

# REVISTA

ESCOLA DA MAGISTRATURA REGIONAL FEDERAL 2ª REGIÃO

Volume 36

Nº 1 - Mai./Out.2022



Ary de Azevedo Franco  
Ministro do STF



EMARF

The logo for EMARF (Escola da Magistratura Regional Federal) features a stylized graphic of three curved lines above the acronym 'EMARF' in a bold, sans-serif font.



**REVISTA  
DA ESCOLA DA  
MAGISTRATURA REGIONAL  
FEDERAL DA 2ª REGIÃO  
EMARF**

Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Volume 36  
Mai./Out.22

---

Esta revista não pode ser reproduzida total ou parcialmente sem autorização

Revista da Escola da Magistratura Regional Federal / Escola da  
Magistratura Regional Federal, Tribunal Regional Federal da 2ª Região.  
N. 1 (ago. 1999)

Rio de Janeiro: EMARF - TRF 2ª Região / RJ 2022 - volume 36, n. 1  
(mai./out.22)

Semestral

Disponível em: <<https://seer.trf2.jus.br/emarf/ojs/index.php/emarf>>

ISSN 1518-918X

1. Direito - Periódicos. I. Escola da Magistratura Regional Federal.

CDD: 340.05

---

## **Diretoria da EMARF**

### **Diretor-Geral**

Desembargador Federal Marcus Abraham

### **Diretor de Intercâmbio e Difusão**

Desembargador Federal Luiz Antonio Soares

### **Diretor de Estágios**

Desembargador Federal Guilherme Couto de Castro

### **Diretor de Publicações**

Desembargador Federal Augusto Guilherme Diefenthaeler

### **Diretor de Cursos e Pesquisas**

Desembargador Federal Marcello Granado

## **EQUIPE DA EMARF**

Dalmo Rufino de Santana - Assessor Executivo

### **Rio de Janeiro**

Clarice de Souza Biancovilli

Flávia Dias de Paiva

George Geraldo Bernardino da Silva

Juliana Pimentel Duque Estrada Meyer

Leila Andrade de Souza

Luciana de Mello Leitão

Luiz Carlos Lorenzo Peralba

Maria Suely Nunes do Nascimento

Marta Geovana Fernandes de Oliveira

Mauro Nilson Figueiredo dos Santos

Sergio Mendes Ferreira

Silvia Regina Assenheimer

### **Espírito Santo**

Livia Peres Rangel

Alan Castro de Melo

---



---

## Conselho Editorial

**Agostinho Teixeira de Almeida Filho**, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Desembargador, Brasil

**Alberto Nogueira**, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal aposentado, Brasil

**Alberto Nogueira Jr.**, Justiça Federal 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

**Aluisio Gonçalves de Castro Mendes**, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

**Américo Augusto Nogueira Vieira**, Universidade Federal do Paraná, Brasil

**Américo Bedê Freire Jr.**, Justiça Federal 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

**Ana Paula Vieira de Carvalho**, Justiça Federal 2ª Região, Juíza Federal, Brasil

**André Ricardo Cruz Fontes**, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

**Artur de Brito Gueiros de Souza**, Procuradoria Regional da República 2ª Região, Brasil

**Augusto Guilherme Diefenthaler**, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

**Caio Márcio Gutterres Taranto**, Justiça Federal 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

**Carlos Guilherme Francovich Lugones**, Justiça Federal 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

**Carmem Tiburcio**, Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ, Brasil

**Celso de Albuquerque Silva**, Procuradoria Regional da República 2ª Região, Brasil

**Daniel Antônio de Moraes Sarmiento**, Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ, Brasil

**Eugênio Rosa de Araújo**, Justiça Federal 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

**Guilherme Calmon Nogueira da Gama**, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

**Guilherme Couto de Castro**, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

**Gustavo Sampaio Telles Ferreira**, Universidade Federal Fluminense - UFF, Brasil

**Helena Elias Pinto**, Justiça Federal 2ª Região, Juíza Federal, Brasil

**Jane Reis Gonçalves Pereira**, Justiça Federal 2ª Região, Juíza Federal, Brasil

**Leonardo Greco**, Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ, Brasil

---

---

**Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva**, Justiça Federal 2ª Região, Juíza Federal, Brasil

**Firly Nascimento Filho**, Justiça Federal 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

**Flávio Oliveira Lucas**, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

**Luís Greco**, Universidade da Alemanha, Alemanha

**Luiz Antonio Soares**, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

**Luiz Paulo da Silva Araújo Filho**, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

**Marcus Abraham**, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

**Marcus Lívio Gomes**, Justiça Federal 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

**Nadia de Araújo**, Pontifícia Universidade Católica - PUC-Rio, Brasil

**Paulo Cezar Pinheiro Carneiro**, Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ, Brasil

**Paulo Freitas Ribeiro**, Advogado, Brasil

**Pedro Marcos Nunes Barbosa**, Pontifícia Universidade Católica - PUC-Rio, Brasil

**Poul Erik Dyrlund**, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

**Reis Friede**, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

**Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva**, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

**Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha**, Advogado, Brasil

**Rodolfo Kronenberg Hartmann**, Justiça Federal 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

**Rodrigo de Souza Costa**, Universidade Federal Fluminense - UFF, Brasil

**Rogério Dutra dos Santos**, Universidade Federal Fluminense - UFF, Brasil

**Sérgio D'Andrea Ferreira**, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal aposentado, Brasil

**Silvana Batini César Góes**, Procuradoria Regional da República 2ª Região, Brasil

**Theophilo Antonio Miguel Filho**, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

---

---

## **Tribunal Regional Federal da 2ª Região**

### **Presidente**

Desembargador Federal MESSOD AZULAY NETO

### **Vice-Presidente**

Desembargador Federal GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA

### **Corregedor Regional**

Desembargador Federal THEOPHILO ANTONIO MIGUEL FILHO

### **Membros**

Desembargador Federal PAULO ESPIRITO SANTO

Desembargadora Federal VERA LÚCIA LIMA

Desembargador Federal ANTONIO IVAN ATHIÉ

Desembargador Federal SERGIO SCHWAITZER

Desembargador Federal POUL ERIK DYRLUND

Desembargador Federal ANDRÉ RICARDO CRUZ FONTES

Desembargador Federal REIS FRIEDE

Desembargador Federal LUIZ ANTONIO SOARES

Desembargador Federal GUILHERME COUTO DE CASTRO

Desembargador Federal JOSÉ ANTONIO LISBÔA NEIVA

Desembargador Federal JOSÉ FERREIRA NEVES NETO

Desembargador Federal LUIZ PAULO DA SILVA ARAÚJO FILHO

Desembargador Federal ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES

Desembargador Federal AUGUSTO GUILHERME DIFENTHAELER

Desembargador Federal MARCUS ABRAHAM

Desembargador Federal MARCELO PEREIRA DA SILVA

Desembargador Federal RICARDO PERLINGEIRO

Desembargadora Federal CLAUDIA MARIA PEREIRA BASTOS NEIVA

Desembargadora Federal LETICIA DE SANTIS MELLO

Desembargadora Federal SIMONE SCHREIBER

Desembargador Federal MARCELLO GRANADO

Desembargador Federal ALCIDES MARTINS RIBEIRO FILHO

Desembargador Federal WILLIAM DOUGLAS RESINENTE DOS SANTOS

Desembargador Federal FLÁVIO OLIVEIRA LUCAS

Desembargador Federal MAURO SOUZA MARQUES DA COSTA BRAGA

Desembargadora Federal CARMEN SILVIA LIMA DE ARRUDA

Desembargador Federal PAULO PEREIRA LEITE FILHO

---





---

## SUMÁRIO

---

|  |     |
|--|-----|
| APRESENTAÇÃO.....  | 11  |
| AS TEORIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A BIOÉTICA.....   | 13  |
| Albertina Maria Anastácio  |     |
| A DUPLA FORMAÇÃO DOS CONTRATOS DE CONSUMO.....   | 41  |
| André R. C. Fontes   |     |
| O DIREITO À PRIVACIDADE, À COMUNICAÇÃO NA ERA DA TECNOLOGIA DAS MASSAS.....  | 57  |
| Caio Roberto Bastos Barroso  |     |
| O PROBLEMA DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO.....  | 71  |
| Cássio Benvenuti de Castro   |     |
| SISTEMA TRIBUTÁRIO COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS: IMUNIDADE IMPLÍCITA DAS TERRAS QUILOMBOLAS..... | 91  |
| Celso de Albuquerque Silva   |     |
| PATENTES E PESTES: A PROPRIEDADE INTELECTUAL ENQUANTO INSTRUMENTO DE PREVENÇÃO A NOVAS PANDEMIAS.....                | 111 |
| Gabriel Silqueira Passarini de Resende   |     |
| A PERSPECTIVA CRÍTICA DA REGRA DE RECONHECIMENTO EM HART – SEGUNDA PARTE.....  | 149 |
| José Alfredo dos Santos Júnior   |     |
| DA CARIDADE À SOLIDARIEDADE: UM DIÁLOGO ENTRE A ARTE E O DIREITO PREVIDENCIÁRIO.....                                 | 181 |
| Marcelo Leonardo Tavares   |     |
| CONTEMPORANEIDADE E VOCAÇÃO UNIVERSALISTA DA DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO, DE 1789.....             | 197 |
| Marco Aurélio Lagreca Casamasso  |     |
| QUAIS DIREITOS HUMANOS? QUE UNIVERSALISMO? PRELIMINARES E OBSTÁCULOS À UNIVERSALIZAÇÃO DOS DIREITOS.....             | 213 |
| Maria Lucia de Paula Oliveira  |     |

## Sumário

---

|   |     |
|---|-----|
| A IDÉIA DA RAZÃO PÚBLICA EM RAWLS E OS DESAFIOS DO DIREITO À<br>COMUNICAÇÃO EM NOSSOS DIAS .....  | 227 |
| Maria Lucia de Paula Oliveira e Leon Cabral Coser   |     |
| O DISCURSO DE ÓDIO NO BRASIL À LUZ DA BANALIDADE DO MAL .....   | 249 |
| Marta Catarina Ferreira da Silva  |     |
| DOS JUIZADOS DE PEQUENAS CAUSAS ÀS PRÁTICAS RESTAURATIVAS: APLICABILIDADE<br>DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NO ATUAL ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO ..... | 265 |
| Rafael Meireles Saldanha  |     |
| ANALOGIA, COSTUMES E PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO .....   | 277 |
| Reis Friede   |     |
| LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DIREITO À COMUNICAÇÃO: COMPARATIVO ENTRE<br>AS DEMOCRACIAS CONSTITUCIONAIS BRASILEIRA E ESTADUNIDENSE .....                | 295 |
| Stella Guilherme Panno e Renata Lourenço Richter  |     |

---

# APRESENTAÇÃO

---

Dando sequência à publicação semestral da Revista da Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região – EMARF, entregamos ao público mais um volume com assuntos relevantes para o debate jurídico e o aprimoramento da prática jurisdicional no campo da Justiça Federal.

Os artigos selecionados para esta edição abordam temas contemporâneos nas áreas do Direito Constitucional, Administrativo, Tributário, Penal e Civil, com conteúdo doutrinário de alta qualidade jurídica, a merecer toda atenção. Destacam-se entre as matérias selecionadas as que abordam a liberdade de expressão e direito à comunicação, o sistema tributário como instrumento de proteção dos direitos humanos, bem como a dupla formação dos contratos de consumo, que trata da evolução do direito do consumidor em um confronto com o Direito Civil.

Mais uma vez renovamos nossos agradecimentos aos talentosos autores que participaram do presente volume, internos e externos ao Poder Judiciário, aos quais cumprimento em nome desta Escola, esperando que a leitura seja proveitosa e útil na superação dos desafios cotidianos dos profissionais e operadores do Direito.

Marcus Abraham

Desembargador Federal  
Diretor-Geral da EMARF



---

# AS TEORIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A BIOÉTICA

---

*Albertina Maria Anastácio<sup>1</sup>*

**Resumo:** O presente estudo tem por escopo a análise das teorias norteadoras dos direitos fundamentais e a interação desses direitos com a bioética. Considerando a perspectiva liberal, os direitos fundamentais apresentam o seu nascedouro no Estado, mas, ao longo dos anos, diversas categorias da sociedade se fortaleceram e ignoraram os direitos fundamentais dos indivíduos. O magistrado alemão Böckenförde elenca as teorias dos direitos fundamentais, em cinco categorias: liberal, institucional, do Estado Social, democrático-funcional e axiológica. Importa ressaltar a existência de diversas perspectivas no que concerne às teorias dos direitos fundamentais, tais como, segundo Alexy, dentre outros juristas, conforme será observado no presente ensaio. As teorias se complementam, devendo ser registrado, que o neoconstitucionalismo ou pós-positivismo é um marco constitucional. Nesse sentido, a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) é um ícone dos direitos fundamentais, sendo considerada uma Carta democrática. A correlação entre os direitos fundamentais e a bioética se faz necessária, ante o enfoque desses campos de estudo, com a vida, o bem-estar do homem e o grande primado de valores fundamentais, qual seja, a dignidade da pessoa humana. A perspectiva de John Rawls recebe uma releitura sob a visão de Amartya Sen, que apresenta a sua teoria da capacitação, como a grande alavanca para o desenvolvimento sustentável, em forma de liberdade.

**Palavras-chave:** Teorias dos Direitos Fundamentais – Direitos Fundamentais e Bioética – Teoria da Capacitação de Amartya Sen – Efetividade dos Direitos Fundamentais

---

<sup>1</sup> Doutoranda e Mestranda em Bioética, Ética Aplicada e Saúde Coletiva do Programa de Pós-Graduação do PPGBIOS, um Programa em Associação da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), Universidade Federal Fluminense (UFF), Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ); Mestre em Justiça Administrativa (Direito e Economia) – Mestrado Profissional, pela Universidade Federal Fluminense (UFF) e Mestre em Economia Empresarial, pela Universidade Cândido Mendes (UCAM).

## THEORIES OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND BIOETHICS

**Abstract:** The present study aims to analyze the theories that guide fundamental rights and the interaction of those rights with bioethics. Considering the liberal perspective, fundamental rights have their origin in the State, but over the years, different categories of society have strengthened and ignored the fundamental rights of individuals. The German magistrate Böckenförde lists the theories of fundamental rights, in five categories: liberal, institutional, welfare state, functional functional-democratic and axiological. It is important to emphasize the existence of several perspectives regarding the theories of fundamental rights, such as, according to Alexy, among other jurists, as will be observed in the present essay. The theories complement each other, and it should be noted, that neoconstitutionalism or post-positivism is a constitutional landmark. In this sense, the Constitution of the Federative Republic of Brazil (CFRB) is an icon of fundamental rights, being considered a democratic Charter. The correlation between fundamental rights and bioethics is necessary, given the focus of these fields of study, with life, the well-being of man and the great primacy of fundamental values, that is, the dignity of the human person. John Rawls' perspective receives a re-reading under the vision of Amartya Sen, who presents his theory of capability as the great lever for sustainable development, in the form of freedom.

**Keywords:** Fundamental Rights Theories - Fundamental Rights and Bioethics – Amartya Sen's Theory of Capability - Effectiveness of Fundamental Rights.

### 1. INTRODUÇÃO

*Ab initio*, impende esclarecer que a teoria dos direitos fundamentais se fortalece com o fim da II Grande Guerra, diante do fracasso do nazismo. Nesse período, os direitos fundamentais são consagrados e reconhecidos por diversos Estados Internacionais, como forma de reescrever a história da Humanidade. Na esteira desse pensamento, existe uma característica ética nos direitos fundamentais, cuja consolidação traz uma ideia de construção de sociedade justa, o que nos leva ao conceito de justiça.

Convém explicitar, que nos tempos contemporâneos, a democracia se abala diante do quadro das desigualdades sociais e o conseqüente enfraquecimento dos valores éticos, por ocasião do processo de implementação das políticas públicas.

O Brasil, dentre diversos segmentos estruturais, apresenta uma situação hodierna de vivência de um verdadeiro caos, na saúde pública, onde direitos

fundamentais dos brasileiros (e estrangeiros) têm sido negligenciados, ante a uma crise financeira estatal que se agrava cada vez mais. Existem, hoje, mormente nesses tempos de pandemia, causada pelo vírus COVID-19, um verdadeiro inimigo invisível, uma expansão no número de situações de crianças e idosos desaparecidos em larga escala; feminicídio; pornografia infantil; violência doméstica; abuso sexual de crianças; balas-perdidas que invadem comunidades carentes, transformando a vida das minorias, em um palco de operações de guerras, com muitos feridos e mortos, causados pela segurança estatal deficiente, problema que é presente em escolas, hospitais, ruas e o que mais se ofereça.

Existem, ainda, diversos outros problemas conjunturais que se perfazem em menosprezo dos direitos fundamentais, tais como, educação de baixa qualidade e equidade; múltiplos preconceitos sejam quanto ao gênero, raça, cor, dentre outros; desemprego; trabalho escravo; tráfico de mulheres; trabalho infantil e diversas outras circunstâncias sociais ultrajantes para os indivíduos, que têm muitos desses direitos positivados na Constituição da República, mas que são descurados, lembrando que a Constituição Federal da República Brasileira (CRFB) estabelece no inciso III, do artigo primeiro, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

O presente estudo traz à baila uma reflexão sobre as teorias que sedimentam os direitos fundamentais, além de uma abordagem das teorias sobre as eficácias vertical e horizontal e os seus respectivos fundamentos, que corroboram, inclusive, para a efetivação dos direitos fundamentais e o primado da dignidade da pessoa humana. Como extensão da análise, a temática é estudada à luz da bioética, com enfoque na teoria da justiça. Mesmo porque, a principiologia moderna se desenvolve como ponto de referência para o direito e a própria bioética, possibilitando ao estudioso do tema, vislumbrar novos mecanismos, que como uma chave, ao ser virada, irá transformar o mundo.

## 2. ASTEORIAS DO CONSTITUCIONALISMO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

*Prima facie*, cumpre esclarecer que existe uma estreita relação entre o constitucionalismo e os direitos fundamentais.

J. J. Gomes Canotilho, citando o historiador austríaco Gerald Stourzh, esclarece que a constitucionalização é "a incorporação de direitos subjectivos do homem



em normas formalmente básicas, subtraindo-se o seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário (Stourzh).” (CANOTILHO, 2002, p. 376)

A consequência mais notória da constitucionalização é a proteção dos direitos fundamentais, devendo ser os direitos fundamentais compreendidos, interpretados e aplicados como normas jurídicas vinculativas e não como “declarações de direitos” (Idem, p. 376). Nesse condão, observa-se a importância dos direitos fundamentais para o constitucionalismo.

Existem 03 (três) teorias muito relevantes, que assinalam a topografia do constitucionalismo, a saber:

- **Teoria do Constitucionalismo Clássico ou Liberal:** cuja característica marcante é o surgimento das constituições escritas; nelas são consagrados os direitos fundamentais de primeira geração;
- **Teoria do Neoconstitucionalismo:** tem-se a dignidade da pessoa humana como núcleo da constituição e
- **Teoria do Pós-positivismo:** O Pós-positivismo surgiu após a 2ª Guerra Mundial, em contraposição ao Positivismo, até então dominante, sendo que este foi utilizado para dar suporte a governos autoritários, como o nazismo na Alemanha e o fascismo na Itália, que em “nome da lei” cometeram atrocidades, apartando-se de princípios éticos e morais.

### 3. CONCEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Em consonância com os ensinamentos de Jorge Miranda (1993), os direitos fundamentais apresentam como conceito:

Por direitos fundamentais, entendemos os direitos ou as posições jurídicas subjetivas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na constituição, seja na constituição formal, seja na constituição material – donde, direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material (MIRANDA, 1993, p. 7).

Depreende-se que os direitos fundamentais são aqueles positivados no plano interno de cada Estado Internacional, em especial, no texto constitucional daquele país. No que concerne ao Brasil, os direitos fundamentais estão

positivados na CRFB. Quanto à positivação dos direitos fundamentais, Canotilho apregoa o seguinte:

A positivação de direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados “naturais” e “inalienáveis” do indivíduo. Não basta uma qualquer positivação. É necessário assinalar-lhes a dimensão de Fundamental Rights colocados no lugar cimeiro das fontes de direito: as normas constitucionais. Sem essa positivação jurídica, os “direitos do homem são esperanças, aspirações, ideias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política”, mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional (Grundrechts-normen). (Op. cit., p. 375).

#### 4. COMO SE TORNOU UM DIREITO FUNDAMENTAL

Determinados direitos tornaram-se direitos fundamentais, com a evolução dos direitos do homem até o seu reconhecimento atual, somadas às condicionantes históricas que exigiam reivindicações fundadas em justiça, para o estabelecimento de elementos mínimos de garantia para uma existência digna. Essa evolução dos direitos ocorreu desde a criação do Estado, com as primeiras declarações de direito, até o surgimento dos direitos de 2ª, 3ª e 4ª gerações (AMARAL, 1999). Cumpre observar, por oportuno, que a evolução dos direitos fundamentais gerou impactos diversos, inclusive na concepção da cidadania.

#### 5. CIDADANIA

O desenvolvimento recente dos estudos sobre a cidadania deu-se a partir da obra dos sociólogos, em especial de Max Weber, Karl Marx, Émile Durkheim e Augusto Comte. Quanto à cidadania jurídica, cidadania é o pertencimento à comunidade, “que assegura ao homem a sua constelação de direitos e o seu quadro de deveres, só a análise ética e jurídica abre a possibilidade de compreensão desse complexo *status*” (TORRES, 1999, p. 247). O processo de cidadania vem corroborar com o desenho de justiça social, esboçado pelo grande pilar do Estado Democrático de Direito, como um de seus fundamentos, consoante disposição do inciso II, do artigo primeiro, do texto constitucional.

## 6. A CAUSA DE TER SE TORNADO EM UM DIREITO FUNDAMENTAL

Nessa passagem, promovida pelo processo evolutivo desses direitos, o homem se modifica, desdobrando-se: ao mesmo tempo em que conserva sua condição primitiva, individual, reproduz-se socialmente, e passa a existir como “integrante” de determinado grupo social (NOGUEIRA, 2003).

Os direitos fundamentais, por serem fundantes **são prévios, isto é, ligados a um núcleo de valores antecedentes ao próprio estado** (AMARAL, 1999). Por sua vez, Ingo Wolfgang Sarlet ressalta o valor jusnaturalista da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que realizou um liame entre os direitos fundamentais à liberdade e à dignidade humana, como valores históricos e filosóficos. (SARLET, 2001, p. 48)

## 7. COMO ALCANÇOU O PATAMAR DE DIREITO FUNDAMENTAL

No que tange aos direitos fundamentais, na maioria das vezes, sua expansão se operacionaliza diante de uma experiência histórica de desrespeito aos direitos em geral e é fomentada pela crença de que a inserção de determinados direitos nas chamadas “declarações universais” servirá de freio a esse fenômeno (SILVA, 2005, p. 50). Nesse condão, é preciso sobesgar como os direitos fundamentais têm se comportando no plano internacional.

## 8. DIREITO COMPARADO

Para melhor compreensão da temática, cumpre observar um pouco do direito comparado quanto aos direitos fundamentais, pelo que se depreende, a seguir:

- **República Federal da Alemanha:** Os direitos fundamentais têm sido objeto de estudo mesmo na jurisprudência alemã, de forma abrangente, tendo em vista os horrores passados pela República Federal da Alemanha com as Grandes Guerras, o que motivou grande preocupação com a temática, por parte dos alemães. Em consonância com o entendimento da Corte alemã, em regra, as pessoas jurídicas de direito público não podem ser titulares de direitos fundamentais, sendo apenas destinatárias desses direitos, conforme leciona Leonardo Martins e Jürgen Schwabe (MARTINS; SCHWABE, 2005).

Deve ser ressaltado, por oportuno, que a Lei Fundamental da Alemanha, no parágrafo 3º, do artigo 19, **não impede que o reconhecimento da titularidade dos direitos fundamentais, pelas pessoas jurídicas sediadas no país:** “[...] (3) Os direitos fundamentais também são válidos para as pessoas jurídicas sediadas no país, conquanto, pela sua essência, sejam aplicáveis às mesmas.[...]” (CONSTITUIÇÃO ALEMÃ, 2000).

- **Holanda:** a jurisprudência da União Europeia tem influenciando sobremaneira o direito constitucional da Holanda;
- **França:** os direitos fundamentais têm primazia em relação ao direito interno;
- **Portugal:** J. J. Gomes Canotilho esclarece que existem na Constituição portuguesa, 2 (dois) regimes, referentes aos direitos fundamentais: um geral e outro específico dos direitos, liberdades e garantias. Ele apregoa o seguinte conceito para o regime geral dos direitos fundamentais:

um regime aplicável a todos os direitos fundamentais, quer sejam consagrados como “direitos, liberdades e garantias” ou como “direitos económicos, sociais e culturais”, e quer se encontrem no “catálogo dos direitos fundamentais” ou fora desse catálogo, dispersos pela Constituição. (Op. cit., p. 413).

Por sua vez, o regime específico dos direitos, liberdades e garantias, ou seja, é “uma disciplina jurídica da natureza particular, consagrada nas normas constitucionais, e aplicável, em via de princípio, aos “direitos, liberdades e garantias” e aos direitos de “natureza análoga” (Idem, p. 413). Deve ser esclarecido, que segundo o autor, seria incorreto afirmar a existência de dois regimes distintos que envolvam dois grupos diferentes de direitos fundamentais. Existe, segundo o autor, um regime geral, aplicável a todos e um especial, próprio dos direitos, liberdades e garantias e dos direitos de natureza análoga (Idem, p. 413).

- **Estados Unidos da América (EUA):** Adotou-se a corrente do dualismo, em que o tratado internacional não se sobrepõe ao direito interno estadunidense.

## 9. AS TEORIAS DA POSITIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Existem 03 (três) teorias que norteiam o processo de positivação dos direitos fundamentais, a saber:

## **9.1. Jusnaturalismo**

A corrente do jusnaturalismo defende que o direito é independente da vontade humana, isto porque ele existe antes mesmo do homem e acima das leis do homem. Segundo o pensamento jusnaturalista, o direito é natural e tem como pressupostos os valores do ser humano, e busca sempre um ideal de justiça. A concepção jusnaturalista defende, assim, a natureza declaratória do processo de positivação dos direitos fundamentais, que já são pré-existentes, como direito natural.

### **9.1.1. Teses do Movimento Jusnaturalista**

De acordo com Norberto Bobbio (1999, pp. 22-23), existem (02) duas teses que sustentam o movimento jusnaturalista, a saber:

#### **9.1.1.1. Primeira Tese Jusnaturalista**

A primeira tese jusnaturalista é a pressuposição de duas instâncias jurídicas: o direito positivo e o direito natural:

##### **9.1.1.1.1. Direito Positivo:**

O direito positivo corresponde ao fenômeno jurídico concreto, apreendido através dos órgãos sensoriais, sendo, deste modo, o fenômeno jurídico empiricamente verificável, tal como ele se expressa através das fontes de direito, especialmente, aquelas de origem estatal.

##### **9.1.1.1.2. Direito Natural:**

Por seu turno, o direito natural corresponde a uma exigência perene, eterna ou imutável de um direito justo, representada por um valor transcendental ou metafísico de justiça.

#### **9.1.1.2. Segunda Tese Jusnaturalista**

A *segunda tese* do jusnaturalismo se arrima na concepção da superioridade do direito natural em face do direito positivo. Assim, o direito positivo deveria, conforme a doutrina jusnaturalista, adequar-se aos parâmetros imutáveis e eternos de justiça. O direito tem o seu valor, caso seja justo e legítimo, gerando como resultado, a subordinação da validade à legitimidade da ordem jurídica.

### 9.1.2. Categorias do Jusnaturalismo

Importa ressaltar as 04 (quatro) categorias do jusnaturalismo, ora discriminadas:

- **Jusnaturalismo Cosmológico:** vigente na antiguidade clássica;
- **Jusnaturalismo Teológico:** apresenta como nascedouro, a Idade Média, tendo como fundamento jurídico a ideia da divindade como um ser onipotente, onisciente e onipresente;
- **Jusnaturalismo Racionalista:** surgiu nas revoluções liberais burguesas dos séculos XVII e XVIII, tendo como fundamento a razão humana universal;
- **Jusnaturalismo Contemporâneo:** brotou no século XX, que enraíza a justiça no plano histórico e social, atentando para as diversas acepções culturais acerca do direito justo.

### 9.2. JusPositivismo

O positivismo é uma corrente filosófica que surgiu na França no começo do século XIX, apresentando como grandes nomes Augusto Comte e John Stuart Mill. Essa escola filosófica ganhou força na Europa na segunda metade do século XIX e começo do XX, período em que chegou ao Brasil. De acordo com a concepção positivista, o processo de positivação dos direitos fundamentais apresenta natureza constitutiva (e não mais declaratória, como entendiam os jusnaturalistas), considerando que antes dessa positivação, só existem expectativas de direitos e não, direitos adquiridos.

Bernhard Windscheid (1817-1892), jurista alemão, vê o direito como algo histórico e simultaneamente racional, por meio de um positivismo legal, racionalista e moderado pela crença na razão do legislador (LARENZ, 1997).

### 9.3. Jusrealismo

Segundo os realistas, é preciso trazer o direito para uma realidade concreta, construindo uma ciência que descreva a vivência jurídica com proposições verificáveis em termos empíricos, isto é, buscando fatos. Para os realistas, estes fatos se encontram na execução do direito, quando este toma vida, através das decisões judiciais. O berço do realismo é os EUA, existindo também, o realismo escandinavo (Suécia).

Segundo a concepção realista do processo de positivação dos direitos fundamentais, esses não apresentam natureza declaratória, conforme pensam os jusnaturalistas, nem natureza constitutiva, nos termos da concepção juspositivista, mas é fruto da concretude do homem, de sua realidade, não estando vinculado ao direito natural ou mesmo condicionado às expectativas de direito.

André Ramos Tavares apregoa que o realismo jurídico norte-americano apresenta em sua perspectiva, o entendimento de que os direitos fundamentais são aqueles conquistados historicamente na Humanidade (TAVARES, 2010, p. 527).

É mister ressaltar que as três perspectivas da positivação dos direitos fundamentais, comentadas acima, malgrado sejam independentes, relacionam-se entre si, colaborando sobremaneira para o desenvolvimento dos direitos fundamentais.

## **10. AS TEORIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, SEGUNDO BÖCKENFÖRDE**

Existem diversas teorias concernentes aos direitos fundamentais, sendo que uma das classificações mais relevantes é a tipologia apregoadada pelo constitucionalista alemão e juiz do Tribunal Constitucional da Alemanha Ernst-Wolfgang Böckenförde (1930-2019), que defende um elenco de 05 (cinco) teorias, norteadoras dos direitos fundamentais, sendo o seu estudo considerado com um dos mais proeminentes sobre o tema, pelo que se observa, adiante:

### **10.1. Teoria Liberal**

A teoria liberal, também conhecida como teoria burguesa, apresenta os direitos fundamentais como direitos de liberdade do indivíduo frente ao Estado. Essa teoria tem como paradigma o Estado Liberal, onde a liberdade individual tem uma dimensão negativa, no sentido de que a liberdade se perfaz, ante a ausência de impedimentos estatais.

Com o fim do absolutismo estatal e o surgimento do constitucionalismo, nasceu essa teoria, no intuito de firmar as liberdades do indivíduo, primando pelos direitos de liberdade de primeira geração. Na esteira desse pensamento, os direitos fundamentais, segundo a concepção da teoria liberal, deveriam ser aqueles positivados na Constituição, os mesmos que anteriormente a ela, já preexistiam no direito natural, mas que agora, precisam ser reconhecidos pela Constituição para terem *status* de direitos fundamentais.

Um dos adeptos da teoria liberal foi Carl Schmitt, durante a República de Weimar. Segundo Schmitt, os direitos fundamentais são anteriores e superiores ao próprio Estado (SCHMITT, 1996).

## 10.2. Teoria Institucional

No que tange à teoria institucional dos direitos fundamentais, a liberdade juridicamente indefinida não aparece mais como conteúdo dos direitos fundamentais. Em seu lugar surge uma liberdade “objetivada”, ordenada e configurada normativa e institucionalmente. Nesse seguimento, os direitos fundamentais englobam não apenas as liberdades públicas, mas também as garantias institucionais, quais sejam, o direito público, além das garantias do direito privado.

Peter Häberle, constitucionalista alemão, em seu livro “La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales” leciona a existência dos conteúdos binários constitucionais, quanto aos direitos fundamentais, conciliando os lados subjetivo e objetivo dos direitos fundamentais, através de suas dimensões individuais e institucional, respectivamente, buscando limitar não mais a atuação do Estado, conforme abordagem do Estado Liberal, mas sim, os seus conteúdos objetivo (institucional) e subjetivo (individuais) (HÄBERLE, 2003, p. 115). Canotilho apregoa no âmbito da teoria institucional, uma dimensão dupla dos direitos fundamentais: individual e institucional:

os direitos fundamentais apresentam um duplo carácter—individual e institucional — que explicará o facto de os direitos fundamentais, tais como as clássicas garantias institucionais ou garantias de instituto, dever ser limitados na dimensão individual para se reforçar a dimensão institucional. (Op. cit., p. 1.380)

Canotilho pondera, em uma de suas críticas à teoria institucional dos direitos fundamentais, que o critério da ponderação de bens, utilizado pela teoria institucional, conduz a uma perigosa relativização desses direitos, além de não oferecer qualquer clareza e segurança no caso de conflitos de bens constitucionais. (Ibid., p. 1.381).

## 10.3. Teoria do Estado Social

A teoria dos direitos fundamentais do Estado Social apregoa que os direitos fundamentais não têm só um carácter delimitador negativo, mas de facilitadores



de prestações sociais pelo Estado. Assim, o Estado deve procurar corrigir os desequilíbrios sociais, através da promoção da justiça social. A teoria do Estado Social reveste os direitos fundamentais com uma nova dimensão: a social.

Verifica-se uma mudança de paradigma quanto às liberdades, uma vez que, enquanto na teoria liberal, as liberdades são individuais, na teoria do Estado Social, as liberdades são reais. Mas, a teoria do Estado Social apresenta dificuldades quanto à implementação de medidas, em prol da justiça social, considerando à realidade financeira do Estado, ante a escassez de seus recursos financeiros.

Jorge Miranda ressalta o papel das instituições representativas na passagem do Estado liberal ao Estado social de Direito, conforme se pode observar adiante:

Do Estado liberal ao Estado social de Direito o desenvolvimento dos direitos fundamentais faz-se no interior das instituições representativas e procurando, de maneiras bastante variadas, a harmonização entre direitos de liberdade e direitos econômicos, sociais e culturais. (Op. cit., p. 25)

#### **10.4. Teoria Axiológica**

A dimensão axiológica sobre algum tema envolve o processo de escolha do homem pelos valores morais, éticos, espirituais, culturais, dentre outros. Nesse segmento, a axiologia é a teoria filosófica que irá estudar os valores, com ênfase nos valores morais.

Segundo a teoria axiológica dos direitos fundamentais, em cada caso, é a liberdade para a realização dos valores expressos nos direitos fundamentais e o marco de uma ordem de valores; não preexistindo à totalidade estatal. A liberdade está determinada à realização e cumprimento do valor expressado nela pelo direito fundamental (AMARAL, 1999).

Cumprir esclarecer que alguns juristas, tais como, Jorge Miranda, Canotilho e Paulo Bonavides optam pela terminologia “teoria dos valores”.

Miranda, por sua vez, apresenta essa teoria, com a seguinte perspectiva: “Teoria dos Valores: tende a identificá-los com valores, com princípios éticos difundidos na comunidade política e a que fica subordinada a acção individual” (MIRANDA, op. cit., p. 47).

### **10.5. Teoria Democrático-Funcional dos Direitos Fundamentais**

De acordo com a teoria democrático-funcional dos direitos fundamentais, os direitos não são reconhecidos ao cidadão para que deles disponha livremente, mas em sua qualidade de membro da comunidade e, com isso, haja em conformidade com o interesse público. O fundamento dessa teoria está no processo constitucional de legitimação das liberdades individuais (BÖCKENFÖRDE, 2000).

## **11. AS TEORIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, SEGUNDO JORGE MIRANDA**

Jorge Miranda, também aponta as seguintes teorias dos direitos fundamentais, elencadas por Böckenförde, devidamente comentadas no tópico anterior: liberal, institucionalista, social e teoria axiológica, que Miranda prefere denominar de “teoria dos valores”, acrescentando ainda, mais 03 (três) teorias, a saber:

### **11.1. Teoria Conservadora**

A teoria conservadora tende a subordinar a liberdade individual à autoridade e à tradição a partir de uma visão pessimista da natureza humana e orgânica da sociedade.

### **11.2. Teoria Democrática**

A teoria democrática busca a identificar os direitos fundamentais como direitos de participação, ligados à realização da democracia e à conformação por ela da vida coletiva; bem como,

### **11.3. Teoria Socialista Marxista**

A teoria socialista marxista tende a realçar a dimensão econômica e concreta de todos os direitos, a dependência das condições materiais do seu exercício e a sua necessária adstrição à estrutura da sociedade.

Miranda opta pela teoria democrática, em sua topologia sobre os direitos fundamentais, o que pode ser considerado um ajuste na teoria democrático-funcional de Böckenförde. Segundo Miranda, essas teorias são incompatíveis, entre si, mas apresentam aspectos comuns ou complementares (Op. cit., p. 47).

## **12. AS TEORIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, SEGUNDO PAULO BONAVIDES**

Em consonância com Paulo Bonavides, as teorias dos direitos fundamentais estão classificadas em teoria liberal, teoria institucional e teoria dos valores, comentadas acima.

## **13. AS TEORIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, SEGUNDO J. J. GOMES CANOTILHO**

De acordo com Canotilho (2002), as teorias dos direitos fundamentais podem ser classificadas em: liberal; ordem de valores, também conhecida como axiológica ou teoria dos valores, comentadas acima; institucional; social; democrático-funcional e socialista dos direitos fundamentais, conhecida também como teoria socialista marxista, abordada também por Jorge Miranda, no tópico 11, do presente estudo.

## **14. AS TEORIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, SEGUNDO ROBERT ALEXY**

De acordo com a perspectiva de Robert Alexy, as teorias dos direitos fundamentais apresentam uma tese básica para essa modalidade de direitos e de forma individualizadas, devem ser consideradas como teorias unipontuais (ALEXY, 1994, p. 30). A teoria unipontual tem uma abordagem fechada, onde se verifica a sua unificação interpretativa, aplicando-se a todos os direitos fundamentais, indistintamente. Importa asseverar que essa é uma visão ultrapassada, considerando que os direitos fundamentais apresentam uma linha de força distinta, conforme esclarece Jorge Miranda:

Por outro lado, nenhuma dessas teorias vale autonomamente ou se impõe à margem do Direito positivo: qualquer delas carece de ser posta à prova no âmbito dos diferentes ordenamentos e só pode ser adoptada quando se mostrar idônea para exprimir as suas linhas de força. Nenhuma se substitui ao esforço do jurista ou fornece soluções práticas: qualquer delas é apenas auxílio da interpretação, construção e sistematização jurídica e as soluções ou os resultados práticos apenas se encontram no confronto dos princípios e preceitos com as situações da vida<sup>2</sup> (Ibid., p. 48).

---

<sup>2</sup> Neste sentido, Gomes Canotilho, ob. cit., p. 522.

Georg Jellinek (1851- 1911), juiz alemão desenvolveu, ao final do século XIX, a Teoria dos Quatro *Status*, através de sua obra “Sistema dos Direitos Subjetivos Públicos”<sup>3</sup>, que classifica em quatro situações que o indivíduo pode se posicionar diante do Estado: *status* passivo, *status* ativo, *status* negativo e *status* positivo. A partir dessa abordagem de Jellinek, surgiu a teoria da multifuncionalidade dos direitos fundamentais, que apresenta uma perspectiva multifuncional para os direitos fundamentais, uma vez que esses não estão mais restritos às relações verticais, entre o Estado e os administrados, galgando um campo aberto, por envolver uma eficácia horizontal, passando a apresentar múltiplas funções, além de ser instrumento de defesa.

Por sua vez, Alexy entende que a problemática não se concentra na multifuncionalidade dos direitos fundamentais, mas sim, na sua concretude de sua *ratio*. Dessa forma, ante a impossibilidade de se adotar uma teoria unipontual para o tema, considerando a complexidade de sua sistematização, Alexy propõe uma abordagem sistêmica de interpretação, a aplicação de uma teoria combinada, adotada pelo Tribunal Constitucional Alemão.

Alexy defende a ideia da busca contínua para superar a dualidade das teorias unipontual e combinada, na adoção de uma teorização sobre os direitos fundamentais (ALEXY, 1994) e propõe uma teoria geral integrativa dos direitos fundamentais. Os seus elementos centrais são uma teoria dos princípios e uma teoria da estrutura dos direitos subjetivos. A teoria dos princípios é uma teoria do valor que foi purificada de suposições insustentáveis. A teoria da estrutura dos direitos subjetivos torna possível construir com precisão as várias relações de direitos fundamentais. Segundo ele, existe uma coincidência entre os princípios e os valores, sendo que toda colisão de princípios deve ser analisada como uma colisão de valores e vice-versa (ALEXY, 2004).

## 15. AS TEORIAS DA EFICÁCIA VERTICAL E HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

No Estado liberal, para fins de proteção do cidadão dos atos abusivos do Estado Absolutista Monárquico, havia o entendimento de que os direitos fundamentais apresentavam uma eficácia vertical também conhecida como teoria

---

<sup>3</sup> GEORG JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici subiettivi*, trad. Di G. Vitagliano da 2ª. ed. Alemã, Milano, 1912.

unidirecional, nas relações entre o Estado, como um poder hierarquicamente superior e o cidadão, como um inferior. É cediço que os direitos fundamentais são desrespeitados, diariamente, atingindo a dignidade da pessoa humana. O desrespeito mencionado não mais se restringe na eficácia vertical, entre o Estado e o cidadão, mas também tem uma dimensão horizontal, abrangendo as relações entre os indivíduos.

No Estado liberal, existe uma linha demarcatória dicotômica entre o direito público e o direito privado. O primeiro é regido pelo princípio da legalidade, permitindo apenas se fazer o que está previsto em lei e o segundo pelo princípio da autonomia da vontade, onde se pode fazer aquilo que não for contrário à lei e em concordância com a vontade das partes. Sob a égide desse Estado liberal, os direitos fundamentais eram considerados como direitos públicos subjetivos, o que impedia a sua aplicação às relações privadas.

### **15.1. As Teorias da *State Action* e da *Public Function* (EUA)**

Nos EUA, a Suprema Corte reconhece apenas a eficácia vertical dos direitos fundamentais, rejeitando a incidência dos direitos fundamentais entre os particulares. Nesse seguimento, a Suprema Corte entende que os direitos fundamentais só são exigíveis nas relações entre o Estado e os particulares (*state action theory*), ou ainda, quando pelo menos, um particular desenvolver atividade pública (*public function theory*), em forma de limitação, embora a jurisprudência estadunidense não apresente critérios seguros para esse entendimento.

### **15.2. Teoria da Eficácia Indireta e Mediata**

Em consonância com a teoria da eficácia indireta e mediata, os direitos fundamentais aplicam-se nas relações jurídicas entre os particulares, mas apenas de forma indireta (mediata), através das cláusulas gerais amparadas pelo direito privado. Essa teoria é adotada, hoje, pela doutrina majoritária alemã e pela Corte Constitucional daquele país, negando a possibilidade da aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas (SARMENTO, 2006).

Convém esclarecer que no Brasil, essa teoria não é acolhida pelo ordenamento pátrio, em virtude da previsão do §1º, do artigo 5º, da CRFB/88, no sentido de que “as normas definidoras e garantias fundamentais, têm aplicação imediata”.

### 15.3. Teoria da Eficácia Direta e Imediata

Com o fim da II Grande Guerra e a emergência do Estado social, além da nova releitura no sentido de se enfatizar de forma positiva a implementação da garantia dos direitos fundamentais, a Alemanha começou a criticar em sua doutrina e jurisprudência, a teorização da eficácia direta e imediata. Nesse enfoque, a teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais foi desenvolvida por Hans Carl Nipperdey (1895-1968), nos anos 50, mas não teve, à época, grande aceitação na Alemanha.

Vale dizer que essa teoria é também adotada no Brasil, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal (STF), mas com cautela, uma vez que recebe algumas críticas, sob a alegação de que a sua perspectiva poderia transformar as teses do direito privado em teses constitucionais.

Consoantes ensinamentos de Canotilho é preciso haver soluções diferenciadas no tocante à eficácia dos direitos, em comento: “O problema da eficácia dos direitos, liberdades e garantias na ordem jurídica privada tende hoje para uma superação da dicotomia eficácia mediata/eficácia imediata a favor de soluções diferenciadas.” (Op. cit., p. 1271). O autor, citando Hesse, esclarece, ainda que:

Reconhece-se, desde logo, que a problemática da chamada “eficácia horizontal” se insere no âmbito da função de protecção dos direitos fundamentais, ou seja, as normas consagradoras dos direitos, liberdades e garantias e direitos análogos constituem ou transportam princípios de ordenação objectiva – em especial, deveres de garantia e de protecção do Estado – que são também eficazes na ordem jurídica privada (K. Hesse)” (Ibid., p. 1271).

## 16. A RELAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COM A BIOÉTICA

Considerando as teorias dos direitos fundamentais, é mister realizar uma reflexão concernente ao estudo da bioética, que é a ciência que aplica a ética na vida dos seres humanos e não humanos, lembrando que o termo bioética foi proposto, nos anos 70, pelo biólogo Van Rensselaer Porter, da Universidade de Wisconsin, Madison, EUA, em sua obra “Bioethics: bridge to the future”, no sentido de que “bio” significa o conhecimento biológico dos sistemas vivos e “ética”, os conhecimentos dos sistemas dos valores humanos.

No início do século XX, o conhecimento científico apresentou grandes avanços nas ciências naturais e na física. As novas biotecnologias e as pesquisas científicas médicas também se desenvolveram no campo da biomedicina, trazendo avanços científico-tecnológicos, que inclusive, corroboraram na erradicação de diversas doenças.

De acordo com a abordagem do presente estudo exposta, acima, verifica-se que a antiga desagregação da ciência com os valores tiveram uma mudança na história com uma nova releitura de paradigma, buscando inserir, cada vez mais, a ética nos discursos científicos.

Luiza Matte lembra que “A correlação entre os dois campos, Bioética e direitos fundamentais, mostra-se, então, de fato intensa, eis que ambos têm por base e fim a dignidade da pessoa humana.” (MATTE, 2005, p. 187). Outra correlação que deve ser realizada com os direitos fundamentais é em relação aos princípios da Bioética.

### **16.1. A Perspectiva do Princípioalismo**

O princípioalismo viabiliza o estudo valorativo dos fenômenos. As variedades de abordagens se baseiam em princípios. O que caracterizaria as abordagens é ter no mínimo, algumas normas morais centrais no julgamento, que são os princípios e as regras, formadores das diretrizes gerais.

Tom Beauchamps e James Childress escreveram sobre o princípioalismo, em 1978, no livro “Principles of Biomedical Ethics”, que consagrou a utilização dos princípios para resolver os dilemas morais bioéticos. Os princípios analisados por eles são conhecidos como o “mantra” do Instituto Kennedy de Ética, que norteiam a tomada de decisões do indivíduo e são os deveres fundamentais. São eles: autonomia, beneficência, justiça e não-maleficência.

Todo indivíduo deve ser respeitado como pessoa. O princípio da autonomia exige que os indivíduos devam ser tratados como entes autônomos. Nesse sentido, o princípio da autonomia reconhece o autogoverno e a autodeterminação do indivíduo.

Beauchamp e Childress (1999) esclarecem que o princípio da beneficência impõe uma obrigação de ajudar aos outros:

A beneficência refere-se a uma ação realizada em benefício de terceiros; a benevolência refere-se à característica de caráter ou virtude de estar disposto a agir em benefício de outros, e o princípio da beneficência refere-se à obrigação moral de agir em benefício de

outros. Muitos atos de beneficência não são obrigatórios, mas um princípio de beneficência, como entendemos, impõe uma obrigação de ajudar outras pessoas a promover seus interesses importantes e legítimos (tradução nossa).<sup>4</sup>

O princípio da justiça será comentado no item 16.3, do presente trabalho, com maior ênfase, considerando a sua pertinência com as teorias dos direitos fundamentais.

O princípio da não-maleficência consiste no dever em não prejudicar intencionalmente os outros, nem mesmo lhes causar quaisquer tipos de danos.

## 16.2. O Princípio da Justiça, à Luz da Bioética

Hoje, o princípio da justiça se consubstancia na própria justiça distributiva, propondo a imparcialidade na distribuição dos riscos e dos benefícios, o que irá repercutir nas desigualdades sociais. Nessa concepção, a justiça distributiva é equitativa e observa a cooperação social, em prol do desenvolvimento democrático do país. Importa apresentar, a seguir, algumas de suas abordagens:

### 16.2.1. O Princípio da Justiça, Segundo Richard Posner

Richard Posner, juiz da Suprema Corte dos EUA é um dos grandes nomes da Escola “Law and Economics”, de Harvard, defensora de que os processos judiciais, além de assegurar os direitos dos jurisdicionados, devem primar pela alocação eficiente de recursos. Posner leciona a relevância da ética no contexto da economia e a adoção dos princípios éticos da utilidade, liberdade e igualdade, mostrando que a maximização da riqueza não deve ser a linha orientadora do direito, pelo que se observa, a seguir:

Em suma, busquei, nesta parte do livro, desenvolver uma teoria moral que transcenda o utilitarismo clássico e que afirme, como critério de julgamento da equidade de uma ação ou instituição, sua capacidade de maximizar a riqueza da sociedade. Essa abordagem permite a conciliação de três princípios éticos concorrentes: a utilidade, a liberdade e até a igualdade. [...] a maximização da riqueza não é a única concepção do bom ou do justo que influenciou o direito. (POSNER, 2010, p. 138)

---

<sup>4</sup> **Texto original:** “La *beneficencia* se refiere a una acción realizada em beneficio de otros; la *benevolencia* se refiere al rasgo del carácter o a la virtud de estar dispuesto a actuar em beneficio de otros, y el *principio de beneficencia* se refiere a la obligación moral de actuar em beneficio de otros. Muchos actos de beneficencia no son obligatorios, pero um principio de beneficência, tal y como nosotros lo entendemos, impone una obligación de ayudar a otros a promover SUS importantes y legítimos intereses.” (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 1999, p. 246)



### 16.2.2. O Princípio da Justiça, Segundo Amartya Sen

Amartya Sen, economista e Professor da Universidade de Harvard, Cambridge, MA, EUA, laureado com o Prêmio Nobel de 1998, em Ciências Econômicas, realizou uma releitura da perspectiva da corrente doutrinária da bioética, o utilitarismo. Sen apresenta críticas à teoria da justiça, do principal filósofo político, John Rawls, que desenvolveu a sua teoria, sob a ideia principal de compreender a justiça como equidade.

De acordo com Sen, o bem-estar não é apenas uma questão de riqueza ou prazer que uma pessoa possui; e sim, trata-se de como as pessoas conseguem viver suas vidas e a capacitação que têm de fazer certas coisas que são importantes para elas. Ele reconhece, assim como Posner, supracitado, a relevância da ética, inclusive para os estudos de economia: “a riqueza de considerações éticas nas avaliações em economia do bem-estar tem relevância direta para o comportamento pessoal”. (SEN, 1999, p. 49).

Em consonância com a perspectiva de Sen sobre a capacitação, as pessoas são diferentes uma das outras e as suas necessidades também são diversas, em consonância com múltiplas variáveis (saúde, condições climáticas, dentre outras).

Na linha desse *ratio*, a diversidade das pessoas promove uma utilização também diferenciada para a utilização de certos bens, como por exemplo, um deficiente irá utilizar bens que uma pessoa capaz não irá precisar, como uma cadeira de rodas. Dessa feita, a capacitação irá depender da saúde física e mental das pessoas, assim como das circunstâncias que elas vivem. A teoria da capacitação de Sen irá se concentrar na real capacitação de um indivíduo, no modo como ele irá utilizar os bens, os serviços e as oportunidades disponíveis (SEN, 1980).

Sen (1993) ensina que a pobreza pode ser conceituada como uma privação das capacitações básicas de um indivíduo e funcionamentos e não apenas como uma renda inferior a um patamar pré-estabelecido. Segundo ele, a capacitação envolve a liberdade substantiva de realizar combinações alternativas de funcionamentos ou a liberdade para ter estilos de vida diversos (SEN, 1993).

A sua teoria da capacitação tem sido adotada no desenvolvimento, inclusive pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD)<sup>5</sup>,

---

<sup>5</sup> PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO (PNUD). Relatório do Desenvolvimento Humano 2015: O trabalho como motor do desenvolvimento humano. PNUD, 2015. Disponível em: <[https://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr15\\_overview\\_pt.pdf](https://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr15_overview_pt.pdf)>. Acessado em: 18 jan. 2022.

compreendendo a pobreza, como privação da capacitação, em viver uma vida boa e o desenvolvimento, com expansão da capacitação do homem. Na esteira desse pensamento, a incapacitação poderá ser a privação num grau intenso exposto, pela falta de acesso a uma garantia fundamental, a um direito humano que, essencialmente, uma pessoa teria garantido esse direito pela ordem nacional e internacional, como por exemplo, direito à educação. Assim, o analfabetismo é uma incapacitação impeditiva ao alcance da liberdade substantiva do homem.

A pobreza é a privação da vida que as pessoas podem levar e das liberdades que elas realmente têm. Nesse sentido, existem as capacitações humanas, que promovem a expansão das produtividades e do poder de auferir renda. A relação de renda e capacitações apresenta diversas variáveis, tais como, a idade da pessoa (devem ser considerados os idosos e os muito jovens); as diferenças sexuais e sociais; a localização, as condições epidemiológicas ou diversas outras. Assim, se o indivíduo é idoso ou mora em bairro muito pobre ou ainda, se está doente, o seu potencial em auferir renda é baixo, tornando mais difícil em converter renda em capacidade. Por seu turno, a pobreza tanto pode ser vista como inadequação de capacitações, quanto ao baixo nível de renda. Na realidade, a renda está intrinsecamente ligada às capacitações, uma vez que a renda é um meio fundamental para a obtenção das capacitações.

As capacitações são proporcionais ao potencial produtivo de uma pessoa. Nesse prisma, quanto mais capacitações alguém tiver, maior será o seu potencial produtivo; o que irá promover a obtenção de uma renda mais elevada. Por outro lado, também é possível afirmar que a renda mais elevada não se coaduna com a ideia de existências de maiores capacidades.

Sen (2017) leciona a mudança de paradigma em que a abordagem da capacitação deixa de ter apoio no espaço de meios, na forma de mercadorias e recursos para o espaço de funcionamentos, onde uma pessoa poderá fazer as suas escolhas, consubstanciando, assim, num “conjunto capacitário”, constituído pela liberdade de desfrutar para alcançar o seu bem-estar:

A “abordagem da capacidade” tem algo a oferecer tanto à avaliação do bem-estar como à apreciação da liberdade. Considerando a primeira conexão, a “abordagem da capacidade” do bem-estar difere da tradicional maior concentração sobre a opulência econômica (na forma de renda real, níveis de consumo etc.) em dois aspectos distintos: (1) ela muda o foco do espaço de meios, na forma de mercadorias e

recursos, para o espaço de funcionamentos, que são concebidos como elementos constitutivos do bem-estar humano, e (2) torna possível – ainda que não obrigatório – levar em conta o conjunto de vetores alternativos de funcionamentos, a partir do qual uma pessoa pode fazer suas escolhas. O “conjunto capacitário” pode ser visto como a liberdade abrangente que uma pessoa desfruta para buscar seu bem-estar” (SEN, 2017, pp. 225-226).

## **17. A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

É mister a incorporação dos valores de uma Nação, em sua Carta Constitucional, em especial, de suas normas fundamentais. Nesse condão, as normas jurídicas apresentam força normativa, com diferenças quanto ao seu alcance e competência.

Konrad Hesse (1919-2005), jurista do Tribunal Constitucional Federal da República Federativa da Alemanha, leciona que a falta de efetividade, no caso brasileiro, de diversas Constituições é explicada pelo não reconhecimento da força normativa dessas normas constitucionais, como também, pela falta de vontade política, em conceder aplicabilidade, direta e imediata de seus textos (HESSE, 1991).

Barroso e Barcellos (2007) apregoam que a falta de efetividade das normas constitucionais é um resultado do não reconhecimento dessas formas normativas (BARROSO; BARCELLOS, 2007) e apresentam, ainda, o conceito de efetividade:

Efetividade significa a realização do direito, a atuação prática da norma, fazendo prevalecer no mundo dos fatos os valores e interesses por ela tutelados. Simboliza a efetividade, portanto, a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social. (Ibid, p. 303).

Habermas (2018) observa que os direitos derivados das relações de reconhecimento intersubjetivo sancionadas pelo Estado, asseguram a integridade vulnerável dos respectivos sujeitos de direito individuais. (HABERMAS, 2018, p. 341); garantida pelo Estado, nesses termos:

[...] o Estado garante ao mesmo tempo, a imposição factual do direito e a criação legítima do direito – ou seja, por um lado, a legalidade do comportamento no sentido de uma obediência normal à norma

que, caso necessário, pode ser imposta por sanções, e por outro lado, a legitimidade da própria regra, que precisa tornar possível a todo momento uma obediência da norma por respeito à lei. (Op. cit., p. 422).

Habermas, ainda lembra que as normas fundamentais podem ser modificadas, em todo momento, pelo legislador, mesmo a própria Constituição declarando essa impossibilidade, como no caso de uma mudança de regime político (Ibid., p. 422). No Brasil, vimos essa situação ocorrer, considerando que nas Constituições brasileiras, os direitos fundamentais aparecem e depois, voltam a desaparecer, ressurgindo mais tarde, de forma cíclica. Malgrado conquistados com muitas lutas, através de uma assinatura, cunhada de poder governamental, os direitos fundamentais simplesmente desaparecem até que depois, voltem a ser incorporados no texto constitucional brasileiro.

É cediço que a efetividade dos direitos fundamentais se trata de uma questão multidisciplinar, uma vez que tem por escopo, a realização e a garantia da dignidade da pessoa humana como primado do valor da Carta Maior, envolvendo assim, campos diferenciados como o direito, a sociologia, a bioética, a biomedicina, a antropologia, a filosofia, dentre outras áreas. Trata-se de uma luta pelo reconhecimento de direitos. Habermas lembra que “Feminismo, multiculturalismo, nacionalismo e a luta contra a herança eurocêntrica do colonialismo são fenômenos que têm um parentesco entre si, mas não devem ser confundidos” (Ibid., p. 353). Segundo ele, trata-se de lutas distintas do nacionalismo das populações, mas são grupos homogêneos que desejam manter sua identidade como comunidade de ascendência comum e como cidadãos capazes de agir politicamente. (Ibid., p. 355).

## CONCLUSÕES

A cristalização dos direitos fundamentais traça uma trajetória evolutiva na linha do tempo, desde aqueles considerados de primeira geração, as denominadas liberdades públicas, que nasceram como direitos individuais, alcançando valores meta-individuais.

Influenciado pela doutrina alemã, o Estado não é mais o grande garantidor dos direitos individuais, deixando de apresentar alcance somente horizontal, para refletir no plano vertical, com outros atores sociais. Nesse prisma, verifica-se a existência da

vinculação dos particulares (não só o Estado) aos direitos fundamentais, ante a impotência do Estado Providência em garantir a dignidade da pessoa humana, como primado do Estado Democrático de Direito.

A estratificação social e as desigualdades sociais precisam ser analisadas à luz da bioética, por meio de valores morais, que muitas vezes, são desrespeitados no processo de acamamento dos grupos sociais, necessitando de aprofundar com mais cuidado a pedra angular da dignidade da pessoa humana.

No que tange à teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais individuais nas relações privadas, essa é defendida no Brasil por juristas, mas ainda não está pacificada na doutrina e na jurisprudência brasileiras. Por outro lado, insta ressaltar que o sujeito hipossuficiente de uma relação privada também tem direitos fundamentais a serem resguardados, em respeito ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, que pode ser ultrajado nas suas relações privadas entre indivíduos.

Pela teoria da multifuncionalidade dos direitos fundamentais, cuja origem remota pode ser encontrada na teoria dos quatro *status* de Jellinek, resta consignado que os direitos fundamentais não mais se restringem a direitos de defesa contra os poderes públicos, mas sim exercem variadas funções na ordem jurídica, o que deflui tanto das consequências atreladas à faceta jurídico-objetiva, quanto às circunstâncias jurídico-subjetivas. É nesse contexto que os direitos fundamentais passam a ser considerados, para além de sua função originária de instrumentos de defesa, como elementos da ordem jurídica objetiva, integrando um sistema axiológico que atua como fundamento material de todo o ordenamento jurídico.

Os princípios bioéticos da autonomia, beneficência, não-maleficência e justiça orientam os pesquisadores e demais profissionais, porém não serão, *per si*, suficientes para resguardar o valor da pessoa humana, se não receberem as luzes do princípio da dignidade e dos valores fundamentais.. Faz-se necessário que o atuar dos profissionais, além de ser orientado pelos princípios da bioética, seja iluminado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, verdadeiro valor fonte de onde se originam os demais direitos fundamentais.

Considerando o quadro de vulnerabilidade da democracia contemporânea, motivado por suas crises na saúde, financeira e política (dentre outros segmentos), somadas ao descumprimento da dignidade da pessoa humana e tendo em vista, as

múltiplas ações e inações, relativas aos direitos do homem, urge a necessidade de refletir um pouco mais sobre os direitos fundamentais. Isto porque, torna-se imperioso empedernir novas perspectivas jurídicas, filosóficas e éticas, com o escopo de consolidar os direitos fundamentais, bem como dinamizar a sua efetivação, através de um compromisso integrativo entre diversos atores (governo, particulares, empresas e o que mais se ofereça), em prol da moralidade, rumo à paz mundial e o desenvolvimento sustentável das Nações.

Na linha desse pensamento, verifica-se a característica atemporal dos direitos fundamentais, que a exemplo, do caso brasileiro, muitas vezes, dependendo do governo, eles foram abolidos ou suprimidos, embora positivados com muitas lutas; e depois, foram reeinseridos à Carta Maior brasileira.

Dessa feita, impende ressaltar que não bastam que os direitos fundamentais estejam positivados na Constituição; é preciso que sejam efetivados, de forma integral e sistêmica. Diante da evolução das racionalidades, até mesmo, das lutas entre suas perspectivas, observa-se que a luta pelos direitos é revestida de legitimidade, quando se tratar de um Estado democrático de direito.

Podem ser observados, ainda, que os direitos fundamentais, iluminados pela abordagem da bioética, geram dilemas éticos aos estudiosos e profissionais, o que aponta como reflexão central, a ponderação; e, nesse segmento, urge apresentar a seguinte indagação: Diante do que for modelar para a maioria, como pensamento utilitarista, deverá ser adotado como política pública, mesmo que descure direitos das minorias?

## REFERÊNCIAS:

ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Suhrkamp, Frankfurt, 1994.

\_\_\_\_\_. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

\_\_\_\_\_. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa, 2004.

AMARAL, Gustavo. Interpretação dos Direitos Fundamentais e o Conflito entre Poderes. IN: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 5a ed. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2001.

- \_\_\_\_\_. BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História: a Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. In: SILVA, Virgílio Afonso da. (org.) *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 217-316.
- BEAUCHAMP, Tom L. e CHILDRESS, James F. *Principios de Ética Biomédica*. Barcelona, Espanha: Masson, S. A, 1999.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1999
- BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. BadenBaden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.
- \_\_\_\_\_. Origen y cambio del concepto del Estado de Derecho. In: *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid: Trotta, 2000.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 07 jan. 2022.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- FABRIZ, Daury César. *Bioética e Direitos Fundamentais: a bioconstituição como paradigma do biodireito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.
- GEORG JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, trad. De G. Vitagliano da 2ª. ed. Alemã, Milano, 1912.
- HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Editora Unesp, 2018.
- HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.
- HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid: Dykinson, 2003.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução: José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LEAL, Rogério Gesta. *Teoria do Estado: Cidadania e poder político na modernidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- LEWICKL Bruno. Panorama da boa-fé objetiva. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- LINETZKY, Andrés Jana. *La eficacia horizontal de los derechos fundamentales*. Disponível em: . Acesso em: 21 ago. 2003.

- MARTINS, Leonardo; SCHWABE, Jürgen (org.). Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Montevideu: Fundação Konrad Adenauer, 2005,
- MATTE, Luiza. Direitos fundamentais e bioética. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 25, n. 25, 2005. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/73923>>. Acesso em: 08 jan. 2022.
- MIRANDA, JORGE. *Manual de Direito Constitucional: direitos fundamentais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, t. IV.
- NOGUEIRA, Alberto. *Jurisdição das Liberdades Públicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- POSNER, Richard A. *A Economia da Justiça*. Tradução: Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.
- PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO (PNUD). *Relatório do Desenvolvimento Humano 2015: O trabalho como motor do desenvolvimento humano*. PNUD, 2015. Disponível em: <[https://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr15\\_overview\\_pt.pdf](https://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr15_overview_pt.pdf)>. Acessado em: 18 jan. 2022.
- Rawls, J. *A Theory of Justice*. Harvard University Press, Cambridge, MA, 1971.
- REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA. *Lei Fundamental*. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em: 09 jan.2022.
- REPÚBLICA FEDERATIVA DA ALEMANHA. *Constituição Alemã: 23 de maio de 1949*. Rio de Janeiro: Editora Espaço Jurídico, 2000.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2001.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2006.
- SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza, 1996
- SEN, Amartya. 'Equality of what?'. In *The Tanner Lecture on Human Values*, volume I, Cambridge University Press. Cambridge: Cambridge University Press, 1980, pp. 197-220.
- \_\_\_\_\_. *Sobre ética e economia*. Tradução: Laura Teixeira Mota, revisão técnica Ricardo Doninelli Mendes. – 1ª ed. – São Paulo: Companhia das Letras, 1999. Disponível em: <<https://perguntese.files.wordpress.com/2017/06/sobre-etica-e-economia-amartya-sen.pdf>>. Acesso em: 04 fev. 2022.
- \_\_\_\_\_. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução: Laura Teixeira Motta; revisão técnica Ricardo Doninelli Mendes – São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- \_\_\_\_\_. Human Rights and Capabilities. *Journal of Human Development*. V. 6, n. 2, jul, 2005. Disponível em: <<https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/14649880500120491?scroll=top&needAccess=true>>. Acesso em: 03 jan. 2022.
- \_\_\_\_\_. *Desigualdade reexaminada*. Tradução e apresentação de Ricardo Doninelli Mendes – 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2017.



\_\_\_\_\_; NUSSBAUM, Martha. *The Quality of Life*. New York: Oxford University Press. 1993.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

\_\_\_\_\_. Luís Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010.

TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

### **Site Visitado:**

Relatório Belmont. Disponível em: <<https://www.hhs.gov/ohrp/regulations-and-policy/belmont-report/read-the-belmont-report/index.html>>. Acesso em: 15 jan. 2022.

---

# *A DUPLA FORMAÇÃO DOS CONTRATOS DE CONSUMO*

---

*André R. C. Fontes\**

**Resumo:** O artigo trata de evolução do direito do consumidor em um confronto com o Direito Civil.

**Palavras-chave:** pandectismo - negócio – declaração

**Abstract:** The article deals with the evolution of consumer law in confrontation with Civil Law.

**Keywords:** pandectism - business - declaration

É do século XIX a Teoria do Negócio Jurídico; e se integrará nesse mesmo século ao Direito Civil pelas mãos dos seus fautores - os integrantes de um movimento na Alemanha chamado *Pandectismo*. Preocupados que estavam em usar o Direito Romano como um direito comum a todos os alemães dispersos em vários Estados - antes da unificação de 1870 -, e após, como fonte material do conhecimento jurídico e na elaboração de seu Código Civil e de todo o sistema jurídico que dele adviria, forjaram os alemães um número de conceitos e ideias que se tornou um marco sem paralelo na História do Direito. E é por essa contribuição que a família jurídica, na qual integra o Brasil, passou a se chamar de Romano-Germânica.

E há uma questão de grande importância no confronto da origem do negócio jurídico com as raízes do contrato. E exprimiremos melhor a ideia com uma

---

\* Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Desembargador do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Rio de Janeiro e Espírito Santo).

afirmação direta e objetiva: que na presente época vigora um entendimento majoritário segundo o qual o negócio jurídico foi elaborado por alemães, a partir dos textos romanos antigos, e que a isso se soma a complementação de que os juristas romanos somente teriam elaborado o que poderíamos denominar de uma Teoria dos Contratos. Ao descreverem a formação do negócio jurídico, convergem assim os autores alemães, em sua maioria, de que é uma criação moderna, e especificamente da Pandectística alemã, no século XIX.

Se divergências surgiram acerca da origem alemã do negócio jurídico, estavam fundadas em um único argumento: os autores modernos geralmente se utilizam do estudo dos textos de Direito Romano, porque foram os juristas romanos que tiveram a intuição do que hoje se entende e se consagra. E ainda para se desvendar o desconhecido em Direito ou afastar divergências ou controvérsias jurídicas, devem ser elas remetidas ao Direito Romano. Então, insistiremos na premissa de que os romanos se dedicaram à formulação das bases dos contratos, mas não dos atos jurídicos, a despeito de os autores reconhecerem uma unidade progressiva e compartimentada que vem do Direito Romano até os nossos tempos na formação dos negócios e de seus desdobramentos no Direito Privado. Importa sublinhar que as duas orientações reconhecem que a expressão *negócio jurídico* foi usada no século anterior, em 1784, pelo alemão Adolph Dietrich Weber (especificamente no ano de 1784).

A doutrina do negócio jurídico é total e harmônica. Total porque abrange toda *declaração de vontade* do agente dirigida a um fim. Harmônica porque se compatibilizou com o sistema do Direito, e mais especialmente do Direito Privado, mediante o recurso da Teoria (kantiana) da *autonomia da vontade*. Reproduzimos a ideia de Kant de maneira categórica: autonomia da vontade é liberdade como poder. É com a Filosofia de Kant que os estudiosos disseram que o negócio jurídico era um *ato* de liberdade. E ainda, que o negócio jurídico é instrumento de um *poder* - o poder de liberdade kantiana denominado autonomia da vontade. Contudo, esse poder em Direito assumirá contornos mais técnicos e específicos e também um nome novo: a *autonomia privada*.

A unidade interna, a inteireza, a lógica irrefutável e a etapa superior do desenvolvimento do negócio jurídico – reconhecida até pelos seus contraditores – são o resultado da aplicação em todas as suas partes integrantes de uma concepção teórica e de um método únicos, ou seja, concentrados na ideia de liberdade. É impossível compreender profundamente o negócio jurídico sem

assimilar a sua base de liberdade, seja como resultado de um poder de liberdade (autonomia privada) seja como um ato de liberdade (declaração livre de vontade).

As fontes imediatas do Direito Civil brasileiro são o Código Civil e as leis esparsas. A unidade e a interconexão de todas as normas de Direito Privado não excluem a existência de peculiaridades e inclui certa independência, tanto de algumas normas desse Direito como de grupo de ramos diversos do Direito, contidas em atos isolados que são integrados ao que conhecemos por Direito privado. Surge por isso a necessidade de se examinar especialmente quais são os elementos componentes e as fontes do Sistema de Direito Privado brasileiro.

É complexa a formação do que hoje entendemos por contrato, se tomarmos como ponto de partida os momentos iniciais do Direito Romano. Inicialmente, era o contrato visto como uma mera operação prática e que sofreu lenta e progressiva alteração em seu regime, até se reconhecer a existência de uma vontade para um acordo no qual se baseava. No curso da evolução, somente quatro figuras (a compra e venda, a locação, o mandato e a sociedade) inicialmente seriam assim consideradas (como contrato) – o que permite pôr a descoberto que, fora desse grupo, entendia-se que não haveria um contrato, mas mero *pacto* – portanto, sem a possibilidade de ter efeitos jurídicos, dos quais se destaca o de e ser exigido e cumprido. Uma peculiaridade da evolução deve ser lembrada: a de que a compreensão que se tem da vontade nos contratos, brota no período do Direito Medieval, por influência da Igreja Católica e em especial dos canonistas, que eram mais voluntaristas, ou seja, adeptos de um poder da vontade. Nos períodos seguintes, o contrato recebe outra influência, da Escola de Direito Natural, que expande seu espectro para campos que vão além da concepção de gerador de obrigações – nos quais o Brasil não seguirá -, para incluir a possibilidade do contrato transferir, por si, a propriedade ou ainda para efeitos não obrigacionais, como ocorre com o casamento. Por conseguinte, tornou-se o contrato uma das figuras continuadas de maior caracterização do Direito, e de ampla e progressiva constância desde os primórdios do Direito até os nossos tempos.

Na formação econômica e social da civilização moderna, pode-se constatar no desenvolvimento do contrato os compromissos que serviram de forças motrizes do alargamento da produção econômica e de toda força produtiva conhecida. O contrato sintetiza a forma do *homo economicus* aplacar suas necessidades. É o contrato o ponto para o qual converge toda rede de elementos que proporcionam a subsistência de todo o grupamento humano. O contrato se revela como solução

para as fases de evolução do ser humano, em um verdadeiro desenrolar em forma de espiral, da qual faz depender a hereditariedade existente entre o velho e o novo, a tal ponto que condicionaria a uma regressão da atividade do homem aos seus momentos primários.

Nós observamos que o mundo circundante manifesta-se por uma série de aspectos, e quanto a isso, relativamente ao contrato, além de sua função econômica, aponta-se outra, de cariz civilizador: a educativa. O ser social é primário na busca de soluções conjuntas e buscar aproximar-se e a vencer desafios e barreiras. É com o contrato que os próprios homens constroem a vida social e harmonizam interesses, por meio de uma necessidade vital de conjugar o esforço alheio ao seu. Os povos abrem caminhos para a ascensão da atividade de construção de um grande sistema de prevenção e respeitabilidade para convergir nas forças do progresso. A superação de contradições e antagonismos segue em linha reta para a harmonia e satisfação de todos, independentemente da natureza dos laços que os unem.

O contratante tem a consciência do seu direito como contraparte e do direito como concepção abstrata, que viria a tutelar seus interesses. Naturalmente, anui orientar-se de tal forma que realiza dentro das suas relações privadas um pouco da ordem jurídica em vigor. Certo é que, por ser fonte criadora de direitos, no geral, o contrato pode ser usado na linguagem quotidiana de uma forma bem especial, como algo que se assemelha à lei, embora no âmbito mais restrito, já que sabidamente a lei brasileira não usa a expressão napoleônica de que o contrato faz lei entre as partes. Serve assim de fundamento para um tipo difuso e capilarizado de poder jurígeno. Tanto na linguagem da lei como na linguagem comum, o uso do termo contrato designa resultados desejados em conjunto com a percepção geral que o torna perfeitamente admissível como um orientador do comportamento social e serve como forma de funcionamento e desenvolvimento para uma aceitação da vida em sociedade.

Uma exaltação do papel dos construtores alemães do conceito de negócio jurídico deve ser feita: é a contribuição mais importante ao Direito Privado nos últimos tempos, ou talvez a grande contribuição moderna ao Direito Privado. E está assentado na ideia de vontade, dando ênfase à mais inesquecível caracterização da vida moderna: a de liberdade. E uma liberdade a respeito da qual podem advir um efeito que somente a liberdade reconhecida e aclamada poderia evidenciar: o de permitir obrigar-se.

Não se pode olvidar que, à semelhança do negócio jurídico, a vontade contratual está a determinar a prática do ato e, tal qual o negócio jurídico, integrando em parte a sua definição como um acordo de vontade apto a produzir efeitos jurídicos. Fenômeno novo elaborado pela magnificência alemã, que viu no negócio jurídico mais do que uma unidade conformadora, mas uma forma de aspiração a buscar a satisfação de seus interesses por um único ato de vontade, da parte contratante, em correspondência com outra declaração correspondente.

O indivíduo tem consciência, na sociedade moderna, de que por meio de prestações recíprocas ambas as partes dos contratos bilaterais encontrarão forma de conceber a justiça em um contrato, segundo cada regime correspondente em vigor. Certamente é uma justiça particulatizada, uma justiça liberal, em oposição a uma justiça igualitária, e geradora de desigualdade ou, no mínimo, de uma falta de paridade de situações. E, além disso, permite considerar uma justiça individual em contraste com uma justiça coletiva.

Essa concepção liberal de contrato, com os seus contornos de igualdade de posições em situações materialmente desiguais, segundo os ditames de uma ampla autonomia da vontade, do qual o Código Napoleão procurou preservar e garantir. Desse ponto de vista, o contrato era a liberdade irrestrita de uma ou outra parte, a partir de um exercício descontrolado dessa liberdade, e dela brota espontânea e naturalmente um tipo malfeito de equilíbrio de prestações recíprocas de ambos os contratantes que se pauta, em consequência, por tipo de lei de oferta e procura, segundo o qual, por exemplo, o interessado possa vender ou dar em locação um determinado bem com um preço exagerado ou um empréstimo de dinheiro nas mesmas condições.

O velho modo de cumulação de riqueza e vantagens para uma parte mais forte dividiu muitos interesses, e nem sempre em consonância com uma interação a considerar entre uma produção desenvolvida de uma dada economia e as necessidades da sociedade. Essas circunstâncias levaram a amenizar a autonomia da vontade e a provocar a intervenção do Estado. Aparecem, então, teorias sobre a intervenção do Estado nos contratos, em um dirigismo contratual, ao ponto de se falar em uma publicização dos contratos. E é com o desenvolvimento das sociedades que o velho modo de ver o contrato entra em linha de colisão com as transformações que os grupos sociais de cada país conhecem, ou por meio de movimentos políticos ou, mais especialmente, movimentos sociais.

O surgimento de movimentos sociais constitui a segunda grande fonte material que, em união com o pensamento apurado da Civilística da época, pode ter provocado uma verdadeira ruptura com o século XIX. Falando com exatidão, a construção de conceitos jurídicos encontra certo paralelismo na formação do subproduto mais refinado do pensamento jurídico desde Roma, que foi o Pandectismo. O trânsito para o século XX marca, em muitos aspectos, os pontos de confronto que as contradições e polarizações da época já acentuavam. Os conceitos e valores sociais, aspectos da liberdade e de justiça social não passaram em branco aos pensadores de cada ocasião. Em uma espécie de construção ampla da evolução do pensamento social, que abrangeu desde românticos como Saint-Simon e sistematizadores como Comte, assim como outros autores que conceberam verdadeiros postulados em uma epistemologia social, no curso da evolução de um pensamento social, etapas intelectuais são vencidas e redundarão em um complexo, que bem poderia ser resumidos com o nome de Filosofia Social.

Importa sublinhar que se a concepção jurídica mais apurada pôde construir a figura da relação jurídica, do direito subjetivo e da pretensão, dentre outros, concebeu a mais importante construção teórica do Direito Privado: o negócio jurídico. A essência do negócio jurídico é a liberdade, tal como é captada pelo jurista. Por outro lado, a oposição que o pensamento do século XIX reconhece não apenas como uma liberdade essencial, mas pela possibilidade de um agir em liberdade, sem a opressão do Estado ou de outra opressão estabelecida, vai redundar em um conjunto de reações forjadas entre variadas tendências de cunho social, socializante, socialista, comunista e até anarquista. Um novo e considerável passo para as diferenças socioeconômicas e de modos de vida é o que todos eles chamam a atenção. Entretanto, os movimentos sociais acentuam mais além: a elevação do nível cultural das massas populares, a formação de uma personalidade desenvolvida universalmente e o fim das diferenças de classe.

Nas suas críticas, os socialistas utópicos (assim, ironicamente, denominados pelos discípulos do socialismo científico) do gênero de Saint-Simon, Fournier e Owen, levantaram questões incômodas e buscaram uma conscientização das grandes massas operárias para resolver a questão entre a liberdade do homem, por um lado, e por outro, as necessidades de desenvolvimento social, que era uma necessidade histórica, de modo a evitar a arbitrariedade e o indeterminismo dos feitos humanos. A necessidade que o ser social desenvolveu historicamente exige a reorganização do trabalho e das condições de vida, com a necessária intervenção do Estado. Criados estavam os fatores para o surgimento do

Manifesto de Karl Marx e Friedrich Engels. Esse novo pensamento prega uma nova concepção de mundo e alça a classe operaria a uma condição revolucionária, destinada a terminar com o domínio da burguesia, destruir o capitalismo e construir uma nova sociedade, que seria mais avançada e mais justa.

A significação mais evidente desses acontecimentos, antes de tudo, é que permitem orientar uma interpretação das propostas de soluções dos problemas suscitados e da sua influência nos anos que se seguem, especialmente nos modos de produção e seus efeitos nos demais aspectos da vida social, incluindo o aspecto espiritual do processo histórico, que tanto sensibilizou os pensadores da época. Tudo isso fez possível realizar, de maneira mais eficaz e proporcional, embora de maneira progressiva, as grandes ideias e pensamentos que forjaram os primeiros movimentos pró-consumidor nos países que estavam em curso do desenvolvimento industrial, como a França, a Alemanha, a Inglaterra e, principalmente, os Estados Unidos da América.

Uma das tarefas primordiais e urgentes que afrontava a jovem República norte-americana era a luta pela melhoria das condições de trabalho locais e contra a exploração do trabalho feminino e infantil. Na altura dos anos 1800, as ideias estão longe de serem aceitas, mas, no que se refere aos EUA, Josephine Lowell criou a "New York Consumers League", uma associação de consumidores que tinha por objetivo essas mesmas lutas. Embora não fosse consumerista pura, por meio de listas, chamadas "listas brancas", divulgava-se o nome dos produtos que os consumidores deveriam escolher preferencialmente. Conquanto não desfrutassem de ampla aceitação, as empresas que produziam e comercializavam respeitavam os direitos dos trabalhadores, como, por exemplo, pelo pagamento de um salário mínimo, horários de trabalho razoáveis e condições de higiene condignas, tinham seu registro positivo de boas práticas. E assim foi iniciada a forma de influenciar a conduta das empresas, tendo como forma de pressão, o poder de compra dos consumidores.

Em fins dos anos 1800, Florence Kelley deu prosseguimento a esse trabalho ao reunir a associações de Nova Iorque, Boston, Chicago, Filadélfia e criar a Liga Nacional dos Consumidores (National Consumers League), com ênfase inicial nas condições de mulheres e crianças nas fábricas de algodão. A NCL, entretanto, usava a força dos consumidores direcionada para uma causa social, exprimindo mais uma vez a ideia do que seria a defesa dos bons produtos ou a qualidade industrial.



É sabido que a matéria encontrava-se ao ponto de evolução quando, no início do século XX, os Códigos Civis da Alemanha e do Brasil entram em vigor, mas, também, vem a lume o romance *A Selva* (*The jungle*), de Upton Sinclair, de inspiração socialista, no qual descreve, de maneira bastante realista, as condições de fabricação dos embutidos de carne e o trabalho dos operários dos matadouros de Chicago, bem assim os perigos e as precárias condições de higiene que afetavam tanto os trabalhadores como o produto final. A inclusão da obra de Sinclair na sucessão de acontecimentos teve tamanha repercussão que décadas de resistência foram vencidas, culminando com a sanção, pelo Presidente Roosevelt, da primeira lei de alimentação e medicamentos (a *Pure Food and Drug Act* – *PFDA*), em 1906, e da lei de inspeção da carne (a *Met Inspection Act*), em 1907.

São esses os traços característicos da proteção do consumo no século XIX. Em primeiro lugar: um período dedicado às condições do trabalho. Em segundo lugar: é um período de transição, dos movimentos sociais trabalhistas para o que seria uma verdadeira bifurcação com os movimentos em prol dos consumidores.

Todos esses movimentos, principalmente o dos trabalhadores, tiveram grande aceitação entre as multidões e não são mais do que um derradeiro reflexo do pensamento do século XIX. Há, todavia, um traço de diferença com o Direito Civil: é resultante de movimentos capilarizados por meio de greves, protestos e grandes manifestações de repercussão geral.

O conceptualismo do Direito privado forjou o negócio jurídico a partir da evolução do pensamento e das condições do uso. O desenvolvimento das lutas sociais que conduziram às leis trabalhistas e de amparo ao trabalhador debilitado deram forma a ampliação de um pensamento social que, entre o espiritual e o material, levou aceitação do mundo a um campo do idealismo dos problemas sociais com tudo aquilo que lhe dizia respeito: da origem do conhecimento, da verdade e da autenticidade de critérios e da maneira de tratar cada solução dada aos problemas.

Se da aceitação do primado dos conflitos sociais dependia a resposta à questão da existência e do caráter das leis inerentes à interconexão dos problemas do mundo, deu-se uma resposta que muito resultou das conclusões dadas pelo Direito Civil: a relação do direito com a realidade social, a compreensão dos acontecimentos históricos e os princípios sobre as calamidades sociais, tão terrivelmente sofridas pelos trabalhadores nas sociedades com o antagonismo de classe (opressão por miséria ou alguma outra vulnerabilidade), deve

encontrar nas relações com o Direito Civil a estrutura para estabelecer o padrão de conhecimento e adaptá-los da melhor maneira, mesmo diante de possíveis erros e defeitos e uma tal concepção que pudesse tornar possível os mesmos padrões já usados no Direito Comercial.

A forma histórica elaborada pelo Direito Civil percorreu longo caminho para forjar o Direito Comercial, embora tenha conhecido muitas variantes. Era a maneira espontânea e ingênua que se manifestou nas relações comerciais, com o uso das figuras do contrato e das obrigações, seguindo a forma superior já elaborada e reconhecida do Direito Civil. As variantes, é de mencionar, são antes de mais nada de cunho formal que de um tipo ideal objetivo, para o qual o espírito da lei é exterior e independente da consciência dos indivíduos, independente da matéria, da natureza, ou anterior a ela, como razão universal, vontade universal inconsciente, que determinaria todas as foras do Direito Comercial.

Em contraste com a prematura legislação trabalhista, aquela relacionada aos consumidores, somente nos anos 1960, pelas mãos do Presidente John Fitzgerald Kennedy, fora encaminhada Mensagem Especial ao Congresso dos Estados Unidos da América sobre Proteção dos interesses do Consumidor. Na década seguinte, dos anos 1970, a Organização das Nações Unidas, pela sua Comissão de Direitos Humanos, reconheceria os direitos básicos dos consumidores, e na década seguinte, a de 1980, o Conselho Social e Econômico da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas deliberou a Resolução 39-248, com uma série de normas internacionais para proteção do consumidor.

Um destaque extraordinário deve ser feito entre as primeiras leis de proteção ao consumidor, no qual destacamos as leis francesas da década de 1970, que permitia o período de sete dias para refletir sobre a compra, publicidade enganosa, e que protegiam o consumidor contra os perigos do crédito e das cláusulas abusivas.

O progresso técnico levou ao amadurecimento no Brasil, que começou a discutir ainda de maneira acanhada as primeiras associações civis e entidades governamentais voltadas para esse fim. E já na década de 1970, foi criado no Rio de Janeiro o Conselho de Defesa do Consumidor (Condecon), em 1974. Em Curitiba, a Associação de Defesa e Orientação do Consumidor (ADOC), em 1976. Também em 1976, em Porto Alegre, a Associação de Proteção ao Consumidor (APC). Em maio de 1976, pelo Decreto nº 7.890, o Governo de São Paulo criou

o Sistema Estadual de Proteção ao Consumidor, que previa em sua estrutura, como órgãos centrais, o Conselho Estadual de Proteção ao Consumidor e o Grupo Executivo de Proteção ao Consumidor, depois denominado Procon.

No decurso dos acontecimentos, a edição do Plano Cruzado, provocou a primeira grande mudança, ao despertar o sentimento de direitos; na segunda metade da década de 1980. Mas o ponto culminante foi a Constituição de 1988, ao estabelecer como dever do Estado promover a defesa do consumidor e assinar prazo para a elaboração de um código para esse fim.

O aparecimento do Código de Defesa do Consumidor trouxe consigo uma experiência já conhecida na legislação do trabalho, a Consolidação das Leis do Trabalho e, também o que já era consagrado há muito no Direito Comercial (o Código Comercial era do século XIX), a busca de uma coerência na compreensão da linguagem e na estrutura lógica do diploma legislativo. Uma terminologia estranha e não habitual ao exprimir a vontade do legislador evitaria interpretações equivocadas e eventualmente postas no ridículo.

Se se pensar que a legislação trabalhista (CLT) e a comercial (o Código Comercial) tinham o contrato e as obrigações como figuras-chave, a utilização apriorística também no Código de Defesa do Consumidor proporcionaria, além da virtude do impacto, as virtudes de uma linguagem relativamente simples e sem abuso dos neologismos que tanto dificultam a leitura de alguns textos de lei e albergam o rico tesouro de palavras que a língua portuguesa oferece. Distinguiu-se o Código por não suprimir termos conhecidos como ocorreu no Direito Civil ao não usar o tão corriqueiro “desquite” na lei do divórcio e preferir “separação” e a popular, embora abominado pelos magistrados, a de “juiz peitado”, pelo Código de Processo Civil de 1973.

A unidade do Código de Defesa do Consumidor não esconde a diversidade das fontes materiais na elaboração do novel diploma. A ação técnica de tutela dos direitos dos consumidores que o Código encerra esbarra com a possível caracterização de uma análise comum ao Direito Civil. Examinando o sentido e o valor dos dispositivos, objeções poderiam ser erguidas para um tratamento comum na leitura do Código de Defesa do Consumidor no confronto com o Direito Civil. Torna-se patente que toda unidade de leitura não pode fechar-se em si mesma, de modo a seguir orientações que pela unidade da disciplina não se manteriam de pé somente por si.

São exemplos no Direito do Trabalho, a mais notável caracterização que sublinha a enorme importância desse ramo do direito é caracteriza pelo contrato de trabalho como um fato que determina sua realidade, qual seja a Teoria do contrato-realidade. De maneira que, presentes seus requisitos está configurado. Numa situação de utilização do Direito Civil, não prescindiríamos do consentimento mesmo tácito para configurarmos um contrato pelo Direito Civil. No Direito Comercial, a construção de um contrato como destinado a proporcionar lucro.

A fim de fazermos justiça às concepções que levaram à formação do Código de Defesa do Consumidor, um paralelo radical com o Direito Civil não seria possível. E não queremos deixar dúvidas de que devemos nos congratular com um retorno às formas materiais que serviram de fonte que decidiram a sorte do consumidor, sem o qual o arrastaria consigo no malogro de buscar a tutela do interesse no consumo.

Ao dizer a verdade sobre o Direito do Consumidor, tal como ocorreu e foi confirmado pelos estudiosos do Direito do Trabalho e do Direito Comercial, haveríamos de nos lançar de braços para as fontes que conduziram à elaboração do Direito do consumidor e evitar que se corresse os riscos próprios de uma existência. Entre o Direito Civil e o Direito do Consumidor pode-se mesmo travar uma verdadeira luta por um saber objetivo, por respeito a um e a outro como verdade possível, embora possam não se entender.

O que na linguagem do Direito Civil se entende por consenso e forma que o acompanha para forma dos contratos do Direito do Consumidor pode, além de ser uma necessidade formal, ser uma maneira de dar uma *forma regimis* comum. A existência do contrato no Direito do Consumidor, entretanto, não obedece ao formalismo da posição do consentimento. O estado do contrato nas relações de consumo não toma como essencial o consenso da celebração do contrato, mas, em verdade, outra é a maneira de determinar o característico que acompanha o contrato na relação de consumo: a situação do consumidor.

Para encontrar um objeto próprio do seu sistema contratual, devemos avançar para o objetivo do próprio Direito do consumidor. Interessa-lhe não o formalismo do contrato, mas a prestação correspondente. Quer isso dizer que o direito do consumidor não deve se ocupar da forma civil do contrato no texto do Código do Consumidor para criar um tipo de ajuste ou conformação nos seus

dispositivos, mas uma realidade própria: a das relações jurídicas em confronto. Se ao Direito Civil o consenso seria a maneira de chegarmos à realidade do contrato, não se poderia compreender como o Direito do Consumidor se voltaria para essa mesma maneira de tutela. Essa breve excursão quer mostrar a única tutela possível, a original e genuína, na qual se usa a fórmula de troca com quem se encontra como consumidor. A base econômica de contraprestação acompanhada da figura do consumidor é a relação recíproca que ocorre nos contratos de consumo, possivelmente por uma inspiração dos países anglo-saxônicos; cuja base não é o formalismo que marca o regime contratual do consenso, como ocorre em nosso País.

Em prosseguimento, ao reconhecermos o progresso dos negócios na figura central e basilar dos contratos no Direito do Consumidor, vimos que a noção moderna de contrato se origina no labor dos juristas do Direito Intermédio Continental, fundada em alguns vislumbres dos jurisconsultos do Direito Justinianeu e na ideia tipicamente romana de que a vontade pode, por si só, criar obrigações.

A determinação de um conceito abstrato e geral do contrato é o resultado de dois movimentos: o dos juristas, conduzidos consciente ou conscientemente pela força, a letra e o espírito da lei romana para adapta-la às necessidades da época: e dos canonistas que, partindo da ideia de supremacia da Igreja sobre Roma, lutaram por novas concepções jurídicas. Eles abriram o caminho à formulação moderna do conceito de contrato.

Ao se examinar essa questão do contrato, convém acentuar que, nos compromissos do fornecedor para com o consumidor, toda a concepção do contrato em suas características mais conhecidas deve ser observada. Mas, na esfera específica que o Direito do Consumidor apresenta, não seria uma contradição a premissa de um regime contratual paritário ou igualitário? Alicerçados no regime contratual específico dos contratos, haveria de se dizer serem iguais as posições de fornecedor e consumidor? A melhor decisão que se poderia apresentar seria aquela na qual havia uma contraprestação que se espera ver cumprida.

A essência do contrato nas relações de consumo está na complexidade e na contraposição do consumidor com o fornecedor. E essa formulação resulta da premissa de que a tarefa do contrato não é dar consequência ao consenso que

obriga como ocorre no Direito Civil, mas no desequilíbrio de situações das relações contrapostas entre quem negocia com um consumidor e o próprio consumidor.

Essa forma de pensar proposta conclui um esclarecimento que põe em primeiro plano o caráter específico do contrato nas relações de consumo, como assentado na justeza do cumprimento da obrigação esperada pelo consumidor e não no cumprimento do consenso formador do contrato como, por sua vez, se pauta o contrato no Direito Civil.

O contrato nas relações de consumo haveria de se definir como realizador de atos eficazes de oferta e aceitação do consumidor, no qual a operação realizada é a de satisfação do consumidor. Se o termo contrato denota um compromisso formal que consolida um consenso a seguir obrigatoriamente seguido, o caráter consumerista cria no negócio o predomínio da relação de contraposição realizada como uma própria condição para o contrato ser assim entendido.

O contrato do Direito Civil como fonte de obrigação assume um papel diverso daquele do Direito do Consumidor. No Direito Civil a obrigação surge do contrato; no Direito do Consumidor a obrigação é uma promessa que os contratantes fazem para que, no confronto entre um e outro, encontre o segundo, mais vulnerável, a satisfação da promessa esperada e dar-se assim como formado e concluído o contrato. Em uma perspectiva de parte correspondente, a obrigação do cocontratante civil que não venha a ser cumprida é causa de inadimplemento. No Direito do Consumidor, a obrigação é uma promessa na qual sua frustração macula a própria contratação supostamente obrigada pelo consenso.

A nosso ver, a obrigatoriedade Civilística na qual se basearia o Direito Civil não é paralela ao regime da contratação consumerista. Tampouco defendemos aqui a ideia norte-americana na qual o contrato é uma promessa de troca. A proposta em um contrato integrará no regime de consenso o contrato de Direito Civil. Nas relações de consumo a proposta sofre um *diformismo jurídico* que não retira do contrato sua condição, mas introduz uma forma diferente de atuação: a de que a proposta só será eficaz se condicionada à própria realização do contrato.

A falta de unidade nos regimes contratuais manifesta-se não somente na maneira como o contrato é executado, mas também nos fundamentos da ideia de obrigatoriedade dos contratos. Mas seria erro perigoso querer conceber a existência de uma figura sem um parâmetro do tipo contratual. Na realidade,

assim como o Direito Civil não sabe até hoje porque um contrato obriga – a despeito das várias teorias propostas -, uma nova fonte de dúvidas levaria ao agravamento de questões sobre o Direito do Consumidor para essa dúvida sobre o fundamento da obrigatoriedade dos contratos de consumo.

Além do elemento formador do Direito do Consumidor, encontramos nas chamadas fontes materiais do Direito do Consumidor o elemento técnico que o definirá como um novo ramo do Direito. Sob esse aspecto, podemos assinalar algumas ideias e resultados de grande valor como um tipo de conclusão para estas linhas. É inegável que a dogmática contratual do Direito Civil e seus estudiosos enriqueceram o regime contratual do consumidor com toda uma série de excelentes análises teóricas e práticas, que exploraram até pela primeira vez domínios novos, nas desequilibradas relações entre produtor, fornecedor e consumidor, afastando-se daquelas puramente iguais entre os agentes do negócio jurídico, ou mais propriamente as partes nos contratos disciplinados pelo Direito Civil. Surgiu nesse ponto uma nova problemática que significa uma ampliação essencial da forma do Direito Civil aproveitada nos contratos disciplinados pelo Direito do Consumidor. São fundamentais as formas do Direito Civil nos contratos e nas relações de consumo, pois se um lado oferece as relações contratuais do Direito Civil a possibilidade de empréstimos das suas características fundamentais, restará ao Direito do Consumidor manter a características peculiares que o determinam. Por fim, deve-se notar especialmente que, a compreensão por parte do jurista, de que essa forma civil usada no Direito do Consumidor muitas vezes também absorve mais do que uma formalização do Direito, e que nalguns casos até ao ponto de anular as regras do Direito do Consumidor. A forma que o Direito do Consumidor usa foi desenvolvida e coroada pelo Direito Civil e segue por uma espécie de *estética civilística* (como maneira talvez de se denominar esse empréstimo de forma). Deve-se notar em um caráter especial que a compreensão por parte desses contratos e dos diversos problemas de natureza estão a exigir, muito ultrapassam os temas e os problemas que o século XIX produziu a esse respeito. Nunca se insistirá demasiado neste ponto: o direito do consumidor não é só um apelo profético ao Direito Civil para conformar as novas fontes materiais do Direito, senão também uma nova técnica e, sob os muitos aspectos, tão valiosa que poderá ser aproveitada em outros ramos do Direito. Esses mesmos problemas que suscitam as soluções propostas tendem a ser tratados de maneira muito mais séria e penetrante quando levados a solucionar também as questões do Direito Civil, e o resultado possa talvez ser uma nova ruptura: a do século XX.

## BIBLIOGRAFIA

- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Rio, 1980.
- BOLSON, Simone Hegele. *Direito do consumidor e dano moral*. Rio de Janeiro: Forense 2002.
- CARIOTA FERRARA, Luigi. *Il negozio giuridico nel diritto provato italiano*. Nápoles: Morano,
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Direito do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008.
- CHAMOUN, Ebert. *Instituições de Direito Romano*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Rio, 1977.
- DESSAUNE, Marcos. *Desvio Produtivo do consumidor*. 2ª ed. Vitória: Edição do Autor, 2017.
- ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martín. *Tratado de derecho civil*. V. I, trad. Blas Pérez González e José Alguer. Barcelona: Bosch, 1934.
- ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Rio, 1977.
- FEHR, Hans. *Deutsche Rechtsgeschichte*. Berlim: Walter de Gruyter & Co. 1952.
- FERNANDEZ BULTE, Julio. *Historia del estado y de derecho em la antigüedad*. Havana: Instituto Cubano del Libro, 1971.
- FLUME, WERNER. *El negocio jurídico*. Trad. José María Miquel gonzález e Esther Gómez Calle. Madri: Fundación Cultural del Notariado, 1992.
- HUBER, Eugen. *El derecho y su realización, problemas de legislación y de filosofía del derecho*. Trad. Hertha Grimm. Madri: Reus, 1929.
- KAHN-FREND, Otto. *Il lavoro e la legge*. Trad. Guido Zangari, Milão; Giuffrè, 1974.
- LARENZ, Karl. *Derecho Civil*. Trad. Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madri: Revista de Derecho Privado, 1978.
- LE ROY, Yves; SCHOENENBERGER, Marie-Bernadette. *Introduction Générale au droit suisse*. Genebra: Schulthess Médias Juridiques, 2002.
- MACEDO, Sívio de. *Curso de filosofia social*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997,
- MARQUES, J. Dias. *Noções elementares de direito civil*. Lisboa: 1973.
- MITTEIS, Heinrich. *Deutsche Privatrecht*. Munique: C. H. Becksche, 1959.
- \_\_\_\_\_ *Deutsche Rechtsgeschichte*. Munique: C.H. Becksche, 1988.
- PERRET, Louis. *Derecho del consumo y protección al consumidor*. Santiago do Chile: Universidad de los Andes, 1999.
- PLANITZ, Hans. *Deutsche Rechtsgeschichte*. Viena: Hermann Böhlau Nachfolger, 1950.



- \_\_\_\_\_. *Principios de derecho privado germánico*. Trad. Carlos Melon Infante. Barcelona: Bosch, 1957.
- PEIXOTO, José Carlos Marques. *Curso de direito romano*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- RÁO, Vicente. *Ato jurídico*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1961.
- RIBAS, Conselheiro Joaquim. *Direito Civil Brasileiro*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Rio, 1977.
- SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996.
- SERRANO, Pablo Jiménez. *Introdução ao direito do consumidor*. Barueri: Manole, 2003.
- TAVARES, José. *Os princípios fundamentais do direito civil*. V. 1. Coimbra: Coimbra, 1922.
- VOLTERRA, Eduardo. *Instituciones de derecho privado romano*. Trad. Jesús Daza Martínez. Madri: Civitas, 1988.
- WEBER. Adolph Dietrich. *Systematische Entwicklung der Lehre von den natürlichen Verbindlichkeiten und deren gerichtlicher Wirkung*. 3 Bände. Schwerin: Bödner, 1784-1787.

---

# *O DIREITO À PRIVACIDADE, À COMUNICAÇÃO NA ERA DA TECNOLOGIA DAS MASSAS*

---

*Caio Roberto Bastos Barroso<sup>1</sup>*

**Resumo:** O presente artigo trata sobre o direito à privacidade e o direito à comunicação, ambos importantíssimos para o funcionamento da lógica democrática a qual estamos inseridos. Trata também do elevado grau de influência que possui a maneira na qual tais direitos são exercidos em nossa sociedade. Trata também o presente artigo da influência revolucionária e inédita que a tecnologia trouxe para tais direitos. Desde o surgimento da World Wide Web até os dias de hoje, o uso em massa de aparelhos eletrônicos com conexão à Internet se elevou a níveis nunca antes vistos, transformando como um todo a lógica por trás dos direitos à comunicação e privacidade. Este artigo, portanto, busca compreender, debater e refletir sobre a influência de tais tecnologias e direcionar um debate para soluções de contradições derivadas do uso social, político e econômico de tais tecnologias - sempre, é claro, através do prisma dos direitos à comunicação e à privacidade.

**Abstract:** This article deals with the right to privacy and the right to communication, both extremely important for the functioning of the democratic logic in which we are inserted. It is also about the high degree of influence that the way in which these rights are exercised in our society. This article also deals with the revolutionary and unprecedented influence that technology has brought to such rights. From the rise of the World Wide Web to the present day, the mass use of Internet-connected electronic devices has soared to unprecedented levels, transforming the whole logic behind communication and privacy

---

<sup>1</sup> Formando no curso de Direito da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO), Presidente da Liga Acadêmica de Direito Internacional (LADIN) e pesquisador bolsista do projeto “Direito à Comunicação como direito fundamental e sua efetivação por meio de políticas públicas em tempos de constitucionalismo global”.

rights. This article, therefore, seeks to understand, debate and reflect on the influence of such technologies and direct a debate towards solutions to contradictions arising from the social, political and economic use of such technologies - always, of course, through the prism of communication's and privacy's rights.

## I. INTRODUÇÃO

O direito à comunicação possui em seu conceito diversos alicerces que suportam não só a sua importância, mas também dezenas de conceitos secundários essenciais para seu pleno entendimento. Não se pode compreender o direito à comunicação, por exemplo, sem compreender o que é comunicação. Além disso, a influência do direito à comunicação em nossas atitudes - tanto como indivíduos quanto como coletivo - do dia a dia é de tamanha magnitude que sua compreensão se torna essencial para todo aquele que deseja pensar e trabalhar para uma melhor sociedade. Tais motivos - tanto sua complexidade quanto sua relevância - fazem com que a temática seja estudada por milhares de pessoas mundo afora, formulando um novo campo que se relaciona com diversas áreas do conhecimento, indo desde a filosofia até o direito.

A comunicação é o coração de todas as relações sociais. Sempre que os homens estabeleceram relações regulares entre si, a natureza dos sistemas de comunicação criados entre eles, as formas que assumiram e a medida de eficácia que alcançaram determinaram em grande parte as chances de aproximar as comunidades ou de torná-las uma só. (M' BOW, 1973)

Com o advento e a popularização da internet e seus usos, a comunicação passou por uma revolução instrumental que ainda não terminou. Desde o advento da World Wide Web até a etapa da oligopolização das grandes redes sociais, a internet mudou - e ainda muito mudará - a forma com que vemos a comunicação e o próprio direito à comunicação.

Entretanto, como já dito anteriormente, o direito à comunicação possui diversos alicerces que suportam seu conceito, sendo alguns destes alicerces conceitos secundários que por si só já valeriam o tempo e a dedicação de muitos pensadores. Um destes conceitos (que possuem vida própria, mas acabam por orbitar o próprio conceito de direito à comunicação) é o direito à privacidade. Isso porque não se pode pensar no direito à comunicação, de receber e enviar fatos

concretos, de verdadeiramente se informar, sem tratar do direito à privacidade, já que ele garante a própria segurança por trás da comunicação que predetermina a liberdade de um indivíduo. Se por algum motivo uma pessoa não tiver qualquer privacidade no bairro em que ela mora, em pouco tempo essa mesma pessoa seria rechaçada ou transformada em uma atração por parte dos vizinhos, e o mesmo acontece com todo aquele que não possui qualquer privacidade.

Além dos problemas individuais, a privacidade tem sua importância na própria fundamentação democrática da sociedade no qual nos regulamos. Sem ela, não haveria liberdade individual e, sem esta, não haveria democracia. E tal constatação transcende ideologias, tendo em vista que independente do pensamento doutrinário, independente da concepção de democracia ou liberdade individual, a validade da frase persiste. Será tratado em maior profundidade o tema da importância da privacidade no decorrer do artigo.

O direito à privacidade tem, portanto, sua inquestionável importância desde que o homem passou a viver em grandes sociedades. Mas hoje, na era da tecnologia e seu exponencial crescimento, tal direito possui sua maior importância desde então. Com isso, surge a óbvia pergunta do porquê tal constatação ser verdadeira, e a resposta para essa pergunta é simples: Porque a tecnologia da internet criou mecanismos inéditos que possuem a capacidade de coletar informações de seus usuários.

É sabido pela maioria dos usuários da internet que sua privacidade, querendo ou não, é violada. De uma forma ou de outra esta informação já chegou para a maioria da população que utiliza das redes em seu dia a dia, entretanto não é sabido por esta mesma maioria a forma em que a privacidade dos usuários das redes é violada, informação valiosíssima para aquele que deseja compreender os riscos da tecnologia para o direito à privacidade e o direito à comunicação na era moderna.

É pensado pela grande maioria que as violações de privacidade são feitas de maneiras convencionais, dedutíveis pela pessoa comum, como por exemplo a câmera do computador que espiona seu usuário, uma rede social que invade seu computador e o controla ou um microfone que armazena toda a sua conversa com sua família. Entretanto, a violação de privacidade ocorre de maneira totalmente diferente e fora do olhar do público comum, e será sobre este tema que o artigo tratará inicialmente.

## II. A ALVORADA DE UMA NOVA COMUNICAÇÃO

Como já dito, a violação de privacidade ocorre de maneira totalmente divergente da especulada pela população, entretanto isso não significa que ela não ocorra, mas apenas que são raríssimas e não necessárias quando pensada na real violação de privacidade. Um exemplo jurídico que expressa tal violação foi o caso *Robbins v. Lower Merion School District*, um caso de ação coletiva (class action) na Justiça Federal dos Estados Unidos. O caso em questão foi ajuizado em fevereiro de 2010 em nome dos estudantes de duas escolas do “School District” no município de Lower Merion, acusando ambas as escolas a espionarem seus alunos através de webcams. O caso, conhecido como “WebcamGate” (fazendo uma analogia ao caso “Watergate”), foi cenário de denúncias de violações gravíssimas por parte das escolas, que forneceram laptops para seus estudantes que secretamente continham mecanismos tecnológicos para enviar a um servidor local da escola o registro dos sites visitados pelos alunos, o histórico das conversas feitas e até mesmo fotos e vídeos tiradas pela webcam.

O caso só foi descoberto após a escola penalizar um aluno de 15 anos por conta de seu comportamento em casa. A escola baseou sua decisão em uma fotografia que havia sido retirada do jovem em sua residência, o que gerou questionamentos que culminaram na descoberta de todo o ocorrido. O caso tomou grandes proporções e, com a decisão do juiz Jan E. DuBois, condenou a escola a pagar 610 mil dólares para a parte autora do caso (Blake J. Robbins, Michael E. Robbins e Holly S. Robbins).

As proporções do caso em questão foram tamanhas que o Senado americano aprovou a lei Specter, de autoria do senador Arlen Specter, que legislou sobre a segurança e o direito à privacidade relacionadas com as novas tecnologias. A lei em questão fez com que as vítimas de casos como o do WebcamGate passassem a ter certa segurança legislativa, tendo em vista o entendimento jurídico e a legislação favoráveis ao direito à privacidade.

Tal fato é importante de ser citado não só para demonstrar que casos como esse, de direta, clara e simples violação da privacidade e da intimidade individual, apesar de raríssimos, realmente podem acontecer, mas também para demonstrar como que existem meios e mecanismos legais de proteção que defendem a privacidade e a segurança individual, como a lei Specter nos Estados Unidos ou o Marco Civil da Internet aqui no Brasil, assim como o inciso X do artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

Mas afinal, no ambiente virtual nossa privacidade está sendo violada e nosso direito à comunicação infringido, como bem é sabido pela maioria da população. Mas como? Como que de fato tal violação vem ocorrendo? Quais as consequências de curto e longo prazo, e em que escala elas atuam? Para responder todas essas perguntas, é necessário um conhecimento básico de como funciona por detrás dos panos o ambiente tecnológico em que passamos horas por dia interagindo.

A internet foi criada na década de 80 e arquitetada para ser uma grande revolução tecnológica que modificaria a forma na qual nos estruturamos como sociedade. Foi criada inicialmente para que pessoas interagissem e utilizassem das ferramentas disponíveis - ou criadas por essas mesmas pessoas - para que algum objetivo em comum fosse atingido. Um grupo de pessoas, por exemplo, poderia utilizar de um fórum e de um mínimo de conhecimento tecnológico para fazer daquele ambiente um guia de viagens, por exemplo, incentivando que mochileiros e viajantes compartilhassem suas experiências para que todos pudessem crescer através daquela colaboração.

Com o tempo, sites e mais sites passaram a ficar cada vez mais conhecidos e, com o desenvolvimento da World Wide Web, passaram também a concentrar cada vez mais e mais usuários. Quanto mais flexível e interessante for um site ou uma ferramenta, mais usuários passarão a utilizá-la. As primeiras redes sociais começaram a surgir e, após o advento do facebook, a Internet passou a ser um local cada vez mais e mais concentrado. Em poucos anos os inúmeros sites/aplicativos existentes passaram a se reduzir a pouco mais de uma dezena, dentre eles os mais famosos que absorvem o maior número de usuários, como o Facebook, Instagram, Youtube, Google e Amazon. Atualmente, 4 grandes corporações concentram quase que a totalidade dos usuários de tecnologia do mundo, seja pela fabricação dos meios às quais pessoas se conectam - como na produção de celulares - ou pelo controle dos grandes aglomerados de redes sociais, como o Facebook Inc., que controla o facebook, o instagram e o whatsapp. As três maiores redes sociais do Brasil são controladas pela mesma empresa.

A concentração, tendência natural em uma economia de mercado, fez com que a internet se tornasse um grande oligopólio nos últimos anos. Em 2020, foi atingida uma concentração de 70% dos dólares ganhos em anúncios por apenas três empresas: Facebook Inc, Google e Amazon. Tal concentração, digna de seu próprio artigo à parte, será tratada neste apenas como uma constatação, não

sendo desenvolvida a partir de então qualquer crítica à enorme concentração de riqueza, usuários e tecnologias pelas quatro grandes empresas *High-Tech* (Google, Facebook Inc., Amazon e Apple).

O fato é que, devido a esta concentração, a maioria dos usuários dedicam seus tempos em uma pequena quantidade de sites e aplicativos e, com as altas taxas de uso diário da população brasileira, essa dedicação acaba por se tornar algo comum no cotidiano de todo um país. Com isso, essas empresas possuem uma enorme quantidade de consumidores diários, mas ainda assim não possuem os meios para lucrar, afinal, todas essas redes sociais são de graça. Como, então, tais empresas ganham dinheiro? A resposta, racionalmente fácil de ser deduzida e empiricamente já experienciada por todos os usuários das redes sociais, são os anúncios, os *Ads*.

Os anúncios sustentam tais empresas de tecnologia, servindo como uma verdadeira fonte de riqueza para aqueles que os controlam. Entretanto, existe uma diferença essencial para os anúncios das redes sociais e dos anúncios que passam na televisão, por exemplo: Os *Ads* das redes sociais são individuais. Apenas o usuário recebe o anúncio, e não milhares de pessoas que estão a ver um programa na televisão. A propaganda não é direcionada para que, de maneira *una*, possa fomentar que milhares de diferentes pessoas façam algo ou comprem algum produto, mas sim de maneira individual, já que o consumo daquele anúncio será feito uma pessoa de cada vez.

Agora, após a linha de raciocínio vindo desde o surgimento da World Wide Web até os anúncios recebidos de maneira individual, poderá ser respondida a pergunta feita anteriormente. Afinal, como que nossa privacidade vem sendo violada na era digital e quais são as consequências de tal fato em nossa sociedade? Qual o papel do direito nesta alvorada de uma nova era?

Como dito, a propaganda passou a ser individual. A publicidade que é utilizada pelos sites da World Wide Web são vistas por apenas uma pessoa por vez, cada uma em seu computador. Já as propagandas que passam nos canais televisivos, por exemplo, são de massas, alcançando milhares ou até mesmo milhões de pessoas ao mesmo tempo. Isso significa que nas mídias de massa - como a televisão -, a publicidade é feita com base em critérios generalistas, como o horário em que ela irá passar, no meio de qual programa televisivo, a faixa etária dos que assistem etc. Nesses casos, não existe qualquer predefinição que não as

generalistas para se determinar a eficiência de uma publicidade. Não será visto uma propaganda de brinquedos infantis na contracapa de um jornal esportivo, assim como não haverão propagandas de seguros de vida entre os horários dos desenhos infantis que passam toda manhã.

Esta publicidade, apesar de ser uma ciência, não tinha - nem haveria como ter - eficiência em níveis astronômicos, afinal, mesmo que fosse passado uma publicidade de brinquedos infantis entre os desenhos animados, ainda assim não haveria qualquer filtro do gosto individual de cada criança, diminuindo a efetividade da publicidade, cujo objetivo principal é instigar o consumo do produto em destaque. A internet, como já dito, modifica essa lógica, criando a possibilidade de se personalizar individualmente a propaganda consumida por cada pessoa. E a tendência continua, afinal, quanto mais específica for uma propaganda para alguém, maiores as chances dela comprar e consumir aquele produto. Basta apenas que se saiba dados-chaves sobre aquela pessoa.

A Internet, por óbvio, foi uma revolução tecnológica que possibilitou uma revolução em centenas de outras áreas, e com toda a certeza pode-se afirmar que uma das que mais se revolucionou foi a da publicidade, o mercado da “venda de certezas”.

O local de fluxo de usuários na Internet, cenário de ascensão das *Big Techs* Google, Facebook Inc., Amazon e Apple, serviu como fonte de coleta de dados básicos de seus usuários para que pudessem ser exibidas as melhores publicidades para cada pessoa. Essas informações, básicas por natureza - como o gênero do usuário, o país em que mora etc - , são utilizadas pelas grandes empresas de tecnologia através do uso em massa de seus produtos. São chamadas de Rastreamento Primário, e teoricamente permanecem na *database* das grandes empresas.

Entretanto, este mecanismo que outrora servira apenas como instrumento de financiamento dessas empresas passou a ser, até certo modo, um fim em si mesmo: O desenvolvimento tecnológico passou a ser capaz - e até condicionado ao caminho - de coletar cada vez mais e mais dados específicos e complexos, todos fornecidos individualmente pelos usuários das redes apenas com o uso diário das mesmas. Os gostos das pessoas, opiniões políticas, religiosas, culturais e etc.

Não cabe neste artigo discutir a forma com que essa coleta é feita. A utilização dos números IMSI e IMEI e o próprio processo de *Real-Time Bidding* são



assuntos brilhantes para algum periódico que trate sobre o tema da Ciência da Computação, o que não é o caso. Fato é que tal coleta é feita e para este artigo vale mais entender quem coleta estes dados do que como eles são coletados.

### III. COMERCIALIZAÇÃO DA PRIVACIDADE

Como dito, as grandes empresas de tecnologia coletam dados e informações de seus usuários. Esta coleta se chama Rastreamento Primário, e se fundamenta na coleta de dados simples e mínimos para o funcionamento de tais sites. Entretanto, de onde são coletados - e quem coleta - os dados de maior complexidade e, por conseguinte, de maior valor agregado à “venda de certeza”?

São elas as “Corretoras de Dados”, empresas especialistas no que é conhecido como “Rastreamento Secundário”. Estas empresas, exponencialmente mais desconhecidas do que as *Big Techs*, utilizam do fértil terreno das redes sociais para coletar dados cada vez mais complexos e de cada vez mais usuários. São elas a RapLeaf, Spokeo, PrivateEye, Radaris e diversas outras, sendo a maior delas a Acxiom.

Tais empresas - teoricamente de maneira autônoma - trabalham coletando e comercializando os dados de bilhões de pessoas. Coletam e aperfeiçoam não só os dados mais simples como a idade, gênero e status de relacionamento, mas dão o passo além, passando a coletar dados complexos como a religião e o afincamento religioso do usuário, seus problemas de saúde, seu planejamento familiar, tendência ao vício, e até mesmo posicionamento e atuação política. Só a Acxiom, por exemplo, divulga possuir pelo menos algum dado de 10% da população mundial.

O ambiente virtual, entretanto, não é possuído por essas empresas. Como já dito anteriormente, a grande maioria do fluxo de usuários está ocorrendo no fértil terreno controlado pelas empresas donas dos aparelhos, sites e aplicativos, principalmente as já tantas vezes citadas Facebook Inc., Google, Amazon e Apple. É o local em que mais pessoas passam pelo menos alguns minutos por dia e sempre realizando tarefas de interação com outras. Toda interação, desde uma curtida em algo que alguém se identifique até a realização de um *quiz* enquadra-se na definição deste farto terreno da coleta de dados, coleta esta feita independente da autorização do usuário.

Com uma capacidade cada vez mais precisa de prever o comportamento das pessoas de acordo com os próprios dados coletados através de seus usos diários, essas empresas tornaram-se capazes de vender publicidade como nunca antes na história da humanidade.

O capitalismo de vigilância reivindica de maneira unilateral a experiência humana como matéria-prima gratuita para a tradução em dados comportamentais. Embora alguns desses dados sejam aplicados para o aprimoramento de produtos e serviços, o restante é declarado como superávit comportamental do proprietário, alimentando avançados processos de fabricação conhecidos como “inteligência de máquina” e manufaturado em produtos de predição que antecipam o que um determinado indivíduo faria agora, daqui a pouco e mais tarde. Por fim, esses produtos de predições são comercializados num novo tipo de mercado para predições comportamentais que chamo de mercados de comportamentos futuros. (ZUBOFF, 2018)

Tal estrutura socioeconômica, cunhada através de uma derivação do sistema capitalista em que vivemos mundialmente, chama-se Capitalismo de Vigilância. (ZUBOFF, 2018) Basta se ter um nicho que a tecnologia virtual poderá fornecer - através dos interesses aos quais a tecnologia foi submetida - a parcela da população com maior pretensão de consumir o conteúdo ou produto deste nicho.

Um destes nichos é o de produtos para bebês, que servirá como exemplo perfeito para demonstrar o quão engenhoso e eficaz é a tecnologia que coleta dados e conjectura comportamentos humanos. Este nicho bilionário possui como mercado consumidor desde homens e mulheres prestes a se tornarem pais e mães até pais e mães e bebês de dois a três anos, e todos eles são extremamente fiéis às marcas e às lojas em que compram os produtos para seus bebês, afinal, eles são a maior prioridade na vida de qualquer bom pai e mãe.

Uma das empresas que fornecem esses produtos é a *Target*, empresa bilionária norte-americana. Com a coleta e análise dos dados de cada um de seus clientes, foi criada pela empresa uma base de dados que foi capaz de prever quando uma pessoa descobre que está grávida, fazendo com que a empresa seja a primeira a enviar à mais nova mamãe promoções, e-mails promocionais e cupons de descontos. O algoritmo fez algo que nenhum publicitário havia feito até então. Mulheres americanas que acabaram de descobrir a gravidez são mais propensas de comprar grandes quantidades de loções de banho e suplementos de cálcio, magnésio e zinco. Com essa informação, toda nova cliente que passe a comprar

tais produtos em uma escala maior que a normal passará a receber propaganda de fraldas, por exemplo, de acordo com o próprio andamento da gestação.

O algoritmo da *Target* chegou a um nível de perfeição que fez com que situações tragicômicas passassem a acontecer nas dependências da loja, como o caso de um pai buscando satisfações com o gerente de uma das filiais da *Target* por conta de envios de emails da empresa para sua filha com promoções de fraldas e brinquedos infantis. O pai acusara a loja de estar “incentivando” jovens moças como a filha dele - ainda no ensino médio - a terem filhos e realizarem atos sexuais sem uso de métodos contraceptivos. Após três dias, portanto, o pai retorna à loja lamentando a reação que teve no último encontro com o gerente e explicando o porquê de seu lamento: “Tive uma conversa com minha filha. Parece que houveram algumas atividades na minha casa que não estava ciente”. Sua filha estava grávida, e o algoritmo descobriu a existência do bebê antes mesmo de seu avô.

Num primeiro momento, o exemplo dado, devido ao seu caráter cômico, parece diminuir o peso do problema relacionado com a falta de regularização da coleta de dados e informações pessoais, entretanto outros exemplos - de maiores escalas e de proporções mesopotâmicas - podem ser usado no lugar do da *Target*, como por exemplo o escândalo do vazamento de dados da *Cambridge Analytica*, em 2018. O escândalo em questão foi o vazamento dos dados de até 87 milhões de pessoas pela Facebook Inc, dados esses coletados pela empresa *Cambridge Analytica*. O enredo foi o de uma pesquisa acadêmica sobre o mundo virtual através de um aplicativo chamado *This is your Digital Life*, aplicativo este que coletaria dados de quem participasse de maneira consensual desta pesquisa e faria com que o uso destes dados se limitassem a propósitos academicistas.

O enredo, entretanto, distanciou-se da realidade desde a origem da coleta dos dados, já que para todos aqueles que participaram da pesquisa acabaram por fornecer acesso à *Cambridge Analytica* dados e informações de seus colegas adicionados nas redes sociais. Foi assim que uma pesquisa de poucas milhares de pessoas atingiu um valor na carreira dos milhões de afetados.

Além disso, o uso destes dados - até aqui já considerados roubados, tendo em vista que apenas a pequena minoria dos participantes permitiram a coleta, e não os seus amigos adicionados nas redes que também tiveram seus dados coletados - teve outro cunho para além do acadêmico. Os dados de até 87 milhões

de pessoas foram estrategicamente direcionados para a influência das eleições americanas de 2016 e diversas outras ao redor do mundo, como por exemplo no Reino Unido, Quênia e no Brasil.

O vazamento dos dados do Facebook pela *Cambridge Analytica* demonstra, dentre outras constatações, o tamanho e a gravidade do problema, certamente de escala global. Com o advento da tecnologia, seu uso cíclico na expansão da globalização e seu autodesenvolvimento, sua aplicação feita pela lógica de mercado e pelo seu uso pela grande maioria da população fez com que a atual situação aconteça e se tendence apenas à piora, caso nada seja feito. Afinal, que ambiente mais rico para a disseminação de informações - principalmente as falsas - quando elas são consumidas de maneira individual e enviadas por aqueles que saberão a reação daquele que as recebem? Para quem essa disseminação, nos moldes aplicados, serve? A forma de democracia em que vivemos é cúmplice e seu próprio fiasco demonstrado por estes problemas? A resposta, por óbvio, depende da forma que responderemos a estes problemas como humanidade.

#### IV. CONCLUSÃO

O futuro a qual pertence a humanidade é aquele que ela constrói para si. Situações de violações de privacidade estão sendo feitas em massa e como um verdadeiro mercado bilionário, indo desde vendas das certezas comerciais até as políticas, como visto no já exemplificado caso da *Cambridge Analytica*. Mas afinal: qual regulamentação, qual projeto, qual entendimento temos sobre o direito à privacidade e o direito à comunicação dentro das democracias mundo afora?

A União Europeia foi o primeiro órgão político a implementar legislação sobre o tema, a GDPR (*General Data Protection Regulation*). Revolucionária apenas por existir, a GDPR entra para a história como o primeiro grande marco de regularização da coleta, utilização e venda de dados pessoais de grandes massas através da internet. Centralizando o direito à privacidade do usuário, a GDPR garante - legalmente falando - o inequívoco consentimento de todo dado coletado, sendo um regulamento de alto grau punitivista, tendo em vista as altas sanções (até 20 milhões de euros ou 4% do patrimônio global da empresa) para aqueles que dele descumprirem. O direito ao esquecimento teve sua compreensão ampliada, incluindo em seu bojo o *right to erasure*, conhecido como o direito ao esquecimento. A importância disto é que um cidadão europeu

poderá ter seus dados individuais apagados do banco de dados de qualquer empresa (com sede na União Europeia) que ele venha a desejar, bastando apenas que assim solicite à empresa.

A GDPR inova ao categorizar os por ela definidos “dados sensíveis”, que são todos aqueles relacionados diretamente com a liberdade de pensamento - e por conseguinte com o direito à comunicação - do indivíduo. Exemplos destes dados são a origem étnica, credos religiosos, opiniões políticas etc. Tal categorização veio acompanhada de uma regularização mais rígida do que a vigente para os dados não sensíveis, visando a manutenção da autonomia de pensamento e a proteção do direito à comunicação. O Regulamento obriga também que vazamentos de dados hackeados sejam notificados publicamente em até três dias pela empresa vítima de ataques cibernéticos.

A GDPR, com toda certeza, foi uma legislação pioneira no assunto. Por óbvio que não foi a primeira a tratar sobre os dados na internet na Europa, sendo este mérito da DPD (*Data Protection Directive*), entretanto a GDPR é sim a primeira a tratar do tema com um olhar amplo e moderno. No Brasil, a lei que cumpre o mesmo papel que a GDPR na União Europeia é a LGPD, a Lei Geral de Proteção de Dados. Recentemente incorporada no ordenamento jurídico brasileiro, a LGPD nasce com os mesmos princípios e desafios que a sua irmã europeia, sendo o início histórico da regularização do direito à privacidade e do direito à comunicação em território brasileiro, independentemente de quem seja.

O debate, por óbvio, está longe de terminar, e para cada ano de avanço das tecnologias e de suas aplicações socioeconômicas, mais e mais regulamentação será necessária para conter as contradições derivadas da aplicação destas tecnologias em nossas democracias. Assim como já foram respondidas pela LGPD perguntas como “é permitido coleta de dados sem consentimento”, surgirão outras novas nos questionando sobre a comercialidade dos dados individuais para as grandes empresas, a segurança jurídica e política por trás das *Deep Fakes* e a mercantilização de informações pessoais por empresas corretoras de dados (como a Acxiom).

O fato de que aquilo que chamamos de desenvolvimento tecnológico dos tempos modernos ter sido orientado de maneira tão ampla economicamente para a obtenção de lucro é um dos fatos fundamentais da história da tecnologia (WEBER, 1922)

O Estado brasileiro, através de seus três poderes, mais do que nunca, deverá acompanhar o progresso tecnológico humano e se precaver não deste progresso, mas sim de seu uso sistemático não democrático por aqueles que possuem os meios para tal.

## V. BIBLIOGRAFIA

- CADWALLADR, Carole. How our democracy was hijacked. **The Guardian**. Acesso virtual, mai. 2017. Disponível em: <https://www.theguardian.com/technology/2017/may/07/the-great-british-brexit-robbery-hijacked-democracy> Acesso em: 16 jul. 2021.
- HILL, Kashmir. How Target Figured Out A Teen Girl Was Pregnant Before Her Father DidHow Target Figured Out A Teen Girl Was Pregnant Before Her Father Did. **Forbes**. Acesso Virtual, fev. 2012. Disponível em: <https://www.forbes.com/sites/kashmirhill/2012/02/16/how-target-figured-out-a-teen-girl-was-pregnant-before-her-father-did/?sh=6f921c076668>. Acesso em: 16 jul. 2021.
- KITCHIN, Rob. **The Data Revolution: Big Data, Open Data, Data Infrastructures & Their Consequences**. Thousand Oaks: Sage Publications Ltd, 2014.
- MITCHELL, Jon. Here Are 20 Companies Who Sell Your Data (& How To Stop Them). **Readwrite**, abr. 2012. Disponível em: [https://readwrite.com/2012/04/26/here-are-20-companies-who-sell-your-data-how-to-stop-them/?\\_\\_cf\\_chl\\_jschl\\_tk\\_\\_=pmd\\_82a3c235d021df3d0d7ce52708b2f7e995a58c80-1626458595-0-gqNtZGzNAmKjcnBszQbO](https://readwrite.com/2012/04/26/here-are-20-companies-who-sell-your-data-how-to-stop-them/?__cf_chl_jschl_tk__=pmd_82a3c235d021df3d0d7ce52708b2f7e995a58c80-1626458595-0-gqNtZGzNAmKjcnBszQbO). Acesso em: 16 jul. 2021.
- SILVA JR., José Afonso. **Uma Trajetória em Redes: Modelos e Características Operacionais das Agências de Notícias, das Origens às Redes Digitais, com Três estudos de Caso**. 2006. 406 f. Tese (Doutorado em Comunicação e Cultura Contemporânea) – Faculdade da Comunicação da UFBA, Salvador, 2006.
- UNESCO. **Um mundo de muitas vozes** (Relatório MacBride). Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1983.
- WEBER, Max. **Economia e Sociedade Vol. 2**. Brasília: Universidade de Brasília, 1994. Tradução de: Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa.
- ZUBOFF, Shoshana. **A Era do Capitalismo de Vigilância**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2019.



---

# O PROBLEMA DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO

---

*Cássio Benvenuto de Castro*

**Resumo:** O ensaio tem por finalidade pontuar que a valoração da prova é uma atividade racional e tendencialmente objetiva. A metodologia reflete as implicações do constitucionalismo e do projeto de justiça civil que elaboram a ressignificação de conceitos e funções do direito probatório, em especial, no contexto de justificação do raciocínio (contexto da valoração da prova).

**Palavras-chave:** prova; valoração; dogma; raciocínio.

## THE PROBLEM OF THE FREE EVALUATION OF PROOF

**Abstract:** The essay aims to point out that the assessment of evidence is a rational activity and tends to be objective. The methodology reflects the implications of constitutionalism and the civil justice project that elaborate the redefinition of concepts and functions of the evidential law, in particular, in the context of justification (context of evaluation of evidence).

**Keywords:** evidence; evaluation; dogma; reasoning.

## INTRODUÇÃO

A tomada de decisão em situação de incerteza é fenômeno corriqueiro na vida de qualquer pessoa, porque todos já vivenciaram experiências que exigiram maior ou menor cautela para a evitação do erro no momento de decidir. Seja no tráfego de automóveis, seja na escolha um parceiro para namorar ou casar, seja na arbitragem dos jogos ou até mesmo na escolha da profissão – *tudo envolve decisão, portanto, um contexto que abarca erro e acerto (limitrofes da incerteza).*

---

<sup>1</sup> Doutor, Mestre e Especialista em Direito pela UFRGS. Juiz de direito no Rio Grande do Sul. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6406194347677796>. Falar com o autor (*Instagram*): @cassiobenvenuti



A atividade fundamental do jurista é tomar decisões. O legislador, o magistrado ou um pesquisador desenvolvem tarefas que consistem em identificar problemas e propor soluções. Se o direito pode ser apreendido como um campo natural das decisões institucionais, *o processo judiciário é o palco mais evidente dessa rotina.*

O presente trabalho chama a atenção para alguns ruídos que podem ocorrer na valoração da prova – o contexto de justificação na tomada de decisão sobre a prova. A finalidade não é focar na problemática, mas o trabalho parte da identificação de fatores que dificultam o controle da valoração da prova. Em momento derradeiro, a metodologia dialoga horizontalmente por entre os dogmas do passado e o modelo probatório do presente, chamando a atenção para os compromissos do novo processo civil para com a verdade como correspondência. A finalidade é sistematizar diretrizes que veiculam uma ótima legitimação constitucional da decisão judiciária, exortando o corpo normativo do próprio Código de Processo Civil.

## 1 PREMISSA

O juiz deve meditar com calma e com alma sobre as provas do processo, levando em conta as regras de racionalidade e sem intuicionismos tendenciosos. Com efeito, uma *maneira-de-ser* diferente do objetivo das partes e dos advogados<sup>2</sup>, tendo em vista que o magistrado é desinteressado quanto ao objeto do processo – *o compromisso do juiz é pela busca da verdade possível.*

A integridade científica que se instrumentaliza para a busca pela verdade justifica os comentários sobre a epistemologia nos dias atuais. Trata-se do compartimento da filosofia que investiga a busca pelo conhecimento<sup>3</sup>. A expressão epistemologia jurídica, portanto, é utilizada enquanto um espectro de conhecimento “neutro”<sup>4</sup> acerca dos fatos da causa, de maneira a permitir a análise do contexto da prova *sem a interferência dominante* de regras não epistêmicas, que também existem em qualquer ordenamento jurídico.

---

<sup>2</sup> Os advogados e as partes estão mais preocupados com as “narrativas boas” que levem à procedência da demanda. De outro lado, o juiz é comprometido com a “narrativa verdadeira”. TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade* (o juiz e a reconstrução dos fatos). Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 88 e 89.

<sup>3</sup> BACHELARD, Gaston. *A epistemologia*. Trad. Fátima Lourenço Godinho e Mário Carmino Oliveira. Lisboa: Edições 70, original francês de 1971, p. 33-35.

<sup>4</sup> VÁZQUEZ, Carmen. A modo de presentación. In VÁZQUEZ, Carmen (ed.). *Estándares de prueba y prueba científica* (ensayos de epistemología jurídica). Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 13.

Isso porque a verdade dos enunciados é condição para uma decisão justa. *Videlicet*, a verdade processual que se fala é a verdade por correspondência, ela se vale do probabilismo e não descarta a hipótese do erro na decisão, mas tem por “norte” a verdade dos acontecimentos no plano da vida (aproximação do direito à realidade).

A tomada de decisão sobre a prova, em termos de raciocínio probatório, abarca *dois momentos*: a “valoração da prova” e mais a “decisão” (que leva em conta o *standard* de prova). Este último momento é marcado por fatores jurídicos (carga deôntica) e não será abordado no presente ensaio<sup>5</sup>. O corte metodológico ora proposto separa em análise a valoração da prova judiciária – nesse sentido, serão observadas as questões, em especial, partindo-se dos problemas referentes ao “sistema do livre convencimento motivado”.

Por ocasião da literalidade do atual Código de Processo Civil, há doutrinadores<sup>6</sup> que *defendem a superação do livre convencimento motivado*. Não se chega a tanto, até porque não existe uma efetiva proposta para um “novo” sistema de valoração da prova que seja mais adequado que o presente.

| Código de Processo Civil de 1973  | Código de Processo Civil de 2015  |
|---|---|
| Art. 131. O juiz apreciará <b>livremente</b> a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento. | Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento. |

O fato de o legislador ter retirado do CPC a expressão “livremente” tem simbologia, todavia, sem afastar o modelo do livre convencimento motivado: “à luz do Código de Processo Civil de 2015, fica claro que não se admite qualquer carga

<sup>5</sup> O que ora importa é a pontuação de problemas referentes à valoração da prova. Embora a “valoração” e os “standards” sejam conceitos alinhados a uma pretensão de correção técnica em continuidade, conforme a dogmática, necessário assinalar que em filosofia e em teoria do direito o *conceito e a aplicação dos institutos se autorreferenciam*, sendo quase impossível separar, em absoluto, conceito, função política e elementos da metodologia que fornecem os subsídios para a ratificação das escolhas do padrão de *standard*.

<sup>6</sup> STRECK, Lenio Luiz. Contra claro texto expresso do CPC, STJ reafirma o livre convencimento. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-set-26/senso-incomum-claro-texto-cpc-stj-reafirma-livre-convencimento>> Acesso em: 16 ago. 2021.

de irracionalidade, na motivação da decisão judicial, em relação às provas. De todo modo, essa conjuntura *exige*, para concretizar-se, um *comprometimento político* do juiz, no sentido de acomodar-se em substância, e não apenas formalmente, à exigência de que as decisões judiciais sejam racionalmente fundamentadas<sup>7</sup>.

A questão mais candente é “como” lidar melhor com o livre convencimento motivado, refletindo-lhe as *implicações do constitucionalismo e do projeto de justiça civil emplacado no CPC de 2015*.

## 2 O PRESUNTIVISMO NA VALORAÇÃO DA PROVA JUDICIÁRIA (SUPERVIVÊNCIA DOGMÁTICA)

Após internalizada a prova no processo, ela deve ser valorada pelo juiz. A dogmática aborda três “sistemas de valoração da prova”, que serão conceituados sem uma preocupação inicial em termos de história do direito<sup>8</sup>.

O sistema da íntima convicção não estipula controles à decisão judiciária, sendo que o julgador pode avaliar as provas sem a respectiva motivação e levando em conta fatores não presentes nos autos do processo. Ainda pode ser encontrado nas decisões do júri, tendo em vista que o jurado decide e não precisa justificar as razões de suas escolhas – apenas dizendo “sim ou não” em resposta aos quesitos para condenar alguém.

O sistema da prova legal apareceu como uma resposta do legislador à íntima convicção e representa o auge da proposta cognitivista. Verifica-se quando o próprio texto da legislação relaciona qual a prova deve prevalecer. Por exemplo, o testemunho de um nobre deveria valer mais que o testemunho de um plebeu; ou uma pessoa presa não pode prestar depoimento. Ainda há regras legais que aparentemente<sup>9</sup> indicam tal rigidez.

O sistema do livre convencimento motivado revela um contraponto aos

---

<sup>7</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. *Código de Processo Civil comentado*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 679.

<sup>8</sup> Por uma abordagem histórica, ver POZZA, Pedro Luiz. Sistemas de apreciação da prova. In KNIJNIK, Danilo. *Prova judiciária* (estudos sobre o novo direito probatório). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 219 e seguintes. As ordálias não são relacionadas neste item, porque se entende não efetuar uma valoração da prova, mas um *método de resolução de conflitos* com base em crenças culturais.

<sup>9</sup> O ordenamento jurídico prevê algumas restrições à prova testemunhal. Chama a atenção o caráter aparentemente subsidiário que o legislador estabelece, ao dispor que, quando houver confissão ou prova pericial, a prova testemunhal pode ser indeferida (art. 443).

demais modelos, porque o magistrado deve justificar a tomada de decisão sobre as provas. Para tanto, *o juiz deve ficar adstrito às provas do processo* e se amparar em *critérios de racionalidade*<sup>10</sup> que harmonizem a valoração da prova enquanto um juízo razoável.

O livre convencimento motivado possui evidente primazia sobre os demais – está previsto no art. 371 do Código de Processo Civil. Porém, isso não evita uma série de contratempos que refletem uma espécie de tradição decorrente da praxe operativa brasileira.

### **1º problema:** a supervivência da *maneira-se-pensar* positivista

O raciocínio probatório tem caráter refratário à tradição do ensino do direito probatório brasileiro, tendo em vista a dificuldade de aprisionar o “juízo de fato” à estrutura das regras legais<sup>11</sup>. Com efeito, *o positivista pensa a partir das regras legais para o fato (rule centered)*, revelando-se um paradigma formalista<sup>12</sup>.

Por esse legado, “o vício conhecido na teoria do direito como formalismo ou conceptualismo consiste numa atitude perante as normas formuladas verbalmente que busca, após a edição da norma geral, simultaneamente disfarçar e minimizar a necessidade de escolha”<sup>13</sup>. Isso justifica o fenômeno de os positivistas da tradição da *civil law* elaborarem uma dicotomia para explicar a relação entre verdade e prova. Fala-se em movimento pendular entre o modelo demonstrativo e o modelo persuasivo da prova, não havendo um umbral de tendências limítrofes no próprio interior da experiência que viabilizem pensar no “erro”, mas uma tentativa de subordinar a prova judiciária à diátribe do esquema.

O *modelo demonstrativo da prova* se caracteriza pela separação entre a questão-de-fato e a questão-de-direito. Consequentemente, havia uma

<sup>10</sup> O racionalismo não possui cunho metafísico ou iluminista, que falava conhecimento pela razão, mas agora vai entendido como um *progredir metódico norteado por critérios e regras*. Ver CORDEIRO, Antônio Menezes. Introdução à edição portuguesa de Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. In CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. XXXII.

<sup>11</sup> KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 3.

<sup>12</sup> Michele Taruffo assinala que o sistema de *civil law* pode ser definido como “fechado” em termos de direito probatório. Em primeiro lugar, porque se entende que todos fenômenos probatórios estão encerrados em normas; em segundo lugar, porque existe uma tipicidade quase exaustiva no tocante aos meios de prova; em consequência, a disciplina judiciária da prova passa a ser reputada um certame autossuficiente e autônomo em relação a qualquer outro setor da experiência – razão pela qual os positivistas jamais falavam em epistemologia. TARUFFO, Michele. Verdade e processo. In TARUFFO, Michele. *Processo civil comparado: ensaios*. Trad. Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 50 e 51.

<sup>13</sup> HART, H. L. A. O conceito de direito. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 168.

dificuldade para aferir uma suposta “falibilidade” no ato de julgar. Alessandro Giuliani<sup>14</sup> identifica essa maneira de observar a prova como típica do processo moderno, um processo burocrático e assimétrico no qual um mecanismo artificioso de motivar legitimava a técnica para a construção da decisão, o que afastava o controle substancial da decisão (o controle era apenas para observar o procedimento legislado na formação da prova).

De outro lado, o *modelo persuasivo da prova* trabalha com o diálogo e a polaridade horizontal entre as partes<sup>15</sup>. Ou seja, uma proposta que subentende um processo simétrico, com o reforço do contraditório e que tem como ponto de partida as afirmações tendenciosas das partes para alcançar uma conclusão que solucione o problema colocado em juízo. O ponto de chegada da investigação não seria uma “verdade real” e infalível, mas que reflete uma reconstrução judiciária dos fatos com pretensão de relação teleológica da prova para com a verdade<sup>16</sup>.

Se o modelo demonstrativo tomava de empréstimo uma relação *conceitual* entre prova e verdade, o esquema persuasivo elabora uma relação *teleológica* entre elas. Em termos de operação jurídica, Robert Alexy<sup>17</sup> assinala que a estrutura demonstrativa era meramente dedutivista, em contrapartida, a estrutura persuasiva trabalha com a ponderação do peso dos argumentos. Entretanto, ambos os modelos restam marcados pela *maneira-de-pensar da norma para o fato (rule centered)*, característica do direito continental e que retirou, por muito tempo, a importância de uma visão mais centrada em uma racionalidade criteriosa do raciocínio probatório – retirou, inclusive, a análise do “erro” como figura de contenção na tomada de decisão.

## 2º problema: a jurisdição no centro da teoria do processo

A obra de Oskar Bülow (1868) elaborou os fundamentos e conferiu autonomia ao direito processual de maneira sistemática, separando-o definitivamente do

---

<sup>14</sup> GIULIANI, Alessandro. Prova (Prova in generale). *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, vol. XXXVII, p. 526.

<sup>15</sup> GIULIANI, Alessandro, cit., p. 527. O autor elabora o exercício pendular entre o modelo demonstrativo e o modelo persuasivo, bastante aplicável na visualização clássica da instituição judiciária e seus atores. Mesmo exercício de correlação entre modelos, mas com outro campo de visão, que abarca tendências governamentais mais amplas, utilizada por DAMAŠKA, Mirjan. *Las caras de la justicia y el poder del estado*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000, *passim*.

<sup>16</sup> KNIJNIK, Danilo. *A prova...*, cit., p. 12/3.

<sup>17</sup> ALEXY, Robert. Dois ou três? In ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito*. Trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015, p. 225. A analogia não aparece sozinha, ela está necessariamente conectada a ponderações que trafegam por entre os limites da indução e da dedução.

direito material. Para o autor, a “relação processual” não se confunde com o direito material afirmado em juízo, tendo em vista que pode existir processo válido ainda que inexistente o direito postulado.

Essa concepção serviu de contraponto à escola anterior – que avistava um sincretismo entre direito e processo. “Com a obra de Bülow e a autonomia do direito processual, inicia-se outra fase metodológica, o *conceitualismo* ou *processualismo*, em que predomina a técnica e a construção dogmática das bases científicas dos institutos processuais. Lança-se a processualística à construção da nova ciência (Wach, na Alemanha; Chiovenda e Carnelutti, na Itália, para só citar alguns dos mais expressivos juristas daqueles países). A nova empresa volta-se para acentuação da separação entre direito material e processo e para construção e aperfeiçoamento conceitual do processo”<sup>18</sup>.

O Código de Processo Civil de 1973 desenvolveu uma linguagem normativa influenciada pelo conceitualismo. Embora esse panorama tenha mérito juscientífico, houve um exagero na consideração do dualismo entre direito e processo, com a noção do primado da técnica sobre o fundo do direito<sup>19</sup>. Em outras palavras, o processo tornou-se excessivamente formalista. Merece referência a literal *soberba* do item “I”, alínea “5”, da Exposição de Motivos do CPC de 73: “diversamente de outros ramos da ciência jurídica, que traduzem a índole do povo através de longa tradição, o processo civil deve ser dotado exclusivamente de *meios racionais*, tendentes a obter a atuação do direito”.

Situação agravada com a independência funcional<sup>20</sup> do juiz que, inicialmente, foi observada de maneira *estática* – como se os poderes fossem absolutamente independentes (e não harmônicos); como se as partes fossem *antípodas do Estado-juiz*, não havendo dever de cooperação com o judiciário. Com efeito, o paradigma processualista colocou a “jurisdição” no centro da teoria processual, permitindo que o juiz tomasse conta do processo de maneira acrítica. Em termos de direito probatório, houve o fenômeno do “solipsismo” ou “exagero de discrição judiciária”, na medida em que o magistrado sequer observava as

<sup>18</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil* (proposta de um formalismo-valorativo). 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 19.

<sup>19</sup> CASTRO, Cássio Benvenuti de. *Ação anulatória* (art. 966, §4º, CPC). Salvador: JusPodivm, 2019, p. 39 e 40.

<sup>20</sup> A autonomia funcional, administrativa e financeira do Judiciário é matéria constitucional. A questão é a “maneira-de-ver” essa impoção – não de uma maneira estática e absentista; mas por intermédio de uma metodologia harmonizante que pondere os demais fundamentos alegados pelos atores da operação judiciária.

fases do procedimento probatório, antepondo a valoração ao momento da admissão da prova – o que caracteriza uma valoração *prima facie*, afastando o direito fundamental à prova.

Inúmeras decisões refletem esse estado da arte:

AGRAVO INTERNO EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESCISÃO CONTRATUAL. RESTITUIÇÃO DE VALORES. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. AFASTADA VIOLAÇÃO AO ART. 535, DO CPC/73. PRESTAÇÃO JURISDICIONAL ENTREGUE. ABUSIVIDADE CONTRATUAL. SÚMULAS 5 E 7/STJ. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. Não se viabiliza o recurso especial pela indicada violação do artigo 535 do CPC/73. Isso porque, embora rejeitados os embargos de declaração, a matéria em exame foi devidamente enfrentada pelo Tribunal de origem, que emitiu pronunciamento de forma fundamentada.

2. No sistema de persuasão racional adotado pelo Código de Processo Civil DE 1973, nos arts. 130 e 131, em regra, não cabe compelir o magistrado a autorizar a produção desta ou daquela prova, se por outros meios estiver convencido da verdade dos fatos, tendo em vista que o juiz é o destinatário final da prova, a quem cabe a análise da conveniência e necessidade da sua produção (REsp 1175616/MT, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 01/03/2011, DJe 04/03/2011).

3. A Corte local, com base nos elementos fático-probatórios e na interpretação do contrato firmado entre as partes, afastou a Corte local afastou a existência de qualquer irregularidade, concluindo que o saque da duplicata foge ao âmbito da demanda, na medida em que não há cobrança, mas embate sobre a existência de negócio entre os litigantes de modo que, para rever esse entendimento exposto pelo Tribunal local e acolher a pretensão recursal seria imprescindível o reexame de provas e a interpretação de cláusulas contratuais, o que é defeso nesta instância especial (Súmulas n. 5 e 7/STJ).

4. Agravo interno não provido.

(AgInt no AREsp 1011750/SP, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJ 06/04/2017)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE PECÚLIO/SEGURO DE VIDA. INDEFERIMENTO DE PROVA PERICIAL.

CERCEAMENTO DE DEFESA INEXISTENTE. INCIDÊNCIA DO VERBETE SUMULAR N. 7 DESTA CORTE.

1. Não merece reparos a decisão agravada, pois inafastável o entendimento de que o magistrado, como destinatário da prova, pode valorar a necessidade ou não de sua produção, cotejando com os dados existentes nos autos.

2. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 569565/RS, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, DJ 10/03/2015)

O importante, com a Jurisdição no centro do processo, era o “convencimento” do juiz – não havendo um contrabalanço em relação ao compromisso para com a verdade como correspondência. Uma rotina de trabalho que predominou ao largo da vigência do Código de Processo Civil de 1973, mas que não pode vigorar no atual momento constitucional.

**3º problema:** o contraditório formal como relação de “ciência-participação”

O princípio do contraditório efetua um verdadeiro “fecho” aos problemas que já foram enfrentados, porque a concepção outrora reinante exigia apenas a ciência das partes e possibilidade formal de atacarem os atos processuais<sup>21</sup>. Nesse desenvolvimento, havia uma “garantia”, mas não um dever “proativo” do Estado-juiz para responder as questões suscitadas.

Fenômeno que se reflete na ratificação da Jurisdição no centro da teoria do processo, além disso, homologando o “solipsismo” judiciário sem um compromisso adensado pela *accountability* para fundamentar as decisões. Vale dizer, o contraditório formal deixava o juiz em situação de primazia e assimetria continuada em relação às partes, permitindo desvios colaterais na valoração da prova. Situações como a *supervaloração* de uma prova em detrimento de outras; a *subvalorização* de uma prova em proveito de outras; bem como a *utilização desenfreadas de provas atípicas* que apontam para uma visão unitária do dever judiciário (*weapon focus*), afastando retoricamente a responsividade do juiz<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> OLIANI, José Alexandre Manzano. O contraditório no NCPC. In ALVIM, Teresa Arruda (coord.). *CPC em foco* (temas essenciais e sua receptividade dois anos de vigência do novo CPC). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 43 e 44.

<sup>22</sup> A subvalorização, a supervaloração e o abuso de discricção são espécies de valoração implícita da prova. “A valoração implícita da prova também pode se dar quando há uma *valoração unilateral* da prova pelo *decision-maker*. Pela (nociva) prática, o juiz justifica seu convencimento sobre os fatos fazendo referência somente aos elementos de prova que sustentam sua conclusão, sem trazer qualquer noção a respeito de outros



A problemática suscitada tem endereço dogmático: a supervivência do formalismo jurídico implica o reducionismo dos institutos do direito probatório a regras legais, deixando assentado um procedimento em fases intocáveis, porém, sem desenvolver as premissas do raciocínio probatório. A matéria do raciocínio probatório não é novidade, contudo, é necessário avistar as imposições da Constituição e do projeto de justiça civil, deixando de lado o arquétipo *legicentrado* e *estatalista* de outrora<sup>23</sup> – finalmente, mantendo um diálogo transdisciplinar com a epistemologia e com a abertura do sistema em direção ao processo justo.

### **3. A VALORAÇÃO DA PROVA NO CONTEXTO DA INCERTEZA (NÃO PRESUNTIVISMO)**

O juiz não é o destinatário final da prova – como se ele pudesse não admitir uma prova, ao alegar que já estaria “convencido”, em uma clara mistura entre os *planos da produção/admissão* e da *avaliação da prova*. O art. 77, I, do CPC, implica o dever de as partes exporem os fatos em juízo conforme a verdade<sup>24</sup>; o dispositivo é polêmico, tendo em vista que, na prática, as partes querem vencer a demanda, para além de uma descoberta da verdade. Ocorre que a norma extraída desse texto da lei deve se conformar ao dever de cooperação das partes com o juiz (art. 6º), o que indica a produção da prova com integridade, ética e indivisibilidade enseja.

---

elementos de prova que poderiam contrastar a decisão por ele assumida. Em outros termos, ocorre avaliação implícita também quando só são analisadas provas que justifiquem o entendimento adotado, o que implica uma fundamentação incompleta da decisão, à qual faltará a dimensão crítica e dialética natural do próprio ato de valorar os elementos de prova trazido por cada uma das partes opostas”. AUILO, Rafael Stefanini. *A avaliação judicial da prova no direito brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 69.

<sup>23</sup> CASTRO, Cássio Benvenuti de. *Ônus da prova* (função e natureza jurídica). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, nota do autor. Sobre a superação do Estado de direito legislativo pelo Estado Constitucional e a *pulverização do legicentrismo*, ver ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil* (ley, derechos, justicia). Trad. Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, p. 33 e seguintes.

<sup>24</sup> “É verdade que um dever absoluto de dizer a verdade poderia produzir resultados danosos, já que parece necessária a configuração de derrogações, exceções e limitações na aplicação concreta desse dever. Todavia, mesmo as atenuações práticas de tal dever não são outra coisa senão a confirmação de sua existência, ou seja, a necessidade de que qualquer sistema ético inclua o dever de verdade entre os seus valores fundamentais. Seria, por outro lado, inconcebível (e, igualmente, inaceitável) um sistema <moral> que não distinguisse a verdade da mentira, ou mesmo que legitimasse expressamente a falsidade, fazendo, assim, da mentira e do engano as regras fundamentais de comportamento para aqueles que adotassem essa peculiar espécie de moral”. TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade* (o juiz e a reconstrução dos fatos). Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 116. O correlato dever da parte autora se reflete no ônus da impugnação específica dos fatos, em contestação (art. 341 do CPC).

| verdade  | convencimento (certeza)  |
|--|--|
| caráter objetivo e tem como parâmetro a realidade do mundo externo (pode ser controlado intersubjetivamente) | <i>status</i> subjetivo ou intuicionista que não permite controle intersubjetivo (não tem parâmetro externo) |

Pensar que o “convencimento” judiciário pode abreviar a instrução reflete uma concepção formal e reducionista do contexto de valoração da prova, que macula o direito fundamental à prova e deve ser combatido – por imperativos do constitucionalismo e do projeto de justiça civil. A questão basilar do direito probatório atual é se direcionar a uma “verdade possível” que dogmaticamente pode ser otimizada por intermédio das causas ora entabuladas.

#### A causa epistêmica: a relação entre prova e verdade

O modelo demonstrativo e o modelo persuasivo de prova, em realidade, mantinham o olhar mais para a simetria ou assimetria dos sujeitos processuais (ao invés de focar na questão da ratificação dos enunciados em juízo). Assentado que o positivismo ainda subsiste em direito continental, quando a metodologia parte da “norma para o fato”, o *momento pós-positivo* implica outro estado de coisas – trata-se de *racionalismo aplicado por intermédio de uma metódica regrada*, pautada em critérios, para se chegar a uma conclusão intersubjetivamente controlável.

Os elementos do raciocínio probatório ora consistem na “hipótese, na prova e na inferência”. Por isso, diversos estudos atuais já *não* falam em fases de um procedimento probatório, antes refletem os *contextos da instrução até a decisão*. É necessário verificar que tal *maneira-de-ser* convive em um espectro de incerteza, na medida em que a verdade absoluta é impossível de ser captada; porém, o probabilismo lógico (relação inferencial entre proposições) ilustra a tomada de decisão sobre as provas por aproximação à verdade, então se falando em *modelo subjetivo* e *modelo objetivo de corroboração* da hipótese a ser testada.

O art. 369 do Código de Processo Civil estabelece:

Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a **verdade dos fatos** em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na **convicção do juiz**.

Pelo modelo subjetivo de corroboração de hipóteses<sup>25</sup>, basta que o juiz se repute “convencido” para que algo seja tido como provado. Em decorrência, é impossível falar em “erro” no juízo de fato, porque ocorre um retrocesso à maneira de funcionar da Jurisdição (no epicentro da teoria) sobreposta às partes. A noção de convicção fica amarrada à crença ou estado psicológico do juiz, o que afasta um possível controle das partes em relação à valoração da prova.

O modelo objetivo de corroboração de hipóteses *reputa algo como provado quando existem elementos de juízo suficientes nesse sentido*.<sup>26</sup> Não importa a crença ou opinião pessoal do juiz, mas o que interessa é a existência de uma justificação válida que cognitivamente descreva o estado de coisas em discussão. Ou seja, permite-se avistar o “erro” judiciário, quando não é razoável a opção eleita pela justificação. Desloca-se o foco do “convencimento” do juiz para a relação entre as provas e as hipóteses que se pretendem provar<sup>27</sup>. Fácil dizer que o *direito fundamental à prova consiste na linha que costura* o direito material<sup>28</sup> (a tutela do direito) aos elementos que servem para a valoração da prova: “hipótese-meio de prova-inferência”.

A transcrição do art. 369 do Código de Processo Civil *não retira em absoluto o toque pessoal de uma decisão judiciária*. Porém, a norma resultante do texto deve ser entendida que “apesar da convicção” do juiz, ele decidiu de tal maneira que os elementos de juízo sejam racionais e razoáveis para reputar “algo como provado” – a verdade por correspondência estabelece um contexto *merit-based* que serve de paradigma a ser alcançado.

**A causa institucional:** a tutela jurisdicional no centro da teoria do processo

No atual quadrante constitucional, a tutela jurisdicional aparece como polo metodológico do processo civil e ratifica a reestruturação da relação entre a prova e a verdade. A racionalidade prática encerrada no formalismo processual assinala que a *verdade regula e serve de paradigma para a decisão, desde fora do processo*, ela serve como vértice de relevância ao processo como um todo<sup>29</sup>.

---

<sup>25</sup> Rafael S. Auilo, cit., p. 107 e seguintes.

<sup>26</sup> BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prova e verdade no direito*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 36 e 37. O grau de exigência probatória depende fundamentalmente do acervo objetivo, deslocando-se o foco “do convencimento para os fatores empíricos”. BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prueba sin convicción* (estándares de prueba y debido proceso). Madrid: Marcial Pons, 2021, p. 38 e 39.

<sup>27</sup> PEIXOTO, Ravi. *Standards probatórios no direito processual brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 39.

<sup>28</sup> CASTRO, Cássio Benvenuti de. *Standards de prova – na perspectiva da tutela do direito*. Londrina: Editora Thoth, 2021, *passim*. Versão comercial da tese de doutoramento defendida perante a UFRGS, em 2020.

<sup>29</sup> TARUFFO, Michele. Verità e probabilità nella prova dei fatti. *Revista de Processo*, ano 32, n. 154, dez/2007, p. 214.

Com efeito, a função primordial da prova é procurar determinar a verdade ou a suficiência probatória para reputar provada uma hipótese. Daí se falar em prova como *argumento concreto* que repercute operações dedutivas, indutivas, ponderativas ou analógicas, sobretudo porque ela empresta validade justificatória às narrativas processuais, na perspectiva de conduzir o processo em determinada solução otimamente aproximada da verdade (sopesada a perspectiva da verdade e a atitude proposicional da *aceitação* do juiz, ambas também podem ser encartadas no art. 369 do CPC).

A “aceitação” é uma atitude proposicional (=atividade mental) *voluntária e contextualizada*, algo que corrige os padrões pré-compreensivos e dogmáticos da “crença” ou da “convicção” – esse estado de coisas implicados pela tutela jurisdicional, portanto, dispensa a opinião ou a intuição particular do juiz. A “crença” é *all things considered* e não se modifica conforme o contexto; de outro lado, a aceitação é atitude voluntária e diretamente ligada ao contexto (refere-se ao aporte de provas concreto, não considera “todos os elementos” que podem formar uma crença)<sup>30</sup>.

O modelo constitucional aproxima a teoria da prova à razão prática, pois o direito fundamental à prova adensa sensivelmente a narrativa processual para harmonizar o *modelo objetivo de prova* enquanto ancoragem<sup>31</sup> do discurso jurídico. Definitivamente, ao invés de se falar em modelo demonstrativo ou persuasivo, uma metodologia sincrética do diálogo assume força normativa com pretensão de correção material (justiça substancial), de maneira que as provas amealhadas em sentido amplo são verticalizadas no alvitre de uma decisão justa, cujo contexto poderia ser *aceitável* por outro juiz ou outro tribunal que examine a prova, considerando a noção de justiça inserida no fluxo decisório.

O contexto probatório é premissa objetiva que não deve ser subordinado aos vacilos psicológicos ou intuitivos de qualquer operador. Pelo contrário, ela vincula sensivelmente uma pauta de controle intersubjetivo que aparelha a decisão e

<sup>30</sup> Jordi Ferrer Beltrán, *Prova e verdade...*, cit., p. 103. Quando se fala que “o cliente sempre tem razão” – em direito do consumidor –, se isso for levado por uma “crença”, trata-se de pré-compreensão absoluta que não admite a figura do erro ou dos particularismos do caso concreto; em sentido diverso, se tal máxima for entendida como uma “aceitação”, trata-se de estado mental voluntário, contextual e provisório que pode ser modificado a depender das circunstâncias de tempo e lugar, ainda mais, considerando os elementos de prova juntados no processo.

<sup>31</sup> Neil MacCormick ressalta que as narrativas não-ficcionais devem ser de algum modo ancoradas na realidade. A prova efetua essa ligação entre a realidade e a narrativa. Ver MACCORMICK, Neil. *Narrativas jurídicas*. In MACCORMICK, Neil. *Retórica e o estado de direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 295.

pode ser escrutinada pelas partes. Em consequência, a completude na produção da prova é matéria que repercute a *dinâmica* do direito fundamental – o contexto é fenômeno aberto que varia em tempo e lugar, portanto, o operador do direito deve estar atento à corroboração objetiva do arsenal probatório.

### **A causa metodológica: o contraditório material**

Para a valoração da prova, “o terceiro imparcial se garante pelo esforço argumentativo das partes, que será a base para se construir a decisão expressa pela fundamentação. A fundamentação das decisões, por sua vez, é indissociável, do contraditório, é a fiscalização das partes para se alcançar uma decisão racional, não permitindo que seja ela ato isolado do juiz, fruto da sua subjetividade. Pela ampla argumentação, tem-se o direito à prova e assistência de advogado. É uma garantia das partes para que se possa ter o tempo processual apto para reconstruir o caso concreto e discutir quais normas jurídicas serão adequadas”<sup>32</sup>.

A participação efetiva dos atores processuais substancializa a previsibilidade na tomada de escolhas – ressaltando o *direito de influência* e o *direito de não surpresa* às partes. Ravi Peixoto assinala que “a consideração de que uma hipótese fática está provada deixa de depender primordialmente do juiz, sendo independente de sua convicção, passando a ser determinada a partir do diálogo processual exercido por todos os sujeitos processuais, mediante a comparação das hipóteses fáticas e as provas disponíveis. A hipótese considerada provada depende de ter sido submetida à verificabilidade e à refutabilidade”<sup>33</sup>.

O risco da falibilidade humana, ao proferir o juízo de fato, considerado o caráter constitutivo do contraditório e a hierarquia constitucional da tutela jurisdicional, reflete uma maior força indicativa de que, ainda que se considere que a prova também se presta a chegar a uma conclusão “apesar do convencimento” do juiz (art. 369), o referencial da *verdade* admite identificar a prática de erros de julgamento. Afinal, o Estado Constitucional subentende um aparato de forças conviventes em que ninguém apreende a totalidade do mundo real – nem mesmo o juiz (*muito menos o juiz*, tendo em vista as narrativas tendenciosas que o influenciam).

---

<sup>32</sup> TEODORO, Warlen Soares; MIGUEL JR., Waldir. O processo constitucional democrático e a condução da prova pelo juiz na busca da verdade real. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, ano 9, n. 9/10, jan/dez/11. Belo Horizonte: Forum, 2012, p. 197.

<sup>33</sup> *Standards...*, cit., p. 44.

As partes devem cooperar com o juízo, superando a clássica figura estática do ônus de provar, para propulsionar o *dever* de comprovar (colaborar não somente com o juízo, mas com a justiça e com a segurança jurídica).

A consequência natural do contraditório material é a *responsividade* do juiz, ora prevista no art. 489, parágrafo primeiro do Código de Processo Civil:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

A racionalidade da apreciação do contexto probatório implica um contemporâneo “quase-dever”<sup>34</sup> de provar com vistas ao critério de *comprehensiveness* e de *completeness* – pelo qual as provas que aparelham uma narrativa devem ser completas, íntegras e indivisíveis, na medida que o ordenamento jurídico adjudica o compromisso da boa-fé. De sua parte, o juiz tem a *evidence responsive*, na medida em que deve responder a todos os argumentos suscitados pelas partes<sup>35</sup>.

---

<sup>34</sup> A doutrina de vanguarda defende a evolução do *ônus para o dever de provar*, alinhando a perspectiva subjetiva dos sujeitos parciais a uma colaboração de integridade da prova. Se o processo é campo de estratégia, isso não pode ser levado ao extremo de cobrar responsividade (inteireza na motivação) do juiz, no caso de furtividade das partes na tarefa de apresentação das provas relevantes aos fatores determinantes da contenda. Ver *Uma simples verdade...*, cit., p. 165-6. Também verificar Pugliese, *Precedentes...*, cit., p. 43 e seguintes.

<sup>35</sup> “As decisões judiciais devem levar em consideração tudo o que foi alegado pelos procuradores das partes, seja para acolher um argumento e mudar de opinião, seja para demonstrar a razão pelas quais um fundamento não foi acolhido”. PUGLIESE, William. *Precedentes e a civil law brasileira* (interpretação e aplicação do novo Código de Processo Civil). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 43.

É notório que o “juiz não é o único destinatário da prova”. No Estado Constitucional, com a *tutela jurisdicional no núcleo da teoria do processo*, os movimentos dos atores processuais servem ao debate do caso concreto e, também, para extrair sentido do ordenamento jurídico. Logo, não pode haver uma individualização demasiada ou egoística do modelo probatório.

Isso tudo revela a evolução para uma teoria cética moderada de interpretar as coisas do processo, sobretudo, firmando uma ponte entre hermenêutica e raciocínio lógico-argumentativo, que assinala a distinção entre “texto de lei e norma” e afirma o aparente isolamento entre o *contexto de admissão da prova* e o *contexto da valoração da prova*. “O julgador ocupa papel decisivo no fenômeno probatório. Aliás, sobre isso, mantém-se a ideia do que já se denominou de ativismo probatório equilibrado, compreendido, objetivamente, pelos poderes instrutórios do julgador, de modo calibrado, no sentido de que seja proativo na busca da verdade, sem, porém, invadir o papel das partes, aquilatando a cooperação no processo, que tem como norte a realização de justiça”. Júlio Cesar Lanes e Fabrício Costa Pozatti<sup>36</sup> ressaltam que “não há como se admitir a valoração antecipada da prova. Juízo de admissibilidade e juízo de valoração da prova não se confundem”.

O Enunciado 50 do FPPC (Fórum Permanente de Processualistas Cíveis) assinala:

Os destinatários da prova são aqueles que dela poderão fazer uso, sejam juizes, partes ou demais interessados, não sendo a única função influir eficazmente na convicção do juiz.

A proposição é decorrente da força do processo justo e do direito fundamental à prova, que são adensados pelo art. 378 do Código de Processo Civil (“ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade”).

Os artigos 31 a 33 da Lei 8.906/94 remetem para o Código de Ética e Disciplina da OAB, que especifica:

Art. 2º O advogado, indispensável à administração da Justiça, é defensor do Estado democrático de direito, da cidadania, da moralidade pública, da Justiça e da paz social, subordinando a atividade do seu Ministério Privado à elevada função pública que exerce.

---

<sup>36</sup> LANES, Júlio Cesar Goulart; POZATTI, Fabrício Costa. O juiz como único destinatário da prova (?). In ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.); DOTTI, Rogéria (org.). *O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos* (estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 503/4. Os autores transcrevem recentes julgados do STJ que consideram o juiz como destinatário da prova – contrariando o que a doutrina, unanimemente, tem defendido nos tempos atuais.

Parágrafo único. São deveres do advogado:

(...) VIII – abster-se de:

- a) utilizar de influência indevida, em seu benefício ou do cliente;
- b) patrocinar interesses ligados a outras atividades estranhas à advocacia, em que também atue;
- c) vincular o seu nome a empreendimentos de cunho manifestamente duvidoso;
- d) emprestar concurso aos que atentem contra a ética, a moral, a honestidade e a dignidade da pessoa humana;

Art. 6º É defeso ao advogado expor os fatos em Juízo falseando deliberadamente a verdade ou estribando-se na má-fé.

O contraditório<sup>37</sup> eleva epistemicamente a prova, porque legitima a conclusão do Estado-juiz através do contato equilibrado entre as partes. Susan Haack<sup>38</sup> pontua que as provas indicam “*how comprehensive the evidence is (analogue: how much of the crossword has been completed)*”, porque faz menção ao conjunto probatório como um “mosaico” ou “palavras cruzadas”, onde cada lacuna deve corroborar a outra. O papel do contraditório material é preencher tal espaço de valoração da prova por intermédio do “grau de inclusão”, ou seja, a *prova de suficiência* que visa a conferir adicional vigor às provas já elencadas.

## CONCLUSÃO

O problema do livre convencimento motivado não está na literalidade do Código de Processo Civil. A grande questão é “como” atribuir funcionalidade ao art. 371 do CPC, na medida em que a decisão deve ser justificada por critérios racionais e “apesar” do convencimento do juiz – no caso, a *aceitação é uma atividade mental voluntária e que leva em conta o contexto material juntado no processo*, o que permite elaborar a transição dos tipos e da tipicidade positivista para o regramento metódico-estruturante do raciocínio probatório contemporâneo (conferindo sentido ao art. 369 do CPC).

agosto/2021<sup>39</sup>

---

<sup>37</sup> A ausência de contraditório motivou a inadmissibilidade de diversas provas atípicas, de maneira a se afastar uma decisão “surpresa”. Contudo, não se fala em ausência, mas em mitigação temporária do contraditório, que posteriormente é integralizado e mantém a legitimidade da prova e da consequente decisão. TARUFFO, Michele. Il diritto alla prova nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, Cedam, vol. XXXIX, p. 101-3.

<sup>38</sup> HAACK, Susan. Epistemology and the law of evidence: problems and project. In HAACK, Susan. *Evidence matters – science, proof, and truth in the law*. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 14.

<sup>39</sup> Palestra ministrada em 19/08/21 na Faculdade de Ciências Jurídicas de Santa Maria/RS (UNISM).



## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. Dois ou três? In ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito*. Trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.
- AUILO, Rafael Stefanini. *Avaliação judicial da prova no direito brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2021.
- BACHELARD, Gaston. *A epistemologia*. Trad. Fátima Lourenço Godinho e Mário Carmino Oliveira. Lisboa: Edições 70, edição francesa em 1971.
- BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prova e verdade no direito*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prueba sin convicción* (estándares de prueba y debido processo). Madrid: Marcial Pons, 2021.
- CASTRO, Cássio Benvenuti de. *Ação anulatória* (art. 966, §4º, CPC). Salvador: JusPodivm, 2019.
- CASTRO, Cássio Benvenuti de. *Ônus da prova* (função e natureza jurídica). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- CASTRO, Cássio Benvenuti de. *Standards de prova – na perspectiva da tutela do direito*. Londrina: Editora Thoth, 2021.
- CORDEIRO, Antônio Menezes. Introdução à edição portuguesa de Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. In CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- DAMAŠKA, Mirjan. *Las caras de la justicia y el poder del estado*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000.
- GIULIANI, Alessandro. Prova (Prova in generale). *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, vol. XXXVII.
- KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- LANES, Júlio Cesar Goulart; POZATTI, Fabrício Costa. O juiz como único destinatário da prova (?). In ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.); DOTTI, Rogéria (org.). *O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos* (estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- HAACK, Susan. Epistemology and the law of evidence: problems and project. In HAACK, Susan. *Evidence matters – science, proof, and truth in the law*. New York: Cambridge University Press, 2014.
- HART, H. L. A. O conceito de direito. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- MACCORMICK, Neil. Narrativas jurídicas. In MACCORMICK, Neil. *Retórica e o estado de direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

- MEDINA, José Miguel Garcia. *Código de Processo Civil comentado*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.
- OLIANI, José Alexandre Manzano. O contraditório no NCPC. In ALVIM, Teresa Arruda (coord.). *CPC em foco* (temas essenciais e sua receptividade dois anos de vigência do novo CPC). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil* (proposta de um formalismo-valorativo). 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- PEIXOTO, Ravi. *Standards probatórios no direito processual brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2021.
- POZZA, Pedro Luiz. Sistemas de apreciação da prova. In KNIJNIK, Danilo. *Prova judiciária* (estudos sobre o novo direito probatório). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- PUGLIESE, William. *Precedentes e a civil law brasileira* (interpretação e aplicação do novo Código de Processo Civil). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- STRECK, Lenio Luiz. Contra claro texto expresso do CPC, STJ reafirma o livre convencimento. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-set-26/senso-incomum-claro-texto-cpc-stj-reafirma-livre-convencimento>> Acesso em: 16 ago. 2021.
- TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade* (o juiz e a reconstrução dos fatos). Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.
- TARUFFO, Michele. Verdade e processo. In TARUFFO, Michele. *Processo civil comparado: ensaios*. Trad. Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013.
- TARUFFO, Michele. Verità e probabilità nella prova dei fatti. *Revista de Processo*, ano 32, n. 154, dez/2007.
- TEODORO, Warlen Soares; MIGUEL JR., Waldir. O processo constitucional democrático e a condução da prova pelo juiz na busca da verdade real. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, ano 9, n. 9/10, jan/dez/11. Belo Horizonte: Forum, 2012.
- VÁZQUEZ, Carmen. A modo de presentación. In VÁZQUEZ, Carmen (ed.). *Estándares de prueba y prueba científica* (ensayos de epistemología jurídica). Madrid: Marcial Pons, 2013.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil* (ley, derechos, justicia). Trad. Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta.



---

# *SISTEMA TRIBUTÁRIO COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS: IMUNIDADE IMPLÍCITA DAS TERRAS QUILOMBOLAS*

---

*Celso de Albuquerque Silva<sup>1</sup>*

**Resumo:** Este artigo tem por objetivo analisar a relação entre o sistema tributário e a evolução histórica dos direitos humanos e, a partir da identificação da vinculação do subsistema constitucional tributário com a proteção dos direitos humanos, concluir pela existência de uma imunidade implícita que veda a imposição de impostos sobre a propriedade das terras tradicionalmente ocupadas pelos quilombolas, reconhecida como manifestação de direito fundamental cultural, nos termos do artigo 68 do ato das disposições constitucionais transitórias da Constituição do Brasil de 1988.

**Palavras-chave:** imunidade; direitos humanos; terras quilombolas

**TAX SYSTEM AS A HUMAN RIGHTS PROTECTION INSTRUMENT: IMPLIED TAX IMMUNITY OF QUILOMBOLA LANDS**

**Abstract:** This article aims to analyze the relationship between the tax system and the historical evolution of human rights and, based on the identification of the link between the tax constitutional subsystem and the protection of human rights, to conclude for the existence of an implicit immunity that prohibits the imposition of taxes on the property of lands traditionally occupied by quilombolas, recognized as a manifestation of a fundamental cultural right, under the terms of article 68 of the transitory constitutional provisions act of the Brazilian Constitution of 1988.

**Keywords:** immunity; human rights; quilombola lands

---

<sup>1</sup> Professor Associado de Direito Constitucional da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. - UNIRIO. Integrante do Grupo de Pesquisa em “Filosofia do Direito, Políticas de Direitos Humanos e Constitucionalismo Global” da UNIRIO. Doutor em Direito Constitucional pela PUC/RJ. Procurador Regional da República.

## 1. INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais do homem estruturados no humanismo Kantiano refletem um construto racional e moral a partir de um espaço simbólico de luta e ação social. Eles compõem um arcabouço axiológico que incorpora uma racionalidade de resistência contra o autoritarismo estatal ou social, na medida em que traduzem processos que abrem e consolidam uma plataforma emancipatória vocacionada à proteção da dignidade humana.

Nesse sentido, pode-se afirmar que, enquanto reivindicações morais, os direitos humanos são direitos históricos, nascem no início da idade moderna e tornam-se um dos principais indicadores do progresso histórico da humanidade (BOBBIO, 2004, p.7). Por essa razão são classificados em gerações, podendo ser identificadas, na atualidade, até seis gerações, conforme o progresso social (PEÑA DE MORAES, 2016, p.579-581).

A sociedade brasileira, ao instituir na Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 1988 um Estado Democrático de Direito, firmou compromisso indeclinável de promoção e proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana, acolhendo em seu seio, de forma generosa, um espaço amplo no reconhecimento e proteção das diversas gerações desses direitos, o que demanda a elaboração de políticas públicas vocacionadas a alcançar esse objetivo, inclusive no âmbito das políticas de cunho financeiro e tributário.

Para compreender melhor a relação entre as políticas públicas fiscais e a proteção dos direitos fundamentais, convém começar precisando as expressões sociedade e sistema tributário. Sociedade é entendida segundo a concepção de LUHMANN (1983, p.168), como “um sistema social que, em ambiente altamente complexo e contingente, é capaz de manter relações constantes entre as ações”.

A seu turno, a expressão sistema tributário é utilizada como representativa de um sistema parcial da sociedade diferenciado funcionalmente (LUHMANN, 1983, p.176) para exercer a função específica de promoção dos direitos da pessoa humana, de forma indireta mediante uma arrecadação fiscal de tributos ou de forma direta, pela utilização extrafiscal da tributação, inclusive pelo reconhecimento de situações de intributabilidade.

Nesse diapasão, deve-se atentar para a circunstância de, atualmente, a questão referente à proteção dos direitos fundamentais não residir mais na luta pelo seu reconhecimento, mas pela garantia de sua efetiva aplicação. Por essa razão, desde a Declaração Universal de 1948, o esforço internacional é pela globalização da proteção desses direitos.

A Declaração de Viena de 1993 segue nessa senda ao afirmar que todos os direitos humanos são universais, interdependentes e interrelacionados, devendo a comunidade internacional tratar os direitos humanos globalmente de forma justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase, pertençam eles à classe dos direitos civis e políticos ou à classe dos direitos sociais, econômicos e culturais.

Nada obstante, apesar desses esforços, o certo é que se os direitos civis e de liberdade de primeira geração já estão assimilados e contam com uma, se não perfeita, razoável proteção estatal, o mesmo não se poder afirmar dos direitos humanos sociais, econômicos e culturais.

No contexto brasileiro, um desses direitos culturais, cuja proteção e efetiva aplicação tem variado ao sabor das maiorias eventuais, é o direito cultural da relação histórica que os povos tradicionais, a exemplo das comunidades quilombolas, possuem com a terra. Apesar da titularidade das terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades dos quilombos ter surgido com a Constituição de 1988, ou seja, há mais de três décadas, muitas questões relacionadas com esse instituto jurídico ainda não estão satisfatoriamente solucionadas e sedimentadas, parte em razão da forma sintética com a qual o assunto foi tratado no Estatuto Básico.

Essa circunstância permite que, por vezes, esse direito se veja ameaçado por política pública na esfera do subsistema tributário, através da tributação dessas terras, o que pode acabar por inviabilizar o seu exercício. Até recentemente a Receita Federal cobrava Imposto Territorial Rural-ITR sobre as terras quilombolas, o que gerou dívidas milionárias, incrições em dívida ativa e até mesmo penhora em ações de execução, situação que, sem foro de definitividade, ficou superada com a edição da lei nº 13.043, de 13 de novembro de 2014 que isentou as terras quilombolas do pagamento do ITR e perdoou as dívidas anteriores. Essa solução, porém, nos parece insuficiente diante da ampla proteção que a Constituição Federal e os tratados internacionais sobre o tema asseguram a esse direito fundamental.

Pretende-se aqui demonstrar que a correta interpretação da vontade constituinte ao instituir esse direito fundamental, importa no reconhecimento de que sobre a titularidade dessas terras não poderá incidir nenhuma tributação, representando, em verdade, uma barreira à competência tributária dos entes políticos da federação em razão do reconhecimento de hipótese de imunidade implícita.

Essa afirmação é uma decorrência natural da teoria de sistemas. Isso porque os sistemas parciais da sociedade tornam-se cada vez mais dependentes: a economia depende das garantias políticas; a política, do sucesso econômico; a

família, do resultado econômico das políticas de pleno emprego; a política, da socialização através da família (LUHMANN, 1983, p.228) e assim por diante. Nesse contexto sistêmico, o sistema parcial normativo (direito), na espécie representado pelo sistema tributário, passa a ser o fiador e garante de outro sistema social parcial, aquele relativo ao ambiente social da família, da tribo ou, como na hipótese, das populações tradicionais, como a seguir se busca demonstrar.

## **2. O DIREITO DOS QUILOMBOLAS ÀS TERRAS QUE TRADICIONALMENTE OCUPAVAM COMO MANIFESTAÇÃO DE UM DIREITO FUNDAMENTAL.**

A matéria relativa ao direito das comunidades quilombolas às terras que tradicionalmente ocupavam tem assento constitucional nos artigos 68 do Ato das Disposições Constitucionais transitórias (ADCT) e 215 e 216 do corpo permanente da Carta Básica.

O Artigo 68 do ADCT possui a seguinte dicção:

“Art. 68. Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo Estado emitir-lhes os respectivos títulos”.

A seu turno, assim dispõem os arts. 215 e 216 do texto permanente:

“Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§1º. O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

§2º. A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais.

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

- I – as formas de expressão;
- II – os modos de criar, fazer e viver;
- III – as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV – as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V – os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

§1º O Poder público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

§2º Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem.

§3º A lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais.

§4º Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei.

§5º Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos”.

A análise sistemática desses dispositivos permite inferir que, para além de se atribuir aos remanescentes dos quilombos a propriedade das terras que ocupavam, declarou-se que tais bens constituem patrimônio cultural brasileiro exatamente por serem portadores de referência à ação e à memória de coletividades sociais que fizeram e ainda fazem parte dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, sendo essa a razão porque ficaram “*tombados todos os sítios detentores de reminiscências dos antigos quilombos*”.

Trata-se do reconhecimento de um direito fundamental de terceira geração, jungido e imbricado à proteção de uma realidade étnico-cultural que, por pertencer a uma minoria vulnerável, mereceu especial proteção estatal. Evidencia-se que o objetivo visado pelo legislador constituinte não foi o de conferir um direito individual de propriedade tal como ordinariamente reconhecido na legislação civilista de cunho privatista, mas o de criar um instituto que, ao mesmo tempo em que protege os modos de criar, fazer e viver dessa minoria étnica e cultural, permite, ao conferir a titularidade das terras que ocupavam à coletividade e não ao indivíduo isolado, que essas comunidades tenham garantidas a sua reprodução física, social, econômico e cultural.

Não por outra razão que o Decreto nº. 4.887/2003 que veio a lume para regulamentar o artigo 68 do ADCT, em seu artigo 17 e por seu espírito, afirmou



que a titulação das referidas terras seria reconhecida e registrada mediante a outorga de título coletivo e pró-indiviso às comunidades remanescentes de quilombos com a obrigatória inserção de cláusula de *inalienabilidade, imprescritibilidade e de impenhorabilidade*, características de uma apropriação pública e não privada. A propriedade não é conferida a título individual, mas sim coletivo em sentido estrito e amplo.

Em sentido estrito, o direito à terra dos remanescentes dos quilombos pode ser identificado como um direito fundamental cultural (art. 215, CF), que liga a posse das terras à própria identidade de cada membro da comunidade porque, privado da terra, o grupo tende a se dispersar e a desaparecer, tragado pela sociedade envolvente. Portanto, não é só a terra que se perde, pois a identidade coletiva também periga sucumbir (SARMENTO, 2011). A Constituição ao se referir aos remanescentes das comunidades de quilombos teve por escopo o reconhecimento e a identificação de um específico grupo social composto por indivíduos que unidos gregariamente tenham vivido, vivam ou até mesmo pretendam viver como membros de uma coletividade social representativa das tradições, cultura, língua e valores historicamente relacionados ou culturalmente ligados ao fenômeno étnico-cultural quilombola.

Coletivo em sentido amplo significa dizer que essas comunidades remanescentes são legítimas representantes da cultura afro-brasileira, cujo conteúdo a própria Constituição refere como patrimônio cultural nacional e obriga o Estado a proteger por inúmeros meios, instrumentos e formas de acatamento (art. 215 §1º c/c art. 216 §1º). Esse direito fundamental cultural está reflexamente relacionado à sociedade brasileira como um todo. É que a Constituição de 1988 reconhece e protege o pluralismo étnico e cultural, de modo que esse patrimônio deve ser promovido e protegido no interesse de toda a nação. Disso decorre que o direito fundamental dos quilombolas assegurado no artigo 68 do ADCT também visa à salvaguarda dos interesses transindividuais de toda a população brasileira.

De fato, se na linguagem constitucional o patrimônio cultural nacional protegido no artigo 216 – em cujo conceito os quilombos são expressamente inseridos – se inclui as formas de expressão (inciso I), os modos de criar, fazer e viver (inciso II), as criações científicas, artísticas e tecnológicas (inciso III) e abrange também as obras, os objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações culturais (inciso IV), parece claro o liame axiológico entre as constatações culturais relativas aos costumes e tradições das comunidades quilombolas com as respectivas necessidades territoriais, de modo

a se poder afirmar que o *direito de propriedade das terras que estejam ocupando* corresponde a uma norma instituidora de um autêntico direito fundamental, decorrente e inerente ao regime e princípios acolhidos pela Constituição, nos precisos termos do seu artigo 5º §2º.

### 3. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PODER TRIBUTÁRIO ESTATAL

O conceito de finanças públicas e sua relação com os direitos fundamentais estão ligados a uma determinada e concreta configuração social, política e jurídica do Estado.

As finanças públicas no mundo antigo mostravam grande heterogeneidade quanto à obtenção de recursos, mas de um modo geral se pode afirmar que as necessidades financeiras do mundo antigo advinham de contribuições dos súditos e dos povos vencidos. No Estado medieval, caracterizado pelo permanente conflito entre o poder do rei e o poder dos senhores feudais, no seio do qual o patrimônio estatal se confundia com o do soberano, a exploração do patrimônio estatal e a cobrança de contribuições que deviam ser pagas ao soberano por concessões gerais ou especiais que o rei ou o príncipe outorgavam aos senhores feudais eram a fonte de recursos públicos mais importante (VIZCAÍNO, 1999, pp 3-4). Nesta fase nenhuma relação se verificava entre a atividade financeira do Estado e os direitos fundamentais.

Com o declínio do modelo feudal, a centralização do poder nas mãos do rei e a posterior ascensão da burguesia, nova classe econômica que logo se apropriaria também do poder político, consolida-se uma realidade que se caracterizará pelo surgimento de inúmeras cidades e agrupamentos urbanos, com concentrações populacionais a demandar a prestação de inúmeros serviços públicos e a atuação de um poder central (ABRAHAM, 2010, p.10). Neste contexto surge a estrutura do Estado Liberal, no qual os indivíduos abriam mão de uma parte de sua liberdade individual para consagrá-la em favor do Estado que, por sua vez, garantia-lhes proteção contra inimigos externos e, ainda, certo grau de estabilidade para as atividades econômicas.

O desenvolvimento livre das atividades econômicas dá origem ao Estado Fiscal, que possui como principal fonte de financiamento os recursos advindos da tributação. Identifica-se aqui a primeira ligação entre tributação e os direitos

fundamentais, limitados estes aos direitos liberais, notadamente a liberdade. O tributo passa a ser o fiador da liberdade ou, como se costuma afirmar, o tributo passa a ser o preço da liberdade. Nas palavras de TORRES (2005, p.3), "*com o advento do Estado Fiscal de Direito, que centraliza a fiscalidade, tornam-se e até hoje se mantêm, absolutamente essenciais, as relações entre liberdade e tributo: o tributo nasce no espaço aberto pela autolimitação da liberdade e constitui o preço da liberdade, mas por ela se limita*".

Ocorre que no Estado liberal busca-se a proteção das garantias mínimas de liberdade. É um Estado estático que não se move em busca do desenvolvimento da sociedade e se satisfaz com a manutenção da ordem. Neste modelo estatal vige o primado da lei geral e abstrata. Baseado na falsa premissa de que as relações travadas na sociedade se davam entre indivíduos livres, iguais e autônomos, o Estado Liberal se satisfaz com a igualdade formal de todos perante a lei, pouco importando efetivamente se existem ou não condições de igual oportunidade para todos na sociedade, de modo que a essa noção formal de igualdade correspondia uma idéia de liberdade igualmente formal. Por isso "*o liberalismo tornou-se causa daquilo que, ao menos no discurso visava a combater: todas as formas de servidão*"(PEREIRA, 2006, p. 454).

Os direitos fundamentais liberais de primeira geração, mostraram-se importantes mas insuficientes para assegurar e fazer florescer o valor maior que é a dignidade da pessoa humana. Identificou-se que a liberdade para ser efetiva e verdadeira necessita de um mínimo de condições materiais relativas, por exemplo, à saúde, educação, etc... O Estado Liberal é sucedido pelo Estado Social que agora se utiliza da tributação de forma extrafiscal, promovendo redistribuição de renda através do fornecimento de prestações positivas relativas aos direitos fundamentais de segunda geração.

Registre-se, porém, que o próprio Estado Social embora tenda a criar uma situação de bem estar que possa conduzir ao desenvolvimento da pessoa humana, não se mostrou à altura da tarefa a que se propunha. Isso porque o que esse modelo de Estado e o uso da tributação em sua moldura garantem é a criação de clientelas políticas, mas não cidadãos verdadeiramente livres e autônomos. Todas as ideologias com sua própria visão do que seja social são compatíveis com o Estado de Bem Estar Social. Com efeito, a Alemanha nazista, a Itália fascista e Espanha franquista e Portugal salazarista foram Estados Sociais (BONAVIDES, 1961). É o quanto basta para demonstrar a insuficiência desse

modelo estatal e a relação que os tributos nele cobrados e utilizados mantêm com os direitos humanos.

Por esse motivo, somente no Estado Democrático de Direito, em que se constitui a República Federativa do Brasil (art. 1º da CF/88), indissociavelmente ligado à idéia de respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), a todas as formas de pluralismo, seja político, seja social, seja étnico, seja cultural (art. 1º, V) e que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo* (SILVA, 1991, p.105), porque comprometido com a construção de uma sociedade efetivamente livre, justa e solidária (art. 3º, I), com a erradicação da pobreza, da marginalização e a redução das desigualdades (art. 3º, II), bem como com a promoção do bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade ou qualquer outra forma de discriminação (art. 3º, IV), é que se pode compreender a exata relação da tributação com os direitos fundamentais, especialmente no papel que tais direitos exercem enquanto limitadores e conformadores do poder tributário estatal.

O Estado Democrático de Direito assume e incorpora a visão contemporânea dos direitos humanos marcada pelas características da universalidade e indivisibilidade. A universalidade significa que a condição de pessoa é o único requisito para a titularidade desses direitos, considerando o ser humano como um ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade, esta como valor intrínseco à condição humana. A seu turno, a indivisibilidade acolhe uma visão integral de direitos para afirmar que a garantia dos direitos civis e políticos é condição para observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa, na medida em que compõem uma unidade indivisível, independente e interrelacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos com o catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais (PIOVESAN, 2008, pp. 699-701).

Nessa toada e seguindo a senda aberta pela Declaração Universal de 1948, a Declaração de Viena de 1993 acresce a gramática dos direitos humanos contemporâneos ao afirmar a interdependência entre os direitos humanos, democracia e desenvolvimento. Considerando-se que o Direito Tributário é a via de apropriação dos recursos privados *para o cumprimento dos fins e funções do Estado*, a dimensão, função e compreensão do sistema tributário estão relacionados com os encargos e funções estatais. Assim, antes de qualquer outra consideração, deve-se ter em vista a relevância do Direito Tributário como instrumento de realização e construção de um Estado Democrático na sua acepção mais ampla.

A Constituição brasileira erigiu a eliminação da pobreza e a superação das desigualdades sociais como um princípio fundamental. Um dos valores mais essenciais do Estado Democrático de Direito delineado através da Carta de 1988 é o da *justiça social*, diretamente relacionado ao princípio da dignidade da pessoa humana. A realização desses ideais é proposta assumida por toda a sociedade e imposta ao Estado (JUSTEN FILHO, 1999). Por outro lado, um dos instrumentos mais poderosos para a produção da justiça social é o sistema tributário (RAWLS, 1997, p.307).

A realização da justiça social depende do sistema tributário sob diferentes ângulos. O primeiro demanda a arrecadação de tributos daqueles que possuam capacidade para contribuir no financiamento dos gastos e deveres estatais. Já o segundo ângulo aponta para o lado diametralmente oposto e passa pelo reconhecimento da intributabilidade de certas pessoas, atividades ou bens, seja por falta de capacidade contributiva, seja porque, ainda que ela existisse, a tributação conduziria não a promoção, mas ao impedimento da consecução dos objetivos fundamentais previstos na Carta Básica. A tributação ao invés de assegurar, promover e garantir direitos fundamentais implicaria em seu malferimento. Nesses casos, a Constituição garante a realização da justiça social e o respeito aos direitos humanos ao vedar aprioristicamente, pelo mecanismo das imunidades, o exercício da competência tributária.

Imunidade, portanto, *“é uma relação jurídica que instrumentaliza os direitos fundamentais, ou uma qualidade da pessoa que lhe embasa direito público subjetivo à não-incidência tributária ou uma exteriorização dos direitos da liberdade que provoca a incompetência tributária do ente público”* (TORRES, 2005, p.44). Assim conceituada imunidade e no contexto do Estado Democrático de Direito é que se pode efetuar a correta exegese da relação entre tributação e o direito fundamental dos remanescentes de quilombos à propriedade de suas terras, para o fito de ver reconhecida a sua intributabilidade, o que se demonstrará no tópico a seguir.

#### **4. A IMUNIDADE DAS TERRAS PERTENCENTES AOS REMANESCENTES DE QUILOMBO.**

Nos itens precedentes ficaram assentadas duas premissas: a) a natureza de fundamental ao direito assegurado no artigo 68 do ADCT que conferiu a propriedade aos remanescentes de quilombos das terras por eles

tradicionalmente ocupadas e b) a função das imunidades como um instrumento tributário de defesa, promoção e proteção de direitos fundamentais.

Considerando-se que nem todos os direitos fundamentais são promovidos via sistema tributário, a afirmação de que as terras de propriedade dos quilombolas são imunes a impostos implica a necessidade de alguns esclarecimentos adicionais que seguirão a seguinte lógica. Inicialmente serão identificados os fundamentos axiológicos das imunidades em geral; a seguir apontados quais desses fundamentos estruturam a imunidade das terras dos quilombolas; por último será tratada uma questão secundária, mas relacionada, que diz respeito à classificação de implícita para esta específica imunidade.

#### 4.1. Os valores estruturantes das imunidades.

As limitações constitucionais ao poder de tributar concretizadas através dos diversos preceitos imunitórios insertos no corpo da Constituição Federal estão estruturadas, fundamentalmente, embora não exclusivamente, em dois pressupostos que ora se apresentam isolados, ora cumulados: a) a promoção, proteção e efetivação de um valor/direito fundamental e b) o reconhecimento constitucional da ausência da capacidade contributiva.

A imunidade dos livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão, tem fundamento político e cultural, pois *"filia-se aos dispositivos constitucionais que asseguram a liberdade de expressão e opinião e partejam o debate das ideias em prol da cidadania, além de simpatizar com o desenvolvimento da cultura, da educação e da informação"* (COELHO, 1996, p.378.). Claro está que o objetivo do legislador constituinte ao prever essa hipótese delimitadora negativa da competência tributária foi o de fomentar ao máximo a liberdade de imprensa, informação e idéias, valores essenciais para a própria existência de um Estado que se qualifica como Democrático de Direito, a ponto, inclusive, de desconsiderar possíveis manifestações de riqueza indicadoras de capacidade contributiva. É a promoção, a proteção e a efetivação desses direitos/valores o fundamento axiológico dessa imunidade.

A Constituição também assegura imunidade de impostos às entidades de educação e assistência social sem fins lucrativos, porém é a ausência de capacidade contributiva dessas entidades que funciona como pano de fundo para

a limitação da competência tributária estatal. Merecem transcrição as palavras de NOGUEIRA (1992, p.18.) sobre o tema:

“Quem tem noção de Direito Positivo ou Dogmática, de Ciência e sobretudo de Filosofia do Direito Tributário sabe que o princípio fundante, que rege o fenômeno da tributação em relação ao imposto é o de que, sendo este, do ponto de vista fiscal ou arrecadatário, única e exclusivamente “captação de riqueza”, somente podem ser assento, base de cálculo do fato gerador desse tipo de tributos, os fatos, situações ou relações fáticas de *conteúdo econômico*, ou expressivos de *riqueza*. Somente se pode extrair minério da jazida e nunca do vácuo.

As chamadas imunidades contra *impostos*, que constitucionalmente protegem e garantem a essas entidades não econômicas (assim conceituadas pela dogmática constitucional como sendo, entre outras, as de educação e assistência social *sem fins lucrativos*), não são nenhum favor ou privilégio.

São apenas explicitação jusfilosófica, científica e didática de que tais instituições, *por serem não econômicas*, estão fora ou excluídas do campo da incidência de qualquer imposto que possa desfalcar seu patrimônio, renda ou gravar seus serviços institucionais.” (itálicos no original).

A seu turno, a imunidade recíproca se estrutura sobre os dois pilares concomitantemente. De um lado decorre do fundamental princípio federativo, configurador de uma cláusula pétrea em nossa ordem constitucional, com a correlata autonomia dos entes políticos parciais que se desdobra na igualdade formal das pessoas jurídicas de direito público interno. De outro, segundo preciosa lição de JARACH (1989, pp. 178-179.), repousa na ausência de capacidade contributiva das entidades estatais.

A Constituição igualmente assegura uma imunidade implícita das terras dos remanescentes de quilombos. Essa zona delimitadora de competência negativa tributária, a exemplo do que ocorre com a imunidade recíproca, extrai sua legitimidade concomitantemente do dever estatal de defender, proteger e promover valores fundamentais e fundantes do Estado Democrático e do respeito que deve ao princípio da capacidade contributiva.

#### **4.2. A luta contra desumanidade como fundamento da imunidade das terras quilombolas.**

Como já advertia NOGUEIRA (1992, p.21) “no Estado Democrático de Direito jamais poderia o Constituinte juridicizar a desumanidade, ou sequer pensar em, por

*meio de abuso do poder de tributar, destruir as instituições humanitárias*". Ainda que essa afirmação se referisse à imunidade das entidades de assistência e benemerência social sem fins lucrativos, tais palavras aprofundam seu significado tratando-se do direito às terras dos remanescentes de quilombos, comunidades hipossuficientes detentoras de parte fundamental da história e cultura de resistência à opressão na qual forjada a nação brasileira.

Nesse contexto é dever de todos os Poderes Públicos aplicarem o melhor de seus talentos na correta interpretação e aplicação das normas constitucionais protetivas dos direitos humanos culturais.

A questão em análise importa em examinar assunto da maior relevância - a propriedade das terras dos remanescentes de quilombos - intrinsecamente jungido e imbricado ao próprio sobreprincípio da dignidade da pessoa humana, valor fundamental e fundante de nossa ordem jurídica e, sob a ótica da defesa da Constituição e prisma da filtragem constitucional, o papel que o sistema tributário deve exercer na promoção dos direitos étnico-culturais relacionados às terras das comunidades tradicionais.

É de notório conhecimento que a relação que os grupos étnicos tradicionais mantêm com a terra é diametralmente oposta daquela acolhida pela cultura hegemônica e urbana ocidental. Enquanto que para o indivíduo urbano a terra é vista como um espaço para moradia ou como meio de produção de relação econômica, tratando-se de um bem fungível que pode facilmente ser trocado com outro similar sem maiores traumas, para as comunidades tribais tradicionais a terra possui um significado espiritual, funcionando como uma trava de ligação entre o grupo, indispensável para sua perpetuação enquanto realidade social, étnica e cultural, na medida em que possibilita a preservação de seu modo peculiar de vida, de suas tradições e seus valores.

Com fundamento nesse pressuposto antropológico, a Convenção nº 169 da OIT<sup>2</sup> sobre Povos Indígenas e Tribais<sup>3</sup>, na esteira dos compromissos assumidos pelos Estados convenientes na Declaração Universal dos Direitos Humanos e do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos e Sociais, ao tratar especificamente sobre essa questão, ressaltou no artigo 13, item I, o dever imposto aos Governos

---

<sup>2</sup> Promulgada no Brasil pelo Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004

<sup>3</sup> O artigo 1º, item I, alínea a, da convenção define povos tribais como um agrupamento social cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial.



de “respeitar a importância especial que para as culturas e valores espirituais dos povos interessados possui a sua relação com as terras ou territórios, ou com ambos, segundo os casos, que eles ocupam ou utilizam de alguma maneira e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação”.

Trata-se, portanto, do reconhecimento normativo, no plano internacional, da fundamentalidade da terra para a própria sobrevivência do corpo coletivo, pois que privado da terra, fator primordial de ligação comunitária, o grupo tende a se dispersar e com isso o senso de coletividade que os mantém unidos enquanto grupo étnico ou cultural se perde de forma irremediável.

Fincado nessa premissa, pode-se afirmar que, seja por meios diretos, seja por meios indiretos (no caso via tributação), quando se retira a terra dos quilombolas não se está simplesmente se negando um direito individual de propriedade aos indivíduos componentes dessas comunidades, mas se está destruindo, aniquilando o próprio grupo, cometendo-se um etnocídio, de sorte que não é exagero sob forma alguma afirmar-se que interpretar e aplicar o sistema tributário de modo a permitir a tributação das terras dos remanescentes de quilombo é juridicizar a desumanidade, com direta e frontal violação ao princípio da dignidade humana, pois que se retira um elemento essencial do valor que cada indivíduo dessa comunidade sente com relação a si próprio e com seu grupo, vez que na sua relação com a terra essas comunidades tradicionais não a identificam como um simples e mero meio de produção econômica ou de riqueza, mas como receptáculo de sua cultura, valores, modos de viver e criar, insuscetíveis de incidência tributária.

#### **4.3. A ausência de capacidade contributiva como causa dessa imunidade.**

A capacidade contributiva é pressuposto lógico da tributação. Com isso queremos afirmar que nem mesmo no plano abstrato ou racional é possível pensar em tributação na ausência de manifestação de riqueza que possibilite, sem sua destruição ou aniquilamento, a apropriação por parte do Estado de parcela dessa riqueza, ainda que sob o signo legitimador do princípio da legalidade.

Capacidade contributiva é, portanto, a qualidade que se imputa ao destinatário do dever legal de pagar o tributo, de possuir condições materiais de contribuir para as despesas do condomínio social que é o Estado Moderno. Sem capacidade contributiva não existe dever de pagar tributo porque de nada adianta cavar

poço onde não existe água e, como advertia Günter Schmölderer, onde nada existe até o Soberano perdeu seu direito ao imposto (apud NOGUEIRA, 1992).

Os remanescentes das comunidades de quilombos são aqueles grupos étnico-raciais com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida. É característica identificadora desses grupos a permanente discriminação a que historicamente foram submetidos o que conduziu inevitavelmente a sua reconhecida e indiscutível hipossuficiência econômica e social.

Na verdade, a cultura dessas comunidades traz como traço característico a sua constante luta pela sobrevivência, seja enquanto indivíduo seja enquanto coletividade étnico-cultural. Sua relação com a terra é e sempre foi a de subsistência e jamais sua exploração econômica nos moldes capitalistas. O direito fundamental assegurado no artigo 68 do ADCT traz como finalidade precípua garantir em uma unidade incindível os direitos territoriais e os direitos étnicos. Assim, para que não se desvirtuem os propósitos constitucionais, o direito à terra dos remanescentes dos quilombos deve ser compreendido, interpretado e aplicado na perspectiva de garantir a *preservação da identidade cultural desse grupo social*.

Curial a conclusão de que, sob a ótica de preservação da identidade cultural, é manifesta a ausência de capacidade contributiva desse grupo sofrido, perseguido, marginalizado e discriminado por longo período de nossa história. Tributar a propriedade das terras dos remanescentes de quilombolas, face sua indiscutível hipossuficiência, importaria em negar efetividade ao direito fundamental consagrado no artigo 68 do ADCT, quando menos, por inviabilizar o seu direito ao desenvolvimento econômico e social, ainda que sob o guarda chuvas de suas tradições, culturas e práticas. A manutenção do modo de viver, criar e fazer quilombolas não deve e nem pode significar o encarceramento desses grupos por tanto tempo estigmatizados em um estado permanente de pobreza absoluta.

A tributação das terras dos remanescentes de quilombos por qualquer tipo de imposto implica em clara vulneração do princípio da capacidade contributiva e da correlata intributabilidade do mínimo existencial, se por mínimo existencial se entende “um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações positivas” (TORRES, 2005, p. 171).

#### **4.4. A Imunidade das terras dos remanescentes de quilombos como espécie de imunidade implícita.**

Questão secundária, mas relevante para a correta interpretação da vontade constitucional no que respeita à intributabilidade das terras pertencentes aos remanescentes de quilombos, liga-se ao fato de inexistir previsão expressa na Constituição reconhecendo essa imunidade. A ausência de previsão expressa não impressiona.

A doutrina tributária brasileira reconhece que certos bens ou valores estão protegidos pela imunidade ainda na ausência de preceito expresso na Constituição. ICHIARA (2000, p.216) ao tratar sobre a imunidade recíproca inicia sua análise com o esclarecimento de que mesmo que inexistisse um dispositivo expresso na Constituição, a possibilidade de tributação do patrimônio, da renda ou dos serviços uns dos outros seria extremamente duvidosa.

Registre-se, aliás, que nossa imunidade recíproca, reconhecida pela primeira vez na Carta de 1891 por inspiração de Rui Barbosa, deita raízes na decisão da Suprema Corte Americana no caso *Mcculloch x Maryland* que reconheceu referida imunidade, ainda na ausência de previsão específica na Constituição Americana (BALEIRO, 2006, pp. 234-235).

É de TORRES (2005, p.99) a classificação, sob o aspecto da forma constitucional, em imunidades explícitas e implícitas. Para o renomado jusfilósofo tributarista, por terem origem pré-constitucional, fundamento na própria natureza das coisas e eficácia meramente declaratória as imunidades, podem ou não, receber tradução em linguagem constitucional. Relembra que as imunidades no direito norte-americano estão implícitas na Constituição, extraídas que foram da casuística da Suprema Corte, que na Argentina a imunidade recíproca não está escrita e que a Constituição Alemã também é omissa, cabendo à doutrina e à jurisprudência buscá-las nos direitos fundamentais, o que também ocorre na Espanha, Itália e Portugal. (TORRES, 2005, p. 100).

A questão nem mesmo tem sabor de novidade na jurisprudência nacional. O Supremo Tribunal Federal possui precedente reconhecendo imunidade implícita, em caso envolvendo imunidade de empresas públicas prestadoras de serviço público, para as quais inexistente qualquer preceito imunitário expresso, em acórdão que assim restou ementado:

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS: IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA: C.F., art. 150, VI, a. EMPRESA PÚBLICA QUE EXERCE ATIVIDADE ECONÔMICA E EMPRESA PÚBLICA PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO: DISTINÇÃO.

I – As empresas públicas prestadoras de serviço público distinguem-se das que exercem atividade econômica. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos é prestadora de serviço público de prestação obrigatória e exclusiva do Estado, motivo por que está abrangida pela imunidade tributária recíproca: C.F., art. 150, VI, a.

II – R.E. conhecido em parte e, nessa parte, provido. (RE 407.099-5/RS, Rel. Min. Carlos Velloso, D.J. 06.08.2004).”

Nada obstante o artigo 150, V, a, c/c o seu parágrafo 2º só prevejam expressamente a imunidade para os entes administrativos dotados de personalidade jurídica de direito público, tais como as autarquias e fundações, o Supremo Tribunal Federal, valendo-se de critérios teleológicos-objetivos promoveu um desenvolvimento do direito, com integração de eventuais lacunas, de acordo com princípios ético-jurídicos, entendidos como *pautas orientadoras da normação jurídica que em virtude da sua própria força de convicção podem justificar decisões jurídicas*. (LARENZ, 1997, p.599)..

Diante da teleologia subjacente à previsão constitucional da imunidade recíproca e tendo em vista a ordem objetiva de valores acolhida na lei maior, o Excelso Pretório reconheceu que a Constituição assegura imunidade implícita aos entes administrativos dotados de personalidade jurídica de direito privado, quando estes, limitando-se a prestar serviços públicos, qualificam-se como a *longa manos* das pessoas políticas que, por meio de lei, as criam e lhes apontam os objetivos públicos a alcançar, exatamente o valor protegido pela imunidade recíproca que, portanto, apesar de inexistência de previsão expressa, a eles se aplica.

## 5. CONCLUSÃO

Em síntese conclusiva pode-se afirmar que se corretamente interpretado o sistema tributário nacional, os princípios que lhe dão suporte e a ordem objetiva de valores plasmada em nossa Constituição, deve-se reconhecer que o direito fundamental das comunidades remanescentes de quilombos às terras que tradicionalmente ocupavam está protegido por uma imunidade implícita.

As razões para essa assertiva derivam de costumeiras regras de hermenêutica. Em toda e qualquer discussão, há certas verdades primas de onde dependem todos os argumentos seguintes; a evidência desses princípios, anterior a toda reflexão, necessita, de certo modo, do assentimento da razão; e, quando eles não produzem este efeito, ou é por falta de percepção, ou por influência de algum interesse, paixão ou preconceito qualquer.

Dessa natureza são certos axiomas geométricos como, por exemplo, que o todo é maior do que cada uma de suas partes; que duas coisas iguais a uma terceira são iguais entre si; que duas linhas retas não circunscrevem espaço; que todos os ângulos retos são iguais entre si.

E da mesma natureza são esses princípios de interpretação, que não é lícito ao intérprete distinguir onde o formulador da regra não o fez; que todo poder deve seguir a razão de seu objeto; que na determinação maior se inclui a menor, que onde a Constituição quis os fins necessariamente outorgou os meios e que na interpretação dos direitos fundamentais deve-se escolher o sentido que lhes dê a maior eficácia possível.

Das últimas regras hermenêuticas, deflui a conclusão de que o direito fundamental assegurado no artigo 68 do ADCT confere ao direito a terra tradicionalmente ocupada pelos remanescentes de quilombos uma especial proteção do Estado, dando ênfase no aspecto sócio-cultural e não no econômico, como fator de ligação dos quilombolas com sua terra, viés intimamente ligado com a reconhecida e notória incapacidade contributiva dessas minorias étnicas hipossuficientes.

A interpretação da Constituição que impõe o reconhecimento da imunidade dessas terras vem na esteira do real significado das obrigações assumidas em tratados e convenções internacionais que asseguram o dever do Estado de promover, com a máxima eficácia, referidos direitos ligados à própria dignidade da pessoa humana e implica em um reforço normativo indispensável para o avanço da Constituição em sua caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural do povo brasileiro.

A ordem objetiva de valores acolhida em nosso texto constitucional, retratada na hipótese pelo princípio da justiça social, do respeito e promoção da dignidade da pessoa humana e do pluralismo étnico-cultural, compromissos assumidos por toda a sociedade brasileira como objetivos fundamentais de nossa República

instituída como um Estado Democrático de Direito, conjugada com as obrigações derivadas de tratados e convenções internacionais de direitos humanos firmados pelo Brasil e a notória incapacidade contributiva das comunidades tradicionais apontam sinergicamente para a impossibilidade da adoção de um procedimento hermenêutico que permita o sacrifício do direito fundamental assegurado no artigo 68 do ADCT no altar do sistema tributário nacional.

Aplicabilidade do §2º do artigo 5º da Constituição Federal a evidenciar que outros direitos e garantias – como a imunidade implícita das terras tradicionalmente ocupadas pelos remanescentes de quilombo - emerge do regime e dos princípios por ela adotados, de modo a assegurar o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais garantidora desse específico direito fundamental.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABRAHAM, Marcus, *“Curso de Direito Financeiro Brasileiro”*, Rio de Janeiro, Campus Jurídico, 2010.
- BALEEIRO, Aliomar, *“Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar”*, 7ª ed., atualizadora Misabel Abreu Machado Derzi, Rio de Janeiro, Forense, 2006.
- BASTOS, Celso Ribeiro, *“Curso de Direito Constitucional”*, 13ª ed. São Paulo, Saraiva, 1990.
- BOBBIO, Norberto, *“A Era dos Direitos”*, tradução Carlos Nelson Coutinho, 7ª tiragem, São Paulo, Elsevier Editora Ltda, 2004.
- BONAVIDES, Paulo, *“Do Estado Liberal ao Estado Social”*, São Paulo, Saraiva, 1961.
- COÊLHO, Sacha Calmon Navarro, *“Comentários à Constituição de 1988 – Sistema Tributário”*, 6. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1996.
- FERREIRA, Aurélio de Buarque Holanda, *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*, 2. ed. Rio de Janeiro, 1999, p.1712.
- ICHIARA, Yoshiaki, *“Imunidades Tributárias”*, São Paulo, Atlas, 2000.
- JARACH, Dino, *“O Fato Imponível – Teoria Geral do Direito Tributário Substantivo”*, tradução de Dejalma de Campos, São Paulo, RT, 1989.
- JUSTEN FILHO, Marçal, *“Sistema Tributário – Uma Aproximação Ideológica”*, Interesse Público nº2, São Paulo, 1999, pp 77-92.
- LARENZ, Karl, *“Metodologia da Ciência do Direito”*, 3 ed.. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LUHMANN, Niklas, *“Sociologia do Direito I”*, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1983.

*Sistema tributário como instrumento de proteção de direitos humanos: imunidade implícita das terras quilombolas*

---

NOGUEIRA, Ruy Barbosa, *“Imunidades”*, 2. ed. São Paulo, 1992.

PEÑA DE MORAES, Guilherme, *“Curso de Direito Constitucional”*, 8 ed. São Paulo, Atlas, 2016.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *“Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios”*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PIOVESAN, Flavia, *“Planos Global, Regional e Local”*, in Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento (Coords) *“Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos sociais em Espécie”*, Rio de Janeiro, Lúmen Júris Editora, 2008.

RAWLS, John, *“Uma Teoria da Justiça”*, São Paulo, Martins Fontes, 1997.

SARMENTO, Daniel, *“A Garantia do Direito à Posse dos Remanescentes de Quilombos Antes da Desapropriação”*, [http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/institucional/grupos-de-trabalho/quilombos-1/documentos/Dr\\_Daniel\\_Sarmiento.pdf](http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/institucional/grupos-de-trabalho/quilombos-1/documentos/Dr_Daniel_Sarmiento.pdf).

SILVA, José Afonso da, *“Curso de Direito Constitucional Positivo”*, 7ª ed, São Paulo, RT, 1991.

TORRES, Ricardo Lobo, *“Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário – Os Direitos Humanos e a Tributação: imunidades e isonomia”*. 3ª edição, vol. III, Rio de Janeiro, Renovar, 2005.

VIZCAÍNO, Catalino García, *“Derecho Tributário – Consideraciones Económicas Y Jurídicas”*, 2ª edição, Tomo I, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1999.

---

# *PATENTES E PESTES: A PROPRIEDADE INTELLECTUAL ENQUANTO INSTRUMENTO DE PREVENÇÃO A NOVAS PANDEMIAS<sup>1</sup>*

---

*Gabriel Silqueira Passarini de Resende<sup>2</sup>*

**Resumo:** Embora o sistema internacional de patentes seja apontado por parte da doutrina como um empecilho à promoção da saúde pública e, por via de consequência, como um dificultador no combate efetivo às crises sanitárias globais, o presente trabalho objetiva demonstrar que o correto manejo dos instrumentos fornecidos pelo sistema patentário possui o condão de prevenir novas pandemias. Por meio da análise de legislações internacionais e nacionais e da revisão bibliográfica acerca da matéria, a investigação proposta coloca o sistema de patentes em cotejo com a então almejada promoção da saúde pública. Uma vez identificados os dilemas inerentes a esta interface, o presente estudo assume uma postura jurídico-propositiva com vistas à melhor alocação e operacionalização das medidas e políticas de ordem patentária capazes de prevenir novas pandemias.

**Palavras-chave:** Patentes; Prevenção; Pandemias.

**Abstract:** Although the international patent system is pointed out by some doctrine as an obstacle to the promotion of public health and, consequently, as an obstacle to the effective combat of global health crises, this paper aims to demonstrate that the proper handling of the instruments provided by the patent system has the power to prevent new pandemics. Through the analysis of international and national legislation and the

---

<sup>1</sup> Trabalho resultante da sintetização de investigação científica promovida sob a Orientação do Professor Doutor Pedro Marcos Nunes Barbosa, com vistas à conclusão do Curso de Pós-Graduação em Direito da Propriedade Intelectual promovido pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio).

<sup>2</sup> Mestrando em Direito e Ciência Jurídica, na especialidade de Direito Intelectual, pela Universidade de Lisboa; Especialista em Direito da Propriedade Intelectual pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio).



literature review on the subject, the proposed investigation puts the patent system in collision with the then desired promotion of public health. Once the dilemmas inherent in this interface are identified, the present study takes a legal-propositional stance with a view to better allocating and operationalizing the measures and policies of patent order capable of preventing new pandemics.

**Keywords:** Patents; Prevention; Pandemics.

## 1. PESTES: CAUSAS E CONSEQUÊNCIAS

Ainda que o desígnio de impedir eventos epidemiológicos consista em mera abstração, flagrantemente distante do objeto possível da ciência, diversos são os mecanismos capazes de conduzir à mitigação ou à erradicação de doenças em momento anterior à sua ampla disseminação. Sem prejuízo dos inúmeros instrumentos técnico-científicos, econômicos, políticos e sociais à disposição dos Estados, o presente trabalho busca evidenciar a utilidade de um controverso mecanismo na prevenção de novas pandemias: o sistema de patentes.

Sob o desígnio de conceber o instituto jurídico das patentes como um instrumento capaz de auxiliar na prevenção de novas pandemias, o estudo prévio de suas causas e consequências se torna, pois, essencial. A compreensão de eventos pandêmicos correlatos àqueles que se pretende obstar, contudo, não se faz possível sem a caracterização prévia dos referidos enquanto resultantes da propagação de doenças infecciosas.<sup>3</sup>

O prospecto dos últimos anos demonstra que a ascensão de doenças infecciosas aflige a saúde pública e a dinâmica econômica global, implicando no vasto sofrimento humano. A origem de doenças infecciosas está relacionada a múltiplos fatores. Eis que diversos são os elementos pertinentes à gênese de uma doença infecciosa, dentre os quais se destacam os genéticos, sociais, políticos e econômicos. O enfrentamento de doenças infecciosas demanda, pois, abordagens multidisciplinares, multissetoriais e multifacetadas.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> Embora doenças não infecciosas também possam o condão de culminar em pandemias, o presente trabalho tem por escopo analisar medidas suficientes à prevenção de eventos epidemiológicos semelhantes àqueles que assolaram a humanidade de forma mais gravosa, notadamente ocasionados pela disseminação de doenças infecciosas.

<sup>4</sup> WHO. Managing epidemics: key facts about major deadly diseases. 2018.

Evidentemente, uma análise que preste à compreensão de um instituto jurídico como instrumento de prevenção da disseminação de novas doenças infecciosas não deve se pautar em medidas que busquem normatizar as situações fáticas relacionadas à origem destas mazelas. Conforme mencionado, a propagação de doenças infecciosas é multifatorial e, ainda que se tente tutelar cada uma das variáveis identificadas, a forma como a natureza se auto orienta e sobrepuja ao homem transcende ao objeto possível do direito.

Sem prejuízo, não é sobre as origens de uma doença infecciosa que a “intervenção” do direito se faz relevante *in casu*. Em verdade, é por meio do preenchimento de lacunas sistêmicas e da ordenação de instrumentos nacionais e internacionais de promoção da saúde pública que uma abordagem jurídica do problema adquire sentido.

Os agentes envolvidos na condução dos esforços necessários ao manejo de instrumentos jurídicos, contudo, nem sempre serão os mesmos. O direito se expressa necessariamente no espaço: os limites que definem a tutela de um ordenamento são os mesmos que negam a incidência normativa de outro. Isto posto, os atos e fatos juridicamente relevantes para um determinado Estado nem sempre importarão para além de suas fronteiras.

Nessa linha, a alocação do instituto jurídico das patentes enquanto instrumento de prevenção de novos eventos pandêmicos concerne à extensão de suas consequências no espaço. Em essência, a própria definição de pandemia não se relaciona com os fatores socioeconômicos e socioambientais que lhe dão origem, mas com o grau de propagação da respectiva doença.

Se de um lado a Organização Mundial da Saúde (“OMS”) sustenta que novas pandemias não consistem em meras probabilidades, sendo o *momentum* de sua ocorrência a única incerteza,<sup>5</sup> de outro defende a relevância do combate às doenças infecciosas ainda em seus estágios iniciais.<sup>6</sup> Nenhuma doença infecciosa surge a nível pandêmico: é a escala de disseminação de uma doença que define a classificação de um *surto*, de uma *epidemia* ou, em último grau, de uma

---

<sup>5</sup> WHO, 2018, *op. cit.*

<sup>6</sup> Segundo a OMS, a vigilância eficaz sobre doenças transmissíveis conhecidas existentes, especialmente aquelas com alto potencial epidêmico, é fundamental para a detecção precoce e prevenção de epidemias. A vigilância se faz necessária, ainda, para o monitoramento da resistência crescente a drogas antimicrobianas. Cf. WHO. WHO report on global surveillance of epidemic-prone infectious diseases. World Health Organization, 2000.

*pandemia*.<sup>7</sup> A prevenção ora pretendida, portanto, perpassa pela sistematização de mecanismos jurídicos voltados à mitigação de enfermidades locais e regionais.

### 1.1. Surtos, epidemias, pandemias e endemias

Considerada a aptidão de doenças infecciosas para surgirem localmente, a célere identificação das especificidades que lhe são inerentes é especialmente relevante para impedir sua ampla disseminação.<sup>8</sup> Em outras palavras, o combate de uma enfermidade em seus estágios introdutórios pode ser a chave para impedir que ela se propague. A efetividade desta medida, entretanto, demanda que eventos infecciosos sejam compreendidos a partir de sua extensão.

Um *surto* compreende o desenvolvimento de uma doença à nível local, em um grupo pequeno e limitado, como a população de um vilarejo.<sup>9</sup> Esta concepção, entretanto, além de ser subjetiva, não é harmônica. As características por meio das quais um surto é identificado na prática tendem a variar ao longo do tempo e do espaço.<sup>10</sup>

Ainda assim, um método comumente utilizado em análises epidemiológicas para definir o surgimento de um surto consiste no estabelecimento de uma média a partir do número esperado de casos para uma certa doença (variação sazonal na incidência) e a conseqüente análise da ocorrência de variações excessivas deles (surtos).<sup>11</sup> Ampliado o contexto da investigação, essa mesma metodologia se faz relevante na definição de outros eventos epidemiológicos.

Nessa linha, em se tratando de uma doença infecciosa, é a partir da contaminação concomitante de um número significativo de pessoas, à nível geográfico regional, que uma *epidemia* se instaura.<sup>12</sup> Um evento epidêmico pode também advir da disseminação de uma doença em uma comunidade ou um grupo com características biológicas em comum, para além do que poderia ser

---

<sup>7</sup> INSTITUTO BUTANTAN. Entenda o que é uma pandemia e as diferenças entre surto, epidemia e endemia. São Paulo: 2021.

<sup>8</sup> WHO, 2018, op. cit.

<sup>9</sup> ANDERSON, Douglas M.; ANDERSON, Lois E.; GLANZE, Walter D. Mosby's medical dictionary. 9. ed. St. Louis: Mosby, 2013, op. cit. p. 1301; INSTITUTO BUTANTAN, 2021, op. cit.

<sup>10</sup> BRADY, Oliver J. et. al. Dengue disease outbreak definitions are implicitly variable, *Epidemics*, v.11, p. 92-102, 2015.

<sup>11</sup> *Ibidem*

<sup>12</sup> ANDERSON, Douglas M.; ANDERSON, Lois E.; GLANZE, Walter D., 2013, op. cit. p. 629; INSTITUTO BUTANTAN, 2021, op. cit.

ordinariamente esperado.<sup>13</sup> O que é ordinariamente esperado, entretanto, acaba por se vincular aos critérios epidemiológicos utilizados na definição da mazela.<sup>14</sup>

Na prática, uma clara distinção entre surtos e epidemias pode ser verificada por meio da análise da história recente. Entre os anos 1976 e 2018 foram identificadas vinte e quatro disseminações localizadas do vírus Ebola na África Ocidental. Tratava-se de *surtos* que, embora alarmantes, não se comparavam à gravidade da *epidemia* de 2014, em que a propagação da mesma doença alcançou certos países africanos (Guiné, Libéria e Serra Leoa) e outros seis países em três diferentes continentes.<sup>15</sup>

Um passo adiante, finalmente disseminada em escala global, de modo a compreender um ou mais continentes e alcançar a maioria ou a totalidade da população, dada doença possui o condão de caracterizar uma *pandemia*.<sup>16</sup> O conceito originado da conjugação das palavras gregas *pan* (todos) e *demos* (povo), carrega em sua própria etimologia a noção de ampla propagação entre os povos.<sup>17</sup> Uma ameaça desta magnitude, contudo, apenas pode ser assim declarada pela OMS.<sup>18</sup>

A peste bubônica, gripe espanhola, HIV/AIDS, gripe suína<sup>19</sup> e a mais recente COVID-19 são algumas das pandemias que assolaram a humanidade de forma ampla. Eis que conforme anteriormente evidenciado, surtos, epidemias e pandemias não se distinguem a partir de suas causas, mas pela dimensão de suas consequências.<sup>20</sup> Sob mesma lógica, os instrumentos jurídicos e agentes

---

<sup>13</sup> CELENTANO, David D; SZKLO, Moyses. *Gordis Epidemiology*. 6. ed. Philadelphia: Elsevier, 2019.

<sup>14</sup> Em termos epidemiológicos, a identificação e definição de um evento infeccioso perpassa por uma análise fática a partir de diferentes níveis de intensidade, duração e velocidade no desvio médio da ocorrência da doença. Isto posto, a definição da desproporcionalidade de disseminação de uma doença infecciosa varia a partir dos critérios utilizados e de sua valoração no caso concreto. Cf. BRADY, Oliver J. et. al., 2015, op. cit.

<sup>15</sup> WHO, 2018, op. cit., p. 15.

<sup>16</sup> ANDERSON, Douglas M.; ANDERSON, Lois E.; GLANZE, Walter D., 2013, op. cit. p. 1322; CELENTANO, David D; SZKLO, Moyses., 2019, op. cit; INSTITUTO BUTANTAN, 2021, op. cit.

<sup>17</sup> QIU, Wuqi et al. The pandemic and its impacts. *Health, culture and society*, v. 9, p. 1-11, 2017.

<sup>18</sup> INSTITUTO BUTANTAN, 2021, op. cit.

<sup>19</sup> HUMEROVIC, Damir. Brief History of Pandemics (Pandemics Throughout History). *Psychiatry of Pandemics: A Mental Health Response to Infection Outbreak*, p. 7–35, 2019.

<sup>20</sup> Embora cientificamente associados, a noção de *endemia* não se confunde com os conceitos de surto, epidemia e pandemia. Uma *endemia* resta configurada quando da incidência periódica e habitual de uma doença infecciosa em determinada área geográfica ou em comunidade específica, desde que forma habitual e proporcional. Cf. ANDERSON, Douglas M.; ANDERSON, Lois E.; GLANZE, Walter D., 2013, op. cit. p. 1386; CELENTANO, David D; SZKLO, Moyses. *Gordis*, 2019, op. cit; INSTITUTO BUTANTAN, 2021, op. cit.

envolvidos no endereçamento de soluções para os referidos eventos nem sempre serão os mesmos, a depender da escala de disseminação de dada doença.

O combate a uma pandemia é ato complexo que demanda por verdadeira cooperação internacional. Todavia, a máxima eficácia resultante da coordenação de agentes nacionais e internacionais apenas poderá ser alcançada se os esforços empreendidos se voltarem à promoção de intervenções locais e regionais. Em essência, é o combate de doenças infecciosas a nível de surtos (preferencialmente) e epidemias (tardamente) que possui o condão de inviabilizar novas crises sanitárias globais.

## **1.2. Saúde: direito de todos, mas dever de quem?**

Objetivar uma atuação coordenada e cooperativa na utilização de instrumentos jurídicos em prol da saúde pública pode ser uma aspiração nobre e desejável, mas é também tarefa complexa e de difícil viabilização prática. Se a nível nacional a manutenção da isonomia no acesso à saúde já se apresenta como um desafio, em âmbito internacional a realidade é ainda mais gravosa.

Ainda que não se negue a necessidade de melhor alocar os recursos internos e de utilizar de maneira mais eficiente os mecanismos disponíveis, impedir a ocorrência de novas crises sanitárias globais demanda que estruturas administrativas nacionais e internacionais já existentes sejam amparadas por instrumentos do sistema de propriedade intelectual.

Apenas por meio de esforços do setor público, contudo, um evento epidemiológico não pode ser impedido ou superado. Com o advento da pandemia COVID-19, a concepção de ensaios clínicos e o desenvolvimento de medicamentos e vacinas foram majoritariamente viabilizados pela iniciativa privada.<sup>21</sup> Restou evidente que os órgãos públicos de diversos Estados não estavam suficientemente equipados e conseqüentemente preparados para uma crise sanitária, tornando necessárias as rápidas e inovadoras soluções do setor privado.<sup>22</sup>

---

<sup>21</sup> SAMPAT, Bhaven N.; SHADLEN, Kenneth C. The COVID-19 innovation system. *Health Affairs*, Washington, v. 40, nº 3, p. 400-409, 2021.

<sup>22</sup> TILLE, Florian, et al. Governing the public-private-partnerships of the future: learnings from the experiences in pandemic times. *Eurohealth*, v. 27, n. 1, p. 49-53, 2021.

Ainda assim, também não seria razoável sustentar a capacidade da iniciativa privada para combater crises sanitárias globais com autonomia. É por meio de parcerias público-privadas (“PPPs”) visando acelerar a pesquisa, melhorar as instalações de produção e/ou agilizar a aprovação de processos que soluções para eventos epidemiológicos são normalmente alcançadas.<sup>23</sup>

Não obstante, outras formas de parceria entre os setores foram também relevantes no combate à pandemia COVID-19, na medida em que conseguiram atender às emergências dentro de semanas e meses (um excelente panorama quando comparado às PPPs, cuja efetividade tende a demandar anos).<sup>24</sup> De relevante menção, as denominadas Parcerias de Desenvolvimento Produtivo (“PDPs”) também possuem o condão de colaborar no desenvolvimento e na transferência de tecnologias necessárias à produção de medicamentos estratégicos.<sup>25</sup>

Fato é que estratégias colaborativas entre as iniciativas público e privada apenas fazem sentido a partir da cooperação internacional com vistas à prevenção de novas pandemias. Sob o desígnio de auxiliar na promoção do mais alto nível de saúde para todos os povos, os Estados-membros da Organização das Nações Unidas (“ONU”) concordaram com o estabelecimento de agência especializada para gerir as questões internacionais atinentes à matéria. Nascia em 22 de julho de 1946, portanto, a já mencionada Organização Mundial da Saúde (“OMS”).<sup>26</sup>

Em essência, cumpre à OMS auxiliar os Estados na promoção da saúde por meio de práticas cooperativas entre instituições públicas e privadas de diferentes naturezas e países. Cumpre mencionar que nos termos de sua própria

---

<sup>23</sup> *Ibidem*. Necessário evidenciar que o combate às doenças infecciosas não interessa tão somente aos entes públicos. Assim como em relação às entidades estatais, o envolvimento de organismos internacionais e agentes privados é essencial à superação de crises sanitárias. A história recente revela que os Estados não são capazes de suprir integralmente as necessidades coletivas ocasionadas por uma emergência de saúde pública. Em essência, é a iniciativa privada que por vezes possibilita soluções rápidas e inovadoras a partir de um contexto de cooperação público-privada. Cf. TILLE, Florian, et al. Governing the public-private-partnerships of the future: learnings from the experiences in pandemic times. *Eurohealth*, v. 27, n. 1, p. 49-53, 2021.

<sup>24</sup> *Ibidem*

<sup>25</sup> Por meio de PDPs, duas ou mais instituições públicas ou instituições públicas e empresas privadas entram em acordo para fins de viabilizar o do fabrico de medicamentos em âmbito nacional. Sem prejuízo de outras vantagens oriundas do sistema, as PDPs são capazes de reduzir as dependências produtiva e tecnológica; racionalizar o poder de compra do Estado, mediante a centralização seletiva dos gastos na área da saúde; fomentar o desenvolvimento tecnológico e o intercâmbio de conhecimentos; e ainda promover o desenvolvimento e a fabricação em território nacional de produtos estratégicos para o SUS. Eis que a essencialidade destes ganhos em contextos pandêmicos são flagrantes e dispensam maiores explicações. Cf. MINISTÉRIO DA SAÚDE. Parcerias para o Desenvolvimento Produtivo (PDP). Publicado em 08 de março de 2021. Atualizado em 19 de março de 2021.

<sup>26</sup> Cf. *Article 1*, WHO. Constitution of the World Health Organization, signed on 22 July 1946.

Constituição, a agência especializada da ONU foi criada não apenas com vistas à mitigação de enfermidades já existentes, mas da prevenção de outras mazelas em matéria de saúde. Eis que a OMS não figura tão somente como peça importante na promoção de medidas que busquem obstar novas pandemias: é engrenagem essencial ao pleno funcionamento do mecanismo ora proposto.

Fato é que a eficiência e eficácia dos atos promovidos pela OMS estão intrinsecamente relacionados aos limites impostos e às permissões concedidas por seus Estados-membros. Para mais, embora seja sediada em Genebra, a autoridade voltada à resposta de epidemias está estruturada em entidades regionais e governada pela Assembleia Mundial da Saúde (“AMS”), órgão decisório essencialmente movido por questões orçamentárias e políticas.<sup>27</sup>

Especificamente no que concerne ao combate e prevenção de doenças infecciosas e emergências de saúde pública ocasionadas por eventos epidemiológicos, relevante pontuar que a OMS mantém um fluxo contínuo de disponibilização de forças de trabalho e recursos à *Global Outbreak Alert and Response Network* (“GOARN”).<sup>28</sup> Considerando o escopo específico de sua criação, ampliar a eficácia da GOARN pode ser especialmente relevante para obstar novas pandemias. Este movimento, entretanto, é dependente de maiores investimentos por parte dos Estados membros, tendo em vista que a OMS não financia a Rede diretamente.<sup>29</sup>

Por fim, ainda em relação à dinâmica internacional, a disparidade entre os países no que concerne ao acesso e a promoção da saúde humana constitui um ponto que demanda atenção. Não obstante à miséria, ao declínio econômico, e às rupturas sociais comuns aos países afetados por uma doença infecciosa, são os Estados menos favorecidos economicamente que sofrem o maior impacto das crises sanitárias.<sup>30</sup>

Dentre outras razões, populações pobres tendem a ser desproporcionalmente vulneráveis aos impactos de uma pandemia pois: (i) apresentam condições

---

<sup>27</sup> TAYLOR, Rosemary CR. The global governance of pandemics. *Sociology of Health & Illness*, v. 43, n. 6, p. 1540-1553, 2021.

<sup>28</sup> *Ibidem*; Criada no ano 2000, a GOARN consiste em rede global composta por mais de 250 (duzentas e cinquenta) instituições técnicas especializadas, notadamente órgãos estatais, laboratórios, ONGs e outras organizações destinadas a observar e responder a epidemias. Cf. GOARN. About Us., 2022?

<sup>29</sup> OBSTFELD, Maurice. The G20 must step up to confront the global health crisis. Peterson Institute for International Economics (PIIE), [S.l.], 03 de abril de 2020.

<sup>30</sup> JONAS, Olga B. *Pandemic risk*. Washington: World Bank, 2013.

de saúde mais debilitadas, sendo conseqüentemente mais propensas a complicações médicas; e (ii) tendem a ser as últimas providas em contextos de escassez de recursos essenciais.<sup>31</sup>

Nessa linha, para além de questões sociais, políticas e econômicas que agravam a disparidade entre os povos, importa consagrar que uma coalizão internacional que tenha por objetivo responder a crises sanitárias globais deve, necessariamente, tomar medidas sensíveis às necessidades de populações mais pobres e conseqüentemente mais vulneráveis.<sup>32</sup>

Conclusivamente, o ato de prevenir a ocorrência de novas pandemias pressupõe “intervenções” locais e regionais com vistas à mitigação de doenças infecciosas ainda em seus níveis iniciais, tendo por foco situações de maior vulnerabilidade social. O manejo das medidas necessárias e suficientes à prevenção objetivada, contudo, perpassa pelo uso cooperativo das redes nacionais e internacionais já existentes. Se por um lado a criação de novos mecanismos de promoção da saúde pública não aparenta ser necessária, a otimização e a interconexão entre os sistemas já existentes são medidas que se impõem.

## 2. O CAOS E A PROPRIEDADE INTELECTUAL

### 2.1. Propriedade Intelectual e Patentes

A noção de propriedade intelectual compreende os direitos relacionados aos trabalhos literários, artísticos e científicos; às performances de artistas, aos fonogramas e às transmissões audiovisuais; aos inventos em todos as áreas do conhecimento desenvolvido pelo homem; às descobertas científicas; aos desenhos industriais; às marcas e nomes comerciais; bem como à proteção contra a concorrência desleal, sem prejuízo de outros direitos derivados da atividade intelectual em campos relacionados.<sup>33</sup>

A partir do conceito emanado pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual (“OMPI”), a Propriedade Intelectual pode ser compreendida como uma área jurídica internacionalmente difundida e harmonizada, responsável por

---

<sup>31</sup> Ibidem

<sup>32</sup> DIWAKAR, Vidya. From pandemics to poverty. Hotspots of vulnerability in times of crisis. ODI’s series on coronavírus, 2020.

<sup>33</sup> Article 2 (8), Convention Establishing the World Intellectual Property Organization).



abranger os campos da Propriedade Industrial, dos Direitos Autorais, bem como outros direitos responsáveis pela tutela de bens imateriais de naturezas diversas.<sup>34</sup>

Sob a perspectiva da saúde pública, especialmente do desígnio de identificar medidas capazes de auxiliar na prevenção de novas crises sanitárias globais, é o instituto jurídico das patentes que se destaca em relação aos demais direitos da propriedade industrial. Isso porque o sistema de patentes compreende um mecanismo de incentivo ao desenvolvimento tecnológico contínuo das diferentes áreas da ciência,<sup>35</sup> que, por sua vez, é essencial no combate às enfermidades humanas.

A patente consiste em um título conferido pelo Estado àquele que, tendo figurado como autor de uma invenção submetida ao crivo de rigoroso processo administrativo, torna público o conhecimento técnico envolvido na concepção desta. Em contrapartida à divulgação da informação científica, o titular da patente adquire o direito de propriedade sobre a invenção, podendo gozar de maneira exclusiva dos atributos que lhe são inerentes.

De uma perspectiva econômica, o sistema de patentes visa, pois, recompensar os investimentos intelectuais e financeiros do titular da invenção, fomentando, por via de consequência, o aporte de capital pelas iniciativas empresariais em prol do desenvolvimento de novas tecnologias e a disponibilização de novos produtos no mercado.<sup>36</sup>

A partir dos direitos exclusivos garantidos pela patente, o titular passa a poder excluir terceiros da exploração da criação intelectual, reforçando os incentivos mercadológicos que fundamentam o sistema. Assim, o Estado fomenta o investimento de recursos em prol do desenvolvimento de novas tecnologias e sua consequente disponibilização comercial.<sup>37</sup> Em estreita síntese, o sistema de

---

<sup>34</sup> Denis salienta, contudo, que a Convenção em questão é meramente adjetiva e não objetiva a estruturação de normas jurídicas comuns aos Estados signatários. Cf. BARBOSA, Denis Borges. Uma introdução à Propriedade Intelectual. 2a ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

<sup>35</sup> ABBOTT, Frederick M.; REICHMAN, Jerome H. Facilitating Access to Cross-Border Supplies of Patented Pharmaceuticals: The Case of the COVID-19 Pandemic. *Journal of International Economic Law*, Oxford, v. 23, p. 535-561, 2020; e LEVIN, Richard. A Patent System for the 21st Century. *Issues in Science and Technology*, v. 20, n° 4, University of Texas at Dallas, p. 49-54, 2004.

<sup>36</sup> INPI. Manual Básico para Proteção por Patentes de Invenções, Modelos de Utilidade e Certificados de Adição. Versão de julho de 2021.

<sup>37</sup> WHO; WIPO; WTO. Promoting Access to Medical Technologies and Innovation: Intersections between Public Health, Intellectual Property and Trade. 2ª ed. Genebra: Book Now Ltd, 2020.

patentes promove a inovação por meio da possibilidade de obtenção de altos lucros que proporciona aos seus titulares, razão pela qual tem figurado como a forma mais dominante de atração da iniciativa privada na atualidade.<sup>38</sup>

Sob a perspectiva de saúde pública, contudo, a adequação de um sistema de inovação tecnológica cuja atratividade jaz no potencial custo-benefício de sua utilização por companhias responsáveis pelo fabrico e disponibilização de recursos essenciais à vida humana é, no mínimo, passível de questionamentos.

## 2.2. Patentes e Saúde Pública

Ao longo da história, a inovação científica e o conseqüente desenvolvimento tecnológico foram essenciais à melhoria das condições da vida humana, mas insuficientes à erradicação de pestes ou à prevenção de suas mazelas. Sendo o acesso à saúde e a inovação farmacêutica pontos fulcrais no combate a crises sanitárias, o papel das patentes na promoção da saúde pública tem sido reiteradamente debatido.<sup>39</sup>

O sistema de patentes não apenas promove a inovação, mas também visa assegurar que os resultados positivos de sua operacionalização se tornem acessíveis pela sociedade. Sob a perspectiva de saúde pública, contudo, o desafio é viabilizar o equilíbrio entre o interesse dos titulares do direito de exclusiva e as necessidades da população.<sup>40</sup>

O sistema de incentivos proporcionado pela proteção conferida pelas patentes pode ser justificado em relação às tecnologias aplicáveis à saúde se 3 (três) características de seu desenvolvimento forem levadas em consideração: (i) o alto risco de insucesso do fabrico; (ii) a necessidade de investimentos econômicos consideráveis; e (iii) o fundamental envolvimento de diversos profissionais com conhecimentos técnicos específicos.<sup>41</sup>

Sem prejuízo, a aludida proteção é também defensável pela disparidade de investimentos necessários ao seu desenvolvimento e à sua multiplicação, sendo de onerosa produção, mas de módica reprodução. Nesse sentido, um cenário desregulado seria potencialmente favorável à introdução mercadológica de

---

<sup>38</sup> SAMPAT, Bhaven N.; SHADLEN, Kenneth C. The COVID-19 innovation system. *Health Affairs*, Washington, v. 40, n° 3, p. 400-409, 2021.

<sup>39</sup> WIPO. Public Health and Patents. [S.I.], [2007?].

<sup>40</sup> *Ibidem*

<sup>41</sup> WHO; WIPO; WTO, 2020, op. cit.

concorrentes interessados em explorar réplicas da tecnologia concebida por outrem, mas sem se valerem da promoção de grandes investimentos.<sup>42</sup>

Lado outro, diversas são as críticas tecidas no tocante à interface existente entre a dinâmica da proteção jurídica conferida às patentes e a promoção da saúde pública. Em outras palavras, muitas são as vias e os fundamentos pelos quais a exclusão temporária do amplo acesso às tecnologias médico-farmacêuticas pode ser contundentemente questionada.

Sendo diversos os pontos críticos decorrentes da proteção patentária em matéria de saúde pública, a exemplo da morosidade que recai sobre a inovação e o obstáculo à difusão dos resultados tecnológicos, profundo é o debate no que concerne à proteção conferida pela propriedade industrial. Para além das reflexões atinentes à necessidade ou utilidade do sistema, parece não existir consenso se as patentes figuram como instrumentos de incentivo ao desenvolvimento ou, em sentido diametralmente oposto, como barreiras de acesso equitativo às tecnologias aplicáveis à saúde.<sup>43</sup>

Para Remédio Marques, mesmo em um contexto pandêmico a tutela jurídica das patentes continua tendo potencial utilidade na promoção da saúde dos cidadãos. Esta possibilidade, contudo, apenas pode ser efetivada por meio do exercício dos direitos conferidos aos titulares da exclusiva em estrita observância aos preceitos regulatórios impostos à atividade farmacêutica em âmbito nacional e internacional.<sup>44</sup>

Lado outro, no sentir de Peter Drahos, a existência de patentes na área da saúde implica em uma “comodificação” do sofrimento humano.<sup>45</sup> Em outras palavras, patentes relacionadas à seara da saúde possuem o condão de transformar o sofrimento humano em um insumo economicamente explorável. Para o autor, sistemas internacionais de acúmulo de capital não são arquitetados em torno da preservação da vida tão somente para fins de promoção do bem-estar coletivo.<sup>46</sup>

---

<sup>42</sup> *Ibidem*

<sup>43</sup> CHAMAS, Claudia. Inovação, propriedade intelectual e acesso a medicamentos e vacinas: o debate internacional na pandemia da COVID-19. Liinc em Revista, vol. 16, nº 2, p. e5338, 2020; e ABBOTT; REICHMAN, 2020, op. cit.

<sup>44</sup> MARQUES, 2020, op. cit.

<sup>45</sup> DRAHOS, Peter. Public lies and public goods: ten lessons from when patents and pandemics meet. EUI LAW, European University Institute Research Repository, Itália, Cadmus, 2021

<sup>46</sup> *Ibidem*.

Contrariamente, muitos são os interesses econômicos que se encontram na base de mecanismos como o sistema de patentes.

O que pode ser tido como uníssono, contudo, é que as pandemias (com destaque à contemporânea COVID-19) tornaram possível a mais clara identificação de diversas fragilidades do sistema de patentes e sua inadequação na promoção da saúde pública.<sup>47</sup>

### 2.3. O Acordo TRIPS e a Declaração de Doha

Em 15 de abril de 1994 era criada a Organização Mundial do Comércio (“OMC”), estrutura institucional de matiz internacional voltada à viabilização das relações comerciais entre seus Estados-membros.<sup>48</sup> Considerada a multiplicidade de matérias relevantes ao mercado internacional, diferentes temáticas foram desenvolvidas de forma apartada, por meio de Anexos indissociavelmente integrados ao instrumento constituinte, os quais passaram a vincular os Estados-membros.<sup>49</sup> Dentre os referidos, destaca-se o Anexo 1C, com vistas ao estabelecimento de diretrizes pertinentes à interface entre o comércio e os direitos de propriedade intelectual, nomeadamente o Acordo TRIPS.

Por meio de seu Artigo 30, aos Estados-membros é expressamente facultada a possibilidade de estabelecer exceções aos direitos exclusivos conferidos por uma patente. Este mesmo dispositivo, contudo, impõe que as circunstâncias excepcionais sejam harmonizadas à exploração normal da patente, de modo a não prejudicar os legítimos interesses do titular, bem como dos de terceiros.<sup>50</sup> O Artigo 31, por sua vez, determina que os Estados-membros observem certas diretrizes ao permitir que terceiros explorem os direitos concedidos por uma patente sem, contudo, dependerem de uma prévia autorização de seu titular.<sup>51</sup>

As disposições impostas visam garantir, em essência, que a exploração

---

<sup>47</sup> ANTUNES, Aquilino Paulo. Covid-19 e medicamentos: Vulnerabilidade, escassez e desalinhamento de incentivos. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, vol. LXII, nº 1, p. 145-168, 2021.

<sup>48</sup> Cf. *Article II, Item 1.*, WTO. Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, 1994.

<sup>49</sup> Cf. *Article II, Item 2.*, WTO. Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, 1994.

<sup>50</sup> Cf. *Article 30*, WTO. Agreement on Traded-related aspects of Intellectual Property Rights, 1994, as amended in 2017.

<sup>51</sup> Cf. *Article 31*, WTO. Agreement on Traded-related aspects of Intellectual Property Rights, 1994, as amended in 2017.

excepcional de uma patente tenha por base uma finalidade relevante específica, duração temporária, inalienabilidade e não exclusividade da utilização, com vistas ao abastecimento do mercado interno, predominantemente, e mediante justa remuneração do titular. Busca-se, em outras palavras, mitigar os danos de uma exploração de direitos conferidos por uma patente que, embora viabilizada por dado Estado, não restou autorizada por seu titular.

Se de um lado o Artigo 31 do Acordo dispõe em sua alínea “f” que a exploração excepcional dos direitos conferidos por uma patente deve ser autorizada com vistas a priorizar o abastecimento dos mercados internos, o Artigo 31*bis* expressamente afasta esta aplicação em relação à concessão de licenças compulsórias para produção de produtos farmacêuticos e sua exportação para outros Estados-membros.<sup>52</sup>

Anteriormente à possibilidade de relativizar um direito de exclusiva nos termos do Artigo 31*bis* do Acordo TRIPS, contudo, os Estados Membros da OMC já haviam reconhecido a gravidade de certos efeitos práticos da proteção conferida à propriedade intelectual, em face da saúde pública. Neste contexto restou firmada a Declaração sobre o Acordo TRIPS e Saúde Pública, de 20 de novembro de 2001, comumente denominada de Declaração de Doha, em referência à cidade em que ocorreram as negociações.<sup>53</sup>

Ao reconhecerem que o Acordo TRIPS não deve impedir a adoção de medidas suficientes à promoção e garantia da saúde pública,<sup>54</sup> os Estados-membros assumiram a possibilidade de que as disposições do tratado-contrato fossem interpretadas e adequadas de forma flexível. Noutras palavras, a Declaração de Doha garante o exercício de flexibilidades sobre o sistema de patentes, sob o escopo de promoção da saúde pública.

Na prática, a Declaração faculta aos Estados-membros a concessão de licenças compulsórias, o estabelecimento de seus pressupostos, o direito de definir as circunstâncias de emergência, bem como as hipóteses de exaustão dos direitos

---

<sup>52</sup> Cf. *Article 31bis*, WTO. Agreement on Traded-related aspects of Intellectual Property Rights, 1994, as amended in 2017.WTO.

<sup>53</sup> Na forma da Declaração de Doha, os Estados-membros da OMC reconheceram a gravidade dos riscos à saúde pública ocasionados pelas pandemias em países subdesenvolvidos e em desenvolvimento. Nesse contexto, em que pese tenham os membros reafirmado a importância da proteção garantida à propriedade intelectual, os referidos reconheceram os impactos da tutela sobre o preço dos produtos. WTO. Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health, 2001.

<sup>54</sup> Cf. *Preamble, item 4*. WTO. Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health, 2001.

de propriedade intelectual. Por consenso, contudo, crises sanitárias que alcancem níveis de propagação equivalentes ao de epidemias e pandemias devem ser consideradas como representativas de emergência nacional.<sup>55</sup>

A fim de auxiliar os países com baixa produtividade farmacêutica, os países desenvolvidos se comprometeram a promover incentivos às empresas e instituições dos referidos Estados, realizando transferências de tecnologia para tanto. A perspectiva do início do século era que uma solução à insuficiência industrial notada nos países menos desenvolvidos fosse encontrada até o final do exercício de 2002.<sup>56</sup> Em resposta, por meio de Decisão de 30 de agosto de 2003, o Conselho TRIPS facultou aos países menos favorecidos a realização de diversas renúncias, desde que sob o escopo de promoção da saúde pública.<sup>57</sup>

Em reunião do Conselho TRIPS<sup>58</sup> realizada no dia 30 de julho de 2020, embora os Estados-membros tenham reconhecido o mérito do sistema multilateral de propriedade intelectual no incentivo à pesquisa e desenvolvimento de inovações médicas essenciais ao combate da pandemia COVID-19, diversos foram os dilemas identificados na operacionalização do sistema.<sup>59</sup>

Na oportunidade, os países menos desenvolvidos e em desenvolvimento apontaram os desafios enfrentados no combate à crise sanitária ocasionada pelo vírus Sars-Cov-2, tendo em vista as dificuldades técnicas, jurídicas e institucionais na aplicação das flexibilidades do TRIPS. Em estreita síntese, os referidos Estados-Membros evidenciaram a escassez de produtos essenciais no enfrentamento da pandemia, sua incapacidade de arcar com a demanda interna por meio do fabrico nacional e a consequente dependência de importações para promoção da saúde pública.<sup>60</sup>

Apesar das aludidas considerações, os países desenvolvidos se limitaram a defender o sistema de propriedade intelectual vigente e alegaram ser o Acordo TRIPS o instrumento necessário ao alcance do equilíbrio entre inovação e saúde

---

<sup>55</sup> Cf. *Preamble, item 5.*, WTO. Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health, 2001.

<sup>56</sup> Cf. *Preamble, item 6.*, WTO. Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health, 2001

<sup>57</sup> WTO. WT/L/540. Implementation of Paragraph 6 of the Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health. 02 de setembro de 2003.

<sup>58</sup> O Conselho TRIPS consiste em órgão responsável pela administração e operacionalização do Acordo, em estrita observância às funções e responsabilidades que lhe foram conferidas, forte no Artigo 68 do diploma. WTO. Agreement on Traded-related aspects of Intellectual Property Rights, 1994, as amended in 2017.

<sup>59</sup> WTO. WTO members stress role of IP system in fighting COVID-19. Genebra: 30 de julho de 2020.

<sup>60</sup> *Ibidem*

pública. Nessa linha, complementaram que o combate à COVID-19 apenas tem sido viabilizado pelo manejo de um mecanismo de colaboração internacional e de compartilhamento voluntário de conhecimento e licenciamento, sem prejuízo dos direitos intelectuais.<sup>61</sup>

Tais posicionamentos evidenciam que, para além das vantagens do sistema criado pelo Acordo TRIPS e desenvolvido pela Declaração de Doha, a prioridade na exploração das inovações médicas tende a ser garantida a países de alto poder aquisitivo, tendo em vista sua capacidade de arcar com o preço de desenvolvimento e aquisição das patentes. A partir da posição favorecida, os países desenvolvidos priorizam a saúde de seus nacionais e os interesses científicos de suas indústrias. Os países subdesenvolvidos e em desenvolvimento, em contrapartida, tendem a não somente conseguir acesso a produtos e técnicas que são, em verdade, insuficientes ao preenchimento de suas necessidades.<sup>62</sup>

As aparentes falhas do Acordo TRIPS e da Declaração de Doha na tentativa de conciliar os direitos de propriedade intelectual e a promoção de saúde pública, contudo, não afastam a utilidade e relevância dos mecanismos e flexibilidades que neles constam. A insuficiência de um resultado nem sempre implica na insuficiência do meio utilizado.

Muitas são as condições e os interesses que conduzem às dificuldades de se utilizar o sistema de patentes como um instrumento favorável à promoção da saúde. Esta noção, contudo, não prejudica (nem deve prejudicar) o mérito das exceções estabelecidas nos aludidos instrumentos internacionais.

### **3. PATENTES E PREVENÇÃO**

Uma análise dos esforços e mecanismos até então positivados e operacionalizados no combate de eventos epidemiológicos conduz à percepção de que diversas escolhas à nível de cooperação internacional culminaram em consequências que, embora imperfeitas, foram por vezes suficientes à mitigação dos danos ocasionados por pandemias pretéritas. Ainda assim, a promoção de esforços apenas de forma incidental não aparenta ser suficiente à prevenção de novas pandemias. É o combate profilático, notadamente preventivo, que possui o condão de obstar crises sanitárias futuras.

---

<sup>61</sup> *Ibidem*

<sup>62</sup> DRAHOS, 2021, op. cit.

Para além de diversas soluções técnicas inovadoras que podem vir a ser arquitetadas,<sup>63</sup> o ato de impedir a propagação de eventos epidemiológicos a níveis locais e regionais tem mais a ver com a correta alocação de estruturas já existentes do que com avanços tecnológicos disruptivos, mas tardios. A identificação de mecanismos suficientes à prevenção de pandemias futuras perpassa, pois, pela compreensão de alguns dos esforços já tentados e de suas respectivas consequências.

### 3.1. Prospectando o passado

A partir das já evidenciadas disparidades técnicas, jurídicas, institucionais e econômicas existentes em âmbito internacional, notadamente manifestas na incapacidade de diversos países no suprimento da demanda interna por produtos e tratamentos necessários à promoção da saúde pública, cooperações e flexibilizações internacionais sobre o sistema de patentes demonstraram ser essenciais no controle de pandemias pretéritas.

Com o advento da Declaração de Doha e das flexibilidades por ela estabelecidas foi possível orientar a produção paulatina de antivirais genéricos de alta qualidade e com baixo custo. Estes medicamentos, por vezes determinantes no combate do vírus HIV e o conseqüente tratamento da AIDS, possibilitaram o tratamento de milhões de pessoas economicamente desfavorecidas.<sup>64</sup>

Não obstante aos méritos do aludido documento, a distribuição efetiva de fármacos e tratamentos no contexto das pandemias da AIDS, Gripe Aviária e da mais recente COVID-19 pode ser reputada como falha, vez que insuficiente

---

<sup>63</sup> Não obstante à tutela jurídica dos atos e fatos da vida, para Lawrence Lessig quatro são os elementos de regulação sobre o espaço (real e cibernético): (i) o mercado; (ii) as leis; (iii) as arquiteturas; e (iv) as normas (determinações coletivas). A noção de “arquitetura” diz respeito a uma forma de código que, embora não possa ser considerada lei, é capaz de determinar os limites da atuação dos indivíduos em um determinado espaço. Trata-se, pois, de um complexo de ferramentas capaz de estruturar e restringir abordagens em torno de um dado objeto. Insta salientar que não existe apenas uma forma de arquitetura e que diferentes arquiteturas incorporam valores diversos. Cf. LESSIG, Lawrence. Code: Version 2.0. New York: Basic Books, 2006. Nessa senda de ideias, a alusão à possibilidade de novas arquiteturas envolvendo soluções técnicas diversas com vistas à prevenção de novas pandemias parte do reconhecimento de que novos mecanismos de controle, para além daqueles já existentes, possuem o condão de ser uma via alternativa à regulação patentária. Em mesmo sentido, quando o sistema de patentes é aqui referido como uma forma de arquitetura, faz-se referência a um conjunto de instrumentos que, enquanto código, autorizam e impedem certas condutas em observância aos valores que se pretende consagrar.

<sup>64</sup> DRAHOS, 2021, op. cit.



no combate à concentração de recursos medicamentosos nas mãos de poucos Estados.<sup>65</sup> Importante verificar que aludida falha se relaciona com a dificuldade de operacionalização plena das flexibilizações facultadas pelo Acordo TRIPS e pela Declaração de Doha, especificamente com o controverso e já mencionado instituto das licenças compulsórias.

Nos termos do Artigo 31, alínea (f) do Acordo TRIPS, aos Estados-membros da OMC é facultada a exploração de patentes com vistas ao suprimento de seus mercados internos, independentemente da autorização de seus respectivos titulares. Perspectiva esta que é favorável aos países detentores de capacidade de fabrico industrial em âmbito nacional, mas extremamente vazia sob a perspectiva dos países menos desenvolvidos.

Fatalmente, a viabilização de licenças compulsórias para atender às demandas de mercados internos é também um óbice negocial à distribuição de fármacos e outras tecnologias de uso médico para países incapazes de promover o próprio fabrico. Embora esta falha tenha sido identificada pela Declaração de Doha<sup>66</sup> e posteriormente regulamentada pelo Conselho TRIPS,<sup>67</sup> o estabelecimento de diversas exigências à viabilização da distribuição figura como um dificultador do acesso à saúde, *per se*.

Em estreita síntese, restou definido que a negociabilidade das inovações a ser exportadas com vistas à promoção da saúde pública pressupõe: (i) a clara discriminação de seus nomes e das quantidades transacionadas; (ii) a limitação da transação à exata necessidade do Estado importador (claramente à data do negócio); (iii) que estes estejam sob licença compulsória no território de ambos os Estados (exportador e importador); e (iv) a persistência do requisito da justa remuneração dos produtos transacionados por parte do Estado-membro exportador.<sup>68</sup> Não surpreende, pois, que referido sistema tenha sido utilizado uma única vez, oportunidade na qual figurou Canadá como membro exportador e Ruanda como membro importador.<sup>69</sup>

Fato é que, independentemente das complexidades inerentes à concessão de licenças compulsórias ou da utilização de limitações e exceções sobre direitos

---

<sup>65</sup> *Ibidem*

<sup>66</sup> Cf. *Item 6, Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health*, 2001

<sup>67</sup> WTO. WT/L/540, de 02 de setembro de 2003.

<sup>68</sup> Cf. Parágrafos 2. e 3., WTO. WT/L/540, de 02 de setembro de 2003.

<sup>69</sup> WTO. Document Search. Acesso em: 02 de fevereiro de 2022.

de propriedade intelectual diversas, estas consistem em um pleito recorrente por parte de Estados com menor capacidade de fabrico industrial quando se deparam com crises sanitárias.<sup>70</sup> Em oposição a tais reivindicações, países economicamente desenvolvidos tendem a contraindicar o licenciamento compulsório de patentes sob o argumento de desincentivo à pesquisa e desenvolvimento de novas drogas, bem como a redução de investimentos estrangeiros futuros no Estado concedente.<sup>71</sup>

Sem prejuízo da legitimidade de tais fundamentos, tecidos sob flagrante influência da indústria farmacêutica, cumpre evidenciar ao menos três falhas da aludida argumentação: (i) uma parcela muito pequena da P&D global é contribuída por compra de medicamentos em países e por populações de baixa renda, então pouco seria perdido; (ii) uma parte substancial do financiamento para P&D na mais recente pandemia foi por meio de parcerias entre as iniciativas pública e privada, tornando a expectativa dos investidores um fator secundário;<sup>72</sup> e (iii) ainda que o licenciamento compulsório de patentes possa ter efeitos adversos a longo prazo, soluções imediatas em matéria de saúde pública são mais relevantes que perspectivas financeiras diferidas no tempo.<sup>73</sup>

Propostas de licenciamento compulsório no contexto da pandemia COVID-19 com vistas ao fabrico de vacinas por empresas produtoras de genéricos não foram levadas à diante. Se por um lado licenciamentos desta natureza possibilitam a

<sup>70</sup> Conforme preleciona Pedro Marcos Nunes Barbosa, o desequilíbrio existente entre titulares e não titulares dos direitos de patente é evidente e conduz a uma instabilidade iníqua do sistema. Sob o desígnio de promoção do direito à saúde, entretanto, a perseguição de um “mínimo existencial” deve servir de base à contraposição dos direitos dos titulares e dos não titulares de patentes. De forma conclusiva, a relativização parcial e temporária de direitos de propriedade não minora quaisquer garantias dos titulares de patentes, mas, em sentido diametralmente oposto, reforça a eficácia social da saúde e propriedade intelectual. Cf. BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. As patentes farmacêuticas e os Direitos Humanos. Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais, v. 2, n. 11, p. 170-194, 2009. Partindo-se dessas noções, no âmbito internacional (em que a disparidade no acesso às inovações objeto de patente se torna ainda mais evidente) não devem os direitos de propriedade intelectual ou suas consequências político-econômicas figurar como óbices à promoção da saúde pública em países com menor capacidade de fabrico industrial.

<sup>71</sup> Aludidos posicionamentos, entretanto, não consistem em qualquer novidade na política internacional. Nas palavras de Paula Forgioni “Normalmente, as nações exportadoras de propriedade industrial tendem a defender proteção mais intensa dos exclusivos, enquanto as importadoras preferem interpretação que tome em conta interesses outros que não apenas os dos titulares dos direitos.” Cf. FORGIONI, Paula Andrea. O que esperar do antitruste brasileiro no século XXI. Revista Jurídica Luso-Brasileira, v. 1. n. 1, p. 1713-1742, 2015, p. 1723.

<sup>72</sup> Neste mérito, importante evidenciar que para além dos recursos públicos utilizados no impulsionamento tecnológico das companhias privadas (notadamente oriundos da tributação imputada aos contribuintes), os Estados garantiram a aquisição integral das inovações produzidas, dissipando os riscos inerentes à atividade industrial dos laboratórios.

<sup>73</sup> ABBOTT, Frederick M.; REICHMAN, Jerome H., 2020. op. cit., p. 541.

exploração de invenções patenteadas, por outro não torna pública a integralidade das informações necessárias ao fabrico e ao controle dos medicamentos, as quais são, em regra, protegidas por segredos de negócios.<sup>74</sup>

A transferência contratual do *know-how* necessário à exploração efetiva de uma tecnologia licenciada geralmente não é divulgada em patentes ou pedidos de patente, publicações científicas relacionadas ou relatórios de avaliação de autoridades farmacêuticas.<sup>75</sup> Na prática, não seria crível sustentar contrapartidas suficientes à partilha de segredos de negócios por parte das companhias que alocam grande parte de seus recursos em P&D e no sigilo da informação.

A ausência de dados precisos sobre o processo produtivo é, pois, fator impeditivo da efetiva reprodução da tecnologia ou da criação de produtos equivalentes. A viabilização do licenciamento compulsório pressuporia, portanto, a garantia de acesso, ainda que temporário, ao *dossier* de cada vacina.<sup>76</sup> Cumpre mencionar que, sob tutela do artigo 39, nº 3 do Acordo TRIPS,<sup>77</sup> a divulgação de tais dados poderia ser reputada como legítima, vez que facultada às hipóteses de necessidade pública.

Em suma, ainda que as negociações no âmbito Conselho TRIPS sejam importantes para os países em desenvolvimento, estas tendem a implicar em custos de diferentes ordens. Sem prejuízo, facultar aos Estados-membros renúncias e relativizações claras e objetivas pode possibilitar avanços médico-farmacêuticos mais eficazes do que diversos licenciamentos compulsórios à nível nacional. A viabilização de negociações desta natureza, entretanto, depende de esforços paralelos e informais envolvendo iniciativas práticas, em especial aquelas voltadas à partilha do *know-how* de fabricação das tecnologias em comento.<sup>78</sup>

De forma evidente, ainda que a utilidade e a necessidade de licenças compulsórias em contextos de eventos epidemiológicos sejam objeto de divergência, este panorama reflete uma característica intrínseca do próprio sistema de patentes: a tentativa de equilíbrio de interesses sociais conflitantes.

---

<sup>74</sup> ANTUNES, Aquilino Paulo, 2021, op. cit.

<sup>75</sup> HILTY, Reto et al. Covid-19 and the role of intellectual property: position statement of the Max Planck Institute for innovation and competition of 7 May 2021. Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper, n. 21-13, 2021, p.2

<sup>76</sup> *Ibidem*

<sup>77</sup> Cf. *Article 39, item 3*, WTO. Agreement on Traded-related aspects of Intellectual Property Rights, 1994, as amended in 2017.

<sup>78</sup> DRAHOS, 2021, op. cit.

Sob a perspectiva da indústria, o complexo patentário é atraente pelas vantagens concorrenciais viabilizadas pelo exercício de um direito exclusivo.<sup>79</sup> À luz dos interesses da comunidade, entretanto, o sistema pode ser benéfico do ponto de vista da divulgação da informação e do acesso à tecnologia.<sup>80</sup>

O licenciamento compulsório ou o sistema de patentes de forma geral não precatam, *per se*, o acesso à saúde pública. Ainda assim, em alternativa à derrubada do complexo jurídico patentário ou das medidas de caráter cogente sobre o direito dos titulares exclusivos, outras modalidades de exploração já arquitetadas podem melhor endereçar a prevenção de novas pandemias.

Independentemente da via jurídica adotada na proteção de bens intelectuais, não deve a concessão de direitos de exclusiva em meio a crises sanitárias globais figurar como obstáculo à produção e distribuição de vacinas, tratamentos, diagnósticos e equipamentos médicos para atender às necessidades de saúde pública global.<sup>81</sup> Em última análise, uma vez viabilizado o acesso a tecnologias de uso médico essencial em meio a um evento epidemiológico, os meios lícitos utilizados para tanto são, *prima facie*, justificáveis.

Forte nesta base axiológica, uma primeira alternativa ao licenciamento

---

<sup>79</sup> Conforme assevera Milton Leão Barcellos, a interface entre a tutela jurídica da Propriedade Intelectual e o direito antitruste não advém de mera previsão legal, mas também da inseparabilidade jurídica de princípios constitucionais intrinsecamente relacionados. Cf. BARCELLOS, Milton Lucídio Leão. As bases jurídicas da propriedade industrial e a sua interpretação. Biblioteca Digital de Teses e Dissertações da PUCRS, 2006. p. 101; Calixto Salomão Filho evidencia que, nos dias de hoje, é o estímulo à concorrência a justificação fulcral do sistema de patentes, em contradição ao objetivo protecionista estatal sobre o qual fora concebido. Cf. SALOMÃO FILHO, Calixto. Razoabilidade e legalidade do licenciamento compulsório do ponto de vista concorrencial. In: BASSO, Maristela et al. Direitos de propriedade intelectual & saúde pública. O acesso universal aos medicamentos antirretrovirais no Brasil. São Paulo: Editora Know-how Editorial, 2007, p. 154. No sentir de Paula Forgioni, uma vez assegurado o monopólio de exploração sobre determinada criação, a propriedade intelectual passa a figurar como uma forma de proteção do agente econômico em face da concorrência. Em compêndio, os privilégios consubstanciados nos direitos de propriedade intelectual são capazes de minorar o grau de concorrência em determinada seara, de modo a recompensar o criador intelectual. Cf. FORGIONI, Paula Andrea, 2015, op. cit., p. 1725; .Acerca da temática, Karin Grau Kuntz acautela que o direito patentário não deve ser visto como um instrumento capaz de efetivamente garantir o retorno dos investimentos procedidos pelo agente econômico que desenvolve e disponibiliza a inovação no mercado. O retorno financeiro depende, em verdade, da boa recepção da invenção por parte dos consumidores, de modo que as liberdades protegidas no mercado não se centram exclusivamente na pessoa do agente econômico, mas também nos consumidores. Trata-se de um equilíbrio entre liberdade de iniciativa, liberdade de concorrência e liberdade de escolha dos consumidores. Cf. GRAU-KUNTZ, Karin. Direito de patente e mercados secundários - Impressoras e cartuchos de tinta. Revista Eletrônica do IBPI, n. 5, p. 15-40, 2012, p. 17.

<sup>80</sup> GONÇALVES, Luís Couto. Manual de Direito Industrial Propriedade Industrial e Concorrência Desleal. 8 ed., Coimbra:Almedina, 2019.

<sup>81</sup> ABBOTT, Frederick M.; REICHMAN, Jerome H., 2020. op. cit., p. 541.

compulsório consiste nas ditas licenças voluntárias de patentes. Em oposição à autorização forçada sobre a exploração de direitos de terceiros, os acordos voluntários de licenciamento de patentes não suscitam questões jurídico-políticas tão sensíveis.<sup>82</sup> Medidas voluntárias com vistas à facilitação do acesso a produtos de uso médico por um baixo preço gozam, pois, de maior receptividade.<sup>83</sup>

Na forma do Artigo 31, alínea “b” do Acordo TRIPS, a concessão de licença compulsória sobre uma invenção deve, *a priori*, pressupor uma tentativa prévia de licenciamento voluntário junto ao legítimo titular da patente, ressalvadas hipóteses de necessidade emergencial.<sup>84</sup> A evidência é de que a via de licenciamento consensual de patentes não consiste em uma alternativa viável ao licenciamento compulsório, mas sim na opção primaz. Se assim não fosse, não teria a prejudicialidade entre os institutos sido positivada internacionalmente.

Em estreita síntese, sob o escopo de garantir a saúde pública, devem os Estados objetivar licenciamentos voluntários com os titulares de pedidos de patentes ou de patentes já concedidas. Apenas diante de hipóteses excepcionais, em que forem frustradas as negociações, deverão os países buscar a concessão de licenciamentos compulsórios com vistas à promoção do interesse público.<sup>85</sup>

Em oposição às flexibilizações e renúncias facultadas pelo Acordo TRIPS, a União Europeia (“UE”) já se manifestou no sentido de serem as licenças voluntárias o instrumento mais eficaz para facilitar a expansão da produção e o compartilhamento de conhecimentos técnicos especializados, devendo as licenças compulsórias ser utilizadas como *ultima ratio*.<sup>86</sup>

Uma forma legítima e historicamente utilizada na viabilização de

---

<sup>82</sup> Eis que as licenças compulsórias, embora consistentes em instrumentos de otimização do sistema patentário, são manifestações expressas da coercitividade dos Estados soberanos no exercício do *jus imperii* que lhes é inerente. Em sentido diametralmente oposto, o instituto jurídico das licenças voluntárias preza e busca efetivar a autonomia privada dos titulares de patentes.

<sup>83</sup> ABBOTT, Frederick M.; REICHMAN, Jerome H., 2020. op. cit.. Para além do preenchimento do interesse público, cumpre lembrar o compromisso já firmado pelos Estados-membros da OMC no sentido de que não pode o Acordo TRIPS figurar como fator impeditivo no que concerne à promoção da saúde pública, forte no já mencionado parágrafo 4º da Declaração de Doha.

<sup>84</sup> Cf. *Article 31*, WTO. Agreement on Traded-related aspects of Intellectual Property Rights, 1994, as amended in 2017.

<sup>85</sup> AMARAL, Luciene Ferreira Gaspar; MALVEIRA, Sandra. Acesso às patentes de medicamentos de interesse da saúde pública em tempo de pandemia. *Direito.UnB - Revista de Direito da Universidade de Brasília*, [S. l.], v. 4, n. 2, p. 17–42, 2020, p. 37.

<sup>86</sup> EUROPEAN COMMISSION. *EU proposes a strong multilateral trade response to the COVID-19 pandemic*. Bruxelas, 4 de junho de 2021.

licenciamentos voluntários consiste na estruturação das denominadas *patent pools*.<sup>87</sup> Em compêndio, *patent pools* foram concebidas com vistas à superação de obstáculos relacionados à disponibilização de criações industriais complexas envolvendo tecnologias patenteadas de diferentes proprietários.<sup>88</sup> Referido mecanismo promove a coalizão de titulares de patentes que dão a um determinado administrador o direito de negociar o respectivo conjunto de direitos intelectuais de maneira unitária, como se um pacote fosse.<sup>89</sup>

Destaca-se, neste mérito, a *Medicines Patent Pool* (MPP), organização fundada pela Unitaid<sup>90</sup> e apoiada pelas Nações Unidas sob o desígnio de promoção da saúde pública por meio da ampliação do acesso e facilitação do desenvolvimento de medicamentos essenciais em países de baixa e média renda. É por meio de parcerias com governos, organizações internacionais, indústrias e outras partes interessadas que a MPP busca viabilizar o licenciamento de conjuntos de direitos intelectuais, de forma a incentivar a fabricação de genéricos e o desenvolvimento de novas formulações.<sup>91</sup>

Originariamente arquitetada com vistas à promoção de esforços voluntários conjuntos na promoção de licenças de patentes em Tratamentos de HIV-AIDS, Tuberculose e Hepatite C para fins de sublicenciamento à fabricantes de genéricos e consequente distribuição de fármacos, a MPP buscou ainda expandir seu escopo para cobrir os tratamentos relacionados à COVID-19.<sup>92</sup> Uma importante contribuição da MPP no desenvolvimento técnico-científico da matéria foi o *VaxPal*, banco de dados de patentes de vacinas necessárias no combate à COVID-19.<sup>93</sup>

<sup>87</sup> Para uma melhor compreensão do instituto jurídico das *patent pools*, sugere-se a leitura de BARBOSA, Denis Borges. Ensaio e estudos de Propriedade Intelectual 2014-2015. Volume II, Patentes. 2015, p. 83-93.

<sup>88</sup> SHAPIRO, Carl. Navigating the patent thicket: Cross licenses, patent pools, and standard setting. *Innovation policy and the economy*, v. 1, p. 119-150, 2000.

<sup>89</sup> BRENNER, Steffen. Optimal formation rules for patent pools. *Economic Theory*, v. 40. 3 ed., p. 373-388, 2009.

<sup>90</sup> A Unitaid consiste em uma agência global de saúde global voltada à investigação e promoção de soluções inovadoras hábeis à prevenção, ao diagnóstico e ao tratamento de doenças em países de baixa e média renda. Cumpre mencionar que a Unitaid é sediada pela Organização Mundial da Saúde. Cf. UNITAID. About Us. Who we are. Disponível em: <https://unitaid.org/about-us/#en>. Acesso em: 07 de fevereiro de 2022.

<sup>91</sup> MEDICINES PATENT POOL. About Us. Disponível em: <https://medicinespatentpool.org>. Acesso em: 07 de fevereiro de 2022.

<sup>92</sup> ABBOTT, Frederick M.; REICHMAN, Jerome H., 2020. op. cit., p. 548.

<sup>93</sup> CHIANG, Ting-Wei; WU, Xiaoping. Innovation and patenting activities of COVID-19 vaccines in WTO members: Analytical review of Medicines Patent Pool (MPP) COVID-19 Vaccines Patent Landscape (VaxPaL). World Trade Organization Economic Research and Statistics Division, Staff Working Paper ERSD-2022-01, 10 de fevereiro de 2022.

Criado em 09 de junho de 2021, o *VaxPal* conta com informações atinentes a 74 (setenta e quatro) patentes desenvolvidas sobre 4 (quatro) diferentes tipos de plataformas tecnológicas. Eis que uma análise atenta ao banco de dados desenvolvido pela MPP é capaz de conduzir a 2 (duas) importantes constatações: (i) a inexistência de algo como uma “patente internacional”; e (ii) a impossibilidade de se traçar um liame direto e unitário entre uma vacina e uma patente específica.<sup>94</sup>

Também no contexto da mais recente pandemia, imperiosa a menção da *Covid-19 Technology Access Pool* (“C-TAP”). Concebido pela OMS em parceria com o Governo da Costa Rica, a C-TAP compreende uma sistemática em que titulares de tecnologias de saúde, conhecimentos técnicos relevantes, direitos de propriedade intelectual e dados relacionados são convidados à partilha solidária destes através de licenças voluntárias, não exclusivas e transparentes, com o claro escopo de promoção da saúde pública.<sup>95</sup>

A alegada contrapartida pela partilha de bens intelectuais e *know-how* por meio de um conjunto de acordos voluntários, consiste no aumento e na facilitação do fabrico por meio de múltiplos fabricantes com inutilizada capacidade de escalonamento da produção.<sup>96</sup> À data da redação do presente trabalho, entretanto, embora tecnologias voltadas à saúde já tenham sido licenciadas de forma não exclusiva por meio da C-TAP,<sup>97</sup> nenhuma das vacinas existentes foi disponibilizada por seus respectivos titulares ao referido agrupamento.

Inexoravelmente, não apenas em relação à disponibilização conjunta de tecnologias por meio das ditas *patent pools*, o sistema de licenciamento voluntário enfrenta consideráveis dilemas. Embora estes não impeçam que o mecanismo seja utilizado como uma das formas de prevenção de novas pandemias, é importante que referidos dilemas sejam compreendidos e então endereçados.

O primeiro dos dilemas diz respeito à liberdade justamente garantida

---

<sup>94</sup> *Ibidem*.

<sup>95</sup> WHO. WHO COVID-19 Technology Access Pool. Disponível em: <https://www.who.int/initiatives/covid-19-technology-access-pool>. Acesso em: 07 de fevereiro de 2022.

<sup>96</sup> *Ibidem*

<sup>97</sup> Em 23 de novembro de 2021 o Conselho Nacional de Pesquisa Espanhol firmou parceria junto à MPP e C-TAP para fins de licenciamento voluntário de tecnologia de anticorpos serológicos capazes de efetivamente testar a presença de anti-SARS-CoV-2 em um determinado organismo. Cf. WHO. WHO and MPP announce the first transparent, global, non-exclusive licence for a COVID-19 technology. Disponível em: <https://www.who.int/news/item/23-11-2021-who-and-mpp-announce-the-first-transparent-global-non-exclusive-licence-for-a-covid-19-technology>. Acesso em: 07 de fevereiro de 2022.

à iniciativa privada no que concerne às patentes a ser voluntariamente disponibilizadas. Em estreita síntese, podem os tratamentos mais bem-sucedidos para determinada doença infecciosa deixar de serem incluídos no acordo.<sup>98</sup> Um passo adiante, o combate a um evento epidemiológico envolve produtos de diferentes naturezas e usos, sentido no qual patentes relevantes são detidas por uma grande variedade de titulares. Providenciar cada um dos licenciamentos voluntários é, pois, medida de difícil execução.<sup>99</sup>

Sem prejuízo de outras limitações, existe, ainda, um dilema de ordem política que se refere mais à importância dos mecanismos cogentes disponibilizados pelo sistema de patentes do que ao licenciamento voluntário *per se*. Eis que à medida que os governos se abstêm da promoção de licenciamento compulsórios em prol de medidas voluntárias que promovem a saúde pública, ocorre um movimento de relativização da soberania estatal em face da indústria farmacêutica. Por receio de retaliações que possam advir destas, os Estados buscam alternativas menos imperativas no que concerne à disponibilização de tecnologias essenciais.<sup>100</sup>

Licenciamentos, sejam eles compulsórios ou voluntários, apenas fazem sentido a partir da concepção de um invento, “uma solução técnica para um problema técnico”.<sup>101</sup> Anteriormente à estruturação de um conhecimento científico inovador e o conseqüente fabrico do respectivo produto ou processo, entretanto, diversos manejos e investimentos se fazem necessários, principalmente em se tratando de fármacos e outros ativos de uso médico.

Antes que se pudesse falar na patenteabilidade de vacinas ou medicamentos necessários no combate à Pandemia COVID-19, foram firmados os denominados *Advance Purchase Agreements* ou Contratos-Promessa de Aquisição de Vacinas, em que vários Estados e organizações pactuaram a aquisição prévia de doses de vacinas junto à algumas das maiores companhias farmacêuticas do mundo.<sup>102</sup> Neste mérito, merece destaque o COVAX, sistema exclusivamente voltado à viabilização e distribuição de vacinas que integra o denominado *Access to COVID-19 Tools Accelerator* (“ACT-A”).<sup>103</sup>

---

<sup>98</sup> ABBOTT, Frederick M.; REICHMAN, Jerome H., 2020. op. cit., p. 549

<sup>99</sup> *Ibidem*

<sup>100</sup> *Ibidem*

<sup>101</sup> BARBOSA, 2010, op. cit., p. 296.

<sup>102</sup> ANTUNES, Aquilino Paulo, 2021, op. cit., p. 159.

<sup>103</sup> Concebido no primeiro trimestre de 2020, o ACT-A buscou compreender esforços colaborativos em escala global para acelerar o desenvolvimento, a produção e o acesso equitativo aos testes, tratamentos e



Coadministrado pela CEPI e pela OMS, o COVAX foi elaborado com o escopo de acelerar o desenvolvimento e o fabrico de vacinas para o combate à COVID-19 e de garantir o acesso justo e equitativo entre todos os países.<sup>104</sup> A promessa era de que a coalizão figurasse como a melhor adquirente de vacinas das indústrias farmacêuticas, vez que representativa da necessidade global.<sup>105</sup>

Por meio de *Advance Purchase Agreements*, os Estados adeptos ao COVAX adquiriram milhões de doses das vacinas no âmbito da coalizão,<sup>106</sup> revelando, *prima facie*, certo sucesso na empreitada internacional. Dois anos após o início da pandemia COVID-19, entretanto, esta noção não condiz com a realidade fática.

Embora pesem os nobres ideais sobre os quais se estruturou o COVAX, diversos Estados envolvidos nesta iniciativa preferiram firmar negociações bilaterais e diretas com as companhias responsáveis pelo desenvolvimento e fabrico de vacinas. Nessa linha, sem prejuízo de outras críticas, o COVAX não foi capaz de impedir que países de baixa renda ficassem totalmente à mercê da “filantropia” de Estados com maior capacidade econômica, então detentores de grande parte dos estoques vacinais.<sup>107</sup>

Importante verificar que não apenas no âmbito do COVAX, diversas foram as promessas de aquisição de doses de vacinas por meio de *Advance Purchase Agreements* sem, contudo, restarem previstas condições de aquisição e obtenção pelos adquirentes dos direitos de propriedade industrial relativos às mesmas. Em certa medida, os contratantes se preocuparam mais com o momento pretérito à descoberta das vacinas (cumprindo com a função de incentivo e posicionamento mercadológico), do que com a efetiva disponibilização de quantidades suficientes à imunização coletiva em um período adequado.<sup>108</sup>

vacinas COVID-19. Cf. GAVI, The Vaccine Alliance. What is Covax. Disponível em: <https://www.gavi.org/covax-facility>. Acesso em: 08 de fevereiro de 2022.

<sup>104</sup> GAVI, The Vaccine Alliance. What is Covax. Disponível em: <https://www.gavi.org/covax-facility>. Acesso em: 08 de fevereiro de 2022.

<sup>105</sup> USHER, Ann Danaiya. A beautiful idea: how COVAX has fallen short. *The Lancet*, v. 397 n. 10292., p. 2322-2325, 2021, p. 2325.

<sup>106</sup> WHO. COVAX Announces new agreement, plans for first deliveries. Disponível em: <https://www.who.int/news/item/22-01-2021-covax-announces-new-agreement-plans-for-first-deliveries>. Acesso em: 08 de fevereiro de 2022.

<sup>107</sup> USHER, 2021, op. cit., p. 2322-2325; Para melhor compreensão das falhas e interesses conflitantes oriundos do COVAX, sugere-se à leitura do trabalho em referência, notadamente USHER, Ann Danaiya. A beautiful idea: how COVAX has fallen short. *The Lancet*, v. 397 n. 10292., p. 2322-2325, 2021.

<sup>108</sup> ANTUNES, Aquilino Paulo, 2021, op. cit., p. 159-160; Cumpre salientar que por período de tempo adequado, Aquilino Paulo Antunes buscou se referir a um lapso temporal capaz de impedir o surgimento de

Sem prejuízo das falhas e lacunas dos mecanismos empreendidos no combate à mais recente pandemia, o sistema de inovação médico-farmacêutica então concebido merece reconhecimento, vez que estruturalmente diverso do sistema de inovação biomédica anteriormente empregado.<sup>109</sup> No passado, o sistema de inovação biomédica consistia no setor público garantindo apoio às pesquisas fundamentais e a iniciativa privada ficando à cargo da aplicação do conhecimento adquirido, dos testes, e do desenvolvimento de produtos e processos propriamente ditos.<sup>110</sup>

Após o advento da Pandemia COVID-19, entretanto, passou-se ao financiamento público de pesquisas já avançadas, de ensaios clínicos, bem como do desenvolvimento e do fabrico de fármacos. Considerada a potencial onerosidade da contrapartida por tantos investimentos públicos, a atratividade do novo sistema para o setor privado esteve no estabelecimento dos já mencionados *Advance Purchase Agreements*.<sup>111</sup>

Em compêndio, o combate a eventos epidemiológicos não consiste em luta recente da humanidade. Por meio de esforços multidisciplinares e multissetoriais, diversas têm sido as tentativas de coalizão internacional na mitigação de pandemias.

Imperfeições nos mecanismos até então utilizados sim existem, mas não devem conduzir à errônea percepção de que a promoção da saúde pública é incompatível com o sistema de patentes. Não se deve acreditar, ainda, que uma melhor conciliação destes extremos pressupõe, necessariamente, a criação de novos institutos. Ainda que estruturas inovadoras possam ser agregadas em prol do interesse público, a melhor adequação e conseqüente alocação dos mecanismos já estruturados podem vir a ser suficientes na prevenção de novas pandemias.

### 3.2. Conciliando “extremos” para o futuro

Identificada a origem infecciosa dos eventos pandêmicos, compreendido o sistema nacional e internacional de patentes e a sua intrínseca função na promoção da saúde pública, bem como elencadas diversas das medidas até

---

variantes do vírus cada vez mais agressivas, bem como à perda da imunidade da população vacinada pelo decurso do tempo. Cf. ANTUNES, Aquilino Paulo, 2021, op. cit., p. 160.

<sup>109</sup> SAMPAT; SHADLEN, 2021, p. 406.

<sup>110</sup> *Ibidem*

<sup>111</sup> *Ibidem*

então arquitetadas com vistas ao combate de crises sanitárias globais, resta saber como articular esse conjunto informacional com vistas à prevenção de novas pandemias.

Pandemias acompanham um grau de obscuridade capaz de tornar temeroso até o mais seguro dos homens. Não obstante às incertezas trazidas pela mais recente crise sanitária, progressos científicos consideráveis também puderam ser sentidos. Por vezes pedagógica, a COVID-19 forneceu elementos para que os Estados e organizações possam eliminar barreiras à transferência de tecnologias na preparação para eventos epidemiológicos futuros.<sup>112</sup>

É por meio do compartilhamento do conhecimento e de ações políticas contundentes que pode o acesso equitativo global a produtos e processos essenciais ser alcançado.<sup>113</sup> No sentir de Frederick Abbott e Jerome Reichman, a viabilização transfronteiriça de bens intelectuais necessários à promoção da saúde pública exige tanto a relativização de direitos intelectuais territorialmente conflitantes quanto a atuação de uma entidade de direito internacional público na coordenação do fornecimento dos referidos.<sup>114</sup>

Para Peter Drahos, uma melhor forma de lidar com o sistema de patentes em contextos pandêmicos perpassa pela disseminação do *know-how* de fabricação para aumentar a capacidade e a qualidade em todas as indústrias. Países menos desenvolvidos e em desenvolvimento não devem ficar à mercê das inovações e patentes de países desenvolvidos. Em sentido diametralmente oposto, devem os aludidos Estados investir na construção de seu próprio *know-how* de fabricação e de suas próprias redes de inovação, de modo a viabilizar produtos e processos essenciais a preços acessíveis.<sup>115</sup>

Durante a mais recente crise sanitária, a falta de transparência contribuiu para uma percepção social negativa do sistema de patentes. Na prática, transparência e partilha de informações são essenciais à legitimação de um instituto em meio à sociedade, não sendo diferente para o complexo patentário.<sup>116</sup> Qualquer medida

---

<sup>112</sup> CHAMAS, 2020, op cit.

<sup>113</sup> *Ibidem*

<sup>114</sup> ABBOTT; REICHMAN, 2020, op. cit.

<sup>115</sup> DRAHOS, 2021, op. cit.

<sup>116</sup> MATTHEWS, Duncan. The Covid-19 Pandemic: Lessons for the European Patent System. Queen Mary Law Research Paper, n. 377, 2022.

que tenha por objetivo prevenir novas pandemias deve, pois, se pautar neste conjunto axiológico.

Considerada a inadequação do mecanismo de licenciamento compulsório como promotor da saúde pública em um contexto pandêmico, Matthew Duncan buscou abordar e repensar o sistema europeu de patentes de forma progressiva, fornecendo um modelo que pudesse não apenas auxiliar no combate à pandemia COVID-19, mas também contribuir na preparação para eventuais crises sanitárias globais que possam exsurgir no futuro.<sup>117</sup>

Em estreita síntese, Duncan sugere três adequações incrementais no sistema de patentes europeu com vistas à promoção da saúde pública, notadamente: (i) a facilitação para publicar antecipadamente pedidos de patentes europeias; (ii) a elevação de exigência sobre a informação necessária ao cumprimento dos requisitos de divulgação da inovação, tendo em vista a insuficiência do sistema no que concerne à obrigação dos requerentes ou proprietários de patentes a revelar informações essenciais ao fabrico dos produtos e/ou processos; e (iii) a revogação, das patentes europeias de interesse público quando necessário.<sup>118</sup>

Ainda que tais noções encontrem espeque na legislação europeia, teorizar e buscar a efetivação de adequações semelhantes à nível internacional é medida suficientemente cabível. Em outras palavras, poderiam os Estados que se encontram fora do âmbito comunitário europeu concordar em promover adequações semelhantes sobre seus próprios sistemas de patentes.

Sem prejuízo de propostas e vias alternativas ao sistema de patentes no combate às pandemias,<sup>119</sup> as diferentes percepções aqui colacionadas tornam defensável a conciliação de propósitos por vezes posicionados em diferentes extremos: a perpetuação de um complexo de direitos de exclusiva sobre

---

<sup>117</sup> *Ibidem*

<sup>118</sup> *Ibidem*

<sup>119</sup> A título de exemplo, uma alternativa plausível ao sistema de patentes compreende uma declarada separação da etapa de P&D do consequente fabrico e distribuição. Partindo da premissa de que o sistema atual de desenvolvimento e distribuição de medicamentos é consideravelmente defasado, a indústria deveria ser recompensada pelo desenvolvimento bem-sucedido de novos tratamentos (mediante a garantia de subsídios ou prêmios). Como forma de contrapartida, entretanto, não poderia referida indústria disponibilizar os produtos no mercado com excessiva onerosidade. A fabricação e a consequente distribuição passariam a gozar de um caráter geral, enquanto a pesquisa e o desenvolvimento seriam justamente remunerados. Cf. ABBOTT; REICHMAN, 2020, op. cit., p. 538.

produtos e processos essenciais e a promoção da saúde pública global. Ainda que divergências existam, a incompatibilidade destes ideais é apenas aparente.

O objetivo do presente trabalho, entretanto, não se limita à conciliação do sistema de patentes e da saúde pública em tempos de crise. Funda-se, em verdade, na adequação e alocação das medidas ora discutidas sob o escopo de prevenir novas pandemias. Considerado o mérito e a complexidade de ações pontuais realizadas em eventos epidemiológicos anteriores, ir além dos mecanismos já arquitetados pode consistir em um desarrazoado desperdício de recursos.

Sustenta-se que muitas das falhas na alocação do sistema de patentes como forma de prevenção à novas pandemias se relacionam com o *momentum* sobre o qual as políticas foram concebidas e os mecanismos operacionalizados. Em essência, poderiam os instrumentos relacionados aos sistemas de patentes melhor endereçar os problemas técnicos que dificultam a promoção da saúde pública se fossem eles estruturados de forma preventiva, em oposição à noção incidental até então empregada.

Para além das lacunas de cada um dos institutos aqui discutidos, a organização de *patent pools* permanentes, envolvendo tecnologias objeto de licenciamento voluntário, deve ser incentivada *a priori*. Falhadas as negociações com os legítimos titulares das patentes ou pedidos de patentes cujo objeto envolva produtos e/ou processos necessários à profilaxia de novas pandemias, devem licenciamentos compulsórios ser concedidos como última *ratio*.

Sem prejuízo, devem os incentivos públicos à atividade privada compreender a integralidade das etapas inventivas e comerciais, desde o desenvolvimento dos produtos e processos passíveis patenteabilidade até o momento de disponibilização destes no mercado, de modo a garantir a comercialização global destes ativos a preços verdadeiramente acessíveis e proporcionais.

A fim de estabelecer um mecanismo de atração à produtividade industrial de produtos e processos voltados à mitigação de surtos e epidemias e a consequente prevenção de novas pandemias, podem coalizões internacionais firmar um conjunto de Contratos-Promessas, os ditos *Advance Purchase Agreements*, garantindo à iniciativa privada um retorno por sua mobilização.

Cumpra reiterar que movimentos dessa natureza e magnitude não apenas pressupõem uma coalizão internacional verdadeira, como também envolvem investimentos de base nos países menos desenvolvidos e em desenvolvimento. Devem estes Estados, portanto, investir e se permitir ser investidos com vistas à estruturação de seus próprios centros de pesquisa e complexos de fabricação médico-farmacêuticas.

Enquanto os Estados não se posicionarem em relação aos eventos epidemiológicos como fazem (ou ao menos como deveriam fazer) em relação ao desenvolvimento econômico interno ou à segurança nacional, isto é, de forma contínua, constante e perene, as pandemias e suas mazelas continuarão a assolar e impactar a história, possuindo o condão de pôr um fim a ela, inclusive.

Ainda que o termo inicial de eventos epidemiológicos não possa ser precisamente pré-estabelecido, o fato de que um dia novos surtos e epidemias surgirão consiste em uma certeza inexorável. Urge denunciar, entretanto, que mesmo diante de mazelas futuras e certas, a comunidade internacional permanece em flagrante despreparo para lidar com a disseminação de novas doenças infecciosas de maneira minimamente satisfatória.

Para além da otimização das entidades e organismos relacionados à promoção da saúde pública, a melhor adequação e conseqüente alocação dos mecanismos patentários já existentes operam como pressupostos da prevenção objetivada. Propõe-se, pois, que os Estados, as iniciativas empresariais e os demais organismos envolvidos na promoção da saúde estabeleçam linhas de cooperação permanentes com vistas à mitigação de doenças infecciosas ainda à nível de surto (abrangência local) e epidemia (abrangência regional). Trata-se de abordagem profilática, notadamente contrária à abordagem incidental até então utilizada no combate de pandemias pretéritas.

Sem prejuízo de alternativas e sem a ilusória pretensão de esgotamento da temática, a investigação aqui consubstanciada tornou possível não apenas conciliar dois aparentes extremos, mas revelou, ainda, a potencialidade de alocação e operacionalização do sistema de patentes em prol da saúde pública. Embora o complexo patentário tenha até então sido reiteradamente apontado

como um óbice ao combate de crises sanitárias globais, o presente trabalho torna possível sustentar que o correto manejo dos instrumentos fornecidos pelo sistema possui o condão de prevenir novas pandemias. No final das contas, não se trata tanto *do que se faz*, mas de *como se faz*.

## REFERÊNCIAS

### – Fontes Bibliográficas

ABBOTT, Frederick M.; REICHMAN, Jerome H. **Facilitating Access to Cross-Border Supplies of Patented Pharmaceuticals: The Case of the COVID-19 Pandemic.** *Journal of International Economic Law*, Oxford, v. 23, p. 535-561, 2020. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3656725>. Acesso em: 08 de dezembro de 2021.

AMARAL, Luciene Ferreira Gaspar; MALVEIRA, Sandra. **Acesso às patentes de medicamentos de interesse da saúde pública em tempo de pandemia.** *Direito.UnB - Revista de Direito da Universidade de Brasília*, [S. l.], v. 4, n. 2, p. 17-42, 2020. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb/article/view/32403>. Acesso em: 4 fev. 2022.

ANDERSON, Douglas M.; ANDERSON, Lois E.; GLANZE, Walter D. **Mosby's medical dictionary.** 9. ed. St. Louis: Mosby, 2013.

ANTUNES, Aquilino Paulo. **Covid-19 e medicamentos: Vulnerabilidade, escassez e desalinhamento de incentivos.** *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, vol. LXII, nº 1, p. 145-168, 2021.

BARBOSA, Denis Borges. **Ensaio e estudos de Propriedade Intelectual 2014-2015.** Volume II, Patentes. 2015, p. 83-93. Disponível em: [https://www.dbbacom.br/wp-content/uploads/ensaio\\_estudos\\_pi\\_patentes.pdf](https://www.dbbacom.br/wp-content/uploads/ensaio_estudos_pi_patentes.pdf). Acesso em: 22 de fevereiro de 2022.

BARBOSA, Denis Borges. **Uma introdução à Propriedade Intelectual.** 2a ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. **As patentes farmacêuticas e os Direitos Humanos.** *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais*, v. 2, n. 11, p. 170-194, 2009.

BARCELLOS, Milton Lucídio Leão. **As bases jurídicas da propriedade industrial e a sua interpretação.** *Biblioteca Digital de Teses e Dissertações da PUCRS*, 2006. Disponível em: <http://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/4094>. Acesso em: 23 de fevereiro de 2022.

- BRADY, Oliver J. et. al. **Dengue disease outbreak definitions are implicitly variable**, *Epidemics*, v.11, p. 92-102, 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.epidem.2015.03.002>. Acesso em: 05 de janeiro de 2022.
- BRENNER, Steffen. **Optimal formation rules for patent pools**. *Economic Theory*, v. 40. 3 ed., p. 373-388, 2009. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/s00199-008-0379-z>. Acesso em: 07 de fevereiro de 2022.
- CELENTANO, David D; SZKLO, Moyses. **Gordis Epidemiology**. 6. ed. Philadelphia: Elsevier, 2019.
- CHAMAS, Claudia. **Inovação, propriedade intelectual e acesso a medicamentos e vacinas: o debate internacional na pandemia da COVID-19**. *Iiinc em Revista*, vol. 16, nº 2, p. e5338, 2020. Disponível em: <http://revista.ibict.br/liinc/article/view/5338/5106>. Acesso em 04 de outubro de 2021.
- CHIANG, Ting-Wei; WU, Xiaoping. **Innovation and patenting activities of COVID-19 vaccines in WTO members: Analytical review of Medicines Patent Pool (MPP) COVID-19 Vaccines Patent Landscape (VaxPaL)**. World Trade Organization Economic Research and Statistics Division, Staff Working Paper ERSD-2022-01, 10 de fevereiro de 2022. Disponível em: [https://www.wto.org/english/res\\_e/reser\\_e/ersd202201\\_e.htm](https://www.wto.org/english/res_e/reser_e/ersd202201_e.htm). Acesso em 11 de fevereiro de 2022.
- DIWAKAR, Vidya. **From pandemics to poverty. Hotspots of vulnerability in times of crisis**. *ODI's series on coronavirus*, 2020. Disponível em: [https://cdn.odi.org/media/documents/coronavirus\\_from\\_pandemics\\_to\\_poverty3.pdf](https://cdn.odi.org/media/documents/coronavirus_from_pandemics_to_poverty3.pdf). Acesso em: 11 de janeiro de 2022.
- DRAHOS, Peter. **Public lies and public goods: ten lessons from when patents and pandemics meet**. *EUI LAW*, European University Institute Research Repository, Itália, Cadmus, 2021. Disponível em: <https://hdl.handle.net/1814/71560>. Acesso em: 08 de dezembro de 2021.
- FORGIONI, Paula Andrea. **O que esperar do antitruste brasileiro no século XXI**. *Revista Jurídica Lusó-Brasileira*, v. 1. n. 1, p. 1713-1742, 2015. Disponível em: <https://www.cidp.pt/publicacao/revista-juridica-lusobrasileira-ano-1-2015-n-1/15>. Acesso em: 23 de fevereiro de 2022.
- GONÇALVES, Luís Couto. **Manual de Direito Industrial Propriedade Industrial e Concorrência Desleal**. 8 ed., Coimbra: Almedina, 2019.
- GRAU-KUNTZ, Karin. Direito de patente e mercados secundários - Impressoras e cartuchos de tinta. *Revista Eletrônica do IBPI*, n. 5, p. 15-40, 2012
- HILTY, Reto et al. **Covid-19 and the role of intellectual property: position statement of the Max Planck Institute for innovation and competition of 7 May 2021**. *Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper*, n. 21-13, 2021. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3841549](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3841549). Acesso em: 07 de fevereiro de 2022.



- HUMEROVIC, Damir. **Brief History of Pandemics (Pandemics Throughout History)**. *Psychiatry of Pandemics: A Mental Health Response to Infection Outbreak*, p. 7–35, 2019. Disponível em: [https://doi.org/10.1007/978-3-030-15346-5\\_2](https://doi.org/10.1007/978-3-030-15346-5_2). Acesso em: 14 de dezembro de 2021.
- JONAS, Olga B. **Pandemic risk**. Washington: World Bank, 2013. Disponível em: <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/16343>. Acesso em: 11 de janeiro de 2022.
- LESSIG, Lawrence. **Code: Version 2.0**. New York: Basic Books, 2006.
- LEVIN, Richard. **A Patent System for the 21st Century**. *Issues in Science and Technology*, v. 20, nº 4, University of Texas at Dallas, p. 49–54, 2004. Disponível em: Acesso em: <http://www.jstor.org/stable/43322544>.
- MARQUES, João Paulo Remédio. **São os direitos de propriedade industrial úteis para a nossa saúde? A articulação entre o direito de patente e a regulação farmacêutica perante as epidemias e as pandemias**. *Revista de Direito Intelectual*, Coimbra, nº 02 - 2020, p. 121-158, 2020.
- MATTHEWS, Duncan. **The Covid-19 Pandemic: Lessons for the European Patent System**. *Queen Mary Law Research Paper*, n. 377, 2022. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=4022509](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4022509). Acesso em 09 de fevereiro de 2022.
- QIU, Wuqi et al. **The pandemic and its impacts**. *Health, culture and society*, v. 9, p. 1-11, 2017. Disponível em: <http://hcs.pitt.edu/ojs/index.php/hcs/article/view/221>. Acesso em: 06 de janeiro de 2022.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. **Razoabilidade e legalidade do licenciamento compulsório do ponto de vista concorrencial**. In: BASSO, Maristela et al. *Direitos de propriedade intelectual & saúde pública. O acesso universal aos medicamentos antirretrovirais no Brasil*. São Paulo: Editora Know-how Editorial, 2007, p. 147- 176.
- SAMPAT, Bhaven N.; SHADLEN, Kenneth C. **The COVID-19 innovation system**. *Health Affairs*, Washington, v. 40, nº 3, p. 400-409, 2021. Disponível em: <https://www.healthaffairs.org/doi/full/10.1377/hlthaff.2020.02097>. Acesso em: 08 de dezembro de 2021.
- SHAPIRO, Carl. **Navigating the patent thicket: Cross licenses, patent pools, and standard setting**. *Innovation policy and the economy*, v. 1, p. 119-150, 2000. Disponível em: <https://www.nber.org/system/files/chapters/c10778/c10778.pdf>. Acesso em: 07 de fevereiro de 2022.
- TAYLOR, Rosemary CR. **The global governance of pandemics**. *Sociology of Health & Illness*, v. 43, n. 6, p. 1540-1553, 2021. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC8441821/>. Acesso em 10 de janeiro de 2022.

TILLE, Florian, et al. **Governing the public-private-partnerships of the future: learnings from the experiences in pandemic times.** *Eurohealth*, v. 27, n. 1, p. 49-53, 2021. Disponível em: <https://apps.who.int/iris/handle/10665/344956>. Acesso em 04 de janeiro de 2022.

USHER, Ann Danaiya. **A beautiful idea: how COVAX has fallen short.** *The Lancet*, v. 397 n. 10292., p. 2322-2325, 2021. Disponível em: [https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(21\)01367-2/fulltext?dgcid%3Ddraven\\_jbs\\_etoc\\_email](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(21)01367-2/fulltext?dgcid%3Ddraven_jbs_etoc_email). Acesso em: 08 de fevereiro de 2022.

WHO - WORLD HEALTH ORGANIZATION - WIPO; WORLD INTELLECTUAL PROPERTY - WIPO; WTO - WORLD TRADE ORGANIZATION. **Promoting Access to Medical Technologies and Innovation: Intersections between Public Health, Intellectual Property and Trade.** 2<sup>a</sup> ed. Genebra: Book Now Ltd, 2020. Disponível em: [https://www.wto.org/english/res\\_e/booksp\\_e/who-wipo-wto\\_2020\\_e.pdf](https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/who-wipo-wto_2020_e.pdf). Acesso em: 10 de dezembro de 2021.

### – Fontes Legislativas

WHO - WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Constitution of the World Health Organization**, as adopted by the International Health Conference, New York, 19–22 June 1946; signed on 22 July 1946 by the representatives of 61 States (Official Records of the World Health Organization, no. 2, p. 100) and entered into force on 7 April 1948.

WIPO – WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION. **Convention Establishing the World Intellectual Property Organization.** Disponível em: <https://wipolex.wipo.int/en/text/283833>. Acesso em: 23 de novembro de 2021.

WIPO – WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION. **Paris Convention for the Protection of Industrial Property, as amended on September 28, 1979.** Disponível em: <https://wipolex.wipo.int/en/text/287556>. Acesso em: 15 de dezembro de 2021.

WTO - WORLD TRADE ORGANIZATION. **Agreement on Traded-related aspects of Intellectual Property Rights**, 1994, as amended in 2017. Disponível em: [https://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/31bis\\_trips\\_e.pdf](https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/31bis_trips_e.pdf). Acesso em: 16 de novembro de 2021.

WTO - WORLD TRADE ORGANIZATION. **Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health**, 2001. Disponível em: [https://www.wto.org/english/thewto\\_e/minist\\_e/min01\\_e/mindecl\\_trips\\_e.pdf](https://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min01_e/mindecl_trips_e.pdf). Acesso em 16 de novembro de 2021.

WTO - WORLD TRADE ORGANIZATION. **Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization**, 1994. Disponível em: [https://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/04-wto.pdf](https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/04-wto.pdf). Acesso em: 24 de dezembro de 2021.

WTO - WORLD TRADE ORGANIZATION. WTO. **WT/L/540. Implementation of Paragraph 6 of**

**the Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health**, de 02 de setembro de 2003. Disponível em: [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE\\_Search/FE\\_S\\_S009-DP.aspx?CatalogueIdList=51809,2548,53071,70701&CurrentCatalogueIdIndex=1](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?CatalogueIdList=51809,2548,53071,70701&CurrentCatalogueIdIndex=1). Acesso em: 02 de fevereiro de 2022.

## – Fontes Outras

EUROPEAN COMMISSION. **EU proposes a strong multilateral trade response to the COVID-19 pandemic**. Bruxelas, 4 de junho de 2021. Disponível em: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_21\\_2801](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_21_2801). Acesso em: 07 de fevereiro de 2022.

GAVI The Vaccine Alliance. **What is Covax**. Disponível em: <https://www.gavi.org/covax-facility>. Acesso em: 08 de fevereiro de 2022.

GOARN. **About Us**. Disponível em: <https://extranet.who.int/goarn/about-us>. Acesso em 10 de janeiro de 2022.

INPI - INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL. **Manual Básico para Proteção por Patentes de Invenções, Modelos de Utilidade e Certificados de Adição**. Versão de julho de 2021. Disponível em: [https://www.dbba.com.br/wp-content/uploads/introducao\\_pi.pdf](https://www.dbba.com.br/wp-content/uploads/introducao_pi.pdf). Acesso em: 15 de dezembro de 2021.

INSTITUTO BUTANTAN. **Entenda o que é uma pandemia e as diferenças entre surto, epidemia e endemia. São Paulo: 05 de julho de 2021**. Disponível em: <https://butantan.gov.br/covid/butantan-tira-duvida/tira-duvida-noticias/entenda-o-que-e-uma-pandemia-e-as-diferencas-entre-surto-epidemia-e-endemia>. Acesso em: 04 de janeiro de 2022.

MEDICINES PATENT POOL. **About Us**. Disponível em: <https://medicinespatentpool.org>. Acesso em: 07 de fevereiro de 2022.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Parcerias para o Desenvolvimento Produtivo (PDP)**. Publicado em 08 de março de 2021. Atualizado em 19 de março de 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/complexo-industrial-da-saude/instrumentos-estrategicos/pdp>. Acesso em: 17 de março de 2022.

OBSTFELD, Maurice. **The G20 must step up to confront the global health crisis**. *Peterson Institute for International Economics (PIIE)*, [S.l.], 03 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.piie.com/blogs/realtime-economic-issues-watch/g20-must-step-confront-global-health-crisis>. Acesso em: 10 de janeiro de 2022.

UNITAID. **About Us. Who we are**. Disponível em: <https://unitaid.org/about-us/#en>. Acesso em: 07 de fevereiro de 2022.

WHO - World Health Organization. **COVAX Announces new agreement, plans for first deliveries.** 22 de janeiro de 2021. Disponível em: <https://www.who.int/news/item/22-01-2021-covax-announces-new-agreement-plans-for-first-deliveries>. Acesso em: 08 de fevereiro de 2022.

WHO - WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Managing epidemics: key facts about major deadly diseases.** 2018. Disponível em: <https://www.who.int/emergencies/diseases/managing-epidemics-interactive.pdf>. Acesso em 03 de outubro de 2021.

WHO - WORLD HEALTH ORGANIZATION. **WHO and MPP announce the first transparent, global, non-exclusive licence for a COVID-19 technology.** Disponível em: <https://www.who.int/news/item/23-11-2021-who-and-mpp-announce-the-first-transparent-global-non-exclusive-licence-for-a-covid-19-technology>. Acesso em: 07 de fevereiro de 2022.

WHO - WORLD HEALTH ORGANIZATION. **WHO report on global surveillance of epidemic-prone infectious diseases.** 2000. Disponível em: <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/66485/WHO?sequence=1>. Acesso em: 06 de janeiro de 2022.

WIPO - WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION. **Public Health and Patents.** [S.I.], [2007?]. Disponível em: <https://www.wipo.int/patent-law/en/developments/publichealth.html>. Acesso em 19 de dezembro de 2021.

WTO - WORLD TRADE ORGANIZATION. **Document Search.** Disponível em: [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE\\_Search/FE\\_S\\_S006.aspx?Query=\(+%40Symbol%3d+ip%2fn%2f10%2f\\*+\)&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(+%40Symbol%3d+ip%2fn%2f10%2f*+)&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true). Acesso em: 02 de fevereiro de 2022.

WTO - WORLD TRADE ORGANIZATION. **WTO members stress role of IP system in fighting COVID-19.** Genebra: 30 de julho de 2020. Disponível em: [https://www.wto.org/english/news\\_e/news20\\_e/trip\\_30jul20\\_e.htm](https://www.wto.org/english/news_e/news20_e/trip_30jul20_e.htm). Acesso em: 04 de outubro de 2021.



---

# A PERSPECTIVAÇÃO CRÍTICA DA REGRA DE RECONHECIMENTO EM HART – SEGUNDA PARTE

---

*José Alfredo dos Santos Júnior<sup>1</sup>*

**Resumo:** O objetivo deste artigo é discutir a regra de reconhecimento, com o seu possível contributo explicativo, mas sobretudo reconhecer que as palavras da lei transportam uma dimensão de intencionalidade que exorbita a sua literalidade (o direito como um problema de sentido) e a ação da regra de reconhecimento na identificação das regras que instituem as obrigações primárias. E por que não dizer ação criadora e constitutiva da regra de reconhecimento no caso concreto, pois para Hart “nos sistemas jurídicos desenvolvidos a identificação das regras não se dá exclusivamente pela referência aos textos ou lista, mas sobretudo pela referência às características gerais presentes nas regras primárias”. Sem falar que a regra de reconhecimento não seria pressuposta, mas realizada numa tal prática. O equívoco de identificar a regra de reconhecimento com as constituições dos estados, que para além de ser uma prática a *rule of recognition* não cumpriria o papel legitimador que as constituições desempenham. Como conciliar a *rule of recognition* com a perspetivação do direito como uma dimensão autônoma da prática e um domínio específico do conhecimento? A validade jurídica e a adjudicação seriam mutuamente constitutivas no realizar jurídico? A convocação da *rule of recognition* não ficará restrita somente aos “hard cases” na interpretação de Dworkin, mas a todos problema-controvérsias que interpelam o exercício prático-constitutivo do direito num específico caso concreto. Hart enfatiza que segundo Joseph Raz necessário seria, independentemente do status que os juízos morais possam ter no caso concreto, garantir a função constitutiva da

---

<sup>1</sup> Jurista. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Coimbra. Doutorando na área de especialização Jurídico-Filosóficas na Universidade de Coimbra. Investigador colaborador do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito de Coimbra, na área de investigação «O Direito e o Tempo». Investigador *ad hoc* da Sapienza Università di Roma e Faculty of Law of Oxford.

*atividade judicativa, a culminar no melhor julgamento moral na formulação de novo direito. Não se trata, evidentemente, de converter moralidade em preexistentes normas, mas exemplarmente criar novas normas.*

**Palavras-chave:** Regra de reconhecimento; Hart; adjudicação; direito e moral.

**Abstract:** Scopo di questo articolo è discutere la regola del riconoscimento, con il suo eventuale contributo esplicativo, ma soprattutto riconoscere che le parole della legge portano una dimensione di intenzionalità che va oltre la sua letteralità (diritto come problema di senso) e la azione della regola di riconoscimento nell'individuazione delle regole che stabiliscono gli obblighi primari. E perché non dire l'azione creativa e costitutiva della norma di riconoscimento nel caso specifico, perché per Hart «negli ordinamenti sviluppati l'individuazione delle regole non avviene esclusivamente mediante riferimento a testi o elenchi, ma soprattutto mediante riferimento alla caratteristiche generali presenti nelle regole primarie». Senza dimenticare che la regola del riconoscimento non sarebbe presupposta, ma realizzata in tale prassi. L'errore di identificare la regola del riconoscimento con le costituzioni degli stati, che, oltre ad essere una pratica, la regola del riconoscimento non assolverebbe al ruolo legittimante che le costituzioni svolgono. Come conciliare la regola del riconoscimento con la prospettiva del diritto come dimensione autonoma della pratica e dominio specifico della conoscenza? La validità giuridica e l'aggiudicazione sono mutualmente costitutive nella realizzazione giuridica? La richiesta della regola del riconoscimento non si limiterà ai "hard cases" nell'interpretazione di Dworkin, ma a tutti i problemi-controversia che mettono in discussione l'esercizio pratico-costitutivo del diritto in un caso concreto specifico. Hart sottolinea che, secondo Joseph Raz, sarebbe necessario, a prescindere dallo statuto che i giudizi morali possono avere nel caso concreto, garantire la funzione costitutiva dell'attività giudiziaria, culminata nel miglior giudizio morale nella formulazione del nuovo diritto. Evidentemente non si tratta di convertire la moralità in norme preesistenti, ma di creare in modo esemplare nuove norme.

**Keyword:** regola di riconoscimento; Hart; aggiudicazione; legge e morale.

"The judge has to choose between alternative meanings to be given to the words of a statute or between rival interpretations of what a precedent 'amounts to'. It is only the tradition that judges 'find' and do not 'make' law that conceals this, and presents their decisions as if they were deductions smoothly made from clear pre-existing rules without intrusion of the judge's choice."

Hart, H. L. A., **The Concept of Law**, Third Edition, Oxford, Oxford University Press, Clarendon Law Series, 2012 [1961], p. 12.

## X – “JUDICIARY LAW”: UM CONCEITO EM FORMULAÇÃO

John Austin distingue “Statute and Judiciary Law” a partir da Lecture XXXVII. “Não haveria uma imediata correspondência entre as ideias *direta* e *suprema* ou *judicial* e *legislação subordinada*, haja a vista a possibilidade de o monarca ou órgão supremo exercer diretamente poderes judiciais, inclusive formular o direito”.<sup>2</sup> Pelo visto, a diferença entre “statute law” e “judiciary law” não reside na apreciação da origem, mas no *modus operandi* de sua formulação: o direito se *constitui* judicialmente por ocasião da decisão de um caso específico. O objetivo imediato do juízo, entretanto, é a resolução da controvérsia e não o estabelecimento de uma regra.

Para Austin, a doutrina do *stare decisis* impõe ao juízo a apreciação dos efeitos que sua decisão poderá ter como norma geral: “*He legislates as properly judging, and not as properly legislating*”.<sup>3</sup> A formulação do princípio ou da regra se dará *in concreto*, isto é, nas franjas das peculiaridades do caso. John Austin sugere o seguinte *iter* formativo, a saber: α) apreciação das razões gerais sustentadas pelo juízo; β) processo de abstração e indução no intuito de se afastar das especificidades do caso e retirar o princípio ou a regra. De ora em diante, *realizáveis* universalmente para casos análogos e ainda como “statute law”<sup>4</sup>.

Portanto, o processo de abstração e indução será imprescindível para, além de forjar o princípio ou regra, a incidência destes em casos subsequentes como padrões de conduta<sup>5</sup>. As proposições gerais extraídas do *caso concreto* sempre devem ter como referência as específicas peculiaridades do caso, sob pena de serem extrajudiciais e não obrigatórias<sup>6</sup>. Não obstante, Austin reconheça diferentes métodos de interpretação (literal ou gramatical; histórico; teleológico e sistemático)<sup>7</sup> acaba por privilegiar a interpretação literal, revelada a sua supremacia relativamente a outros... “*If the literal meaning of the words were not the primary index (or were not scrupulously regarded by the interpreter, all the advantages (real or supposed) of statute legislation would be lost.*”<sup>8</sup>

<sup>2</sup> AUSTIN, John, *Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law*, vol. II, fifth edition, revised and edited By Robert Campbell, London, John Murray, Albemarle Street, 1885, p. 621.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 621.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 622.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 622 – 623.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 626.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 624.

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 625.



Entendemos que as palavras da lei transportam uma dimensão de intencionalidade que exorbita a literalidade: a norma que o texto da lei pretende manifestar. Se por um lado Austin se contenta com a análise da significação textual em se tratando de “statute law”, por outro ele reconhece a impotência do *método literal* na indução da norma que mobilizará a interpretação da natureza e das especificidades do caso concreto.<sup>9</sup> Enfim, resta saber se Austin fecha analiticamente a fonte de direito no seu próprio texto e identifica o *ius a lex*?

Para Austin, a *ratio decidendi* seria em si mesma direito a desempenhar a função de padrão de conduta ou regra geral<sup>10</sup>. Todavia, estaremos diante do “judiciary law” somente quando a *ratio decidendi* formula um novo princípio e não se tratar da invocação de um direito preexistente<sup>11</sup>. Acresce-se ainda que a convocação da *ratio decidendi* para resolução de casos similares expressaria tão somente a incidência do “judiciary law”. Não há que se falar, portanto, em interpretação extensiva<sup>12</sup>.

John Austin sugere que o “judiciary law” pode se originar de diversas causas, a saber: α) normas provenientes dos costumes que se tornam direito por intermédio da decisão judicial; β) normas prescritas pelos juízes *ex proprio arbitrio* (também conceituadas *usus fori*, *Gerichtsgebrauch*, *Jurisprudence*, *Auctoritas*, etc); γ) normas prescritas com base na opinião e nas práticas dos *iuris consultus*; δ) normas prescritas pelos juízes sobre questões não enfrentadas pelo “statute law”, a partir de um *juízo de prognose* sobre o que o legislador deveria ter estabelecido; ε) normas estrangeiras ou “positive international morality”, uma vez reconhecidas pelos tribunais nacionais se tornam obrigatórias como o “positive law”<sup>13</sup>. Convém enfatizar que o *iter* formativo do “positive law” seria marcado por uma relativa abertura, tendo como ponto de partida as regras da “positive morality” seguida pela respectiva adoção pelos tribunais e o acréscimo de outras normas por intermédio da analogia. Sem excluir a introdução de novas regras pelos juízes *proprio arbitrio* e a formulação do “estatute law”. Por fim, todo o empenho de Austin parece *fechar-se* na ideia de Código<sup>14</sup>.

---

<sup>9</sup> Ibid., p. 625.

<sup>10</sup> Ibid., p. 627.

<sup>11</sup> Ibid., p. 628.

<sup>12</sup> Ibid., p. 631.

<sup>13</sup> Ibid., p. 634 – 635.

<sup>14</sup> Ibid., p. 636.

## XI – A DEFESA DA CODIFICAÇÃO

A defesa entusiasmada da codificação culmina retoricamente no discurso de eliminação do “judiciary law”, o modo predominante de legislar na *common law*.<sup>15</sup> “Convém advertir que *common law* incluiu ‘statute law’ e não é sinônimo de ‘judiciary law’”<sup>16</sup>. A partir deste momento, estudaremos com cuidado as vantagens e desvantagens do “judiciary law” tendo como interlocutor privilegiado John Austin. Como já vimos, “judiciary law” seria também imperativo e, portanto, direito, neste ponto Austin supera a objeção de Bentham de que “judiciary law” não seria direito, mas somente quase-comandos: “*The Statute Law is composed of commands. The Common Law of quasi-commands.*”<sup>17</sup>

Neste diálogo construtivo entre os autores, Austin mesmo admitindo que a *ratio decidendi* não possa ser conceituada propriamente como direito, mas como “norma ou model” ele ratifica a imperatividade do “judiciary law”<sup>18</sup>. A segunda objeção enfrentada por Austin é o tímido ou inexistente controle da comunidade sobre as decisões judiciais. Na verdade, tal crítica exorbita do direito *constituído* judicialmente e alcança qualquer “statute law” que não se rende aos autênticos interesses da comunidade<sup>19</sup>. Tal objeção engloba qualquer legislação, de qualquer partido não adequadamente controlado pelo “positive law” ou “positive morality”.

Outras objeções igualmente mobilizáveis foram o manifesto *défice democrático* na forma de ingresso nos tribunais, marcada pelas indicações ao arrepio da vontade popular ou de seus representantes. A consecução de interesses inconfessáveis em detrimento da comunidade que seria em tese *franqueada* pela desnecessidade de formular a norma em abstrato e pela ausência de censura social nos moldes do “statute law”<sup>20</sup>.

A terceira objeção discutida é que os “juízes legisladores legislam arbitrariamente”, haja vista a indeterminação, a diversidade e não raramente a incoerência entre as normas. Mais uma vez tal crítica exorbita o “judiciary law” e alcança o “statute law”.

---

<sup>15</sup> Ibid., p. 641.

<sup>16</sup> Ibid., p. 648.

<sup>17</sup> BENTHAM, Jeremy, **A Fragment on Government**, Edited by F. C. Montague, Oxford, The Clarendon Press, 1891, p. 139.

<sup>18</sup> AUSTIN, John, **Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law**, vol. II, p. 642.

<sup>19</sup> Ibid., p. 642.

<sup>20</sup> Ibid., p. 643.

Normalmente quando juízes subvertem normas preexistentes, eles o fazem com base na opinião da própria comunidade. Ademais, o “judiciary law” não seria o resultado apenas da atuação do juízo, mas o corolário da *profissão jurídica* sensível às opiniões e práticas daqueles que militam diariamente nos tribunais. Austin pontua que a influência da opinião profissional frequentemente *compele* o tribunal à adoção de determinada norma, não raramente consoante imperativos morais<sup>21</sup>.

Antes de prosseguirmos com o estudo do “judiciary law” se impõe alguns esclarecimentos. O nosso interesse pela defesa da codificação nos importa apenas na medida que podemos explorar as vicissitudes do sistema inglês a partir da perspectiva privilegiada de Austin. Não constitui, portanto, objetivo deste *paper* estudar se suas considerações foram originais ou se representam a continuidade das ideias de Bentham; as suas críticas à Savigny; as confessadas afinidades com Thibaut; a superação de algumas intuições de Hugo<sup>22</sup>; os equívocos cometidos no Código Francês e Prussiano que os poriam distante da concepção contemporânea de código<sup>23</sup>.

John Austin pontua que “as regras do *judicial law* seriam menos acessíveis e cognoscíveis que o *statute law*, haja vista as dificuldades durante à procura da *ratio decidendi*, quase sempre a convocar numerosos casos”<sup>24</sup>. O “judicial law” seria ainda constituído no *fervor* de uma decisão judicial, sem a amadurecida deliberação que a legislação requer. Entretanto, o próprio Austin confessa que tal objeção não se voltaria a todo e qualquer “judiciary law”<sup>25</sup>.

Austin confirma que o “judicial law” seria *ex post facto* em relação ao caso no qual foi formulado, mas esta objeção não mereceria prosperar, pois as decisões seriam *antecipadas* pelos causídicos com suas opiniões e práticas que não raramente os tribunais seguem. O “judicial law” seria, portanto, potencialmente antecipado pela comunidade de jurisconsultos<sup>26</sup>.

Tal compreensão esbarra na utopia de que há consenso possível entre os juristas, e não leva em conta as aspirações pessoais confessáveis e inconfessáveis dos “ad vocatus” no caso concreto. John Austin valoriza a dimensão ética no exercício da atividade postulatória e as ideias de resgate da honra e da

---

<sup>21</sup> Ibid., p. 644 – 645.

<sup>22</sup> Ibid., p. 665.

<sup>23</sup> Ibid., p. 668 – 669.

<sup>24</sup> Ibid., p. 650.

<sup>25</sup> Ibid., p. 651.

<sup>26</sup> Ibid., p. 651 – 652.

importância política dos jurisconsultos da Antiga Roma. Subjacente à ideia de *redenção* dos “ad vocatus” estaria a valorização destes como “legisladores práticos da comunidade”, a julgar pela notória “expertise” com o mundo da vida<sup>27</sup>.

Haveria, portanto, uma maior estabilidade e coerência no “judicial law” que a comumente imaginada, embora Austin reconheça a instabilidade e a incoerência como ínsito a qualquer sistema jurídico. Não seria diferente no “judicial law” que também padeceria da indeterminação e inconsistência provenientes, a saber: α) dificuldade executória em razão da enorme quantidade de documentos a serem investigados, frequentemente formulados em momentos históricos distintos; β) dificuldade cognitiva imposta pelo processo de abstração e indução na procura da *ratio decidendi*. Portanto, as regras do *judicial law* seriam menos acessíveis e cognoscíveis também para os mais experientes advogados<sup>28</sup>. A dificuldade executória seria agravada pela ausência de documentos confiáveis a atestar a existência da norma. Não se trata, obviamente, de um problema do “judicial law”, mas põe em causa um *senão* a ser enfrentado pela própria administração da justiça.

Qualquer discussão que se pretenda séria sobre o “judicial law” deverá enfrentar a sua pressuposição de validade. Presente a doutrina do *stare decisis* ou não, qual o critério ou a combinação deles estabelecerá a obrigatoriedade do “judicial law”?<sup>29</sup>. John Austin sugere alguns critérios, a saber: α) objetivo como o número de decisões; β) estético seria a qualidade do *decisium*; γ) sistemático investiga a sua harmonia em face do sistema jurídico no qual se insere; δ) subjetivo a origem do mesmo. Para Austin, a incerteza no que tange à validade e à convocação futura do “judicial law” seriam inerentes à natureza desta norma<sup>30</sup>.

Embora possível a extensão ou a restrição da *ratio decidendi*, esta seria raramente compreensível. Tal crítica procura evidenciar a limitação do “judicial law” a determinadas espécies ou gêneros de casos<sup>31</sup>. Como já vimos, a *ratio decidendi* pretende ser um princípio geral realizável num gênero de casos.<sup>32</sup> Austin já admitia a introdução das *rationes decidendi* no código de forma abstrata, o que a renderia breve e acessível<sup>33</sup>.

---

<sup>27</sup> Ibid., p. 681.

<sup>28</sup> Ibid., p. 652.

<sup>29</sup> Ibid., p. 655.

<sup>30</sup> Ibid., p. 655 – 656.

<sup>31</sup> Ibid., p. 657.

<sup>32</sup> Ibid., p. 658.

<sup>33</sup> Ibid., p. 666.

Já tivemos a oportunidade de explorar o *iter* formativo do “positive law” marcado por uma relativa abertura. Na perspectiva de Austin, o “judicial law” seria o *nucleus* no qual o “statute law” é forjado, a julgar pela simbiose necessária entre eles, destacando-se sobretudo o aporte técnico do “judiciary law”<sup>34</sup>. Tal associação íntima não para por aqui, pois o “judicial law” teria ainda um papel supletivo e explicativo do código<sup>35</sup>. Diríamos que o “judiciary law” seria responsável por *renovar* o código de tempos em tempos.

Mesmo Austin se assumindo um entusiasta da codificação na Inglaterra nos inícios do século XIX, ele confessa a impossibilidade de o código e da “statute law” vaticinar todos os casos que a realidade na sua dinâmica irrefreável pode oferecer<sup>36</sup>. Ele admite que “nenhum código poderá ser completo ou perfeito, mas talvez será menos incompleto que *judge-made law*”<sup>37</sup>. Para ele, a indeterminação do direito inglês poderia ser tratada pela redução de termos impregnados de *faticidade* a uma forma abstrata no Código<sup>38</sup>.

Segundo Austin, a codificação contribuiria para o aperfeiçoamento da profissão legal, pois sendo o direito mais simples e *pretensamente científico* atrairia pessoas inteligentes e honestas para o foro<sup>39</sup>. Ora, ele nutria uma verdadeira aversão aos causídicos sem caráter. Enfim, a codificação responderia a sua aspiração a um direito *rationale* e simplificado, para além de concorrer para uma melhor legislação e administração da justiça<sup>40</sup>.

John Austin acreditava sinceramente que o direito tornar-se-ia melhor do ponto de vista ético e técnico a partir de alguns poucos iluminados versados em lei. Fez-me lembrar a personagem o padre Bartolomeu Lourenço do Memorial do Convento que desejava construir uma máquina voadora, numa altura da trama, ele torna a Faculdade de Cânones de Coimbra, e Saramago pontifica “vai tornar a Coimbra, um homem pode ser grande voador, mas é-lhe muito conveniente que saia bacharel, licenciado e doutor, e então, ainda que não voe, o consideram.”<sup>41</sup>.

---

<sup>34</sup> Ibid., p. 659.

<sup>35</sup> Ibid., p. 675.

<sup>36</sup> Ibid., p. 664.

<sup>37</sup> Ibid., p. 666; p. 675.

<sup>38</sup> Ibid., p. 672.

<sup>39</sup> Ibid., p. 680.

<sup>40</sup> Ibid., p. 681. Ver *Notes on Codification e Codification and Law Reform in Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law*, vol. II, p. 1021 – 1039; p. 1092 – 1100.

<sup>41</sup> SARAMAGO, José, *Memorial do Convento*, Editores Reunidos Ltda, Lisboa, 1994, p. 74.

## XII - A NOÇÃO DE REGRAS CONFERINDO PODERES

A partir deste momento exploraremos alguns problemas suscitados pela tese de Austin de um direito fundado na ameaça de sanção, muito especialmente o de *Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law*<sup>42</sup>. Segundo Hart, “*the notion of a rule conferring powers*” seria mais adequada à análise do direito, do que às ideias de “*orders, habits, and obedience*”<sup>43</sup>, “*orders backed by threats*” or “*coercive orders’ to refer to orders which, like the gunman’s, are supported only by threats*”<sup>44</sup>.

Se por um lado parece atraente esta simplificação da complexidade do direito, por outro seria, segundo o próprio Hart, fonte de confusão e distorção do fenômeno jurídico. Obviamente isto não significa renunciar a existência de normas seguida de sanção, o que ele rejeita categoricamente é a redução do direito à existência destas normas (“*There is of course no doubt that a legal system often presents this aspect among others*”<sup>45</sup>).

O grande contributo de Austin, segundo Hart, teria sido identificar que determinadas condutas já não seriam mais optativas, mas obrigatórias. Ao seu turno a sua contribuição talvez tenha sido reconhecer que as condutas já não seriam mais optativas, mas obrigatórias num sentido puramente jurídico<sup>46</sup>. Mas, confessemos sem vergonha, o grande contributo de Hart foi pensar as regras na sua normatividade social (“*social rule*”), a superar a mera convergência habitual de comportamentos e um sistema de sanções previsíveis<sup>47</sup> constituído por regras unívocas<sup>48</sup>.

Ainda que nem sempre festejado, o *soft positivism* de Hart se abre a esta interessante *audience*, sem omitir a discussão do direito, da coerção e da moral como fenômenos sociais<sup>49</sup>.

Neste percurso, a primeira dimensão acentuada por Hart é que subjacente à ideia de comando está o exercício da autoridade e o respeito à autoridade, e não se trata tão somente do poder de infligir consequências não desejáveis<sup>50</sup>.

---

<sup>42</sup> AUSTIN, John, *Lectures on Jurisprudence or Philosophy of Positive Law*, Fifth edition, revised and edited by Robert Campbell, London, John Murray, Albemarle Street, 1885.

<sup>43</sup> HART, Herbert Lionel Adolphus, *The Concept of Law*, Third Edition, Oxford, Oxford University Press, Clarendon Law Series, 2012 [1961], p. 77.

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 19.

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. 7.

<sup>46</sup> *Ibid.*, p. 8.

<sup>47</sup> *Ibid.*, p. 10.

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 13.

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 17.

<sup>50</sup> *Ibid.*, p. 20.

A segunda dimensão se relaciona a uma tal compreensão do direito como instrumento de controle social a sobrelevar os mecanismos de “*legal control*”, que ao fim e ao cabo, estipula *direções*. Neste horizonte, restaria clara a impossibilidade de realizá-lo a partir de formas de controle particularizadas na linha “*face-to-face*”. Ao explorar a generalidade das normas, entenda-se generalidade de condutas capazes de alcançar pessoas diferentes, e sobretudo ao realçar o *iter* procedimental, Hart acaba por enfatizar a impossibilidade de ser pensar o direito a partir da simples ideia de *ordem*<sup>51</sup>.

No que concerne ao *hábito geral de obediência*, para além de ser uma noção vaga e imprecisa<sup>52</sup>, não atenderia às exigências de continuidade, independência e supremacia dos sistemas jurídicos hodiernos<sup>53</sup>. Obviamente obtemperando estas duas últimas características com o imperativo de proteção da pessoa no cenário internacional. Mais do que insistir na retórica de proteção dos indivíduos no plano internacional, a relativizar sem dúvida as ideias de independência e supremacia dos sistemas jurídicos. O momento presente exige a *efetivação* de mecanismos já existentes, a criação de outros mais eficientes e a limitação da discricionariedade dos estados tão somente à escolha dos meios de proteção. Noutras palavras, num quadro de risco grave e iminente à integridade física e psicológica da pessoa, apreendida, quer individualmente, quer coletivamente, por si só, estabilizaria para os estados o *dever jurídico de agir*, circunscrevendo-se a discricionariedade exclusivamente à seleção dos meios.

Mais do que reconhecer as insuficiências que singularizam as ideias de Austin – que a inscrevem, paroquialmente na experiência jurídica inglesa. Trata-se, com efeito, de denunciar que a ideia de uma pessoa ou um conjunto de pessoas internamente supremo apenas teria sentido se considerarmos a figura “*the Queen in Parliament*”, que para além de exercer função legislativa não está subordinada a nenhum outro ente, portanto, não haveria que se falar em “*hábito geral de obediência*” da soberana<sup>54</sup>.

O que significa exatamente “pensar o direito na sua normatividade social”? A complexidade das relações sociais exige do direito muito mais do que a estipulação de *ordens* sob a ameaça de sanção. Este foi sem dúvida o ponto

---

<sup>51</sup> Ibid., p. 21 – 22.

<sup>52</sup> Ibid., p. 24.

<sup>53</sup> Ibid., p. 24.

<sup>54</sup> Ibid., p. 25 – 27.

de partida eleito por Hart, as relações interpessoais demandam que o direito *performance* diferentes funções para além da imposição de responsabilidades ("duty"). "The power thus conferred on individuals to mould their legal relations with others by contracts, wills, marriages, &c., is one of the great contributions of law to social life"<sup>55</sup>.

Segundo Hart, a noção de regras conferindo poderes seria mais adequada à compreensão do direito do que a ideia simplista de *ordens*. A noção de normas conferindo poderes englobaria, quer aquelas de natureza privada, vocacionada aos particulares no trato dos seus interesses patrimoniais e não patrimoniais, quer as de natureza pública ("*rules of jurisdiction*", "*Legislation*"). Tais regras estabeleceriam as condições para o exercício destes poderes, isto sem falar que elas compartilhariam ainda um mesmo *modus operandi*: juízo de conformidade<sup>56</sup>.

Hart reitera que o instituto da nulidade não poderia ser percebido como uma espécie de sanção, e considera possível a sobrevivência da regra, como inteligível parâmetro de conduta ("*standard of behaviour*") mesmo em face da ausência de sanção<sup>57</sup>. Tanto as regras que conferem poderes quanto as regras penais constituiriam *standards* de conduta dos indivíduos, sem excluir que convergiam "*whereas rules like those of the criminal law impose duties, power-conferring rules are recipes for creating duties.*"<sup>58</sup>. Devemos confessar que somos tentados a repetir a afirmação de que subjaz às teses de Hart uma tal ideia do direito como um meio de controle social, "*the specific character of law as a means of social control*"<sup>59</sup>. Evidentemente sem negar que o próprio Hart em diversas passagens do texto se refere ao direito como um expediente de controle social, parece-nos que muito mais do que festejar esta dimensão, trata-se muito especialmente de denunciá-la.

Sem negar a própria conceptualização das regras como *standard* de conduta dos indivíduos em sociedade. O discurso de Hart precisa ser percebido na sua generalidade, isto é, o que de facto subjaz à tese da "*rule of recognition*" é a defesa impetuosa da existência regras que conferem poderes jurídicos (de natureza privada e pública), e talvez uma resistência heroica da autonomia individual ("Such laws do not impose duties or obligations. Instead, they provide individuals with *facilities* for realizing their wishes, by conferring legal powers upon them..."<sup>60</sup>).

---

<sup>55</sup> Ibid., p. 28.

<sup>56</sup> Ibid., p. 30.

<sup>57</sup> Ibid., p. 35.

<sup>58</sup> Ibid., p. 33.

<sup>59</sup> Ibid., p. 39.

<sup>60</sup> Ibid., p. 27.



Hart pensa o direito para além das decisões jurisdicionais, isto é, como um recurso apto a planear a vida “*che va al di là della Corte*”<sup>61</sup>. Talvez o acerto ou desacerto do nosso olhar possa ser corroborado a partir da proposta de que as regras que conferem poderes aos particulares devam ser consideradas a partir da perspectiva daqueles que a exercem como “*a private legislator*”<sup>62</sup>.

Hart rejeita a teoria dos comandos de Austin, a partir da ideia de regras que conferem poderes jurídicos, considerando que a legislação vincula os indivíduos e os próprios legisladores sem distinção. Ele distinguiu duas habilidades no legislador, a primeira decorrente de sua autoridade quando participa na formulação da norma e a segunda como qualquer indivíduo que a cumpre. O próprio Hart reconhece a desnecessidade de se socorrer deste recurso para perceber a capacidade autovinculativa da legislação<sup>63</sup>.

Entretanto manteremos tal distinção unicamente porque servirá mais tarde quando enfrentaremos a perspectiva interna e externa das regras sociais. A preocupação cá é sepultar de uma vez por toda a ideia de indivíduos acima da lei estipulando ordens a outros. Noutros termos, o poder jurídico ilimitado do supremo legislador não seria uma condição imprescindível à existência do direito.

O que, não menos decisivamente, também integrará a objeção às ideias de John Austin é a origem do costume como fonte de direito. Convém clarificar que há costumes que não são fontes de direito. Resta saber quando o costume constituirá fonte de direito. Isto ocorrerá quando os juízes *reconhecerem* o costume num específico caso concreto, neste momento receberá “*legal recognition*”? Ou quando o costume conseguir superar o teste de razoabilidade (“*reasonableness*”) que antecede ao “*legal recognition*”? Ou quem sabe não só o costume, mas também as regras formuladas pelo parlamento só constituirão fontes de direito após o “*legal recognition*” realizada pelos juízes na decisão de um caso concreto?<sup>64</sup>.

Hart rejeita rigorosamente cada uma dessas alternativas. Porventura não terá o costume em si mesmo o seu *status* jurídico. A toda evidência, Hart partilha a ideia de que os costumes não constituem nenhum ato consciente de criação do direito,

---

<sup>61</sup> Ibid., p. 40.

<sup>62</sup> Ibid., p. 41.

<sup>63</sup> Ibid., p. 42 – 43.

<sup>64</sup> Ibid., p. 46 – 47.

muito menos uma *ordem*<sup>65</sup>. Sem esquecer que ao longo das críticas à teoria soberana de Austin convergem ainda problemas de justiça e de legitimidade do soberano não enfrentadas<sup>66</sup> e a oposição à tese do hábito geral de obediência através da defesa inflamada das regras sociais.

O que caracteriza as "*social rules*", para além de incidirem sobre comportamentos gerais, não necessariamente invariáveis, convocam a crítica e uma pretensão de conformidade em face de comportamentos desviantes e apresentam uma específica dimensão interna não existente nos meros hábitos<sup>67</sup>. Tal perspectiva interna implica um profundo e crítico exame dos indivíduos a respeito de suas próprias condutas a convocar a já referida pretensão de conformidade.

Não confundamos esta perspectiva com qualquer imposição interna irresistível que move o indivíduo a realizar determinado ato ou a se comportar de determinada maneira. Não se trata de sentimentos, "(...) *but such feelings are neither necessary nor sufficient for the existence of 'binding' rules.*"<sup>68</sup>.

### XIII - A REGRA DE RECONHECIMENTO

O propósito que orienta esta seção não é o de investigar a "*rule of recognition*" por intermédio de contributos parciais que enaltecem as suas deficiências e limitações. Como não é seguramente também o de explorar os pressupostos teóricos que pretensamente sustentariam o positivismo analítico inglês. Como não é ainda, enfim, de pensá-la completamente destituída de uma prática constitutiva e reivindicadora. Porque é antes o desejo de testá-la em ação... Se ao fim e ao cabo concluirmos pelos escassos contributos da regra de reconhecimento teremos ao menos o prazer da conversação. Quando exploramos a distinção entre "*social rules*" e hábitos vimos que as condutas desviantes neste último não ensejam à crítica e à exigência de conformidade. Noutros termos, a convergência de comportamentos presentes nos hábitos não é suficiente para constituir uma regra que exija tal prática<sup>69</sup>.

Além disto, as regras sociais luminosamente convivem com as minorias que

---

<sup>65</sup> Ibid., p. 48.

<sup>66</sup> Ibid., p. 53.

<sup>67</sup> Ibid., p. 55 – 56.

<sup>68</sup> Ibid., p. 57.

<sup>69</sup> Ibid., p. 55

não as aceitam como *standard* de comportamento. As regras sociais possuem uma dimensão interna, não presente nos hábitos, que se traduziria como uma atitude crítica às condutas desviantes e pela exigência de conformidade. Convém ainda reiterar que as regras sociais são aceitas pela *experiência* e não por nenhuma imposição interna irresistível que leva o indivíduo a realizar determinado ato ou a se comportar de determinada maneira<sup>70</sup>.

O que subjaz a esta atitude crítica é claramente o compartilhar de determinados *standards* de comportamento. Além das regras que prescrevem uma específica conduta como *standard*, existiria ainda a regra que permite a identificação dos *standards* de comportamento. O que, não menos decisivamente, significará a rejeição perentória da teoria soberana de John Austin, posto que o *soberano* revelará seu direito de legislar, isto é, o direito de instituir novos *standards* de comportamento e não apenas ordens<sup>71</sup>.

O que significa exatamente inscrever o direito nesta trama argumentativa das regras sociais? Este critério de identificação dos *standards* de comportamento está em condições de conferir a normatividade, sem o qual o direito não se realiza enquanto tal?

Os κριτικός<sup>72</sup> (Kritikós) acentuarão que a continuidade da autoridade legislativa dependeria das práticas sociais, isto é, sujeita à “the acceptance of a rule”, hodiernamente traduzida na constituição e na aceitação dos indivíduos dos resultados dos procedimentos levados a cabo pelos oficiais... “in the law-making, law-identifying, and law-applying operations of the officials or experts of the system.”<sup>73</sup>.

Hart supera a ideia de ordens baseadas em ameaça pela noção de regras conferindo poderes. Que poderes? O de legislar sujeito a certos procedimentos, o de julgar e muito especialmente o de criar e conformar relações jurídicas entre particulares (“private powers”)<sup>74</sup>. Para Hart, “the key to the science of jurisprudence” seria a combinação de regras que impõem responsabilidades e as que conferem poderes jurídicos privado e público. As primeiras convocam ações e as segundas consentem a criação e alteração das obrigações.

---

<sup>70</sup> Ibid., p. 57.

<sup>71</sup> Ibid., p. 58.

<sup>72</sup> LIDDEL, Henry George & SCOTT, Robert, *A Greek-English Lexicon*, Oxford: Clarendon Press, 1940.

<sup>73</sup> HART, *The Concept of Law*, p. 61.

<sup>74</sup> Ibid., p. 77.

Com a tese da união das regras primárias e secundárias Hart procura exaltar o seu possível contributo explicativo<sup>75</sup>. Importa sublinhar que mesmo a ideia de obrigação também se origina das regras sociais, vez que estas consagram certas condutas como *standard* de comportamento<sup>76</sup>.

Porventura a intenção de Hart tenha sido enfatizar a importância da pressão social subjacente às regras sociais como imprescindível à manutenção da vida e à da paz em sociedade<sup>77</sup>. Os Kritikós talvez considerem qualquer que seja a reflexão jusfilosófica, necessariamente, convocará o problema do direito e deste enquanto um *problema de sentido*<sup>78</sup>.

Levando a sério a mudança de paradigmas, do unitário para o pluralista, do metafísico para o pós-metafísico, do moderno para o pós-moderno e festejando a diferença e a pluralidade que nos impõe o tempo presente. Embora Hart não tenha chegado ao refinamento de pensar o direito *“como um projecto culturalmente autodisponível ou como uma «forma de vida» civilizacionalmente situada, entenda-se, como uma praxis de criação-realização de sentidos comunitários específicos, com soluções de integração intencional e teleologicamente inconfundíveis (unidas por uma determinada compreensão do problema da vida em comum), cuja continuidade (na diversidade das suas precipitações históricas e das tarefas-funções que estas lhe imputam) terá que ser identificada e assim mesmo submetida (nas suas pretensões de validade-vigência) a um permanente exercício de fundamentação.”*<sup>79</sup>. A ideia das regras sociais tornou a abrir o jurídico à facticidade social, sem reduzi-lo a apenas isto e ainda que não seja a principal preocupação de Hart, a realização de determinados sentidos comunitários permeia a sua obra. Resta saber se a noção das regras sociais será mais “uma concepção do jurídico como um acervo de recursos de institucionalização *intencionalmente neutros*”<sup>80</sup>.

Interpelar criticamente o direito em Hart convoca necessariamente a distinção entre dimensão externa e interna das regras, pois somente na *perspectiva de participante*, isto é, como um membro do grupo social que *aceita* as regras como

---

<sup>75</sup> Ibid., p. 81.

<sup>76</sup> Ibid., p. 85.

<sup>77</sup> Ibid., p. 87.

<sup>78</sup> NEVES, Castanheira, **A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia**, Tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 146-147.

<sup>79</sup> AROSO LINHARES, José Manuel, **O Direito como mundo prático autónomo: “equivocos” e possibilidades**, Relatório com a perspectiva, o tema, os conteúdos programáticos e as opções pedagógicas de um seminário de segundo ciclo em Filosofia do direito, Coimbra, 2013, p. 6.

<sup>80</sup> Ibid., p. 7.

*standard* de comportamento poder-se-ia perceber integralmente a dinâmica da vida social. Não bastando a dimensão externa que se contenta em identificar as regularidades das condutas.

A partir do *costume* com uma pressão social manifestamente menos densa que as outras fontes de direito<sup>81</sup>, Hart identifica as seguintes dificuldades nos sistemas jurídicos os quais predominavam as referidas “*primary rules of obligation*”, a saber: α) as normas não formam um *sistema*, mas um conjunto de *standards* de comportamentos separados; β) inexistência de *procedimentos* aptos a identificar as normas e seus respectivos objetivos; γ) inexistência de mecanismos formais de criação e revogação das normas; δ) inexistência de organismos com o monopólio da *sanção*<sup>82</sup>.

A superação lograda dos referidos inconvenientes dar-se-ia através das regras secundárias, das “*regras das regras*”, das metanormas, por estarem inclinadas às regras primárias em si mesmas e não às condutas dos indivíduos *per se*. Nesta perspectiva o *problema da incerteza* seria enfrentado pela “*rule of recognition*”. *This will specify some feature or features possession of which by a suggested rule is taken as a conclusive affirmative indication that it is a rule of the group to be supported by a social pressure it exerts.*<sup>83</sup>.

Acentuação que nos ajuda de imediato a perceber que o contributo da regra de reconhecimento estaria na identificação das regras que instituem as obrigações primárias. A *rule of recognition* confirma, pois, a existência e o próprio caráter vinculativo das regras. Trata-se, muito especialmente, de “*a rule for conclusive identification of the primary rules of obligation.*”<sup>84</sup>. Ao identificar as regras primárias concorreria com as ideias, ainda que incipientes, de *unidade*, *sistema* e *validade jurídica*.<sup>85</sup>

No que tange ao conteúdo da *rule of recognition*, Hart explica que “nos sistemas jurídicos desenvolvidos a identificação das regras não se dá exclusivamente pela referência aos textos ou lista, mas sobretudo pela referência às características gerais presentes nas regras primárias.”<sup>86</sup>. Como se ao fim e ao cabo se tratasse

---

<sup>81</sup> HART, *The Concept of Law*, p.89 – 91.

<sup>82</sup> *Ibid.*, p. 91 – 93.

<sup>83</sup> *Ibid.*, p. 94.

<sup>84</sup> *Ibid.*, p. 95.

<sup>85</sup> *Ibid.*, p. 95.

<sup>86</sup> *Ibid.*, p. 95.

apenas de reconhecer a precedência dos *statutes* em relação aos costumes e às decisões judiciais, ou simplesmente examinar os procedimentos de formação dos primeiros<sup>87</sup>.

O problema dos limites de conteúdo da *rule of recognition* será investigado no momento oportuno, por ora nos interessa o seu recorte preciso. Haveria ainda um estreito liame entre as "*rules of change*" e a "*rule of recognition*", haja vista que na presença da primeira a regra de reconhecimento incorporaria obrigatoriamente uma referência à legislação, a culminar na sua especificação como critério de validade das regras<sup>88</sup>.

No que concerne ao *problema da ineficiência* da pressão social presente nas regras que instituem as obrigações primárias, este seria solucionado com as regras secundárias que "*empowering individuals to make authoritative determinations of the question whether, on a particular occasion, a primary rule has been broken*".<sup>89</sup> Nesta perspectiva, as "*rules of adjudication*" definem os indivíduos aptos a julgar, os procedimentos e os conceitos de jurisdição e julgamento.

Mas também há uma profunda relação com a regra de reconhecimento na medida que as cortes, com poder para decidir se uma regra que institui uma obrigação primária foi descumprida, não podem se esquivar da ação de *identificar*-prescrever a regra. No limite, a regra de reconhecimento conferirá *jurisdição* a partir da identificação das regras primárias ao longo dos julgamentos, que logo constituirá fonte de direito.

Diferentemente de Hart que entende que a regra de reconhecimento indissociável da jurisdição padeceria da inexistência de regras gerais e da dependência na sutileza interpretativa e a coerência dos juízes<sup>90</sup>. Entendemos estas dimensões como decisivas no horizonte da arbitragem.

Segundo Hart, as regras secundárias permitiriam a centralização da pressão social a partir de mecanismos oficiais de imposição de sanções<sup>91</sup>. Se por um lado temos dúvidas quanto à afirmação de que as regras primárias juntamente com as regras secundárias constituiriam "*the heart of a legal system*", por outro não

---

<sup>87</sup> Ibid., p. 95.

<sup>88</sup> Ibid., p. 96.

<sup>89</sup> Ibid., p. 96.

<sup>90</sup> Ibid., p. 97.

<sup>91</sup> Ibid., p. 97 – 98.

poderíamos negar o seu imenso potencial analítico e explicativo, sem excluir a exemplaridade da *perspectiva de participante*. . . “to do justice to their distinctive, internal aspect we need to see the different ways in which the law-making operations of legislator, the adjudication of a court, the exercise of private or official powers, and other ‘acts-in-the-law’ are related to secondary rules.”<sup>92</sup>.

Ademais, a aceitação da *rule of recognition* e a sua utilização na identificação das regras que instituem as obrigações primárias constituiriam “the foundation of a legal system”<sup>93</sup>. O que lhe confere não apenas «engenho e arte» mas também uma dimensão incomparavelmente maior na obra de Hart. Desperta imenso interesse o fato de a regra de reconhecimento não estar circunscrita tão só aos “officials” na identificação das regras primárias<sup>94</sup>.

Mas também a circunstância de ser raramente formulada em termos de *regra*, a sua existência é inferida pelo *modus operandi* com que as normas são identificadas, ora pelos juizes, ora pelos particulares<sup>95</sup>. Como se vê, Hart não reduziu a *rule of recognition* tão somente aos “officials”, conquanto distinga o *status* de vinculatividade decorrente, diga-se de passagem, graças à incidência de outras normas.

Consequentemente, não é o *realizar* da regra de reconhecimento pelos “officials” *per si* que resultará numa vinculatividade diferente, mas a existência de outras normas a atribuir esta condição. Sob o prisma da regra de reconhecimento, portanto, esta poderá ser *posta em prática* tanto pelos “officials” quanto pelos particulares, sem distinção no grau de vinculatividade.

Quando Hart sublinha a necessidade de *aceitação* da regra de reconhecimento significa assumir a especificidade da *perspectiva de participante*, isto é, aceitar as regras como *standard* de comportamento<sup>96</sup>.

Além disso a *rule of recognition* cumprirá o papel de distinguir se uma determinada norma é válida ou não, entretanto, não se percebe bem que testes ou critérios as normas precisam ultrapassar para serem consideradas válidas<sup>97</sup>. Os *Kritikós* insistirão que se trata simplesmente da *validade formal* a que o autor

---

<sup>92</sup> Ibid., p. 99.

<sup>93</sup> Ibid., p. 100.

<sup>94</sup> Ibid., p. 100.

<sup>95</sup> Ibid., p. 101.

<sup>96</sup> Ibid., p. 102.

<sup>97</sup> Ibid., p. 103.

estar a convocar, livre da dinâmica da realidade ou limitando-se a apenas critérios pressupostos ou do plano ou da organização ou da instituição que estes impõem.

Segundo Hart *validade e perspectiva de participante* caminhariam juntas na formulação parcial das *razões de decidir*<sup>98</sup>. Assim sendo, a *rule of recognition* assumir-se-ia como baluarte da *validade* e norte das relações de “*primazia*” entre as normas de um sistema jurídico..., portanto “*ultimate and supreme rule*”<sup>99</sup>. Convém, entretanto, acentuar que esta perspectivação não aceita a ideia de um poder legislativo juridicamente ilimitado<sup>100</sup>.

Hart especifica nos Estados Unidos “*an ultimate rule of recognition*” na constituição, isto é, a constituição como o supremo critério de validade<sup>101</sup>. Enquanto na Inglaterra a legislação seria “*a supreme criterion of validity*”, na medida que busca em *outras* normas da cadeia normativa a sua medida de validade: “*no rule providing criteria for the assessment of its own legal validity*.”<sup>102</sup>.

Para Raz é um equívoco identificar a regra de reconhecimento com as constituições dos estados, para além de ser uma *prática a rule of recognition* não cumpriria o papel legitimador que as constituições desempenham<sup>103</sup>.

Como se vê, a *perspectiva de participante* cumpre um importante papel na *realização da rule of recognition*, soma e segue sendo uma *prática* que pressupõe aceitação geral ou pelo menos aquiescência dos resultados já obtidos. Não podemos confundir os pressupostos mínimos de existência da regra de reconhecimento, seja qual for a máscara que esta afivela... “*general acceptance of or acquiescence in these identifications*”<sup>104</sup> com o problema de validade da *rule of recognition*.

A prática de reconhecimento pode ser *aceita como apropriada ou não*. Para Hart, a validade jurídica residiria no plano normativo, isto é, no plano de inteligibilidade das normas. Incapaz, portanto, de alcançar o plano metanormativo, o *habitat* da regra de reconhecimento. O que talvez não signifique, necessariamente, a impossibilidade de se discutir a regra de reconhecimento sob a perspectiva valorativa<sup>105</sup>.

---

<sup>98</sup> Ibid., p. 105.

<sup>99</sup> Ibid., p. 105.

<sup>100</sup> Ibid., p. 106.

<sup>101</sup> Ver especialmente **The Rule of Recognition and the U. S. Constitution**, eds. Matthew D. Adler and Kenneth Einar Himma, Oxford University Press, 2009.

<sup>102</sup> HART, **The Concept of Law**, p. 107.

<sup>103</sup> RAZ, Joseph, **On the Authority and Interpretation of Constitutions**, in in *Between Authority and Interpretation*, Oxford University Press, 2009, p. 334.

<sup>104</sup> HART, **The Concept of Law**, p. 108.

<sup>105</sup> Ibid., p. 109.



A regra de reconhecimento não seria pressuposta, mas *realizada* numa tal prática<sup>106</sup>. A tese é relativamente simples, a *rule of recognition* perspectivada como um *facto* não permitiria interrogar a sua validade, conseqüentemente a sua existência seria matéria de facto: "(...) *the rule of recognition exists only as a complex, but normally concordant, practice of the courts, officials, and private persons in identifying the law by reference to certain criteria. Its existence is a matter of fact.*"<sup>107</sup>. Convém reiterar ainda que a regra de reconhecimento não tem natureza convencional, como o próprio Hart asseverou: "*It is not a convention, since the courts are most intimately concerned with it and they use it in identifying the law; and it is not a rule on the same level as the 'laws strictly so called' which it is used to identify.*"<sup>108</sup>

Como conciliar a perspectiva metanormativa e fática da *rule of recognition*? Como conciliar a *rule of recognition* com a perspectivação do direito como uma dimensão autônoma da prática e um domínio específico do conhecimento?

Segundo Hart, a natureza complexa da *rule of recognition* consentiria sua perspectivação a partir de duas vertentes, como '*law*', isto é, provendo critério para a identificação das regras do sistema na perspectiva de participante; e '*fact*' porquanto evidencia a maneira pelas quais as normas são identificadas, já o sabemos, numa prática captada na perspectiva de não participante<sup>109</sup>. A regra de reconhecimento, portanto, é '*law*' e '*fact*', habita duas dimensões distintas, o plano normativo, a propósito, metanormativo; e o fático como uma prática, sem preponderância de nenhuma delas<sup>110</sup>.

Haveria, portanto, uma relação mutuamente constitutiva entre "*officials*" e a regra de reconhecimento, já que uma das condições para a existência de um sistema jurídico seria aceitação da regra de reconhecimento pelos "*officials*" ... "*in the official creation, the official identification, and the official use and application of law.*"<sup>111</sup>; já que somente poderíamos presumir a existência dos *officials* na presença da regra de reconhecimento<sup>112</sup>.

Como se vê, a existência da regra de reconhecimento está na dependência de uma prática concordante dos *officials*. E não só! Como sabemos também que esta

---

<sup>106</sup> Ibid., p. 109.

<sup>107</sup> Ibid., p. 110.

<sup>108</sup> Ibid., p. 111.

<sup>109</sup> Ibid., p. 112; Ibid., p. 246.

<sup>110</sup> Ibid., p. 112.

<sup>111</sup> Ibid., p. 113.

<sup>112</sup> Ibid., p. 115.

‘prática concordante dos *officials*’ exigiria ainda a perspectiva de participante na constituição de um *standard* público de “correctness” da decisão judicial.

Este ‘*public common standard of correct judicial decision*’ traduziria uma exigência intrínseca para a existência de um sistema jurídico. Noutras palavras, a aceitação dos *standards* de validade jurídica permitiria a *unidade* e a *continuidade* do sistema jurídico.

A validade jurídica e a adjudicação seriam mutuamente constitutivas no *realizar* jurídico. Para Hart, as precondições para a existência de um sistema jurídico seriam, a saber: a) regras de comportamento geralmente obedecidas e válidas segundo a regra de reconhecimento; β) a regra de reconhecimento a especificar o critério de validade jurídica; γ) o *standard* público de “correctness” da decisão judicial<sup>113</sup>.

Subjaz ao texto de Herbert Hart a defesa fervorosa da liberdade dos indivíduos, tal resistência nem sempre salta à vista, entretanto, não há como negar a imprescindibilidade do manuseio da regra de reconhecimento pelos indivíduos no trato cotidiano de seus interesses<sup>114</sup>.

Por outro lado, a *rule of recognition* potencialmente poderia ter assumido um viés libertário nas antigas colônias inglesas, haja vista a capacidade de afastar a incidência das normas da metrópole graças à aceitação local de uma regra de reconhecimento própria<sup>115</sup>.

Hart jamais disse que direito seria apenas “*a matter of rules*” e que as normas explicam todos os fenômenos jurídicos, na verdade, ele sublinhou o equívoco de se pensar desta forma: “*though the combination of primary and secondary rules merits, because it explains many aspects of law, the central place assigned to it, this cannot by itself illuminate every problem.*”<sup>116</sup>.

A textura aberta e vaga das normas refletirá na regra de reconhecimento<sup>117</sup>. A convocação da “*rule of recognition*” não ficará restrita somente aos “*hard cases*” na interpretação de Dworkin, mas a todos problema-controvérsias que interpelam o exercício prático-constitutivo do direito num específico caso concreto<sup>118</sup>.

---

<sup>113</sup> Ibid., p. 116.

<sup>114</sup> Ibid., p. 117.

<sup>115</sup> Ibid., p. 121.

<sup>116</sup> Ibid., p. 99.

<sup>117</sup> Ibid., p. 123; Ibid., p. 252.

<sup>118</sup> Ibid., p. 252.

É evidente que isto não significa perceber o direito como algo dependente de sua realização prática, mas tão só a *confissão* de que a atividade judicante, a englobar juízes e árbitros, por vezes, de quando em quando, culminará na exigência de “*the restricted law-making function*” e “*law-creating discretion*”.<sup>119</sup>. Obviamente, Hart não se referiu expressamente aos árbitros e sim às cortes, o que não exclui, à partida, a sua extensão à arbitragem como mecanismo de solução de controvérsia. Talvez nesta específica seara a *regra de reconhecimento* também possa se *realizar*.

Muito embora a teoria de Hart seja descritiva, moralmente neutra, sem pretensão justificatória<sup>120</sup>, a *rule of recognition* pode explicitamente incorporar princípios de justiça, valores morais substantivos, princípios morais e valores substantivos ao lado do critério de *pedigree*<sup>121</sup>.

Hart cita Joseph Raz ao considerar que o “*soft positivism* não poderia ser percebido apenas como a teoria em que valores ou princípios morais talvez integrem o critério de validade jurídica.”<sup>122</sup>. Hart enfatiza que segundo Joseph Raz necessário seria, independentemente do *status* que os juízos morais possam ter no *caso concreto*, garantir a função constitutiva da atividade judicativa, a culminar no melhor julgamento moral na formulação de novo direito. Não se trata evidentemente de converter moralidade em preexistentes normas, mas exemplarmente *criar* novas normas<sup>123</sup>.

Portanto, o *soft positivism* de Hart não se limita a uma validade jurídica que possa dar conteúdo à dimensão de validade intencionada, mas também no reconhecimento da *função constitutiva* do julgador apto a criar novo direito.

#### XIV – JOSEPH RAZ EVIDENCIA UM CONTINUUM ENTRE APPLICATIO E CREATIO NO DIREITO

Joseph Raz destaca em “*Dworkin: A New Link in the Chain*”<sup>124</sup> que as cortes aplicam e criam o direito<sup>125</sup>, portanto, Raz reconhece a função constitutiva como ínsita ao

---

<sup>119</sup> Ibid., p. 252.

<sup>120</sup> Ibid., p. 240 - 244.

<sup>121</sup> Ibid., p. 247 - 250.

<sup>122</sup> Ibid., p. 254.

<sup>123</sup> Ibid., p. 254.

<sup>124</sup> RAZ, Joseph, *Dworkin: A New Link in the Chain*, 74 California Law Review 1103 (1986), p. 1115 – 1116.

<sup>125</sup> Ibid., p. 1117.

direito porquanto o *precedente* formula nova norma<sup>126</sup>. De facto, há um *continuum* entre *applicātiō* e *creātiō*, a bem da verdade, existiria uma conexão intrincada, para além da sua correspondente e recíproca existência na *prática* inglesa<sup>127</sup>.

Joseph Raz elegeu “*distinguishing*”, “*overruling*” e “*unregulated disputes*” como pontos de partida para a perspetivação da doutrina do precedente, de forma a discutir as atividades judiciais criativas na Inglaterra.

Não obstante conceitualmente distintas, a diferença entre *applicatio* e *creatiō* seria gradual no caso concreto<sup>128</sup>. “*Distinguishing*” seria a forma mais restrita de “*law-making*”, enquanto o “*overruling*” não sofreria com as mesmas limitações da primeira. Sendo ambas aptas a modificar as normas da *common law*, mas também as formuladas pelo parlamento (*statutory law*).

Implica ainda sublinhar que a *ratio* do caso constituirá a norma nova que será juridicamente vinculativa como qualquer outra formulada pelo parlamento<sup>129</sup>.

Segundo Raz a indeterminação da linguagem e a da intenção constituem a greta inescapável para o desenvolvimento do direito<sup>130</sup>. Qual a extensão da função criativa dos juízes e árbitros nos casos concretos?

“*There are no pure law-creating cases*”<sup>131</sup>, portanto, tal *ação* seria limitada e sempre dependente do direito (“*legal duty*”). Quando a *ação* criativa progressista se impõe?

Segundo o jusfilósofo, “*judge-made law is unique*”<sup>132</sup> e apta a concretizar uma lenta e gradual reforma<sup>133</sup> através da formulação das melhores normas possíveis... tal qual o parlamento<sup>134</sup>. O que legitima a *ação* criativa dos julgadores?

Os seus próprios juízos morais... o que não culminará inevitavelmente na realização das mesmas *ações* em virtude da diferença nas circunstâncias e poderes<sup>135</sup>. Aos juízes e aos legisladores convergem as mesmas exigências morais?

---

<sup>126</sup> Ibid., p. 1117.

<sup>127</sup> RAZ, Joseph, **Law and Value in Adjudication**, in *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Clarendon Press, 1979, p. 209.

<sup>128</sup> Ibid., p. 183.

<sup>129</sup> Ibid., p. 190 – 195.

<sup>130</sup> Ibid., p. 193.

<sup>131</sup> Ibid., p. 195.

<sup>132</sup> Ibid., p. 195.

<sup>133</sup> Ibid., p. 196.

<sup>134</sup> Ibid., p. 197.

<sup>135</sup> Ibid., p. 199.

Talvez moralmente relevante seja a diferença nas condições tendentes à realização de reformas<sup>136</sup>. Joseph Raz denuncia que as cortes podem escolher entre “reformas parciais” e o conservadorismo e que comumente optam por esta última. Sem excluir que “evils doctrines” podem ser suprimidas ao longo das reformas parciais, não obstante possam introduzir um conflito pragmático no direito, diga-se de passagem, vencível<sup>137</sup>.

A certa altura vimos que Hart enfatiza que segundo Joseph Raz necessário seria, independentemente do *status* que os juízos morais possam ter no *caso concreto*, garantir a função constitutiva da atividade judicativa, a culminar no melhor julgamento moral quando da formulação de novo direito. Como *justificar* estas novas normas?

Segundo Raz “a analogia seria uma forma de justificação das novas regras formuladas pelas cortes no exercício de sua função constitutiva.”<sup>138</sup>. Não se trata obviamente da analogia em si mesma, mas o fato de os argumentos analógicos serem sempre moralmente pertinentes para o problema *se e como* os julgadores devem exercer seus “*law-making powers*”.

Sem ignorar as dificuldades da analogia em fornecer um teste irrefutável para a relevância das similaridades nos casos e o fato de os argumentos analógicos não serem conclusivos, mas tendente apenas a estabelecer a *coerência nos fins* das normas<sup>139</sup>. Joseph Raz expõe à vista de todos a ação criativa dos julgadores fundamentada nos seus próprios juízos morais, ainda que possa introduzir conflitos pragmáticos vencíveis, que no limite seriam da natureza do direito.

A *analogia virtuosa* dentre outras tantas convocações possíveis que os julgadores podem se socorrer, sem negligenciar a insita relevância moral dos argumentos analógicos, acentua a ideia de um *continuum* entre *applicatiō* e *creātiō*, que nos casos de indeterminação seria completo, pois impossível distinguir *applicatiō* e *creātiō*. Subjacente à racionalidade judicial congênere, já que compreende “*evaluating different goals*”<sup>140</sup>.

Portanto, a *ação criativa* dos julgadores seria facilitada pelo recurso à

---

<sup>136</sup> Ibid., p. 200.

<sup>137</sup> Ibid., p. 201.

<sup>138</sup> Ibid., p. 202.

<sup>139</sup> Ibid., p. 205.

<sup>140</sup> Ibid., p. 209.

analogia, pois apta a harmonizar os fins entre as normas preexistentes e as novas<sup>141</sup>. O estudo pormenorizado da adjudicação na obra de Joseph Raz exorbitaria em muito os estreitos limites deste *paper*.

## XV – “É TEMPO DE ABANDONARMOS A DRAMÁTICA METÁFORA DO DIREITO QUE EXCLUI A MORAL”

Raz formula duras críticas à regra de reconhecimento por considerá-la um critério de validade jurídica *volátil*, já que dependente quase exclusivamente da imanência das práticas das cortes<sup>142</sup>. Na verdade, esta suscetibilidade constante à mudança parece ser precisamente uma mais-valia à realização dos conteúdos das fontes normativas. Raz ainda considera que “*recognition*” não seria um critério completo pelo simples facto de que as cortes podem formular normas novas<sup>143</sup>.

Joseph Raz insiste que, segundo Hart todas as regras de obrigação primária prescreveriam responsabilidade (“*duty-imposing rules*”) e nem todas as regras secundárias confeririam poderes (“*power-conferring rules*”). A *rule of recognition* seria uma exceção, pois é dependente da imanência das práticas dos “*officials*” no cumprimento dos seus deveres.

A crítica já vai adiantada e no limite culmina na total ausência de critério normativo para distinguir as regras primárias e secundárias. Noutras palavras, tal diferenciação funda-se exclusivamente nas suas funções sociais e não no seu carácter normativo<sup>144</sup>.

Entendemos que a realização da *rule of recognition* não seria monopólio dos “*officials*”, mas apta à prática prudente dos indivíduos na efetivação dos seus interesses. Portanto, aquela distinção entre “responsabilidade” e “poderes público e privado” como critério para distinção entre as regras primárias e secundárias jamais foi levada às últimas consequências por Hart.

A ideia de que o direito pode incorporar princípios morais suscita duras

---

<sup>141</sup> Ibid., p. 208.

<sup>142</sup> RAZ, Joseph, *The Identity of Legal Systems*, in *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Clarendon Press, 1979, p. 94.

<sup>143</sup> Ibid., p. 90.

<sup>144</sup> Ibid., p. 93.

críticas de Raz às “*incorporation theses*”<sup>145</sup>. Talvez a resposta precária e possível sobre a *juridicidade* e a *moralidade* encontremos na moral. A condição de *ser moral* – apta a entender e a orientar a conduta a partir da *razão*, “*moral reasons are reasons*” – culmina na presunção de que todos os seres humanos estão sujeitos à moral<sup>146</sup>.

Nesta perspectiva, a moral incide sobre todos os seres humanos, portanto, não faz sentido a prévia exclusão da moral e a sua ulterior convocação restar dependente de qualquer “*incorporação*”.

Na verdade, o que aparenta ser “*inclusão*” trata-se somente da não exclusão de certas considerações. Assim juízes e árbitros tal qual todos os seres humanos estão sujeitos à moral, sem prévia necessidade de incorporação da moralidade<sup>147</sup>.

As críticas de Raz objetivam no limite prevenir a exclusão da moral pelo direito<sup>148</sup>. Isto não significa, entretanto, conceber a moral como um sistema de regras apto a orientar uma instituição<sup>149</sup> ou um conjunto sistematizado e unificado de princípios ou um sistema apto a promover a suspensão da verdade<sup>150</sup>.

Sem converter o direito à *ordem de finalidade* da política e à *ordem da necessidade* do poder<sup>151</sup>, Raz entende que os princípios legitimadores da norma e do governo repousariam em princípios morais. Qual o critério para identificar tais princípios?

O conteúdo... A política e o poder interferem em dimensões importantes da vida dos indivíduos<sup>152</sup>. A conclusão não poderia ser outra senão ser improvável conceber o direito como uma ordem normativa oponível à moral, no âmbito, as responsabilidades somente vinculariam os sujeitos na presença de princípios morais legitimadores da sua vinculatividade<sup>153</sup>.

---

<sup>145</sup> Segundo as teses de Hart em **The Morality of Law in Hart** (1965) 78 Harvard Law Review p.1281, reimpresso in HLA Hart, **Essays in Jurisprudence and Philosophy**, Oxford: Clarendon Press, 1983, p.361; e reiterado no **Postscript to The Concept of Law**, p. 238.

<sup>146</sup> RAZ, Joseph, **Incorporation by Law**, in *Between Authority and Interpretation*, Oxford University Press, 2009, p.183 - 184.

<sup>147</sup> *Ibid.*, p. 198.

<sup>148</sup> *Ibid.*, p. 202; *Ibid.*, p. 190.

<sup>149</sup> *Ibid.*, p. 184.

<sup>150</sup> *Ibid.*, p. 186.

<sup>151</sup> Livremente inspirado em AROSO LINHARES, **O Direito como Mundo Prático Autônomo: “Equívocos” e possibilidades. Relatório** com a perspectiva, o tema, os conteúdos programáticos e as opções pedagógicas de um seminário de segundo ciclo em Filosofia do direito, Coimbra, 2013, nota de rodapé n. 31, p. 17.

<sup>152</sup> RAZ, Joseph, **Incorporation by Law**, p. 188.

<sup>153</sup> *Ibid.*, p. 188.

"The Law cannot empower morality. It is empowered by morality."<sup>154</sup> O que não exclui a possibilidade de conflito entre os juízos morais a exigir a renúncia de uns em detrimento de outros<sup>155</sup>.

Joseph Raz enfatiza que "é tempo de abandonarmos a dramática metáfora do direito que exclui a moral"<sup>156</sup>, vez que a moral legitima o direito. De que forma o *direito* modifica a *moral* ínsita ao ser humano?

Inicialmente, o direito dá vida às considerações morais abstratas, pois delimita a incidência da responsabilidade e o seu grau de vinculatividade. Sem falar que a *publicização* das razões morais permite sua *realização* e previne injustiças no meio social. E ainda *oportuniza* a consecução de certos objetivos morais, a criação de condições morais desejáveis e a efetivação de certos ideais possível<sup>157</sup>.

Cumpra ao direito, portanto, o papel de delimitar a incidência das considerações morais, isto é, a maneira por que a *moral* nos afeta<sup>158</sup>. Nesta perspectiva, seria inerente ao *law-making powers* a possibilidade de modificar considerações morais quando da formulação de novas normas.

Os *kritikós* insistirão que as referências às considerações morais em algumas constituições seja um típico exemplo de incorporação. Na verdade, trata-se de vedação à exclusão e à modificação das razões morais por meio de lei. Convém sublinhar que o *judicial review*, ao escrutinar a compatibilidade entre os atos normativos infraconstitucionais e as razões morais constitucionalmente protegidas, dispõe do poder de modificar a incidência destas<sup>159</sup>.

Não obstante confesse que não exista diferença *prática*, Raz leva as últimas consequências à distinção entre *standards* e "*law of the land*". Inicialmente como uma exigência da percepção do direito como uma instituição política e sobretudo para enfatizar a fragilidade das teses incorporacionistas: "*morality applies anyway*"<sup>160</sup>.

Porventura a tese de que o *ser moral* – apto a entender e a orientar a conduta

---

<sup>154</sup> Ibid., p. 190.

<sup>155</sup> Ibid., p. 191.

<sup>156</sup> Ibid., p. 192.

<sup>157</sup> Ibid., p. 192 – 193.

<sup>158</sup> Ibid., p. 195.

<sup>159</sup> Ibid., p. 196.

<sup>160</sup> Ibid., p. 193; Ibid., p. 199; Ibid., p. 201 – 202.



a partir da razão - dialogue com a ideia de que a origem da ação seja *escolha* que não pode existir sem razão e intelecto prático, nem sem uma disposição moral<sup>161</sup>.

Joseph Raz não enfrenta o problema da validade das normas<sup>162</sup>. Certamente os *kritikós* questionarão se as condições de emergência da juridicidade fundadas exclusivamente na *razão* e *ação*, estariam em condições de assumir a condição ética necessária a edificar uma ordem de validade do direito.

Segundo Raz, a regra de reconhecimento traduziria o momento em que “*the law ends and morality begins*”, se a *rule of recognition* existe, portanto, o direito existe, e este será legítimo e vinculante moralmente dizendo como *prática* dos tribunais e de outras instituições legais que reconhece *validade* e *legitimidade* ao direito.

A *rule of recognition* consentiria, portanto, identificar os fatos jurídicos e morais<sup>163</sup>. Na verdade, o objetivo de Raz é sublinhar que a regra de reconhecimento, por ser um fato social, permitiria identificar o direito, sem recorrer à moral<sup>164</sup>.

## XVI – A VALIDADE JURÍDICA E A ADJUDICAÇÃO SÃO MUTUAMENTE CONSTITUTIVAS?

A partir deste momento exploraremos os acertos e desacertos das críticas de Scott J. Shapiro à regra de reconhecimento<sup>165</sup>. Shapiro afirma que para Hart “social rules” seriam “social practices”<sup>166</sup>, tal redução é incorreta na medida que as regras e as práticas pertenceriam a diferentes dimensões<sup>167</sup>.

As regras são entes abstratos que governam os objetos, enquanto as práticas constituem um complexo de eventos singulares constituído por ações sob determinadas circunstâncias, são atividades finitas, portanto. As regras são *standards* que orientam os comportamentos, e não a conduta em si mesma.

---

<sup>161</sup> ROSS, David e ACKRILL, John L., *Aristotle*, Taylor & Francis Group, 1995, p. 135 – 138

<sup>162</sup> RAZ, Joseph, *Incorporation by Law*, p. 201.

<sup>163</sup> Idem., *On the Authority and Interpretation of Constitutions*, in in *Between Authority and Interpretation*, Oxford University Press, 2009, p. 334.

<sup>164</sup> Ibid., p. 334.

<sup>165</sup> SHAPIRO, Scott J. *Legality*, The Belknap Press of Harvard University Press, London, England, 2013.

<sup>166</sup> SHAPIRO, Scott J., *Hart and The Rule of Recognition*, in *Legality*, p. 80.

<sup>167</sup> Ibid., p. 80 – 81.

Já as práticas são eventos concretos que normalmente interagem com outros eventos do mundo sensível<sup>168</sup>.

As regras sociais nascem da regularidade dos comportamentos dos membros de um determinado grupo social, diga-se de passagem, aceita e praticada na perspectiva de participante (dimensão interna). Portanto, os elementos caracterizadores da regra social seriam, a saber: α) grupo social; β) regularidade de comportamento; γ) responsabilidade e δ) perspectiva de participante.

Como explicitamente se vê, todas estas características da regra social exorbitam uma certa compreensão a respeito dos limites do direito: “*outside the Law*”<sup>169</sup>. Neste sentido, Hart pode demonstrar a formação do sistema jurídico a partir de elementos constitutivos não estritamente jurídicos e ainda evitar a *tal regressão ad infinitum*<sup>170</sup>.

*Rule of recognition, rule of change and rule of adjudication* são regras sociais que surgem a partir da aceitação e da prática dos membros do grupo social<sup>171</sup>. O problema que se põe será possível edificar o sistema jurídico tão somente em fatos sociais assimilados aproblematicamente.

Tal assimilação acaba por consagrar um direito sem direito, ou um sistema jurídico inteiramente dependente de práticas sociais, levadas a cabo pelos *officials* e particulares. Qual seria o lugar do direito neste *continuum* das regras sociais, *prática de reconhecimento* e sistema jurídico?

John Austin e Herbert Hart convergem quando se trata de comportamento habitual de membros do grupo social. O primeiro no hábito de obediência e o segundo na prática social de reconhecimento.

No limite, a normatividade do direito dependeria da *prática de reconhecimento*, resultado de uma sucessão de eventos que recorre ao testemunho da perspectiva de participante. Segundo Hart, a realização da perspectiva de participante não exige a acolhida moral da conduta em questão. Portanto, a dimensão de participante se traduz na sua simples *aceitação*, qualquer que seja a razão subjacente, mesmo por razões indecorosas<sup>172</sup>.

---

<sup>168</sup> Ibid., p. 103.

<sup>169</sup> Ibid., p. 93.

<sup>170</sup> Ibid., p. 94.

<sup>171</sup> Ibid., p. 94.

<sup>172</sup> Ibid., p. 96.

Como se vê, a perspectiva de participante desempenha um papel crucial neste *puzzle* social. O sistema jurídico para Hart se fundamenta nas práticas sociais, nomeadamente na prática de reconhecimento. O que não significa necessariamente sustentar que as *regras sociais* são *práticas sociais*.

Hart jamais sintetizou suas teses nesta equação. A compreensão do jurídico como *prática de reconhecimento*, ainda que disponibilize certo lugar à experiência única do problema-controvérsia e possa ser vista como vestígio de uma racionalidade prático-prudencial. Como, ainda que a descrição possa transportar dimensões morais, forjar juízos normativos sobre direitos e responsabilidades exclusivamente a partir de juízos puramente descritivos sobre fatos sociais?<sup>173</sup>

Para Shapiro, o *insight* de Hart foi perceber que os fatos sociais não estão circunscritos a serem apreendidos apenas como objeto de juízos descritivos, mas também como objeto de juízos normativos. Levar a sério este argumento significa confessar que existe tão somente um único fato social que poderá ser explorado sob a perspectiva teórica, quanto a sua existência e *prática* no que concerne aos problemas decorrentes dos juízos normativos e às razões para ação<sup>174</sup>.

A compreensão do jurídico como *prática de reconhecimento*, ainda que possa enfatizar a perspectivação interna do mundo prático do direito, de dar conteúdo a certas intenções comunitárias e de confessar a realização judicativa criativa dos *officials*. Nem toda prática social dá origem às regras sociais. Para além disso, os juízos normativos podem ser realizados sem necessariamente se assumir a perspectiva de participante, a exemplo do homem mau ou dos *officials* corruptos<sup>175</sup>. Mas quem seriam os *officials*?

Trata-se de um conceito não estritamente jurídico haja vista a presença de conteúdo não especificamente jurídico. O que caracteriza um *official* é o exercício de certo poder<sup>176</sup>.

Indubitavelmente, as teses de Hart fundamentam-se na consagração da liberdade individual, na concessão e no exercício de poderes privado e público a fim de planejar a vida. Isto é, não se constituem numa pura e simples justificativa para a coerção<sup>177</sup>.

---

<sup>173</sup> Ibid., p. 97 – 98.

<sup>174</sup> Ibid., p. 98 – 99; Ibid., p. 112.

<sup>175</sup> Ibid., p. 104 – 111.

<sup>176</sup> Ibid., p. 94.

<sup>177</sup> HART, *The Concept of Law*, p. 249.

A *rule of recognition* permitiria o conhecimento prévio das exigências do direito, o que contribuiria para estabilizar expectativas e o exercício dos poderes privado e público. Não constitui seu objetivo, entretanto, eliminar a incerteza do direito, quer nas normas em geral, quer em si mesma<sup>178</sup>.

Não será o direito refém inelutável do tempo na sua notória incapacidade de antever a complexidade oferecida pelos casos concretos, que de maneira nenhuma o gênio criativo humano poderá *resolver* antecipadamente. Ou não será esta dimensão que supostamente exigirá uma prática e um modelo de pensamento jurídico que ponha em causa a irrepetibilidade do problema-controvérsia que interpela radicalmente a *phronesis* no autêntico sentido aristotélico?

Ora, uma margem de incerteza culminará numa informada e racional decisão judicial<sup>179</sup>, o que talvez evidencie a ideia de que a validade jurídica e a adjudicação sejam mutuamente constitutivas.

*Verba volant scripta manent.*

---

<sup>178</sup> Ibid., p. 251.

<sup>179</sup> Ibid., p. 252.



---

# DA CARIDADE Á SOLIDARIEDADE: UM DIÁLOGO ENTRE A ARTE E O DIREITO PREVIDENCIÁRIO

---

*Marcelo Leonardo Tavares<sup>1</sup>*

“O homem arregalou os dois olhos admirado.  
- Verdade? O senhor já sabe como me chamo?  
Já – respondeu o Bispo –, seu nome é meu irmão.”<sup>2</sup>

**Resumo:** O presente artigo aborda a solidariedade como valor moral e como princípio do Direito. Partindo da obra “Os Miseráveis”, de Victor Hugo, o trabalho demonstra como o valor moral da fraternidade influencia o princípio da solidariedade no Direito, especialmente na Assistência e na Previdência Social, através de suas duas faces, a da solidariedade comutativa e da solidariedade distributiva.

**Palavras-chave:** Arte; Solidariedade; Previdência e Assistência.

## INTRODUÇÃO

A arte é expressão humana emotiva por excelência, capaz de produzir reflexão e apta a apresentar os homens na inteireza de sua realidade.

---

<sup>1</sup> Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Pós-doutor em Direito Público pela *Université Lyon III*. Pós-doutor em Direito Previdenciário pela *Université de Bordeaux*. Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro/Université Panthéon/Assas (Paris II). Juiz Federal do Tribunal Regional Federal da 2ª. Região.

<sup>2</sup> HUGO, Victor. **Os Miseráveis**. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2002, vol. 1, p. 90.

De alguma forma, o Direito, como ciência das humanidades, dialoga com a carga emocional da produção artística porque, de um lado, baseia-se na apreciação das relações entre as pessoas e, de outro, projeta o agir ideal referenciado como o dever-ser.

As manifestações artísticas estão repletas de exemplos em pinturas, em esculturas, na música e em outras produções estéticas nos quais a obra desperta os sentimentos de misericórdia e de compaixão diante do sofrimento e da miséria humana.<sup>3</sup>

Não se tem como ficar insensível à expressão de dor silenciosa de Maria com corpo morto de seu filho Jesus no colo na escultura Pietá de Michelângelo, ou à crueza da destruição da vida na Guerra Civil Espanhola na pintura Guernica de Pablo Picasso, ou ao vazio dilacerante da saudade na música Pedacço de Mim, de Chico Buarque.

A arte, sendo capaz de despertar nas pessoas a emoção pela dor do outro, contribui para o desenvolvimento dos valores morais da caridade e de fraternidade, precursores da solidariedade.

Há, pois, intrínseca relação de causa e efeito entre a sensibilidade diante da miséria humana, para cujo despertar as artes contribuem, e o desenvolvimento de ações concretas que procurem diminuir o sofrimento alheio.

A atitude positiva de estender a mão àquele que se encontra em situação de dificuldade pode ser individual ou coletiva, voluntária ou gerenciada pelo Estado. O agir em prol de alguém que precise de ajuda pode, tanto decorrer de uma decisão individual impregnada de virtude (no sentido da Filosofia Clássica), quanto de uma atitude coletiva de organização comunitária que se dispõe a não permitir situações de desequilíbrio nas relações sociais advindo do sofrimento. Nesses dois casos, a ação é voluntária, seja individual ou coletiva.

Para além dessas hipóteses, o próprio Estado pode se utilizar de seu poder para incentivar particulares a ajudar o outro, ou ele mesmo adotar medidas de solidariedade como ato compulsório de distribuição de ajuda dos mais abastados em favor dos mais necessitados da sociedade.

---

<sup>3</sup> Por óbvio, a arte é capaz de provocar também sentimentos ruins, como o ódio, a discriminação, a xenofobia, ou somente retratá-los para gerar atitude crítica do público. O texto, contudo, explora a capacidade de a arte gerar atitudes relacionadas à solidariedade humana a partir da sensação de se colocar no lugar de alguém que sofre.

A normatização do valor moral da solidariedade como princípio do Direito refere-se a essas duas experiências sociais gerenciadas pelo Estado, que pode apenas regular e facilitar a ação privada de caridade, ou capitanear atos de solidariedade diretamente através de órgãos da Administração. No primeiro caso, como exemplo, podem ser concedidas vantagens fiscais para doações a instituições de caridade; no segundo caso, desenvolve-se um sistema público de proteção social através de medidas de distribuição de renda a pessoas carentes.

O presente estudo destaca o papel da arte como elemento despertador de sentimentos virtuosos ligados à fraternidade diante da miséria humana. A partir do olhar caridoso para o sofrimento, a compaixão vivenciada pelo público é capaz de influenciar ações em prol da redução da desigualdade. O Direito, a reboque, sofre a influência da sensibilidade social, do que resulta a aplicação do princípio da solidariedade, na Assistência e na Previdência Social, sob o vetor da dignidade humana.

Nossa abordagem inicia pela pena de Victor Hugo, ao retratar, com maestria, a bondade do Bispo de Digne, na França do século XIX, o Monsenhor Charles-François-Bienvenu Myriel, um dos personagens de sua obra prima, o livro “Os Miseráveis”.

## **1. COMPAIXÃO E A CARIDADE – O DESPERTAR DA FRATERNIDADE COMO VALOR MORAL**

Há uma cena marcante no livro “Os Miseráveis” na qual o protagonista, Jean Valjean, ingressa na casa do Bispo Myriel e é acolhido para o jantar de uma forma que o surpreende e que é capaz de modificá-lo para sempre.

Jean Valjean é retratado no livro como um dos milhares de franceses miseráveis no conturbado início do século XIX, a quem se negou qualquer chance de vida digna desde a infância. Órfão ainda pequeno, foi criado na pobreza pela irmã viúva que possuía sete filhos, tendo que aceitar qualquer trabalho para ajudar a sustentar a família. Em um rigoroso inverno em que não conseguiu trabalho e viu os sobrinhos à beira da morte pela fome, furtou pão em uma padaria. Pego em flagrante e levado aos tribunais, foi condenado a cinco anos de trabalhos forçados nas galés. Após quatro anos de prisão, fugiu sem uso de violência e foi condenado a mais três anos de prisão, aos quais se somaram mais três punições por novas fugas, deixando-o em reclusão por dezenove anos.



Ao ser livre, foi-lhe entregue um passaporte amarelo (a ser apresentado obrigatoriamente à autoridade policial de qualquer cidade onde estivesse) no qual se lia: homem muito perigoso.

Como destacou Victor Hugo sobre o estado de espírito do protagonista:

“De ano em ano, essa alma fora se abrutalhando mais e mais, lenta, mas fatalmente. E coração ressequido quer dizer olhos sem lágrimas. Quando saiu das galés, há dezenove anos que não derramava uma lágrima.”<sup>4</sup>

Após caminhar quatro dias a pé, Jean Valjean tentou jantar e dormir em uma hospedaria, da qual foi expulso quando souberam quem era. Desesperado, bateu à porta da casa do Bispo Myriel.

A porta não possuía tranca.

Ao entrar, praticamente em transe, apresentou-se sem omitir sua situação de renegado e pessoa perigosa, certo de que teria mais um exemplo de rejeição a somar-se ao ódio que sentia pela sociedade.

Para sua surpresa, entretanto, sem fazer qualquer apreciação sobre a condição social do ex-presidiário e sem sequer lhe perguntar o nome, o religioso solicitou que fosse colocado mais um lugar à mesa da sala na qual jantava, com os mesmos pratos e talheres em que comia. Após a refeição, ofereceu a Jean um quarto para dormir.

Não é possível ler essa passagem do livro sem ficar impactado ao imaginar a cena, pela lição de misericórdia e de caridade do Bispo de Digne, que diz:

“- Não era preciso que o senhor me dissesse quem era. Essa não é a minha casa; é a casa de Jesus Cristo. O senhor está neste casa; tem fome e sede. Seja, pois, bem-vindo. Portanto, não me agradeça nem diga que o recebi na minha casa. Ninguém aqui está em sua própria casa, com exceção de quem necessita de abrigo.”<sup>5</sup>

A surpreendente experiência de bondade pela qual passa um desiludido Jean Valjean modifica sua vida por completo e é capaz de fazê-lo renascer interiormente para encontrar o que havia de melhor em si. Ele é transformado em uma pessoa diferente, capaz de salvar, a partir daquele momento, a órfã Cosette do abandono e dos maus-tratos de uma família exploradora. Ao se tornar um

---

<sup>4</sup> HUGO, Victor. **Os Miseráveis**. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2002, vol. 1, p. 104.

<sup>5</sup> HUGO, Victor. **Os Miseráveis**. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2002, vol. 1, p. 90.

empresário de sucesso, dá assistência aos mais pobres da comunidade, o que o leva a ser escolhido como prefeito (*maire*) da cidade de Montreuil-sur-Mer.

A mudança na vida de Jean Valjean é um processo no qual ele ainda tem, antes, uma recaída, ao furtar talheres da casa do Bispo. Detido pela polícia, que o encontrou com os objetos, recebe mais uma lição de vida do Monsenhor Bienvenu que, ao compreender rapidamente a situação a que foi chamado a testemunhar, diz aos policiais que as peças foram um presente dado a Jean Valjean, repreendendo-o em seguida por ter-se esquecido de também levar os castiçais!

Apalermado com a situação, Valjean ouve do Bispo:

“- Agora vá em paz. Não se esqueça jamais que o senhor prometeu usar esse dinheiro para tornar-se um homem de bem. Jean Valjean, meu irmão, o senhor não pertence mais ao mal, mas ao bem. Resgatei a sua alma; liberto-a dos pensamentos sinistros e do espírito da perdição, e entrego-a a Deus.”<sup>6</sup>

“Os Miseráveis” é uma obra ímpar, com personagens de personalidade complexa, que vivem situações-limite. No romance, Victor Hugo retrata uma sociedade desigual na qual a miséria expõe as pessoas a um sistema penal e policial injusto e arbitrário (Jean Valjean é perseguido, implacavelmente, durante toda a vida adulta, pelo inspetor Javert, do início ao fim do livro). É uma sociedade de moer gente. Por outro lado, também emociona pela beleza de atos heroicos de revolucionários apaixonados por suas causas de Justiça e por ações de amor fraterno em relação às quais o leitor não consegue ficar indiferente.

Esse é um livro sobre o que há de pior e de melhor nos indivíduos e que dá destaque ao homem como ser social.

Especialmente bela é a apresentação do Bispo Muriel, a quem cabe o papel de levar ao texto a chamada regra de ouro das relações humanas: “faz aos outros o que quer te façam”,<sup>7</sup> a semente de um comportamento ético que inspira o

---

<sup>6</sup> HUGO, Victor. **Os Miseráveis**. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2002, vol. 1, p. 112. O mais surpreendente na passagem é que Jean Valjean não se lembrava de ter feito qualquer promessa. Victor Hugo é sutil na afirmação e deixa o leitor sem saber se de fato Jean não a havia feito na noite anterior quando jantara e dormira na casa do Bispo ou se a fizera e não mais se lembrava dela.

<sup>7</sup> O autor reconhece o poder da ética cristã da caridade ao colocar um Bispo como a personagem que veicula o cerne da mensagem de Cristo, no que ele denomina de segundo mandamento, de amar o próximo. Em Mateus, 2, 37-40, Jesus, provocado pelos fariseus a dizer qual é o maior mandamento, respondeu: “Amarás ao Senhor teu Deus de todo o teu coração, de toda a tua alma e de todo o teu espírito. Esse é maior e o primeiro mandamento. O segundo é semelhante a esse: **Amarás o teu próximo como a ti mesmo**. Desses dois mandamentos dependem toda a Lei e os profetas.”. (grifei)

desenvolvimento do princípio da solidariedade. O Bispo de Digne é retratado como homem de virtude: prudente, justo, forte em suas convicções e sóbrio.

Victor Hugo foi muito feliz ao construir os traços de personalidade do Bispo Myriel, cujos atos são capazes de recuperar interiormente um homem até então perdido e massacrado pela sociedade, transformando seu ódio em amor pelo próximo até o final do livro.

O leitor não consegue ficar insensível a esta mensagem sobre a fraternidade, parâmetro moral que vai inspirar o princípio jurídico da solidariedade.

## 2. DA MORAL AO DIREITO – A SOLIDARIEDADE COMO PRINCÍPIO

Os valores morais da liberdade, da igualdade e da solidariedade embasam o princípio da dignidade da pessoa humana<sup>8</sup> e legitimam ordens constitucionais e os direitos fundamentais.<sup>9</sup>

Alguns teóricos liberais afirmam que os direitos humanos são direitos da liberdade, basicamente reduzindo a este valor a própria dignidade da pessoa.<sup>10</sup> Mesmo sem concordar com a exclusividade da liberdade como valor informador dos direitos, há de ser reconhecida a íntima relação entre ela e a dignidade como pressuposto para a autonomia dos indivíduos.

Deve-se apenas observar que é sob o viés da liberdade social, do homem em comunidade, que se pode justificar a limitação do espaço de autonomia necessária ao convívio pacífico entre as pessoas. De acordo com esse pensamento, é correto admitir a contenção da liberdade individual por regras gerais dotadas de razoabilidade, que sirvam de benefício para a liberdade de todos.<sup>11</sup>

---

<sup>8</sup> DELPÉRÉE, Francis. “O Direito à Dignidade Humana”. In: BARROS, Sérgio Resende de, ZILVETI, Fernando Aurelio (Org.). *Direito Constitucional: Estudos em Homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*, São Paulo: Dialética, 1999, p. 151/152.

<sup>9</sup> A afirmação segue a linha de raciocínio de DWORKIN, que caracteriza os princípios como exigência da justiça, da equidade ou de alguma outra dimensão da moralidade. (p. 72).

<sup>10</sup> TORRES, Ricardo Lobo. “A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos”. In: (Org.) *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 255.

<sup>11</sup> O filósofo Isaiah BERLIN, comentando a liberdade como direito de abstenção do Estado e de terceiros, denominou-a de “liberdade de” ou negativa; para diferenciá-la da definição de “liberdade para”, que consiste na capacidade de exercício da liberdade, também chamada de liberdade positiva, que pressupõe a presença de condições para o exercício da autonomia de vontade. A “liberdade para” é uma liberdade de participação e atuação do indivíduo, principalmente nas decisões políticas da sociedade. Mas também se pode fazer uma leitura dessa modalidade de liberdade vinculando-a à necessidade da presença de meios materiais, físicos, para

A igualdade também é um valor caro às teorias de legitimação dos direitos fundamentais. Nas Constituições de modelo social, a isonomia assume contornos de igualdade de chances ou oportunidades, em que um dos objetivos da organização estatal é o de proporcionar condições materiais mínimas de acesso aos meios necessários para que as pessoas possam exercer sua autonomia. A igualdade vinculada à dignidade da pessoa não exige do Estado distribuição de bens de forma a tornar todos iguais, mas sim que este assegure condições mínimas que afastem as pessoas de uma existência degradante. A igualdade de oportunidades pressupõe, como valor, não a igualdade simétrica, mas a inexistência da desigualdade aviltante.

Ao lado desses dois valores – liberdade e igualdade – a solidariedade passa a merecer destaque no século XX, como fundamento dos direitos metaindividuais e dos direitos sociais prestacionais, nos quais se incluem os direitos assistenciais e previdenciários.

### 3. O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE COMO UM DOS FUNDAMENTOS DA PROTEÇÃO ASSISTENCIAL E PREVIDENCIÁRIA

A solidariedade, como valor moral, pode ser classificada em dois tipos: a comutativa e a distributiva.

Na concepção de solidariedade comutativa, destaca-se o favorecimento ao sentimento de pertencimento da pessoa a um grupo determinado de iguais, bem como a avaliação de que se deve proteger o outro para que haja proteção de si mesmo em caso de necessidade. A análise feita pelo indivíduo na solidariedade comutativa é a de que não se deve desproteger, para não ser desprotegido.<sup>12</sup> O critério de justiça apoia-se, portanto, na possibilidade de troca. Para que o sujeito possa se considerar detentor de direitos, é necessário que compreenda que os demais sujeitos da coletividade também o são.

A valorização coletiva decorrente da solidariedade comutativa permite ao sujeito reconhecer o próximo da mesma forma como vê a si mesmo, ou

---

o exercício da liberdade. Nessa compreensão, o Estado deve prover mecanismos contra a pobreza, através de prestações sociais mínimas, para permitir que as pessoas possam exercer a autonomia privada - a miséria, a doença e a ignorância aprisionam o homem a uma existência indigna e tiram dele a possibilidade de ser livre. BERLIN, Isaiah. *Quatro Ensaios sobre a Liberdade*. Brasília: UnB, 1981, p. 139-140.

<sup>12</sup> É a regra moral de não fazer aos outros o que não se deseja que lhe seja feito.

seja, também como sendo digno de consideração, alcançando-se, assim, a estima social. A referida valorização atinge não só os indivíduos, mas também os grupamentos de sujeitos, que passam a demonstrar orgulho por suas características próprias, que são o espelho dos valores de seus integrantes individuais ou dos grupos.

Na solidariedade comutativa, portanto, os indivíduos se propõem a partilhar valores e objetivos comuns. Assim, há uma relação de simetria, seja dentro do grupo, seja intergrupos.<sup>13</sup>

Por outro lado, a solidariedade distributiva não está baseada em sentimento de pertencimento a um grupo ou no critério de troca de proteção, mas sim no de entrega ao outro de meios suficientes para garantir sua dignidade. Seu fundamento moral está vinculado na proteção do outro pelo que ele é, digno de atenção e respeito, e tem por objetivo a redução de desigualdade entre as pessoas.

A solidariedade distributiva, vinculada a direitos fundamentais, distingue-se da caridade por ser esta uma ação facultativa, muitas vezes movida com base religiosa, enquanto aquela envolve ação gerenciada.

Além disso, enquanto a solidariedade comutativa pressupõe a igualdade pelo menos relativa, a solidariedade distributiva parte de uma realidade fática diversa, a da existência de uma desigualdade em nível que justifique a atuação em favor dos menos favorecidos, independentemente da possibilidade de invocação de reciprocidade.

A solidariedade distributiva encerra a regra de proteger sem esperar semelhante tratamento por direito. A Constituição de 1988 faz alusão à solidariedade distributiva ao elevá-la a fundamento da República, ao lado da busca pela redução de desigualdade social (art. 3º, I e III). Da mesma forma, é essa modalidade de solidariedade que se encontra vinculada à dignidade da pessoa humana e aos valores da liberdade real e da igualdade de chances referidos no início do texto.

---

<sup>13</sup> Referindo-se a esta modalidade de solidariedade, afirma Maria Celina BODIN DE MORAES: “Subjacente à ideia de reciprocidade está a da comunidade de iguais que, porém, sob o império da igualdade formal, é de ser entendida, tanto fática como juridicamente, em sentido determinado: faticamente, ressaltando que as desigualdades nunca são tão relevantes assim; em sentido jurídico, menosprezando as desigualdades de fato para que os homens possam considerar-se (embora não o sejam realmente) como iguais. Comunidade de iguais e igualdade de interesses, contudo, ainda referenciados a valores exclusivamente individuais, caros a indivíduos em reais condições de igualdade e enquanto encerrados em sua individualidade. A única regra de justiça (comutativa), neste ambiente, permanece sendo a da igualdade perante a lei.” *O Princípio da Solidariedade*, p. 5. Disponível em: < <http://www.tepedino.adv.br/wp/wp-content/uploads/2012/09/biblioteca9.pdf>>. Acesso em: 18.05. 2021

A face da solidariedade apresentada pela relação do Bispo de Digne com Jean Valjean é a distributiva.

Como será visto adiante, a solidariedade distributiva é a marca da Assistência Social. Na Previdência, aplicam-se atualmente os dois tipos de solidariedade, sendo a comutativa prioritária em relação à distributiva.

#### 4. A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE NA ASSISTÊNCIA E NA PREVIDÊNCIA SOCIAL BRASILEIRA

Como a cobertura de direitos ligados à assistência social está fundada mais estreitamente nos princípios de uniformidade e de necessidade, além de não haver relação direta comutativa entre participantes, como ocorre na Previdência, incide de forma direta a solidariedade na versão distributiva, o que permite que a sociedade seja chamada a dar sustentação ao sistema através de obrigações tributárias indiretas.

Na Previdência, a situação é mais complexa. O Regime Geral de Previdência Social brasileiro (RGPS), apesar de bastante influenciado a partir de década de 1960 pelo Relatório Beveridge, ainda mantém as características estruturais da concepção de Bismark. O sistema não é universal (apesar do enunciado do princípio no art. 194, da Constituição). Em que pese permitir a filiação do segurado facultativo, seu objetivo é a proteção de trabalhadores e o custeio principal é feito por quotização de contribuições sociais específicas.<sup>14</sup>

Tratando-se de um regime que funciona em modelo econômico de repartição simples,<sup>15</sup> há naturalmente aplicação do princípio da solidariedade, que se apresenta sob a dupla visão, da comutatividade e da distributividade.

O regime previdenciário brasileiro observa, em primeiro plano, a solidariedade comutativa entre os participantes do plano de seguro, tendo em vista a obrigação de proteção recíproca inerente ao modelo. Trabalhadores do momento mantêm o pagamento dos benefícios atuais dos inativos, na expectativa de que sejam protegidos da mesma forma no futuro, naquilo que se denomina de “pacto entre gerações”.

---

<sup>14</sup> Sobre os modelos de funcionamento previdenciário, ver: DAS NEVES, Ildio. *Direito da Segurança Social: Princípios Fundamentais numa análise prospectiva*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996; e DUPÉYROUX, Jean-Jacques. *Droit de la Sécurité Sociale*. 15<sup>e</sup>. Ed. Paris: Dalloz, 2005.

<sup>15</sup> No regime de Repartição Simples (*pay as you go system*), os contribuintes do momento sustentam o pagamento dos benefícios do momento (regime financeiro de caixa) em relação a todo o grupo protegido e baseado na expectativa coletiva de reposição populacional regular no mercado de trabalho.

Destacando o papel da comutatividade, observa-se que o cálculo dos benefícios considera a média aritmética dos valores sobre os quais incidiu contribuição, garantindo ao trabalhador proventos que guardam relação com o montante de arrecadação durante o período de atividade, com algumas atenuações.<sup>16</sup> O padrão de financiamento coletivizado do RGPS é de quotização dos participantes, com temperamentos.

Ocorre que, em determinadas situações, alguns trabalhadores e seus dependentes podem ter acesso a benefícios sem que tenha havido contribuição mínima para o sistema.<sup>17</sup> Como as contribuições exclusivamente previdenciárias (art. 195, I, "a" e II, da CRFB/88) não são suficientes para arcar com as despesas, cabe à sociedade a manutenção dessas prestações, a fim de que se impeça que um trabalhador inativo ou sua família caiam em situação de miséria. Nesse caso, de forma subsidiária, será aplicada a solidariedade sob a ótica da distributividade.

O art. 195, da Constituição, que prevê que a seguridade social seja financiada por toda sociedade, de forma direta e indireta, deve ser adequadamente interpretado. A sociedade financia a previdência social de forma direta através das contribuições sociais dos trabalhadores, que se cotizam, em sistema de solidariedade comutativa, para a proteção dos inativos e pensionistas.

Não sendo suficientes as contribuições específicas, e para que não falte renda ao trabalhador e sua família em situação de risco, aplica-se subsidiariamente o princípio da solidariedade na versão distributiva, pois serão utilizados ingressos públicos da responsabilidade daqueles que não participam do sistema. Essa é a forma indireta de financiamento da seguridade pela sociedade.

Uma das vantagens do temperamento no modelo de Bismark pelo Relatório Beveridge foi potencializar a aplicação do princípio da solidariedade distributiva, repartindo-se pela sociedade o ônus de arcar com a subsistência daqueles que estejam impossibilitados de trabalhar e não teriam como ser sustentados apenas pela comutatividade do sistema.

De fato, no Brasil, até a década de 1960, a não universalização dos segurados e dos benefícios, e seu financiamento mutualista, revelavam que a repartição do risco era permeada por um caráter de proteção de grupo.

---

<sup>16</sup> Como exemplo de atenuação, é possível que uma pessoa contribua por muitos anos para o sistema e não venha a receber benefício algum, por ter falecido antes da aposentadoria, sem deixar beneficiários.

<sup>17</sup> Imagine-se o caso de um empregado que venha a falecer no primeiro dia de filiação ao RGPS e deixe viúva e filhos menores. Pode haver pagamento do benefício, mesmo por anos, sem a suficiente base de contribuição individual.

Com a introdução do princípio da solidariedade distributiva no sistema, houve um salto qualitativo no seguro social brasileiro, fazendo com que toda a sociedade viesse a participar dela, garantindo o pagamento de prestações mesmo sem sustentação financeira suficiente pela arrecadação das quotas do grupo.

A Constituição de 1988 consolidou o movimento, ao evidenciar a preocupação com a erradicação da miséria e ao explicitar o objetivo de redução da desigualdade social. Com ela, a aplicação da solidariedade distributiva passou a proteger de forma mais abrangente os trabalhadores contra os riscos sociais, e não apenas a prever o pagamento de indenização parcial, que recompusesse a perda da capacidade de trabalho do segurado.

Com isso, o princípio da solidariedade foi elevado a um novo patamar no Direito Previdenciário, com o aperfeiçoamento do seguro social para um modelo de segurança social, a exigir atuação efetiva do Estado na proteção de seus cidadãos.

Observando-se a solidariedade do ponto de vista da justiça distributiva,<sup>18</sup> os que possuem melhores condições são chamados a atuar em favor dos que não teriam condições suficientes de subsistência, mediante o gerenciamento do Estado, de forma subsidiária. Todos os segurados podem receber pelo menos benefícios em valor não inferior ao do salário mínimo.

As mudanças implementadas no Regime Geral a partir dos anos 1960 e principalmente com o advento da Constituição de 1988 contribuíram para o adensamento da proteção e a diminuição da desigualdade social.

## 5. O PROBLEMA DA SOLIDARIEDADE INVERTIDA NA PREVIDÊNCIA SOCIAL

A aplicação do princípio da solidariedade na versão distributiva deve ser feita com parcimônia na Previdência Social, sob pena de se favorecer a solidariedade social invertida,<sup>19</sup> na qual a sociedade, em especial seus integrantes mais desfavorecidos, são exigidos injustamente na carga tributária para garantir vantagens para parcela da população de maior renda.

---

<sup>18</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 4.ed. São Paulo: Nova Cultura, 1991, p. 20.

<sup>19</sup> O termo foi cunhado, em sua aplicação previdenciária, por Marcelo Leonardo TAVARES ao tratar da cobertura do sistema deficitário dos servidores públicos: “Como os servidores não vertem contribuições substanciais para a formação de um fundo suficiente para a manutenção de aposentadorias e pensões calculadas com base no valor da última remuneração, o Estado acaba por cobrir o *déficit* com ingressos públicos decorrentes de arrecadação, na maior parte, de receitas tributárias que oneram toda a sociedade, inclusive os mais pobres. É a chamada solidariedade invertida – na qual uma parcela mais rica da sociedade recebe auxílio da mais pobre.” **Previdência e Assistência Social – legitimação e fundamentação constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 267.



A situação é especialmente grave nos sistemas de previdência em que: (i) não exista patamar máximo de renda de cobertura, ou nos quais este patamar seja muito elevado, e (ii) sejam criados para a proteção de grupos específicos.

No que se refere ao primeiro aspecto, a oneração indireta da sociedade para atender à cobertura de direitos sociais prestacionais somente deve ocorrer para a garantia de proteção mínima às pessoas, em cumprimento ao objetivo republicano de redução das desigualdades sociais.

Se um sistema previdenciário mantém o pagamento de benefícios em altos valores, não se justifica a chamada social subsidiária visando a solidariedade distributiva. De outra forma, a solidariedade não será garantia de justiça, mas de injustiça social.

Quanto ao segundo ponto, a solidariedade distributiva aplicada aos sistemas de previdência tem relação com o grau de universalização da proteção. Quanto mais abrangente for o grupo de segurados, maior justificativa social terá atuação subsidiária da sociedade. Impor ônus financeiro a todo o corpo social, em particular os mais pobres, para dar vantagens previdenciárias a grupos específicos, pode indicar a criação e manutenção de privilégios sociais.

Pode-se afirmar então que a solidariedade distributiva deve ser aplicada de forma subsidiária na Previdência Social, e mesmo assim com menor influência em sistemas de previdência direcionados e grupos específicos e que paguem benefícios de valor elevado. O aspecto distributivo da solidariedade terá maior incidência nos regimes dotados de universalidade de cobertura e que mantenham o pagamento de benefícios em valores mais baixos.

A utilização desmedida da solidariedade distributiva em sistemas previdenciários que protejam grupos específicos com cobertura de benefícios em elevados montantes não se justifica por critério de justiça, pois ensejaria a oneração indevida da sociedade.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 3.105, em que foi discutida a constitucionalidade de imposição de contribuição dos servidores inativos e pensionistas, teve sensibilidade quanto à questão, ao destacar que a constitucionalidade da imposição tributária baseava-se também no princípio da solidariedade do sistema previdenciário dos Regimes Próprios.<sup>20</sup>

---

<sup>20</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão em Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, número 3105. Relator: Cezar Peluso, *Diário da Justiça* de 18 de fevereiro de 2005. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=363310&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%203105>>. Acesso em: 18.05.2021.

Para o STF, como o sistema previdenciário dos servidores protege grupo específico e paga benefícios em valores mais elevados, deveria prevalecer a aplicação da solidariedade comutativa, e não a distributiva, exigindo-se que os beneficiários do sistema, incluindo os inativos e pensionistas, fossem os primeiros a serem chamados a socorrê-lo na insuficiência financeira.

Se o sistema previdenciário dos servidores não arrecada suficientemente para cobrir suas obrigações, primeiro deve-se exigir incremento de contribuição dos participantes, antes de se onerar a sociedade em sua carga tributária genérica.

Exigir que a sociedade subsidie o sistema antes de equilibrá-lo internamente implica agravar a situação das pessoas mais pobres em favor daqueles com maior renda. Neste caso, a solução de justiça exige a aplicação da solidariedade comutativa no grupo, que deve buscar a composição financeira e o equilíbrio do sistema, primeiro entre os participantes, os maiores interessados na manutenção da capacidade econômica do regime.

Não fosse assim, a consequência de afastar a imposição tributária dos inativos do serviço público seria fazer incidir a solidariedade invertida.

A solução a ser dada pelo Supremo Tribunal Federal talvez fosse outra se a insuficiência financeira ocorresse no Regime Geral. Como a abrangência de proteção desse sistema é maior e a cobertura dos benefícios é limitada a um valor máximo, a Corte poderia fazer incidir o princípio da solidariedade distributiva, do que decorreria o reconhecimento de imunidade dos aposentados em pagar contribuição (art. 195, II), chamando-se a sociedade a subsidiá-lo.

Juridicamente, o princípio da solidariedade, aplicado à Previdência Social, possui duplo fundamento constitucional, um sob viés da comutatividade e outro na aceção da distributividade.

No que se refere à solidariedade comutativa, incide o dispositivo do art. 40, da Constituição, aliado ao do equilíbrio financeiro e atuarial do sistema, que convoca os próprios membros do grupo protegido a arcar com a sustentabilidade do sistema.

Como visto antes, a comutatividade deve prevalecer em regimes de seguro de grupos específicos que mantenham prestações de elevado valor.

A solidariedade distributiva vincula-se aos objetivos constitucionais de garantir uma sociedade solidária e de redução da desigualdade (art. 3º, I e III, da CRFB/88) e possibilita a oneração da sociedade com gasto de proteção previdenciária a fim de proteger grupo mais abrangente para pagamento de benefícios de baixo valor.

Portanto, em relação à Previdência, a influência da solidariedade distributiva no Regime Geral é muito mais marcante do que nos Regimes Próprios dos servidores públicos exatamente, exatamente porque os benefícios são oferecidos a um número de segurados bastante representativo na população brasileira (princípio da universalidade) e o valor das aposentadorias e pensões submete-se a um limite máximo inferior ao da remuneração do funcionalismo (princípios da uniformidade e da necessidade).

Da mesma forma, o raciocínio de aplicação da solidariedade comutativa e da solidariedade distributiva pode ser estendido a outros direitos sociais prestacionais.

A compreensão da potencialidade do princípio da solidariedade é, pois, fundamental para a solução de diversas questões jurídicas que envolvam a Previdência Social e também outros direitos sociais a prestações, propiciando um caminho hermenêutico garantidor de maior justiça social na aplicação de dispositivos vinculados aos direitos fundamentais.

## CONCLUSÃO

O presente estudo destaca o papel da arte como elemento despertador de sentimentos virtuosos ligados à fraternidade. A partir do olhar para o sofrimento humano, a compaixão vivenciada pelas pessoas em sociedade é capaz de influenciar ações, relacionadas ao princípio da solidariedade, que procuram minimizar o sofrimento e a miséria.

Na obra prima “Os Miseráveis”, a ação de uma personagem, o Bispo de Digne, Bienvenu Myriel, ao acolher com caridade o ex-presidiário Jean Valjean, concretiza a chamada regra de ouro das relações humanas: “faz aos outros o que quer te façam”. Victor Hugo não permite que seu leitor fique insensível ao comportamento ético que inspira o desenvolvimento do princípio da solidariedade como valor moral.

Como princípio jurídico, existem dois aspectos da solidariedade que respaldam os modelos de proteção social aplicados no Brasil: o da solidariedade comutativa e o da solidariedade distributiva.

A concepção de solidariedade vinculada à justiça comutativa baseia-se na ideia de igualdade e na avaliação de pertencimento a grupo, o que gera a proteção

recíproca. Nela, os indivíduos se propõem a partilhar valores em determinada comunidade, orientada por objetivos comuns, em relação de simetria.

A solidariedade distributiva, por outro lado, não implica pertencimento a grupo e tem por objetivo a redução de desigualdade entre as pessoas. Enquanto a solidariedade comutativa pressupõe a igualdade pelo menos relativa, a solidariedade distributiva parte de uma realidade fática diversa, a da existência de uma desigualdade em nível que justifique a atuação em favor dos menos favorecidos.

Na assistência social, aplica-se a solidariedade sob o viés distributivo.

Na previdência social pública brasileira, incidem os dois tipos de solidariedade. Em primeiro plano, há solidariedade comutativa entre os participantes do seguro, tendo em vista a obrigação de proteção recíproca inerente ao modelo. Subsidiariamente, aplica-se a solidariedade distributiva.

A solidariedade distributiva deve atuar primordialmente em sistemas de previdência com característica mais universal e para a proteção de benefícios mínimos, não se justificando em princípio, por critérios de justiça, sua utilização em favor da proteção de grupos muito específicos e que mantenham pagamento de benefícios em valores elevados de renda.

De outra forma, ocorreria a solidariedade invertida, em que a parcela mais pobre da população é chamada a contribuir para a manutenção de vantagens de um grupo com melhores condições financeiras.

Portanto, quanto mais abrangente for a proteção previdenciária e mais limitado for o valor dos benefícios, mais apto estará o sistema de seguro para a aplicação da solidariedade distributiva.

No fim, a vida do Direito imita a arte. No percurso da obra de Victor Hugo, destaca-se, dentre tantos sentimentos, o da caridade. Nele está a semente do valor moral da fraternidade, que recebe previsão normativa, no mundo do dever-ser, no princípio da solidariedade, voltado à Justiça Social e à proteção da digne(idade) da pessoa humana, tal como apresentado pelo Bispo de Digne, Monsenhor Bienvenu (Bem-vindo) Myriel, em "Os Miseráveis".

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARISTÓTELES. Ética a **Nicômaco**. 4.ed. São Paulo: Nova Cultura, 1991.
- BERLIN, Isaiah. **Quatro Ensaios sobre a Liberdade**. Brasília: UnB, 1981.
- BODIN DE MORAES, Maria Celina. **O Princípio da Solidariedade**. Disponível em:< <http://www.tepedino.adv.br/wp/wp-content/uploads/2012/09/biblioteca9.pdf>>. Acesso em: 18.05.2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão em Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, número 3105. Relator: Cezar Peluso, **Diário da Justiça** de 18 de fevereiro de 2005. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=363310&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%203105>>. Acesso em: 18.05.2021.
- DAS NEVES, Ilídio. **Direito da Segurança Social: Princípios Fundamentais numa análise prospectiva**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.
- DELPÉRÉE, Francis. “O Direito à Dignidade Humana”. In: BARROS, Sérgio Resende de, ZILVETI, Fernando Aurelio (Org.). **Direito Constitucional: Estudos em Homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho**, São Paulo: Dialética, 1999.
- DUPÉYROUX, Jean-Jacques. **Droit de la Sécurité Sociale**. 15ª. Ed. Paris: Dalloz, 2005.
- DWORKIN, Ronald. **Los Derechos em Serio**. Barcelona: Ariel, 1984.
- HUGO, Víctor. **Os Miseráveis**. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2002.
- MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**. 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- TAVARES, Marcelo Leonardo. **Direito Previdenciário**. 15ª. Edição. Niteroi: Impetus, 2014.
- \_\_\_\_\_. **Previdência e Assistência Social – legitimação e fundamentação constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- TORRES, Ricardo Lobo. “A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos”. In: (Org.) **Teoria dos Direitos Fundamentais**, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

---

# CONTEMPORANEIDADE E VOCAÇÃO UNIVERSALISTA DA DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO, DE 1789<sup>1</sup>

---

*Marco Aurélio Lagreca Casamasso<sup>2</sup>*

“De fato, quando aplicado aos direitos humanos, o termo *universalidade* é quase tautológico”.

*Wiktór Osiatyński, Human Rights and their limits.*

O presente artigo versa sobre a influência da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789*, no processo de construção dos direitos humanos ao longo da história. Pela sua complexidade e extensão, a temática a ser tratada abre-se para inúmeras possibilidades de recortes e abordagens. Dessa perspectiva, viabilizou-se a opção por uma exposição dividida em três tópicos principais.

A primeira parte do trabalho será dedicada à apresentação de alguns dos aspectos relevantes da Declaração francesa, de modo a realçar a sua forte pretensão pela universalidade.

Na segunda etapa, o universalismo dos direitos do homem propugnado pelos revolucionários franceses será contrastado por três concepções relativistas de

---

<sup>1</sup> Artigo apresentado no painel “A construção dos direitos humanos ao longo da história e a influência da Declaração Francesa de 1789”, e publicado nos anais da 3ª Semana de Direitos Humanos, realizada pelo Observatório de Direitos Humanos da UFSC, em Florianópolis, nos dias 28, 29 e 30 de agosto de 2012.

<sup>2</sup> Professor Associado do Curso de Direito da UFF, em Volta Redonda – RJ, do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional – PPGDC-UFF –, e do Programa de Pós-Graduação em Direito, Instituições e Negócios – PPGDIN-UFF. Professor Colaborador Externo do Grupo de Pesquisa “Filosofia do Direito, Políticas de Direitos Humanos e Constitucionalismo Global” – GIFPOG.

direitos humanos. A partir dessa contraposição, pretendemos oferecer elementos para uma problematização acerca das aporias que emergem do debate sobre os limites da universalização e da relativização concernentes àqueles direitos.

Na seção derradeira do artigo, apresentaremos uma proposta de defesa do universalismo e da contemporaneidade da Declaração francesa com base nas mensagens fundamentais veiculadas pelo documento revolucionário francês.

## 1. UMA VOCAÇÃO UNIVERSALISTA

A despeito de ser produto de uma revolução pertencente a uma geografia e história específicas – a França do final do século XVIII –, a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789*, nasce com a pretensão existencial pela universalidade. Por ocasião da apresentação do projeto de declaração elaborado pela Comissão que presidia, Mirabeau afirma: “É para o mundo inteiro que vós ireis trabalhar. (...) e a espécie humana vos contará entre os seus benfeitores”.<sup>3</sup>

Para os que gostariam de mencionar na *Declaração* a situação política da França, como o Deputado do Terceiro Estado Volney, Pétion responderá: “Não se trata de fazer uma declaração somente para a França, mas para o homem em geral”.<sup>4</sup>

Com o decorrer dos anos, uma obstinada e radical pretensão pela universalidade acabará por fazer da *Declaração* de 1789 um marco político-jurídico de dimensão supranacional. Em que pese a repulsa advinda das ferrenhas críticas desferidas por conservadores, reacionários e progressistas,<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> A passagem é extraída do seguinte pronunciamento de Mirabeau: “Cabe a vós dar à Europa esta feliz influência da liberdade. Nossos vizinhos esperam vossas leis para adotá-las; ela vos será devida, esta época afortunada onde a liberdade geral banirá do mundo inteiro as opressões absurdas e as tiranias; a união irá reagrupar todas as nações, e fará renascer uma fraternidade inviolável. É para nós, é para nossos descendentes, é para as crianças, é para o mundo inteiro que vós ireis trabalhar; os povos irão admirar a calma que favoreceu uma tão feliz revolução; eles se apressarão a marchar sobre os vossos passos, e a espécie humana vos contará entre os seus benfeitores”. FRANÇA. *Journal Général de France*, n. 101, 22.8.1789, p. 418.

<sup>4</sup> *Apud* BAECQUE, Antoine de ; SCHMALE, Wolfgang; VOVELLE, Michel. *L'An I des droits de l'homme*, Paris : Presses du C.N.R.S., 1988, p. 168. O também Deputado do Terceiro Estado, Jérôme Pétion, rejeita a proposta daqueles que desejavam seguir o modelo da Declaração de Independência dos Estados Unidos, que referenciava os acontecimentos históricos envolvendo a Grã-Bretanha e as Colônias que então alcançavam a independência.

<sup>5</sup> Conforme observa Norberto Bobbio, as críticas surgem à esquerda e à direita do espectro ideológico. De

não é exagero afirmar que, ao condensarem em linguagem abstrata todo um projeto de ruptura e emancipação, o preâmbulo e os 17 artigos que compõem a Declaração alcançaram uma glória inconteste.

Como observa Patrice Rolland, embora não tenha mobilizado a opinião pública no verão de 1789, a Declaração francesa rapidamente tornou-se um “símbolo forte”.<sup>6</sup> Eis que o Presidente da Assembleia Nacional francesa, Jean-Guillaume Thouret, afirmará, em 26 de agosto de 1791: “Ela adquiriu um caráter religioso e sagrado; ela tornou-se o símbolo da fé política”.<sup>7</sup>

Não obstante as ameaças de censura e as enormes dificuldades de comunicação, a imprensa do final do século XVIII trouxe decisiva contribuição para a difusão da *Declaração* em diversos países. No caso da Inglaterra, Bélgica e Províncias Unidas – hoje parte setentrional dos Países Baixos –, notícias da sua aprovação pela Assembleia Nacional francesa começaram a chegar já em agosto e setembro de 1789.<sup>8</sup> Em outubro e novembro do mesmo ano, jornais dos Estados Unidos e do Canadá publicam informações sobre a mesma matéria.<sup>9</sup>

Além da linguagem abstrata e da divulgação pela imprensa, a *Declaração* pôde contar com outro fator – dela indissociável –, que potencializava suas aspirações universalistas: a própria Revolução Francesa. Como afirma Eric Hobsbawm, “a Revolução Francesa foi a única ecumênica. Seus exércitos partiram para revolucionar o mundo; suas ideias de fato o revolucionaram”.<sup>10</sup> Para o historiador britânico, “a Revolução Francesa é assim a revolução do seu tempo, e não apenas *uma* revolução, embora a mais proeminente de sua espécie”.<sup>11</sup> Somado à linguagem abstrata e relativamente simples característica do ideário francês de direitos do homem, esse elemento ecumênico irá contribuir para que

---

Maistre, por exemplo, rechaça a Declaração pela sua abstratividade e caráter não histórico. Marx, por outro lado, irá condená-la pelo fato de estar voltada, histórica e concretamente, para a defesa do homem burguês. BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, Rio de Janeiro: Campus, 1996, p. 97 e ss.

<sup>6</sup> ROLLAND, Patrice. Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen, in: Joël Andriantsimbazovina *et al.*, *Dictionnaire des Droits de l’Homme*, Paris: PUF, 2008, p. 243.

<sup>7</sup> *Apud* BUCHEZ, P.J.-B.; ROUX, P.-C. *Histoire Parlementaire de la Révolution Française ou Journal des Assemblées Nationales, depuis 1789 jusqu’en 1815*, Tome 11, Paris: Paulin Libraire, 1884, p. 247

<sup>8</sup> GODECHOT, Jacques. L’expansion de la Déclaration des droits de l’homme de 1789 dans le monde, *Annales historiques de la Révolution Française*, Paris: n. 232, 1978, p. 202.

<sup>9</sup> *Idem*, p. 202 e 212.

<sup>10</sup> HOBBSAWM, Eric. *A Revolução Francesa*, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997, p. 9-11.

<sup>11</sup> *Idem*, p. 11.



a Declaração de 1789 exerça uma influência inédita<sup>12</sup> e inigualável em termos de propagação geográfica e ideológica.

No projeto revolucionário de rompimento com o Antigo Regime, uma nova concepção de Direito impõe-se como questão preliminar à própria organização política, porquanto a *Declaração* antecede a futura Constituição de 1791. Essa inovação é importante, porque anuncia a fundação de uma sociedade política a partir de direitos previamente estabelecidos, o que assinala o esforço voltado para a instituição de um Estado regido pelo direito – um direito dirigido principalmente à limitação do poder estatal, à prevalência da lei como expressão da vontade do povo e ao reconhecimento e garantia dos direitos naturais dos indivíduos. Logo, tem-se uma guinada de inegável matiz democrático: o ponto de partida é o direito, não o poder; doravante é o povo o centro gravitacional da sociedade política, não o governante.

Conquanto os norte-americanos também tenham empreendido uma obra política centrada nos interesses dos governados, naquele cenário revolucionário transatlântico primeiro foi promulgada a Constituição, em 1787, para em seguida, no ano de 1789, adotar-se o *Bill of Rights* – as primeiras 10 emendas à Constituição norte-americana –, ratificado em 1791.

A linguagem abstrata, a pronta divulgação pela imprensa em diversos países europeus e na América do Norte, e o fato de ter sido fruto da mais simbólica das revoluções – a Francesa – foram fatores imperativos para o sucesso da Declaração de 1789. Mas o peso desses fatores – o primeiro formal e os dois últimos circunstanciais e externos à *Declaração* – não seria suficiente para engendrar um universalismo duradouro, capaz de resistir aos efeitos corrosivos e deletérios do tempo. Com efeito, a par das condições formais, circunstanciais e externas que lhe seriam favoráveis, far-se-ia necessário um fator intrínseco poderoso, de conteúdo potencialmente indelével e incorruptível, para que a *Declaração* pudesse romper os limites do tempo e do lugar em que foi concebida.

---

<sup>12</sup> Não é nosso objetivo, neste trabalho, examinar a polêmica sobre a originalidade de Declaração Francesa de 1789 a partir de uma comparação com as declarações norte-americanas contemporâneas. Para um estudo sobre o tema, veja-se, entre outros: JELLINEK, Georg. *La Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, México (D.F.): UNAM, 2000 e JOHNSON, Vincent Robert. The French Declaration of the Rights of Man and of Citizens of 1789, the Reign of Terror, and the Revolutionary Tribunal of Paris, *Boston College International and Comparative Law Review*, vol. 13, 1, 1990. Disponível em: <<http://lawdigitalcommons.bc.edu/iclr/vol13/iss1/2>>. Acesso em 20 de agosto de 2012.

Ora, no seu cerne, a *Declaração* é portadora de inúmeras mensagens emancipatórias supostamente atraentes ao gênero humano. Elaborada em plena ebulição revolucionária, o documento consagra ideais político-humanistas e preceitos de direito natural, consubstanciando-os em direitos extensíveis a todos os homens e em princípios políticos centrados na limitação do poder estatal e na cidadania.

Entre esses ideais, destacam-se no texto revolucionário francês: a igualdade – ressalvados os excluídos: escravos e mulheres – (art. 1º); os direitos naturais – liberdade, propriedade, segurança e resistência à opressão (art. 2º); a soberania nacional (art. 3º); a lei como expressão da vontade geral (art. 6º); o princípio da anterioridade da lei penal (art. 8º); liberdades de religião e de opinião (art. 10); prestação de contas da Administração Pública (art. 15); e, a concepção moderna de Constituição, definida em torno da proteção de direitos individuais e da limitação do poder político, por intermédio do esquema de separação de poderes (art. 16).<sup>13</sup>

Além de padrões ético-políticos, esse rol de direitos e princípios exprime autênticos catalisadores revolucionários prontos a exercer um apelo irresistível ao público de diversas sociedades. Mas apesar do largo espectro de abrangência dos valores que veicula, a *Declaração* francesa mescla-se com certo ideário ocidental de sociedade política justa, de viés democrático-liberal, radicada no reconhecimento e proteção dos direitos individuais. Ora, paradoxalmente, essa genética da Declaração vai de encontro ao seu projeto existencial universalista. Como, então, justificar o seu aporte liberal e individualista no contexto das culturas não ocidentais, ou no ambiente das experiências socialistas ou, ainda, nas sociedades não secularizadas?

---

<sup>13</sup> Os artigos mencionados da *Declaração de 1789*, *in verbis*: artigo 1º - Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum; artigo 2º - O fim de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão; artigo 3º - O princípio de toda a soberania reside essencialmente na Nação. Nenhuma corporação, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que aquela não emane expressamente; artigo 6º - A Lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através dos seus representantes, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, quer se destine a proteger, quer a punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos, são igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade, e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e a dos seus talentos; art. 8º - A Lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias, e ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida antes do delito e legalmente aplicada; artigo 10 – Ninguém pode ser inquietado pelas suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, contando que a manifestação delas não perturbe a ordem pública estabelecida pela Lei; artigo 15 - A sociedade tem o direito de pedir contas a todo agente público pela sua administração; e, artigo 16 - Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação de poderes não tem Constituição.

## **2. O CONTRAPONTO À VOCAÇÃO UNIVERSALISTA DA DECLARAÇÃO DE 1789: TRÊS CONCEPÇÕES RELATIVISTAS DE DIREITOS HUMANOS**

A temática do presente artigo diz respeito à influência da *Declaração* de 1789 a partir do que ela traz de mais ambicioso: o projeto iluminista-liberal de um ser humano universal, dotado de direitos universais. Ora, uma forma de desenvolvê-la seria investigar seu influxo nas proclamações de declarações congêneres e perquirir sua ascendência sobre o processo de elaboração das diversas Constituições modernas que seriam elaboradas a partir de finais do século XVIII e ao longo do século XIX, em todo o mundo.

Todavia, o enfoque adotado não se apoia em aspectos de harmonização ou concordância, mas naqueles que indicam tensões e contraposições. Isto é, optamos por indagar sobre a viabilidade do ideário cosmopolita abraçado pela *Declaração* de 1789 a partir de outras concepções de direitos humanos céticas ou contrárias ao universalismo.

Nessa perspectiva, serão exemplificadas três críticas à concepção universalista dos direitos humanos, de modo a oferecer um contraponto à proposta da *Declaração* francesa: a antropológica, da American Anthropological Association (A.A.A.), a culturalista e anticolonialista, de Makau Mutua, e a desenvolvimentista, de Adamantia Pollis e Peter Schwab.

Em junho de 1947, a American Anthropological Association reage com firmeza ao projeto de Declaração de autoria da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas. Para a associação de antropólogos norte-americana, o problema maior concernente aos direitos humanos consiste no desafio de se dever assegurá-los não apenas em termos de um indivíduo singular, isolado e desenraizado socialmente: “deve-se levar plenamente em conta, também, o indivíduo como um membro do grupo social do qual ele é parte...”<sup>14</sup>

Na crítica antropológica, patenteia-se o peso da cultura como fator decisivo para a legitimação de qualquer proposta de direitos humanos direcionada ao conjunto da humanidade. Diferentemente dos autores das declarações do século XVIII, que as idealizaram em torno de uma cultura homogênea – a ocidental –, a Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas deparou-se com um cenário

---

<sup>14</sup> THE EXECUTIVE BOARD OF THE AMERICAN ANTHROPOLOGICAL ASSOCIATION. Statement on Human Rights – Submitted to the Commission on Human Rights, United Nations by the Executive Board, *American Anthropologist*, Arlington: vol. 49, n. 4, October/December, 1947, p. 539.

radicalmente oposto, caracterizado pela diversidade de culturas. Como afirma a American Anthropological Association, por meio do seu Comitê Executivo, “hoje, o problema é complicado pelo fato de a declaração dever ser aplicada a todo o mundo. Ela deve abraçar e reconhecer a validade de muitas formas diferentes de vida”.<sup>15</sup> No caso de uma declaração de direitos que se circunscreva a uma única cultura, o “documento levará à frustração, não à realização das personalidades de um vasto número de seres humanos”.<sup>16</sup>

A concepção cultural de direitos humanos defendida pela American Anthropological Association é correlata a um relativismo profundamente refratário a declarações concebidas nos moldes do documento francês de 1789. De acordo com a sua crítica ao projeto das Nações Unidas, as “ideias de certo e errado, bem e mal, são encontradas em todas as sociedades, embora elas se diferenciem em sua expressão entre os diferentes povos”.<sup>17</sup> Por conta dessa incerteza, “o que é considerado um direito humano em uma sociedade pode ser considerado antissocial por outro povo, ou pelo mesmo povo em um período diferente de sua história”.<sup>18</sup> O respeito à diversidade cultural impõe-se, por conseguinte, como referencial incontornável para a legitimação dos direitos humanos. Com efeito, “mesmo na natureza do mundo físico, as cores que vemos, os sons que ouvimos, são condicionados pela língua que falamos, a qual é parte da cultura em que nascemos”.<sup>19</sup>

Outra perspectiva de direitos humanos que põe à prova a universalidade propugnada pela tradição da Declaração de 1789 é apresentada por Makau Mutua, professor queniano radicado nos Estados Unidos. Segundo Mutua, “todas as verdades são locais – elas são contextuais, culturais, históricas e presas ao tempo”.<sup>20</sup>

Na sua crítica mordaz, o autor acusa o movimento apolítico do universalismo de obscurecer a identidade cultural das normas que se procura universalizar.<sup>21</sup> O tradicional movimento de direitos humanos – o universalista – representaria o eurocentrismo e seu projeto colonialista, o qual, na sua arrogância cultural, hierarquiza culturas, chegando a demonizar algumas delas.<sup>22</sup>

---

<sup>15</sup> *Idem*, p. 542-3.

<sup>16</sup> *Idem*, p. 543.

<sup>17</sup> *Idem*, p. 542.

<sup>18</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>19</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>20</sup> MUTUA, Makau. The complexity of universalism, in SAJÓ, András (Ed.). *Human Rights with modesty - the problem of universalism*, Leiden: Brill Academic Publishers, 2044, p. 51.

<sup>21</sup> *Idem*, p. 52-53.

<sup>22</sup> *Idem*, p. 56, 62 e 63.

Mutua condena com veemência a não contextualização de certas práticas culturais não ocidentais, amiúde rechaçadas como estereótipos de barbárie,<sup>23</sup> com base em julgamentos preconceituosos ou mesmo racistas. Por exemplo, em relação ao hábito rotulado pelo Ocidente de mutilação feminina, o autor chama a atenção para a necessidade de uma nova abordagem, que possibilite investigar o significado e o propósito da prática.<sup>24</sup> Segundo Mutua, “em vez de demonizar e apontar o dedo sob a tutela dos estrangeiros ou dos seus colaboradores locais, soluções para a questão poderiam ser encontradas através do diálogo e da introspecção intracultural”.<sup>25</sup>

O modelo de direitos humanos defendido por Mutua contraria, portanto, o universalismo tradicional, de matriz ocidental. Para o autor, “a universalização dos direitos humanos só será bem sucedida se o seu corpo estiver ancorado em todas as culturas do mundo”.<sup>26</sup> No que se refere à universalização, é a “inclusão, não a exclusão, a chave para a legitimidade.”<sup>27</sup>

O terceiro e último exemplo do campo alternativo – que censura a pretensão universalista forjada no Ocidente – relativo aos direitos humanos é representado pela contribuição de Adamantia Pollis e Peter Schwab.

Os autores propõem um relativismo justificado no desenvolvimento econômico e social e na modernização dos Estados não ocidentais, concebendo a possibilidade de seus governos colocarem de lado certos direitos individuais, se estiverem em conflito com aqueles objetivos.<sup>28</sup> Trata-se de uma proposta atraente para governos que, comprometidos com políticas desenvolvimentistas, frequentemente aviltam direitos individuais em benefício do progresso econômico e social.

Pollis e Schwab desferem um ataque frontal ao universalismo típico da *Declaração de 1789*, quando afirmam que “é evidente que na maioria dos Estados do mundo, os direitos humanos tal como foram definidos pelo Ocidente são rejeitados ou, mais precisamente, não têm sentido”.<sup>29</sup> De acordo com os autores, “a maioria dos Estados

---

<sup>23</sup> *Idem*, p. 62.

<sup>24</sup> *Idem*, *ibidem*.

<sup>25</sup> *Idem*, *ibidem*.

<sup>26</sup> *Idem*, p. 63.

<sup>27</sup> *Idem*, *ibidem*.

<sup>28</sup> OSIATYŃSKI, Wiktor. *Human Rights and their limits*, Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p. 149.

<sup>29</sup> POLLIS, Adamantia; SCHWAB, Peter. Human rights: a Western construct with limited applicability, in POLLIS, Adamantia; SCHWAB, Peter (Eds.). *Human rights: cultural and ideological perspectives*, New

não tem a herança cultural do individualismo, e as doutrinas da inalienabilidade dos direitos humanos não foram nem disseminadas, nem assimiladas”.<sup>30</sup>

### 3. TRÊS MENSAGENS UNIVERSAIS DA DECLARAÇÃO DE 1789

Muitas das críticas ao projeto universalista de direitos humanos encontram ressonância na realidade. Com efeito, não há como não associar o conteúdo da *Declaração* de 1789 a uma cultura e ideologia específicas, típicas de uma sociedade concreta, dotada de geografia, costumes, economia e história particulares. Não seria legítimo, destarte, atribuir ao seu raio de ação um alcance para além do universo cultural e ideológico no qual foi engendrada.

Ao contrário, a simples extensão dos valores iluministas e liberais da *Declaração* francesa a sociedades não ocidentalizadas representaria uma tentativa de imposição de valores refratária à diversidade cultural. Ressalvadas as diferenças quanto a conteúdo e autoria, a mesma ilação pode ser estendida à *Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas*, de 1948. Ora, conforme observa Michael Ignatieff, desde o final da Segunda Grande Guerra, a doutrina dos direitos humanos tornou-se “fonte de poder e autoridade”.<sup>31</sup> Essa doutrina, segundo o autor, “é agora tão poderosa, mas também tão inimaginavelmente imperialista nas suas reivindicações universalistas, que expõe a si mesma a sérios ataques intelectuais”.<sup>32</sup> É esse universalismo radical, alerta Jack Donnelly, que torna “óbvios os perigos do imperialismo moral”.<sup>33</sup>

Em casos extremos, a defesa intransigente do universalismo justificaria o emprego da força em relação a Estados acusados de violações de direitos humanos. De acordo com os seus críticos, essa possibilidade poderia, na prática, estimular a instrumentalização desses direitos, colocando-os a serviço dos interesses globais de alguns Estados ou mesmo do imperialismo.<sup>34</sup>

As propostas em favor da perspectiva relativista dos direitos humanos devem ser, contudo, avaliadas com precaução. Se por um lado o universalismo falha

---

York: Praeger, 1979: p. 13.

<sup>30</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>31</sup> IGNATIEFF, Michael. The attack on human rights, *Foreign Affairs*, Tampa: v. 8, n. 6, November/December, 2001, p.102.

<sup>32</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>33</sup> DONNELLY, Jack. *Universal Human Rights in theory & practice*, 2.ed., Ithaca: Cornell University Press, 2003, p. 90.

<sup>34</sup> OSIATYŃSKI; Wiktor. *Human Rights and their limits*, p. 153.

ao lidar com o pluralismo cultural, por outro, o relativismo não chega, amiúde, a oferecer uma proteção adequada ao homem singular, quando oprimido socialmente. De fato, em face de algumas situações extremas, os argumentos não universalistas soam pouco convincentes, desafiando a própria lógica dos direitos humanos, qual seja, a de proteger os mais fracos. Afinal, como ser conivente com a inventiva e paradoxal conciliação entre as práticas de regimes autoritários – e quiçá totalitários – e a observância dos direitos humanos, defendida por alguns relativistas? De que maneira justificar a opção por uma radical política desenvolvimentista ou social em detrimento do respeito aos direitos individuais mais elementares, sem deixar de reconhecer violações de direitos humanos? Como, afinal, harmonizar a efetiva proteção dos direitos humanos com a defesa de uma cultura de submissão incondicional da mulher aos interesses da família ou à despótica vontade de um esposo?

Do confronto das duas perspectivas, emergem verdadeiras aporias, já que a adoção de uma ou outra de direitos humanos envolverá o enfrentamento de desafios não raro incontornáveis. Não obstante os eventuais impasses, sustentaremos a contemporaneidade da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, a partir do reconhecimento da sua legitimidade no contexto de um mundo multicultural. Ou seja, optamos pela adoção de uma perspectiva de direitos humanos na linha de um universalismo mitigado.<sup>35</sup>

O desafio, portanto, consiste em ressaltar não os conteúdos mais específicos da *Declaração* francesa – por exemplo, a limitação do poder político via separação de poderes e a defesa da propriedade privada –, mas as suas mensagens mais invariáveis e irredutíveis, isto é, menos vulneráveis às oscilações axiológicas provocadas pela diversidade cultural e pelo entrelaçamento dos diferentes discursos ideológicos.

As críticas relativistas acima referidas põem em xeque o modelo universalista preconizado pela *Declaração* francesa. Logo, passados mais de dois séculos desde a sua aprovação pela Assembleia Nacional francesa, é oportuno indagar sobre a sua tão proclamada carga universalista e a sua real capacidade de êxito simbólico em um mundo plural, marcado pela emergência de forças culturais não ocidentais na arena política global. Em outras palavras, é pertinente questionar: como legitimar a contemporaneidade da Declaração de 1789 em face do pluralismo

---

<sup>35</sup> Para um estudo acerca dos tipos e nuances relativos às concepções universalistas de direitos humanos, veja-se, por exemplo: OSIATYŃSKI; Wiktor. *Human Rights and their limits*, p. 18 e ss., e Jack Donnelly, *Universal Human Rights: in theory & practice*, p. 89 e 90.

cultural ascendente em escala global, refratário ou pouco receptivo ao ideário universalista de direitos humanos, de matriz ocidental, liberal e individualista?

Essas indagações não comportam respostas fáceis, e tampouco uma única resposta. Sem embargo, acreditamos na viabilidade de uma proposição que possa contribuir para o debate em torno da vocação universalista da Declaração de 1789, reafirmando a sua força simbólica em um cenário adverso, favorável a um relativismo axiológico nem sempre condizente com os princípios consagrados pelos revolucionários franceses.

Não se trata de relegar os valores iluministas e liberais da Declaração. Com efeito, essa carga axiológica compõe o *Canon* político-jurídico do Ocidente. Todavia, fora do mundo ocidentalizado, é forçoso reconhecer o fato de que a influência desse modelo sofre um inexorável ocaso. Por conseguinte, a nossa proposta é pôr em evidência os aspectos de fundo da *Declaração* capazes de ostentar um raio de influência com alcance *mais universalista*, de envergadura suficiente para abranger também as sociedades e culturas não ocidentais. Dessa perspectiva, o que pretendemos destacar são três mensagens transmitidas pela *Declaração* que julgamos fundamentais para a legitimidade e o rejuvenescimento da sua vocação universalista.

As duas primeiras mensagens são referidas por Lucien Jaume, e correspondem a uma dupla operação a ser realizada pela Declaração, constantes do seu preâmbulo.<sup>36</sup> A primeira consiste na *condenação do esquecimento dos direitos do homem, ou do seu desprezo*.<sup>37</sup> Eis que a *Declaração* os re-define por rememoração, tirando-os do esquecimento. Trata-se, portanto, de um monumento à memória dos direitos do homem, que devem permanecer incólumes aos efeitos do tempo e aos riscos do esquecimento. Essa memória atemporal apresenta-se como indispensável à preservação da própria consciência da condição humana, conferindo-lhe dignidade e durabilidade.

---

<sup>36</sup> O Preâmbulo da *Declaração de 1789*, *in verbis*: “Os representantes do povo francês, constituídos em ASSEMBLEIA NACIONAL, considerando que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas das desgraças públicas e da corrupção dos governos, resolveram expor em declaração solene os Direitos naturais, inalienáveis e sagrados do Homem, a fim de que esta Declaração, constantemente presente em todos os membros do corpo social, lhes lembre sem cessar os seus direitos e os seus deveres; a fim de que os atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo, a instituição política, sejam por isso mais respeitados; a fim de que as reclamações dos cidadãos doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis se dirijam sempre à conservação da Constituição e à felicidade geral”.

<sup>37</sup> JAUME, Lucien. *Les Déclarations des Droits de l’Homme – du débat 1789-1793 au Préambule de 1946*, Paris: Flammarion, 1989, p. 27.



A segunda mensagem refere-se à necessidade de uma *solenização dos direitos do homem*,<sup>38</sup> a fim de se combater seu esquecimento e desprezo, verdadeiras causas das “desgraças públicas e da corrupção dos governos”.<sup>39</sup> A solenização da *Declaração* confere àqueles direitos majestade, gravidade e publicidade, configurando uma espécie de padrão de legitimação baseado nos sentidos de respeitabilidade, dever e responsabilidade.

Na dura realidade das arenas políticas nacionais e internacionais, essa *solenização* não raro impõe-se como embaraço e estorvo ao exercício abusivo e arbitrário do poder, atuando como critério de avaliação de Estados e governos no que se refere à legitimação ou deslegitimação de suas ações e seus respectivos sistemas jurídicos positivados.

A essas duas mensagens, propomos acrescentar uma terceira, há muito atacada pelos inimigos da Declaração de 1789, e que continua a atrair críticas: a mensagem da emancipação ou do desenraizamento. Do conjunto dos seus princípios – em especial do direito de resistir à opressão<sup>40</sup> – e, sobretudo, da linguagem abstrata que adota, emana uma mensagem de transcendência histórica e cultural, sintonizada com a figura do homem potencialmente emancipado e desenraizado, pronto a deflagrar rupturas sociais e a clamar pela liberdade, igualdade e justiça, quando em face de comunidades, sociedades, instituições ou Estados opressores.

Das três mensagens em destaque, certamente a terceira é a que mais obstáculos oferece à delimitação de um consenso em torno do universalismo da *Declaração* francesa. Afinal, como conciliar o teor indubitavelmente individualista do texto com realidades e culturas amparadas na supremacia do Estado, ou nação, tribo, família ou religião, sobre o indivíduo? Não permaneceria patente, na mensagem, a tentativa de imposição de um valor intimamente associado à cultura ocidental e à ideologia liberal?

Não constitui objetivo deste artigo a análise do conteúdo liberal da Declaração de 1789. Por ora, basta assumirmos uma linha de argumentação que corrobore a concepção universal de direitos humanos baseada no reconhecimento e na proteção do ser humano singular, individualmente estimado. No âmbito

---

<sup>38</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>39</sup> FRANÇA. *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789*. Preâmbulo. da *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789*.

<sup>40</sup> FRANÇA. *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789*, art. 2º, *in fine*.

dessa compreensão, desponta um ser humano titular de direitos em potencial contraposição ao Estado, nação, tribo, família, religião ou a quaisquer outras formas de associações ou comunidades capazes de exercer formas de opressão social. Desponta daí, igualmente, a possibilidade – e o direito – de homens e mulheres singulares romperem laços históricos, culturais, comunitários ou familiares, desenraizando-se, ou ao menos retirando-se, do seu contexto social.

A terceira mensagem da Declaração está voltada, por conseguinte, para a proteção do elemento mais frágil das relações sociais, representado, no limite, pelo indivíduo singular. Conforme observa Michael Ignatieff, os “direitos [humanos] são universais porque definem os interesses universais dos impotentes – nomeadamente, o interesse de que o poder seja exercido sobre eles de maneira a respeitar a sua autonomia como agentes”.<sup>41</sup> Assim, os direitos humanos só adquirem pleno significado se puderem ser “executados contra instituições como a família, o Estado e a Igreja”.<sup>42</sup> Em última instância, prossegue o autor, esses direitos envolvem a concreta possibilidade de um indivíduo se retirar do seu meio social, “quando as restrições do grupo se tornarem insuportáveis”.<sup>43</sup>

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para além da variedade de aporias e respostas em torno da problemática relativa à contraposição universalismo/relativismo, faz-se necessário concentrar esforços na construção de uma concepção de direitos humanos que seja capaz de operar como uma autêntica *língua franca*,<sup>44</sup> isto é, como um instrumento de diálogo e deliberação aberto aos diversos interlocutores da arena internacional. Ora, como *língua franca*, os direitos humanos deverão servir de ponte entre culturas e civilizações, não de *locus* para disputas políticas e ideológicas.<sup>45</sup> No cerne dessa proposição, o discurso desses direitos – e também a sua prática – deverá permitir e viabilizar tanto a construção do consenso e da deliberação, quanto o respeito às diferenças, por meio do enfrentamento racional dos conflitos culturais e ideológicos.

---

<sup>41</sup> IGNATIEFF, Michael. The attack on human rights, *op. cit.* p. 109.

<sup>42</sup> *Idem*, p. 108.

<sup>43</sup> *Idem*, p. 110.

<sup>44</sup> NORMAND, Roger; ZAID, Sarah. *Human Rights at UN – the political history of universal justice*, Bloomington: 2008, p. 8.

<sup>45</sup> *Idem*, p. 2.

É no contexto da *língua franca* dos direitos humanos que defendemos a contemporaneidade das mensagens de fundo da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, de 1789. Apesar da sua irregular e sofrida trajetória de vida, a *Declaração* possui uma incrível capacidade de resiliência. Eis que foi criticada com paixão já no momento do seu surgimento, sobreviveu ao Terror revolucionário entre 1793 e 1794, enfrentou a concorrência de outras Declarações – de 1793, de 1795 e até de uma proposta de *Declaração de direitos da mulher*, de autoria de Olympe de Gouges –, resistiu às mudanças de regimes constitucionais na França e sobreviveu à barbárie de duas Guerras Mundiais. Mas a despeito dos obstáculos, sua força simbólica permanece. Na França, o seu valor jurídico e a sua eficácia, enfim, foram reconhecidos pelo Conselho Constitucional da França, em 1971. No mundo, seu simbolismo ainda conserva certo frescor revolucionário: a *Declaração* francesa permanece um marco civilizatório contra a opressão do homem e um instrumento de luta pelo respeito, solenização e memória dos direitos humanos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAECQUE, Antoine de; SCHMALE, Wolfgang; VOVELLE, Michel. *L'An I des droits de l'homme*. Paris: CNRS, 1988.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1996.

BUCHEZ, P.J.-B ; ROUX, P.-C. *Histoire Parlementaire de la Révolution Française ou Journal des Assemblées Nationales, depuis 1789 jusqu'en 1815*. Tome 11. Paris: Paulin Libraire, 1884.

DONNELLY, Jack. *Universal Human Rights in theory & practice*. 2.ed. Ithaca: Cornell University Press, 2003.

THE EXECUTIVE BOARD OF THE AMERICAN ANTHROPOLOGICAL ASSOCIATION. Statement on Human Rights – Submitted to the Commission on Human Rights, United Nations by the Executive Board. *American Anthropologist*. Arlington: vol. 49, n. 4, p. 539-543. October/December. 1947.

FRANÇA. *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789*

\_\_\_\_\_. *Journal Général de France*, n. 101, 22.8.1789.

GODECHOT, Jacques. L'expansion de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 dans le monde. *Annales historiques de la Révolution Française*. Paris: n. 232, p. 201-213, 1978.

HOBBSAWM, Eric. *A Revolução Francesa*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

- IGNATIEFF, Michael. The attack on human rights. *Foreign Affairs*. Tampa: v. 8, n. 6. p. 102-116. November/December, 2001.
- JAUME, Lucien. *Les Déclarations des Droits de l'Homme : du Débat 1789-1793 au Préambule de 1946*. Paris: Flammarion, 1989.
- JELLINEK, Georg. *La Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, México (D.F.): UNAM, 2000.
- JOHNSON, Vincent Robert. *The French Declaration of the Rights of Man and of Citizens of 1789, the Reign of Terror, and the Revolutionary Tribunal of Paris*. *Boston College International and Comparative Law Review*, vol. 13, 1, 1990. Disponível em: <<http://lawdigitalcommons.bc.edu/iclr/vol13/iss1/2>>. Acesso em 20 de agosto de 2012.
- MUTUA, Makau. The complexity of universalism in Human Rights. In: SAJÓ András (Ed.), *Human Rights with modesty - the problem of universalism*. Leiden: Brill Academic Publishers, 2004: 51-64.
- NORMAND, Roger; ZAID, Sarah. *Human Rights at UN - the political history of Universal Justice*. Bloomington: Indiana University Press, 2008.
- OSIATYŃSKI, Wiktor. *Human Rights and their limits*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.
- POLLIS Adamantia; SCHWAB, Peter. Human rights: a Western construct with limited applicability. In POLLIS, Adamantia; SCHWAB, Peter (Eds.). *Human rights: cultural and ideological perspectives*. New York: Praeger, 1979: 1-18.
- ROLLAND, Patrice. Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen. In: ANDRIANTSIMBAZOVINA, Joël et al. *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris: PUF, 2008: 242-249.



---

# QUAIS DIREITOS HUMANOS? QUE UNIVERSALISMO? PRELIMINARES E OBSTÁCULOS À UNIVERSALIZAÇÃO DOS DIREITOS

---

*Maria Lucia de Paula Oliveira<sup>1</sup>*

**Resumo:** É fundamental repensar conceitos e instituições em um mundo em que a questão política se coloca para além das fronteiras nacionais e em que as próprias relações humanas são tão alteradas pelas mudanças tecnológicas. Nesse ambiente, novas propostas devem ser buscadas quando se tem em mente a necessidade de uma teoria do direito inclusiva, que se compadeça do sofrimento humano, que não pode ser admitido como natural. A temática da pesquisa compreende uma forma nova de abordagem da teoria da justiça política, num compromisso com a inclusão democrática e com as especificidades das instituições jurídicas nos vários contextos políticos, com um repensar das políticas públicas adotadas.

**Palavras-chave:** Direitos Humanos. Universalismo. Eficácia.

**WHICH HUMAN RIGHTS? WHAT UNIVERSALISM? PRELIMINARIES AND OBSTACLES TO THE UNIVERSALIZATION OF RIGHTS.**

**Abstract:** It is fundamental to rethink concepts and institutions in a world where the political issue lies beyond national boundaries and where human relations themselves are so altered by technological change. In this environment, new proposals must be sought when one has in mind the need for an inclusive theory of law, which is compassionate for

---

<sup>1</sup> Professora Adjunta UNIRIO, Coordenadora do Grupo de Pesquisa Filosofia do Direito, Políticas de Direitos Humanos e Constitucionalismo Global – GIFPOG-UNIRIO, Professora Agregada PUC-RIO, Procuradora da Fazenda Nacional.

human suffering, which can not be admitted as natural. The research theme comprises a new approach to the theory of political justice, a commitment to democratic inclusion and to the specificities of legal institutions in the various political contexts, with a rethinking of the public policies adopted.

**Keywords:** Human Rights. Universalism. Efficiency.

## **1. INTRODUÇÃO: O DEBATE SOBRE DIREITOS HUMANOS DENTRO E PARA ALÉM DAS FRONTEIRAS NACIONAIS.**

Dois contextos diferentes, mas conectados, se põem para os direitos humanos, no plano do direito doméstico, especialmente brasileiro e no plano internacional. No plano do direito garantido pelo Estado, o modelo concebido seria de que os direitos humanos ou fundamentais são garantidos pelo Estado, ao mesmo tempo que limitam seu poder. A inclusão da Declaração de Direitos nas Constituições, junto com o reforço da jurisdição constitucional em regimes democráticos, faz com esses direitos sejam tidos como extensíveis a todos os cidadãos no âmbito do território estatal. Na prática, porém, existe grande frustração quanto à efetivação dos direitos, já que inexistem políticas públicas (ou são limitadas) com eficiência suficiente para garantir uma boa parte desses direitos à maioria da população. No caso brasileiro, a ineficiência é patente: fala-se, por exemplo, em direito à vida ou direito à liberdade de locomoção, mas não se consegue estabelecer uma política de segurança pública minimamente eficiente. Um outro aspecto relevante do ponto de vista do direito interno é que a extensão dos direitos fundamentais, com o reconhecimento de direitos de minorias e o estabelecimento de políticas públicas específicas, gera uma incompreensão quanto à própria abrangência dos direitos humanos. Será que alguns tem mais direitos humanos do que outros? Esse tipo de argumentação não deve ser menosprezado, pois deixa ver a percepção quanto às dificuldades de garantia e efetivação daqueles direitos fundamentais que já se devia ter assegurado a todos minimamente após a redemocratização brasileira, o que acabou não ocorrendo.

Esse contexto do direito interno, em particular o brasileiro, encontra alguns paralelos mundo afora, em discursos contestatórios dos “direitos humanos”, categoria tida como protetiva de determinados grupos em detrimento da maioria ou até utilizados em benefício próprio por determinada parte da elite para manter políticas assistencialistas. Por mais que possamos considerar esses pontos de vista

bastante limitados e até, muitas vezes sectários, é sempre bom levar em conta o que faz com esse tipo de discurso tenha um apelo cada vez maior.

No plano internacional, o desafio permanece o de fortalecimento (ou até a criação) das instituições jurídicas e políticas que possam garantir esses direitos reconhecidos universalmente, mas tão dependentes do contexto em que existem. Nosso foco nas linhas seguintes, que retratam alguns dos esforços da pesquisa desenvolvida no Grupo de Pesquisa “Filosofia do Direito, Políticas de Direitos Humanos e Constitucionalismo Global” – GIFPOG/UNIRIO, está voltado para o desafio do reconhecimento desses direitos no plano internacional. Para isso, parece-nos relevante falar de constitucionalismo global e das possíveis comunicações democráticas que possam permitir um diálogo para além das fronteiras nacionais. Compreendemos que a atenção para a questão dos direitos humanos no plano internacional pode nos ajudar a compreender alguns dos obstáculos encontrados para a universalização desses direitos no plano interno dos Estados democráticos.

## 2. CONSTITUCIONALISMO GLOBAL, DEMOCRACIA E DIREITOS HUMANOS.

Como já se salientou, acatamos a transposição para o plano internacional da terminologia constitucional, falando-se em constitucionalismo no plano global. A concepção de uma constitucionalização no plano global supõe a transposição de noções como democracia, igualdade, separação dos poderes, *rule of law* e direitos fundamentais para o plano supranacional, com a consecução de instituições e mecanismos para salvaguarda dessas ideias (PETERS, 2015). Essa transposição se torna crucial em decorrência mesmo da assunção pela ordem internacional de um papel relevante na tomada de decisão pública, deixando essas decisões de estarem centradas exclusivamente no Estado-nação.

A constitucionalização da ordem internacional se traduz numa ampliação dos atores da comunidade internacional e num reforço da dimensão ética da juridicidade internacional, nos moldes do já ocorrido no âmbito do direito interno (noções como a de democracia e de direitos fundamentais se tornaram referenciais para uma releitura do direito a partir de uma perspectiva da moralidade política). Assim, existiriam normas *jus cogens* e obrigações *erga omnes*: o que está em jogo é a concepção de que determinadas obrigações são universais e, mais do que



isso, universalmente obrigatórias. E a existência de um *jus cogens* não é uma petição de princípio ou um ideal; e o esforço teórico e prático para concretização dos direitos humanos. Cuida-se de ir além das cláusulas gerais que os afirmam e encontrar pontos de convergência que permitiram a formulação de um sistema de direito objetivo que possa ser, de forma democrática, aceita por todos os envolvidos. Nesse propósito, é indispensável o reforço do sistema político e jurídico que subjaz à ordem constitucional internacional. Um constitucionalismo internacional ou global, a ser buscado por meio de novas iniciativas políticas, é fundamental para prevenir o processo de descontrolada desformalização do direito internacional, com prejuízo da estabilidade legal e da própria legitimidade das decisões jurídicas, como lembrado por Jürgen Habermas.

O processo de constitucionalização global não é linear, mas uma constante emergência e deliberada criação de elementos constitucionais na ordem internacional. Existiria um processo de constitucionalização em curso que se definiria justamente pela mudança dos arranjos institucionais no mundo global não constitucionalizado que passariam a ter qualidade constitucional. Falar em “constitucionalismo global”, de outro lado, supõe uma abordagem teórica que visaria estudar esse processo de constitucionalização. Mas, não haveria uma Constituição global ou mundial, já que existe um processo de constitucionalização em curso? Um constitucionalismo global aponta ao reconhecimento progressivo de normas constitucionais no plano internacional, em geral, associadas com a própria afirmação dos direitos humanos.

Uma das consequências desse processo é uma nova perspectiva da própria noção da soberania estatal. Numa perspectiva constitucionalista, a noção deve ser revista, mas não especialmente abandonada. A emergência de um constitucionalismo global não coloca, ao contrário do que se poderia imaginar de um ponto de vista mais informado pela teoria de Hans Kelsen, em xeque a soberania dos Estados que continuam instâncias importantes de construção desse mesmo constitucionalismo global. Certamente, o princípio da subsidiariedade é importante, bem como o princípio de uma igualdade soberana dos Estados, pois eles permitem respeitar o pluralismo da ordem constitucional internacional.

Grandes mudanças sofreu o conceito de soberania, desde a sua clássica formulação por Jean Bodin. A teoria política de Bodin, como se sabe, foi fundamental para a concepção de que o direito tiraria sua força não da tradição histórica, mas do poder soberano. O soberano teria o poder mais elevado para

comandar, sendo um poder perpétuo e absoluto. Essa concepção absolutista da soberania não admite limitação do poder do soberano, sendo esse poder a origem das leis do Estado e o poder constituinte. Daí porque, no desenvolvimento da ideia, se diz que o poder é uno, ainda que exercido por vários poderes, em decorrência do princípio da separação dos poderes. O poder de declarar guerra e firmar tratados são inerentes ao poder do soberano nessa ótica. Daí surge a concepção de que um Estado é soberano se exercita efetivo poder dentro de seu território e população, mantendo a lei e a ordem dentro das fronteiras. Verificando-se tal circunstância, ter-se-ia o reconhecimento internacional desse Estado pelos demais Estados soberanos. Esse seria o modelo “Westfaliano”, no qual o reconhecimento internacional, não se dá aos cidadãos ou entes não estatais, mas ao Estado, como sujeito do direito internacional. (FLEINER-GERSTER,2006).

A teoria “legalista” de Hans Kelsen, como designa Jean Cohen, contesta essa explicação tradicional, já que não existiria, do ponto de vista do normativismo, poder que não seja regulado pelo direito. Compatibiliza-se o poder soberano do Estado com a noção de Estado de Direito e do próprio constitucionalismo. Se o Estado não mais é do que uma ordem jurídica, tal assertiva nada tem a ver com algum fato empírico de afirmação do poder estatal, mas com a própria identificação do Estado com o sistema normativo, sendo esse sistema soberano. O sistema escalonado de normas, a partir do qual se exerce o monopólio da força, se constitui na própria forma de expressão do poder soberano. O fundamento da validade dessa ordem normativa decorre da própria ordem constitucional, fundada, por sua vez, na norma fundamental. (KELSEN,2006) Essa formulação traz, do ponto de vista da teoria pura do direito, duas consequências importantes: o direito internacional só pode existir, se reconhecido pela ordem normativa doméstica, pois não seria possível, considerando a unidade da ordem jurídica, a existência de dois sistemas jurídicos com validade ao mesmo tempo e, de outro lado, como só é possível reconhecer uma norma fundamental e ela funda o sistema normativo doméstico, não seria possível para um Estado reconhecer outro Estado como igualmente soberano, já que isso contraditaria o próprio fundamento do Estado

Mas somente uma teoria monista seria possível? A rigor, uma teoria dualista preponderou no Século XX na prática do direito internacional, de um lado havia um sistema de direito doméstico e de outro o sistema de direito internacional, havendo interseções, que foram se aprofundando especialmente após a Carta

da ONU de 1945, com a progressiva institucionalização de uma ordem jurídica global que passa a clamar, em muitos casos, por uma supremacia em relação ao direito doméstico, especialmente diante de ferimentos aos direitos humanos. A globalização econômica começa a produzir uma expansão e uniformização dos modelos contratuais, com a necessidade de convencionar as regras jurídicas para o comércio mundial. A inviolabilidade do cidadão se torna um critério relevante a partir dos anos noventa, relativizando, inclusive o clássico princípio da não-intervenção. Há uma crescente legalização da ordem internacional.

Em geral, tal quadro levou justamente a se passar a advogar uma constitucionalização global, concluindo-se, porém, por uma superação da soberania estatal em favor dessa nova ordem internacional, dotada de unidade, universalidade e supremacia (COHEN, 2012). Algumas concepções são relevantes nesse propósito, como a da subsidiariedade e de um sistema de governo de vários níveis. Algumas dessas teorias admitem uma ordem jurídica descentralizada, harmonizada por meio da organização de cortes, que estariam no centro desse constitucionalismo global. Como lembram bem os seus críticos pluralistas, não haveria necessidade de uma ordem jurídica unitária e hierarquizada no plano global; aliás essa ordem assim concebida acabaria por gerar um sistema que não dá conta da diversidade, se tornando refém das relações de poder e de expressão do domínio econômico no plano internacional.

Parece-nos bastante interessante a perspectiva de um pluralismo constitucional no plano internacional (COHEN, 2012, p.60). Essa perspectiva não implica e nem deve implicar, no momento atual, em abandono da soberania dos Estados em prol de uma ordem jurídica global, seja qual for a compreensão que se tenha dela. Conectando legalidade e legitimidade, os Estados soberanos se tornam especialmente importantes em cruciais momentos, como guardiões da cidadania e dos direitos humanos no plano interno. A complexidade da ordem jurídica internacional e a própria afirmação dos Estados como instâncias importantes de afirmação do próprio direito internacional permite afirmar um caminho alternativo, que não reduz às instituições políticas internacionais a meros espectros do poder político prevalente, apostando no poder das instituições jurídicas de buscar uma justiça global. Por outro lado, não se busca construir generalizações artificiais, fora dos contextos políticos específicos e, portanto, sempre arbitrárias. Mas, com exercício de prudência política, construir caminhos de institucionalização jurídica comprometidos com a explicitação

de situações de marginalização, opressão e de sofrimento decorrentes de uma ordem jurídica pouco ou nada compromissada com a democracia e com os direitos humanos.

Uma das formulações teóricas mais interessantes para compreender como colocar as pretensões democráticas a plano regional e global, seria a desenvolvida por Seyla Benhabib de “iterações democráticas”. Benhabib lembra que o direito é capaz de criar um universo normativo de sentido que escapa da questão de onde ele é proveniente. A validade legal engloba, além das questões atinentes à sua legalidade, questões atinentes à justiça política, que os eventuais novos vocabulários para as reivindicações públicas incorporam no plano global. O direito não se constitui exclusivamente em forma de institucionalização de uso do poder e também processo de dominação, mas também pode se traduzir em um projeto de justiça, com o propósito de aperfeiçoamento e transformação do próprio direito e de suas instituições. Para Benhabib, quando se trata da efetivação dos direitos humanos, há de se partir dos conceitos jurídicos previstos nas mais importantes Convenções Internacionais, uma boa parte delas celebradas sob a chancela da Organização das Nações Unidas, e se caminhar na concretização de tais direitos, considerando os contextos específicos locais e nacionais. Na definição de Benhabib, as iterações democráticas seriam justamente esses “processos públicos de argumentação, deliberação e trocas por meio dos quais as alegações universalistas de direitos são contestadas e contextualizadas, invocadas e reinocadas, postas e posicionadas por meio das instituições legais e políticas, assim como por meio das associações da sociedade civil”. (BENHABIB, 2011, p. 129) Há que se distinguir as iterações democráticas de processos demagógicos de manipulação ou de doutrinação autoritária: aqui entra em jogo a relação entre legitimidade democrática e a institucionalização de uma liberdade comunicativa efetiva, que permita a participação de todos os cidadãos no discurso público acerca dos direitos humanos. Daí porque a institucionalização da democracia no âmbito dos direitos estatais é tão importante para a afirmação dos direitos humanos no plano global. Coloca-se, de outro lado, a necessidade de aperfeiçoamento institucional no plano regional e global no sentido de criar canais e meio de participação dos cidadãos, sem que isso implique a deslegitimação do direito e do discurso jurídico hoje existente, considerando o peso das iterações democráticas, que constroem o incremento de legitimidade do sistema por meio da sua aplicação, do âmbito local ao mundial, pela via das instituições e com a participação da sociedade civil.

É possível, porém, ir mais a fundo no papel realmente emancipatório num constitucionalismo a nível global, que vá além dos seus aspectos formais e retóricos. O grande desafio para tanto seria manter sua perspectiva universalista, identificada com o parâmetro posto pelos direitos humanos, como standards para o debate público e para a atividade jurídica, indispensável para uma crítica das próprias práticas sociais e políticas, sem que se deixar de considerar mesmo os contextos em que os direitos – e as pessoas– existem. Essa atenção ao particular, específico, decorre de que a compreensão geral dos direitos pode também se prestar a uma interpretação que não considere as perspectivas de vida das pessoas, onde existem conflitos entre direitos e interesses. À rigor, é normalmente nesses contextos que a injustiça institucional e estrutural acaba gerando sofrimento. De outro lado, o sujeito de direitos é sempre específico, não se constituindo em uma pessoa considerada abstratamente. Abandona-se as pretensões de idealização do discurso, sem com isso abdicar de pretensões universalistas. Nesse propósito, propugna-se na expressão celebrizada por Alessandro Ferrara, a adoção do “paradigma do julgamento” (AZMANOVA, 2012b). Trata-se de ver as questões políticas do ponto de vista do julgamento do sujeito a partir do “pensamento alargado”, como ensina Hannah Arendt. Para os propósitos aqui pretendidos, cuida-se de considerar o direito como processo comunicativo, mas também como meio de decidir conflitos entre pessoas. Isso significa pensar o direito como um âmbito de decisão de conflitos em uma realidade política, caracterizada pelo desacordo comunicativo. É preciso basear tal teoria num modelo dialógico da razão pública. Como ela pode ser crítica e a ao mesmo tempo permitir a justificação pública das invocações democráticas de direitos humanos? Não se trataria simplesmente de buscar “a força do melhor argumento” (como pretende a teoria de J. Habermas), mas de dar conta da importância do potencial crítico da dinâmica do julgamento no curso do papel que os direitos humanos e a democracia podem ter na minimização do poder que gere o sofrimento a uma boa parte da humanidade.

Uma filosofia jurídica a partir do julgamento acaba por dar origem, ao valorizar a “pensamento alargado” a que se referia Kant e Arendt, ou seja, o “pensar se colocando na posição do outro”, de, numa visão não idealizada, ao considerar a assimetria nas relações entre as pessoas (Iris Marion Young). Essa relação assimétrica, ao mesmo tempo que considera a relação entre elas como determinante para se alargar o pensamento, mas sem idealizar a situação de discurso, não precisando supor uma capacidade isenta das condições concretas

do julgamento. Mas, que se deve mesmo a partir dessa faculdade, buscar ir além de nossas idiosincrasias culturais e políticas, através da nossa capacidade imaginativa. Uma teoria do julgamento político permite que se conceba uma teoria que possa ser crítica a um mundo desprovido de agência no sentido de uma capacidade de determinação racional dos objetivos, ainda que seja um mundo em que o sujeito tenha primazia, mas essa primazia se funda num imperativo de eficiência que dirige a economia e o Estado. Uma crítica da dominação sistêmica – que se caracteriza pela reação à existência de causas estruturais de sofrimento – como a exclusão e a desigualdade, pode ser melhor desenvolvida do ponto de vista de uma teoria do julgamento, como já tivemos a oportunidade de destacar. Isso porque o discurso jurídico passa a ser percebido não como justificado por si mesmo, independentemente do contexto político, mas também não é visto como um discurso que traduza simplesmente os interesses estratégicos em jogo.

A justificação das formas prescritas para a efetivação democrática e para a realização dos direitos humanos deve necessariamente considerar a circunstância de que os direitos são situados, referindo-se a determinados sofrimentos causados por determinadas práticas sociais e políticas. Assim, cláusulas gerais de direitos acabam por falhar no propósito de enfrentar realmente as demandas sociais ao redor do mundo que se levantam no sentido de evitar o sofrimento de parte (às vezes substancial) da sociedade mundial. Esse desafio que decorre do apelo universal da justiça em confronto com as exigências do justo no caso concreto, tem encontrado na teoria política sua solução, como realça Azmanova, por meio do processo de justificação dos direitos, com a busca do melhor argumento por meio de procedimentos. Tal aposta em procedimentos democráticos, porém, parece insuficiente. Uma proposta interessante no sentido de ampliação dessa aposta é aquela já ventilada anteriormente e que devemos a Seyla Benhabib, quanto as “iterações democráticas”. Em sua teoria, as conversações de justificação se dariam dia a dia, e por meio delas, os cidadãos gradualmente se tornariam convencidos das validades de normas universais morais.

Para Albenaz Azmanova, o foco deve estar justamente na pragmática da justificação (ou seja, o processo real de formação de sentido no curso de dar razões). Em suas próprias palavras (tradução nossa):

Em vez de uma antropologia moral que deriva seu ponto de vista moral de atitudes intrinsecamente cooperativas, é mais seguro fundar a análise em afirmações mais realistas sobre a motivação humana nas

interações sociais. Na medida em que todos os debates públicos sobre justiça implicam uma contestação das regras existentes de cooperação social, todo discurso justificatório é profundamente político e “amaldiçoado” pelas considerações instrumentais pertinentes a parciais perspectivas do indivíduo ou da coletividade. O grande desafio da teoria social crítica é dar conta da possibilidade de emancipação e justiça não apesar, mas através, de processos de contestação, a que se imbuí poder. (AZMANOVA, 2012a, p. 113).

Nesse ponto de vista, as interações sociais seriam processos de cooperação com conflito, nos quais a luta pelas normas regulando a distribuição de chances de vida em uma sociedade pode ser uma luta pela sua perpetuação ou pela mudança. Os apelos pela justiça surgiram em face do sofrimento provocado por algum padrão na distribuição de chances da vida e nesses apelos, razões morais e instrumentais estão ligadas de forma inextrincável. A dinâmica de justificação é ativada pela imbricação entre os interesses das identidades dos atores e as considerações morais que transcendem as identidades. Na história de afirmação dos direitos humanos, essa dupla e intrincada identidade de interesses e de considerações morais sempre foi constitutiva. Lembre-se, por exemplo, da história subjacente a elaboração da Magna Carta, em que os interesses dos barões de limitar o poder do Rei, também eram contemporâneas de exigências arbitrárias do poder real, que geravam a percepção de que o poder central não contribuía para o bem-estar de todos os envolvidos (AZMANOVA, 2012a).

Considerando tal circunstância, coloca-se a questão de como buscar a validade dos standards normativos no processo de justificação. Para Azmanova, essa busca terá como base a análise da dinâmica sócio-estrutural da injustiça social operando em determinado contexto, buscando aliviar o sofrimento. Numa sociedade pluralista, o desacordo será a regra, logo não será imediatamente que se chegará a um sentido comum, mas se procede por começar a “fazer sentido em comum”, Nas palavras de Azmanova, “no curso da argumentação mútua, a diversidade de pontos de referência trazidos pelos indivíduos participantes começam a formar um conjunto estruturado de referências, daí articulando os contornos de uma noção compartilhada do que é o justo” (AZMANOVA, 2012a) As funções de um julgamento crítico deliberativo seriam justamente articular os pontos de vista válidos das tomadas de ação política e de tomada de decisão para permitir a explicitação das origens sociais das experiências vividas de sofrimento. A universalidade vai surgir nesse caso, não a partir de uma “subsunção”, mas do “interativo”, na identificação do sofrimento humano causado pela estrutura

política e social, com a percepção por parte dos participantes na deliberação, da natureza relacional dos sofrimentos específicos. Além dos procedimentos de deliberação, há de atentar, em última instância, para o particular de cada experiência humana, indo além das formas e procedimentos, muitas vezes instrumentos da imposição de dor e sofrimento, do qual os próprios participantes desavisadamente tomam parte.

### **3. CONCLUSÃO: REPENSAR AS POLÍTICAS DE DIREITOS HUMANOS NUM EXERCÍCIO DE “EXPERIMENTALISMO DEMOCRÁTICO”.**

O desafio da universalização dos direitos humanos na sua efetividade e não somente como um conceito jurídico acatada universalmente. As críticas principais que se fazem concernem à insuficiência, mesmo no âmbito do direito estatal, dos mecanismos para fazer valer esses direitos de forma geral. Em suma, a grande dificuldade é a organização de políticas públicas que consigam efetivar os direitos humanos.

Roberto Mangabeira Unger apresenta o conceito de “experimentalismo democrático” como uma interpretação da causa democrática, que aposta, primeiramente, numa esperança de intersecção entre as condições institucionais de progresso prático e o propósito de emancipação do indivíduo. Ao progresso prático pertenceriam o crescimento econômico e a inovação tecnológica principalmente. Para eles, a relação entre cooperação e inovação é crucial. Crê-se na possibilidade de um “ajuste motivado, sustentado e cumulativo das estruturas da sociedade”. Uma premissa da inovação institucional está na “relação interna entre entender ideais ou interesses e pensar a respeito de práticas ou instituições” Cuida-se aqui de usar a “imaginação prática das alternativas institucionais”, indo além dos fetichismos, tanto o fetichismo institucional quanto o fetichismo de estrutura:

O fetichismo institucional é a identificação de concepções institucionais, tais como democracia representativa, economia de mercado e sociedade civil livre, com um conjunto único de estruturas institucionais. Faltam a tais concepções institucionais abstratas expressões institucionais naturais e necessárias. Podemos desenvolvê-las em diferentes direções, de acordo com a relação interna entre a nossa forma de pensar a respeito das práticas ou instituições e nossa forma de pensar sobre interesses ou ideais.



O fetichismo de estrutura apresenta, em grau mais elevado, o mesmo defeito do fetichismo institucional. Ele nega nossa capacidade de mudar a qualidade e o conteúdo de nossas práticas e instituições: o modo pelo qual elas se relacionam com nossa liberdade desafiadora e transformadora da ordem social que habitamos. (UNGER, 1998, p. 28)

A busca de meios (e políticas públicas no âmbito nacional e internacional) para efetivação dos direitos humanos deve passar pelo abandono de todos os fetichismos que nos impedem de ver além dos limites postos pelas instituições ora vigentes na busca da efetivação da democracia. Além disso, supõe uma fé, uma esperança na possibilidade que uma inovação institucional pode trazer para a transformação social. No momento político nacional e internacional, são propostas como essa que podem renovar as energias democráticas, pondo-se em termos com a mobilização política, ou nas notáveis palavras de Mangabeira Unger:

Não precisamos escolher entre política institucionalizada de baixa energia e políticas extrainstitucionais ou antiinstitucionais de alta energia, com suas lideranças inspiradas e suas massas ardorosas. O pensamento político do experimentalismo democrático começa na rejeição dessa escolha entre o frio das instituições e o quente da ação fora das instituições.(UNGER, p.28).

Atualmente, o fetichismo institucional consegue esvaziar o potencial de transformação da própria ideia de direitos humanos. Não é incomum se criticar “os direitos humanos”, como se fossem um ser, com vida própria, que não dependesse do próprio sistema democrático para sua efetivação. Além disso, as deficiências das políticas públicas de direitos humanos geram uma descrença com relação aos próprios direitos e uma relativização de suas importâncias. É necessário ir além dos fetichismos e resgatar políticas de alta energia que consigam vencer os desafios da efetivação dos direitos humanos, seja no plano do direito interno, seja no plano do direito internacional.

#### 4. REFERÊNCIAS

AZMANOVA, A.. Social Harm, Political Judgment, and the Pragmatics of Justification in Corradetti, Claudio. *Philosophical Dimensions of Human Rights*. Dordrecht: Springer, 2012.

AZMANOVA, A., *The Scandal of Reason – A Critical Theory of Political Judgment*. Nova Iorque: Columbia University Press, 2012.

BENHABIB, S.. *Dignity in Adversity – Human Rights in Troubled Times*. Cambridge: Polity Press, 2011.

- COHEN, Jean. *Globalization and Sovereignty*. p.60. Cambridge. Cambridge University Press, 2012.
- FLEINER-GERSTER, Thomas. *Teoria Geral do Estado*. Trad. Marlene Holzhausen. São Paulo. Ed. Martins Fontes. 2006.
- PETERS, Anne. *Global Constitutionalism*. in "The Encyclopedia of Political Thought". Ed. Michael T. Gibbons. 1a.Ed. John Wiley & Sons LTD ,2015.
- UNGER, R. M.. *Democracia Realizada – A Alternativa Progressista*. São Paulo: Boitempo Editorial, 1998.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo. Martins Fontes. 2006.
- YOUNG, I.M. *Inclusion and Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2000.



---

# *A IDÉIA DA RAZÃO PÚBLICA EM RAWLS E OS DESAFIOS DO DIREITO À COMUNICAÇÃO EM NOSSOS DIAS*

---

*Maria Lucia de Paula Oliveira<sup>1</sup>*

*Leon Cabral Cose<sup>2</sup>*

**Resumo:** O presente artigo busca analisar os novos desafios do direito à comunicação em sua nova esfera pública virtual, decorrente do advento da Internet, sob o prisma da ideia de razão pública de John Rawls. Neste trabalho, discute-se as características deste novo fórum on-line de comunicação política e debates públicos, bem como algumas de suas consequências. Por fim, observa-se algumas tensões entre a comunicação digital e a razão pública rawlsiana.

**Palavras-chave:** Razão Pública, John Rawls, Direito à Comunicação, Internet, Esfera Pública Virtual.

## **THE IDEA OF PUBLIC REASON IN RAWLS AND THE CHALLENGES OF THE RIGHT TO COMMUNICATION IN OUR DAYS**

**Abstract:** This article seeks to analyze the new challenges of the right to communication in its new virtual public sphere, a consequence of the Internet's advent, through the prism of John Rawls' idea of public reason. In this work, are discussed the characteristics of this new online forum for political communication and public debates as well as some of its consequences. Finally, some tensions between digital communication and Rawlsian public reason are observed.

**Keywords:** Public Reason, John Rawls, Right to Communication, Internet, Virtual Public Sphere.

---

<sup>1</sup> Professora Adjunta de Teoria e Filosofia do Direito – UNIRIO. Professora Agregada – PUC-RIO. Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Filosofia do Direito, Políticas de Direitos Humanos e Constitucionalismo Global” – GIFPOG.

<sup>2</sup> Aluno da Graduação em Direito – UNIRIO. Pesquisador do Grupo de Pesquisa “Filosofia do Direito, Políticas de Direitos Humanos e Constitucionalismo Global” – GIFPOG.

## 1. INTRODUÇÃO

É indispensável para a democracia a existência de canais de comunicação para os cidadãos poderem discutir os assuntos relevantes, permitindo que esses assuntos repercutam na agenda política. Lembra-nos Eduardo Magrani que as plataformas digitais podem ser caracterizadas como parte da esfera pública, com grande potencial comunicativo e democrático. Ocorre que começaram a predominar na esfera virtual de modelos de negócio baseados na filtragem algorítmica, direcionadas a venda de produtos e serviços de forma otimizada, com o surgimento do efeito bolha, o que freou o entusiasmo acerca do papel democrático da internet<sup>3</sup>. Esse excesso de filtragem, limita o acesso dos indivíduos a pontos de vista diferentes, empobrecendo-se o valor do debate. De outro lado, a violência digital e os fake news parecem enfraquecer o poder democrático da esfera virtual nos dias de hoje, sedimentando processos de exclusão social e de manipulação política.

Na teoria política contemporânea, encontramos na obra de John Rawls uma referência importante para demonstrar a importância para a democracia política da chamada “razão pública”. No conceito de Razão Pública, Rawls objetiva resolver a questão da possibilidade de algum acordo possível quanto a alguns elementos essenciais para a própria existência da democracia deliberativa. A tese que se pretende desenvolver nas linhas seguintes é de que o atual estado de coisas quanto à comunicação por meio da internet, inviabiliza a existência de uma razão pública, já que a comunicação se torna deturpada, tornando os sistemas políticos ainda menos democráticos. Nas linhas seguintes, apresentaremos, primeiramente, uma síntese da ideia da Razão Pública como formulada por John Rawls. Em seguida, exporemos o processo de exclusão digital e de que forma ele torna inviável a democracia digital. Em conclusão, poderemos constatar os obstáculos para a democracia decorrentes de uma comunicação digital nos termos como ela se dá hoje.

## 2. A RAZÃO PÚBLICA EM RAWLS.

Primeiramente, para que melhor compreendamos a Ideia de Razão Pública desenvolvida por Rawls, é proveitoso fazer uma breve digressão acerca dos diversos sentidos existentes na breve locução “Razão Pública”.

---

<sup>3</sup> Magrani, Eduardo. *Entre Dados e Robôs – Ética e Privacidade na Era da Hiperconectividade*. Porto Alegre: Arquipelago, 2019. P.157.

Evidentemente, pode-se entender o termo “Razão Pública” de múltiplas formas diferentes. Destarte, diferentes autores podem, apesar de utilizarem o mesmo termo, se referir a conceitos completamente distintos. Tanto antes quanto depois de Rawls, pensadores fizeram uso desta mesma expressão (ou semelhante) buscando exprimir uma gama de argumentos de forma mais ou menos explícita e detalhada. Jonathan Quong aponta que

*“(...) [Public Reason] is an idea with roots in the work of Hobbes, Kant, and Rousseau, and has become increasingly influential in contemporary moral and political philosophy as a result of its development in the work of John Rawls, Jürgen Habermas, and Gerald Gaus, among others.”<sup>4</sup>*

Efetuada uma análise puramente semântica do termo, podemos entender o vocábulo “Razão” como uma forma de pensar, isto é: de raciocínio. Assim, por “Razão” compreende-se, a grosso modo, um processo pelo qual determinada ideia ou pensamento é elaborado. Caso busquemos a palavra no dicionário, nos depararemos com a seguinte definição:

“Razão. [Do lat. *ratione*] S. f. 1. Faculdade que tem o ser humano de avaliar, julgar, ponderar idéias universais; raciocínio, juízo. 2. Faculdade que tem o homem de estabelecer relações lógicas, de conhecer, de compreender, de raciocinar, raciocínio, inteligência.”<sup>5</sup>

Neste sentido, a “Razão Pública” é um processo de elaboração de uma determinada ideia que, por sua vez, é pública. Todavia, a adjetivação “Pública” apresenta o grande foco de dissenso entre os autores. Em decorrência do adjetivo, o processo de razão tem de ser feito perante o público ou pelo público? Se for esta última opção, em quem consistirá o público? Em sentido diverso, se ele for feito somente de forma aberta ao público para acompanhá-lo, o seu resultado terá de ser aceito por todos de forma consensual, por uma maioria ou somente o fato de ser passível de acompanhamento já basta para a caracterização da “Razão Pública”, não se necessitando da aprovação de uma parte do público qualquer que seja?

Silje A. Langvatn sistematiza o dissenso a respeito do vocábulo “Pública” da seguinte forma:

---

<sup>4</sup> QUONG, JONATHAN. Public Reason. Em *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Palo Alto: Edward N. Zalta (org.), 2018. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/spr2018/entries/public-reason/>. Acesso em: 24/06/2021.

<sup>5</sup> Novo Aurélio Século XXI: O Dicionário da Língua Portuguesa. 3ª ed., Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1999.

“Public reason is public, but public can mean different things. Thus, public reason can refer to a reason, or to a form of reasoning, that is, for example:

- About public matters.
- Oriented to the good of the public or the public good.
- Taking the entire public into account.
- Addressed to the entire public.
- Taking place in a public forum or in a public sphere.
- Being conducted by the public or having emerged through the public’s own discussions or reasoning.
- Conducted in some public role or capacity (e.g., reasoning as a public official or as a citizen rather than reasoning as a private person).”<sup>6</sup>

Assim, a “Razão Pública”, a depender do autor em análise, pode diferir a respeito (i) dos agentes que fazem uso dela; (ii) das situações em que ela precisa ser utilizada e (iii) do grau de consenso que ela tem de adquirir entre os envolvidos (ou até mesmo se ele é realmente necessário).

A partir do posicionamento de um autor acerca dos pontos supracitados, o processo em si da “Razão” irá se alterar radicalmente. Uma concepção de “Razão Pública” que se aplique somente a agentes que lidam com questões caras a uma determinada comunidade e cuja tomada de decisão não dependa de unanimidade terá um processo de razão muitíssimo distinto de uma concepção que tenha de ser deliberada de alguma forma por toda comunidade envolvida e que dependa do consenso.

A própria forma de consenso pode vir a variar a depender da concepção de “Razão Pública” adotada. Pode-se tomar como consensual uma decisão que tem a capacidade hipotética de ser aceita por todos cidadãos envolvidos, caso estes reflitam de forma razoável. Em sentido bastante diverso, pode-se considerar que uma decisão apenas será consensual se ela tiver sido submetida a um crivo formal de votação em que os indivíduos explicitamente se posicionem a respeito dela.

Em meio a esta miríade de heterogêneas concepções de “Razão Pública”,

---

<sup>6</sup> LANGVATN, Silje A. . Taking Public Reason to Court: Understanding References to Public Reason in Discussions about Courts and Adjudication. Em S. Langvatn, M. Kumm, & W. Sadurski (org.), *Public Reason and Courts (Studies on International Courts and Tribunals*, pg. 1-42). Cambridge: Cambridge University Press, 2020.

resta-nos buscar localizar onde Rawls se encontra no tocante a este significativo termo e, mais importante, compreender o que este autor busca exprimir ao usá-lo. Vejamos:

Rawls entende que os indivíduos inseridos em uma sociedade política raramente optam ativa e explicitamente por participar dela. A grande maioria das pessoas nasce, vive e morre dentro de uma determinada comunidade. Sendo assim, o homem estaria “fadado” à cooperação, e é deste contexto que advém a ideia de Razão Pública.

Desta forma, quando um corpo coletivo de agentes livres e iguais devem tomar uma decisão, eles naturalmente utilizarão uma forma de Razão para chegar a uma conclusão em relação à qual atitude optar. O autor estudado defende que esta Razão tenha de ser Pública. Entretanto, conforme tivemos a chance de observar anteriormente, é justamente a maneira pela qual esta Razão se dá que reside a maior parte da complexidade da discussão.

Inicialmente, ninguém melhor para apresentar uma definição da Ideia de Razão Pública do que seu próprio autor, que escreve:

“Para começar, eu diria que, numa sociedade democrática, a razão pública é a razão de cidadãos iguais que, enquanto corpo coletivo, exercem um poder político final e coercitivo uns sobre os outros ao promulgar leis e emendar sua constituição.”<sup>7</sup>

Assim, já temos como latente uma importante característica da Razão Pública rawlsiana: seu objeto. Ela reflete acerca do exercício de um poder coercitivo exercido em nome de uma comunidade política quando se tratando de questões normativas básicas e fundamentais que regem a convivência dos indivíduos nela inseridos.

À vista disso, a RP passa a ter um papel fundamental na legitimação do exercício do poder coercitivo empreendido por certa comunidade política. Em uma Democracia Constitucional, onde os cidadãos são livres e iguais, a Razão Pública é um elemento legitimador de uma série de decisões tomadas que afetam de forma profunda a vida dos indivíduos.

O exercício do Poder Político, portanto, ao ser exercido *em* e *por* uma comunidade onde os cidadãos são livres e iguais (constituindo um regime

---

<sup>7</sup> RAWLS, John. O Liberalismo Político. 2ª Edição. São Paulo: Editora Ática, 2000, pg. 263.



democrático constitucional) tem de passar pela Razão Pública para se legitimar. De forma diversa, em um regime autocrático ou aristocrático, a RP não é a fonte legitimadora das decisões políticas fundamentais tomadas, e sim algum tipo de Razão Privada - exercida pelo autocrata ou por um grupo oligárquico, excluindo a população em geral.

Defende o autor não haver somente um tipo ou forma de Razão Privada, mas sim vários. Conquanto os debates acadêmicos científicos façam uso de uma espécie de Razão Privada (e não Pública, conforme veremos mais adiante), eles serão muito diferentes daqueles travados dentro do contexto religioso - cuja razão empreendida também é privada. Já a Razão Pública rawlsiana é apenas uma.

Tendo isto em vista, a Razão Pública goza dessa adjetivação uma vez que é a razão dos indivíduos enquanto cidadãos de uma comunidade política deliberando acerca de temas centrais desta coletividade. Qualquer membro de uma sociedade poderia e deveria potencialmente fazer uso desta forma de pensar e deliberar, em situações específicas. Por conseguinte, John Rawls aponta a RP como um verdadeiro elemento componente de um ideal de cidadania democrática.

Peter de Marneffe sumariza a ideia de razão pública da seguinte forma:

*"The central claim of Rawls's idea of public reason is that, when the exercise of political power is in question, citizens should take only those positions on the scope of basic liberty (and other matters of basic justice) that are supported by some political conception of justice, using mode of inquiry and methods of inference that are widely understood and endorsed."*<sup>8</sup>

Resta-nos, contudo, buscar compreender exatamente o que significam os conceitos empregados nesta definição - como o *scope of basic liberty* e no que consiste uma *political conception of justice* -, bem como o que eles implicam.

Podemos considerar que a Razão Pública de Rawls é tida como Pública - e não Privada - uma vez que visa lidar com o bem do público. O pensador estadunidense defende que ela deve se aplicar a Elementos Constitucionais Essenciais e a Questões de Justiça Básica, regulando e determinando seu funcionamento e suas finalidades. Tal delimitação, por si só, já exclui uma amplíssima gama de discussões do objeto da Razão Pública.

---

<sup>8</sup> MARNEFFE, Peter de. Rawls's Idea of Public Reason. Pacific Philosophical Quarterly, Los Angeles, Vol. 75, pg. 232-250, 1994.

De toda forma, Rawls defende que a RP tenha de ser aplicada especificamente quando haja Elementos Constitucionais Essenciais e Questões de Justiça Básica em jogo - não sendo necessariamente compulsória em se tratando de uma outra série de questões políticas importantes. Assim sendo, a RP serviria de molde aos debates que tenham como foco, por exemplo, "*quem tem direito ao voto, ou que religiões devem ser toleradas, ou a quem se deve assegurar igualdade equitativa de oportunidades, ou ter propriedades*".<sup>9</sup>

Os temas que, a princípio, não precisam ser debatidos a partir do uso da Razão Pública, entretanto, não deixam de ser de suma importância. Dentre outros, seriam eles:

"(...) legislação fiscal, por exemplo, e muitas leis que regulam a propriedade; estatutos que protegem o meio ambiente e controlam a poluição; a instituição de parques nacionais e a preservação de áreas de vida silvestre e de espécies de animais e plantas; e a previsão de fundos para os museus e as artes."<sup>10</sup>

Ademais, a este rol poderíamos ainda acrescentar os debates acadêmicos e de pensadores, bem como questões internas às igrejas e às famílias. Não obstante, vale ressaltar que a estes tópicos somente a princípio não se precisaria, necessariamente, aplicar-se a RP. A depender da amplitude do debate e das consequências que deles são passíveis de advir, podemos perceber que há muitas ocasiões em que a discussão passaria a envolver Elementos Constitucionais Essenciais ou Questões de Justiça Básica. É plenamente possível, por exemplo, que os debates sobre estatutos que protegem o meio ambiente passem a ter tamanha importância que efetivamente o futuro da humanidade dependa dele. Assim sendo, há situações extremas em que a RP precisa ser aplicada a certas discussões que, à primeira vista, não envolveriam as condições apresentadas por Rawls. Entretanto, o mais comum seria o contrário. Sem embargo, frisa o autor, não deixa de ser desejável que discussões que fogem desta gama de temas fundamentais sejam balizadas pela Razão Pública - apesar de não de forma obrigatória.

Rawls aponta que os Elementos Constitucionais Essenciais são de duas ordens: (a) da especificação da estruturação geral do Estado e do processo político que nele ocorre e (b) dos direitos e liberdades fundamentais dos indivíduos.

---

<sup>9</sup> RAWLS, John. O Liberalismo Político. 2ª Edição. São Paulo: Editora Ática, 2000, pg. 263.

<sup>10</sup> Idem, pg. 263.

O primeiro ponto (a) envolve a forma de interação entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Assim, quando se tratando da discussão acerca de qual sistema de governo ser adotado em um determinado país (se presidencialista, parlamentarista ou semipresidencialista em suas várias formas), a Razão Pública deveria se aplicar a este debate. O plebiscito que ocorreu no Brasil em 1993 é um exemplo claro deste ponto. Na ocasião, o povo brasileiro teve a oportunidade de decidir, através do voto direto, acerca da especificação da estruturação geral do Estado (podendo optar entre o presidencialismo ou o parlamentarismo e a monarquia ou a república), por força do art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da CRFB/88 <sup>11</sup>.

Já em relação ao ponto (b), insta salientar que ele abarca somente os direitos individuais e políticos dos cidadãos, não incluindo - em um primeiro momento - os direitos socioeconômicos em sua completude. Tal posicionamento de Rawls pode parecer surpreendente, uma vez que a igualdade material dos indivíduos lhe é um tema muito caro. No entanto, entende o autor que, dentro de determinada comunidade, é muito mais fácil chegar-se a acordos em relação aos direitos individuais e políticos de seus integrantes do que em relação aos de ordem socioeconômica. Pontua o acadêmico que

“Em que medida os elementos constitucionais essenciais que abarcam as liberdades fundamentais são satisfeitos é algo mais ou menos visível diante dos arranjos constitucionais e da forma pela qual podemos vê-los funcionar na prática. Mas, até que ponto os objetivos dos princípios que abarcam as desigualdades sociais e econômicas são realizados, isso é algo muito mais difícil de verificar.”<sup>12</sup>.

Desta forma, o ponto (b) abarcaria as liberdades fundamentais e os procedimentos políticos justos. Utilizando o esquema elaborado por T. H. Marshall das dimensões da cidadania, percebemos que Rawls crê ser mais viável que uma determinada comunidade política chegue primeiramente a acordos amplos e estáveis referentes aos Direitos Individuais e Políticos e, posteriormente, a acordos no plano dos Direitos Sociais <sup>13</sup>. Assim, admite Rawls que seus princípios da Oportunidade Equitativa e da Diferença não se encontram no plano das

---

<sup>11</sup> “Art. 2º. No dia 7 de setembro de 1993 o eleitorado definirá, através de plebiscito, a forma (república ou monarquia constitucional) e o sistema de governo (parlamentarismo ou presidencialismo) que devem vigorar no País.”

<sup>12</sup> RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Ática, 2000, pg. 279.

<sup>13</sup> AVELAR, Maria Emília e MASTRODI, José. *O Conceito da Cidadania a partir da Obra de T. H. Marshall: Conquista e Concessão*. *Cadernos de Direito*, Piracicaba, v. 17(33): 3-27, jul.-dez. 2017.

liberdades fundamentais que constituem os elementos constitucionais essenciais - não obstante, o autor é taxativo ao afirmar que uma renda mínima social que abarque as necessidades básicas dos cidadãos, sim.

Por conseguinte, razoável se faz entender que, dentre os temas que compõem este *subset* de direitos do ponto (b), os referentes aos Direitos Individuais e Políticos tomam precedência, enquanto os Direitos do plano Socioeconômico tendem a ser relegados às discussões posteriores em sua maioria. O próprio mínimo social defendido por Rawls pode, de certa forma, ser categorizado enquanto um Direito de ordem Individual, pois necessário à cada um dos cidadãos para sua própria sobrevivência.

Traçados os contornos das discussões cuja Razão Pública de Rawls, idealmente, deveria incidir – e frisando que, para além delas, os demais debates existentes em uma sociedade também podem fazer uso dos mesmos parâmetros -, alteremos o nosso foco agora a *quem* deve fazer o uso desta Ideia.

Rawls entende que uma ampla gama de atores tem o dever de se valer da Razão Pública em diversas situações. Discorre o autor que

“(...) o ideal de razão pública aplica-se aos cidadãos quando atuam na argumentação política no fórum público e, por isso, também aos membros dos partidos políticos e aos candidatos em campanha, assim como a outros grupos que os apóiam. Aplica-se igualmente à forma pela qual os cidadãos devem votar nas eleições, quando os elementos constitucionais essenciais e as questões de justiça básica estão em jogo.”<sup>14</sup>.

Da mesma forma,

“Esse ideal aplica-se aos fóruns oficiais e, por isso, aos legisladores, quando falam no recinto do parlamento, e ao executivo, em seus atos e pronunciamentos públicos. Aplica-se também, de uma forma especial, ao judiciário e, sobretudo, ao supremo tribunal numa democracia constitucional com controle da constitucionalidade das leis (‘revisão judicial’).”<sup>15</sup>.

Tratemos inicialmente dos cidadãos. De forma explícita, Rawls aponta que, em havendo elementos constitucionais e questões de justiça básica em jogo, os indivíduos devem exercer seu voto baseando-se na Razão Pública. Isto se daria

---

<sup>14</sup> RAWLS, John. O Liberalismo Político. 2ª Edição. São Paulo: Editora Ática, 2000, pg. 264.

<sup>15</sup> Idem.

pois, quando o corpo coletivo exerce seu poder decisório coercitivo sobre uma questão de tamanha importância, tal poder deveria se embasar em argumentos amplamente compreensíveis e aceitos de forma geral.

*Mister* se faz frisar que o ponto acima traz grandes consequências ao debate público e é igualmente alvo de críticas. Defender que os indivíduos deixem de lado uma série de crenças religiosas e políticas ao votar e debater acerca de questões que influenciarão sua vida em um processo eleitoral não é de forma alguma um argumento isento de polêmicas.

De toda forma, o autor é firme nesta defesa. Temos seu argumento da seguinte forma: uma vez que

- os indivíduos têm de cooperar entre si dentro de uma comunidade sendo que, muito comumente, eles passam toda sua vida participando dela sem ter explicitamente optado por isto;
- tais indivíduos precisam, em determinados momentos cruciais, exercer de forma coletiva um poder político coercitivo uns sobre os outros e
- dentro desta comunidade é quase certo haver uma miríade de diferentes doutrinas filosóficas, religiosas e morais contrastantes entre si, a despeito de serem plenamente razoáveis,

O exercício deste poder político coercitivo terá de se dar sob parâmetros e argumentos aceitáveis por todos, não cabendo decisões centrais de uma sociedade plural serem baseadas em concepções que não são amplamente compartilhadas pelos indivíduos. Desta forma, voltando ao exemplo do plebiscito realizado no Brasil em 1993, não seria razoável que um cidadão, enquanto exercendo seu papel de eleitor e decidindo acerca de uma questão constitucional essencial, votasse pela forma monárquica de governo baseando-se em passagens da Bíblia que defendem a monarquia - pois esta fundamentação excluiria amplos segmentos da população brasileira que não gozam da mesma doutrina religiosa deste eleitor.

Da mesma forma que se aplica aos cidadãos na qualidade de eleitores, a RP também se aplica aos candidatos a cargos públicos e aos membros de partidos políticos. Ambos almejam exercer cargos públicos ou influenciar decisões políticas importantes, muito possivelmente envolvendo elementos constitucionais essenciais e/ou questões de justiça básica. Desta forma, a

campanha do candidato e a argumentação do membro do partido político teriam de ser balizadas pela Razão Pública.

Assim, tanto os cidadãos quando exercendo seu poder público decisório quanto os candidatos e membros de partidos políticos devem modular sua argumentação aos parâmetros da RP, quando expostos em fóruns públicos. Na esfera privada, todavia, a forma de argumentação empreendida pode se dar de outra forma. Neste sentido, ninguém deveria ser impedido de aderir a uma doutrina abrangente e professá-la ou interpretar o mundo a partir dela. O que não deveria ocorrer é que, quando se exercendo alguma forma de Poder Político em comunidade, os indivíduos se embasem em doutrinas não aceitas por todos os afetados.

Outrossim, aponta Rawls que igualmente submetem-se à Razão Pública os membros dos Poderes Executivo e Legislativo. Quanto aos membros do executivo, deveriam estes se utilizar da RP quando agindo e se manifestando perante o público, bem como quando tomando decisões que afetem a população.

Já os parlamentares devem observar a Razão Pública quando argumentando em sede parlamentar, mais notadamente em sessões e votações. Apesar de não ser um caso explicitamente mencionado por Rawls, é razoável presumir que os parlamentares quando agindo na condição de representantes do povo tenham igualmente de observar os limites impostos à RP. Novamente, tais limites se configuram em razão da coercitividade das decisões políticas que são tomadas pelo Poder Legislativo, que tem o condão de afetar a vida da população em uma certa comunidade nas mais diversas áreas.

Evidentemente, o ideal da Razão Pública nem sempre é observado pelos agentes que deveriam fazer uso dele - sua aplicação de forma alguma é automática. No processo de impedimento da ex-presidente Dilma Rousseff ocorrido no Brasil em 2016, por exemplo,

*“Chamaram atenção algumas das justificativas para a admissibilidade do processo. Parlamentares afirmaram que votavam ‘pela minha mãe, nega Lucimar’, ‘pela família quadrangular’, ‘pelo aniversário da minha neta’, entre outros. Se os brasileiros esperavam discussões sobre a responsabilidade da presidente Dilma Rousseff pelas contas públicas e as chamadas pedaladas fiscais, os parlamentares preferiram cortejar seus redutos eleitorais, fazer pregações religiosas e render, em rede nacional, homenagens a parentes.”<sup>16</sup>*

---

<sup>16</sup> Impeachment passa pela Câmara com 367 votos e segue para o Senado. Jornal Extra, Rio de Janeiro, 18/04/2016. Disponível em: <https://extra.globo.com/noticias/brasil/impeachment-passa-pela-camara-com-367-votos-segue-para-senado-19111907.html>. Acesso em 09/07/2021.

Quando se utilizando da Ideia de Razão Pública de John Rawls, os argumentos trazidos à tona no trecho supracitado fogem em muito do escopo da razoabilidade - mas justamente por conta disso fica clara a necessidade de, em alguma medida, que determinados agentes devam observar uma forma específica de argumentação ao tomar decisões políticas coercitivas. A Razão Pública "*Descreve o que é possível e pode vir a ser, mesmo que isso nunca ocorra, e não é menos fundamental por isso*"<sup>17</sup>.

Quanto à situação específica do Poder Judiciário, a exponho de forma sucinta: Rawls entende que os juizes de uma forma geral devem tanto explicar quanto justificar suas decisões, em boa medida, a partir de sua compreensão da Constituição da comunidade em que ele goza deste poder decisório. Portanto, deveria o magistrado ao emitir sua decisão se utilizar da RP para discorrer em que sentido ela não atenta a Constituição vigente, ou até mesmo como a Constituição impõe que a decisão seja tomada no sentido que o foi.

Para Rawls, a Razão Pública ocorre a partir da interação de diversas Concepções Políticas de Justiça distintas, cujas ideias são debatidas e postas à prova ao longo do processo de deliberação acerca do exercício do poder coercitivo quando elementos constitucionais essenciais ou questões de justiça básica estão em jogo.

Consequentemente, as várias Concepções Políticas de Justiça são o próprio conteúdo da Razão Pública, e a maneira pela qual Rawls as conceitua representa os traços gerais dos limites que a RP apresenta.

Importante ressaltar que tal limitação não se trata da limitação de incidência da RP, como tivemos a chance de observar quando tratamos de seu objeto e dos seus sujeitos - estes delimitam quando e quem se utiliza (ou ao menos deveria se utilizar) do processo em análise. Agora, o foco está em - uma vez traçados os agentes que a utilizam e o momento que ela deve vir à tona - quais são os limites impostos ao discurso destes agentes nestas situações específicas. Tais limites são aqueles impostos às concepções políticas de justiça, uma vez que eles são o próprio conteúdo da RP.

Rawls apresenta as características de uma concepção política de justiça da seguinte forma:

*"Ao dizer que uma concepção de justiça é política, também quero dizer três coisas: que é articulada de forma a se aplicar exclusivamente à*

---

<sup>17</sup> RAWLS, John. O Liberalismo Político. 2ª Edição. São Paulo: Editora Ática, 2000, pg. 262.

estrutura básica da sociedade, a suas principais instituições políticas, sociais e econômicas, como um sistema unificado de cooperação social; que é apresentada independentemente de qualquer doutrina religiosa ou filosófica abrangente e mais ampla; e que é elaborada em termos de ideias políticas fundamentais, vistas como ideias implícitas na cultura política e pública de uma sociedade democrática.”<sup>18</sup>.

Portanto, inicialmente, o pensador norte-americano identifica como característica fundamental de uma concepção política qualquer de justiça o seu próprio objeto. Aduz Rawls que ela deve sempre estar voltada à Estrutura Básica da Sociedade. Por isto o autor quer dizer que a concepção deverá ter o objetivo de alterar ou preservar características específicas das principais instituições políticas e socioeconômicas da sociedade em que ela está inserida. A pauta da concepção política de justiça deve envolver algum juízo referente ao funcionamento destas instituições centrais à sustentação da comunidade política.

Ao defender que as concepções políticas de justiça devam se aplicar de forma única e exclusiva à estrutura básica da sociedade, uma série de concepções de justiça ficam de fora do campo político traçado por Rawls, a despeito de atenderem aos outros requisitos que veremos adiante.

Exemplifico: imaginemos uma situação em que um grupo de moradores esteja insatisfeito com o modo pelo qual o parque local é gerido, pois creem que o administrador responsável não dá ouvidos à comunidade e toma decisões errôneas a respeito dos métodos de conservação do espaço. Desta forma, eles se organizam, elaboram e apresentam de uma forma facilmente compreensível uma série de propostas de como o lugar deve ser tratado. Apesar do grupo gozar de uma concepção de certo e errado (por mais restrita que seja) e de elaborar suas ideias de uma forma razoável, esta concepção - em Rawls - não será política, pois não visa a estrutura básica da sociedade.

Esta concepção também terá de prescindir de qualquer doutrina religiosa, moral ou filosófica abrangente. Então, qualquer indivíduo razoável poderia potencialmente aderir a alguma concepção política de justiça. Elas independeriam de alguma concepção de Verdade ou Bem mais amplos. Voltando ao exemplo acima: não caberia ao grupo em questão basear toda sua concepção de gestão do parque na ideia de que todos têm o dever de estar o mais próximo possível da natureza em decorrência de alguma corrente filosófica específica. A concepção de

---

<sup>18</sup> Idem, pg. 273.



justiça para ser política tem de ter o condão de ser aberta àqueles que acreditam nas mais diversas doutrinas abrangentes possíveis.

Tal limitação implica que a arena de debate regida pelo processo de Razão Pública deve prescindir da busca de uma Verdade Absoluta, ou Bem Maior. Desta forma, os arranjos dela advindos não serão tomados como os únicos possíveis, ou como inquestionáveis. Esta é uma consequência importante desta limitação às concepções políticas de justiça descrita acima.

Por fim, uma concepção política de justiça, para Rawls, terá de ser formada a partir de ideias e conceitos já arraigados na cultura pública da sociedade em que ela está inserida. Aduz o autor que elas devem ser justificáveis perante a todos os cidadãos, pois deverão ser potencialmente aceitas por todos.

Estas três características (aplicação exclusiva à estrutura básica, ser independente de doutrinas abrangentes e basear-se em ideias políticas fundamentais) moldam os princípios substantivos de justiça que uma concepção política de justiça terá. Dentro desta moldura, todavia, uma série de concepções razoáveis e distintas podem advir. É neste contexto que se dá o Pluralismo Político de Rawls.

Uma vez traçados tais princípios e observadas as limitações em questão, as concepções deverão ter diretrizes de indagação que especifiquem formas de argumentação. Isto é: a forma pela qual se guiará o processo de manifestação dos princípios substantivos de justiça perante aos demais membros da comunidade.

Para que as formas de arguição das concepções políticas estejam de acordo com a Razão Pública, elas deverão observar determinadas virtudes políticas, como a razoabilidade e o dever de civilidade para com o outro. Afirma Rawls que, ao justificarmos nossos posicionamentos a partir de uma concepção política, *"devemos apelar unicamente para crenças gerais e para as formas de argumentação aceitas no momento presente e encontradas no senso comum, e para os métodos e conclusões da ciência"* se estes não forem controvertidos<sup>19</sup>.

Desta forma, em um debate público que ocorra dentro dos parâmetros da Razão Pública, os cidadãos apresentarão e defenderão *"uma concepção política de justiça, baseada em valores que se pode razoavelmente esperar que os outros subscrevam"*<sup>20</sup>.

Neste contexto, acredita Rawls que uma questão fundamental é resolvida

---

<sup>19</sup> Idem, pg. 274.

<sup>20</sup> Idem, pg. 276.

pela Razão Pública quando, do debate entre diversas concepções políticas de justiça em relação a um problema específico, advém uma resposta que seja capaz de ter a anuência de todas concepções envolvidas - encontrando-se uma resposta que esteja dentro da “margem de segurança” dos grupos em disputa. Explica o pensador que

“Ao falar dessa margem de segurança, quero dizer o quanto uma doutrina pode aceitar, ainda que relutantemente, as conclusões da razão pública, quer em geral, quer em um caso particular.”<sup>21</sup>.

### 3. COMUNICAÇÃO DEMOCRÁTICA E A INTERNET

No afã de dimensionar como se dá a comunicação por meio da internet e dos desafios que lança para a democracia política, convém avançar um pouco na investigação de como se constitui a esfera pública virtual. Para Van Dijk e Hacker<sup>22</sup>, uma esfera pública em rede, seria uma infraestrutura de espaços públicos online e offline ligados entre eles. Nessa esfera pública, não se incluiria somente aquela comunicação pública que visa o convencimento, mas toda interação pública entre pessoas, compartilhada em comum. Àqueles espaços característicos da sociedade de massas como descritos por Habermas e outros, em que se encontram as pessoas fisicamente ou espaços na mídia tradicional (jornal, rádio ou canais de televisão) se soma todo o ambiente online, muitas vezes conectado com esse espaço físico que já existia. Ocorre uma fragmentação da comunicação pública, se multiplicando os espaços públicos, que se estendem inclusive à nível global. Por outro lado, na sociedade de redes, as comunicações privadas e públicas se aproximam, com uma ligação direta, muitas vezes, entre espaços públicos e privados.

Os autores apresentam o que seriam tendências nessa reconstrução do espaço público. A primeira delas seria justamente essa aproximação e até confusão entre espaço público e espaço privado, como ocorre, por exemplo, nas redes sociais. Uma segunda tendência é a abertura maior de acesso ao espaço público com a introdução da via digital, em relação ao período de predominância da mídia social. A Internet facilitou o acesso e a participação do público em geral, nem sempre isso significando um aprofundamento do nível de debate e discussão públicas. Uma

<sup>21</sup> Idem, pg. 297/298.

<sup>22</sup> Dijk, J.A.G.M. e Hacker, K.L. *Internet and Democracy in the Network Society*. New York: Routledge, 2018. p.83.

terceira tendência é a conectividade extrema e o contágio no espaço público. A comunicação online por meio da internet permite a troca de informação e opinião instantaneamente ao redor do mundo. Existe um lado nem tão positivo nesse processo, com o contágio afetando o ambiente político, especialmente por meio da divulgação de fake news. Outra tendência já concretizada é a aproximação entre o mercado e o espaço público. Se essa interferência do domínio econômico sobre a esfera pública já existia na comunicação de massas por meio dos meios de comunicação social, com a internet ocorre uma fusão entre espaço público e mercado, isso porque o conteúdo da web é comercializável e manipulável inclusive para interesses comerciais. O acesso livre à internet permite a inclusão de um maior número de usuários, mas acaba provocando uma diminuição da qualidade de informação acessível à maior parte das pessoas e uma perda de privacidade. Ademais, a exposição à propaganda, inclusive propaganda política, com base nas informações obtidas a partir do comportamento dos próprios cidadãos, reduzindo a liberdade, inclusive a liberdade política. A tudo isso, é bom acrescentar a discussão em torno do oligopólio das redes sociais por algumas poucas empresas, sendo elas uma parte importante do espaço público virtual. Essa preocupação já existia quanto aos meios de comunicação social, onde também se identificava uma oligopolização, mas a questão se coloca em maior grau com o poder das chamadas “Big Techs” ( o poder de Google, Apple, Microsoft, Facebook e Amazon juntos é decisivo para dominar a comunicação pela internet). E, finalmente, uma tendência importante seria a uniformização por meio das “câmaras de eco”, que se contrapõe, de certa forma, a uma outra tendência decorrente das multiplicidades dos espaços públicos, de gerar uma maior fragmentação. Se razões mercadológicas (inclusive utilizadas politicamente) fazem com que a comunicação seja ampliada de forma seletiva, o acesso à comunicação acaba limitado. Fóruns online podem gerar a amplificação de erros, a diminuição da voz das minorias, o efeito cascata – em que o poder das várias vozes mobilizadas acaba por mobilizar outras pessoas e, finalmente, a polarização das opiniões e dos debates.

Como se pode vislumbrar, o livre acesso à internet não conduz necessariamente a uma comunicação mais pública e democrática. Mas convém colocar a questão se essa liberdade de acesso significa uma igualdade de acesso, ou mais ainda, uma igualdade de presença na internet.

Um ideal normativo de democracia supõe processos de comunicação entre os cidadãos e as autoridades públicas, nos quais possa haver críticas e tentativas de convencimento quanto às melhores propostas para resolver os problemas

coletivos. A igualdade política, pressuposta numa democracia, determina a existência de uma “norma de inclusão”<sup>23</sup>, ou seja, devem ser incluídos todos os concernidos. A comunicação democrática deve buscar a inclusão política, como forma inclusive de crítica da legitimidade da democracia praticada. Em muitos casos, porém, ainda que nominalmente incluídos, determinados indivíduos ou grupos de indivíduos continuam excluídos do processo de comunicação.

A exclusão política pode ser interna ou externa. A exclusão externa ocorre quando indivíduos ou grupos de indivíduos que deveriam participar da discussão e da tomada de decisão são deixados de lado. Mesmo em democracias consolidadas não é incomum processos de exclusão externa, em que se excluem determinadas pessoas do processo de decisão política por variadas razões. Algumas discriminações ainda se mantêm, mesmo em democracias constitucionais consolidadas. Como nos lembra Iris Marion Young<sup>24</sup>, uma das formas mais insidiosas de exclusão políticas se dá quando os atores socialmente ou economicamente poderosos exercem dominação política, comprando espaço na mídia para seus argumentos ou ameaçando desinvestimento para obter vantagens ou ainda quando candidatos políticos dependem de financiamento privado elevado para se elegerem. De qualquer modo, na exclusão externa, as pessoas são mantidas a parte do processo de comunicação.

Já na exclusão interna, as pessoas são formalmente incluídas, mas não são tratadas com igual respeito, faltando às pessoas efetiva oportunidade de influenciar o pensamento de outros quando têm acesso aos fóruns e procedimentos de formação da opinião. A exclusão interna, como realça Iris Marion Young<sup>25</sup>, pode incluir alguns situações, como a falta de reconhecimento público (a discussão política é obstaculizada para as pessoas em razão de serem ignoradas, terem outras pessoas que falam por elas, ou pior ainda, serem ofendidas, estereotipadas ou insultadas), a incapacidade de ouvir os outros, quando a fala é diferente da usual (o uso emocional da retórica, por exemplo, pode ter seu valor, apesar de ser muitas vezes menosprezada), a inexistência de uma articulação de afinidades coletivas e um entendimento da experiência dos outros (o que compreende a ausência de uma narrativa política partilhada).

Será que na comunicação virtual existe exclusão externa e interna? Ou será

---

<sup>23</sup> YOUNG, Iris Marion. . *Inclusion and Democracy*. Oxford: Oxford,2000. p.53.

<sup>24</sup> Idem, p. 53.

<sup>25</sup> Idem, p.54.

que a comunicação virtual estabelece uma igualdade maior, diminuindo a exclusão política? Também a exclusão virtual é aspecto da desigualdade social, e ela se constitui na impossibilidade ou limitações no acesso e na participação no ambiente digital. Segundo Ragnedda & Ruiu<sup>26</sup>, a exclusão virtual não só é uma parte da desigualdade social, como pode, por exemplo, dificultar o acesso à educação, ao trabalho ou à comunicação. Um aspecto importante de realçar é de que a exclusão digital não se dá exclusivamente pela falta de acesso ao ambiente digital, mas também envolve as questões de habilidade e de motivação para acesso. O interesse de acesso à internet, por exemplo, está ligado à posição individual na estrutura social. Aliás, pesquisas empíricas sobre exclusão digital identificam uma correlação entre a pirâmide da desigualdade e a exclusão social: ou seja, quanto melhor a posição do indivíduo na estratificação socio-econômica, maior o acesso à internet. Na superação das desigualdades digitais, Ragnedda & Ruiu<sup>27</sup> apontam duas abordagens possíveis: a normalização e a estratificação.

Para aqueles que endossam a normalização, ao longo do tempo, o barateamento e a facilidade material ao acesso da internet, provocariam uma progressiva diminuição do hiato digital, com a progressiva diminuição da desigualdade no uso do ambiente digital. Para os adeptos da abordagem da estratificação, não haverá essa superação ao longo do tempo, mas bem pelo contrário, haverá um acirramento do hiato digital já que o ambiente digital reproduzirá as desigualdades socio-econômicas já existentes. A rigor, não se pode ignorar o poder que o acesso digital pode ter de diminuição das desigualdades socio-econômicas, mas para isso é indispensável que o meio digital permita que isso aconteça, esteja estruturado para isso.

Um aspecto importante da inclusão digital é aquele concernente à participação política. Será que a utilização da via digital propiciaria maior participação política? Existem duas teses possíveis: a tese do reforço e a tese da mobilização. A tese do reforço alega que a via digital somente reforça a participação daquelas pessoas que já estariam de engajadas politicamente. Já a tese da mobilização afirma que outras pessoas estão se mobilizando pela comunicação virtual, além daquelas que participariam antes da utilização da internet.

A participação é limitada quando há pessoas que são excluídas. Para a participação política por vias digitais, é indispensável ter os recursos para o

---

<sup>26</sup> RAGNEDDA, M. RUIU, M.. *Exclusão digital: como é estar do lado errado da divisão digital*. Rumores 10 (20) p.90. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2016.

<sup>27</sup> Idem.

acesso às redes. Se supunha também inicialmente que a via digital traria mais e melhores meios para o desenvolvimento da democracia. Mas, e se somente alguns podem dispor desses meios?

A exclusão digital pode se dar em fases. Num primeiro momento, a exclusão pode decorrer de falta de motivação ou de atitude para o acesso à comunicação digital. A falta de interesse, a falta de disposição para aprender como utilizar a nova tecnologia, são fatores que levam os indivíduos a não participar da comunicação virtual. Um segundo momento concerne ao acesso físico, sendo aí os fatores determinantes ter renda suficiente e ter um emprego ou estudo que exija o acesso. Mas não somente. É indispensável ainda ter habilidades digitais ou de utilização da internet. Dentre essas habilidades, podem se identificar as habilidades operacionais (como operar os computadores), habilidades formais (trabalhar com arquivos, páginas, hyperlinks, etc.), habilidades informacionais (capacidade para procurar, selecionar e avaliar informações) e habilidades comunicacionais ( capacidade para criar perfis, posts na mídia digital e de se dirigir a outras pessoas nesse meio), habilidades para criar conteúdos (capacidade para criar textos, utilização de vídeos e outros recursos na participação política) e habilidade estratégica (capacidade de utilizar os recursos digitais para o propósito visado). Na participação política online, é indispensável a habilidade para criar conteúdos. Em geral, pessoas com maior nível educacional se mostram melhores em todas essas habilidades, como nos lembram Dijk & Hacker<sup>28</sup>.

Feitas tais considerações, lança-se a questão quanto a como fica a Razão Pública, aqui retomando a ideia como formulada por Rawls, diante do processo de corrosão da comunicação democrática que se dá com a exclusão digital e a manipulação da informação que nela ocorre.

#### 4. CONCLUSÃO

Os cidadãos, de acordo com Rawls, quando discutindo acerca de Elementos Constitucionais Essenciais e Questões de Justiça Básica em um Fórum Público deveriam balizar sua argumentação a partir dos parâmetros impostos pela Razão Pública. Todavia, a Internet nos apresenta um desafio por ser capaz de criar espaços de troca de informações tanto potencialmente públicos quanto potencialmente privados.

---

<sup>28</sup> Idem, p. 86.

Quando dois indivíduos se comunicam através de um “chat” adstrito a participação de ambos, qualquer processo de razão lá elaborado será Privado. Entretanto, à medida que a exposição do processo de troca de informações se torna mais ampla, nos deparamos com a publicização deste processo de razão. Assim, as mídias sociais passam a ter um caráter dúbio: uma pessoa pode fazer uso delas tanto para (a) interagir com conhecidos sem a expectativa de estar se expondo à comunidade em geral, quanto para (b) se dirigir a um público mais amplo possível, visando propagar suas ideias.

Neste contexto de confusão de esferas pública e privada, vemos a confluência de uma série de argumentos expostos por agentes que se portam como se estivessem em um ambiente privado vindo de encontro com espaços virtuais públicos, que afetam o debate público de forma cada vez mais latente.

Outrossim, a Internet é capaz de fornecer um ambiente de trocas de ideias em que os agentes podem garantir seu anonimato - ou têm a expectativa de que seu anonimato será resguardado. Desta forma, enquanto em espaços de debate públicos “físicos” os indivíduos geralmente estão expostos e agem conscientes disso, os fóruns digitais muitas vezes se encontram repletos de usuários anônimos, que agem de forma igualmente consciente de sua situação.

Esta “cultura pública do anonimato” cria condições ímpares para a quebra do que Rawls chama de Virtude Política de Civilidade. A condição de anonimato do indivíduo muitas vezes propicia um discurso agressivo e ofensivo por parte deste, que se fia na inconsequência de suas palavras.

Assim, deveríamos refletir sobre o quanto o ambiente virtual é um espaço adequado para a discussão de questões fundamentais de nossa sociedade - ou o quanto deveríamos modificá-lo para que ele possa ser.

As próprias “milícias digitais” cuja formação e atuação temos presenciado são fruto deste ambiente anônimo cuja agressividade muitas vezes é normalizada. Ademais, o anonimato às vezes é tão exacerbado que um indivíduo pode se passar por centenas ou até mesmo milhares de outros, criando “contas falsas” e se manifestando através delas para criar a sensação de que seu posicionamento é majoritário (ou ao menos amplamente difundido) - é nisto que consistem os “bots” nas redes sociais.

Uma questão central na Ideia de Razão pública de Rawls é a da Razoabilidade, no tocante à expectativa legítima que os indivíduos têm de que os demais

possam potencialmente subscrever a suas concepções políticas de justiça quando apresentadas - uma vez que sensatas e razoáveis. Desta forma, na arena de debates públicos, os diversos indivíduos que dela participam apresentam concepções que creem que os demais possam, de forma razoável, concordar.

Neste sentido, Rawls exclui do fórum público os “fanáticos” que não aceitam nenhuma tomada de decisão que não seja a por ele defendida. O próprio Liberalismo Político desenvolvido pelo autor se baseia nisso. As “câmaras de eco” criadas nos ambientes virtuais, porém, potencialmente distorcem a expectativa do indivíduo de estar sendo razoável. Quando este argumenta e informa-se dentro de “bolhas de opinião”, sua própria percepção acerca do que é ou não “razoável” se altera, pois está acostumado ao consenso em torno de uma série de ideias que são, na realidade, controversas.

Neste mesmo diapasão, os próprios elementos que compõem a Razão Pública de Rawls - as Concepções Políticas de Justiça - têm de se basear em “*termos de ideias políticas fundamentais, vistas como ideias implícitas na cultura política*”. Igualmente, as “câmaras de eco” criadas em um ambiente virtual são capazes de alterar a percepção de alguém em relação ao que consiste uma “*ideia implícita na cultura política*”.

Por tudo isso, verifica-se o desafio que se constitui a comunicação digital, nos termos como ocorre hoje, para uma cultura política democrática e liberal, nos moldes da que alicerça a teoria rawlsiana. A internet facilitou o acesso à comunicação, mas introduziu distorções que comprometem gravemente a ideia de uma democracia digital.

## REFERÊNCIAS:

- AVELAR, Maria Emília e MASTRODI, José. O Conceito da Cidadania a partir da Obra de T. H. Marshall: Conquista e Concessão. Cadernos de Direito, Piracicaba, v. 17: pg 3-27, jul.-dez. 2017.
- DIJK, J.A.G.M V. HACKER, K.L. Internet and Democracy in the Network Society. Nova Iorque: Routledge, 2018
- HABERMAS, J. Direito e Democracia. Tradução; F. B. Siebeneichler, Vol.2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HABERMAS, J. Mudança Estrutural da Esfera Pública. Tradução: F.R. Kötche. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.



- LANGVATN, Silje A. . Taking Public Reason to Court: Understanding References to Public Reason in Discussions about Courts and Adjudication. Em S. Langvatn, M. Kumm, & W. Sadurski (org.), *Public Reason and Courts (Studies on International Courts and Tribunals*, pg. 1-42). Cambridge: Cambridge University Press, 2020.
- MARNEFFE, Peter de. Rawls's Idea of Public Reason. *Pacific Philosophical Quarterly*, Los Angeles, Vol. 75, pg. 232-250, 1994.
- MAGRANI, Eduardo. *Entre Dados e Robôs – Ética e Privacidade na Era da Hiperconectividade*. Porto Alegre: Arquipélago, 2019.
- QUONG, JONATHAN. Public Reason. In: *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Palo Alto: Edward N. Zalta (org.), 2018. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/spr2018/entries/public-reason/>. Acesso em: 24/06/2021.
- RAGNEDDA, M. RUIU, M.. Exclusão digital: como é estar do lado errado da divisão digital. *Rumores* 10 (20) p.90. Universidade de São Paulo, 2016.
- RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Ática, 2000.
- YOUNG, I.M. *Inclusion and Democracy*. Oxford: Oxford, 2000.

---

# *O DISCURSO DE ÓDIO NO BRASIL À LUZ DA BANALIDADE DO MAL*

---

*Marta Catarina Ferreira da Silva<sup>1</sup>*

## **1. INTRODUÇÃO**

A ascensão do radicalismo da extrema direita brasileira viabilizou o alargamento do sentimento de ódio da população. Trouxe à superfície da sociedade elementos inerentes a regimes totalitários. A criminalização da política, a polarização, o incentivo ao extremo nacionalismo e o discurso carregado de expressões violentas à figura do inimigo, torna tangível a ideia de permanência de condições totalitárias no mundo. Esses elementos, que sobreviveram a queda dos regimes nazista e stalinista, sempre estiveram entre nós, contudo, nota-se a retomada de sua ascensão no mundo e, principalmente no Brasil, desde a última crise econômica e político-partidária iniciada em 2013.

Foi através de reiteradas retóricas incentivadoras de violência e intolerância que grande parcela dos líderes políticos atuais foram eleitos, legitimando o apelo ao ódio como discurso no espaço público. Nesse contexto, os atos de ódio ganharam especial relevância. As sociedades atuais, ainda que orientadas pelo fundamentais, parecem que não se distanciaram do hábito de tecer movimentos, argumentações e orientações políticas pautadas na aversão odiosa contra minorias. Pelo contrário, diante das facilidades e proximidades trazidas pelas redes sociais, observa-se que na mesma medida em que as diferenças se tornaram mais perceptíveis, são mais execráveis.

---

<sup>1</sup> Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito – UNIRIO. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa “Filosofia do Direito, Políticas de Direitos Humanos e Constitucionalismo Global” – GIFPOG.

Em linhas gerais, o discurso de ódio pode ser compreendido como a manifestação de ideias que incentivam a discriminação de grupos minoritários, desqualificando-os como detentores de direitos. Para Hannah Arendt, o direito de cada indivíduo pertencer a humanidade parte de uma concepção legal que identifica o justo com a noção do que é bom para maioria. Logo, é perfeitamente concebível que a humanidade, de maneira democrática, chegue à conclusão de que talvez seja mais conveniente condenar indivíduos com existências dissonantes com as do padrão hegemônico ao sufocamento social e relegar algumas dessas vidas a uma subclasse de humanos, desprovidos da dignidade conferida aos considerados mais iguais.

Ao longo da história graves violações aos direitos humanos ocorreram como resultado da implementação de uma lógica maniqueísta que insiste em segregar e aniquilar direitos de existências singulares. A consequência disso é a marginalização social, política e jurídica dos grupos vulneráveis, em último grau, o ceifamento da própria vida biológica, já que essa não é mais vista como digna de existir.

Embora evidente o intenso alastramento de atos discriminatórios e instigadores de comportamentos intolerantes, ainda há carência de contornos claros ao que seriam os atos de ódio. De que maneira essas vidas, genericamente tratadas pela Constituição Federal como iguais a quaisquer outras, acabam sendo expostas a um tipo de violência exclusiva, construída no imaginário social através da articulação de fatores socioculturais, jurídicos e políticos. A ausência de sistematicidade e interdisciplinaridade na análise desse fenômeno impede a construção de políticas públicas de prevenção eficientes e compreensivas.

Nesse sentido, em congruência com a ideia arendtiana de que para evitar é preciso compreender, diante do borbulhar de elementos inerentes à regimes totalitários no seio social, esse trabalho busca contribuir com o tema a partir do ponto de vista da teórica moderna Hannah Arendt. Objetiva-se: (i) resgatar as condições entendidas por ela como terreno fértil à ascensão de regimes totalitários, (ii) evidenciar se o conceito de *banalidade do mal* pode servir como aparato intelectual para compreensão dos atuais atos de ódio, (iii) aproximar a ciência política da ciência jurídica.

Para isso, num primeiro capítulo será apresentada a construção teórica formulada por Arendt da *banalidade do mal*, no segundo o contexto do ódio

nos dias atuais, por fim serão analisadas duas jurisprudências paradigmáticas do ordenamento jurídico brasileiro à luz da teoria arendtiana.

## 2. ISOLAMENTO, TERROR E IDEOLOGIA: O NASCIMENTO DA BANALIDADE DO MAL

Para Arendt o totalitarismo é um fenômeno originário do mundo moderno que difere de ditaduras e tiranias. Os movimentos totalitários são organizações que cingem os homens em massas. A princípio, essas massas são vistas como um grupo de pessoas politicamente desarticulado e de pouca importância para a vida da nação. Elas exercem a negação da política, não apenas se ausentando do campo de debate, mas tendo aversão por ele (ARENDR, 2012).

No contexto da segunda guerra mundial, o colapso do sistema de classes na Europa com o consequente colapso do sistema partidário foi o que tornou o ambiente propício ao levante de um corpo composto por cidadãos apolíticos (dispensados pelos clássicos partidos por lhes parecerem estúpidos) unidos apenas pelo ódio ao antigo governo, que favoreceu o surgimento do partido nazista como representante de uma nova política pautada na descrença a contraposição argumentativa e incentivo ao discurso violento (ARENDR, 2012).

A queda das paredes protetoras das classes transformou as maiorias adormecidas, que existiam por trás de todos os partidos, numa grande massa desorganizada e desestruturada de indivíduos furiosos que nada tinham em comum exceto a vaga noção de que as esperanças partidárias eram vãs; que, consequentemente, os mais respeitados, eloquentes e representativos membros da comunidade eram uns néscios e que as autoridades constituídas eram não apenas perniciosas mas também obtusas e desonestas (ARENDR, 2012, p. 444).

Esse grupo ganha forma e movimento na medida em que os elementos do domínio totalitário são implementados (ARENDR, 2012).

O movimento pré-totalitário, como preparação à inserção do domínio total, provoca o afastamento dos homens, colocando-os uns contra os outros. Os homens isolados não aparecem e não atuam enquanto sujeitos políticos, a ausência do estabelecimento de relações sociais, a polarização, conduz à invisibilidade, uma vez que a realidade é conferida aos homens na medida em que falam e os outros podem ver e ouvir. Na massa não há espaço para diferenças,

a ideia é comprimir as pessoas em um todo obstruindo a ascensão de quaisquer singularidades (2007).

Necessário ainda compreender que os conceitos de *isolamento* e *estar só* em Arendt são distintos. Enquanto o *isolamento* traduz-se na ruptura das relações sociais, *estar só* significa estar afastado dos outros, porém acompanhado de si mesmo, momento adequado para a realização do pensamento. O homem da massa, além de isolado, está abandonado de si, ou seja, não pratica a atividade de pensar. Indivíduos isolados, e distantes dos próprios pensamentos não exercem a liberdade. Tornam-se desprovidos de espontaneidade, imprimindo cada vez mais um comportamento previsto, um dever ser (ARENDR, 2012).

A verdade é que as massas surgiram dos fragmentos da sociedade atomizada, cuja estrutura competitiva e concomitante solidão do indivíduo eram controladas apenas quando não se pertencia a uma classe. A principal característica do homem da massa não é a brutalidade nem a rudeza, mas o seu isolamento e falta de relações sociais normais [...] (ARENDR, 2012, pag. 446).

Em lugar das fronteiras e canais de comunicação entre os homens individuais, constrói um cinturão de ferro que os singe de tal forma que é como se a sua pluralidade se dissolvesse em Um-Só-Homem de dimensões gigantescas [...] (ARENDR, 2012, p. 619).

Os governos totalitários rejeitam a legalidade positiva, porém, não atuam por meio de ilegalidades, pode-se até fazer uso delas inicialmente, mas após estabelecido, buscam imprimir sua lógica dentro da lei, esta que ao se referir aos governos já existentes (nazismo e stalinismo) orientaram-se através da Natureza ou da História.

A lei da Natureza implantada pelo partido nazista fez com que os homens legitimassem a ideia da existência de uma raça impura e indigna que atrapalharia a evolução dos homens puros e naturalmente superiores. Enquanto a lei da História respaldava os atos do governo stalinista na crença de uma contínua luta de classes, em que não só os burgueses deveriam ser extinguidos, mas qualquer classe que representasse uma ameaça ao regime (ARENDR, 2012).

As leis criadas pelos regimes totalitários, diferentemente do que até então se compreendia, não representavam estrutura estável para uma sociedade em movimento, elas eram o próprio movimento. Sua superioridade em relação as antigas leis, se dava por demonstrar ser a origem de todas elas. A lei totalitária

parecia haver encontrado um meio de implementar a justiça na terra (mesmo que para isso fosse necessária a legitimação da barbárie), coisa que nenhuma lei positiva poderia realizar (ARENDR, 2012).

O terror é a essência do regime e a mola propulsora que mantem a lei em movimento. Argumento inicialmente utilizado como meio para expurgar do mundo o inimigo vislumbrado na figura da oposição, o terror continua servindo como gatilho para eliminar aquele que será definido como o próximo indigno de viver. Ele é o responsável por fazer a roda do sistema girar continuamente, acelerando a efetivação das leis da História e Natureza (ARENDR, 2012).

A ideologia é a via utilizada para afastar o pensamento espontâneo. A partir de uma premissa verdadeira, a lógica conduz o indivíduo a deduzir proposições contínuas que são capazes de produzir quase que uma força coercitiva na cognição. A ideologia é uma verdade calculada e por repousar na coerência do processo da dedução lógica dispensa qualquer enraizamento com a experiência empírica (ARENDR, 2012).

A novidade da ideologia no totalitarismo é que a força da ideia inicial dentro do processo lógico, que é a única verdadeira, é dissipada e o que permanece são as demais deduções. Estas que dispensam por completo a realidade perceptível pelos sentidos. O pensamento ideológico pauta-se na existência de uma realidade oculta que a experiência no plano real e tangível não pode explicar, não há maneira de se aprender pelos sentidos. A ideologia é o mecanismo utilizado para libertar o pensamento da experiência e da realidade.

Em um governo que sistematiza os homens em massas, reduzindo-os a seres isolados e solitários, que vivem segundo leis que legitimam o terror, estabelecidas através de ideologias que dispensam qualquer fundamento na ciência e na verdade, Arendt identifica o nascimento da *banalidade do mal*.

Ao acompanhar o julgamento do tenente coronel nazista Adolf Eichman, responsável pela logística e transporte de milhões de judeus aos campos de concentração, realiza uma reflexão filosófica em torno de como a truculência e a violência ocorrida durante o holocausto puderam ser reduzidas a atos triviais de um burocrata que apenas cumpria o seu dever (ARENDR, 2013).

Para Arendt, Eichmann era um homem comum, porém incapaz de pensar. Essa incapacidade não repousava em deficiência patológica, Eichmann passou

por vários exames médicos que atestaram sua sanidade. Também não se tratava da maldade por motivação maligna ou religiosa. A ausência do pensamento se dava no contexto do esvaziamento da liberdade racional. Eichmann não pensava para além dos clichês estabelecidos pelo Terceiro Reich.

Durante o regime nazista a todo o processo de morte por execução teve-se o cuidado de atribuir codinomes. Solução final, evacuação, tratamento especial, foram as palavras usadas no lugar de extermínio, eliminação ou assassinato. Eram rígidas as regras de linguagem (mais conhecidas como mentiras), as quais tinham a finalidade de manter a ordem e o equilíbrio para que os serviços fossem executados sem grandes problemas. O efeito direto da nova linguagem não era manter as pessoas na ignorância, “[...] mas impedi-las de equacionar isso com seu antigo e normal conhecimento do que era assassinato [...]” (ARENDR, 2013, p. 101).

Nesse tempo a consciência criada em torno dos assassinatos era de que se estavam realizando tarefas árduas, mas únicas, históricas e grandiosas. Não se recrutavam sádicos. A tropa responsável pelo fuzilamento de judeus era composta por homens com diplomas acadêmicos (ARENDR, 2013).

O mal é banal porque ele não é percebido pelo agente. Trata-se da abdicação da reflexão sobre a própria ação e sobre o sistema em que se está inserido. Eichmann não agiu porque era um sádico, mas simplesmente porque renunciou à sua capacidade de pensar. Tornou-se cumpridor de ordens dentro de um sistema moralmente desfalecido que reduziu o assassinato de milhões de pessoas a uma mera atividade burocrática.

### **3. O DISCURSO DE ÓDIO NO BRASIL**

Não obstante o reforçado sistema de proteção dado a liberdade de expressão (conforme enuncia os artigos 5º, IV, IX, XIV e 220 §§ 1º e 2º), o texto da própria CRFB/88 demarca delicados limites à liberdade do pensamento, sendo elencado a vedação ao anonimato (5º, IV), o direito de resposta proporcional ao agravo (5º, V), direito a indenização por dano moral e material (5º, V), o direito à imagem e a vida privada (5º, X).

Ao relativizar o princípio, o legislador brasileiro, deixou clara a ideia de que não se trata de direito absoluto, devendo ser ponderado caso ocorra o extrapolamento

de seu exercício. No Brasil, desde o preâmbulo da nossa Constituição, a igualdade é estabelecida como um valor supremo e fundamental para existência de uma sociedade plural e aberta. Além disso, um dos objetivos primordiais da República brasileira é a erradicação das desigualdades sociais e religiosas e a promoção do bem comum sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade, ou quaisquer outras formas de discriminação (SARMENTO, 2006).

Contudo, a atual avalanche de atos de ódio no Brasil demonstra que o estabelecimento de uma carta constitucional com promessas de tratamento igualitário para todos os indivíduos não é suficiente para conter o mal irradiado pelos discursos instigadores da intolerância. Desde a última crise econômica e político-partidária iniciada em 2013 é possível perceber o levante do rancor e apelo ao ódio no espaço público exteriorizado através de inúmeras manifestações clamando pela volta da ditadura militar, bem como o ressurgimento de pautas antidemocráticas em resposta a uma profunda insatisfação com a política nacional (KALIL).

São incontáveis os discursos de ódio que partem da atual classe política dominante e inflamam a sociedade civil. Agressões verbais violentas às mulheres, negros, indígenas, humanistas e ambientalistas. Seguindo a dinâmica da ideologia e terror em regimes totalitários, os professores de ciências humanas foram eleitos como doutrinadores marxistas a serem combatidos. No dia 1º de janeiro de 2018, poucos meses antes das eleições, o professor indígena Marcondes Namblá Xokleng foi assassinado a pauladas. Segundo a redação do correio 24 horas:

[...] As imagens da câmera mostram o momento em que ele é abordado por um homem portando um pedaço de madeira. Eles conversam rapidamente e, sem esboçar qualquer reação, o índio recebe um golpe na cabeça. Ele se curva e volta a ser golpeado. Os golpes continuam mesmo com Marcondes caído ao chão. Em seguida, o homem se afasta, mas ao perceber que o índio está vivo e tenta se levantar, ele volta até o local e o golpeia novamente [...] (PROFESSOR, 2018).

Após discursar na Cúpula do Clima da ONU, a ativista ambiental Greta Thunberg de apenas 16 anos, foi alvo de inúmeros atos de ódio, incluindo o de certo Deputado Federal, que publicou em sua conta no *Twitter* uma foto falsa agredindo e difamando a adolescente. Mesmo consciente de que se tratava de uma imagem manipulada o parlamentar reiterou a agressão em tom de deboche. Atualmente sua conta tem 1,67 milhões de seguidores (EDUARDO, 2019).



O radialista e advogado Gustavo Negreiro, também atacou a ativista. Em seu programa, falou que a jovem estava precisando de sexo, chamando-a de histórica mal-amada, “vá fumar o seu baseadozinho, sua maconha, de volta para a Suécia” (2019).

Estimulando o sentimento conservador, a veia religiosa e preconceituosa da população, esses discursos, incorporaram à figura do inimigo, a partir de um axioma (antipetismo) um número cada vez maior de pessoas, em geral minorias, inflamando a população e estabelecendo uma ideia maniqueísta de bem e mal, deus e o diabo, em que a figura do cidadão de bem deveria combater o mal, aquele a quem se atribuiu a figura do indigno de viver. O esquerdista, a feminista, o gay, o umbandista, o defensor de direitos humanos, o negro (KALIL, 2019).

Numa imagem histórica, certo candidato a deputado estadual pelo Partido Social Liberal (PSL) rasgou uma placa feita em homenagem à vereadora Marielle Franco do Partido Socialismo e Liberdade (PSOL). Marielle, assassinada em 14 de março de 2018, foi vítima do ódio como arma política tanto em vida quanto em morte. Mulher, negra e defensora de direitos humanos, carregava a marca dos atuais indignos de viver.

No contexto do enfrentamento entre liberdade de expressão e limitações ao seu exercício ascende a temática do discurso de ódio. Ao se arquitetar contornos gerais, o discurso de ódio representa a manifestação de ideias que incentivam a discriminação de grupos minoritários (social, racial ou religioso), desqualificando-os como detentores de direitos. Expressões ofensivas carregadas de aspereza, ameaças e até atos violentos partem de indivíduos que se compreendem como superiores e perpassam essa ideia para suas vítimas e sociedade. O resultado é o afastamento dessas vozes (minorias) na formação do debate público e vontade estatal, bem como a inferiorização e consequente desumanização (MEYER-PFLUG, 2016).

Segundo a SaferNet, uma organização não governamental (ONG) que atua em cooperação com o Ministério Público Federal na promoção e defesa dos direitos humanos na internet, no ano de 2017 foram recebidas o total de 12.047 denúncias de cunho discriminatório, enquanto que em 2018 os dados saltaram para 42.228, refletindo um aumento de 350% das denúncias (2019).

O que se percebe é uma extrema banalização de discursos incentivadores a atos de ódio. Apoia-se o uso de armas de fogo e violência como meio legítimo

ao combate à figura do inimigo, ao passo que incitam a demonização de determinados grupos sociais. Aos moldes totalitários o terror é incentivado no combate (custe o que custar) da ideologia de gênero, tráfico de drogas, doutrinação esquerdista, e através da ideologia os inimigos tangíveis do cidadão de bem tornam-se os LGBTs, minorias sociais, étnicas e raciais. A ausência de sistematicidade e interdisciplinaridade na análise desse fenômeno impede a construção de políticas públicas de prevenção eficientes e compreensivas, diante disso, o poder judiciário tem sido o setor habitualmente acionado para solucionar conflitos relacionados ao tema.

#### 4. O TRATAMENTO DO ÓDIO NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Sem a ambição de esgotar as decisões judiciais sobre a temática, passemos a exposição de um caso clássico, destacados pela doutrina, e um recente relevante para demonstração da realidade do alastramento do ódio no país.

Como clássico caso em destaque na jurisprudência pátria tem-se *Ellwanger*, no qual o escritor Siegfried Ellwanger, adepto da teoria revisionista, escreveu, editou e publicou o livro *Holocausto Judeu ou Alemão? Nos Bastidores da Mentira do Século*, sendo então denunciado criminalmente pela prática de racismo (artigo 20 da lei 7716/89) sob o argumento de que suas obras incitavam o ódio à comunidade judaica. Condenado em segunda instância pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no ano de 2003 o caso foi levado ao Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* 82.424-2.

A primeira discussão a ser enfrentada pela corte fora a insurgência do questionamento sobre a extensão da expressão racismo, uma vez que preliminarmente a defesa inquiriu a imprescritibilidade do crime praticado pelo paciente por entender que os judeus não constituem uma raça. Sobre o tema ressalta-se o entendimento abordado pelo ministro Maurício Corrêa ao afirmar que não se pode entender o significado de raça como expressão basicamente biológica, devendo ser considerado o sentido antropológico e sociológico da palavra, sendo assim, não há dúvida se o povo judeu constitui ou não raça tendo em vista que sua discriminação e segregação fora feita justamente em decorrência disso (2003).

Vencida a questão racial, as reflexões repousaram no conflito entre direitos

constitucionais. Se por um lado reconheceu-se a garantia à liberdade de expressão como princípio basilar de uma sociedade democrática, por outro restringiu-se seu exercício quando esse conduz ao incentivo da intolerância, tendo em vista o prejuízo ocasionado a dignidade humana e ao pluralismo. Decidiu o tribunal por maioria de votos pelo indeferimento do *Habeas Corpus*, concluindo que a obra não retratava de forma alguma o pretense revisionismo histórico defendido, mas que objetivamente o conteúdo incitava ideias preconceituosas e discriminatórias.

Diante da celeuma entre as dimensões subjetiva (expressão do pensamento identitário e pessoal) e objetiva (impacto causado na sociedade diante da qualidade da ideia expressa pelo indivíduo) da expressão do pensamento, o tribunal, fazendo uso do princípio da proibição do excesso, entendeu que a liberdade de expressão não se trata de garantia constitucional absoluta, sendo no caso concreto impossível elevá-la em detrimento ao princípio da dignidade da pessoa humana (SARMENTO, 2006).

Em caso atual o Ministério Público Federal ajuizou uma ação civil coletiva em decorrência de inúmeros casos de humilhação, violência psicológica, abuso moral e físico ocorridos nos presídios do Estado do Pará. Mediante autorização do Ministro da Justiça, em julho de 2019 foi instituída a Força-Tarefa de Intervenção Penitenciária (FTIP) no sistema carcerário paraense, composto por agentes federais o grupo tem o objetivo de exercer a coordenação dos serviços de guarda, vigilância e custódia de presos. Não obstante o direito do Estado de impor disciplina nas unidades penitenciárias os procuradores questionaram judicialmente sobre a enxurrada de denúncias de violações a direitos fundamentais e a negação de acesso de familiares, advogados e até o próprio MPF do Pará ao sistema prisional.

Presos libertados, seus familiares, servidores estaduais e representantes da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) relataram o tratamento dispensado aos encarcerados que inclui pauladas, ataques com bala de borracha e spray de pimenta, permanência em locais sujos com urina e fezes, empalamento, proibição de realização de higiene pessoal, agressões imotivadas diariamente, recusa a atendimento hospitalar para doentes e idosos, violência moral como ameaças, intimidações, humilhações, demonstrações excessivas de poder e controle.

[...] esses federal aí tão oprimindo toda hora, batendo porrada, limitando alimentação, toda hora é porrada, spray de pimenta toda

hora, eles chamam os caras de filho da puta, eles que mandam, eles falaram que *ninguém pode fazer nada, só eles*, eles falou que pode passar até um ano, dos ano, aí, oprimindo uns preso aí, sem o preso fazer nadinha [...] (grifo meu).

#### Outro preso liberto relatou:

Eu vi eles pegando o cabo de uma doze e introduzindo na bunda de um rapaz [...] até os funcionários tão sendo humilhados por eles lá, os funcionários da SUSIPE tão sendo humilhados por eles, por aí vocês vejam as coisas, eles façam as pessoas gritar *“quem manda aqui?”*, *“é a Força”*, *“quem manda aqui?”*, *“é a Força”, se não gritar, apanha [...]*”\*(grifo meu).

#### Um servidor público denunciou:

Os agentes federais dizem que nós não podemos chamar os presos de ‘senhor’, mas de ‘vagabundo’. Há idosos de 60 a 80 anos, há idosos sequelados de AVC. Somos orientados a falar que todas as necessidades médicas estão sendo atendidas, mas desconhecemos isso. Entre as violências psicológicas, conta que os agentes federais obrigam os presos a gritar quem agora manda no local: *“É a força!”*. *Parece que fizeram uma seleção de psicopatas, e deram o direito a eles de se regozijarem nos presos. O que a gente vê é a banalização do mal!* (grifo meu).

#### Uma advogada ligada ao setor da OAB responsável por Direitos Humanos:

Eles não se alimentam direito, eles não têm um desodorante, não têm um sabonete, não tem nada de higiene, eles fazem as necessidades deles e se lavam só com água, e vestem a mesma roupa há 30 dias; no dia em que eles foram transferidos, eles ficaram 10 horas todos nus no pátio, durante 10 horas sentados no chão, nus, algemados, algemados não, com a cabeça, com a mão na cabeça sem poder baixar, no pátio, até serem remanejado pras celas.

[...]eu já chorei - e eu sou advogada - mas eu já chorei nessa cela aqui que eu tava, égua, não sei nem o que dizer pra vocês, tem gente baleado, eles são agredido todo dia, eles tão há 30 dias com uma roupa só, descalço e careca, *aqui parece campo nazista, sabe?*

O Ministério Público Federal do Estado do Pará reuniu dezenas de denúncias na referida ação civil e corolário ao caso também ajuizou ação de improbidade administrativa em face do agente federal responsável pela coordenação da Força Tarefa de Intervenção. No início de outubro do presente ano a Justiça Federal

do Pará acolheu o pedido liminar deferindo o afastamento do coordenador do FTIP de suas funções. Em sua decisão salientou o extenso acervo probatório que respaldava a existência de graves violações a direitos fundamentais dos presos.

Não obstante a coerente decisão judicial, o Ministro da Justiça em visita ao complexo penitenciário de Santa Izabel localizado em Belém, caminhou, acenou para mídia e tirou fotos em companhia do agente liminarmente afastado por tortura, tratamento desumano, cruel e degradante a homens e mulheres encarcerados. Questionado sobre sua conduta o ministro afirmou que a ação do MPF não passava de um mal-entendido e que suas bases não estavam corretas. “A intervenção levou disciplina para dentro dos presídios” (ESCÂNDALO, 2019). Iguamente interrogado, o atual presidente respondeu: “só perguntam besteira, só besteira o tempo todo” (2019).

Na primeira decisão, após extensa reflexão, os ministros entenderam por limitar a expressão do pensamento, uma vez que as liberdades públicas não são absolutas e por isso devem ser exercidas de maneira harmônica com os demais princípios constitucionais. Sendo assim, a liberdade de expressão não está autorizada quando usada para propagação de discursos instigadores de intolerância (ALMEIDA, 2016).

Contudo, ainda que coerente e admirável o acórdão formulado pela corte brasileira, não se construiu conceitos detidos acerca do fenômeno social do discurso de ódio. Nesse sentido, o vazio de definição acerca do tema tende a permitir dissonantes parâmetros em decisões judiciais (ALMEIDA, 2016).

Na segunda jurisprudência, o que se destaca é a retirada da potência da decisão judicial mediante a aparição pública do ministro da justiça com um agente federal liminarmente afastado do cargo por cometer tortura. Nesse caso, pode-se dizer que a conduta tem dupla consequência: (i) desvalorização e levantamento de dúvidas sobre ações coerentes e urgentes realizadas por fundamentais instituições de Estado; (ii) disseminação social da naturalização do ódio, violência e opressão contra determinada minoria. Assim, a carência de parâmetros claros acerca dos discursos de ódio, além de resultarem em possíveis arbitrariedades nas decisões judiciais, inviabiliza a própria tomada de consciência sobre o fenômeno.

Ao enfrentarmos o ódio externalizado na sociedade, naturalizado através do discurso político, sem contornos jurídicos claros e ainda sujeito a arbitrariedades,

a concepção arendtiana de *banalidade do mal* pode servir como um referencial para compreensão do fenômeno.

Arendt realiza uma abordagem do mal distante de concepções religiosas e moralistas. Desenlaçada dos costumeiros aspectos conectados a prática do mal, o compreende através de uma perspectiva política. Sua reflexão filosófica questiona como é possível homens completamente comuns cometerem condutas odiosas sem questioná-las e sem se sentirem culpados. Para ela viver num Estado que incorpora preconceitos e os dissemina como verdades embaralha a capacidade de julgar o que é bem e mal, de distinguir o certo do errado. Como consequência, as mentes dos que praticam o mal tornam-se obstruídas e incapazes de perceber suas próprias atitudes criminosas.

Somente na atividade de pensar repousa a possibilidade de desestabilização da normalização atribuída às atitudes bárbaras vivenciadas no cotidiano. A responsabilidade humana está para além de obedecer ordens, para além da mediocridade do comportamento massificado. A fúria do pensamento nos alerta aos esforços de padronização, a legitimação da força, ao apelo a supremacia racial e social e desconstrução de valores de dignidade e coexistência humana. Nesse sentido é que se compreende a tarefa de pensar como uma ação política (ARENDR, 2013).

## 5. CONCLUSÃO

Em meados do século XX Hannah Arendt alertou o mundo sobre como o mal perpetrado pela ideia da existência de superioridade de determinados grupos em relação a outros pode conduzir uma nação a desumanizar e assassinar minorias. Hoje, o discurso de ódio tem reafirmado seu caráter excludente. Líderes políticos e sociedade civil retroalimentam a oratória odiosa que por sua vez incentiva a ideia da existência de indivíduos inferiores e indignos de direitos. Em nome de um Brasil livre de corrupção, desemprego, instabilidade econômica e insegurança pública a cada dia são sacrificados mais valores de dignidade humana.

É inegável que a liberdade de expressão é direito fundamental de alta relevância para uma democracia, sendo sua função essencial para o exercício de outros direitos, entre eles o de participar do debate público. No entanto, deve-se ter em mente que a expressão do pensamento não possui caráter absoluto,

devendo sua exteriorização ser congruente ao respeito a diversidade humana conforme impõe a constituição federal.

Nesses termos, o discurso de ódio se refere a uma postura de intolerância irracional que afeta diretamente o pluralismo democrático. As vítimas do ódio são colocadas para fora da cena política e impedidas de fazerem uso de sua liberdade de expressão, sendo assim não há que se falar em real democracia com minorias excluídas do debate público.

O discurso de ódio é uma realidade na sociedade atual, a retórica odiosa permeada na política nacional tem legitimado ideias segregadoras, intolerantes e antidemocráticas, com conseqüente naturalização de discursos que deveriam ser rigorosamente repudiados. Contudo, mesmo em meio a recorrentes casos ainda não há no ordenamento jurídico pátrio lastro conceitual seguro a definir o que seriam atos de ódio, o que tende a gerar impunidade e ampliação da aceitação social da intolerância e violência.

Nesse contexto, Arendt nos lembra que devemos enfrentar os desafios do século XXI sem esquecer do passado recente. Deve-se ter em vista que a manifestação do ódio repousa na irresponsabilidade dos homens de se eximirem da tarefa de pensar. Ao abdicarem da ação que essencialmente os torna humanos são engolfados em uma sociedade brutalizada pelas mazelas cotidianas, capaz de banalizar as mais absurdas atrocidades.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, Orlando Sampaio de. Liberdade de Expressão e o problema da banalização do conceito do hate speech. In: XXV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 2016, Curitiba. *Anais Eletrônicos*...Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/j8667276/a9B66kj49NlotWUy.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2018.
- ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. Tradução Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. Tradução José Rubens Siqueira. São Paulo: Schwarcz, 2013.
- \_\_\_\_\_. *Origens do Totalitarismo*. Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
- ATAQUES a tiros em Suzano é comemorado em fórum racista e misógino na Internet. *El País Brasil*, São Paulo, 14 mar 2019. Disponível em: <[https://brasil.elpais.com/brasil/2019/03/14/politica/1552591753\\_231698.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2019/03/14/politica/1552591753_231698.html)>. Acesso em: 29 out. 2019.

- BARROSO, Luís Roberto. *Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa*. 2016. Disponível em < [https://www.migalhas.com.br/arquivo\\_artigo/art\\_03-10-01.htm](https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art_03-10-01.htm)>. Acesso em: 12 out 2019.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- BRASIL. Constituição (1998). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1998.
- EDUARDO Bolsonaro posta foto falsa de Greta Thunberg. *Isto É*, 26 set. 2019. Disponível em: < <https://istoe.com.br/eduardo-bolsonaro-posta-foto-falsa-de-greta-thunberg/>> Acesso em: 04 nov. 2019.
- ESCÂNDALO de tortura no Pará que Bolsonaro e Moro consideram “basteira” e “mal-entendido”. *El País Brasil*, São Paulo, 9 out. 2019. Disponível em: < [https://brasil.elpais.com/brasil/2019/10/08/politica/1570570500\\_263393.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2019/10/08/politica/1570570500_263393.html) > Acesso em: 04 nov. 2019.
- FREITAS, Riva Sobrado de; CASTRO, Matheus Filipe de. Liberdade de expressão e discurso do ódio: um exame sobre as possíveis limitações à liberdade de expressão. *Rev. Sequência*, Florianópolis. nº 66, 2013, p327-355.
- KALIL, Isabela. *Entre Vistas com a antropóloga Isabela Kalil*. Youtube, 5 set. 2019. Disponível em < <https://www.youtube.com/watch?v=EKLlVWa11f4>>. Acesso em: 12 set. 2019.
- MESTRE de capoeira é morto com facadas após discussão política na Bahia. *Folha de São Paulo*, 8 out. 2018. Disponível em: < <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/10/mestre-de-capoeira-e-morto-com-facadas-apos-discussao-politica-na-bahia.shtml>> Acesso em: 04 nov.2019.
- MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Discurso de Ódio e Democracia: Participação das Minorias na Busca pela Tolerância*. 2016. Disponível em < <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=e04c14a66e1b2746>> Acesso em: 20 out. 2019.
- PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- PROFESSOR indígena é morto a pauladas em Santa Catarina. *Correio 24 Horas*, Bahia, 05 jan. 2018. Disponível em: < <https://www.correio24horas.com.br/noticia/nid/professor-indigena-e-morto-a-pauladas-em-santa-catarina/> >. Acesso em: 29 out. 2019.
- QUELLY da Silva: O nome da travesti que foi assassinada e teve o coração arrancado. *Geledés*, São Paulo, 25 jan. 2019. Disponível em: < <https://www.geledes.org.br/quelly-da-silva-o-nome-da-travesti-que-foi-assassinada-e-teve-o-coracao-arrancado/>>. Acesso em: 29 out.2019.
- RIBEIRO, Janaína. “Vamos fuzilar a petralhada”, diz Bolsonaro em campanha no Acre. *Exame*, 03 set. 2018. Disponível em: < <https://exame.abril.com.br/brasil/vamos-fuzilar-a-petralhada-diz-bolsonaro-em-campanha-no-acre/> >. Acesso em: 29 out. 2019.



SAFERNET. *Indicadores*. Disponível em: <<http://indicadores.safernet.org.br/indicadores.html>>.

Acesso em: 24 maio 2019.

SARMENTO, Daniel. *A Liberdade de Expressão e o Problema do Hate Speech*. 2006. Disponível em <<http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/18-a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2019.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

---

# *DOS JUIZADOS DE PEQUENAS CAUSAS ÀS PRÁTICAS RESTAURATIVAS: APLICABILIDADE DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NO ATUAL ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO*

---

*Rafael Meireles Saldanha<sup>1</sup>*

**Resumo:** Inicialmente, buscar-se-á analisar a os diferentes conceitos de Justiça Restaurativa. Será analisada ainda Justiça Restaurativa a partir de três principais concepções: encontro, reparação e transformação. Por fim, será analisado a evolução da justiça consensual no Brasil e os mecanismos presentes no atual ordenamento jurídico que viabilizem a Justiça Restaurativa.

**Palavras-chave:** Justiça Consensual, Justiça Restaurativa; Vitimologia; Reparação do Dano.

**Abstract:** This article seeks to analyze the different concepts of Restorative Justice. It will also analyze Restorative Justice from three main conceptions: encounter, repair and transformation. Finally, will be analyzed the evolution of consensual justice in Brazil and the mechanisms present in the current legal system that enable Restorative Justice.

**Keywords:** Restorative Justice; Victimology; Structural Violence

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UNIRIO (2009). Especialista em Segurança Pública, Cultura e Cidadania pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ (2011). Mestre em Direito e Políticas Públicas pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UNIRIO (2014). Doutorando em Ciências Jurídico-Criminais na Universidade de Coimbra – UC. Bolsista CAPES. E-mail: [saldanha.rafael@hotmail.com](mailto:saldanha.rafael@hotmail.com).

## 1. INTRODUÇÃO

Desde a década de 1990 observa-se uma expansão do Direito Penal, com alterações como o abarcamento de novos tipos penais e sanções mais severas. Entretanto, paralelamente a esse fenômeno, outro movimento ocorreu no sentido de redução priorizando uma justiça conciliatória, a exemplo da Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995, que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

Conforme observa Rafaella Pallamolla<sup>2</sup>, frente a constatação da ineficiência estatal em promover a ressocialização, somado o caráter estigmatizante da pena e o aumento exponencial de encarcerados, foram teorizadas formas de restituição penal e reconciliação do infrator com a vítima e com a sociedade. Observa-se uma alteração na direção do Direito Penal, buscando promover a conciliação, a presteza e focando, sobretudo, nas necessidades vítima.

Conforme sinaliza Rafael Moreira<sup>3</sup>, os modelos de solução consensuais de conflitos melhoram a capacidade de resposta da justiça, bem como tem em seu cerne a satisfação da dignidade da pessoa humana:

Portanto, as formas consensuais de solução de conflitos foram estruturadas não apenas para melhorar a qualidade da justiça penal, mas também porque se percebeu a necessidade de agregar maior humanização ao sistema e de reposicionar a vítima como protagonista do processo criminal.

O referido autor identifica ainda dois modelos de resolução consensual de litígios: o restaurativo, que visa a reparação dos danos da vítima; e ainda a justiça criminal negociada, que tem como finalidade o acordo sobre a quantidade da pena.

Os modelos consensuais de resolução dos litígios penais podem ser classificados, conforme referido, em: a) pacificador ou restaurativo, que visa à conciliação, à reparação dos danos da vítima, enfim, à cooperação das partes interessadas para encontrar uma solução conjunta ao conflito; b) modelo da justiça criminal negociada, que tem por base a confissão do delito, a assunção de culpabilidade e o acordo sobre a quantidade da pena, incluindo a prisional, a perda de bens, a reparação dos danos, a forma de execução da pena etc.<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> In: AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; CARVALHO, Salo de (org.). **A crise do processo penal e as novas formas de administração da justiça criminal**. Sapucaí do Sul: Notadez, 2006. p. 191 a 203.

<sup>3</sup> MOREIRA, Rafael Martins Costa. Solução consensual de conflitos penais no Brasil. **Interesse Público**, v. 73, 2012, p. 5.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 5.

No nosso entendimento, o modelo consensual restaurativo deve ser priorizado pois é o único que possui a capacidade (ainda que apenas em alguns casos) de reparar o dano causado à vítima, bem como evitar o efeito estigmatizante da sanção penal.

Conforme relata Damásio de Jesus<sup>5</sup>, os pesquisadores Paul McCold e Ted Wachtel do Instituto Internacional por Práticas Restaurativas (International Institute for Restorative Practices), em trabalho apresentado no XIII Congresso Mundial de Criminologia, realizado de 10 a 15 de agosto de 2003, no Rio de Janeiro, asseguram que a justiça restaurativa é uma nova maneira de abordar a justiça penal, que enfoca a reparação dos danos causados às pessoas e aos relacionamentos, ao invés de punir os transgressores, pois se o crime causa danos às pessoas a justiça exige que o dano seja reduzido ao mínimo possível. Nas palavras do célebre professor:

Justiça Restaurativa é um processo colaborativo em que as partes afetadas mais diretamente por um crime determinam a melhor forma de reparar o dano causado pela transgressão<sup>6</sup>

Portanto, o presente ensaio pretende analisar a Justiça Restaurativa como modelo de justiça consensual capaz de contribuir para uma resolução alternativa de conflitos, sinalizando os instrumentos presentes no sistema penal brasileiro que permitam essa satisfação.

Primeiramente, buscar-se-á verificar os conceitos e significados da Justiça Restaurativa. Em seguida, será observado o tratamento dado a vítima por esse modelo de justiça consensual. Por fim, pretende-se identificar as possibilidades de aplicabilidade da Justiça Restaurativa no atual ordenamento jurídico brasileiro bem como as possibilidades e vantagens de aplicabilidade da Justiça Restaurativa para a resolução de conflitos.

## **2. DOS JUIZADOS DE PEQUENAS CAUSAS ÀS PRÁTICAS RESTAURATIVAS: APLICABILIDADE DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NO ATUAL ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Antes de adentrarmos no estudo dos mecanismos consensuais presentes no ordenamento pátrio que permitiriam em tese, aplicar práticas restaurativas para

---

<sup>5</sup> JESUS, Damásio Evangelista. *Justiça Restaurativa no Brasil*. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 10, nº 819, 30 set. de 2005. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/7359>>. Acesso em: 15 de out de 2021.

<sup>6</sup> *Ibidem*.

a resolução de delitos, faz-se necessário analisar o marco da desburocratização da justiça no Brasil para entendermos o contexto no qual estão inseridos.

A lei nº 7.244 de 7 de novembro de 1984 que institui o Juizado de Pequenas Causas (que não se aplicava à competência criminal) foi o primeiro passo para a criação de uma justiça mais informal, que tinha como pretensão ser mais acessível e célere.

Essa lei surge não pela mobilização de juristas, e sim conjuntura de desburocratização das instituições promovida pelo Poder Executivo, sendo marcada pela forte influência neoliberal. A criação do juizado foi iniciativa do Ministério da Desburocratização, fruto das discussões do Programa Nacional de Desburocratização e da comissão de processualistas criada em 1981, conforme ressalta Cláudio Ribeiro<sup>7</sup>

(...) a instituição dos Juizados de Pequenas Causas não foi fruto de uma movimentação de juristas, mas, sim, da iniciativa do Ministério da Desburocratização, como resultado das discussões no Programa Nacional de Desburocratização e de acréscimos trazidos pelos processualistas integrantes de comissão instituída, em 1981, presidida por João Geraldo Piquet Carneiro, da qual também participavam Kazuo Watanabe, Cândido Rangel Dinamarco, Caetano Lagrasta Neto, Ada Pellegrini Grinover e Paulo Salvador Frontini.

No mesmo sentido, Júlia Pereira<sup>8</sup> adverte das implicações do discurso eficientista neoliberal no movimento de ampliação do acesso à justiça:

No entanto, o judiciário é encarado como um prestador de serviços, e seu dever é prestá-los de modo 'rápido, barato e eficiente'. Ou seja, o escopo de ampliar o acesso à justiça parecia estar mais orientado a uma justiça de fluxo e pouco dispendiosa do que a uma justiça de qualidade: como se estas três características fossem suficientes para a promoção da cidadania e da efetivação de direitos por meio do acesso à justiça

A referida autora, entretanto, não nega a relevância da criação do juizado, sobretudo considerando o recente processo de redemocratização vivenciado

---

<sup>7</sup> RIBEIRO, Cláudio Luiz Frazão. Juizados Especiais Criminais: da justiça consensual à construção da solução do conflito: um estudo em homenagem ao professor doutor Luis Alberto Warat, nos cinco anos de seus falecimento e nos 20 anos de vigência da Lei nº 9.099/1995. *Revista Jurídica Cesumar - Mestrado*, v. 16, n. 1, jan./abr. 2016, p. 33.

<sup>8</sup> PEREIRA, Júlia Lafayette. Implicações do discurso eficientista neoliberal no movimento de ampliação do acesso à justiça: a experiência dos juizados especiais federais. 2013. 171f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale dos Sinos, São Leopoldo, p. 26.

naquela época. Entretanto, se faz necessário destacar que o contexto de sua criação está mais orientado para tornar a justiça mais eficiente em termos de resultados do que propriamente de tornar o acesso mais democrático.

Pode-se concluir, portanto, que o surgimento dos Juizados sucessores ao Juizado de pequenas causas, nomeadamente os Juizados Especiais criados pela lei 9.099 de 26 de setembro de 1995, possuem também a mesma característica neoliberal de reduzir custos e cumprir metas de resultados. Nesse sentido Pereira sinaliza:

Não se quer fazer crer que os Juizados, por esses motivos, são incapazes de promover o acesso qualificado à justiça. Contudo, deve-se dizer que os Juizados Especiais Estaduais e, mais tarde, os Juizados Especiais Federais, estão de certa forma vinculados a este contexto que lhes deu origem, pois são fruto da experiência paradigmática proposta nos Juizados de pequenas causas. A própria observação das Leis 7.244/84 e da Lei 9.099/95, a qual aderem os Juizados Especiais Federais no que com a Lei 10.259/01 não conflitar, não deixam dúvida disso diante das suas semelhanças<sup>9</sup>.

No Brasil, até a década de 1980 o Poder Judiciário não possui um papel relevante na promoção de direitos porque sua atuação era inibida de modo a não colidir com os interesses da ditadura<sup>10</sup>. Com a redemocratização, percebe-se os prejuízos à sociabilidade ao mesmo tempo que se busca à construção da cidadania por meio do Direito, conforme assinala Ribeiro<sup>11</sup>:

A superação do período autoritário, se de um lado recebeu a herança do prejuízo à sociabilidade e à capacidade associativa da população, dificultando a passagem do “indivíduo ao cidadão”, testemunhou o desenvolvimento e a expansão do direito na direção “da construção da cidadania e da animação da vida republicana.

Dessa maneira, resta claro que a Lei dos Juizados Especiais promulgada em meados da década 1990 se mostram como aquilo que Cappelletti e Garth chamariam de terceira onda de acesso à justiça que resultaria em uma grande reforma na justiça, desde a mudanças em procedimentos até a criação de novos tribunais<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 27.

<sup>10</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma revolução democrática da justiça. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011, p. 21.

<sup>11</sup> RIBEIRO, op. Cit., p. 34.

<sup>12</sup> Os movimentos de acesso a justiça começam a surgir em 1960. Cappelletti e Garth identificam três ondas desse movimento, a primeira consistiu na assistência judiciária aos pobres. A segunda seria a possibilidade de defesa dos direitos coletivos e difusos. Por fim, a terceira onda seria a formação de um conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas

Além disso, observam os autores que também seriam necessárias inovações no direito material, bem como formação de profissionais capacitados para promover não só a solução do litígio, mas também a pacificação social por meio de resolução consensual do conflito, dando as partes o poder de juntos deliberar sobre o problema e construir a solução.

Entretanto, Cappelletti e Garth alertam que o Poder Judiciário sofre a constante pressão de “metas e resultados” (o que não causa estranheza se percebemos o contexto que originou o juizado de pequenas causas) e que devemos estar atentos para que essa pressão não se sobreponha os ideais presentes nesta “terceira onda” de acesso à justiça e “que nunca venham a subverter os fundamentos de um processo justo<sup>13</sup>”.

Concretamente, os mecanismos inovadores que possuem capacidade de promover uma justiça consensual previstas na Lei. 9.099/1995 são: 1) a mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública; 2) a composição dos danos civis; 3) e a transação penal; conforme destaca Ribeiro:

É a partir dos anos 1980, naquele movimento da “terceira onda” de que fala Cappelletti, que, mesmo tardiamente, no Brasil, incluem-se os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, materializando as reformas tendentes a informalizar o acesso à Justiça. Mais especificamente no que diz respeito aos Juizados Especiais Criminais, os mecanismos inaugurados pela Lei nº 9.099/1995 representaram a mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, ao permitir que a composição dos danos civis e a transação penal sejam causa de extinção da pretensão punitiva do Estado. No primeiro caso, da composição dos danos civis, prevista no artigo 72 a Lei nº 9.099/1995, essa corresponde a um acordo entre os envolvidos, que, homologado pelo juiz, tem por consequência a declaração de extinção da punibilidade do agente. Quanto à transação penal, disciplinada no artigo 76 da mesma lei, essa constitui, desde que atendidas as condições legais, na proposta, pelo Ministério Público, de aplicação imediata de uma pena restritiva de direito ou multa, gerando, igualmente, a extinção da punibilidade do autuado. Como se observa, o que a lei prevê é a instituição do espaço do consenso onde, antes, só havia lugar para a justiça punitiva.

Portanto os princípios do método consensual são: disponibilidade da ação penal pública ainda que mitigada, a oralidade, a informalidade e a celeridade;

---

nas sociedades modernas. (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 72)

<sup>13</sup> Ibidem, p. 164.

e os marcos dos mecanismos conciliatórios seriam a composição de danos e a transação penal<sup>14</sup>. Além disso, a priorização de uma justiça conciliativa resgata a participação da vítima no processo penal:

Finalmente, a priorização de uma justiça conciliatória valorizaria a figura da vítima, até então silenciada no processo penal, passando ela a assumir um papel ativo na satisfação de seus interesses cíveis e penais, favorecendo, também isso, a pacificação social.<sup>15</sup>

Cumpra ainda destacar que a maioria das críticas a lei dos juizados especiais é constituída pela inconstitucionalidade dos mecanismos consensuais pois feririam o devido processo legal e presunção da inocência já que constituiriam uma verdadeira condenação sem processo. Entretanto, a crítica que se pretende fazer neste trabalho é se realmente há efetiva capacidade consensual destes mecanismos e da eliminação da estigmatização causado pelo efeito punitivo.

O que se observa sobre a composição de danos civis é que o conciliador possui uma margem muito limitada de atuação, dispondo apenas do esforço de obter uma renúncia ao exercício do direito de queixa ou de representação por parte da vítima, ou um acordo patrimonial de forma a não haver o prosseguimento do litígio. Ribeiro destaca ainda que o caráter formal presente nas audiências preliminares dificulta a conciliação, pois expõe os envolvidos “à austeridade e à formalidade do ato judicial”:

Acrescente-se a isso o fato de a audiência preliminar – em que é promovida essa tentativa de composição contar com a previsão da presença do juiz, sob cuja orientação age o conciliador, e do promotor de justiça (Lei nº 9.099/1995, art. 72 e seguintes), o que continua a expor as partes em conflito à austeridade e à formalidade do ato judicial, a que de fato corresponde, o que, por óbvio, não favorece a tentativa de verdadeira reconstrução da proximidade entre os envolvidos na situação problemática, de modo inclusive a evitar futuros confrontos mais graves, tendo em vista que, em geral, os contendores – sobretudo no caso de crimes contra a honra ou de crimes de ameaça – mantinham algum nível de relacionamento abalado ou destruído pela situação problemática que os levou até ali.

No que se refere a transação penal, esta não pode ser considerada como um método efetivamente consensual, pois as partes não deliberam em conjunto. O

---

<sup>14</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES Antônio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. **Juizados especiais criminais**, 2 ed. São Paulo: RT, 1997, p. 81.

<sup>15</sup> RIBEIRO, op. Cit., p. 29.



que ocorre é que o Ministério Público propões os termos do acordo e a outra parte ou aceita, ou se sujeita ao processo ordinário. Nessa esteira, Karan<sup>16</sup> bem conclui:

Trata-se, pois de uma negociação cujo escopo é fazer com que uma das partes tenha sempre assegurada sua satisfação, nada tendo a perder, enquanto a outrem além de negociar sob pressão, nada terá a ganhar

Portanto, resta claro as limitações do atual modelo de justiça consensual oferecido pelos mecanismos da composição dos danos civis e da transação penal. Uma maneira de superar essas barreiras seria investir em um modelo mais completo como o proposto pela Justiça Restaurativa. Atualmente tramita no congresso um projeto de lei que pretende introduzir a Justiça Restaurativa no Código de Processo Penal e na Lei dos Juizados Especiais, conforme observa Rafael Moreira<sup>17</sup>:

Em 05.05.2005, o IDCB – Instituto de Direito Internacional de Brasília – apresentou à Comissão de Legislação Participativa da Câmara dos Deputados a Sugestão 98/2005, propondo audiência pública para debater sobre a justiça restaurativa no Brasil. A justificativa do autor da proposição residiu na efetivação de um novo modelo de justiça criminal, recomendado pela ONU; na necessidade de que a Justiça ofereça uma resposta mais adequada ao crime; em um novo olhar sobre o crime, para vê-lo como uma violação nas relações do infrator com a vítima e com a comunidade. Implementado em alguns países, o novo modelo diminuiu a violência e aumentou a participação da comunidade na resolução de seus próprios problemas.

Em 02.05.2005, o Instituto de Direito Comparado encaminhou à Comissão de Legislação Participativa a Sugestão 99/2005, para introduzir a justiça restaurativa nos procedimentos previstos no Código de Processo Penal e na Lei dos Juizados Especiais.

A Proposição 98/2005 foi aprovada, e foi realizada audiência pública em 19.10.2005, conforme dados disponíveis em <http://www.camara.gov.br/internet/agencia/materias.asp?pk=76950>.

A Proposição 99/2005 restou aprovada em maio de 2006 e foi transformada no Projeto de Lei 7.006/2006, que estabelece alterações na lei penal para facultar o uso de procedimentos da justiça restaurativa no sistema de justiça criminal.

Alguns pontos interessantes do projeto que vale destaque: o caráter facultativo e complementar da Justiça Restaurativa; a criação de núcleos de

---

<sup>16</sup> KARAN, Maria Lúcia. **Juizados especiais criminais**: a concretização antecipada do poder de punir. São Paulo: RT, 2004, p.39.

<sup>17</sup> MOREIRA, Rafael Martins Costa. Op. Cit., p. 8.

justiça restaurativos, que serão espaços onde facilitadores, por meio de práticas e atos restaurativos, promoverão encontros entre a vítima e o autor do fato delituoso e ainda quando apropriado com outros membros da comunidade afetados que participarão ativamente na resolução dos conflitos; quando presentes os requisitos para o procedimento restaurativo o juiz com o aceitação do Ministério Público poderá enviar inquéritos policiais e autos de ação penal para o núcleo restaurativo.

Se e quando convertido em lei, esse projeto propiciará um amplo leque de medidas restaurativas a serem aplicados aos delitos. Ribeiro<sup>18</sup> chama atenção para o fato de que a Justiça Restaurativa mesmo ainda fora do plano positivo no Brasil já alcança bons resultados sobretudo no âmbito do abuso de drogas e da juventude em conflito com a lei.

Como destaca Lara, são exemplos desses casos de sucesso: Rio Grande de Sul (Justiça para o século XXI), São Paulo (nas escolas e na Justiça Infração), no Distrito Federal (crimes de menor potencial ofensivo), Maranhão (na comunidade e na Justiça [em São José de Ribamar]), além do programa mineiro, no CIA-BH e no Juizado Especial Criminal-JECrim<sup>19</sup>.

Em que se pese o sucesso desses projetos, observa-se o desperdício de todo potencial que a Justiça Restaurativa pode atingir. Se pretendemos caminhar no sentido de alcançarmos uma justiça consensual mais ampla e incluyente devemos investir em um modelo que se encontre justamente fora do âmbito jurisdicional (entretanto sob o controle desse para assegurar as garantias fundamentais). Isso porque, conforme analisado, à austeridade e formalismo do Poder Judiciário inibe a transformação da proximidade entre os envolvidos na situação problemática. Além disso, Ribeiro<sup>20</sup> destaca:

(...) a deficiência do atual modelo, dentre outras razões, é representada pelo fato de sua implementação operacional ser atribuída à classe dos profissionais do direito, aqui representada pelo conciliador, pelo juiz e pelo promotor de justiça, referidos nos artigos 72 e seguintes da Lei nº 9.099/1995, "que não podem se desprender dos velhos vícios de seu ofício e práticas quando se colocam no papel de um mediador", contaminando "a mediação com um imaginário derivado do juridicismo improdutivo e inoperante, resultado do que eu chamo

---

<sup>18</sup> RIBEIRO, op. Cit., p. 43.

<sup>19</sup> LARA, Caio Augusto Souza. A justiça restaurativa como via de acesso à justiça. 2013. 101f. Dissertação (Mestrado em Direito).

<sup>20</sup> RIBEIRO, op. Cit., p. 43.

de o outro lado do ofício de mediador: o advogado que todo mediador é e não consegue reprimir

Acreditamos que a Justiça Restaurativa possa complementar o atual modelo de justiça, oferecendo efetivamente uma alternativa aos espaços de justiça punitivista, instituindo mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos. E isto poderia nos levar, talvez, na ideia sugerida por Cappelletti e GARTH, há uma quarta onda de acesso à justiça.

### 3. CONCLUSÕES

O presente trabalho, no alcance de suas possibilidades, buscou analisar a Justiça Restaurativa como um modelo de justiça consensual capaz de superar os limites e críticas encontradas no modelo atual.

Foram identificados os mecanismos de justiça consensual presentes em nosso ordenamento e sua incapacidade de promover esse espaço verdadeiramente consensual. Observou-se que essa incapacidade se deve: 1) à própria natureza formal do âmbito judicial; 2) ao fato do juiz conciliador possuir pouco espaço para promover a composição dos danos civis, se resumindo em obter uma renúncia ao exercício do direito de queixa ou representação, ou um acordo de forma a evitar o processo ordinário; 3) à transação penal não ser, verdadeiramente, um consenso entre as partes.

A Justiça Restaurativa se mostra como um meio adequado de satisfazer as necessidades que o atual sistema de justiça consensual não logra êxito em corresponder, o caráter transformativo da justiça restaurativa envolve não só uma forma de resolver um crime e reparar o dano, mas uma transformação da sociedade como um todo para que comportamentos e atos destrutivos sejam evitados, agindo tanto no campo jurídico quanto no político, diminuindo a violência e aumentando as liberdades, aproximando-se assim do ideal de justiça.

### 4. REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

\_\_\_\_\_. **Direitos humanos: entre a violência estrutural e a violência penal**. Universidade de Saarland, Alemanha, 1993.

CAMPBELL, D. **Writing Security: United States Foreign Policy and the Politics of Identity**. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1992.

- COSTA ANDRADE, Manuel da. **A vítima e o problema criminal**. Coimbra: Separata do volume XXI do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1980, p. 11.
- JOHNSTONE, G. & VAN NESS, D. (Eds). **Handbook of Restorative Justice**. Cullompton (UK): Willan Publisher, 2011.
- PALLAMOLLA, Raffaella da Porciúncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCrim, 2009.
- SANTOS, Claudia Cruz. **A justiça restaurativa: um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal: porquê, para quê e como?** Coimbra: Coimbra Editoria, 2014.
- WALKER, R. B. J. "Ethics, modernity, community". **Inside/Outside: International Relations as Political Theory**. Cambridge: Cambridge University Press, 1993; CAMPBELL, D. **Writing Security: United States Foreign Policy and the Politics of Identity**. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1992; ASHLEY, R. Untying the Sovereign State: A Double Reading of the Anarchy Problematique. **Millennium - Journal of International Studies**, v.17, n.2, p.227-262, 1988; RAE, H. **State Identities and the Homogenisation of Peoples**. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.
- ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1991.
- ZEHR, Howard. **Trocando as Lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça**. São Paulo: Palas Athena, 2018.
- \_\_\_\_\_. **Justiça Restaurativa**. São Paulo: Palas Athena, 2012.



---

# ANALOGIA, COSTUMES E PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO

---

*Reis Friede*<sup>1</sup>

**Resumo:** o ordenamento jurídico constituiu-se em um sistema de normas jurídicas, do que se infere que as normas em questão não se encontram dispostas isoladamente, mas se relacionam umas com as outras, formando um *sistema* provido dos *atributos* da *unidade*, *coerência* e *completude*. Por *completude*, segundo BOBBIO, “entende-se a propriedade pela qual um ordenamento jurídico tem uma norma para regular qualquer caso”. Por sua vez, a ausência de uma norma é tradicionalmente denominada de *lacuna*, problema que, nos termos da atual Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, há de ser solucionado através dos mecanismos supletivos: *analogia*, *costume* e *princípios gerais do Direito*.

**Palavras-chave:** lacuna; analogia; costume; princípios gerais do Direito.

## ANALOGY, CUSTOM AND THE GENERAL PRINCIPLES OF LAW

**Abstract:** the legal order has constituted itself as a system of legal standards, which makes us infer that these standards are not singly arranged, but relating to each other, forging a *system* provided with the *attributes* of *unity*, *coherence* and *completeness*. The term *completeness*, according to BOBBIO, “is understood as the quality of the legal order that has a rule for each case”. On the other hand, the lack of a rule is traditionally called *gap*, a problem that, according to the current Law of Introduction to the Norms of Brazilian Law (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB), has to be solved through one of the supplementary mechanisms: *analogy*, *custom* and the *general principles of Law*.

**Keywords:** gap; analogy; custom; general principles of Law.

---

<sup>1</sup> Desembargador Federal, Presidente do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (biênio 2019/21), Mestre e Doutor em Direito e Professor da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Site: <https://reisfriede.wordpress.com/> . E-mail: [reisfriede@hotmail.com](mailto:reisfriede@hotmail.com) .

## 1. INTRODUÇÃO

Com o surgimento do Estado moderno, fundado no primado da lei, pretendeu-se, entre outros aspectos, construir um sistema jurídico cujas regras positivas fossem suficientemente abrangentes, de modo a abarcar todas as situações jurídicas passíveis de serem estabelecidas no âmbito das relações intersubjetivas. Tal aspiração revela uma verdadeira utopia do ser humano, dada a incontestável impossibilidade de o Direito estatal prever e regular o amplo universo das relações sociais dotadas de relevância jurídica, sobretudo se considerarmos que o legislador, enquanto ser falível e limitado no que se refere ao poder de previsão, não consegue acompanhar *pari passu* a dinâmica transformadora da realidade social. Assim, não raro aparecem casos desprovidos de previsão normativa, originando as denominadas *lacunas*, que necessitam ser colmatadas.

## 2. LACUNAS

O termo *lacuna*, para DINIZ (2002, p. 70), pode ser conceituado como sendo “faltas ou falhas de conteúdos de regulamentação jurídico-positiva para determinadas situações fáticas, que admitem sua remoção por uma decisão judicial jurídico-integradora”. Ainda segundo DINIZ (2001, p. 10), constitui-se a *lacuna* em um estado incompleto do sistema, defeito que necessita ser colmatado, do que resulta a importante missão a ser desempenhada pelo art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/42), regra que concebe ao “magistrado, impedido de furtar-se a uma decisão, a possibilidade de integrar ou preencher a lacuna, de forma que possa chegar a uma solução adequada”. Tal providência, que a doutrina convencionou chamar de integração normativa, caracteriza o “desenvolvimento aberto do Direito, dirigido metodicamente, em que o aplicador adquire consciência da modificação que as normas experimentam, continuamente, ao serem aplicadas às mais diversas relações da vida, chegando a apresentar, na ordem normativa, omissões concernentes a uma nova exigência da vida”. Com efeito, identificada uma lacuna, cumpre ao intérprete solucioná-la, devendo, para tanto, proceder nos termos do art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

STRECK (2007, p. 104-105) comenta que “a discussão sobre a existência ou não de lacunas no Direito” adquire relevância, fundamentalmente, sob dois pontos

de vista. De início, segundo assevera STRECK, o debate em torno da questão “é importante para a própria Dogmática Jurídica, na medida em que a tese das lacunas serve como forte entendimento norteador e, também, como sustentáculo ao Direito visto de maneira circular e controlado”; ademais, prossegue o ilustre professor, atua como “argumento desmistificador do próprio dogma do Direito baseado no modelo napoleônico, pois pode-se entender, sem dúvida, que, quando o juiz está autorizado/obrigado a julgar” nos termos dos arts. 4º da LICC [atual Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro] e 126 do [antigo e ora revogado] CPC (isto é, deve sempre proferir uma decisão), isso significa que o ordenamento é, dinamicamente, completível, através de uma autorreferência ao próprio sistema jurídico”.

O texto da lavra de STRECK demonstra que o tema ora desenvolvido é objeto de controvérsia na doutrina. Assim, no âmbito da presente questão, DINIZ (2001, p. 94) assevera que alguns autores rejeitam a existência de lacunas no sistema em si, sob o principal argumento de que o ordenamento forma um todo orgânico suficientemente capaz de disciplinar todos os comportamentos humanos. KELSEN, lembrado por DINIZ (2001, p. 100), rejeita a ideia “de lacunas no sistema, pois todo e qualquer comportamento pode ser considerado como regulado – num sentido positivo ou negativo – pela ordem jurídica”, disso resultando “o caráter da completude ou da plenitude do sistema normativo”. Na concepção de KELSEN, consoante afirma DINIZ, “as normas que o compõem contêm, em si, a possibilidade de solucionar todos os conflitos levados à apreciação dos magistrados ou órgãos competentes”. Em contraposição, outra concepção doutrinária sustenta que o sistema, por mais perfeito que possa ser, não consegue prever todas as situações fáticas que constantemente ocorrem na realidade social, admitindo, pois, o fenômeno das lacunas no âmbito do próprio sistema jurídico. DINIZ, de sua parte, não concorda com a perspectiva que concebe o sistema normativo como algo fechado, rejeitando, assim, o dogma da plenitude do ordenamento jurídico, e admitindo a ocorrência de lacuna no próprio Direito.

Ainda no que se refere ao mesmo debate, DINIZ (2001, p. 99-100) anota que uma parte da doutrina, ao examinar o problema em epígrafe, considera as lacunas jurídicas como uma questão pertinente ao âmbito processual, uma vez que, segundo tal entendimento, tais figuras “somente surgem por ocasião da aplicação de normas a determinado caso para o qual não há, real ou aparentemente, norma específica”.



Ademais, fundamentando-se no princípio da proibição do *non liquet*, há quem recuse até mesmo a própria existência de lacunas, sob o principal argumento de que existem pessoas (vale dizer, os juízes) encarregadas e obrigadas a prover uma solução para toda e qualquer questão jurídica, por mais inédita que possa ser. A tese segundo a qual não há lacunas porque há juízes não merece acolhimento, notadamente se considerarmos que a função do magistrado, neste particular, é justamente identificá-las e colmatá-las, criando apenas uma norma de caráter individual, permanecendo intacta a lacuna constatada na lei, uma vez que “o caso *sub judice* por ele resolvido não pode generalizar a solução para outros casos, mesmo que sejam idênticos”.

Destarte, não obstante os entendimentos acima citados, não há como negar a efetiva existência de lacunas no Direito, posto que, conforme bem explica DINIZ (2000, p. 443), “se não se admitisse o caráter lacunoso do Direito, sob o prisma dinâmico, o Poder Legislativo, em um dado momento, não mais teria qualquer função”, tendo em vista que “todas as condutas já estariam prescritas”, mormente diante do princípio pelo qual o que não está proibido, está prescrito.

### 3. ANALOGIA

Por mais diligente e zeloso que possa ser o legislador, é inconteste que os textos legais podem apresentar lacunas, devendo o intérprete buscar junto ao ordenamento jurídico as soluções aplicáveis ao caso lacunoso. Consciente disto, o próprio legislador, ao mesmo tempo em que estabelece que “o juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico” (art. 140 do Código de Processo Civil – Lei nº 13.015/15), por outro lado indica o norte a ser seguido para sanar eventuais imperfeições legais (lacunas), devendo o operador do Direito lançar mão da analogia, do costume e dos princípios gerais do Direito. Assim, consoante previsão contida no art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, a analogia constitui-se em um meio de integração, isto é, de preenchimento de lacunas existentes na lei, consistindo na aplicação de uma norma jurídica destinada a solucionar um determinado caso a uma hipótese semelhante e não disciplinada pelo Direito.

FERRAZ JR. (2015, p. 265) ensina que “o uso da analogia, no Direito, funda-se no princípio geral de que se deva dar tratamento igual a casos semelhantes”, razão

pela qual “a semelhança deve ser demonstrada sob o ponto de vista dos efeitos jurídicos, supondo-se que as coincidências sejam maiores e juridicamente mais significativas que as diferenças”. Assim, segundo o referido autor, “demonstrada a semelhança entre dois casos, o intérprete percebe, simultaneamente, que um não está regulado e aplica a ele a norma do outro”.

Segundo tal raciocínio, o emprego da analogia requer a observância de alguns requisitos apontados pela doutrina. Em primeiro lugar, deve-se verificar se o caso apresentado não se encontra efetivamente disciplinado pelo Direito, ou seja, se há mesmo uma *lacuna*, exatamente por inexistir texto legal que lhe seja aplicável. Ademais, a aplicação de uma regra do ordenamento jurídico a um caso não regulamentado exige que se constate a existência de *semelhança* entre as duas hipóteses cogitadas (a regulada e a não disciplinada). É necessário, ainda, que as *mesmas razões* essenciais que conduziram o intérprete a decidir o caso regulado pelo Direito, empregando, para tanto, uma determinada regra jurídica existente no ordenamento, estejam presentes na decisão a ser tomada quanto ao caso lacunoso; este, por ser semelhante àquele, também sofrerá a incidência da mesma regra, conforme precisa lição de REALE:

“O processo analógico é, no fundo, um raciocínio baseado em razões relevantes de similitude. Quando encontramos uma forma de conduta não disciplinada especificamente por normas ou regras que lhe sejam próprias, consideramos razoável subordiná-la aos preceitos que regem relações semelhantes, mas cuja similitude coincida em pontos essenciais.” (REALE, 2002, p. 85)

### 3.1. Analogia e Interpretação Analógica

Embora pareçam significar a mesma figura jurídica, analogia e interpretação analógica são noções que não se confundem. Como vimos, analogia é meio de integração, isto é, de preenchimento de lacunas existentes na lei. A interpretação analógica, por sua vez, consiste na busca da vontade da norma, o que se dá pela análise das fórmulas usadas pelo próprio legislador quando da construção do texto legal. Significa dizer, portanto, que na interpretação analógica não existe lacuna, pois o próprio legislador sinaliza a possibilidade de se aplicar tal raciocínio ao caso concreto.

A título de exemplo, cumpre analisar o disposto no art. 121, parágrafo 2º,

inciso I, do Código Penal, segundo o qual a conduta consistente em matar alguém, “mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe”, configura crime de homicídio qualificado. Nota-se, de acordo com o referido dispositivo do Código Penal, que não somente a *paga* e a *promessa de recompensa*, mas também qualquer *outro motivo torpe*, possibilitam a incidência da mesma circunstância qualificadora. O legislador, ao fazer uso da expressão *outro motivo torpe*, demonstrou sua intenção de abarcar, também como qualificadora do crime de homicídio, toda e qualquer motivação que, sendo semelhante àquelas expressamente indicadas no texto legal (*paga* e *promessa de recompensa*), sejam igualmente torpes, repugnantes, ignóbeis, etc, tal como o caso em que o filho mata o próprio pai para viabilizar o recebimento da herança.

### 3.2. Analogia e Direito Penal

De início, cumpre registrar que nada impede que se utilize a analogia em matéria penal. O Direito Penal, como qualquer outro ramo, pode sim apresentar lacunas, passíveis de serem supridas através dos meios de integração, inclusive pela analogia. No entanto, tendo em vista o princípio da legalidade penal (“não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” – art. 5º, inciso XXXIX, da CF e art. 1º do CP), em nenhuma hipótese o processo analógico poderá ser empregado a fim de viabilizar a responsabilização penal de alguém que tenha praticado uma conduta que se revela apenas *semelhante* àquela prevista na lei penal como infração penal (crime ou contravenção penal). Com efeito, segundo pacífico entendimento jurisprudencial, tal raciocínio analógico em Direito Penal somente é admitido em benefício do réu, caracterizando, assim, a denominada analogia *in bonam partem* (analogia benéfica), sendo vedada a analogia *in malam partem* (analogia prejudicial), conforme se depreende do julgado abaixo transcrito:

“1. A analogia, ainda que *in bonam partem*, pressupõe lacuna, omissão na lei, o que não se verifica na hipótese, em que é evidente no Código Penal Militar a vontade do legislador de excluir o perdão judicial do rol de causas de extinção da punibilidade.

2. Ainda que fosse o caso de aplicação da analogia, necessário seria o exame do conjunto fático-probatório para perquirir a gravidade ou não das consequências do crime para o paciente, o que é inviável na via estreita do *writ*. 3. Ordem denegada.”

(STF, Primeira Turma, *Habeas Corpus* nº 116.254/SP, Rel. Min. ROSA WEBER, julgamento em 25.06.2013)

“O sinal de TV a cabo não é energia e, assim, não pode ser objeto material do delito previsto no art. 155, § 3º, do Código Penal. Daí a impossibilidade de se equiparar o desvio de sinal de TV a cabo ao delito descrito no referido dispositivo. Ademais, na esfera penal não se admite a aplicação da analogia para suprir lacunas, de modo a se criar penalidade não mencionada na lei (analogia *in malam partem*), sob pena de violação ao princípio constitucional da estrita legalidade. precedentes. Ordem concedida.”

(STF, Segunda Turma, *Habeas Corpus* nº 97.261/RS, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, julgamento em 12.04.2011)

#### 4. COSTUME JURÍDICO

É cediço que o Direito brasileiro, por razões históricas, é predominantemente escrito, figurando a lei como a principal fonte do sistema normativo pátrio. Não obstante, a presente constatação não afasta a possibilidade de haver normas jurídicas não escritas (costumeiras ou consuetudinárias), cujo processo de criação, diferentemente das normas escritas, não se opera de modo institucionalizado, mas pela interferência da própria sociedade. Assim, o costume jurídico, uma das mais antigas fontes do Direito, tendo mesmo precedido a própria lei escrita, atua contemporaneamente como uma autêntica *fonte subsidiária* (secundária, mediata ou indireta) do Direito brasileiro, conforme amplamente reconhecido pela doutrina.

“Deveras, a lei, por mais extensa que seja em suas realizações, por mais que se desdobre em artigos, parágrafos e incisos, jamais poderá conter toda a infinidade de relações emergentes da vida social, que necessitam de uma garantia jurídica, devido à grande exuberância da realidade, tão variável de lugar para lugar, de povo para povo. Por isso, ante a insuficiência legal, é mister manter a seu lado, quando for omissa e quando não for possível sua extensão analógica, as *fontes subsidiárias* do Direito, que revelem o jurídico.” (DINIZ, 2002, p. 185)

Cumprir destacar, por oportuno, que o costume jurídico não se confunde com as regras de trato social (regras de boa educação, de cortesia, de higiene, usos sociais, etc), residindo a distinção fundamental na força obrigatória e

necessidade jurídica, aspectos encontrados apenas no costume, o qual pode ser definido como a norma jurídica não escrita, criada espontaneamente pela sociedade, sendo oriunda da prática constante, reiterada e uniforme de determinado comportamento, tudo aliado à convicção social acerca de sua necessidade jurídica.

Diferentemente da lei escrita, cuja elaboração é sempre certa, predeterminada e decorrente da atividade do Poder Público, que a elabora segundo os procedimentos previstos na Constituição e na legislação infraconstitucional, o surgimento de um costume jurídico, conforme leciona o insigne REALE, não tem origem certa, nem se localiza ou é suscetível de localizar-se de maneira predeterminada.

“O Direito costumeiro [...] não tem origem certa, nem se localiza ou é suscetível de localizar-se de maneira predeterminada. Geralmente não sabemos onde e como surge determinado uso ou hábito social, que, aos poucos, se converte em hábito jurídico, em uso jurídico.

O Direito costumeiro nasce por toda parte, de maneira anônima, ao passo que a lei, desde a sua origem, se reveste de segurança de certeza.”  
(REALE, 2002, p. 156)

Ademais, importante consignar que, nos termos do art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, o costume, não obstante sua inegável condição de meio de suprimento das lacunas existentes na lei, figura, ainda, como uma genuína *fonte subsidiária* do Direito pátrio. Neste particular, explica FERRAZ JR. (2015, p. 267) que “a imposição do costume como meio de integração da lei no art. 4º da Lei de Introdução cria uma subordinação daquele a esta”, motivo pelo qual, a princípio, o costume será *praeter legem* – aquele que tem por objetivo preencher eventuais lacunas –, prevalecendo, pois, a lei. Afirma-se, desta feita, que o costume jurídico, além de se caracterizar como um dos meios de suprimento de lacunas, figura também como uma autêntica fonte subsidiária do Direito brasileiro (DINIZ, 2002, p. 186).

#### **4.1. Elementos do Costume**

No que se refere ao aspecto estrutural, assevera FERRAZ JR. (2015, p. 199) que o costume possui em sua composição um *elemento substancial* (o uso

reiterado no tempo) e um *elemento relacional* (“o processo de institucionalização que explica a formação da convicção da obrigatoriedade e que se explicita em procedimento, rituais ou silêncios presumidamente aprovadores”), dos quais decorrem a validade e a eficácia da regra consuetudinária.

Com efeito, segundo pacífica doutrina, o costume jurídico possui dois elementos constitutivos: o *elemento externo* (material ou relacional) e o *elemento interno* (espiritual ou substancial). O primeiro nasce com a constância da repetição (por parte da sociedade) de determinados atos, cuja formação é lenta, longa e sedimentária. O segundo elemento, por sua vez, consiste na convicção, por parte dos membros da comunidade, de que a norma consuetudinária é juridicamente necessária. Neste sentido, adverte BITENCOURT (2011, p. 162) que a ausência de tal convicção reduz o costume a um “simples uso social, sem o caráter de exigibilidade”.

#### 4.2. Espécies de Costume Jurídico

O costume jurídico, segundo os autores que tratam do tema, admite três espécies: costume *secundum legem*, costume *praeter legem* e costume *contra legem*. Costume *secundum legem* é aquele se encontra em conformidade com a lei, servindo como instrumento de interpretação. Vale dizer, está previsto na própria lei, que reconhece sua eficácia e aplicabilidade. Por sua vez, o costume *praeter legem*, figura prevista no art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, funciona como mecanismo de suprimento de eventual lacuna, tendo, pois, nítido caráter supletivo. Por fim, costume *contra legem* é aquele que se revela contrário à lei, cuja incidência tem suscitado debate na doutrina e na jurisprudência, mormente diante do primado da lei, conforme dispõe o art. 2º, *caput*, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, segundo o qual “não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue”.

“O costume *contra legem* é o que se opõe, se mostra contrário à lei. Denomina-se *costume ab-rogatório*, pois coloca a lei à margem. Quando torna uma lei não utilizada, denomina-se *desuso*. Discute-se se é possível a prevalência de um costume desse jaez, pois a supremacia de um costume sobre a lei deixaria instável o sistema. Embora existam opiniões divergentes, a doutrina se inclina pela rejeição dessa modalidade de costume. Em princípio, somente uma lei pode revogar

outra. Esta posição, como tudo em Direito, não pode ser peremptória. Como se nota, a matéria se revolve em torno do chamado desuso da lei." (VENOSA, 2006, p. 128)

De qualquer forma, um segmento minoritário da doutrina, baseando-se no art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, segundo o qual o juiz, quando da aplicação da lei, "atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum", admite possa o magistrado aplicar um costume contrário à própria lei, entendimento que não deve ser aceito como correto, diante da prevalência da lei escrita produzida pelo Estado, uma das principais características do sistema jurídico brasileiro.

#### 4.3. Validade do Costume Jurídico

Quanto à *validade do costume*, em contraposição à *validade das leis*, FERRAZ JR. explica que a condição de validade da norma costumeira, isto é, o título que as faz normas integrantes do sistema, repousa em um elemento diferente daquele que conhecemos para as normas legais.

"Não se trata de procedimentos regulados por normas de competência, mas da própria *opinio necessitatis*, o processo de institucionalização que as consagra como normas obrigatórias. Nesse sentido, toda norma costumeira é, no fundo, uma norma-origem, pois sua validade deriva diretamente da imperatividade do sistema que acolhe o costume por meio de suas regras estruturais (por exemplo, a regra doutrinária que diz ser o uso reiterado com convicção de obrigatoriedade uma fonte normativa)." (FERRAZ JR., 2015, p. 199)

Interessante consignar que a prova do costume incumbe a quem o alega, não sendo aplicável o princípio *iura novit curia* (ao juiz é vedado desconhecer a lei). No entanto, diante de eventual notoriedade da regra consuetudinária, pode o juiz, quando admitido, aplicá-lo de ofício, exatamente o que acontece com toda e qualquer norma jurídica, não obstante possa o magistrado, quando desconhecido o costume, "exigir, de quem o alega, que o prove e de qualquer modo; à parte interessada é permitido, sem aguardar a exigência do juiz ou a contestação do adversário, produzir essa prova, por todos os meios admitidos em direito" (DINIZ, 2001, p. 120).

#### 4.4. Vigência do Costume Jurídico

A norma costumeira, assim como a norma escrita, vigora, do que decorre a importância de se fixar o termo inicial do prazo de sua vigência. Afinal, uma vez que a norma consuetudinária não é promulgada nem publicada, pode ser que surja dúvida quanto ao exato momento em que começa a vigorar. FERRAZ JR. (2015, p. 199) informa que os sistemas jurídicos modernos, objetivando resolver tal problema, estabelecem uma espécie de substituto para o instituto da promulgação – próprio da norma produzida pelo Estado. Exige-se, pois, que o costume seja provado por quem o alega, recaindo tal prova sobre o seu teor. De qualquer forma, quanto à vigência do costume, a doutrina alude às seguintes condições: continuidade, uniformidade, diuturnidade, moralidade e obrigatoriedade.

#### 4.5. Costume Jurídico e Princípio da Legalidade Penal

Segundo o princípio da legalidade penal, “não há crime sem lei anterior que o defina, não há pena sem prévia cominação legal”. É o que preceituam o art. 5º, inciso XXXIX, da CF e o art. 1º do CP. Destarte, somente uma lei ordinária – espécie normativa primária elaborada de acordo com o rito constitucional e regimentalmente previsto – pode criar infrações penais – crimes e contravenções penais – no Brasil, cuja competência legislativa é privativa da União, a ser concretizada pelo Congresso Nacional, nos termos do art. 22, inciso I, do Texto Magno, com incidência sobre toda a Federação brasileira. Como garantia política em face do poder punitivo do Estado, o princípio da legalidade penal foi inserido, ao longo do tempo, no rol dos direitos e das garantias fundamentais. Com efeito, a configuração da República Federativa do Brasil enquanto Estado Democrático de Direito impõe e justifica a adoção de tal princípio como um limite intransponível ao exercício do *jus puniendi*. Afinal, conforme afirma ROXIN (2006, p. 138), um Estado de Direito deve proteger o indivíduo não apenas através do Direito Penal, mas também do Direito Penal (“*ein Rechtsstaat den Einzelnen nicht nur durch das Strafrecht, sondern auch vor dem Strafrecht schützen soll*”). Diante de tal quadro, o princípio da legalidade penal assume importante função: garantir que o direito de punir estatal somente seja exercido de acordo com o que estiver legalmente estabelecido no ordenamento jurídico.



Com efeito, da adoção do princípio da legalidade penal decorrem algumas implicações, tais como:

a) A lei penal deve ser *precisa* e *certa*: em obediência ao princípio da legalidade penal, e para que o comportamento incriminado pelo Estado possa ser devidamente identificado e conhecido, a lei penal vale-se de uma técnica descritiva. Para tanto, opera através de modelos incriminadores (o denominado *tipo penal*). A construção dos tipos penais, obra levada a efeito pelo legislador, deve abarcar os atributos da *precisão* e da *certeza*. Significa dizer que a norma penal incriminadora deve indicar com exatidão as balizas da conduta delituosa, permitindo, assim, que o seu destinatário tenha a possibilidade de conhecer a ilicitude do fato. Conforme assevera NUCCI (2010, p. 54), o preceito incriminador genérico fere o princípio da legalidade penal. Também atento ao problema, BATISTA observa que:

“A função de garantia individual exercida pelo princípio da legalidade estaria seriamente comprometida se as normas que definem os crimes não dispusessem de clareza denotativa na significação de seus elementos, inteligível por todos os cidadãos.” (BATISTA, 1990, p. 78)

b) Não cabimento de infrações penais criadas por costume jurídico: outra implicação decorrente da incidência do princípio em tela é a impossibilidade de se adotar o costume jurídico como fonte criadora de infrações penais. É o que se depreende do art. 5º, inciso XXXIX, da CF e do art. 1º do CP. Neste sentido, leciona PRADO (2000, p. 75) que “da afirmação de que só a lei pode criar crimes e penas resulta, como corolário, a proibição da invocação do direito consuetudinário para a fundamentação ou agravação da pena, como ocorreu no direito romano e medieval”.

## 5. PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO

Inicialmente, cumpre não confundir as noções de princípios gerais de Direito com os denominados brocardos (ou aforismos jurídicos), distinção apontada por VENOSA (2006, p. 143), notadamente quando consigna que o termo *brocardo*, etimologicamente, “deriva de Burcardo, Bispo de Worms, que no início do século XI organizou uma coletânea de leis canônicas, que recebeu o nome de *Decretum Burchardi*, e que depois passaram a ser conhecidas como brocardos”, os

quais, segundo adverte DINIZ (2000, p. 462), “valem apenas como cristalizações históricas dos princípios gerais de Direito”.

Conceitualmente, *princípios*, segundo REALE (2002, p. 305), “são verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivo de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis”. Segundo explica MELLO (2012, p. 54), *princípio*, por definição, constitui-se em um “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas”, razão pela qual é cediço que “violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma”, uma vez que a sua inobservância “implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos”.

REALE (2002, p. 306-307), aludindo à previsão contida no art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, assevera que o Direito contemporâneo cada vez mais tem contemplado tais princípios como instrumento de preenchimento de lacunas, não sendo esta, no entanto, a única função por eles desempenhada no âmbito do sistema jurídico. De fato, nos termos do aludido art. 4º, os princípios gerais de Direito (juntamente com a analogia e os costumes jurídicos) consistem em autêntica fonte subsidiária do Direito brasileiro, funcionando como meio de suprimento de lacunas, motivo pelo qual, consoante adverte DINIZ (2000, p. 457), os princípios gerais não podem opor-se “às disposições do ordenamento jurídico, pois devem fundar-se na natureza do sistema jurídico, que deve apresentar-se como um ‘organismo’ lógico, capaz de conter uma solução segura para o caso duvidoso”.

VENOSA (2006, p. 141) também insere aos princípios gerais de Direito entre as fontes subsidiárias, atuando, pois, como o “último elo a que o juiz deve recorrer perante a lacuna legal”. Significa dizer que, em sistemas como o nosso, a solução jurídica para o caso há de ser buscada, em primeiro lugar, nos próprios textos legais. Não as encontrando, deve o operador do Direito lançar mão da analogia. Sendo igualmente incabível o raciocínio analógico – por não estarem presentes os requisitos exigidos pela doutrina –, o costume jurídico afigura-se como o próximo recurso a ser manejado. Se também não houver norma consuetudinária utilizável, os princípios gerais do Direito apresentam-se como o terceiro instrumento disponível.

“O postulado da plenitude da ordem jurídica, pelo qual o Direito Positivo não apresenta lacunas, sendo pleno de modelos para reger os fatos sociais e solucionar os litígios, torna-se possível no plano prático em face dos princípios gerais de Direito. Na esteira de quase todos os códigos estrangeiros, o Direito brasileiro consagrou-os como o último elo a que o juiz deverá recorrer, na busca da norma aplicável a um caso concreto. Os princípios gerais de Direito garantem, em última instância, o critério de julgamento. Malgrado o legislador pátrio se refira especificamente ao juiz, na realidade dirigem-se os princípios aos destinatários do Direito em geral.” (NADER, 2017, p. 200)

Ainda no que concerne ao plano conceitual, VENOSA (2006, p. 142), refletindo a respeito da clássica dicotomia entre Jusnaturalismo e Juspositivismo, explica que, segundo a última perspectiva, “os princípios gerais de Direito são aqueles norteadores do ordenamento, extraídos das diversas regras particulares”; diferentemente, para os jusnaturalistas, tais “princípios se identificam com o Direito Natural, como reflexos de leis permanentes da natureza humana e da natureza das coisas”. NADER, por sua vez, também aborda o mesmo embate relativo à natureza dos princípios gerais de Direito, apontando a seguinte distinção, tendo como foco o binômio *Direito Natural – Direito Positivo*.

“O positivismo, que tem a Escola Histórica do Direito, nesse particular, como aliada, sustenta a tese de que os princípios gerais de Direito são os consagrados pelo próprio ordenamento jurídico e, para aplicá-los, o juiz deverá ater-se objetivamente ao Direito vigente sem se resvalar no subjetivismo. As afirmações desta corrente, em síntese, são as seguintes:

- a) os princípios gerais de Direito expressam elementos contidos no ordenamento jurídico;
- b) se os princípios se identificassem com os do Direito Natural, abrir-se-ia um campo ilimitado ao arbítrio judicial;
- c) a vinculação de tais princípios ao Direito Positivo favorece a coerência lógica do sistema;
- d) os ordenamentos jurídicos possuem um grande poder de expansão, que lhes permite resolver todas as questões sociais.

Para a corrente jusnaturalista ou filosófica, da qual GIORGIO DEL VECCHIO é o expoente máximo, os princípios gerais de Direito são de natureza suprapositiva, constantes de princípios eternos, imutáveis e universais, ou seja, os do Direito Natural. O jusfilósofo italiano argumenta que, ainda na hipótese de a lei expressamente indicar, por princípios, os constantes no ordenamento jurídico, como o fez o

---

Código Civil Italiano, os que deverão ser aplicados serão os do Direito Natural, de vez que, ao elaborar as leis, o legislador se guia por eles.” (NADER, 2017, p. 200)

Objetivando esclarecer o significado da locução *princípios gerais de Direito*, PUIGARNAU, citado por NADER (2017, p. 200), empreende uma análise semântica a respeito de tal expressão, dela destacando a *princípioalidade* (*princípios*: “ideia de fundamento, origem, começo, razão, condição e causa”), a *generalidade* (*gerais*: “ideia de distinção entre o gênero e a espécie e a oposição entre a pluralidade e a singularidade”) e a *juridicidade* (*de direito*: “caráter de juridicidade; o que está conforme a reta; o que dá a cada um o que lhe pertence”) como marcas dominantes.

Em relação à origem e ao fundamento dos princípios gerais de Direito, REALE (2002, p. 308-309 e 312) adverte que o tema é controvertido, existindo vários entendimentos a respeito. Um deles, segundo o professor REALE, fundamenta “a aplicação dos princípios gerais pelo simples fato de estarem implícitos na legislação positiva, da qual são extraídos através de um processo de indução e abstração”, sendo válidos, portanto, somente “quando determinados em função do sistema de normas vigente em cada nação”, teoria – de nítido matiz nacionalista – que goza de um reduzido número de adeptos. Uma segunda perspectiva teórica assevera que “os princípios gerais seriam antes comuns ao Direito Positivo brasileiro, ao alemão, ou inglês, apesar de naturais variantes em sua aplicação”, sendo que, à luz de tal entendimento, “se houver lacuna no Código Civil ou em nossos Códigos de Processo, deve o intérprete apoiar-se na solução dada por outras legislações que tenham conosco maior afinidade cultural e moral, pois, em última análise, os princípios gerais de Direito seriam os do Direito Comparado”. Por fim, uma terceira corrente teórica “não compreende os princípios gerais de Direito tão somente em função das normas positivas, historicamente reveladas no Brasil e nas demais nações, entendendo que eles se legitimam como pressupostos de natureza lógica ou axiológica, isto é, como princípios de Direito Natural”.

### 5.1. Distinção entre Princípios e Regras

Por oportuno, cabe discorrer sobre a distinção entre *princípios* e *regras* levada a efeito pela doutrina, que adota, como um dos diversos critérios de diferenciação, o alto grau de *generalidade* e *abstração* encontrado nos primeiros. É o que pensa, por exemplo, BOBBIO (2003, p. 81), para quem os princípios podem ser conceitualmente concebidos como “normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais”. No mesmo sentido, e considerando o mesmo

aspecto diferencial, SARMENTO, após afirmar que “a concepção que negava força normativa aos princípios” (em razão de seu caráter fluido e indeterminado) encontra-se atualmente superada, aponta a seguinte distinção:

“Os princípios representam as traves-mestras do sistema jurídico, irradiando seus efeitos sobre diferentes normas e servindo de balizamento para a interpretação e integração de todo o setor do ordenamento em que radicam. Revestem-se de um grau de generalidade e de abstração superior ao das regras, sendo, por consequência, menor a determinabilidade do seu raio de aplicação. Ademais, os princípios possuem um colorido axiológico mais acentuado do que as regras, desvelando mais nitidamente os valores jurídicos e políticos que condensam.” (SARMENTO, 2003, p. 42)

Tal distinção entre regras e princípios ensejou um emblemático – e sempre recordado – debate travado entre RONALD DWORKIN e HEBERT HART. Na obra *Levando os Direitos a Sério*, DWORKIN (2002, p. 39) assinala que as *regras*, diferentemente dos *princípios*, são aplicadas pelo método do “*tudo ou nada*”, ou seja, possuem uma *dimensão de validade*. Significa dizer que, presentes os fatos que a mesma estabelece, isto é, concretizada a sua hipótese de incidência, a regra será considerada: *a) válida* (e, por conseguinte, a consequência normativa prevista deverá ser igualmente aceita) ou *b) inválida*. DWORKIN afirma que o sistema concebido pelo Positivismo Jurídico de HART, por ser integrado apenas por regras, acaba por ensejar um problema, tendo em vista que estas são insuficientes para prover uma solução para os chamados *casos difíceis*, motivo pelo qual propõe um modelo constituído também por princípios.

## 6. CONCLUSÃO

Com o surgimento do Estado moderno, fundado no primado da lei, pretendeu-se construir um sistema jurídico cujas regras positivas fossem suficientemente abrangentes, de modo a abarcar todas as situações jurídicas passíveis de serem estabelecidas no âmbito das relações intersubjetivas. Tal aspiração revela uma verdadeira utopia do ser humano, dada a impossibilidade de o Direito estatal prever e regular o amplo universo das relações sociais dotadas de relevância jurídica. Assim, não raro aparecem casos desprovidos de previsão normativa, originando as denominadas *lacunas*, que necessitam ser colmatadas através dos meios de suprimento previstos no art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: *analogia, costumes e princípios gerais do Direito*.

## 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*, Rio de Janeiro, Revan.
- BITENCOURT, Cezar. *Tratado de Direito Penal, Parte Geral*, v. 1, 16ª ed., São Paulo, Saraiva, 2011.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*, 2ª ed., São Paulo, Edipro, 2003.
- BRASIL. STF, Primeira Turma, *Habeas Corpus* nº 116.254/SP, Rel. Min. Rosa Weber, julgamento em 25.06.2013.
- \_\_\_\_\_. STF, Segunda Turma, *Habeas Corpus* nº 97.261/RS, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 12.04.2011.
- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, 12ª ed., São Paulo, Saraiva, 2000.
- \_\_\_\_\_. *As Lacunas no Direito*, 7ª ed., São Paulo, Saraiva, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*, 8ª ed., São Paulo, Saraiva, 2001.
- DWORKIN, RONALD. *Levando os Direitos a Sério*, trad. de Nelson Boeira, São Paulo, Martins Fontes, 2002.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito, Técnica, Decisão, Dominação*, 8ª ed., São Paulo, Atlas, 2015.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao Estudo do Direito*, 27ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2000.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 29ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2012.
- NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*, 39ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2017.
- NUCCI, Guilherme. *Código Penal Comentado*, 10ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais 2010.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro, Parte Geral*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.
- REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*, 26ª ed., São Paulo, Saraiva, 2002.
- ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*, trad. de Luís Greco, Rio de Janeiro, Renovar, 2006.
- SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003.
- STRECK, Lenio. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito*, 7ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007.
- VENOSA, Sílvio. *Introdução ao Estudo do Direito – Primeiras Linhas*, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 2006.



---

# *LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DIREITO À COMUNICAÇÃO: COMPARATIVO ENTRE AS DEMOCRACIAS CONSTITUCIONAIS BRASILEIRA E ESTADUNIDENSE*<sup>1</sup>

---

*Stella Guilherme Panno*<sup>2</sup>

*Renata Lourenço Richter*<sup>3</sup>

**Resumo:** No enfoque deste trabalho, as locuções liberdade de expressão e comunicação democrática designam um direito fundamental de dimensões institucionais e subjetivas. Institucionais, visto que corroboram para a formação de uma opinião pública independente, garantem o pluralismo político e o bom desenvolvimento de um regime democrático; e subjetivas, em virtude da vasta possibilidade de interpretação quanto aos seus limites. Assim, este artigo persegue essencialmente dois objetivos: (i) avaliar como o ordenamento jurídico brasileiro garante a liberdade de expressão e comunicação; (ii) demonstrar o leque de interpretações sobre o tema a partir de um estudo de casos da Suprema Corte Norte-Americana. Dessa maneira, seria possível observar desenhos constitucionais distintos entre o Brasil e os Estados Unidos e como cada um compatibiliza a amplitude da liberdade de expressão e comunicação com a proteção do indivíduo contra possíveis prejuízos advindos dessa liberdade.

**Palavras-chave:** liberdade de expressão, direito à comunicação, democracia, direito constitucional, Suprema Corte Norte-Americana.

---

<sup>1</sup> Artigo orientado pela Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup>. Maria Lúcia de Paula Oliveira junto à Liga Acadêmica de Direito Internacional (LADIN) e o Grupo de Pesquisa de Filosofia do Direito, ambas entidades autônomas no curso de Direito da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro.

<sup>2</sup> Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO); pesquisadora de Iniciação Científica do projeto “Direito à Comunicação como direito fundamental e sua efetivação por meio de políticas públicas em tempos de constitucionalismo global” e membro da LADIN; stellapanno@hotmail.com

<sup>3</sup> Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO) e membro da LADIN; renata.richter@edu.unirio.br



**Abstract:** In the focus of this article, the voiceovers freedom of expression and democratic communication designate a fundamental right of institutional and subjective dimensions. Institutional, since they support the formation of an independent public opinion, guarantee political pluralism and the good development of a democratic regime; and subjective, by virtue of the vast possibility of interpretation as to their limits. Therefore, this article essentially pursues two objectives: (i) to assess how the Brazilian legal system guarantees freedom of expression and communication; (ii) demonstrate the range of interpretations on the subject from a case study of the North American Supreme Court. In this way, it would be possible to observe different constitutional designs between Brazil and the United States and how each relates the extent of freedom of expression and communication with the protection of the individual against possible damages arising from this freedom.

**Keywords:** freedom of expression, right to communication, democracy, constitutional law, U.S. Supreme Court

## INTRODUÇÃO

De acordo com Maria Cristina Castilho, estudos apontam que a censura é um processo psicossocial, representando o conflito da individualidade com a força hegemônica da cultura. Sendo assim, o ser humano como ser social por excelência necessita da proteção e garantia de se comunicar e trocar informações, sendo a liberdade de expressão importante para a autodeterminação da pessoa humana e para existência do regime democrático.

Dessa forma, o presente artigo, pretende examinar o modo como a liberdade de expressão e comunicação são interpretadas em diferentes países e contextos históricos, mais especificamente as divergências desse direito no Brasil e nos Estados Unidos. Para tal, em um primeiro momento, serão feitas considerações acerca do direito à liberdade de expressão, com referências à doutrina e história sobre o tema. Em sequência, serão apresentados dois casos da Suprema Corte Norte-Americana que revelam uma abordagem mais ampla que a brasileira sobre o assunto.

Por fim, serão relatadas jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça (STJ) a fim de exemplificar as nuances da liberdade de expressão que se distanciam daquelas apresentadas pelos casos norte-americanos. Dessa maneira, é possível demonstrar como cada país constrói uma linha jurídico-interpretativa para a temática de acordo com sua experiência democrática, além da atualidade da discussão.

Quanto à metodologia adotada, foram realizadas pesquisas bibliográficas, com consulta de livros, artigos científicos, dissertações e teses tanto para a análise dos conceitos mais gerais, os quais se relacionam com o tema e contribuem para o seu desenvolvimento, quanto para a busca de informações mais específicas e direcionadas ao assunto principal. Também foram feitas pesquisas jurisprudenciais da Corte Brasileira e Suprema Corte Norte Americana, a fim de traçar as semelhanças e diferenças entre seus julgados. Esse estudo de casos foi importante para demonstrar concretamente as diferentes nuances da liberdade de expressão e comunicação no âmbito jurídico interpretativo.

## **A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO**

Os primeiros indícios do que, atualmente, seria a liberdade de expressão remontam à Grécia Antiga. Os filósofos mais liberais da época defendiam a liberdade de opinião, reconhecendo a possibilidade das pessoas discordarem entre si sobre questões relativas à vida na cidade e o direito delas de exporem tais divergências. Péricles entendia a liberdade de opinião como um direito dos cidadãos de Atenas - sendo esses apenas os homens atenienses filhos de pais da mesma origem e maiores de 21 anos.

Mais adiante, o colonialismo europeu confrontou sua perspectiva de homogeneização de pensamento através do grande contato com diferentes crenças e costumes, as quais resistiram das mais diversas formas à hegemonia europeia. Entretanto, somente a partir do advento da República Moderna que se reconheceu o direito à liberdade individual e coletiva. Sendo o Iluminismo, com seu ápice na Revolução Francesa, o responsável pela concepção de direitos à liberdade e repúdio à opressão, trazendo pela primeira vez a consolidação desses em norma jurídica - a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Dessa forma, a tutela da liberdade de expressão passou a ser dever do Estado.

Todavia, o conceito em torno desse direito, na época, referia-se ao fim do autoritarismo absolutista, garantindo possibilidade de oposição pelo povo sobre os ideais e posições do governo. Posto isso, o entendimento atual desse direito foi surgindo apenas a partir do processo de ascensão da burguesia e do surgimento do capitalismo, sendo que esses eventos históricos trouxeram um aspecto mais ligado à justiça social e dignidade da pessoa humana.

À vista disso, as diferentes concepções históricas do direito à liberdade de expressão se somam, trazendo uma visão contemporânea única, em que tal liberdade é, por um lado, poder criticar publicamente sem sofrer qualquer pena ou represália e, por outro, a liberdade de expressão condicionada ao acesso à informação, aos meios de comunicação e, ainda a possibilidade de possuir “uma consciência em relação à sociedade em que se vive” (CASTILHO, 2013).

## **O DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO BRASIL**

O histórico do direito à liberdade de expressão no Brasil, inicia-se com a Constituição de 1824, a qual a consagrou juntamente com a liberdade de imprensa pelo art. 179, IV. Não obstante, a mera previsão jurídica não foi suficiente para prevenir o país de episódios de censura, principalmente com a existência do Poder Moderador que se sobrepunha aos demais (SANTOS, 2016), majoritariamente para punir aqueles críticos do governo. Foi apenas com o reinado de D. Pedro II que tal liberdade ganhou força.

Na ordem jurídica seguinte, apesar do fim da monarquia brasileira e a proclamação da República, a Carta Magna de 1891 não trouxe grandes mudanças com relação ao direito à liberdade de expressão, trazendo, então, apenas a vedação ao anonimato.

Anos mais tarde, sob a vigência da Constituição de 1934, o Poder Constituinte optou por manter o perfil próximo ao da Constituição anterior, trazendo somente algumas inovações: (i) a garantia do direito de resposta; e (ii) a não necessidade de licença prévia para publicação de livros ou periódicos. Por outro lado, observa-se um retrocesso com a permissão de censura de espetáculos e diversões públicas.

Até então, o país parecia vir seguindo uma linha de proteção à liberdade de expressão com certa constância, recuando e avançando em pequenos detalhes entre a vigência de cada ordenamento jurídico. Em 1937, no entanto, com o Golpe do Estado Novo e a instituição da Constituição Polaca, o governo autoritário instaurado reprimiu de maneira clara e marcante esse direito.

Em seu artigo 15, a Norma Constitucional permitia a censura prévia e o impedimento de manifestações de oposição ao governo, sendo a mais rigorosa e restrita à liberdade de expressão da história brasileira. Dois anos depois, ainda

sob o regime autoritário, foi criado o Departamento de Imprensa e Propaganda, o qual fiscalizava e controlava a atuação midiática em todo o território nacional. Com o fim da ditadura, a nova Constituição de 1946, trouxe de volta a proteção à liberdade de expressão nos mesmos moldes de 1934, até o próximo golpe que ocorreria em 1964.

Até o ano de 1967 que trouxe a Carta do regime militar, o governo era regido através dos Atos Institucionais (AI), que chegaram a revogar quase que completamente a Norma Constitucional anterior. A nova Constituição, entretanto, não alterou de maneira expressiva o texto de 1946, assegurando, ainda, a livre manifestação de pensamento e proibindo a censura nos mesmos moldes que antes. A única pequena diferença que se encontrava no artigo era a não tolerância a “publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes”. Sem embargo, o governo militar praticava a censura de maneira rigorosa nas manifestações de oposição, contrariando o que se garantia na Constituição.

Logo em seguida, nos anos de 1968 e 1969, foram editados o AI-5 e a Emenda Constitucional nº 1, concentrando os poderes de forma absoluta nas mãos do Executivo e praticamente instituindo uma nova Constituição no Brasil, como afirma Silva (2006). Por conseguinte, apesar da ordem constitucional vigente, a liberdade de expressão sofreu uma das represálias mais intensas da história do país.

Com o fim do Regime Militar, foi promulgada a Constituição de 1988, vigente até os dias de hoje. Também conhecida como Constituição Cidadã, ela trouxe uma proteção significativa com relação aos direitos fundamentais, em avanço à plena democracia (SANTOS, 2016). Nela foi garantido a todos o direito de se expressar e se manifestar por quaisquer meios, sendo o direito à liberdade de expressão elencado juntamente aos direitos fundamentais (art. 5º, IV e IX). Essa posição alcançada permite uma proteção extra a esse direito, tendo em vista que é tido como cláusula pétrea (art. 60, §4º, IV), não podendo ter sua exclusão do texto constitucional ou mesmo sua essência alterada por emenda. Além disso, a previsão de salvaguarda a esse direito também se encontra no art. 220 e seus parágrafos com a vedação à censura e o resguardo à liberdade de informação jornalística.

Avançando ainda mais, alguns anos depois, o Brasil tornou-se signatário e ratificou internamente a Convenção Americana de Direitos Humanos, submetendo-se à jurisdição da Corte Interamericana com respeito à promoção, investigação e violação do direito à comunicação. Isso, em concordância com a

posição de Santos (2016), fortalece a proteção que o cidadão brasileiro possui à sua liberdade de pensamento e manifestação, principalmente no contexto de um ordenamento jurídico pós-regime ditatorial, resguardando a população de possíveis condutas arbitrárias ou abusivas do Estado brasileiro.

## **CONCEITO CONTEMPORÂNEO DO DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO**

A partir do histórico evolutivo do conceito de liberdade de expressão, foi possível compreender que ele possui grande dinamicidade e se antepõe à realização da personalidade do homem. Sob a perspectiva contemporânea, observa-se esse direito como indispensável para autodeterminação e, conseqüentemente, para a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, o direito de liberdade de expressão seria o de poder ter seus próprios pensamentos e exteriorizá-los com a certeza de que não seria penalizado por suas crenças e opiniões - seria a ausência de coação sobre a comunicação.

Silva (2006) distingue a liberdade contemporânea em duas: (i) liberdade interna; e (ii) liberdade objetiva. A primeira seria a manifestação da vontade ainda no interior humano, a autonomia do querer. Essa concepção alinha-se, de certa forma, ao entendimento da liberdade de expressão subjetiva de Farias (2001). Na medida que a liberdade é o poder de escolha e vontade do indivíduo ainda em campo metafísico, quando se trata da expressão, ela é importante para a autodeterminação individual da pessoa humana “para pensar por si mesma e não ser submetida à dominação intelectual ou psicológica” (FARIAS, 2001).

Entretanto, o autor vai além e também enquadra nessa perspectiva a garantia da exteriorização do pensamento e vontade do indivíduo. Farias entende que não há liberdade de expressão sem essa possibilidade, uma vez que “pensamento e linguagem estão intimamente ligados” (FARIAS, 2001). Por outro lado, para Silva (2006), esse ponto de vista estaria ligado à liberdade objetiva, a qual implica no afastamento dos obstáculos à expressão externa, no distanciamento da coação e censura.

Com relação à perspectiva objetiva, Farias (2001) traz uma análise interessante. Ele percebe a liberdade de expressão como intrinsecamente conectada à proteção do regime democrático. A liberdade de comunicação serve como instrumento para a soberania popular desenvolver e assegurar um governo democrático. De fato, a proteção a esse direito atua de forma a garantir a participação das minorias e o exercício da cidadania.

Seguindo à diante, cumpre ressaltar que a liberdade de expressão se desdobra em diferentes modalidades, sendo ela apenas gênero que engloba as manifestações e produções de pensamento, opinião, crença, obras artísticas e intelectuais, além do acesso à informação (SANTOS, 2016). Dessa forma, pode-se entendê-la como primária, das quais as demais liberdades são derivadas (HEUSELER & LEITE, 2020).

Para mais, é importante salientar que no Estado Social, a liberdade de expressão por si só não basta. O Direito precisa regulá-la de forma a garantir sua plenitude além dos meios para seu exercício. Ainda, a fruição desse direito fundamental precisa estar em conformidade com o interesse social sob o qual está inserido. Sendo assim, percebe que seu exercício não se dá de forma ilimitada, não se caracterizando como absoluto. Aliás, a própria Constituição brasileira nos mesmos dispositivos que protege a livre manifestação de pensamento, já a limita ao vedar o anonimato, por exemplo

## **LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO**

Nos Estados Sociais, como o Brasil, a liberdade de expressão possui limitações de forma a garantir o direito de manifestação das minorias, protegendo o regime democrático. Essa liberdade não permite que a esfera de autodeterminação seja ultrapassada de modo a constranger direito alheio (abuso de direito). Condutas do gênero estão além da autonomia de escolha do indivíduo, sendo passíveis de repressão.

A primeira forma de limitação que esse direito sofre é a exercida pelos demais direitos fundamentais previstos pela Constituição Federal. Tendo em vista que nenhum deles é absoluto, esses precisam ser sopesados e analisados para que o sistema jurídico como um todo seja respeitado. Essa tarefa nem sempre se apresenta fácil e a interpretação deve ser feita atrelada ao caso concreto, utilizando-se de ferramentas como a proporcionalidade e a hermenêutica jurídica.

Além disso, a proibição e a obrigação por si mesmas constituem restrição à liberdade de expressão (HEUSELER & LEITE, 2020). Entretanto, esses contornos devem ser desenhados por lei em sentido estrito, ou seja, originados do Legislativo obedecendo todos trâmites previstos pela Lei Maior. Fato que decorre do princípio da legalidade, expresso pelo inciso II do art. 5º, da CF/88 - “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Posto isso, a liberdade de expressão, embora deveras importante para a ordem democrática e para a própria dignidade da pessoa humana, não pode ser entendida como um direito fundamental de hierarquia superior ou absoluto, sendo sempre limitado pela integralidade do ordenamento jurídico no qual está inserido.

Apesar de, à primeira vista, as questões que envolvam essa liberdade estejam estruturadas e sejam estáveis, o debate segue bem atual e controverso. Como será indicado mais adiante, a discussão foi apresentada recentemente ao Supremo Tribunal Federal que ainda analisará o caso em pauta.

## **A JURISPRUDÊNCIA NORTE-AMERICANA**

Dentre os vários casos envolvendo o direito à liberdade de expressão na jurisprudência da Suprema Corte Norte-Americana, foram selecionados dois deles para uma análise mais detalhada. A escolha considerou a relevância das decisões na formação da jurisprudência da Corte sobre o tema e pela demonstração da amplitude na liberdade de expressão e comunicação na sociedade estadunidense. Essa seleção considerou, ainda, as diferenças percebidas entre o entendimento da Corte Norte-Americana e dos Tribunais brasileiros quanto aos limites desse direito fundamental.

### **BRANDENBURG V. OHIO, 395 U.S. 444 (1969)**

Clarence Brandenburg era um dos membros da Ku Klux Klan e convidou uma repórter de Ohio para cobrir uma das reuniões do grupo. As filmagens mostravam os membros da organização radical com armas e munições em um ritual onde queimam uma grande cruz de madeira. Além disso, eram audíveis palavras de ódio contra negros e judeus. O próprio Brandenburg aparece nas filmagens afirmando que negros e judeus deveriam retornar aos seus países, referindo-se a África e Israel, respectivamente. Esses vídeos, posteriormente, foram exibidos por uma emissora de televisão em rede nacional.

Assim que essa filmagem se tornou pública, as autoridades de Ohio acusaram Brandenburg de incitar a violência sob um estatuto do sindicalismo criminal. A lei datava da era da Primeira Guerra Mundial e tratava de uma resposta às preocupações generalizadas sobre anarquistas, socialistas e comunistas.

Brandenburg foi condenado e sentenciado a 10 anos de prisão e sua condenação foi confirmada por um tribunal estadual de apelação.

Quando o caso chega até a Suprema Corte Norte-Americana, a condenação acaba sendo revertida sob a alegação de que os discursos de Brandenburg estariam protegidos pela Primeira Emenda da Constituição<sup>4</sup>. O critério para restringir a liberdade de expressão passou a ser quando a defesa de uma ideia destina-se a diretamente a produzir uma imediata ação ilegal.

O caso traz ainda a brilhante opinião concorrente do Justice Douglas, acompanhada pelo Justice Black, em que é defendida a liberdade de expressão de forma quase absoluta. Segundo eles, afora casos raros como gritar “fogo!” em um teatro lotado – que configura o iminente desejo de produzir a ação danosa – o discurso é imune à persecução penal. O governo não tem o poder de invadir o santuário das crenças e da consciência do indivíduo. Cabe observar que dessa maneira a Suprema Corte entende que os maus pensamentos seriam combatidos com bons pensamentos e não o contrário, pois isso significaria colocar alguém na posição de julgador dos maus pensamentos.

Brandenburg v. Ohio é até hoje uma referência da orientação liberal que caracteriza a Suprema Corte dos Estados Unidos. Ela mantém esse direcionamento pró liberdade de expressão quase que absoluta não apenas em relação ao livre discurso radical ou de ódio, mas também sobre outras temáticas.

## **NEW YORK TIMES V. SULLIVAN 376 U.S. 254 (1964)**

A Suprema Corte também reconheceu o valor da liberdade de expressão em casos de “defamation”, isto é, uma afirmação que fere e provoca danos à reputação de um terceiro. A “defamation” se configura em duas espécies: “slander”, quando feita oralmente, e “libel”, quando há uma manifestação por escrito. “Libel” era um crime já existente, mas a jurisprudência da Corte se manifestou no emblemático caso New York Times v. Sullivan, em um julgamento unânime no qual foram ampliadas as condições para a aplicação desse instituto. (BEHRENS, 2017)

Durante o movimento pelos Direitos Civis de meados do século 20, o New York Times publicou um anúncio de página inteira para contribuir com doações para

---

<sup>4</sup> Primeira Emenda: “O congresso não deverá fazer qualquer lei a respeito de um estabelecimento de religião, ou proibir o seu livre exercício; ou restringindo a liberdade de expressão, ou da imprensa; ou o direito das pessoas de se reunirem pacificamente, e de fazerem pedidos ao governo para que sejam feitas reparações de queixas”.



defender Martin Luther King Jr. sob acusações de perjúrio. O anúncio continha várias imprecisões factuais, como o número de vezes que King foi preso, além de críticas à truculência nas ações tomadas pela polícia de Montgomery, Alabama, contra membros do movimento dos direitos civis. O comissário de Segurança Pública da cidade, L.B. Sullivan, sentiu que as críticas aos seus subordinados refletiam sobre ele, embora ele não fosse mencionado no anúncio. Dessa maneira, Sullivan ajuíza uma ação por “libel” contra o Jornal e pede indenização de US \$500.000.

O caso chega à Suprema Corte que entende não ser suficiente a inverdade nas notícias direcionadas a agentes públicos para que se restringisse o discurso e a liberdade da imprensa. Nesses casos, seria necessária a comprovação de “malícia concreta”. Além disso, o ônus da prova caberia ao próprio ofendido, ou seja, este deveria provar que a outra parte fez uma afirmação falsa e que era sabidamente falsa por quem a afirmou.

No mesmo sentido, o advogado do New York Times sustenta que não deveria haver nenhuma apreciação da verdade nas críticas porque isso desencorajaria a imprensa e até outras pessoas a fazê-las, por medo de cometerem erros. O caso tornou-se outra expressão da intenção dos juristas dos Estados Unidos em proteger a liberdade de expressão. E neste julgamento inédito à Suprema Corte Norte Americana entende que a própria indenização posterior é uma violação à 1ª Emenda, sendo uma forma de cercear a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa.

## **A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA**

Em se tratando da Corte brasileira, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) estabeleceu elementos de ponderação para o conflito entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade. São eles: (i) o compromisso ético com informações verdadeiras; (ii) preservação dos direitos da personalidade, como o direito à honra, à imagem, à intimidade e à privacidade e (iii) impedir a veiculação de críticas jornalísticas com intuito de difamar, injuriar ou caluniar pessoas, conforme observado na jurisprudência do Tribunal:

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. PUBLICAÇÃO DE MATÉRIA OFENSIVA À HONRA DO AUTOR. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO E OBSCURIDADE. AUSÊNCIA. MATÉRIA JORNALÍSTICA QUE EXTRAPOLOU EXERCÍCIO REGULAR DO DIREITO DE INFORMAR. DANO MORAL CARACTERIZADO. VALOR DE REPARAÇÃO. NÃO ALTERADO. (...) 3. O direito à informação não elimina as garantias individuais, porém encontra nelas os seus limites, devendo

atentar ao dever de veracidade, ao qual estão vinculados os órgãos de imprensa, pois a falsidade dos dados divulgados manipula em vez de formar a opinião pública, bem como ao interesse público, pois nem toda informação verdadeira é relevante para o convívio em sociedade. 4. Na atividade da imprensa é possível vislumbrar a existência de três deveres que, se observados, afastam a possibilidade de ofensa à honra. São eles: o dever geral de cuidado, o dever de pertinência e o dever de veracidade. 5. Se a publicação, em virtude de seu teor pejorativo e da inobservância desses deveres, extrapola o exercício regular do direito de informar, fica caracterizada a abusividade. (...) 7. Recurso especial não provido. (REsp 1676393/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/11/2017, DJe 13/11/2017)

Diferentemente do que promove a Corte Norte-Americana, o entendimento jurídico brasileiro estabelece que a liberdade de expressão não é absoluta, pois seu exercício encontra limites no dever de respeito aos demais direitos e garantias fundamentais. Além disso, o Tribunal brasileiro determina que o compromisso com a verdade das informações seja um critério para restringir o trabalho da imprensa. Esse critério provoca certa insegurança, já que estabelece como limite à liberdade: a verdade. No mundo contemporâneo, globalizado e volátil, como exigir que a mídia ou um particular só divulgue informações após ter certeza plena de sua veracidade?

Outra crítica feita a interpretação brasileira é de Carvalho (2010) que aponta que este tema e suas implicações são pouco discutidas pelos órgãos competentes. Na maioria das vezes o debate fica restrito à possibilidade de indenização posterior por ofensa a direitos da personalidade.

Outro exemplo da manifestação dessa vertente se encontra no REsp 1.567.988/PR, conforme demonstrado a seguir:

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. VEICULAÇÃO DE MATÉRIA JORNALÍSTICA DE CONTEÚDO OFENSIVO. DIREITOS À INFORMAÇÃO E À LIVRE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO. CARÁTER ABSOLUTO. INEXISTÊNCIA. DEVER DE CUIDADO. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA. QUANTUM INDENIZATÓRIO. REDUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. OBEDIÊNCIA AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. 1. Ação de indenização por danos morais decorrentes de veiculação de matéria jornalística de conteúdo ofensivo. 2. A alegada afronta à lei federal não foi demonstrada com clareza, pois o dispositivo apontado como violado não tem comando normativo suficiente para amparar a

tese recursal, atraindo, por analogia, o óbice da Súmula 284 do STF. 3. Os direitos à informação e à livre manifestação do pensamento não possuem caráter absoluto, encontrando limites em outros direitos e garantias constitucionais que visam à concretização da dignidade da pessoa humana. 4. No desempenho da função jornalística, as empresas de comunicação não podem descurar de seu compromisso com a veracidade dos fatos ou assumir uma postura injuriosa ou difamatória ao divulgar fatos que possam macular a integridade moral do indivíduo. 5. No caso, o Tribunal de origem concluiu que o conteúdo da reportagem, apesar de descrever fatos efetivamente ocorridos, ultrapassou os limites legais e constitucionais do direito à informação e à manifestação do pensamento por ter ficado demonstrado que foram utilizadas expressões caluniosas e pejorativas. 6. Nessas hipóteses, há dano moral a ser indenizado. 7. Alterar a conclusão adotada pelo acórdão recorrido ensejaria incursão no acervo fático-probatório da causa, o que não é viável nos estreitos limites do recurso especial, a teor do que dispõe a Súmula 7/STJ. 8. Somente é possível a revisão do montante da indenização nas hipóteses em que o quantum fixado for exorbitante ou irrisório, o que, no entanto, não ocorreu no caso em exame. 9. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. (STJ. 3ª Turma. REsp 1.567.988/PR, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 13/11/2018.)

Dessa decisão, o jornal envolvido no caso interpôs recurso extraordinário dirigido ao Supremo Tribunal Federal. Embora tenha sido reconhecida a repercussão geral do tema pelo STF, o recurso ainda não teve julgamento até a presente data.

Nesse sentido, é interessante pontuar que, no Brasil, o conflito entre a liberdade de expressão, os direitos da imprensa e comunicação e os direitos da personalidade, embora antigo na sociedade, ainda não possui entendimento pacificado e chegou ao STF recentemente. Diferente do que ocorre nos Estados Unidos, onde esse tema é lapidado pela Suprema Corte desde a década de 60.

## CONCLUSÃO

Diante do exposto, é possível concluir que a liberdade de expressão é um aspecto do direito à comunicação de difícil interpretação. Essa dificuldade também pode ser atribuída ao fato desse direito possuir um tratamento diferente em cada ordenamento jurídico.

A liberdade de expressão exige uma crença profunda no valor da democracia.

No Brasil, por exemplo, o contexto histórico retardou o amadurecimento do tema, devido aos grandes períodos de retrocesso no regime democrático. Já nos Estados Unidos, a proteção à liberdade de expressão é quase absoluta nos julgados da Suprema Corte Norte Americana e o valor da 1ª Emenda sempre é enfatizado.

Essa diferença de posicionamento provoca uma reflexão interessante sobre o tipo de sociedade que estamos desenvolvendo e o quão vulnerável nossa democracia pode ser. Quando a simples manifestação de um extremismo ou de uma inverdade é capaz de influenciar a sociedade a ponto dessas ações precisarem ser combatidas com duras restrições à livre manifestação de opinião ou ao pluralismo de ideias, mesmo que radicais, significa dizer que a sociedade em questão não está madura o suficiente para desfrutar de plena liberdade. Como descreveu, brilhantemente, o filósofo Vaneigem:

A liberdade de tudo dizer só existe quando reivindicada a todo instante. (...) A liberdade de expressão não deve ser posta a serviço da defesa do humano, ela pertence, enquanto liberdade, à liberdade do humano. Ela não é apenas o despertador da consciência e o porta voz de seu despertar, ela é a linguagem restituída à pessoa, aquela que manifesta o modo como vivemos no mundo e o estilo segundo o qual temos a intenção de viver. (2004, p. 27)

Nesse sentido, mais do que pensar sobre a interpretação jurídica da liberdade de expressão e comunicação no Brasil, deve-se pensar que tipo de sociedade se quer desenvolver, pois é ela que reflete no direito e na construção de uma democracia sólida.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BRASIL. Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1967. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 10 fev 1968.

VANEIGEM, Raoul. Nada é sagrado, tudo pode ser dito. Parábola Editorial, São Paulo, 2004, pág. 27

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

DOS SANTOS, THALYTA. A liberdade de expressão na República Federativa do Brasil. Revista DIREITO UFMS, Campo Grande, MS, v. 2, nº 1, p. 101-109, jul/dez 2016.

SALES, Giorgi Augustus Nogueira Peixe Sales. A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos 97 Humanos sobre a liberdade de expressão. Revista de Direito Brasileira, v. 4, n. 3, 2013, p. 149.

*Liberdade de expressão e direito à comunicação: comparativo entre as democracias constitucionais brasileira e estadunidense*

---

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: 1988.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO, 1789. Universidade de São Paulo: Biblioteca Virtual de Direitos Humanos, 2015.

BEHRENS, Yves West. A tutela da liberdade de expressão pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, 2017. Disponível em: Quando o “hate speech” não é “free speech”: liberdade de expressão na Suprema Corte dos Estados Unidos - Jus.com.br | Jus Navigandi Acesso em: 20 maio 2021.

Brandenburg v. Ohio :: 395 US 444 (1969) :: Justia US Supreme Court Center Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/395/444/> Acesso em 20 maio 2021.

BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil (1824). Coleção de Leis do Império do Brasil, v. 1, p.7, 25 mar 1824. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm)>. Acesso em 14 mai 2021.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (1937). Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, RJ, 10 nov 1937. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm)>. Acesso em 17 mai 2021.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 20 out 1969. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm)>. Acesso em 17 mai 2021.

BRASIL. STJ. Recurso Especial nº 1.567.988/PR. Diário da Justiça. 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2018/11/art20181123-07.pdf> Acesso em: 19 maio 2021.

BRASIL. STJ. Recurso especial nº 1676393/SP. Diário da justiça. 2017. Disponível em: Superior Tribunal de Justiça STJ - RECURSO ESPECIAL : REsp 9176355-91.2009.8.26.0000 SP 2016/0287322-0 (jusbrasil.com.br) Acesso em: 19 maio 2021.

CASTILHO COSTA, Maria Cristina. Liberdade de expressão como direito - história e atualidade. NHENGATU – Revista Iberoamericana de Comunicação e Cultura Contra-hegemônicas, São Paulo, SP, v. 1, nº 1, p. 1-16, 2013. Disponível em: <<https://revistas.pucsp.br/index.php/nhengatu/article/view/34174>>. Acesso em: 19 abril 2021.

DE CARVALHO, Carla Raphaela Perez. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO STF E STJ. 2010. Disponível em: DIR-Clara Rafaela Prazeres de Carvalho.pdf (puc-rio.br). Acesso em 20 julho 2021.

New York Times Co. v. Sullivan :: 376 US 254 (1964) :: Justia US Supreme Court Center Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/376/254/> Acesso em 20 maio 2021.

BERLIN, Isaiah. Quatro ensaios sobre a liberdade. Tradução de Wumberto H. Ferreira. Brasília: Editora UnB, 1981. Disponível em: <[https://www.academia.edu/30157053/BERLIN\\_Isaiah\\_Quatro\\_ensaios\\_sobre\\_a\\_liberdade](https://www.academia.edu/30157053/BERLIN_Isaiah_Quatro_ensaios_sobre_a_liberdade)>. Acesso em 25 jul 2021.

DA SILVA, José Afonso. A liberdade no mundo contemporâneo. Disponível em: <http://abdconst.com.br/revista15/liberdadeJose.pdf> Acesso em 23 jun 2021.

DE FARIAS, Edilsom Pereira. Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/79426/182787.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 23 jun 2021.

HEUSELER, Denise & LEITE, Gisele. Liberdade de expressão como direito fundamental. *Jornal Jurid*, 2020. Disponível em: <https://www.jornaljurid.com.br/colunas/gisele-leite/liberdade-de-expressao-como-direito-fundamental>. Acesso em 25 jul 2021.

DA SILVA, José Afonso. A liberdade no mundo contemporâneo. *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, 2016, vol. 8, nº 14, Jan.-Jun. p. 99-111. Disponível em: <http://abdconst.com.br/revista15/liberdadeJose.pdf>. Acesso em: 23 jun 2021.



Impressão e acabamento:  
**COPGRA/ARIC**  
TRF 2ª Região





Av. Rio Branco, 241 - 2º andar ♦ Centro ♦ Rio de Janeiro ♦ RJ  
☎ (0xx21) 2282-8304 ♦ 2282-8530 ♦ 2282-8599 ♦ 2282-8465  
Fax: 2282-8449 ♦ <http://emarf.trf2.jus.br/site/>

