF, n 344.

<sup>109</sup> (2002 : 281-289)

Fazenda Pública para se tornarem peças relevantes da plena configuração desse tipo de Estado.

Outro argumento infalível é trazido por Veloso<sup>110</sup>: “Obviamente não se está a exigir que o Advogado Geral da União – cidadão de notável saber jurídico e reputação ilibada- que vá defender a norma legal ou ato normativo impugnado a todo e qualquer preço, em qualquer caso e circunstância, mesmo que a inconstitucionalidade salte aos olhos com toda a evidência, sem margem para qualquer dúvida ou vacilação. Muito menos estará obrigado a ser o curador da norma contestada, se o autor da ação direta de inconstitucionalidade for o Presidente da República, quando o paradoxo seria ao extremo: o advogado arrazoando contra o seu patrono.”

Assim, imaginemos casos absurdos como uma Lei Complementar aprovada por somente 1/8 dos deputados federais sem qualquer tramitação pelo Senado ou uma Lei ripristinando a escravidão no Brasil. Será que mesmo em casos absurdos como estes o AGU deve defender a inconstitucionalidade destas normas?

Vê-se, pois, a incoerência em se exigir do AGU, em toda e qualquer hipótese, a defesa inquestionável de lei alvo de ação direta de inconstitucionalidade.

Desta forma, concluímos pela possibilidade do AGU, quando entender pertinente, se esquivar da defesa de norma impugnada, seja pelo fato de a União ser a maior interessada na exclusão de lei viciada do ordenamento, seja por ser o AGU também subordinado à Constituição.

Argumentos que sustentem entendimento contrário, baseados numa interpretação literal do artigo 103, § 3º, esbarram em incoerências práticas absurdas, soando mais razoável que, em determinados casos, aquela regra seja relativizada, sem, contudo, prejudicar o princípio da separação dos poderes e da presunção de constitucionalidade das leis editadas.

## CONCLUSÃO.

A procura pela construção do discurso organizado e consequente legitimidade das decisões levou o Supremo Tribunal brasileiro a determinar ao Advogado

---

<sup>110</sup> Veloso, *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. p. 92 *apud* CRUZ, Alvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional Democrática*. Editora Del Rey, 2004. Fl. 385.

Geral da União o papel de “curador especial” da presunção de constitucionalidade do ato normativo impugnado, reforçando diretamente a noção de contrariedade do processo. Tal exigência atenta contra a tese de racionalidade objetiva do processo, em que não há partes ou litígio.

Malgrado haver evolução na doutrina e na jurisprudência no que tange a necessidade de [ampliação dos legitimados na interpretação constitucional](#), o Advogado Geral da União ainda não vê respaldada sua ampla liberdade de manifestação e exercício profissional, encontrando resistência da doutrina e da jurisprudência que interpretam literalmente o art. 103, §3º da Constituição brasileira como uma obrigação de defesa cega da norma objeto de análise em controle concentrado de constitucionalidade, o que termina por apequenar o Advogado Geral da União, transformando-o, em verdade, em “Advogado Geral das Inconstitucionalidades”.

Entendemos que a participação do Advogado Geral da União no controle de constitucionalidade apresenta uma cautela da Constituição em prol da harmonia dos Poderes, devendo o AGU ofertar o contraditório para viabilizar a construção do discurso organizado, não podendo, entretanto, ser impedido de se manifestar em favor da procedência da ação se assim entender.

Isto ocorre porque o controle concentrado de constitucionalidade ocorre por meio de uma via processual de atalho, *per saltum*; o processo é objetivo, não há partes propriamente ditas, não há contraditório propriamente dito como se entende no processo subjetivo.

Este é o entendimento direito português em que órgão que tiver emanado a norma impugnada é notificado para, se quiser, arrazoar o pedido de inconstitucionalidade formulado. Ou seja, na legislação portuguesa inexistente a obrigatoriedade de defesa da norma, tão somente é ofertado a possibilidade de contraditório.

Neste passo, crê-se que a norma contida no §3º, art. 103 da Constituição Federal, estabelece ao Advogado Geral da União a função de ofertar ao contraditório, levantando todos os aspectos da “lide” em questão, suas implicações e diferentes pontos de vista que facilitem o julgamento nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade sem implicar defesa cega e radical da norma impugnada.

Atribuir ao AGU a mera função de curador da Lei é desprezar o conhecimento jurídico deste agente político. Ademais, evita-se uma situação extremamente contraditória que vêm ocorrendo nos casos em que o Presidente da República, assessorado pelo Advogado Geral da União, propõe determinada Ação Direta de Inconstitucionalidade, tendo o AGU, segundo a doutrina majoritária, a obrigação de defender a norma por ele impugnada.

Deste modo, restringir a atuação do AGU, cerceando a sua livre manifestação por meio de uma censura prévia, ofende a própria democracia e atentada contra a própria justiça na medida em que esta se furtar a sequer escutar outros argumentos necessários para o julgamento no controle concentrado de constitucionalidade.

## Referências

ARAÚJO, Fabíola Souza. A atuação do Advogado Geral da União na ação direta de inconstitucionalidade: compreensão inicial do Supremo Tribunal Federal. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 08 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.43795&seo=1>>. Acesso em: 10 jun. 2013.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva 2008.

BARBOSA, Rui - **A imprensa e o dever da verdade**. São Paulo: Com-Art, 1990;

BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (coordenador). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 2ª ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2003, 5ª Ed.

BORNIN, Daniela Queila dos Santos. **A defesa da Constituição**: Algumas considerações acerca do exercício da jurisdição constitucional brasileira. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 76, maio 2010. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7699](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7699)>. Acesso em jan 2015.

BUENO FILHO, Edgard Silveira. A democratização do debate nos processos de controle da constitucionalidade. **Revista de Direito Constitucional Internacional**. Nº 12, Abr/Jun de 2004. Todos Apud CHANAN, Guilherme Giacomelli. Amicus Curiae no Direito Brasileiro e a Possibilidade de seu Cabimento nas Cortes Estaduais. Artigo jurídico disponível em: <[http://www.tex.pro.br/wwwroot/05de2005/amicuscuriae\\_guilhermechanan.htm](http://www.tex.pro.br/wwwroot/05de2005/amicuscuriae_guilhermechanan.htm)> Acesso em jan 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 3ª ed., 1998.

CAPPELLETTI, Mauro. O Controle Judicial da Constituição das Leis no Direito Comparado. Sérgio Fabris Ed., 1984; Necesidad y Legitimidad de la Justicia Const., in **Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales**, L. Favoreu et al, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.

CARPES, Marcus Ronald. **A Advocacia Geral da União como função essencial à justiça**. Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de - **Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira**. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: RT, 1995.

CORREIA, Fernando Alves. **Direito Constitucional: a justiça constitucional**. Coimbra: Almedina, 2002.

COSTA, José Manuel M. Cardoso da. **A Jurisdição Constitucional em Portugal**. Coimbra: Almedina, 2007.

CRUZ, Alvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática**. Del Rey, 2004.

DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. **Amicus Curiae: Instrumento de Participação Democrática e de aperfeiçoamento da Prestação Jurisdicional**. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

DIDDIER JR., Fredie. **Ações Constitucionais**. Org. 2 ed. Salvador: Jus Podium, 2007.  
\_\_\_ Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil. São Paulo: RT, 2004;  
\_\_\_ Possibilidade de Sustentação Oral do Amicus Curiae. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, nº 8, 2003;

Revista do Observatório de Direitos Humanos do Curso de Direito IESB: Brasília, v.2, n.2, jan./jul., 2017.

DIDIER JR., Fredie, SARNO, Paula, OLIVEIRA, Rafael. Ações de Controle Concentrado de Constitucionalidade, in **Ações Constitucionais**. Fredie Didier Jr. (org.). Salvador: Edições JUSPodium, 2009, 4ª Ed.

DIMENSTEIN, Gilberto. A imprensa e os direitos humanos: o perigo do silêncio. In: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto - **A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro**. San José, C.R: IIDH, ACNUR, CIVIC, CUE, 1996.

DUTRA, Claudio Eduardo Machado. **O processo objetivo no controle abstrato de constitucionalidade**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15762-15763-1-PB.pdf>> Acesso em jan 2015.

ENTERRIA, Eduardo Garcia de. **Hacia una Nueva Justicia Administrativa**. 2. ed. Madrid: Civitas, 1992.

FAVOREU, Louis. **As cortes constitucionais**. Tradução: Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. Vol. 2. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de et BARROS, Marcos Ribeiro de. **O Advogado Público nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade**, artigo publicado no site [www.ibap.org](http://www.ibap.org), disponível em: < [http://ibap.tripod.com/bap03\\_art02.html](http://ibap.tripod.com/bap03_art02.html)> acessado em 30.12.14.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 2 v. 16 ed. at. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_ **Tutela constitucional das liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1989

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional** – a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Constituição para e Procedimental da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1997. Reimpressão 2002.

LEITE, Fábio Carvalho. O papel do Advogado Geral da União no controle abstrato de constitucionalidade: curador da lei, advogado público ou parecerista? In: **Nomos**. Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC. Vol. 30.2 Fortaleza: Edições Universidade Federal do Ceará, 2010/2.

LUIZ NETO, Carlos. Obrigatoriedade do Advogado Geral da União atuar na defesa do ato ou texto impugnado por ação direta de inconstitucionalidade. **Revista da AGU**, Ano VII, nº 62, mar/2007. Brasília: Centro de Estudos Victor Nunes Leal, 2001. Disponível

em <file:///C:/Users/jose.pereira.junior/Downloads/obrigatoriedade\_do\_agu-carlos\_luiz\_netto.pdf> Acesso em 03.12.2014.

MASCARENHAS, Robson Silva. O Advogado Geral da União e o dever de defesa nas Ações

Diretas de Inconstitucionalidade. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, VIII, n. 20, fev 2010. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=808/o](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=808/o)>

Acesso em 03/12/2014.

\_\_\_ O Advogado Geral da União e o dever de defesa nas ações diretas de inconstitucionalidade. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 621, 21 mar. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6471>>. Acesso em: 03 jul. 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade**. Aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva, 1990.

\_\_\_ Discurso de abertura. In: **Encontro nacional dos procuradores da AGU**, 5, Cuiabá, 2001. [Anais...] Cuiabá, 2001.

\_\_\_ O Advogado Geral da União e a Ação Direta de Inconstitucionalidade. **Correio Braziliense**, Brasília, 20 nov. 2000. Caderno Direito & Justiça, p.1 Disponível também em: <<http://bit.ly/Zldln3>>. Acesso em: 01.12.2014.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2004.

\_\_\_ **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2005.

\_\_\_ **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais**: garantia suprema da Constituição. São Paulo: Atlas, 2000.

SILVA NETO, Manoel Jorge. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

NÓBREGA, Guilherme. **[A Advocacia Geral da União e a defesa de lei impugnada por ação direta de inconstitucionalidade: obrigação?](http://www.osconstitucionalistas.com.br/a-Advocacia_Geral-da-uniao-e-a-defesa-de-lei-impugnada-por-acao-direta-de-inconstitucionalidade-obrigacao)** Disponível em: <[http://www.osconstitucionalistas.com.br/a-Advocacia\\_Geral-da-uniao-e-a-defesa-de-lei-impugnada-por-acao-direta-de-inconstitucionalidade-obrigacao](http://www.osconstitucionalistas.com.br/a-Advocacia_Geral-da-uniao-e-a-defesa-de-lei-impugnada-por-acao-direta-de-inconstitucionalidade-obrigacao)>. Acesso em: 01.12.2014.

SANTIAGO, Marta Cristina Jesus. **A harmonia do controle de constitucionalidade misto português**: o recurso obrigatório do ministério público e o processo de generalização. Salvador. Instituto brasileiro de direito público, nº 14. Abril/maio/junho, 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp> >. Acesso em: 01.12.2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_ **Comentário Contextual à Constituição**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

\_\_\_ Jurisdição Constitucional da Liberdade no Brasil. **Revista do Centro de Estudos Políticos y Constitucionales**, p. 9. Disponível em: <[http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/8/AIB\\_003\\_009.pdf](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/8/AIB_003_009.pdf)> (acesso em 15 de novembro de 2009), apud BORNIN, Daniela Queila dos Santos. A defesa da Constituição: Algumas considerações acerca do exercício da jurisdição constitucional brasileira. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 76, maio 2010. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7699](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7699)>. Acesso em jan 2015.

SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. **Institucionalização dos órgãos de advocacia pública**. *Advocacia Pública Em Debate*, n. 2, 1998.

SOUTO, José Carlos. **A União Federal em Juízo**. São Paulo: Saraiva, 1998.

STRECK, Lenio. **Verdade e consenso**. 2. ed. Lumen Juris, 2008.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

URBANO, Maria Benedita. **Curso de Justiça Constitucional: Evolução Histórica e Modelos de Controlo de Constitucionalidade**. Coimbra: Almedina, 2013.

VELOSO, Zeno. Controle jurisdicional de constitucionalidade apud CRUZ, Alvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática**. Del Rey, 2004.

# POLÍTICAS PÚBLICAS E DIREITOS HUMANOS: A IMPORTÂNCIA DO SISTEMA INTERAMERICANO PARA A CRIAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA

*Luis Felipe Bicalho*

---

## RESUMO

O presente artigo busca analisar a importância do sistema internacional de direitos humanos, em particular o interamericano, para a construção de políticas públicas no Brasil, tomando como exemplo o caso da Lei Maria da Penha. O texto se divide em cinco etapas. A primeira trata-se de uma breve introdução acerca do papel do Estado e suas políticas para a efetivação dos direitos humanos. A seção seguinte traz uma breve introdução sobre a literatura a respeito de políticas públicas, apresentando os principais desafios para a sua operacionalização em termos de direitos humanos. A terceira seção consiste numa apresentação do sistema interamericano de direitos humanos e seus principais mecanismos de proteção. Na quarta etapa, é apresentado o caso da Lei Maria da Penha e, finalmente, na quinta seção é realizada uma breve reflexão sobre como a decisão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) traduziu-se em políticas públicas no Brasil.

**Palavras-chave:** Lei Maria da Penha; Políticas Públicas; Sistema Interamericano de Direitos Humanos

## 1. Políticas Públicas como instrumento de efetivação de direitos

A necessidade do estudo das políticas públicas como instrumento de concretização dos direitos humanos, principalmente no tocante aos direitos sociais, vem ganhando espaço em um cenário atual de violações de direitos e omissões estatais. Dessa forma, nunca é demais ressaltar que a mera positivação de direitos no ordenamento jurídico não garante sua efetividade, apenas transcende o formalismo jurídico, de maneira a inaugurar o problema real da sua concretização. É necessário, assim, que eles sejam traduzidos em ações estatais para que possuam eficácia fática.

Cumprir destacar que as políticas públicas de direitos humanos surgem em um contexto de Estado Social. Esse modelo de Estado busca a concretização dos direitos assegurados constitucionalmente, por meio das políticas públicas. Nesse sentido, segundo Bucci

O paradigma dos direitos sociais, que reclama prestações positivas do Estado, corresponde, em termos da ordem jurídica, ao paradigma do Estado intervencionista, de modo que o modelo teórico que se propõe para os direitos sociais é o mesmo que se aplica às formas de intervenção do Estado na economia. Assim, não há um modelo jurídico de políticas sociais distinto do modelo de políticas públicas econômicas (BUCCI, 2006, p. 5).

Nota-se que desde meados do séc. XX os direitos sociais passaram a integrar o corpo de algumas constituições. Contudo, desde então isso não impediu a ocorrência do descumprimento dos mesmos. Nesse contexto, Flores avalia a importância da proteção dos direitos humanos e sua relação com os processos históricos de luta pela dignidade, ao afirmar que:

[...] es una tarea importantísima encontrar formas plurales de garantizar dichos resultados, si es que queremos consolidarlos – y en su caso, institucionalizarlos - bloqueando con ello la posibilidad de una vuelta atrás de las luchas. De ahí que estos sistemas de garantías deban ser de muy diverso tipo: políticos, económicos, culturales, sociales y, lo que nos debe preocupar en estos momentos, jurídicos. De este modo, reforzamos lo expresado en la primera premisa en tanto que las normas jurídicas no son el fin a conseguir por parte de las prácticas sociales, sino una de las técnicas que podemos usar tanto para construir fines como para garantizar la efectividad de los mismos (siempre en contacto con las prácticas sociales que están en su base) (FLORES, 2011, p. 15).

Em outras palavras, Flores defende a necessidade de que as garantias de direitos adquiram contornos concretos, assumindo diversas formas, como a política, econômica, cultural, social e jurídica. Ele também entende que as normas jurídicas não são finalidade principal, mas, sim, um instrumento, ou, em suas palavras, “técnica” para garantir a efetividade de direitos.

À medida que novos direitos passam a ser reconhecidos pelos ordenamentos jurídicos, percebe-se, também, que o conteúdo jurídico de dignidade humana apresenta contínua ampliação. Com efeito, pode-se dizer que esse princípio, presente em nossa Carta Magna, possui papel importante no sentido de nortear a aplicação de políticas públicas:

Não há caminhos para a humanidade concretizar a dignidade humana, que não seja o da realização dos seus direitos fundamentais através de políticas públicas que ofereçam proteção adequada e eficiente, orientadas pelos princípios instrumentais da vedação de retrocesso, do dever de otimização, da garantia do núcleo essencial mínimo dos direitos (mínimo existencial) e da proteção às minorias. (OLIVEIRA JUNIOR, 2009, p. 37)

Bucci (2006) explica que, embora com objetos diferenciados, as políticas econômicas e sociais ainda não se diferenciaram em termos de seus modelos teóricos de formulação jurídica. São positivadas por meio dos diferentes instrumentos legais e infralegais. Contudo, as políticas públicas sociais vêm sendo alvo de inovação e experimentação, sobretudo através de programas que enfatizam populações mais vulneráveis, as quais anteriormente sequer entravam na agenda pública. Destacam-se:

pessoas de baixa renda; populações quilombolas, indígenas, ciganas, LGBT e povos de matriz africana.

Portanto, as políticas públicas possuem como objetivo alcançar uma satisfatória concretização daqueles direitos em favor dos cidadãos e a diferentes segmentos da sociedade que demandam políticas públicas diferenciadas, de maneira a trazer uma melhoria das condições de vida aos seus membros e em resposta à justiça social.

Sendo assim, se faz necessário repensar o papel das instituições, especialmente da administração pública, na formulação, implantação e gestão de políticas públicas para a concretização das normas constitucionais, como forma de diminuir o hiato entre estas e a vida dos sujeitos aos quais elas são dirigidas.

## **2. Políticas Públicas e Direitos Humanos: breve discussão teórica**

A operacionalização dos direitos humanos em políticas públicas é um grande desafio para o Estado e gestores públicos. A fim de realizarmos uma breve reflexão sobre o tema, propomos duas questões, as quais servirão de base para a discussão a seguir. A primeira consiste em como traduzir as normas e princípios de direitos humanos em políticas públicas? A segunda é se há algum tipo de especificidade na construção e implementação de políticas de direitos humanos?

A tradução de um direito humano em política pública é o resultado final de um longo processo, cuja primeira etapa consiste na reivindicação do direito em questão pela sociedade. Segundo José Geraldo de Sousa Junior e Antônio Escrivão (2016), é essencial que haja um caminho de exigibilidade e justiciabilidade no processo de luta pelos direitos humanos. Segundo esses autores, exigibilidade é o processo social de mobilização política voltada à reivindicação de um direito exigido ou à denúncia de um direito violado. Entendido o conceito de exigibilidade, os autores inserem a justiciabilidade como uma de suas dimensões, a qual consiste na exigência, defesa e promoção de direitos perante o sistema de justiça.

Nesse sentido, Lyra Filho (1983) afirma que nem a Justiça, e tampouco o Direito nascem dum berço metafísico ou são presentes generosos dos deuses; pelo contrário, esses são frutos de oposições e conflitos. Ao fazer referência à obra de Lyra Filho, Fábio de Sá (2016) faz uma reflexão sobre a relação entre o Estado e o processo de construção histórica e social dos direitos humanos. Segundo ele, a diversificação do aparato estatal é

o que garante a esse a condição de gerenciar a contradição entre pretensões pela forma de organização das liberdades, em especial entre o *instituído* (aquilo que é reconhecido como direito) e o *instituinte* (aquilo que reclama reconhecimento).

A fim de darmos um segundo passo em nossa reflexão apresentamos as seguintes questões: Afinal, o que é política pública? E o que é de fato uma política pública de Direitos Humanos?

Não existe uma única definição de política pública. Lynn (1980) a define como um conjunto de ações do governo que irá produzir efeitos específicos. Já de acordo com Dye (1984), política pública é “o que o governo escolhe fazer ou não fazer”. Segundo Peters (1986), essa é a soma das atividades dos governos que influenciam a vida dos cidadãos. Para Mead (1995) trata-se de um campo dentro do estudo da política que analisa o governo à luz de grandes questões públicas (SOUZA, 2006).

Para fins metodológicos, adotaremos a definição de Saraiva (2006), o qual define política pública como:

[...] um sistema de decisões públicas que visa a ações ou omissões, preventivas ou corretivas, destinadas a manter ou modificar a realidade de um ou vários setores da vida social, por meio da definição de objetivos e estratégias de atuação e da alocação dos recursos necessários para atingir os objetivos estabelecidos. (SARAIVA, 2006, p. 29).

É a partir dessa definição, que Ciconello (2016) define políticas públicas de direitos humanos como um conjunto de decisões e ações levadas a cabo pelos governos, cujo objetivo é de interesse público, o qual pode ser a entrega de um benefício ou a prestação de um serviço visando à garantia e promoção dos direitos humanos.

Parte da literatura vê a política pública como um ciclo deliberativo, formado pelos seguintes estágios: construção da agenda; formulação; implementação; monitoramento e avaliação. O conjunto dessas fases é denominado “ciclo da política pública”. Para Ciconello (2016), os direitos humanos devem ser um referencial para todas as etapas da política pública, destacando assim o caráter de transversalidade das políticas de direitos humanos. De acordo com Roberto Rocha Pires (2016), um dos grandes desafios para a implementação de políticas de direitos humanos no Brasil diz respeito à incorporação do princípio da transversalidade e do exercício de formas de articulação intragovernamental. O conceito de transversalidade deriva da percepção de que questões associadas aos direitos humanos possuem diversas faces, as quais entrelaçam aspectos relativos à educação, saúde, provisão de assistência social e jurídica, ação policial etc.

Dessa forma, políticas públicas de direitos humanos dificilmente podem ser construídas a partir de ações fragmentadas por meio da divisão burocrático-departamental tradicional.

Ao fazer referência à pesquisa realizada por Natalino (2009) no âmbito do governo federal, Roberto Rocha Pires (2016) afirma que apesar do atual movimento de proliferação de espaços de articulação interministerial, a visão dos gestores é de que esses espaços têm tido pouca capacidade de enfrentar o processo de departamentalização de seus órgãos, além de que acabam por diluir as responsabilidades sobre as ações. Dessa forma, segundo o autor, observa-se uma tendência na criação de secretarias e programas especializados, dos quais se espera uma atuação transversal, com capacidades e orçamentos próprios para a execução de programas, de forma a contornar as dificuldades encontradas na articulação intragovernamental.

Ademais, para além da transversalidade, de acordo com Ciconello (2016), uma política de direitos humanos deve conter os seguintes componentes: 1) diagnóstico das violações de direitos; 2) participação da sociedade nos processos de elaboração e monitoramento da política; 3) programas e planos com ações concretas para a promoção de direitos; 4) indicadores e metas de realização progressiva de direitos; 5) mecanismos institucionais de proteção e denúncias; 6) articulação institucional entre os diversos órgãos públicos responsáveis pela implementação da política.

Assim, são muitos os desafios para a construção de políticas públicas de direitos humanos e no caso brasileiro esses são ainda maiores devido a diversos fatores. O primeiro deles está relacionado à equivocada percepção de grande parte da população sobre o que são direitos humanos, o que leva a uma máxima fortemente difundida entre o senso comum de que “direitos humanos são direitos de bandidos”. O segundo desafio refere-se, como mencionado acima, ao caráter de transversalidade das políticas de direitos humanos, o qual apresenta uma multiplicidade de questões a serem enfrentadas pelos gestores públicos. Por fim, o terceiro desafio relaciona-se à falta de mecanismos de denúncias sobre violações no país e é nesse sentido que os sistemas internacional e regional de direitos humanos cumprem um papel fundamental. Nos próximos capítulos trataremos sobre a importância do sistema interamericano de direitos humanos para a construção de políticas públicas no Brasil, tomando como exemplo o caso da Lei Maria da Penha

### 3. O Sistema Interamericano de Direitos Humanos

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) é o mecanismo de proteção e promoção dos direitos humanos do continente americano, criado pela Organização dos Estados Americanos (OEA). Sua origem está no estabelecimento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) no ano de 1959 e posterior criação da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH), em 1979. Esta seção do trabalho pretende discutir o perfil e funcionamento destes dois órgãos e apresentar brevemente a relação do Brasil com o SIDH, com foco para a atuação do país no caso paradigmático de Maria da Penha.

A CIDH, criada inicialmente para conduzir estudos e organizar reuniões gerais sobre direitos humanos, passou a receber petições individuais que relatavam violações de direitos humanos em países do continente apenas em 1965, seis anos depois de seu nascimento (HADDAD, 2013). Atualmente, a Comissão está localizada em Washington, nos Estados Unidos e uma das principais vias de acesso ao órgão se dá por meio de seu sistema de petições, que podem ser encaminhadas por indivíduos, grupos de indivíduos e/ou organizações.

A permeabilidade da CIDH à atuação da sociedade civil fez com que a Comissão se tornasse um espaço oportuno para o enfrentamento ao não-cumprimento de normas de direitos humanos pelos Estados-nacionais. Por essa razão, é importante ressaltar que o papel dos indivíduos e das organizações não está restrito somente ao encaminhamento de denúncias visando a reparação de vítimas. Como aponta Abramovich (2009), as organizações usam o SIDH também para alcançar posições favoráveis de diálogo com seus governos ou aliados e em busca de reverter as relações de força existentes e alterar dinâmicas políticas.

Além do sistema de petições individuais, no qual a CIDH realiza a análise das denúncias recebidas e alcançar soluções amistosas e/ou conceder medidas cautelares às vítimas, a Comissão realiza *visitas in loco* para verificar a situação dos direitos humanos em determinados países e possui um sistema de relatorias composto por 10 temáticas<sup>111</sup>, no qual produz estudos e acompanha o avanço da implementação das normas

---

<sup>111</sup> As relatorias são divididas a partir dos seguintes temas: povos indígenas; mulheres; migrantes; liberdade de expressão; defensoras e defensores dos direitos humanos; crianças e adolescentes; pessoas privadas de liberdade; afrodescendentes; lésbicas, gays, bissexuais, pessoas trans e pessoas intersexo e direitos econômicos, sociais e culturais.

internacionais de direitos humanos nos Estados-membros da OEA. Vale mencionar que é a CIDH que decide quando um caso deve ser encaminhado para solução jurisdicional na CorteIDH.

A Corte, sediada em São José, na Costa Rica, é o órgão judicial do Sistema, responsável pelo julgamento dos casos apresentados pela CIDH ou por um Estado-membro. É composta por sete juízes e realiza diversas sessões ao longo do ano, com duração de uma a duas semanas cada sessão (CAVALLARO e BREWER, 2008). Apenas os Estados que aceitaram expressamente a competência da Corte poderão ser julgados por ela. Cavallaro e Brewer (2008) mostram que houve um aumento considerável no número de casos analisados na CorteIDH ao longo dos anos mas que, ainda assim, existe uma grande distância entre as decisões proferidas pela Corte e o que realmente é implantado nos países. Atualmente, 21 países estão submetidos a jurisdição<sup>112</sup> da Corte, dentre eles o Brasil.

O Brasil ratificou a Convenção Americana em 1992 e foi um dos últimos países da OEA a reconhecer expressamente a competência da CorteIDH, em 1998<sup>113</sup>. Sua participação nos regimes internacional e regional de direitos humanos só foi possível após o fim do período ditatorial e se deu especialmente nos anos 1990, quando reformas políticas, legais e institucionais visando reestabelecer a democracia no país já haviam sido realizadas (SANTOS, 2007). É inclusive a partir dos anos 1990 que ocorre um aumento considerável no número de denúncias de violações de direitos humanos ocorridas no Brasil enviadas à CIDH.

Em seguida, veremos um dos casos brasileiros mais emblemáticos na CIDH, o caso Maria de Penha, que acabou resultando não apenas numa Lei, mas em diversas políticas públicas para a proteção da mulher no Brasil.

---

<sup>112</sup> A Corte Interamericana foi criada a partir da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969). A Convenção Americana é o principal instrumento do Sistema Interamericano e nela estão estabelecidos todos os direitos que devem ser respeitados pelos Estados, além de atribuições e procedimentos da CorteIDH e da CIDH. Para que um Estado possa ser julgado pela CorteIDH é preciso que ele tenha ratificado o instrumento. Além disso, o SIDH é regido pela Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948), instrumento de caráter apenas declaratório ao qual estão submetidos todos os Estados-membros da OEA e que permite que a CIDH receba denúncias de violações mesmo de países que não ratificaram a Convenção. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/que.asp>. Acesso em: 28 de novembro de 2016.

<sup>113</sup> Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/d.Convencao\\_Americana\\_Ratif.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/d.Convencao_Americana_Ratif.htm). Acesso em: 28 de novembro de 2016.

#### 4. Caso Maria da Penha v. Brasil

Em 20 de agosto de 1998, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos recebeu uma denúncia apresentada pela Senhora Maria da Penha Maia Fernandes, pelo Centro pela Justiça e pelo Direito Internacional (CEJIL) e através do Comitê Latino-Americano de Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM), baseada na competência que lhe conferem os artigos 44 e 46 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o artigo 12 da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará ou CVM). O caso revela o contexto de violência doméstica e familiar em razão do gênero, no qual milhares de mulheres se vêem involuntariamente inseridas no Brasil.

Maria da Penha, farmacêutica, foi vítima de violência física e psicológica praticada pelo seu então esposo, Marco Antônio Heredia Viveiros, de nacionalidade cubana e economista. Em 29 de maio de 1983, na cidade de Fortaleza, no Estado do Ceará, enquanto dormia, Maria da Penha sofreu uma tentativa de homicídio, por arma de fogo, perpetrada por Heredia, que à época argumentou que as agressões contra a vida de Maria da Penha teriam sido cometidas por ladrões que teriam evadido do local. Após o retorno para casa, ainda em recuperação, Maria da Penha sofre novo atentado contra sua vida por parte de Heredia, o qual tentou eletrocutá-la enquanto a mesma tomava banho. Nesse ponto, decidiu separar-se dele judicialmente, não contudo sem levar as marcas da vitimização: em razão das agressões de seu esposo ao longo de todos os anos de matrimônio, Maria da Penha sofre de paraplegia irreversível e outros traumas físicos e psicológicos.

No que tange à ação penal conduzida pela autoridade ministerial, várias provas demonstravam que o ex-marido de Maria da Penha tinha a intenção deliberada de matá-la e fazer crer numa tentativa de assalto à sua residência. Ademais, premeditadamente, Heredia Viveiros, dias antes da data das agressões, tentou convencer Maria da Penha a fazer um seguro de vida em seu favor.

Não obstante ao conjunto probatório contundente, tardou oito anos para que sobreviesse sentença condenatória em favor de Viveiros, cuja decisão determinou a pena de 15 anos de prisão, reduzida a dez anos, por não constar condenação anterior. A defesa do apenado apresentou recurso de apelação contra a decisão do júri e, passados mais três

anos, o Tribunal de Alçada decidiu pela anulação da sentença, sob o fundamento de vícios processuais na formulação das perguntas aos jurados.

No entanto, prosseguia paralelamente ao feito mencionado outro incidente judicial, referente à apelação ofertada pela defesa em face da sentença de pronúncia do acusado. O Tribunal de alçada, neste caso, indeferiu a apelação, evidenciando-se no decisum - mais uma vez - a existência de indícios de autoria e materialidade delitiva. Em março de 1996, realizou-se novo julgamento pelo Júri, ocasião em que Marco Antônio Heredia Viveiros foi condenado a dez anos e seis meses de prisão. Segunda decisão condenatória, a Defesa apresenta nova apelação, sendo novamente o expediente de irresignação aceito pelo Tribunal de Alçada.

Até 22 de abril de 1997, o feito aguardava julgamento do colegiado cearense. Portanto, mais de 15 anos após a ocorrência dos fatos, a justiça brasileira não havia ainda julgado, em definitivo, o acusado e entregue a prestação jurisdicional, apesar do grave contexto de violência e do arcabouço probatório colacionado aos autos. Por tais razões, inconformada com as amarras da jurisdição doméstica, Maria da Penha buscou o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos.

Na petição ofertada diante da CIDH, por Maria da Penha, pelo Centro pela Justiça e pelo Direito Internacional (CEJIL) e pelo Comitê Latino-Americano de Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM), denunciou-se o Estado Brasileiro por não haver tomado as medidas necessárias para processar e efetivamente punir o acusado, permitindo que a dor e sofrimento da vítima Maria da Penha se agravasse ao longo dos anos.

A denúncia informara os artigos violados da Convenção Americana; Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem; e da Convenção de Belém do Pará. No entanto, mais do que um caso isolado, em que os fatos subsumem-se à norma, evidenciou-se, no sofrimento de Maria da Penha, um padrão de permissividade e indiferença do Estado Brasileiro quanto à prática criminosa em face das mulheres em contexto familiar e doméstico.

Após procedimento de admissibilidade e trâmites regulamentares junto a Comissão, oportunizando-se a via conciliatória, o Brasil não se manifestou ou sequer apresentou resposta às notificações recebidas.

Instada a dar prosseguimento ao processo administrativo em razão da inércia do estado brasileiro, a Comissão, quanto ao mérito, concluiu pela violação por parte do Brasil de vários artigos previstos nos instrumentos normativos fundantes do sistema

interamericano, mormente aqueles referentes à obrigação de respeitar os direitos e garantias judiciais; de igualdade perante a lei e proteção judicial.

Em conformidade com as previsões regulamentares da Carta da OEA, o relatório de conclusões da Comissão tornou-se público e incluído em expediente anual remetido à Assembleia Geral da OEA.

Trata-se de perspectiva cujo primado sobreleva a dignidade da pessoa humana, porquanto, a despeito da conduta não ser imputável a qualquer agente público, estabelece que a falta de diligência do ente estatal em promover os direitos humanos e prevenir atos atentatórios contra os jurisdicionados patriais enseja sua responsabilização no âmbito doméstico e internacional.

O indivíduo não é mais tomado como elemento isolado, desprovido da materialidade que lhe imprime a vida concreta. A constatação de que as dificuldades não afetam somente o indivíduo, mas a coletividade em que este se insere, evidenciam novos cenários deliberativos e participativos.

Cada indivíduo se converteu em um representante da pluralidade. Essa consciência serve de fundamento para construção de uma ordem jurídica centrada, não no indivíduo ideal, mas no indivíduo real, aquele que se vê extirpado, pelo seu Estado patrial, das condições adequadas para alcançar um mínimo jurídico existencial. E de certo que a acomodação desses novos sujeitos parece obstaculizada pela convencional compreensão positivista de jurisdição estatal, cuja inflexibilidade remete-nos a uma dicotomia anacrônica no binômio Estado Nacional-jurisdicionado.

Ponto nevrálgico na questão - mormente no caso *Maria da Penha v. Brasil* - refere-se aos efeitos advindos da publicidade internacional negativa à qual o Estado se associa em consequência do desrespeito aos direitos humanos. Trata-se da chamada tática "*name and shame*". A responsabilização, se imputada, não restringe seus efeitos ao mundo jurídico, mas também deflagra efeitos no contexto político e moral, em face do constrangimento do Estado em relação à comunidade internacional. A exposição midiática do desrespeito aos direitos individuais acaba por expor a fragilidade governamental. Mas de certo que a estratégia "*name and shame*" tem permitido avanços e progressos na proteção dos direitos humanos. A visibilidade negativa que recai sobre o Estado violador passa a definir o seu comportamento, ainda que seja tardiamente, apenas para fins reparatórios da violação do direito do jurisdicionado.

Ao enfrentar a pressão internacional, o Estado é compelido a apresentar justificativas quanto à prática atentatória aos direitos humanos. O impacto da sanção moral transforma a prática governamental, estabelecendo suporte e estímulo para reformas no contexto interno. A situação define a necessidade de uma constante avaliação, por parte das autoridades estatais, das estruturas, instituições e procedimentos disponibilizados aos jurisdicionados nacionais para concreção de seus direitos.

Como próprio corolário, no âmbito dos Estados Nacionais, a preocupação com o desrespeito dos direitos e garantias jurídicas modifica-se substancialmente, inclusive pela necessidade de adequação dessas incompatibilidades sistêmicas.

Quanto ao caso Maria da Penha, a decisão da Comissão, enviada em março de 2001, reiterou diversas recomendações ao Estado brasileiro, dentre as quais se destacou a necessidade do Estado adotar medidas de direito interno a fim de coibir a violência em razão do gênero e salvaguardar efetivamente os direitos das mulheres vítimas de violência discriminatória.

A dignidade humana como fundamento dos direitos humanos é valor intrínseco à condição humana e concepção que, inexoravelmente, deve ser incorporada pelo arcabouço jurídico estatal. E se em um primeiro momento o Brasil se fez inerte às acusações imputadas no caso Maria da Penha, eis que pouco tempo depois tal padrão discriminatório em relação às mulheres inseridas em um contexto de violência doméstica e familiar passaria a ser repellido normativamente com o advento da Lei 11.340/2006, cuja ementa legislativa preconiza i) a criação de mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; ii) a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; assim como também altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal.

A histórica e continua denegação de justiça às mulheres inseridas em um contexto de violência doméstica e familiar passou a ser tratada de forma diferente no âmbito jurisdicional doméstico. E se ainda não se pode afirmar quanto à irrestrita e inexorável eficácia judicial em coibir e reprimir atos atentatórios à dignidade das mulheres brasileiras, não se pode negar que o enfrentamento da questão teve avanços significativos ao longo dos últimos anos.

## 5. A tradução da Lei Maria da Penha em políticas públicas

Como já foi visto na primeira seção do presente texto, apenas a positivação de direitos no ordenamento jurídico não garante sua efetividade, pois para isso é necessário que o Estado se comprometa na implementação de políticas públicas que façam com que a população tenha acesso aos direitos previstos em lei. Sendo assim, com a Lei Maria da Penha não poderia ser diferente, após a sua promulgação uma série de políticas públicas nos níveis federal, estadual e municipal foram formuladas a fim de trazer efetividade às propostas colocadas em lei.

Apesar do destaque dado à criminalização da violência contra a mulher, a Lei Maria da Penha trata-se de um projeto mais abrangente que inclui outras medidas de proteção não apenas às mulheres como também aos seus filhos. Além disso, na lei reconhece-se a cultura machista em que vive a sociedade brasileira, sendo essa a origem de toda violência física e psicológica realizada contra as mulheres no país. A fim de enfrentar esse problema, a Lei prevê medidas preventivas, assistenciais e educativas, as quais envolvem vários setores da administração pública e servidores – por exemplo, médicos(as), psicólogos(as), assistentes sociais, advogados(as) policiais, delegados(as) etc - o que a coloca no âmbito das políticas intersetoriais e transversais, conforme exposto na segunda seção deste artigo.

Assim, como uma das formas de concretização da Lei Maria da Penha e das políticas públicas necessárias para a sua realização, em 2003 o governo federal criou a então Secretaria de Política para as Mulheres – SPM, com status de Ministério, a qual passou a ser responsável pela articulação com outros órgãos públicos para a formulação e implementação de políticas públicas voltadas à proteção da mulher. Além disso, a partir de 2004 passaram a ser realizadas Conferências Nacionais de Políticas para as Mulheres (CNPM) com intuito de sensibilizar a sociedade para a importância do tema.

Apesar de reconhecermos os limites da Lei Maria da Penha, não podemos negar os avanços conquistados através dela, principalmente no que consiste à criação de estruturas administrativas (delegacias especializadas, centros de referência, casas abrigo) e judiciais (juizado de violência doméstica e familiar contra a mulher, promotorias e defensorias especializadas) para a sua efetivação. Outra medida que merece ser destacada foi a criação da Comissão Parlamentar Mista de Violência contra a Mulher, em 2011, cujo

objetivo é investigar a situação de violência contra as mulheres e apurar denúncias de omissão por parte do Estado. Além disso, em termos de resultados, uma das grandes conquistas da lei foi, segundo dados do IPEA, a redução, em cerca de 10%, das taxas de homicídios de mulheres dentro de suas residências<sup>114</sup>.

Em relação aos limites da Lei, destacamos os seguintes entraves: Houve pouco investimento do Estado do ponto de vista orçamentário para a sua realização<sup>115</sup>; Há enfoque para a questão da punição, mas há pouca efetividade em termos de prevenção da violência<sup>116</sup>; Os cargos mais elevados do Poder Judiciário, paradoxalmente, ainda são predominantemente ocupados por homens. Ademais, o aumento de mulheres nesses cargos não é proporcional ao número de mulheres que ingressam nas primeiras instâncias. Nota-se que isso corrobora para a manutenção do status quo, esse de caráter patriarcal<sup>117</sup>; Existem ainda formas de violência contra a mulher que não têm previsão legal, como é o caso da violência política, institucional e obstétrica<sup>118</sup>.

Assim, entendemos que apesar dos inúmeros desafios a serem enfrentados no combate de todas as formas de violência contra as mulheres, reconhecemos na Lei Maria da Penha, a despeito de todos os limites destacados acima, um grande avanço em termos legais e políticos. Ademais, como foi possível notar, a Lei fez com que o Estado brasileiro reconhecesse o problema e criasse uma estrutura para a efetivação dos termos que a compõe, o que resultou na criação de novos órgãos públicos, assim como também na integração interministerial para a criação de políticas públicas de combate e prevenção à violência contra a mulher.

## 6. Considerações finais

O presente artigo pretendeu mostrar que as políticas públicas caracterizam-se como um importante instrumento para concretização dos direitos humanos, embora

<sup>114</sup> Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=24610](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=24610)>. Acesso em: 16 nov. 2016.

<sup>115</sup> Fonte: Mesma obra supramencionada.

<sup>116</sup> AMAERJ – Associação de Magistrados do Estado do Rio de Janeiro. TJ-RJ concede 111 mil medidas protetivas em 10 anos da Lei Maria da Penha. Disponível em: <<http://amaerj.org.br/noticias/tj-rj-concede-111-mil-medidas-protetivas-em-10-anos-da-lei-maria-da-penha/>>. Acesso em: 16 nov. 2016.

<sup>117</sup> OLEA, Thais Campos. *Os dez anos da Lei Maria da Penha no Brasil: avanços e desafios para a promoção dos direitos humanos das mulheres*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 29 ago. 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.56661&seo=1>>. Acesso em: 16 nov. 2016.

<sup>118</sup> Fonte: Mesma obra supracitada.

possua suas limitações. Como apontado ao longo do trabalho, parte dessas limitações advém da percepção equivocada da sociedade brasileira sobre o real significado dos direitos humanos, da dificuldade dos gestores em lidar com a transversalidade destes direitos e da falta de mecanismos institucionais fortes capazes de receber e processar as denúncias de violações. É neste contexto que os sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, especialmente o interamericano, surgem como importantes espaços de enfrentamento ao não-cumprimento de normas pelos países.

O caso Maria da Penha foi escolhido enquanto objeto de estudo porque nele conseguimos observar com clareza tanto os ganhos produzidos pela decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, como os desafios que são enfrentados no momento de incorporá-la em nosso ordenamento jurídico e construir políticas públicas eficazes. Além disso, a Lei Maria da Penha é um importante marco na discussão acerca da violência contra a mulher no Brasil. Realizar este debate é de extrema importância para o enfrentamento dessas graves violações que ocorrem diariamente no país.

Por fim, é importante ressaltar que este artigo faz parte de uma proposta de construção conjunta de conhecimento proposta no âmbito da disciplina “Fundamentos Teóricos dos Direitos Humanos”, ministrada pelos professores José Geraldo Sousa Junior e Antônio Escrivão Filho. Após profundas discussões realizadas ao longo do semestre baseadas na obra “Para um debate teórico, conceitual e político sobre os direitos humanos”, elaborada pelos dois professores, este estudo pretende ser nossa contribuição, enquanto acadêmicos e ativistas, para o debate dos direitos humanos no Brasil.

### Referências

ABRAMOVICH, Víctor. Das violações em massa aos padrões estruturais: novos enfoques e clássicas tensões no sistema interamericano de direitos humanos. **SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos**, v. 6, n. 11, p. 6-39, 2009.

AMAERJ – Associação de Magistrados do Estado do Rio de Janeiro. **TJ-RJ concede 111 mil medidas protetivas em 10 anos da Lei Maria da Penha**. Disponível em: <<http://amaerj.org.br/noticias/tj-rj-concede-111-mil-medidas-protetivas-em-10-anos-da-lei-maria-da-penha/>>. Acesso em: 16 nov. 2016.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: Bucci (Coord.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAVALLARO, James L., BREWER, Stephanie Erin. **Reevaluating Regional Human Rights litigation in the Twenty-first century: the case of the Inter-American Court**. American Journal of International Law, vol. 102, n. 4, 2008.

CERQUEIRA, Daniel; MATOS, Mariana; Martins, Ana Paula Antunes; JÚNIOR PINTO, Jony. **A efetividade da Lei Maria da Penha. Texto para a discussão (2048):** Avaliando a efetividade da Lei Maria da Penha. Brasília-DF: mar. 2015, p. 25. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/pdfs/a-efetividade-da-lei-maria-da-penha>>. Acesso em: 16 nov. 2016.

CICONELLO, Alexandre. Políticas Públicas de Direitos Humanos. In: **Gestão de Políticas Públicas de Direitos Humanos** – Coletânea. Enap; Brasília, 2016. p. 161-188.

DE SÁ, Fábio. Estado e Direitos Humanos: Contribuições para a Gestão das Políticas Públicas de Direitos Humanos no Brasil. In: **Gestão de Políticas Públicas de Direitos Humanos** – Coletânea. Enap; Brasília, 2016. p. 119-138.

FLORES, Joaquín Herrera. 16 premisas de una teoría crítica del derecho. In: Proner, Carol; Correas, Oscar (Coord.). **Teoria crítica dos direitos humanos: in memoriam**. Joaquim Herrera Flores. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2011. p. 13-22.

HADDAD, Heidi Nichols. **Advocates, Institution Builders, and Gatekeepers: NGOs and International Human Rights Justice**. 2013. 235f. Tese (Doutorado em Ciência Política). University of California, Irvine. 2013.

**Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada**. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=24610](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=24610)>. Acesso em: 16 nov. 2016.

MENEGHEL, Stela Nazareth, et al. "Repercussões da Lei Maria da Penha no enfrentamento da violência de gênero." **Ciência & Saúde Coletiva**, vol. 18, no. 3, 2013, p. 692. *Academic OneFile*, Disponível em: <[go.galegroup.com/ps/i.do?p=AONE&sw=w&u=capes&v=2.1&id=GALE%7CA327815722&it=r&asid=d849e4ac84606b158d2d5eda7eddf463](http://go.galegroup.com/ps/i.do?p=AONE&sw=w&u=capes&v=2.1&id=GALE%7CA327815722&it=r&asid=d849e4ac84606b158d2d5eda7eddf463)>. Acesso em: 16 Nov. 2016.

MORAES, Aparecida Fonseca; RIBEIRO, Letícia. **As políticas de combate à violência contra a mulher no Brasil e a "responsabilização" dos "homens autores de violência"**. Sex., Salud Soc. (Rio J.) no.11 Rio de Janeiro Aug. 2012.

**OEA**, Organização dos Estados Americanos, Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Relatório Anual 2000, Relatório nº 54/01, Caso 12.051, Maria da Penha Maia Fernandes Brasil, 4 de abril de 2001.

OLEA, Thais Campos. **Os dez anos da Lei Maria da Penha no Brasil: avanços e desafios para a promoção dos direitos humanos das mulheres**. Conteudo Juridico, Brasília-DF: 29 ago. 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.56661&seo=1>>. Acesso em: 16 nov. 2016.

OLIVEIRA JUNIOR, Valdir Ferreira de. **Políticas públicas concretizadoras dos direitos fundamentais: controle judicial do dever de progresso e da proibição de retrocesso**. Disponível em:

<<http://periodicos.uesb.br/index.php/cadernosdeciencias/article/view/869/875>>. Acesso em 03/12/2016.

PIRES, Roberto Rocha. Arranjos Institucionais para Implementação de Políticas e Ações Governamentais em Direitos Humanos. In: **Gestão de Políticas Públicas de Direitos Humanos** – Coletânea. Enap; Brasília, 2016. p. 189-210.

SANTOS, Cecília MacDowell. **Ativismo Jurídico Transnacional e o Estado:** Reflexões sobre os casos apresentados contra o Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos. SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos, v. 4, n. 7, p. 26-57, 2007.

SOUZA, Celina. **Políticas Públicas:** uma revisão de literatura. Sociologias; Porto Alegre; ano 8 no16, jul-dez 2016; p.20-45.

VIANA, Ana Luiza. Abordagens metodológicas em políticas públicas. **Cadernos de Pesquisa Nepp**, 5 (Unicamp-Nepp); São Paulo. 1989.

# MARCO CIVIL DA INTERNET E A SUA PRINCIPIOLOGIA: O ALCANCE DE SEUS PRINCÍPIOS<sup>119</sup>

*Paulo Roberto Binicheski*

---

Sumário: 1 Introdução. 2 A proposta de uma lei com parâmetros de interpretação. 3 Os princípios do marco civil da internet. 4 O princípio da liberdade de expressão. 5 O princípio da irresponsabilidade civil. 6. Conclusão. Referências.

140

## **RESUMO**

O ensaio em causa aborda o modelo de princípios da recente lei do Marco Civil da Internet e os critérios interpretativos propostos pelo legislador. Na pesquisa bibliográfica utilizada foram revistas as críticas da doutrina pela opção do legislador e foram propostas maneiras de conferir ao princípio da liberdade de expressão uma posição de preferência em face de outros princípios de matiz constitucional. No desenvolvimento do ensaio algumas noções de Direito Comparado serviram de suporte para propor mecanismos efetivos de interpretação, conferindo primazia à liberdade de expressão e da necessidade da guarda da arquitetura da internet. Por fim, o estudo investiga a atual regulação conferida pela Lei do Marco Civil da Internet, diploma legal com um modelo concebido para dotar aos provedores de acesso e de aplicações de internet um senso de imunidade civil por atos de seus usuários, o que foi denominado princípio da irresponsabilidade civil.

**Palavras-chave:** Marco Civil da Internet. Princípios. Liberdade de expressão. Irresponsabilidade Civil.

## **SUMMARY**

The essay addresses the principle model of the recent Brazilian Civil Rights Framework, for the Internet and the interpretation criteria proposed by the legislator. From the bibliographical research, the criticisms were analyzed from the legislators standpoint, and additional ways have been proposed to give the principle freedom of expression a position of preference, in face of other principles of constitutional origin. In the development of the essay, some notions of comparative law served as support for proposing effective mechanisms of interpretation, giving primacy to freedom of expression and the need to guard the architecture of the Internet. Finally, the study investigates the current regulation provided by Brazilian Civil Rights Framework for the Internet. A model has been designed to give internet access and application providers a sense of civil immunity for their users' acts. This has been called the principle of civil irresponsibility.

**Keywords:** Civil Rights Framework for the internet. Principle. Freedom of expression. Civil Irresponsibility.

---

<sup>119</sup> Artigo jurídico para a disciplina Epistemologia e Justiça Administrativa ministrada pelo professor Gilvan Hansen.

## 1 INTRODUÇÃO

A Lei do Marco Civil da Internet é um lei principiológica e segue as pisadas das modernas legislações, notadamente o Código de Defesa do Consumidor. Em seu texto legal menciona expressamente a adoção do princípio da liberdade de expressão como fundamento e entre outros princípios constitucionais, ainda consagra o princípio da privacidade e da proteção de dados e no campo de uma postura firme em defesa da ampla defesa do meio virtual, afirma que o Brasil adota o princípio da neutralidade da rede. Além de alguns princípios expressos, o legislador alude às questões da não responsabilização de atores da internet no fornecimento de serviços de acesso à rede, o que pode ser vertido como a adoção de um princípio implícito de irresponsabilidade civil, ao trazer para o Brasil os parâmetros de normatização de outras ordens jurídicas e com isso resolver diversos problemas de interpretações conflituosas da responsabilidade civil por danos causados por usuários quando utilizam os serviços de provedores de aplicações em internet.

Com o modelo de princípios, o legislador quer direcionar as opções do administrador na efetivação das questões atinentes ao uso da internet, quer estimular o juiz a observar em suas decisões o alcance dos princípios e ainda pretende a sua observação por todas as pessoas, sejam eles usuários da rede de internet, pessoas físicas e jurídicas, públicas e de natureza privada. Os princípios possuem importância cabal na interpretação dos fatos jurígenos, pois orienta e direciona o aplicador da lei na observação do alcance do preceito normativo a partir de uma base principiológica.

É claro, a interpretação de uma lei com base principiológica não esta indene de resultados indesejáveis ou equivocados, mas é uma boa indicação do caminho a ser trilhado na resolução de conflitos e até mesmo na orientação para preveni-los.

Este ensaio investiga a temática da base dos princípios adotados pela recente lei do Marco Civil da Internet, com a análise do princípio da liberdade da expressão e a relação com a regra de imunização de responsabilidade civil conferida aos provedores de acesso e de aplicações da internet, o que se denomina de princípio da irresponsabilidade. Outros princípios conferidos pela novel legislação não constituem

objeto da presente investigação e em outra oportunidade serão abordados. Para o desenvolvimento do ensaio, foi efetuada uma pesquisa bibliográfica relacionada ao modelo legal adotado e com alguma análise em sede de Direito Comparado e de algumas decisões judiciais..

## 2 A PROPOSTA DE UMA LEI COM PARÂMETROS DE INTERPRETAÇÃO

Durante a abertura da NETMundial em 23 de abril de 2014, a então Presidente da República sancionou a Lei 12.965/2014, lei que ficou amplamente conhecida como Marco Civil da Internet. A lei em questão veio com a proposta de ser uma lei estruturada com fundamentos e em princípios constitucionais – lei principiológica - a regular os conflitos jurígenos advindos das questões envolvendo o meio virtual.

O texto legal pretende orientar a atividade interpretativa, ao recomendar para ser levado em conta na solução dos casos concretos a natureza da internet, seus usos e costumes particulares, notadamente a importância da rede para a promoção do desenvolvimento humano, econômico, social e cultural (art. 6º). A questão que se põe desde logo é se a recomendação interpretativa poderia ter algum efeito prático, o que facilmente respondível, sem descer às críticas doutrinárias mais abalizadas, pois a lei (ou norma) quando surge no ordenamento jurídico pode ser comparada aos adolescentes e como tal, ganha asas e voa longe do seu criador e a rebeldia é uma marca própria.<sup>120</sup> Ou seja, a recomendação em si é dispensável, uma vez que a abertura da lei já menciona os fundamentos, princípios e objetivos, na sempre atual lição de que o direito não se interpreta em tiras.<sup>121</sup>

O Marco Civil da Internet dividiu e ainda divide a academia. Alguns doutrinadores criticam a escolha do legislador, anotando como uma aparente inutilidade

---

<sup>120</sup> BINICHESKI, Paulo Roberto. O marco civil da internet: primeiras linhas. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4296, 6 abr. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/36379>>. Acesso em 22 fev. 2018.

<sup>121</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Apontamentos hermenêuticos sobre o marco civil regulatório da internet*. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (Coord) In: Marco Civil da internet. São Paulo: Atlas, 2014. p. 344.

a repetição de vários princípios constitucionais, pois o operador do direito não poderia obter nenhum significado adicional ao que já consta no texto da Constituição.<sup>122</sup> Com desdém, Lenio Streck nomina a moda de colocar princípios nas leis como “tendência pamprincipiologista”, na crença de que a discricionariedade judicial não é somente inevitável, mas aconselhável para diversas situações.<sup>123</sup> A par da crítica, “não pode haver dúvida quanto à necessidade de essa legislação estar ancorada na Constituição da República como pressuposto de validade e legitimidade.”<sup>124</sup>

No entanto, sem divergir frontalmente das críticas ao novo estatuto legal, o fato é que a lei do Marco Civil da Internet foi fruto resultante de uma ampla discussão por todos os setores envolvidos com a internet, particularmente as empresas prestadoras de serviços aos usuários da rede, muitas vezes considerados responsáveis por danos causados à terceiros sem que qualquer possibilidade técnica de evitar o dano pudesse ser viável, decorrente de equivocadas interpretações simplesmente transpondo princípios e regras do Código de Defesa do Consumidor ao meio virtual, sem atentar às peculiaridades da arquitetura da rede. A solução dos casos concretos pode revelar a contribuição de uma saudável hermenêutica mais consentânea com o meio virtual, sem abalar a ordem jurídica nacional.

E algo que os críticos não atentaram, quiçá por ausência de reflexão mais direta com as controvérsias da internet, é que o Brasil estava atrasado em relação a outras ordens jurídicas na regulação dos fatos jurígenos advindos do meio virtual. Basta observar que nos Estados Unidos há estatutos legais desde a Lei das Decências das Comunicações (1996) e no velho mundo como os diferentes países componentes da União Europeia decidiam de variados modos e até conflitantes, veio uma proposta de Diretiva para resolver os conflitos, a Diretiva do Comércio Eletrônico (2000).

Há muito tempo a ideia de a internet ser um espaço sem regulação estatal restou superada, pois sempre foi necessário resolver a tensão entre a segurança jurídica e a liberdade, e em alguma medida preservar a intimidade em rede e a tutela de outros interesses jurídicos não estritamente individuais. Em outro estudo já foi apontado

---

<sup>122</sup> TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Marco Civil da Internet: uma lei sem conteúdo normativo. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 30, n. 86, p. 269-285, apr. 2016. ISSN 1806-9592. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/eav/article/view/115093/112803>>. Acesso em: 26 jan. 2018. doi:<http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142016.00100017>.

<sup>123</sup> Para Lenio Streck, existe uma disseminação de princípios, fato que resulta em leitura equivocada pelos Tribunais dos princípios contemplados na Constituição. Op. cit., p. 337, nota 3.

<sup>124</sup> Idem, p. 337.

a necessidade de um estatuto jurídico para esclarecer quais os deveres jurídicos a cumprir pelos atores da internet, uma vez que não se haveria como enquadrar eventual responsabilidade civil sem saber qual o dever violado.<sup>125</sup>

A adoção ou a repetição de princípios constitucionais e também na inserção de princípios outros, na linha do que já existe quando ao sistema normativo da defesa do consumidor, permite inferir que o discurso principiológico serve como indutor ao operador do direito no momento da concretude do caso. Ora, o regime estatuído pelo Marco Civil da Internet, calcado em uma base principiológica e recomendando ao interprete para observar os princípios atinentes ao meio virtual, é de todo modo saudável e permite um modelo hermenêutico apto a conferir às interpretações de acordo com as finalidades da proteção legal garantidoras do direito do pleno acesso à internet para todos e sem qualquer tipo de censura prévia, por exemplo.

Não se trata de uma mera repetição de princípios constitucionais consagrados, sem qualquer espaço ao intérprete. Ao contrário, é uma plena indicação de um norte hermenêutico. No que foi afirmado linhas atrás, por exemplo, uma ordem judicial estipulando, a exemplo da rede social do *facebook*, que impeça os usuários de publicarem críticas ao governo, certamente seria passível de reforma, pois o meio virtual marcado pela interatividade e livre fluxo de ideias impede qualquer tipo de controle prévio a um meio e ao interprete buscar a solução com base na própria arquitetura da internet. E acaso assim não fosse decidido, o regramento legal claramente impede a censura, pois há a primazia da liberdade de expressão como marco interpretativo a guiar o aplicador do Direito.

A ideia de uma internet livre – livre da ingerência do Estado – como afirmado a pouco, está superada, pois em algum momento o próprio Estado vai buscar a efetividade de suas normas, seja para garantir uma internet livre, seja para garantir a efetiva proteção de seus cidadãos. Nesse sentido, o marco legal traz em seu bojo uma tentativa de equilibrar uma internet livre, regulando os direitos e deveres dos usuários da rede, direitos e deveres dos prestadores de serviço em rede e notadamente fixando algumas balizas de interpretação e o que é interessante, confere primazia ao princípio da liberdade de expressão, notadamente quando afasta a possibilidade de censura prévia.

---

<sup>125</sup> BINICHESKI, Paulo Roberto. *Responsabilidade civil dos provedores de internet: direito comparado e perspectivas de regulamentação no direito brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 17.

O exemplo da proteção conferida ao consumidor pelo advento do Código de Defesa do Consumidor, calcado em uma lei principiológica, permite inferir do acerto do legislador ao adotar um modelo de lei com a mesma visão. Nessa linha, a doutrina consumerista afirma, os princípios revelam-se como normas com alto grau de generalidade e atuam como mandamento de otimização, ao ordenar que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as condições fáticas e jurídicas existentes e na mesma direção, o princípio jurídico abrange igualmente as diretrizes ou o sentido a serem conferidos para uma determinada disciplina jurídica.<sup>126</sup>

Em sua digressão sobre o papel dos princípios, Paulo Bonavides afirma que a normatividade deles está na posição mais alta de todo o sistema, “porquanto quem os decepa arranca as raízes da árvore jurídica” e sustenta não existir distinção entre princípios e normas e do reconhecimento da hegemonia dos princípios na pirâmide normativa elevados ao grau de norma das normas.<sup>127</sup>

Ainda, Newton de Lucca sustenta o sentido de princípios enformadores da disciplina do uso da internet e que agora, com a Lei do Marco Civil, temos no Brasil um disciplina normativa própria e representa uma inegável vitória da cidadania e exige uma cuidadosa reflexão sobre o sentido e o alcance dos princípios.<sup>128</sup> Os princípios, em algum momento possuem um ponto de indeterminação e nesse momento a sua demarcação estará sujeita à concepção ideológica ou filosófica de seu interprete, o que é bom, pois permite manter a norma sempre atual, com a adaptação, ao longo do tempo às diferentes realidades.<sup>129</sup>

Com esse espaço de preenchimento, ao indicar uma determinada direção a seguir, a opção legislativa do Marco Civil da Internet permite ao juiz manter

---

<sup>126</sup> MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 113.

<sup>127</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1994, p. 259 e p. 265.

<sup>128</sup> Newton de Lucca, em ensaio didático pontua o acerto da escolha de uma lei com base principiológica e esclarece a adoção do termo *enformador* dos princípios (e não meramente informador), pois os princípios não dão informação, mas enformam no sentido de moldarem ou construírem uma forma, a exemplo do que foi e é o Código de Defesa de Consumidor, em uma sociedade em mudança.

DE LUCCA, Newton. Marco Civil da Internet – *Uma visão panorâmica dos principais aspectos relativos às suas disposições preliminares*. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. (Coords) In: *Direito & Internet III. Marco Civil da internet*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 24.

<sup>129</sup> Nesse sentido, confira-se In: BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional - Tomo III*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.18.

sempre atual o seu sentido, lapidar o estatuto legal de acordo com as próprias transformações permanentes do meio online.

### 3 OS PRINCÍPIOS DA LEI DO MARCO CIVIL DA INTERNET

Anteriormente ao *leanding case* chegar à Suprema Corte, alguns aspectos da mudança política nos Estados Unidos e a atuação da Agência de Proteção Ambiental (*Environmental Protection Agency*) ou simplesmente *EPA* -, podem explicar em parte o que culminou na *Doutrina Chevron*.

A lei do marco civil da internet adotou em seu modelo legislativo um rol de princípios enformadores, na dicção proposta por Newton de Lucca, os quais vieram enunciados pelo legislador no art. 3º como sendo os seguintes: 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.

No entanto, para fins didáticos, temos que do texto legislativo pode ser extraídos os seguintes princípios:

- a) princípio da liberdade de expressão;
- b) princípio da privacidade;
- c) princípio da proteção dos dados pessoais;
- d) princípio da neutralidade da rede;
- e) princípio da livre iniciativa empresarial;
- f) princípio da irresponsabilidade civil;

Quanto aos princípios da privacidade, proteção de dados pessoais, do princípio da neutralidade da rede já foi investigado em outro texto<sup>130</sup> e da livre iniciativa empresarial importa destacar que não são objetos deste ensaio. No desenvolvimento deste ensaio, a ideia é a abordagem do princípio da liberdade de expressão e a sua relação estreita com o que denominamos de princípio da irresponsabilidade civil.

#### 4 O PRINCÍPIO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Em 1996 o Congresso Americano aprovou o *Communications Decency Act* (CDA), uma lei com o propósito de impedir que menores de idade tivessem acesso a materiais de conteúdo pornográfico pela internet, ao criminalizar a conduta de transmissão indecente. A lei pretendia estimular os intermediários técnicos para estabelecer mecanismos que impediriam a divulgação de materiais de cunho obsceno e pornográfico aos menores de idade, mediante filtros de controle prévio, no qual os provedores de acesso deveriam exigir prova de idade aos usuários. O regime legal pelo CDA foi logo percebido como capaz de gerar um *chilling effect* na liberdade de expressão, pois poderia implicar em atitudes de censura prévia dado que o intermediário técnico deveria apreciar antes do acesso se o material era obsceno ou pornográfico e com isso afastar enorme quantidade de conteúdos de valor educacional, artístico ou científico e por outro lado esbarrava na arquitetura da internet<sup>131</sup>, eis que tecnicamente restava impossível de detectar quem verdadeiramente fosse menor de idade.

A legislação do CDA foi questionada junto aos tribunais dos EUA e logo suspensa por diferentes decisões e em 26 de junho de 1997 a Suprema Corte

---

<sup>130</sup> Para breves anotações quanto aos princípios, particularmente em uma visão técnica, vide GETSCHKO, Demi. *Marco civil da internet e os fundamentos de seus princípios*. In: ARTESE, Gustavo (coord.). *Marco Civil da Internet: Análise jurídica sob uma perspectiva empresarial*. São Paulo: Quartier latin, 2015, p. 67-69.

<sup>131</sup> A arquitetura do cyberspace é a verdadeira proteção do discurso. É a arquitetura da internet a “First Amendment” no cyberspace, a qual não permite regulação no meio virtual. In: LESSIG, Lawrence. *Code version 2.0*. New York, NY: Basic Books, 2006, p. 236. Em razão do desenvolvimento técnico dos mecanismos da internet à época, desde logo foi percebido que a proposta legislativa era inviável de ser implementada de forma eficiente, pois o projeto em estudo não atentava de forma séria dados essenciais, como a velocidade da transmissão de dados, o altíssimo volume de tráfego, a encriptação de dados transmitidos, a localização física dos servidores e a real possibilidade de os *ISPs* transferirem as empresas e equipamentos informáticos para lugares além da jurisdição americana, e principalmente por violar a liberdade de expressão. In: BINICHESKI, Paulo Roberto. *Responsabilidade civil dos provedores de internet: direito comparado e perspectivas de regulamentação no direito brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 31.

confirmou que a lei confrontava o estatuído na Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos, ou seja, o Congresso Norte Americano não deve fazer nenhuma lei que de algum modo possa cercear a liberdade de expressão.<sup>132</sup> A Suprema Corte dos Estados Unidos assentou, que por ser a internet a forma mais participativa de discurso de comunicação de massa deveria obter, no mínimo, a proteção conferida à imprensa escrita.

Nos Estados Unidos, a liberdade de expressão é considerada um direito fundamental preferencial (*preferred position*). Desse modo, quando em um caso em concreto existir conflito entre a liberdade de expressão e outro direito fundamental (direitos da personalidade), a liberdade de expressão assume a posição de um direito preferencial.<sup>133</sup> O que justifica a *preferred position* em relação aos direitos fundamentais individualmente considerados é que as liberdades de manifestação e de manifestação individual e na forma coletiva “servem de fundamento para o exercício de outras liberdades”.<sup>134</sup>

Entre nós, a liberdade de expressão não era visto com uma posição de preferencia, mesmo sob a égide da Constituição de 1988, tanto que uma biografia não autorizada de Roberto Carlos, o livro Roberto Carlos em Detalhes de 2006 e escrito por Paulo Cesar de Araújo lançada em dezembro de 2006 foi proibida de circulação pela justiça e posteriormente retirada de todas as lojas. No entanto, mais recentemente a Suprema Corte tem decidido no sentido de uma certa primazia do princípio da liberdade de expressão, como foi o emblemático caso no julgamento da ADI 4815<sup>135</sup>, em que restou

<sup>132</sup> In: BINICHESKI, Paulo Roberto. *Responsabilidade civil dos provedores de internet: direito comparado e perspectivas de regulamentação no direito brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 30-32.

<sup>133</sup> Para um visão ampla da doutrina da liberdade de expressão nos Estados Unidos da América, vide por todos In: CHEQUER, Cláudio. *A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial prima facie. (análise crítica e proposta de revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

<sup>134</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional - Tomo III*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 105-106.

<sup>135</sup> O Ministro Luís Roberto Barroso destacou que o caso envolve uma tensão entre a liberdade de expressão e o direito à informação, de um lado, e os direitos da personalidade (privacidade, imagem e honra), do outro – e, no caso, o Código Civil ponderou essa tensão em desfavor da liberdade de expressão, que tem posição preferencial dentro do sistema constitucional. Essa posição decorre tanto do texto constitucional como pelo histórico brasileiro de censura a jornais, revistas e obras artísticas, que perdurou até a última ditadura militar. Barroso ressaltou, porém, que os direitos do biografado não ficarão desprotegidos: qualquer sanção pelo uso abusivo da liberdade de expressão deverá dar preferência aos mecanismos de reparação a posteriori, como a retificação, o direito de resposta, a indenização e até mesmo, em último caso, a responsabilização penal. STF afasta exigência prévia de autorização para biografias. Quarta-feira, 10 de junho de 2015. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=293336>> . Acesso em 20 fev. 2018.

consagrado a proteção dos direitos fundamentais da liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença de pessoa biografada, relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas).

É facilmente verificável, o STF caminha a passos largos em enxergar o princípio da liberdade de expressão de modo muito semelhante ao verificado na jurisprudência dos EUA, ou seja, em uma posição de preferência em relação a outros princípios, como os pertinentes a proteção da privacidade, da honra e da imagem, de modo a instruírem os juízes brasileiros para evitarem decisões com caráter de censura prévia.<sup>136</sup>

Quando o legislador adotou explicitamente a posição de preferência ao princípio da liberdade de expressão no desenho legal do Marco Civil da Internet, foi para evitar a censura prévia e certamente para não incorrerem os juízes brasileiros em decisões inexecutáveis por confrontarem diretamente com a arquitetura da rede de internet.

Como anotado, a liberdade de expressão se fundamenta de modo integrativo-sistemático com a cidadania, notadamente em seu aspecto inclusivo, na linha do direito de acesso à internet a todos, no fundamento da cidadania inclusiva na internet como uma das facetas da liberdade de expressão.<sup>137</sup> A liberdade de expressão não é uma cláusula de imunidade, pois sofre restrições pelo legislador infraconstitucional, mas uma posição de preferência por sua conexão direta com o princípio democrático.<sup>138</sup>

Destarte, quando o legislador do Marco Civil da Internet adota o princípio da liberdade de expressão, e o fez em seu sentido amplo, admitindo a possibilidade de regulação, quis indicar ao intérprete para observá-lo, preservando seu núcleo essencial e atento aos critérios da proporcionalidade e da razoabilidade, como ensina Ulisses Schwarz Viana.<sup>139</sup>

Em síntese, o que foi estatuído pelo legislador ao elencar o princípio da liberdade de expressão, em seu sentido amplo, como um princípio da internet, foi no ideário de que no meio online deveriam ser asseguradas as mesmas garantias dadas à

---

<sup>136</sup> MEDIDA CAUTELAR NA RECLAMAÇÃO 22.328 RIO DE JANEIRO. MIN. ROBERTO BARROSO. Brasília, 20 de novembro de 2015.

<sup>137</sup> VIANA, Ulisses Schwarz. *Liberdade de expressão, comunicação e manifestação do pensamento como princípios fundamentais do marco civil*. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (Coord) In: Marco Civil da internet. São Paulo: Atlas, 2014. p. 133.

<sup>138</sup> Idem, idem, p. 135.

<sup>139</sup> Idem, idem, 136.

imprensa em geral e sob qualquer meio de comunicação. Logicamente, no meio online cabem os mesmos limites inerentes a qualquer meio físico, eis que os eventuais abusos podem e devem ser combatidos.

O ilícito civil ou penal é o mesmo no meio virtual ou no meio físico. A substancial diferença existente é a potencialização do dano na possibilidade da ampla disseminação de conteúdos prejudiciais com a utilização das funcionalidades da internet em contraponto com o meio físico. Explica-se: Antes da internet, para difamar alguém, podia ser pichado um muro com escritos prejudiciais à honra. Com a internet, a publicação de uma mensagem de cunho difamatório poderá ser vista e revista milhares de vezes e em poucos instantes e uma vez publicada, dificilmente será apagada totalmente do meio virtual.

Para usufruir das funcionalidades da internet, o internauta utiliza os serviços dos provedores de acesso e dos provedores de aplicações, atores facilmente identificados e com recursos suficientes para fazer frente às ações de indenização. No entanto, imputar a esses atores da internet os efeitos de indenizações civis e até mesmo de responsabilidade penal não seria a melhor escolha, eis que praticamente impossível ter controle sobre a imensa gama de conteúdos disponibilizados de forma instantânea. Por outro lado, a exigência de controle prévio implicaria em atos de censura e de perda da ampla interatividade. Desse modo, a escolha do legislador brasileiro seguiu os contornos de outras ordens jurídicas e fez um desenho legal para imunizar os intermediários técnicos por ações de indenização civil e de responsabilidade penal, o que será abordado em seguida.

## 5 O PRINCÍPIO DA IRRESPONSABILIDADE CIVIL

Com a disseminação do uso da Internet para fins comerciais e por usuários privados, os primeiros litígios começaram a surgir e nos Estados Unidos da

América foi o “primeiro onde a internet começou a ser utilizada em grande escala, tendo estado intimamente envolvido no desenvolvimento desta rede informática”.<sup>140</sup>

Decorrente dos processos judiciais ocorridos nos EUA e da legislação do CDA, foi firmado a regra do precedente no qual os provedores de hospedagem de conteúdo de terceiros são imunes de qualquer responsabilidade, posto que apenas fornecem os seus espaços para os materiais de seus usuários e também não são obrigados a retirar conteúdos por meros avisos dos interessados, pois se assim agissem poderiam praticar atos de censura. No entanto, em sendo o caso de conteúdos com violação do *Copyright* a legislação aplicada é a do *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA) e os provedores de hospedagem devem retirar o conteúdo a partir de uma notificação de quem diz ser o proprietário do direito violado.

Na União europeia, a partir da Diretiva do Comércio Eletrônico aprovada em 8 de Junho de 2000 regula a responsabilidade civil no sentido de que os provedores de internet que armazenam conteúdos de terceiros em seus servidores não podem ser responsabilizados, a menos que falhem em remover expeditamente ou bloquear o acesso às informações ao obter conhecimento real da atividade ilegal ou informação ou, ainda, ao se dar conta de fatos ou circunstâncias indicadoras de que a atividade é ilegal ou aparente ilegalidade (conhecimento presumido).<sup>141</sup> Quanto a remoção de conteúdos e como se obtém o conhecimento, a Diretiva deixa ao encargo dos países membros para estabelecer os mecanismos nas respectivas ordens jurídicas internas, problema que não foi muito bem resolvido, mas que em suma pode ser visto como a consagração do princípio da irresponsabilidade civil por conteúdos apostos por terceiros. Em essência, o princípio da irresponsabilidade estatuído pela legislação é o reconhecimento da impossibilidade técnica dos provedores exercerem controle sistemático da informação transportada ou armazenada.<sup>142</sup>

Tanto no regime legal encontrado nos EUA como no Continente Europeu, a maior preocupação pode ser vista como a necessidade de evitar atos de censura e na remoção indevida de conteúdos e a de não transformar o intermediário técnico em

---

<sup>140</sup> CASIMIRO, Sofia de Vasconcelos. A responsabilidade civil pelo conteúdo da informação transmitida pela internet. Coimbra: Almedina, 2000. p. 43.

<sup>141</sup> JULIÀ-BARCELÓ, Rosa; KOELMAN, Kamiel J. La responsabilidad de los intermediarios de internet en la directiva de comercio electrónico: problemas no resueltos. *Revista de Contratación Electrónica*, Cádiz, n. 6, p. 7-8, jun. 2000.

<sup>142</sup> VICENTE, Dario Moura. *Direito internacional privado: problemática internacional da sociedade da informação*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 323.

juiz do caso, com a consagração da liberdade de expressão, o que acabou sendo adotado como o modelo legal no Brasil com a Lei do Marco Civil da Internet.

O Marco Civil da Internet tratou de várias questões, notadamente ao erigir como um de seus fundamentos a primazia da liberdade da expressão, a qual está intimamente ligada com o desenho legal do que podemos nominar de princípio da irresponsabilidade civil.

Desse modo, a Lei 12.965/2014, procura resolver grande parte da problemática da responsabilização dos atores da internet, notadamente ao estatuir que os provedores de internet que fornecem o acesso à rede são imunes de responsabilidade civil. Assim é a disposição do art. 18: “O provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros”. Referida anotação pelo legislador é de todo modo despicienda, uma vez que “a regra é universal, pois não teria o menor sentido tornar responsável a companhia telefônica na hipótese de uma ligação anônima”<sup>143</sup>, em uma analogia às ligações convencionais.

Ao lembrar da arquitetura da internet, é assente que o fornecedor de conexão não possui e não pode possuir qualquer controle prévio acerca dos conteúdos transmitidos em seus sistemas. Em comparação com o visto em outras ordens jurídicas, notadamente no regime comunitário, para receber o enquadramento como provedor de acesso, não pode existir nenhum tipo de monitoramento ou controle prévio em face dos conteúdos a ser transmitidos, eis que não pode existir ingerência do intermediário técnico. A lei brasileira guardou um desenho bem apropriado, e para amarrar as diferentes hipóteses de responsabilidade, colocou em sua estrutura normativa a vedação de monitoramento quanto aos conteúdos e em particular o dever legal de impedir qualquer tipo de escolha sobre os materiais, o que foi contemplado no que se convencionou de princípio da neutralidade da rede, assunto que foi tratado em outro momento.

Aparentemente há um silêncio no texto legal, por não cuidar de dizer aspectos pertinentes da eventual responsabilidade civil àqueles prestadores de serviços em internet que disponibilizam material próprio. No entanto, tal silêncio parece ser

---

<sup>143</sup> BINICHESKI, Paulo Roberto. O marco civil da internet: primeiras linhas. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4296, 6 abr. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/36379>>. Acesso em 22 fev. 2018.

proposital, pois é inerente ao campo da responsabilidade civil a responsabilização pelo próprio conteúdo, dado que existe o poder de dispor ou não da informação.

O desenho concebido é bom para a iniciativa e a criatividade dos empreendedores, de forma que não há o que se falar em responsabilização pelo mau uso ou por conteúdos ofensivo ou calunioso inserido por terceiros, observando Demi Getschko, “quem entrega uma correspondência não pode ser responsabilizado pelo seu conteúdo ilegal.”<sup>144</sup>

O Marco Civil foi além da previsão de uma irresponsabilidade civil e traçou algumas linhas de irresponsabilidade condicionada. Na norma, o legislador afirma expressamente sua intenção, na ideia do reforço do princípio da liberdade de expressão, quando afirma que o provedor de aplicações poderá ser responsabilizado pelo conteúdo gerado por terceiros, desde que não cumpram com eventual ordem judicial de remoção ou de indisponibilidade de acesso àqueles conteúdos.<sup>145</sup> E o legislador também cuidou de afirmar que a obrigação legal está condicionada a poder tecnicamente<sup>146</sup> cumprir com a determinação, pois não raras vezes os juízes impõem deveres impossíveis de ser cumpridos.

<sup>144</sup> GETSCHKO, Demi. *Marco civil da internet e os fundamentos de seus princípios*. In: ARTESE, Gustavo (coord.). *Marco Civil da Internet: Análise jurídica sob uma perspectiva empresarial*. São Paulo: Quartier latin, 2015, p. 71. Sagaz a observação do autor referido, afinal quem fabrica a corda não é responsabilizado por enforcamento que elas podem gerar, e os latinos diziam *ne nuntium necare* (não se deve matar o mensageiro). Op. cit, p. 71.

<sup>145</sup> Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário

<sup>146</sup> Nos aspectos técnicos da internet, em boa hora o legislador andou bem ao indicar ao intérprete observar a própria natureza do meio e o que ontem poderia ser uma impossibilidade técnica, hoje pode ser diferente e amanhã muito mais. Muito se fala quando alude a ordem judicial específica a necessidade de indicar a *URL*, espécie de endereço único de cada documento/arquivo/mídia existente na rede e que é alterado a cada inserção de informação. No entanto, na atualidade é possível atrelar um documento digital além da mera *URL* e identifica-lo por determinados padrões, o que facilita a sua remoção, o que já foi chamado de DNA do documento digital. Com essas tecnologias, é até possível rastrear conteúdos indesejáveis e violadores de diversas esferas, com alguma utilização para evitar violação do Direito autoral e de conteúdos de natureza pornográfica. Logo, é um tanto prematuro ou equívoco de algumas decisões judiciais exigindo especificamente a *URL* como condição de validade da ordem judicial, dado que a técnica existente indica para outras possibilidades, o que não será enfrentado neste breve ensaio. Para alguns apontamentos, vide VAINZOF, Rony. *O sistema do Facebook para barrar "vingança pornô" e o Marco Civil da Internet*. 13 abril de 2017. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI257279,61044-O+sistema+do+Facebook+para+barrar+vinganca+porno+e+o+Marco+Civil+da>>. Acesso em 24 fev. 2018.

Nessa regra do art. 19 do MCI é a contemplação expressa do tripé *capacidade, conhecimento e inércia – ou seja, pode ser considerado responsável aquele que tecnicamente pode agir, está ciente do fato e mesmo assim se omite.*<sup>147</sup>

*Aliás, a jurisprudência brasileira era vacilante no ponto, e alguns julgados impunham responsabilidade civil aos intermediários técnicos, em uma leitura equivocada do Código de Defesa do Consumidor. Equivocada, pois o entendimento era de que a não remoção, a partir de um aviso do interessado, fosse suficiente para gerar o defeito na prestação do serviço e sem perceber que assim dispendo, o provedor de hospedagem ficaria com a obrigação de julgar sobre a licitude ou não do material questionado e também imputava ao intermediário técnico uma obrigação de responsabilidade civil de natureza integral.*

*O que deve ser ponderado é que na típica atividade de provedor de aplicativo de espaço para terceiros colocarem seus conteúdos, como é o caso de uma rede social (facebook), o intermediário técnico basicamente põe um espaço em seus servidores ao dispor do usuário, sem qualquer possibilidade de controle prévio ou seja, sem qualquer relação direta ou indireta com seus próprios conteúdos.*

Logo, o legislador foi muito apropriado em dispor no desenho legal que a possibilidade de imputação de responsabilidade civil por ceder espaço em seus servidores para os usuários colocarem conteúdos (terceiros) decorre do não cumprimento de uma ordem judicial específica. Com isso, fica excluída a possibilidade de interpretar como suficiente a mera possibilidade de um aviso do interessado, ao exigir expressamente um comando judicial, com o que transfere ao Estado-juiz a avaliação do caso concreto. Resta, pois, afastada a imposição de o intermediário técnico agir como se fosse juiz.

No entanto, é preciso atentar que o modelo da irresponsabilidade civil caminha *pari passu* com o dever de políticas de autorregulamentação. O modelo legal dos EUA do CDA foi pensado para estimular a autorregulamentação, ou seja, o provedor deveria atuar no sentido de remover conteúdos prejudiciais e sem que com isso implicasse em responsabilidade civil quando viesse a causar prejuízos a terceiros, decorrente da

---

<sup>147</sup> VIVANT, Michel. *La responsabilité des intermédiaires de l'internet*. JCP-La Semaine Juridique Édition Générale, n. 45-46, p. 2023, 10 nov. 1999 e VIVANT, Michel. Internet et droit. BECERRA RAMÍREZ, Manuel; OVILLA BUENO, Rocio (Coord). *El desarrollo tecnológico y la propiedad intelectual*. México, D.F. :Universidad Nacional autónoma de México, 2004, p. 110-111.

chamada cláusula do bom samaritano.<sup>148</sup> Portanto, quando o intermediário técnico decidisse por remover conteúdos que entendesse como prejudiciais, não poderia sofrer sanção e do mesmo modo quando não removesse tais conteúdos. A nossa legislação deve ser compreendida nesse modelo, sem imposição de responsabilidade na decisão de remover ou de não remover conteúdos antes de uma decisão judicial, o que evita a morosa via judicial, sem os riscos de uma eventual omissão ou no excesso pontual de bloqueio de conteúdos.

Deve ser ponderado, as próprias empresas prestadoras de serviços no meio virtual são as primeiras interessadas em evitar abusos de maus usuários, mas sem os riscos de uma mera notificação do interessado ativar responsabilidade por danos. Na hipótese contrária, ou seja, uma mera notificação pudesse afastar a imunidade, o efeito poderia ser perverso e reclamações frívolas levariam a atos de censura, com consequências na liberdade de expressão, a fim de evitar o risco de indenização.

O regime legal do Marco Civil da Internet afasta a responsabilidade ao provedor de aplicações. No entanto, não significa que o provedor de aplicações de internet esteja na obrigação de não agir de nenhum modo, ou seja, da inexistência de poder agir por conta própria quando estiver frente a conteúdos manifestamente prejudiciais à terceiro ou até mesmo nas situações em que for provocado pelo eventual prejudicado. E aqui reside, sem dúvida, a escolha do legislador, quando deu primazia à liberdade de expressão e consagrou o princípio da irresponsabilidade civil, foi no sentido de que a arquitetura do meio online não pode transmutar o provedor de aplicações em juiz, mas ao tempo exige um agir ético, e nesse rumo o bônus vem o ônus, qual seja, a de aprimorar seus serviços para o recebimento de queixas fundamentas e exercer alguma diligência mínima.

Por outro lado, na hipótese de existir ordem judicial específica, a omissão ativa a responsabilização, mas ainda de forma amena, dado que o legislador estatui a mera responsabilidade subsidiária. Essa foi uma alteração importante no marco regulatório, pois o provedor de aplicações, quando fornece os serviços de hospedagem – conteúdo gerado por terceiros – na hipótese de não cumprir a ordem judicial no tempo e

---

<sup>148</sup> O sistema dos EUA, no que se convencionou chamar da cláusula do bom samaritano, imuniza os intermediários técnicos por materiais apostos por terceiros quando: a) o provedor remove conteúdo; b) deixa de remover conteúdo. A ideia é estimular a autorregulamentação e não importa para efeitos de responsabilidade se exerce alguma espécie de controle editorial. Quanto ao assunto, *vide* BINICHESKI, Paulo Roberto. Op. cit., p. 44-52.

modo específico, não incide em responsabilidade direta, posto que somente será chamado a complementar o montante da eventual condenação imposta nas situações em que o real causador do dano não puder pagar ou não for encontrado.

Nas hipóteses de fornecimento de espaço em seus servidores para o conteúdo de terceiros (*rectius*, usuários), o provedor de aplicativos está frente a uma relação jurídica de consumo e pouco importa se o serviço for aparentemente gratuito, dado que o fornecimento do espaço garante a rentabilidade por meio de publicidade ou nos interesses econômicos dos dados de quem utiliza suas plataformas. O sistema legal desenhado pelo Código de Defesa do Consumidor prevê em tais hipóteses situação a ser dirimida pela teoria da responsabilidade objetiva, eis que é um caso de defeito na prestação do serviço. Porém, em face do texto legislado do Marco Civil da Internet, a responsabilidade civil dos provedores de aplicações foi posta como responsabilidade subjetiva e de caráter subsidiário, o que implica em retrocesso social.<sup>149</sup>

Não obstante a primeira regra do MCI alude a uma ordem judicial específica, ao não permitir que meros avisos tornassem obrigatória a retirada de conteúdo, há exceções, quando o conteúdo inquinado dizer respeito a materiais com cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado, a chamada vingança pornô (art. 21). Nessa situação, o marco legal contenta-se com os meros avisos do interessado, não exigindo que a notificação seja judicial e qualquer sorte, a responsabilidade ainda é de natureza subsidiária, o que remete ao comentado anteriormente.

Por fim, fruto de alguma composição durante os debates legislativos, o Marco Civil da Internet não tratou diretamente das questões de violação do Direito de Autor e fez a reserva da lei própria, mandando um conteúdo normativo ao legislador para observar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5º da Constituição Federal, previsão de todo inútil, eis que a lei não poderia dispor de modo contrário ao estatuído pela ordem constitucional.

---

<sup>149</sup> Há toda uma teoria em face da proibição do chamado retrocesso social, notadamente quanto às conquistas sociais, a exemplo do desenho legal do Código de Defesa do Consumidor. O modelo adotado pelo Marco Civil da Internet, no ponto, pode levar a conclusão de que a adoção da irresponsabilidade civil ou de imputar responsabilidade subsidiária e de natureza subjetiva arrefece a proteção aos consumidores brasileiros, tema que não será enfrentado neste breve ensaio, pois o STF já discute sobre a constitucionalidade do art. 19 do Marco Civil, em caso convertido a repercussão geral, conforme RE 1037396 e deve decidir muito rapidamente sobre a matéria.

Em algum momento, quando o intérprete for chamado a decidir os casos concretos do meio online, estará confrontado com antagonismos inevitáveis, e a aí a escolha deverá ser fundamentada, para ponderar entre a liberdade de expressão e o direito de privacidade, da honra e da imagem, por exemplo.<sup>150</sup>

## 6 CONCLUSÃO

O modelo principiológico adotado pelo legislador com o Marco Civil da Internet está em consonância com a tendência das modernas legislações e em boa hora o Brasil traçou um modelo legal aos fenômenos jurídicos advindos da Internet. A legislação é bem recente e algumas controvérsias interpretativas devem pautar a agenda do judiciário na definição de limites interpretativos.

A necessidade de o intérprete observar a natureza da internet é recomendação importante, pois a cada dia dado o avanço de suas funcionalidades, ao juiz a necessidade de conhecer as especificidades do meio virtual, a fim de evitar tomar decisões sem qualquer possibilidade de efetivação e perturbadoras ao equilíbrio da rede, notadamente na necessidade de adotar como posição de preferência o respeito à liberdade de expressão.

A adoção do princípio da irresponsabilidade civil não pode levar a interpretações extremas, como a da inexistência de qualquer dever aos provedores de aplicações, dado que nas hipóteses de tomar conhecimento efetivo da violação de direitos da esfera de outrem e de poder agir tecnicamente, devem agir para remover conteúdos prejudiciais, o que pode evitar a demandas excessivas para resolução de casos.

Por fim, na regra da imposição de um dever ativo para remoção de conteúdos prejudiciais quando estiver relacionados aos casos de vingança pornô foi extremamente salutar, de modo a evitar a via morosa do Poder Judiciário.

---

<sup>150</sup> A propósito, vide por todos In: BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional - Tomo III*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 18-19.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional - Tomo III*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BINICHESKI, Paulo Roberto. O marco civil da internet: primeiras linhas. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4296, 6 abr. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/36379>>. Acesso em 22 fev. 2018.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

CASIMIRO, Sofia de Vasconcelos. A responsabilidade civil pelo conteúdo da informação transmitida pela internet. Coimbra: Almedina, 2000.

CHEQUER, Cláudio. *A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial prima facie. (análise crítica e proposta de revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011.

DE LUCCA, Newton. Marco Civil da Internet – *Uma visão panorâmica dos principais aspectos relativos às suas disposições preliminares*. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. (Coords) In: *Direito & Internet III*. Marco Civil da internet. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 23-78.

GETSCHKO, Demi. *Marco civil da internet e os fundamentos de seus princípios*. In: ARTESE, Gustavo (coord.). *Marco Civil da Internet: Análise jurídica sob uma perspectiva empresarial*. São Paulo: Quartier latin, 2015, p. 65-96.

JULIÀ-BARCELÓ, Rosa; KOELMAN, Kamiel J. La responsabilidad de los intermediarios de internet en la directiva de comercio electrónico: problemas no resueltos. *Revista de Contratación Electrónica*, Cádiz, n. 6, p. 7-8, jun. 2000.

LESSIG, Lawrence. *Code version 2.0*. New York, NY: Basic Books, 2006.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MEDIDA CAUTELAR NA RECLAMAÇÃO 22.328 RIO DE JANEIRO. MIN. ROBERTO BARROSO. Brasília, 20 de novembro de 2015.

STRECK, Lenio Luiz. *Apontamentos hermenêuticos sobre o marco civil regulatório da internet*. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (Coord) In: *Marco Civil da internet*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 333-345.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Marco Civil da Internet: uma lei sem conteúdo normativo . **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 30, n. 86, p. 269-285, apr. 2016. ISSN 1806-9592. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/eav/article/view/115093/112803>>. Acesso em: 26 jan. 2018. doi:<http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142016.00100017>.

VAINZOF, Rony. *O sistema do Facebook para barrar "vingança pornô" e o Marco Civil da Internet*. 13 abril de 2017. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI257279,61044-O+sistema+do+Facebook+para+barrar+vinganca+porno+e+o+Marco+Civil+da>>. Acesso em 24 fev. 2018.

VIANA, Ulisses Schwarz. *Liberdade de expressão, comunicação e manifestação do pensamento como princípios fundamentais do marco civil*. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (Coord) In: Marco Civil da internet. São Paulo: Atlas, 2014. p. 127-147.

VICENTE, Dario Moura. *Direito internacional privado: problemática internacional da sociedade da informação*. Coimbra: Almedina, 2005.

VIVANT, Michel. *La responsabilité des intermédiaires de l'internet*. *JCP-La Semaine Juridique Édition Générale*, n. 45-46, p. 2023, 10 nov. 1999.

VIVANT, Michel. Internet et droit. BECERRA RAMÍREZ, Manuel; OVILLA BUENO, Rocío (Coord). *El desarrollo tecnológico y la propiedad intelectual*. México, D.F.: Universidad Nacional autónoma de México, 2004.

# DO EMPREGO DA DIGNIDADE COMO FUNDAMENTO DE DIREITOS HUMANOS: DIVULGAÇÃO DA ANÁLISE DE ALGUNS APORTES JURISDICIONAIS DO STF

*Rafael Seixas Santos*

Mestrando em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário UniCeub e especialista em Direito Público; professor do Curso de Direito do Centro Universitário IESB.

## Resumo

O princípio da dignidade da pessoa humana tem sido empregado como fundamento dos direitos humanos de modo relativamente frequente no cenário nacional, como faz o Supremo Tribunal Federal (STF). Importa, desta feita, analisar o emprego da dignidade segundo o comportamento da Corte como plataforma de reforçar o emprego da expressão nas diversas esferas sociais. Assim, por meio da apropriação da construção teórica do conceito operacional “dignidade fundamentando direitos humanos”, amplamente desenvolvida pela literatura articular especializada e da verificação de seu posicionamento em algumas decisões judiciais, reforça-se a validade e os mecanismos de conferir eficácia ao emprego do fundamento.

**Palavras-chave:** Dignidade. Direitos Humanos. STF.

## INTRODUÇÃO

As tentativas de esboçar o conceito de dignidade da pessoa humana tem acabado por invocar – fortuita ou voluntariamente – o princípio como um dos fundamentos dos direitos humanos. A reconstrução da fundação dos direitos humanos em preceitos ou valores, tais como a dignidade, é incorporada no discurso de Instituições relevantes nas arenas nacionais das sociedades democráticas, a exemplo das Cortes Constitucionais.

Deste modo, a proposta deste texto é divulgar a análise de como pode a dignidade fundamentar a aplicação dos direitos humanos na atividade do Supremo Tribunal Federal especialmente empreendida pela literatura mais abalizada<sup>151</sup>: por meio da análise de conceitos e considerações amplas, formuladas por diversos autores e pela jurisprudência constitucional brasileira.

A dignidade é um dos conceitos mais reiteradamente empregados em todo o Direito Constitucional. Tanto é assim que, no Brasil, a Constituição Federal de 1988 prevê, no

---

<sup>151</sup> O texto não busca ponderar sobre o que são direitos humanos para o STF, mas referir e divulgar explicitamente o texto de SANTOS, Rafael Seixas; VARELLA, Marcelo Dias. *Uma análise conceitual da dignidade como fundamento dos direitos humanos e sua invocação em decisões do STF e da CIDH*. **Revista Opinião Jurídica (Fortaleza)**, v. 14, n. 19, p. 171-194, 2016. Assim, em linhas gerais, o presente texto propala como os estudos dos citados autores corroboram pela a análise dos julgados em que o Tribunal recorre à dignidade para conferir aplicação prática a direitos humanos.

artigo 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana como fundamento axiológico da República e insere a dignidade como fundamento de direitos notadamente humanos em mais de outras três articulações, como nos artigos 226, §7º<sup>152</sup>; 227<sup>153</sup> e 230<sup>154</sup>.

Quando declara esta abordagem, a Constituição Federal brasileira reconhece que é o Estado que existe em função dos seres humanos, e não o contrário, uma vez que o bem-estar do ser humano constitui a finalidade precípua, e não um meio da atividade estatal<sup>155</sup>. E mais, a teoria crítica dos direitos humanos urge por uma nova perspectiva, com base em práticas sociais emancipatórias, sob a visão de que os direitos humanos são resultados provisórios, e em construção, de lutas sociais por dignidade<sup>156</sup>.

Como um preceito Constitucional, o princípio da dignidade (enquanto componente fundamental dos direitos humanos) está em recorrente vertente no Supremo Tribunal Federal. De fato, no Brasil, o STF ocupa destacada posição no campo da definição e do emprego da dignidade como fundamento para os direitos humanos, especialmente pela importância e relevância constitucional, social e política conferida àquela Corte e as suas Decisões. Por isso, é importante apresentar o modo como aquela Corte Constitucional recorre ao fundamento da dignidade na defesa dos direitos humanos.

No entanto, como já demonstrado em outra análise<sup>157</sup> a Suprema Corte tem se valido do argumento da dignidade como fundamento de direitos humanos não somente em casos relevantes do ponto de vista da abstração conceitual, mas também em passagens ordinárias<sup>158</sup>. De igual modo, o Tribunal tem empregado o conceito operacional com tão

<sup>152</sup> § 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

<sup>153</sup> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, (...), crueldade e opressão.

<sup>154</sup> Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

<sup>155</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p.80.

<sup>156</sup> HERRERA FLORES, Joaquín. A (re)invenção dos direitos humanos. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p.20.

<sup>157</sup> SANTOS, Rafael Seixas; VARELLA, Marcelo Dias. *Uma análise conceitual da dignidade como fundamento dos direitos humanos e sua invocação em decisões do STF e da CIDH*. **Revista Opinião Jurídica (Fortaleza)**, v. 14, n. 19, p. 171-194, 2016.

<sup>158</sup> Na defesa do emprego e invocação da dignidade, Luís Roberto Barroso, argumenta que, “No Brasil, como regra geral, a invocação da dignidade humana pela jurisprudência tem se dado como mero reforço argumentativo de algum outro fundamento ou como ornamento retórico. Existe uma forte razão para que seja assim. É que com o grau de abrangência e de detalhamento da Constituição brasileira, inclusive no *Revista do Observatório de Direitos Humanos do Curso de Direito IESB: Brasília*, v.2, n.2, jan./jul., 2017.

amplo espectro de alcance que, em incontáveis episódios, se pode verificar sua invocação – o que representa uma banalização do instituto. Com efeito, isso não representa algo necessariamente ruim para o universo dos direitos humanos, como se revelará adiante. Tais limites são definidos em razão do desenvolvimento histórico-cultural da sociedade e de seus valores<sup>159</sup>.

Como já anotado, o emprego exacerbado do princípio da dignidade como fundamento de direitos humanos conduz a sua efemerização. É recomendável certa cautela, por parte do STF (e de seus membros) no emprego da expressão como fundamento das suas Decisões, especialmente em razão da grave missão que lhe é conferida pela Carta Política. É preciso atenção ao emprego do princípio da dignidade da pessoa humana, pois os excessos de aplicações inflacionadas podem ensejar seu esvaziamento material e eficaz, e uma postura mais harmônica ou padronizada parece ser uma alternativa para não se cair num vazio conceitual.

Portanto, o texto objetiva propagar a análise dos multicitados autores acerca<sup>160</sup> do emprego da dignidade como fundamento para aplicação dos direitos humanos por meio da exploração de conceitos gerais e da apresentação de alguns casos em que ocorre a invocação do conceito operacional nas Decisões do STF.

## 2. DO PLANO TEÓRICO DO EMPREGO (RECORRENTE) DA DIGNIDADE COMO FUNDAMENTO DOS DIREITOS HUMANOS

Um dos campos de mais acidentado relevo na esfera da dignidade humana é o da sua conceituação e assimilação como fundamento para os direitos humanos. Em razão disso, é necessário adotar um sentido prático, um conceito abrangente e viável, a fim de se amalgamar e comparar com aquele que o STF tem construído.

---

*seu longo elenco de direitos fundamentais, muitas das situações que em outras jurisdições envolvem a necessidade de utilização do princípio mais abstrato da dignidade humana, entre nós já se encontram previstas em regras específicas de maior densidade jurídica”.* (“A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação”. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010).

<sup>159</sup> BENDA, Ernst. *The protection of human dignity (article 1 of the Basic Law)*. In: SMU Law Review, vol. 53, 2000.

<sup>160</sup> SANTOS, Rafael Seixas; VARELLA, Marcelo Dias. *Uma análise conceitual da dignidade como fundamento dos direitos humanos e sua invocação em decisões do STF e da CIDH*. **Revista Opinião Jurídica (Fortaleza)**, v. 14, n. 19, p. 171-194, 2016.

Ao se verificar a dignidade enquanto princípio e escopo de interpretação é preciso imaginar um sujeito dotado de valor intrínseco, que conta com garantias (e com direitos humanos) e que deve ser encarado como um fim em si mesmo, em que pese as consequências que suas ações (ou omissões) possam trazer à sociedade de que faz parte, dado que a dignidade humana condecora um ser racional, que carrega um fim em si mesmo<sup>161</sup>.

De início, não há como olvidar da ideia kantiana, segundo a qual a dignidade diferencia o ser racional dos demais e, ao lhe conferir autonomia, torna o indivíduo capaz de se autodeterminar<sup>162</sup>. A autonomia é, assim, um dos elementos caracterizadores da dignidade. Tal autonomia somente encontra pleno exercício quando seu titular dispõe de liberdade, de modo que o próprio Estado tenha a obrigação negativa (de não interferir no campo das liberdades humanas básicas, exceto nos casos de violações inter-humanas) e desde que os cidadãos-semelhantes reconheçam e respeitem a liberdade individual. Em outras palavras, dignidade pressupõe igualdade.

É que o universo dos direitos humanos é transdisciplinar e goza de atributos especiais: a universalidade e a indivisibilidade<sup>163</sup>. Isso decorre da miríade dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais ser resultante da soma do valor da liberdade com o valor da igualdade. E o cenário se torna mais complexo à medida que o movimento da internacionalização do direito se intensifica e por ele passam as torrentes de mecanismos e meios de promoção de direitos humanos pela desconstrução individualista de valores. Valores individuais passam a se sobressair em face de valores coletivos<sup>164</sup>.

Sob o aspecto jurídico e político-constitucional, uma pessoa que decide praticar comportamentos que sejam protegidos pela reserva de intimidade da vida privada em local público, por exemplo, não está, em virtude deste comportamento, renunciando seu direito, mas sim o exercendo conforme suas próprias preferências e concepções<sup>165</sup>.

---

<sup>161</sup> COSTA NETO, João. Dignidade humana: visão do Tribunal Federal Constitucional Alemão, do STF e do Tribunal Europeu. São Paulo: Saraiva, 2014.

<sup>162</sup> KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos. Tradução de Leopoldo Holzbach – São Paulo: Martin Claret, 2004.

<sup>163</sup> Flávia Piovesan: “Temas de Direitos Humanos” 7ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2014.

<sup>164</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. SUPREMOCRACIA. REVISTA DIREITO GV, SÃO PAULO 4(2). p. 441-464, JUL-DEZ 2008.

<sup>165</sup> CANOTILHO, José J. Gomes; MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa anotada. 4 ed. Coimbra: Coimbra Ed., v.1, 2007.

Assim, dada a inserção social dos agentes detentores de direitos humanos, associada às liberdades civis, políticas, econômicas e diversas outras, o campo de aplicação destes direitos permeia e realidade política que seus portadores e que os próprios direitos integram. Deste modo, verifica-se que a dignidade, ao supedanear direitos humanos, não prevê a necessária adoção de um meio específico de vida ou de existência.

### **3. REPLICANDO A DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS POR MEIO DA INVOCAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE EM DECISÕES DO STF**

É surpreendente a atenção que os não especialistas voltam ao STF e é instigante o crescimento do número de brasileiros que vai verificando, nas Decisões do Tribunal, questões cruciais de natureza política, moral ou econômica, a partir de uma linguagem de compreensão difícil<sup>166</sup>. A proeminência do Tribunal no cenário político do país é fato notório e suas orientações do emprego da dignidade como mecanismo de justificação dos direitos humanos tem influência ímpar nas decisões judiciais, políticas e econômicas do país.

#### *3.1 Da força da construção jurisprudencial, ou do porquê de se analisar o arcabouço das decisões judiciais*

Ao ocupar destacada posição no campo da definição e do emprego da dignidade como fundamento para os direitos humanos, a Corte Constitucional do Brasil deve oferecer socorro às questões que lhe são apresentadas e, naturalmente – dada a universalidade e transnacionalidade daqueles direitos – elaborar Decisões consentâneas com as Decisões Internacionais sobre o tema.

No entanto, o conceito operacional<sup>167</sup> tem aparições usuais carregadas de uma abrangência tão marcante que o desenho que se esboça é de efemerização do instituto.

O STF emprega a dignidade para repelir qualquer agressão ao ser humano, a fim de evitar prisões, torturas, maus tratos e qualquer outra forma de violação da autonomia individual inclusive em âmbito processual. Tal orientação parece emergir de uma

---

<sup>166</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. Op. Cit., p.3.

<sup>167</sup> A fundamentação dos direitos humanos pela dignidade.

tentativa de escapar de eventuais submissões de seus julgados à Corte Internacional por meio da expansão da tutela doméstica (prestada pela Corte Constitucional).

Neste diapasão, é oportuno reforçar o caráter plurivalente dos direitos humanos, esteados na dignidade, e frisar a lição de que, numa visão abrangente, os direitos humanos devem ser considerados como a colocação em prática de disposições críticas em relação ao conjunto de posições desiguais que as pessoas e grupos ocupam<sup>168</sup>.

Passa-se, neste ponto, a apresentar o comportamento – por vezes volátil – da jurisprudência, enquanto discurso construído pelo STF, a fim de verificar como a conceituação da dignidade pode representar um argumento na defesa de direitos humanos pelo Tribunal.

A Corte constrói bases para os direitos humanos – suas garantias e meios de exercício – com o emprego da dignidade, por exemplo, ao firmar que a duração prolongada e irrazoável da prisão cautelar de uma pessoa ofende o postulado da dignidade da pessoa humana<sup>169</sup>. O argumento central do Tribunal é a altivez do princípio veiculado no artigo 1º, inciso III da CF/88<sup>170</sup>, como valor-fonte conformador de todo o ordenamento constitucional vigente no país.

No mesmo sentido, de linha exemplificativa, pode-se extrair pequeno trecho do Voto condutor da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental versante sobre os presídios domésticos – em que, apenas no julgamento das medidas cautelares pleiteadas, já foi construída uma lição de direitos fundamentais. A Corte esposou uma argumentação interessante, no que concerne a viabilidade da dignidade como fundamento. Na hipótese, entendendo-se a relevância da impopular pauta dos direitos humanos dos presidiários (um grupo estigmatizado), buscou-se a dignidade para deferir algumas das medidas cautelares, consistentes na a liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional e a realização de audiências de custódia<sup>171</sup>.

O caso em verte, tocante ao cenário caótico dos presídios brasileiros e da conseqüente violação dos direitos humanos dos presidiários, autoriza, pelos mais diversos

---

<sup>168</sup> HERRERA FLORES (Op. cit., p. 96).

<sup>169</sup> HC 98878, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 27/10/2009.

<sup>170</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana.

<sup>171</sup> ADPF 347 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015.

argumentos – devidamente esposados no julgamento das cautelares – a ampla invocação da dignidade com fundamento para a decisão, quando presentes elementos concretos, construídos no próprio texto, para a prática. Apenas para ilustrar, veja-se que a expressão ‘dignidade’ aparece no inteiro teor do Acórdão mais de 90 (noventa) vezes (no julgamento das medidas cautelares, uma vez que ainda não se julgou o mérito da questão), – a denotar a preocupação do Tribunal com o preceito fundamental (e fundante).

A inteligência da Corte é conferir a máxima efetividade à proteção da pessoa humana contra tratamentos desumanos ou degradantes, por meio da invocação da dignidade como fundamento. Quando se priva uma pessoa da vida, também é infringida sua integridade pessoal, de modo que toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano<sup>172</sup>.

Assim, naqueles casos, a veiculação do argumento é amparada pelo elevado valor das garantias envolvidas e protegidas pelos setores. Mercê a carência de ação do Poder Público, o Poder Judiciário tem assumido o papel de orientador da ação pública coordenada, e lavrado decisões, em que pese acoimadas de ativistas, mas que garantem efetivamente, e em casos concretos, direitos humanos.

Exemplo processual interessante foi a Ação Direta (ADI) que objetivou a declaração de inconstitucionalidade de dispositivo da Constituição do estado de Santa Catarina que previa a chamada “defensoria pública dativa”, empregada pelo estado com o fito de burlar a obrigatoriedade da criação da Defensoria Pública Estadual<sup>173</sup>. Ao apreciar o caso, o STF declarou a inconstitucionalidade do dispositivo da Constituição estadual por afronta à dignidade do ser humano, que lhe garante direitos de ampla defesa, livre acesso à justiça, “defensor natural”, enfim, direitos humanos.

A conceituação daquele Tribunal é de que o direito à Assistência Judiciária gratuita, como caráter de direito inerente à pessoa humana, pauta-se na dignidade. A dignidade é um “valor fonte” de todo o ordenamento constitucional e, portanto, deve ser invocada na defesa de qualquer direito humano em virtude da posição central e da essencialidade do instituto.

No Brasil, em virtude do conceito produzido jurisprudencialmente pelo Tribunal, verifica-se que o “direito sexual” pode ser fundamentado na dignidade. Tal foi o caso do

---

<sup>172</sup> Corte IDH, *Neira Alegría y otros vs. Perú*, 1995a, par. 86.

<sup>173</sup> É o que também se extrai do Julgamento da ADI 4270, da Relatoria do Ministro Joaquim Barbosa.

reconhecimento do instituto da união homoafetiva<sup>174</sup>, em que se assentou que a busca da felicidade se posiciona como direito do ser humano no exercício de sua dignidade.

O reconhecimento do direito à preferência sexual prepara terreno para o exercício do “direito à autoestima” e toda forma de preconceito deve ser banida, em virtude do “direito à busca da felicidade” com a proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual.

A inclusão, no corpo social, do direito à escolha de orientação sexual particulariza-se, para o STF, como emanção direta do princípio da dignidade. Como direito a autoestima, situado no mais elevado ponto da consciência do indivíduo, a dignidade fundamenta o direito humano “da busca da felicidade” seja ela na área afetiva, sexual ou em qualquer manifestação da vida privada. Mais uma vez a Suprema Corte cuidou de abrir o corolário da dignidade para dela emergirem direitos humanos, o que reforça a tese de fundamento.

Mas as invocações da dignidade pelo STF nem sempre se preocupam com a altivez do princípio e podem, conseqüentemente, representar momentos de inflação do conceito. A Ação Direta<sup>175</sup> que tratou do regime de preferências subjetivas para o percebimento de precatórios, estatuído pela EC nº 62/2009, de cunho tributário e processual, é outro julgado em que se empregou a dignidade para fundar um processo de aquisição de direitos humanos no Brasil. A dignidade é razão de preferir idosos e portadores de deficiência no pagamento das verbas, porque o pagamento prioritário promove, de modo razoável, a dignidade da pessoa humana.

Assim, direitos humanos de caráter econômico podem ser ranqueados em virtude de condições pessoais de seu detentor porque, tal escalonamento, na inteligência do STF, promove a dignidade da pessoa humana.

Na seara eleitoral, de se anotar a ADI que questionava os critérios de doações para partidos políticos, por pessoas jurídicas e naturais e para o uso de recursos próprios pelos candidatos, que foi julgada parcialmente procedente, a fim de coibir doações por pessoas jurídicas a partidos políticos. No caso, a inconstitucionalidade foi fundamentada em diversos preceitos<sup>176</sup> e, curiosamente, exsurgiu, na argumentação para retificar os limites

---

<sup>174</sup> ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011.

<sup>175</sup> ADI 4425 QO, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 25/03/2015.

<sup>176</sup> Tais como os princípios fundamentais democrático, republicano e da igualdade política.

previstos na legislação, a expressão da dignidade, empregada em uma “postura mais ativa” do Supremo Tribunal Federal<sup>177</sup>. No julgado, a dignidade emerge em excerto de citação do Acórdão: “em matérias como a presente não se reduz jamais ao campo estrito da hermenêutica constitucional, exurgindo, antes de tudo, como autêntica questão de modelagem institucional no Estado Democrático brasileiro”<sup>178</sup>.

Outra passagem que segue o ímpeto de abrangência do Tribunal foi a garantia do levantamento dos valores recolhidos a título de FGTS<sup>179</sup> aos empregados admitidos para desempenhar funções administrativas no poder público sem a realização de concurso e desligados até 28 de julho de 2001<sup>180</sup>. É que, para a Corte, mesmo que ‘contratados’ a título precário e com incorreção procedimental, o caráter social do fundo evidencia uma ponderada escolha legislativa, que cuida de aperfeiçoar a aplicação e a eficácia do princípio da dignidade da pessoa humana. De modo que a liberação para levantamento dos importes deve ser assegurada também àquele contratado por instrumento eivado da nulidade consistente na ausência de submissão do trabalhador a prévio certame público.

No sistema jurídico brasileiro há normas expressas<sup>181</sup> proibindo condutas que violem a dignidade e, não raro, disciplinam como aplicar o preceito, o que significa a densificação do instituto por incorporação ou por produção normativa direta do constituinte, ou do legislador. Em tais casos, intuitivamente, o intérprete aplicará a regra

<sup>177</sup> (ADI 4650, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2015).

<sup>178</sup> ADI 4650, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2015. E continua: “(...) porque a pessoa jurídica tem interesse, o ser humano tem dignidade, e dignidade é que é a base, o ponto fundamental da democracia. E é para se chegar à democracia que nós votamos, que nós fomos votados, que nós podemos eleger. Portanto, faltaria um dado essencial ao humano que é o processo de formação da vontade geral”.

<sup>179</sup> Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.

<sup>180</sup> ADI 3127, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 26/03/2015. Do julgado extraem-se os seguintes excertos: “O caráter social do FGTS, enquanto integrante de política pública de notáveis dimensões comunitárias e sociais, evidencia quão ponderada foi a escolha legislativa, para aperfeiçoar a eficácia dos princípios da dignidade da pessoa humana e valorização do trabalho e do emprego, ao assegurá-lo também no contrato de trabalho nulo pela ausência de submissão do trabalhador a certame público. (...) Os dispositivos acoimados de inconstitucionais na presente ADI visam apenas a diminuir, ainda que minimamente, o prejuízo sofrido pelo trabalhador que entrega a sua força de trabalho de boa-fé à Administração Pública -, como poderia fazê-lo a qualquer outro empregador, mas resta privado dos direitos trabalhistas basilares consagrados no art. 7º da Magna Carta, fundamentais à dignidade da pessoa humana”. (p.30)

<sup>181</sup> Por exemplo o Estatuto do Idoso (lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003), o Estatuto da Igualdade Racial (lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010) e o Estatuto da Pessoa com Deficiência (lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015).

positivada, sem a necessidade da busca hermenêutica pelo valor ou princípio mais elevado<sup>182</sup>.

Ocorre que a atividade de recorrência ao princípio da dignidade em tantas atividades usualmente ordinárias pelo STF não é o preenchimento de lacunas normativas, mas a retórica via da facilidade da argumentação principiológica.

Ora, frise-se que a dignidade está em jogo quando é negada ao indivíduo a sua capacidade de autodeterminação em esferas básicas de sobrevivência, mas não em qualquer violação ou aparente desrespeito a seus valores inerentes.

A ideia subjacente é que o próprio conceito de dignidade da pessoa humana pode se deslegitimar quando for utilizado como recurso argumentativo em temas que tem relação muito indireta com o mesmo, como o direito tributário, por exemplo. Se todos e quaisquer temas forem enquadrados como “dignidade da pessoa humana”, o resultado pode ser negativo para a própria seriedade da construção do conceito de dignidade da pessoa humana.

Violações à autonomia do indivíduo que tenham o condão de lhe prejudicar sua autonomia, liberdade, seu projeto de vida, é que se apresenta violação a dignidade. Assim se tece um conceito valoroso e resguardado da dignidade fundamentadora<sup>183</sup>.

Com tal alargamento conceitual, o Tribunal tem materializado a dignidade num curinga jurídico, o que contribui para seu uso como plataforma de direitos humanos. O que o Tribunal empreende quando recorre à dignidade para fundamentar as mais diversas (e até antagônicas) situações é uma constitucionalização simbólica<sup>184</sup> do conceito operacional, para validar questões distantes do próprio conceito.

É preciso atenção da Corte para evitar as aplicações exageradas do conceito operacional<sup>185</sup>. A invocação de princípios se apresenta como uma panaceia que soluciona

---

<sup>182</sup> Como registrado por BARROSO, Op. Cit. p. 13: “Mas, por exemplo, à falta de uma norma específica que discipline a revista íntima em presídio, será possível extrair da dignidade humana a exigência de que mulheres não sejam revistas por agentes penitenciários masculinos”.

<sup>183</sup> DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge, MA/London: Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 335: “(...) They (the people) have a right to be treated with attitude that these debates presuppose and reflect – a right to be treated as human being whose dignity fundamentally matters. That more abstract right – the right to an attitude – is the basic human right”.

<sup>184</sup> NEVES, Marcelo. Op. cit., p. 87.

<sup>185</sup> Como se verifica, a plasticidade e a maleabilidade do emprego conceitual da dignidade, tem evado alguns autores a se posicionar pela inutilidade do preceito. Por exemplo, Ruth Macklin, *Dignity is a useless concept*, British Medical Journal 327:1419, 2003.

todos os conflitos de cunho jurídico-constitucional, sabendo o Tribunal que a popularização desta invocação empresta um tom de respeitabilidade a qualquer tese, mesmo as mais absurdas<sup>186</sup>.

Como já registrado, não é um aparente desrespeito, por vezes, de resvalada importância, a valores tangenciais aos direitos humanos que autoriza o emprego da dignidade para, no amplamente debatido exemplo, a declaração de inconstitucionalidade da lei do estado do Rio de Janeiro que regulamentava exposições e a competições entre aves. A promoção de brigas entre aves das raças combatentes no emblemático caso, para o STF, ofende a dignidade humana, ao estimular emoções primitivas e irracionais, porque diminuem o ser humano<sup>187</sup>: rinha de galos afronta a *dignitás*.

Os diversos casos decididos pelo STF revelam inconstância no cuidado com os princípios constitucionais. Cuida-se, muitas vezes, de construções dogmáticas sem o crivo seletivo de uma percepção jurídico-constitucional nacionalizada<sup>188</sup>. E a afirmação dos direitos humanos como decorrentes da garantia de dignidade ao ser humano cria espaço de discussão quanto aos mecanismos de segurança e garantia de tais direitos.

Assim, a “novidade” do emprego dos direitos humanos como supedâneo digno de decisões judiciais e a grande repercussão que o tema alcança no âmbito jurídico-constitucional e internacional contribuem para a dificuldade de conceituação da categoria, mas, ao mesmo tempo, corroboram ao emprego da dignidade como elemento fundante. Tais mecanismos inovadores de garantia dos direitos humanos já foram apontados por com causas dos problemas de interpretação e fundamentação<sup>189</sup>.

Em que pese a fundamentação dos direitos humanos na dignidade estar, *a priori*, excluída de fatos cotidianos ou banais<sup>190</sup>, a invocação costumeira e consuetudinária do fundamento em relações causais confere reconhecimento popular ao conceito

<sup>186</sup> NEVES, op. cit. 2012.

<sup>187</sup> O julgamento, versante sobre a (in)constitucionalidade da lei nº 2.895/98, do estado do Rio de Janeiro, assentou que “a lei ofende também a dignidade da pessoa humana, porque, na verdade, implica, de certo modo, um estímulo às pulsões mais primitivas e irracionais do ser humano”, no esclarecimento do Ministro Cezar Peluso; e também registrou que “está em jogo exatamente esse princípio básico da dignidade da pessoa humana. Quando se trata cruelmente ou de forma degradante um animal, na verdade está se ofendendo o próprio cerne da dignidade humana”, no esclarecimento do Ministro Ricardo Lewandowski (ADI 1856, Relator (a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 26/05/2011).

<sup>188</sup> NEVES, Op. cit. 2012.

<sup>189</sup> BEITZ, C. *The idea of human rights*. Oxford: OUP, 2009, p. 44: “These features together emphasize the novelty of the practice of human rights. Reflection about them points towards several problems of interpretation an justification”.

<sup>190</sup> DWORKIN, op.cit., p.366.

operacional. É que o uso exacerbado do fundamento “dignidade” contribui para o seu crescente emprego e para a recorrência de sua invocação nas variadas esferas sociais, elucidando uma possível fundamentação abrangente para o emprego da expressão.

De toda sorte, a justa medida no emprego do fundamento, em que pese o favorecimento na expansão das bases dos direitos humanos que o emprego recorrente encerra, é medida recomendada. A banalização, por mais resultados positivos que encerre no curto prazo, deve ser comedida, uma vez que o exagero do emprego conduz à perda de valor e a inserção do fundamento na barafunda dos chavões jurídicos.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Não se pode repelir a dignidade da base de desenvolvimento e de aplicação dos direitos humanos. Pelo contrário, a evolução do conceito de dignidade e a sedimentação de sua aceitação prática, em especial na democracia brasileira, podem proporcionar avanços tanto no reconhecimento quanto na aplicação dos direitos humanos.

O fulcro que os direitos humanos encontram na dignidade contribui para o desenvolvimento da democracia, haja vista a consequente assimilação de que é o Estado que existe em função do ser humano, e não o contrário.

A dignidade, como reconhecimento do ser humano pelos semelhantes é um conceito político, e deve ser abrangente o suficiente para fundamentar os direitos humanos. Portanto, a dignidade deve ser desenvolvida como conceito e como prática, numa visão política abrangente.

O elemento fundante “dignidade” está associado, em termos gerais, com as condições que favorecem a vida e o desenvolvimento das virtudes humanas que se consubstanciam em direito humanos de cunho político, social, econômico.

Quanto mais direitos são concedidos a um indivíduo, maior será sua propensão a exigir mais e mais direitos humanos. E o fenômeno “cascata” toma força, em larga medida, porque o atributo “dignidade” está desvincilhado das circunstâncias pessoais de seu portador e funda direitos humanos, que são universalizáveis.

Ao mesmo tempo, é necessária cautela na invocação da dignidade como fundamento de direitos, especialmente em razão dos malefícios oriundos de aplicações inflacionadas e do uso indevido na justificação do discurso do ódio, ou de quaisquer discursos extremistas.

Somente quando a autonomia do indivíduo sofrer ameaças de consideração que tenham o condão de lhe minorar as condições de sobrevivência é que se apresenta uma quebra de dignidade, uma violação de direitos humanos.

Todavia, o STF, ao promover a “constitucionalização simbólica” do conceito operacional nos casos analisados, parece empregar a dignidade para repelir qualquer agressão aos direitos humanos, fundamentando que a dignidade é um “valor fonte” de todo o ordenamento constitucional e, assim sendo, deve ser invocada na defesa de qualquer direito humano, dada a posição central e da essencialidade do instituto.

Assim agindo, a Corte encampou a tese de que a dignidade humana, como basilar fundamento dos direitos humanos, é um princípio constitucional supremo, erigindo, para tanto, o conceito operacional a um imperativo categórico<sup>191</sup>.

De fato, a Suprema Corte entende que a garantia dos direitos humanos é proporcionada pelo fundamento da dignidade quando ocorre (I) a vedação à duração prolongada, abusiva e irrazoável da prisão cautelar de alguém; (II) a obrigatoriedade de instituição de Defensoria Pública; (III) a preferência a idosos e portadores de deficiência no pagamento de precatórios; e (IV) o reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”, por exemplo – ou seja, a amplitude conceitual não permite operacionalizar o conceito.

No entanto, o emprego exacerbado do fundamento reforça a retórica conducente à banalização do preceito e a sua minoração enquanto base para os direitos, o que requer atenção das Cortes para que sejam evitadas aplicações oportunistas. A dignidade não deve estar incluída em constructos banais ou efêmeros em conteúdo.

O trabalho cumpriu, assim, o papel de conferir divulgação acadêmica à discussão já existente que verificou a posição e o uso do conceito operacional em algumas Decisões do Supremo Tribunal Federal brasileiro a reafirmar que existem relevantes motivos para a conceituação da dignidade como fundamento para aplicação dos direitos humanos.

## Referências

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.

---

<sup>191</sup>HABERMAS, Jürgen. *The concept of human dignity and the realistic utopia of human rights*. In: *Metaphilosophy*. V.41, n.4, July 2010.

BRASIL. STF (ADI 4650, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2015. PROCESSO ELETRÔNICO DJe-034 DIVULG 23-02-2016 PUBLIC 24-02-2016).

\_\_\_\_\_. STF (ADPF 347 Medida Cautelar, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015. PROCESSO ELETRÔNICO DJe-031 DIVULG 18-02-2016 PUBLIC 19-02-2016).

\_\_\_\_\_. STF. (ADI 3127, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 26/03/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-153 DIVULG 04-08-2015 PUBLIC 05-08-2015)

\_\_\_\_\_. STF. (HC 98878, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 27/10/2009, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-218 DIVULG 19-11-2009 PUBLIC 20-11-2009).

\_\_\_\_\_. STF. (ADI 4425, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 14/03/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-251 DIVULG 18-12-2013 PUBLIC 19-12-2013)

\_\_\_\_\_. STF. (ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341 RTJ VOL-00219- PP-00212).

\_\_\_\_\_. STF. (ADI 4270, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 14/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-188 DIVULG 24-09-2012 PUBLIC 25-09-2012).

\_\_\_\_\_. STF. (ADI 1856, Relator (a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 26/05/2011. DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-02 PP-00275 RTJ VOL-00220-01 PP-00018 RT v. 101, n. 915, 2012, p. 379-413).

BEITZ, C. **The idea of human rights**. Oxford: OUP, 2009.

BENDA, Ernst. **The protection of human dignity** (article 1 of the Basic Law). In: SMU Law Review, vol. 53, 2000.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Elsevier. São Paulo. 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional** – São Paulo. Malheiros. 26ª Ed. 2011, p.105.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm).

CANOTILHO, José J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. 4 ed. Coimbra: Coimbra Ed., v.1, 2007.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil, o longo caminho**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

CORTE EUROPÉIA DE DIREITOS HUMANOS. Hassan c. Royaume-Uni - 29750/09 Arrêt 16.9.2014. Ver também Mastromatteo c. Italie [GC], 37703/97, 24 octobre 2002.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS [Corte IDH]. Caso Boyce y otros Vs. Barbados. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007.

\_\_\_\_\_.Corte IDH. Caso "Instituto de Reeducação del Menor" Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004.

\_\_\_\_\_.Cfr. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, supra nota 26, párr. 98; Caso Juan Humberto Sánchez. Sentencia de 7 de junio de 2003.

\_\_\_\_\_. Caso “Niños de La Calle” (Villagrán Morales y otros) v. Guatemala. Sentença. 19 Nov 1999.

\_\_\_\_\_. Caso Neira Alegría y otros v. Perú. Sentença. 19 Jan 1995a.

\_\_\_\_\_.Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras. Sentença. 29 Jul 1988.

COSTA NETO, João. **Dignidade humana: visão do Tribunal Federal Constitucional Alemão, do STF e do Tribunal Europeu.** São Paulo: Saraiva, 2014.

COSTAS, Douzinas. **Human Rights and Empire: the political philosophy of cosmopolitanism.** 2007. Roudedge-Cavendish Park Square, Milton Park. Abingdon, OX 14 4RN, UK.

DONNELLY, Jack. **International human rights.** Westview Press, 2013.

\_\_\_\_\_. RESEARCH PROJECT ON HUMAN DIGNITY: “**Human Dignity and Human Rights**”. Agenda for Human Rights – 60 Anniversary of the Universal Declaration of Human Rights. University of Denver, USA. 2009.

DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs.** Cambridge, MA/London: Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

GUNTHER, Klaus. **Human Rights and Political Culture.** In Philip Alston. ed., *The EU and Human Rights* (Oxford, Oxford University Press, 1999), 126.

HABERMAS, Jürgen. **The concept of human dignity and the realistic utopia of human rights.** *In: Metaphilosophy.* V.41, n.4, July 2010.

HERRERA FLORES, Joaquín. **A (re)invenção dos direitos humanos.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

HUNT, L. **Inventing human rights. A history.** NY: Norton, 2007.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos.** Tradução de Leopoldo Holzbach – São Paulo: Martin Claret, 2004.

LUTZ, Ellen L.; SIKKINK, Kathryn. **International Human Rights Law and Practice in Latin America in International Organization.** v. 54, n.3, 2000, p.633-659.

MACKLIN RUTH, **DIGNITY IS A USELESS CONCEPT,** BRITISH MEDICAL JOURNAL 327:1419, 2003.

MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade. O papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”**. In: Novos Estudos CEBRAP, São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2000.

MONSALVE, Viviana Bohórquez; ROMÁN, Javier Aguirre. **As tensões da dignidade humana: Conceituação e aplicação no Direito Internacional dos Direitos Humanos**. SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos. N. 11.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. **Abuso de princípios no Supremo Tribunal Federal**. In: Revista Consultor Jurídico (CONJUR), publicado em 27-10-2012.

PIOVESAN, Flavia. **Temas de Direitos Humanos**. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2014.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. Tradução: Dinah de Abreu Azevedo. 2ª Ed. Editora Ática, São Paulo, 2000.

MACKLIN, Ruth, **Dignity is a useless concept**. British Medical Journal. 327:1419, 2003.

SANTOS, Rafael Seixas; VARELLA, Marcelo Dias. **Uma análise conceitual da dignidade como fundamento dos direitos humanos e sua invocação em decisões do STF e da CIDH**. Revista Opinião Jurídica (Fortaleza), v. 14, n. 19, p. 171-194, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STRAUSS, Leo. **Direito Natural e História**. Lisboa: Edições 70, 2009.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **SUPREMOCRACIA**. REVISTA DIREITO GV, SÃO PAULO 4(2) | P. 441-464 | JUL-DEZ 2008.

WALDRON, Jeremy. **Is Dignity the Foundation of Human Rights?** (January 3, 2013). NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 12-73. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2196074>.

## REFLEXÕES SOBRE JUSTIÇA EM UM MUNDO EM CRISE: A DEMANDA POR DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ERA DA INCERTEZA (ENTREVISTA A UMA JOVEM JURISTA)

*Adriana dos Reis & José Rossini Correa de Sousa*

### **Resumo**

Entrevista do professor pós-doutor em Direito Internacional, Professor de Filosofia do Direito e Advogado Militante. Pertence à Academia Brasileira de Letras e à Associação Nacional de Escritores. Reflete sobre a justiça e sua relação intemporal com inconsciente coletivo da humanidade, no qual se apresenta como uma aspiração à existência, sob a contingência múltipla dos conflitos sociais, interesses econômicos, retóricas jurídicas, fraturas políticas e antagonismos ideológicos.

**Palavras-chave:** Justiça, Harmonia Universal, Inconsciente Coletivo, Direitos Humanos, Dialética da Esperança.

Reflète sur la justice et sa relation intemporelle avec l'inconscient collectif de l'humanité , qui est présenté comme une aspiration à exister sous la contingence multiple de conflits sociaux, la rhétorique juridique intérêts économiques, fractures politiques et les antagonismes idéologiques.

**Mots-clés :** Justice, harmonie universelle , inconscient collectif, droits de l'homme , la dialectique de l'espoir.

**ADRIANA DOS REIS:** Como o senhor definiria “Justiça”? (Pode-se citar autor e conceitos com os quais mais se identifica).

**ROSSINI CORRÊA:** Definir Justiça constitui desafio magno do pensamento jurídico em todos os tempos. A deusa Themis, na mitologia grega, simultaneamente, representava: Lei, Ordem e Justiça. Da trindade da referida significação nasceu a expectativa de que protegesse os excluídos, os humilhados, os oprimidos e os ofendidos. Recorde-se que a representação original da deusa, sem dúvida, a apresentava sem venda nos olhos, a portar a balança e a cornucópia. Só no mundo grego Themis passou a ser *Justitia*.

Na crônica histórica, ao que parece foram os alemães do século XVI da cristandade que, em homenagem à suposta imparcialidade do ato de julgar, vendaram a deusa Themis. Convém não esquecer que esta, filha de Urano e Gaia, foi a segunda mulher de Zeus, gerada simultaneamente com Ética. Themis costumava sentar lado a lado

com Zeus e, em sua frente, havia o juramento de que os chamados a Juízo diriam a verdade.

Não pode ser olvidado que a Justiça é uma aspiração presente no inconsciente coletivo da humanidade, não apenas um ditado da razão de Estado, posto que, com toda certeza, qualquer homem ou qualquer mulher, em quaisquer dos quadrantes e das latitudes, tem capacidade de sentir o gosto amargo, o terrível fel, o travo nauseante da injustiça. Por contraste, portanto, a Justiça é, também, um sentir, um querer, um pretender, um aspirar, e, às vezes, de maneira mais consciente, na esfera jurídica e na dimensão política, um compreender, um reivindicar, um formular e um agir em instauração.

Reivindico que, no debate sobre a Justiça, certas preliminares de mérito têm que ser satisfeitas, a exemplo de não confundi-la jamais com aparelho judicial do Estado, o qual, por metonímia, pretende chamar-se Justiça. De mais a mais, é difícil vincular a temática a este ou aquele pensador do direito. Não há, entretanto, como deixar de recordar Aristóteles e os critérios do justo: alteridade (o outro é a fronteira); débito (resultado do convívio de animais sociais); e proporção (o elemento pitagórico da medida).

Creio eu que este fundamento desbordou para o mundo romano, com Marco Túlio Cícero e a inclusão do elemento social na reflexão justicialista, a reclamar a boa-fé, o acordo, a parceria, da qual resultariam eticamente prestigiadas a caridade, a bondade ou generosidade, em signo solidário, a intercalar Justiça e Bem Comum.

Do mundo romano chegou ao medievo estabeleceu presença no argumento de Santo Tomás de Aquino, a sonhar com uma ética cristica, segundo a qual a regra de amor pudesse ser vivência social. Daí que o ente comunitário, a ser servido pela justiça social e pela função social da propriedade, no juízo tomista, sem lugar para a dúvida, seriam formas de concreção da Justiça na esfera humana.

Nos tempos modernos, o campeoníssimo da matéria é Norberto Bobbio, ao definir direito como democracia para a paz, dele exigindo a mutação moral de sua transformação global em direito dos direitos humanos. Todo o direito a transformar-se em direitos humanos.

Neste sentido, Justiça é um ideal processual e aproximativo, segundo o qual é plausível a produção de uma dialética da esperança, por meio da luta jurídica e política, para tornar o ser mais humano, o humano mais digno de si, a vida mais legítima e o social mais fraterno e solidário.

Justiça, enfim, é sonho e desafio.

**ADRIANA DOS REIS:** Considerando o Direito como ciência, ao seu ver, qual seria o seu critério maior, a Lei ou a Justiça?

**ROSSINI CORRÊA:** Só com o cerco democrático, o incômodo insurgente e a caminhada humanística incessante sobre o aparelho judicial do Estado, promovidos pelo coração pulsante da vida, o grão de mostarda da Justiça, contra todas as evidências, florescerá.

A Lei, a seca Lei, a pura Lei como teoria e prática do direito no mundo moderno, constitui a lepra e o câncer da experiência jurídica, em sua mais profunda forma de cegueira, que é a do espírito. A pura teoria do direito, em seu tortuoso desdireito, é logicismo normativista a serviço do Estado, que nunca é neutro, com seu Poder e em sua Autoridade, vinculados aos Senhores da Existência e aos seus fatores reais de hegemonia.

A impureza daí decorrente é a reificação da Lei, em substrato positivista, com a sua facilidade de ser estatuída e pronunciada pela casta burocrática judicante do Estado, muitas vezes, quase sempre, contra o coração pulsante da vida. Dicção sem entranhas, pronunciamento sem vísceras, vocalização sem alma, nervo e sangue, cavalgada pelo vazio de pensamento e pela ausência de reflexão, à falta de consciência crítica da dor humana, da existência como drama e da vida em sociedade como improvável, mas necessário desafio a ser remediado pela compaixão solidária.

Razão, mas razão insensível: desrazão. Razão, porém razão pragmática: desrazão. Razão, todavia razão utilitária: desrazão. Razão, contudo razão instrumental: desrazão. Razão, entretanto razão mecanicista. Desrazão sem promoção da Vida, vocação da Liberdade, sentido de Tolerância, negação da Guerra, semeadura da Solidariedade e sem compromisso com a Justiça.

A Lei pela Lei é a apologia da ordem e da segurança. Nada de Justiça. Ou quase nada. Tudo de ordem espúria. Tudo de segurança na iniquidade. Ou quase tudo. E o juiz - boca do Estado, agente da ordem e da segurança, o que pode ser, senão serventuário do espúrio e do iníquo?

Fica a pergunta, para a reflexão necessária...

**ADRIANA DOS REIS:** Ao seu ver, a subjetividade pessoal do magistrado influencia no processo de tomada de decisões? Em que medida isto contribui ou atrapalha a realização da justiça no caso concreto?

**ROSSINI CORRÊA:** Esta é a visão de um advogado e professor, jurista e escritor, talvez filósofo do direito, para quem o juiz é um ser humano contingenciado

como outro qualquer, ou todos os demais, nada obstante possa ter identidade com Deus e/ou com o Estado... Mas falsa identidade, decerto, resultante de uma consciência equivocada.

Há juízes e juízas notáveis. E são notáveis juízas e juízes, a despeito da lógica do procedimento e da mecânica do processo. A despeito do modo de produção, do modo de produzir e do pronunciar o direito. Juízes e juízas notáveis, sim, com o notabilíssimo concurso de promotores e, sem basófia, dos essenciais advogados à administração da justiça, como reconheceu a Constituição da República Federativa do Brasil, no seu Artigo 133 – ‘O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei’ –, porém, justiça com jota minúsculo, enquanto sinônimo de aparelho judicial do Estado.

À margem das juízas e dos juízes que honram o direito – que os há! – quantas sentenças são hinos à estupidez humana!? Como olvidar, no Brasil, a sentença do vestido, da pobre moçoila barrada no baile de debutantes, em companhia de sua mãe conhecedora da arte da costura, por não estar ‘vestida condignamente’. E o pobre, melhor seria dizer, paupérrimo juiz, a dizer o direito ao contrário, em autêntico desdireito, no despautério de pronunciar preconceitos, vomitar infâmias e secretar tumores de insensatez, ao condenar as vítimas da exclusão social, por terem cometido o ‘ousado crime’ de bater à porta da festa da elite municipal... O mais peculiar reside nisto:

Autos nº 075.99.009820-0/0000  
 Ação: Reparação de Danos/Ordinário  
 Autor: Juliana Souza Soratto Repr. p/ mãe Rita de Cássia Souza Silva  
 Réu: Clube 7 de julho

Vistos, etc.

Juliana Souza Soratto, representada por sua mãe Rita de Cássia Souza Silva, ingressou com Ação de Indenização por Danos Morais contra Clube 7 de Julho, todos qualificados.

Aduz na inicial ter sido barrada na entrada de um baile, quando sofreu danos morais. Pleiteia uma indenização. Deu à causa o valor de R\$ 5.440,00. Juntou documentos. Recebida a inicial, foi registrada e autuada.

Citado, o requerido respondeu, via contestação, quando suscitou preliminar e combateu o mérito. Alega que tratava-se de um baile de gala e que a requerente não estava devidamente trajada. Imputa à mãe da requerente o escândalo ocorrido e, ainda, que a mesma participou, normalmente, do baile. Houve impugnação.

Realizada audiência de conciliação sem êxito. Saneador proferido no ato. Designada audiência de instrução e julgamento. Tomou ciência o Ministério Público.

Realizada a audiência de instrução e julgamento, com o depoimento das partes e testemunhas.

Alegações finais por memoriais, quando as partes analisaram as provas e requereram, respectivamente, a procedência e a improcedência da demanda. O Ministério Público manifestou-se pela improcedência da pretensão inicial. Vieram-me os autos conclusos.

É o relatório.

Decido.

Excurso.

No Brasil, morre por subnutrição uma criança a cada dois minutos, mais ou menos. A população de nosso planeta já ultrapassou seis bilhões de pessoas e um terço deste contingente passava fome, diariamente. A miséria se alastra, os problemas sociais são gigantescos e causam a criminalidade e a violência generalizada. Vivemos em um mundo de exclusão, no qual a brutalidade supera com larga margem os valores humanos. O Poder Judiciário é incapaz de proporcionar um mínimo de Justiça Social e de paz a sociedade. E agora tenho de julgar um conflito surgido em decorrência de um vestido. Que valor humano importante é este, capaz de gerar uma demanda jurídica?

Moda, gala, coluna social, são bazófilas de uma sociedade extremamente dividida em classes, na qual poucos usufruem da inclusão e muitos vivem na exclusão. Mas, nos termos do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, cabe ao Poder Judiciário julgar toda e qualquer lesão ou ameaça a direito. É o que passo a fazer.

Da preliminar.

As questões preliminares são referentes às matérias processuais, que inviabilizam a tramitação normal do feito. No presente caso, a preliminar argüida refere-se ao mérito, ou seja, a possível “ausência de qualquer situação que caracterizasse constrangimento, vergonha ou humilhação para a Autora”. (29)

Isto refere-se aos fatos e não diz respeito a questões preliminares. Portanto, como preliminar, indefiro o pedido, pois o mesmo será analisado no mérito.

Do Mérito.

A celeuma refere-se ao fato de a requerente ter sido barrada na entrada de um baile provido pelo requerido. Segundo este, aquela não estava devidamente trajada, pois, nos termos do convite de fls. 11, o traje exigido era de “Gala a Rigor (smoking preto e vestido longo)”, e a indumentária utilizada no dia, pela requerente (fotografias de fls. 12), não se enquadrava neste conceito. Já a requerente alega que sim, seu traje era adequado.

Pelas testemunhas inquiridas, vê-se que os fatos não foram além disto, até a presença da mãe da autora, que “esquentou” a polêmica, dando início a um pequeno escândalo, pois exigia o ingresso de sua filha, o que, aliás, acabou ocorrendo, pois ela participou, normalmente, do baile.

Diante destes fatos, o julgamento da lide cinge-se a verificar se o fato de a autora ser barrada na entrada do baile constitui-se em um ilícito capaz de gerar danos morais.

Um primeiro problema que surge é saber enquadrar o conceito de traje de gala a rigor, vestido longo, aos casos concretos, ou seja, aos vestidos utilizados pelas participantes do evento. Nesta demanda, a pessoa responsável pelo ingresso no baile entendeu, em nome do requerido, que o vestido da autora não se enquadrava no conceito. Já a autora e sua mãe entendem que sim.

Como determinar quem tem razão? Nomear um estilista ou um colunista social para, cientificamente, verificar se o vestido portado pela autora era ou não de gala a rigor? Ridículo seria isto.

Sob meu ponto de vista, quem consente com a futilidade a ela está submetida. Ora, no momento que uma pessoa aceita participar destes tipos de bailes, aliás, nos quais as indumentárias, muitas vezes, se confundem com fantasias carnavalescas, não pode, após, insurgir-se contra as regras sociais deles emanadas. Se frívolo é o ambiente, frívolos são todos seus atos.

Na presente lide, nada ficou provado em relação ao requerido, salvo o fato de que a autora foi impedida, inicialmente, de entrar no baile, sendo, posteriormente, frente às atitudes de sua mãe, autorizada a entrar. Não há prova nos autos de grosserias, ou melhor, já que fala-se de alta sociedade, falta de urbanidade, impolidez ou indelicadeza por parte dos funcionários do requerido.

Apenas entenderam que o traje da autora não se enquadrava no conceito de gala a rigor e, por conseguinte, segundo as regras do baile, sua entrada não foi permitida. Isto, sob meu julgamento, não gera danos morais, pois não se trata de ato ilícito. Para quem tem preocupações sociais, pode até ser um absurdo o ocorrido, mas absurdo também não seria participar de um evento previamente organizado com regras tão estultas?

A pretensão inicial é improcedente, pois nos termos do art. 333, I, do CPC, a autora não comprovou qualquer ato ilícito do requerido capaz de lhe causar danos morais.

Para finalizar, após analisar as fotografias juntadas aos autos, em especial as de fls. 12, não posso deixar de registrar uma certa indignação de ver uma jovem tão bonita ser submetida, pela sociedade como um todo, incluindo-se sua família e o próprio requerido, a fatos tão frívolos, de uma vulgaridade social sem tamanho. Esta adolescente poderia estar sendo encaminhada nos caminhos da cultura, da literatura, das artes, da boa música. Poderia estar sendo incentivada a lutar por espaços de lazer, de saber e de conhecimento. Mas não. Ao que parece, seus valores estão sendo construídos pela inutilidade de conceitos e práticas de exclusão.

Cada cidadão e cidadã é livre para escolher seu próprio caminho. Mas quem trilha as veredas das galas de rigor e das altas sociedades, data venia, que aceite seu tempos e contratempos, e deixe o Poder Judiciário cuidar dos conflitos realmente importantes para a comunidade em geral.

Pelo exposto, julgo improcedente a pretensão inicial e condeno a requerente ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios fixados, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, em R\$ 1.000,00.

Publique-se.

Registre-se.

Intime-se.  
Tubarão, 11 de Julho de 2002.  
Lédio Rosa de Andrade  
Juiz de Direito  
Revista Consultor Jurídico, julho de 2002.

O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, em demonstração de afinidade entre a primeira e a segunda instância, confirmou por unanimidade o pronunciamento do juiz Lédio Rosa de Andrade.

Como julgam os juízes, com as honrosas exceções que confirmam a regra? Julgam os juízes segundo os seus preconceitos de meio, tempo e classe social, procurando, em seguida, a forma – na aparência – racional da Lei, de que são, muitas vezes, autômatos, para esconder, legitimar e justificar o que, quase sempre, ou muitas vezes, nada tem de razoável, de científico e, sobretudo, de justo.

Exemplos? O que está em epígrafe, no qual o juiz, com a chibata à mão, açoita mãe e filha desvalidas, chamando-as de ridículas, por quererem participar de um evento restrito à classe dominante municipal, como se dela fosse crítico, quando raciocina com a sua mentalidade retrógrada, preconceituosa e patriarcal. E mais as montanhas de casos do vestido, que vestem – ou desnudam – a produção do direito concreto e positivista no Brasil e no mundo. Vestidos de silêncio...

**ADRIANA DOS REIS:** Mencione um caso (ou artigo do Código) no Direito Civil do seu país em que, ao seu ver, abre-se uma maior margem de interpretação por parte do juiz e resulta que casos idênticos, muitas vezes, possam obter decisões muito diversas, inclusive, opostas.

**ROSSINI CORRÊA:** Os Tribunais, na produção do direito concreto, estabelecem consensos conservadores. Sem dúvida, a tendência hegemônica das comunidades de opinião caminha na segura direção da tutela dos titulares dos direitos concernentes à posse, à propriedade, às obrigações, aos contratos e aos cursos sucessórios.

Com efeito, como dissociar o aparelho judicial do Estado da sutil dinâmica do sistema de reprodução social, capacitado a, mesmo em face da mudança, garantir a sua estática? O juiz de piso, ou de primeiro grau, é longamente substituto, até ser alçado à condição de titular de Vara. No curso deste aprendizado instável, em que, semanal ou mensalmente, o novo magistrado vai peregrinando de Vara em Vara, sob controle do Tribunal, a sua conformação de consciência e de atitude é em favor da manutenção e da conservação do estabelecido, se possível, com maior produtividade...

O espelho do posto cega para o pressuposto. O consenso conservador resulta vitorioso. Ainda a pouco, o provimento cautelar, previsto no Artigo 796 e seguintes do Código de Processo Civil-CPC – ‘O procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente’ – era mais possível. Com a gritaria irrefletida de denúncias sobre a ‘indústria de liminares’, os juízes é que se acautelaram, passando a ter receios quanto à sua concessão, daí partindo para indeferilas, quase sistematicamente, mesmo quando cabíveis e clamorosas, na reclamação de tutela de urgência. O consenso conservador fez-se vitorioso.

Assim caminha a humanidade nos Tribunais, cujos usos e costumes tornam ainda mais injusto o direito escrito e codificado. O dano moral e a sua reparação, previstos no Artigo 944 e seguintes do Código Civil-CC – ‘A indenização mede-se pela extensão do dano’ – pode revelar rumores e divergências logo saneadas, mas saneadas conservadoramente, em nome do combate à ‘indústria do dano moral’. Haja o que houver, ou quase, os usos e costumes dos Tribunais, de fato, tarifaram o dano moral, sob o surpreendente argumento de que não somos e não estamos nos Estados Unidos....

A cúpula conforma o alicerce e alicerce reitera a cúpula. O mais, são honrosas exceções, que confirmam a regra, fazendo com que o Código Civil – que é o Código do Cidadão – o seja muito menos, em prejuízo da afirmação do humanismo jurídico. Registre-se, neste particular, que a presente reflexão deixa, propositalmente, à margem do seu centro de preocupação os aspectos sórdidos da condição humana, que existem em todos os lugares, inclusive no campo jurídico. Refiro-me àquilo que a então Corregedora do Conselho Nacional de Justiça- CNJ, Ministra Eliana Calmon qualificou (ou desqualificou) como ‘bandidos de toga’. Reporto-me, em complemento, àquilo que o Presidente do Supremo Tribunal Federal-STF, Ministro Joaquim Barbosa classificou (ou desclassificou) como ‘conluio entre juízes e advogados’. O Poder Judiciário não precisa de nada disto para realizar uma problemática prestação jurisdicional aos cidadãos brasileiros, de duvidosa qualidade. Nada obstante, com togas e conluios desta natureza, consegue ser não apenas problemático, mas eticamente condenável.

No geral, portanto, convivendo com o cotidiano dos Tribunais, onde há, também, juízas e juízes notáveis, mais perceptível é a regra do que a exceção. E a regra é a do juiz munido da Lei e do Código, disposto a, sem maior exame, neles colocar todos os casos concretos, em subsunção que homenageia a Norma geral e abstrata, mas conspira contra o coração pulsante da vida. Desta maneira, o aparelho judicial do Estado se coloca a

serviço de Fernando I, do Sacro Império, com a sua locução – ‘*Fiat justitia, pareat mundus, faça-se justiça, ainda que o mundo pereça*’ – e, efetivamente, ao não fazer Justiça de espécie alguma, em muito contribui para que o mundo pereça.

**ADRIANA DOS REIS:** Dentro de um contexto de busca por leis mais justas e da realização do ideal de justiça, ao seu ver, qual foi o maior avanço do Direito Civil no seu país?

**ROSSINI CORRÊA:** Sem dúvida, os melhores avanços do Código Civil de 2002, no Brasil, aconteceram no Direito de Família. O novo Código Civil caminhou na direção do reconhecimento da existência de famílias, em sua pluralidade, passando a proteger os conviventes em união estável, com as garantias concedidas ao casamento.

O próprio conceito de família, na esfera legal, alcançou alguma oxigenação, passando a albergar tanto a comunidade tradicional, em seu aspecto nuclear, quanto aqueles outros tipos de composição social.

Houve mudança no tocante à reconstrução do conceito de chefia de família, com a crescente equiparação da mulher e do homem, permitindo a este, inclusive, o exercício da faculdade da adoção do sobrenome da mulher.

De mais a mais, o novo Código Civil flexibilizou a mudança do regime de bens no transcorrer do casamento, bem como, não admitiu a anulação do casamento, porque contraído com mulher que não seja virgem, conscientizando a sociedade quanto a um fato elementar: a honra não está no hímen.

Deixou ainda o novo Diploma Legal, de distinguir, para qualquer efeito, a natureza da filiação, que constituiu um capítulo dos mais hediondos, quanto aos preconceitos sociais no Brasil, onde ser chamado de bastardo era uma condenação moral à mãe e ao filho.

Recusou o Novo Código Civil a concessão de prazo para o cônjuge varão contestar a paternidade do filho e passou a abrir o leque das possibilidades, para que a guarda dos filhos seja efetivada por quem tiver melhores condições para criá-los e educá-los, em razão da prioridade do seu soberano interesse.

Deixou a culpa na separação de ser causa para a perda da guarda dos filhos. E ainda: as pessoas casadas pelo regime da separação de bens passaram a poder vender os imóveis por si adquiridos, sem que seja necessária a autorização do outro cônjuge. E mais: o casamento religioso, ao contemplar as exigências legais para a validade do casamento civil, a este se equiparou, uma vez realizada a sua transcrição na forma de registro devida.

Não há mais homem, há pessoa. A maioria civil foi reduzida de 21 para 18 anos e aos 16 completos, satisfeitas as formalidades legais, pode cessar a incapacidade civil dos menores.

Tudo até aqui posto foi muito, em termos de conquistas, e foi muito pouco em termos de necessidades, em um mundo povoado por debates sobre comércio de óvulos e de sêmen, anonimato ou identidade de doadores, clonagem de seres humanos, novas formas de fertilização, barriga de aluguel, possibilidades genéticas do embrião humano, pesquisa com célula tronco, adoção por homossexuais, casamento entre pessoas do mesmo sexo, novos contratos, comércio virtual e papéis possíveis para a arbitragem, a mediação e a justiça civil restaurativa.

Muito do novo no direito do Brasil decorreu da Constituição de 05 de outubro de 1988; da Lei nº 9.099, dos Juizados Especiais, de 26 de setembro de 1995; da Lei nº 8.069, do Estatuto da Criança e do Adolescente, de 13 de julho de 1990; e da Lei nº 8.078, do Código de Defesa do Consumidor, de 11 de setembro de 1990, com ou sem maior conexão com o novo Código Civil, que virou a página do hiperpatriarcal Código Civil de 1916/1917, porém, ficou a dever quanto a avanços efetivos em muitos campos que batem à porta da sociedade, no coração pulsante da vida, sempre mais dinâmica do que o direito.