



Revista do

**Instituto de Direito
Constitucional e Cidadania**

v. 5. n. 1. jan/jul. 2020

ISSN: 2596-0075



Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania
Londrina: 2018

Semestral
Descrição Baseada em: V,5 n1, jan/jul (2020)

ISSN:2569-0075(on line)

Esta revista não assume a responsabilidade das ideias emitidas nos diversos artigos,
cabendo-as exclusivamente aos autores. / É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos
desta revista desde que seja citada a fonte.

Revista do INSTITUTO DE DIREITO CONSTITUCIONAL E CIDADANIA

ISSN:2596-0075(on line)

Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania

Volume 5, número 1, Jan/Jul 2020

EDITOR RESPONSÁVEL / EDITOR

Prof. Dr. Zulmar Fachin

CONSELHO EDITORIAL / EDITORIAL BOARD

Alexandre Coutinho Pagliarini - UNINTER
Araldo Sampaio de Moraes Godoy - UNICEUB
Carlos Mário da Silva Velloso - Universidade de Brasília
Dalmo de Abreu Dallari - Universidade de São Paulo
Francisco Rezek - UNICEUB
Gonçalo de Melo Bandeira - ESG-IPCA/Portugal
Luiz Alberto David Araujo - PUCPR
Luiz Edson Fachin - UFPR
Pietro Lora Jesús Alarcón - PUCSP
Priscila Machado Martins - Univ. Andes/Chile
Walter Cláudius Rothenburg - Instituto Toledo de Ensino

PARECERISTAS AD HOC / REVIEWERS

AVALIADORES EXÓGENOS

Daniela Olimpo (UFJF)
Gabriela Werber de Oliveira (USP)
Gilvan Luiz Hansen (UFF)
Ilton Norberto Robl (IDP)
Lourival José de Oliveira (UNIMAR)
Marcell Cunha Leitão (UFSC)
Rafael Caetano Cherobin (UFSC)
Rafael Miranda Santos (UFSC)

AVALIADORES ENDÓGENOS

Bruna Azevedo de Castro (Faculdades Londrina)
Daniela Braga Paiano (UEL)
Fábio Fernandes Banfatti (UEL)
José Alexandre Ricciardi Sbizerra (Faculdades Londrina)
Judith Aparecida de Souza Bedê (UNICESUMAR)
Natalia Mª Ventura da Silva Alfaya (Faculdades Londrina)
Roberto Wagner Marquesi (UEL)
Samia Moda Cirino (Faculdades Londrina)

ASSESSORIA TÉCNICA

Instituto de Direito Constitucional e Cidadania
Prof.ª Ms. Luana da Costa Leão
Mylena de Souza Santos

SUMÁRIO | CONTENT

EDITORIAL.....	8
INSTRUMENTOS TRIBUTÁRIOS NO ESTATUTO DA CIDADE EM PROL DA FUNÇÃO SOCIAL E DO MEIO AMBIENTE	10
<i>Leticia Emanuelli Cruz Silvae Carlos Renato da Cunha</i>	
A IMPORTÂNCIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NA EVOLUÇÃO DO DIREITO BRASILEIRO	31
<i>Gustavo Luppi Pezarini e Rafael Gomieiro Pitta</i>	
INICIATIVA POPULAR ESTADUAL NO BRASIL PANORAMA COMPARATIVO DOS 26 ESTADOS E DO DISTRITO FEDERAL.	45
<i>Luís Fernando Sgarbossa e Laura Cabrelli Bittencourt</i>	
ALGUNS ASPECTOS DE ORDEM GERAL SOBRE O CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO, INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E JUSTIÇA CONSTITUCIONAL ITALIANA ...	71
<i>Natalina Stamile</i>	
ESFERA PÚBLICA E DEMOCRACIA DELIBERATIVA: INTERPRETAÇÕES FEMINISTAS PARA SE PENSAR UMA TEORIA DE GÊNERO PARA O DIREITO BRASILEIRO	92
<i>Eder Fernandes Monica e Karen de Sales Colen</i>	
ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE INCIDENTAL, A EFICÁCIA DAS DECISÕES E A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ART. 52, X DA CF: UMA RESPOSTA ÀS CRÍTICAS.....	111
<i>Guilherme Lucas Valério e Fábio Fernandes Neves Benfatti</i>	
SOBRE O DEVER DE CUMPRIR O ORDENAMENTO JURÍDICO E A ATUAÇÃO DO JUIZ: UMA ANÁLISE DA DESOBEDIÊNCIA CIVIL DE RONALD DWORKIN BASEADA NA INTEGRIDADE	128
<i>Paulo Henrique Resende Marques e Adriano Sant'Ana Pedra</i>	
NOTAS SOBRE A SEPARAÇÃO CONSTITUCIONAL DO PODER POLÍTICO COMO INSTRUMENTO DE PRESERVAÇÃO DA LIBERDADE.....	140
<i>Mariana Lourenço Monteiro e Anna Carolina Cunha Pinto</i>	
A DEMOCRACIA DELIBERATIVA E O MODELO PROCEDIMENTAL: A POSSIBILIDADE DE UNIVERSALIZAÇÃO DA TEORIA DEMOCRÁTICA HABERMASIANA.....	154
<i>Luiz Gustavo Tiroli e Natália Maria Ventura da Silva Alfaya</i>	
VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO MÍNIMO EXISTENCIAL ECOLÓGICO NA INEXISTÊNCIA DE PLANO NACIONAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS	169
<i>Guilherme da Silva Farias e Ygor Felipe Távora da Silva e Denison Melo de Aguiar</i>	
UNIÃO HOMOAFETIVAS: ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO COMO EFETIVAÇÃO DE DIREITOS DA PERSONALIDADE	187
<i>Elcio João Gonçalves Moreira e José Sebastião de Oliveira</i>	

O ESCULPIR DA MULHER BRASILEIRA: VIOLÊNCIA, SUBMISSÃO E RESISTÊNCIA	202
<i>Dra. Ana Elisa Spaolonzi Queiroz Assis e Rodrigo Pereira de Figueiredo</i>	
A FÓRMULA DE PESO EM CASOS DE COLISÃO ENTRE SEGURANÇA JURÍDICA E MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO	217
<i>José Ricardo Alvarez Vianna e Alessandra Nunes Bardelini</i>	
TECNOLOGIAS E LIBERDADE DE EXPRESSÃO: UMA REFLEXÃO SOBRE A FUNÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO	233
<i>Fernando Navarro Vince e Daniela Menengoti Ribeiro</i>	

EDITORIAL

O ano de 2020 se destaca dos demais pela chegada de uma crise sanitária de proporções globais. A pandemia da COVID-19 obrigou a paralização, ou, ao menos a diminuição de ritmo, das atividades econômicas, acadêmicas e sociais ao redor do mundo.

Centros de ensino, dos pré-escolares às pós-graduações e centros de pesquisa, todos tiveram que interromper suas atividades e se adaptar a um novo momento, onde o distanciamento social se torna a mais eficiente, senão única, ferramenta de enfrentamento do vírus enquanto aguardamos o tempo da ciência para desenvolver uma vacina que de fato possa oferecer proteção.

Todos tiveram que se reinventar, professores, alunos, pesquisadores, líderes de grupos de pesquisa e seus membros, isso para pensarmos apenas em nossa área de atuação mais direta, o desenvolvimento do conhecimento jurídico. Todas as atividades de estudo, ensino e pesquisa passaram a ser feitas remotamente, o que se mostra desafiador em muitos aspectos, especialmente por o desenvolvimento de novos conhecimentos estar tão intimamente relacionado à presença física e às relações sociais que se formam nestes ambientes de convivência.

Dentro de todo este contexto, a presente edição se concretiza graças aos esforços e disposição redobrada de autores, pareceristas, equipe editorial e de diagramação, que mesmo diante de tantas incertezas continuam dedicados às suas pesquisas e trabalhos. Todos na certeza de que, em momentos de crise é essencial que se continue gerando e divulgando conhecimento de excelência, pensando as questões mais centrais da vida humana, como participação democrática, constitucionalismo e os princípios da liberdade e igualdade.

Todos estes temas se encontram analisados nesta edição por diferentes perspectivas, mas sempre com o olhar voltado às grandes perguntas e problemas que devem ser enfrentados para que possamos evoluir como sociedade.

Aproveitamos este espaço para reiterar nossa gratidão com o empenho de tantos profissionais envolvidos na elaboração desta edição em tempos tão desafiadores, e para reforçar nossa crença na capacidade humana de se reinventar e melhorar. Esta pandemia vai ser superada e sairemos dela fortalecidos como sociedade.

Desejamos a todas uma proveitosa leitura, frutíferas reflexões e que

possamos continuar juntos na busca desta sociedade mais democrática, participativa e igualitária.

Londrina, PR, agosto de 2020.
Prof. Dr Zulmar Fachin
Editor-Chefe

INSTRUMENTOS TRIBUTÁRIOS NO ESTATUTO DA CIDADE EM PROL DA FUNÇÃO SOCIAL E DO MEIO AMBIENTE

TAX INSTRUMENTS IN CITY STATUS IN SUPPORT OF SOCIAL
ROLE AND THE ENVIRONMENT

Leticia Emanuelli Cruz Silva*
Carlos Renato da Cunha**

*Especialista em Direito do Estado com área de concentração em Direito Tributário, Universidade Estadual de Londrina. Advogada em São José do Rio Preto - SP.

** Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários. Professor da graduação da PUC-PR *campus* Londrina e das Faculdades Londrina. Professor da Pós-Graduação “lato sensu” em Direito em diversas instituições. Advogado. Membro do Instituto de Direito Tributário de Londrina - IDTL.

Como citar: SILVA, Leticia Emanuelli Cruz; CUNHA Carlos Renato da. Instrumentos tributários no Estatuto da Cidade em prol da função social e do meio ambiente. **Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania – IDCC**, Londrina, v. 5, n. 1, p 10-30, jan/jul, 2020. ISSN: 2596-0075.

Resumo: Pretende-se com este trabalho analisar a função social da propriedade, inserindo-a dentro do contexto urbano e a necessidade de um posicionamento ativo do Estado na consecução direito constitucional ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Desta feita, avaliaram-se as ferramentas tributárias previstas expressamente no Estatuto da Cidade como medidas a serem incentivadas, haja vista a repercussão destas sobre as ações humanas e conseguinte organização espacial.

Palavras-chave: Função Social da Propriedade. Instrumentos Tributários. Meio Ambiente Urbano.

Abstract: The aim of this work to analyze the social function of property, including it within the urban context and the need for an active position of the State in achieving constitutional right to an ecologically balanced environment. That way, the tax tools provided expressly evaluated in the City Statute as measures to be encouraged, given the impact of these on human actions and therefore spatial organization.

Keywords: Social Function of Property. Tax instruments. Urban Environment.

INTRODUÇÃO

A mentalidade moderna requisitou dos Estados atitudes mais positivas em prol dos direitos de terceira geração, égide sobre a qual se promulgou a Constituição de 1988, que, como fruto desse período histórico, positivou determinados direitos difusos, como a função social da propriedade e o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

O direito a propriedade, portanto, passa a ser observado sob um novo prisma, não podendo mais se restringir ao campo daquele que o detém, mas sim sobre um óptico macro abordando todo o ambiente no qual se insere.

Meio ambiente este que deve ser interpretado no seu sentido mais amplo, de maneira que seja capaz de segmentar-se em diferentes espécies, mas sobre as quais recai o mesmo agasalho jurídico.

Nesta seara nasce a preocupação acerca do meio ambiente urbano e o dever dos entes políticos de promover uma política pública urbana adequada aos anseios sociais e capaz de organizar a ocupação das cidades, sem olvidar ainda do direito de propriedade.

Assim nasceu o Estatuto da Cidade como lei nacional norteadora da ordem pública e interesse social no âmbito urbano. Norma que trouxe expressamente alguns dos instrumentos que o Estado pode usar no logro de um meio ambiente urbano equilibrado.

Dentre essas ferramentas destacamos os institutos tributários do Imposto Predial e Territorial Urbano e das Contribuições de Melhoria como medidas pré existentes no ordenamento e confirmadas pelo Estatuto da Cidade como meios eficazes de implementação da política urbana por parte do Poder Público.

1. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

O conceito de propriedade evoluiu junto com a sociedade e moldou-se de acordo com as necessidades dessa. Assim, no decorrer do tempo o direito de propriedade pode ser traduzido de diferentes formas, desde um poder absoluto de alguém, que a dispunha em sua plenitude e de maneira exclusiva, até a contemporaneidade, em que cada vez mais o conceito voltar-se ao interesse coletivo e ao seu papel social.

Em um breve resumo Carlos Roberto Gonçalves delinea a trajetória da ideia de propriedade no tempo.

No direito romano, a propriedade tinha caráter individualista. Na Idade Média, passou por uma fase peculiar, com a dualidade de sujeitos (o dono e o que explorava economicamente o imóvel, pagando ao primeiro pelo o seu uso). Havia todo um sistema hereditário para garantir que o domínio pertencesse numa dada família de tal forma que esta não perdesse o seu poder no contexto do sistema político.

Após a Revolução Francesa, a propriedade assumiu feição marcadamente individualista. No século passado, no entanto, foi acentuado o seu caráter social,

contribuindo para essa situação as encíclicas *Rerum Novarum*, do Papa Leão XIII, e *Quadragesimo Anno*, de Pio XI. O sopro da socialização acabou, com efeito, impregnando o século XX, influenciando a concepção da propriedade e o direito das coisas. (GONÇALVES, 2012 p. 249)

Isto posto, atualmente vivenciamos o direito da propriedade de maneira quase transcendental, em outras palavras, hoje o exercício desse direito não se restringe a conveniência daquele que o detém, mas sim a toda a comunidade que o permeia.

Nas palavras de Gilmar Mendes “essa evolução fez com que o conceito constitucional de direito de propriedade se desvinculasse, pouco a pouco, do conteúdo eminentemente civilístico de que era adotado”. (BRANCO, et al., 2012 p. 431)

Não obstante a relativização do caráter absolutista da propriedade, esta nova acepção não desagua na extinção desse direito ou mesmo no fim do seu caráter privativo, mas tão somente traz um novo delineado ao tema.

O direito de propriedade, então, segue como um direito fundamental e como tal vê-se fulcrado no texto constitucional de maneira expressa no art. 5º, XXII: “É garantido o direito de propriedade”. Desta feita, como leciona José dos Santos Carvalho Filho “o mandamento indica que o legislador não pode erradicar esse direito do ordenamento jurídico positivo. Pode, sim, definir-lhe os contornos e fixar-lhe limitações, mas nunca deixará o direito de figurar como objeto da tutela jurídica”. (CARVALHO FILHO, 2012 p. 768)

E dentre os contornos, um foi especificamente já traçado pelo legislador constituinte, garantindo assim sua observância por todo o plano infraconstitucional. Trata-se da ideia de função social, que, de tamanha importância mereceu previsão expressa na Constituição de 1988, assim como o próprio direito ao qual se filia: art. 5º XXIII “a propriedade atenderá a sua função social”.

É a chamada constitucionalização do direito privado, que se concretiza por meio de princípios que possibilitam o exercício do direito civil a luz dos ditames constitucionais, elevando os valores existenciais em detrimentos dos direitos patrimoniais. A dignidade da pessoa humana passou a ser o centro onde orbitam as normas jurídicas.

É o caso do princípio da função social da propriedade, que foi introduzido dentro do mais alto patamar do ordenamento jurídico como um conceito aberto capaz de traduzir os dinamismos necessários a modernização do conceito de propriedade junto à sociedade, sem, todavia, extirpar as garantias já alcançadas.

A ideia de função social, portanto, se agrega a própria ideia de propriedade, e assim, como bem recorda José Afonso da Silva, “não se confunde com os sistemas de limitação da propriedade. Estes dizem respeito ao exercício do direito ao proprietário; aquela à estrutura do direito mesmo, à propriedade”. (SILVA, 1999 p. 284)

Impõem-se, deste modo, a análise do conceito de propriedade e sua função social diante do ponto de vista de cada momento histórico.

Arrematando o explanado, o pensamento de Gilmar Mendes, *in verbis*:

Não existe, todavia, um conceito constitucional fixo, estático, de propriedade, afigurando-se, fundamentalmente, legítimas não só as novas definições de contúdo como a fixação de limites destinados a garantir a sua função social. É que embora não *aberto*, o conceito constitucional de propriedade há de ser necessariamente dinâmico.

Nesse passo, deve-se reconhecer que a garantia constitucional da propriedade está submetida a um intenso processo de *relativização*, sendo interpretada, fundamentalmente, de acordo com parâmetros fixados pela legislação ordinária. As disposições legais relativas ao conteúdo têm, portanto, inconfundível *caráter constitutivo*. Isso não significa, porém, que o legislador possa afastar os limites constitucionalmente estabelecidos. A definição desse conteúdo pelo legislador há de preservar o direito de propriedade enquanto garantia institucional. Ademais, as *limitações* impostas ou as novas *conformações* emprestadas ao direito de propriedade não de observar especialmente o princípio da proporcionalidade, que exige que as restrições legais sejam adequadas, necessárias e proporcionais. (BRANCO, et al., 2012 p. 446)

Conclui-se, portanto, que, em que pese à existência do princípio da função social, esse não é capaz de anular o núcleo essencial do conceito de direito de propriedade, qual seja, a utilidade privada e nos poderes de usar, gozar e dispor.

Nesse sentido, o supracitado autor complementa afirmando que “a vinculação social da propriedade, que legitima a imposição de restrições, não pode ir ao ponto de colocá-la, única e exclusivamente, a serviço do Estado ou da comunidade.” (BRANCO, et al., 2012 p. 477)

A propriedade, deste modo, perde seu caráter exclusivo sobre qualquer vertente, ou seja, não pode ser colocada a disposição única da vontade do proprietário, mas também não há uma socialização do bem. Em verdade, deve-se ter em mente ambos os conceitos coexistindo em simbiose.

O ordenamento visou com a introdução desta ideia a conciliação entre os interesses individuais e coletivos “e somente quando há o conflito é que o Estado dá primazia a estes últimos. A função social pretende erradicar algumas deformidades existentes na sociedade, nas quais o interesse egoístico do indivíduo põe em risco os interesses coletivos”, como bem lembra o doutrinador José dos Santos Carvalho Filho. (CARVALHO FILHO, 2012 p. 815)

Em suma, o direito de propriedade é um direito, por definição, protetor do interesse individual. Esse ideal privatista permanece, ainda que, quando em conflito com interesses coletivos devam prevalecer os segundos por força da função social.

Conquanto seja evidente que a noção de função social trata-se um conceito jurídico aberto, a Constituição nos oferece certos parâmetros objetivos a fim de melhor compreender o instituto. Para tanto, trouxe a baila dois prismas: a função social da propriedade urbana e da propriedade rural.

Para Flávio Tartuce, para quem se deve compreender a função social da propriedade como uma dupla intervenção: limitadora e impulsionadora, pela literalidade do Texto Maior, diferentemente do concernente a propriedade rural, a função social urbana não traz critérios claros

e definidos, sendo por vezes necessária a aplicação dos parâmetros dispostos acerca da propriedade rural. (TARTUCE, 2014 p. 990)

Tal reflexão decorre da menção constitucional feita no Art. 182, § 2º, *in verbis*, “A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”.

Deste modo, o citado autor traça o aproveitamento racional e adequado da propriedade, a utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente, observância das disposições que regulam as relações de trabalho e, por fim, a exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores, como características definidoras do cumprimento da função social para qualquer propriedade. (TARTUCE, 2014 p. 990)

No entanto, apesar da coincidência nos parâmetros distintivos da função social nos diferentes tipos de propriedade, é hialino que cada uma delas possui caracteres singulares que resultam em medidas sancionatórias distintas, no objetivo de melhor adequá-la a sua realidade. Prova disso é a contraposição entre os artigos 182, §4¹ e 184² da Carta Magna.

Em resumo, a doutrinadora Maria Sylvia Zanella di Pietro concluiu que a aplicação da função social no âmbito urbano visa, especialmente, “obrigar o proprietário de terreno não construído a nele edificar ou proceder o parcelamento.” (DI PIETRO, 2012)

Desta forma, a propriedade urbana, objeto do presente trabalho, cumpre sua função social quando além dos requisitos já debatidos, o faz em adequação as diretrizes do Plano Diretor, instrumento de política urbana municipal que visa a organização da cidade.

De modo detido Cristiano Chaves aduz que:

(...) a diretriz a ser seguida pelo plano diretor é impedir a retenção especulativa e inadequada utilização do imóvel que acabem por interferir nos projetos de desenvolvimento urbano. A propriedade urbana que não atende a sua função social é aquela que frustra três requisitos alternativos: a) não estar edificada; b) estar subutilizada; c) não estar sendo utilizada. (FARIAS, et al., 2012 p. 325)

O Plano Diretor, dessa forma, dá objetividade à função social da propriedade na tentativa de tornar efetiva sua atuação e exigência.

Todavia, não é a única norma com esta finalidade. Embora seja evidente o valor desta lei, afinal, detém expressa previsão na Constituição, o nosso ordenamento conta também com outras normas urbanísticas de igual relevância.

1 Art. 182 § 4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

I - parcelamento ou edificação compulsórios;

II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

2 Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

É o caso do Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257/01, que estabelece diretrizes gerais para a política urbana e deixa claro que a “finalidade social é tanto dirigida ao poder público como ao proprietário, pois seria inócua se exigir um comprometimento isolado do particular se não houver toda uma organização da municipalidade no sentido de fazer as cidades um núcleo de solidariedade e amortecimento das desigualdades sociais”. (FARIAS, et al., 2012 p. 325)

Assim sendo, o Estado deve se valer dessas ferramentas urbanísticas como um meio de disciplinar a ocupação do solo, redirecionando os recursos de maneira mais justa e garantindo um desenvolvimento urbano sustentável.

A propriedade é um direito individual, mas deve ser observada sob a ótica coletiva, por meio da qual sua função social torna-se um dever. E neste diapasão é que o Estado deve atuar, certificando-se de que a urbe se desenvolva tendo como centro o homem e não a propriedade, nos moldes do que preluz a Constituição Cidadã.

2. EXTRAFISCALIDADE TRIBUTÁRIA

2.1. FUNÇÃO DO TRIBUTO

Todo arcabouço legal está direcionado a promover a eficiência do Estado Democrático de direito, ou seja, mirando o desenvolvimento social e econômico da nação.

Neste contexto, o tributo também é auferido como uma arma estatal não apenas provedora de fundos, mas também reguladora das atividades humanas, seja pela concessão de isenções, pela previsão constitucional de imunidades ou por uma grande carga tributária.

Para Cláudia de Rezende Machado de Araújo “o exercício do poder de tributar é, sem dúvida alguma, político, estando, portanto, sujeito mais a fatores políticos que econômicos. É uma questão de opção política por determinada técnica de tributação.” (ARAÚJO, 1996 p. 331)

Falamos então em política fiscal exercida por quem detém o poder soberano, através da qual, além de arrecadarem-se receitas para a manutenção da máquina estatal, determinados comportamentos são incentivados ou coibidos.

Os tributos são constituídos por um aparato legal extenso, que não só traz garantias ao contribuinte, como a possibilita ao Estado, por meio de seus representantes, a utilização desse arcabouço de maneira transcendente a arrecadatória.

Emergem, portanto, além da função fiscal, a extrafiscalidade como outro meio de intervenção estatal e promulgação dos pilares constitucionais e a parafiscalidade, que, embora mais próxima da capacidade tributária, também apresenta reflexos na acepção habitual da sociedade acerca da finalidade tributária.

Segundo Aliomar Baleeiro “introduzido na linguagem financeira da França pelo inventário Schuman e cedo copiado pelo Brasil,” a parafiscalidade “traduz a delegação, pela pessoa política, por meio de lei, de sua capacidade tributária ativa, vale dizer, das aptidões de arrecadar e descalizar a exigência de tributos a outra pessoa, de direito público ou privado”. (BALEEIRO, 1976 p. 38)

Distancia-se, portanto, das funções extrafiscal e fiscal por relacionar-se à capacidade tributária ativa e não a competência tributária como os primeiros.

Não obstante, Hugo de Brito Machado aproxima os conceitos ao traçar sua distinção em razão dos objetivos aspirados. Segundo o autor, enquanto o objetivo da função fiscal é a arrecadação de recursos financeiros para o Estado e da função extrafiscal a interferência deste no domínio econômico, a função parafiscal almeja a arrecadação de recursos para o custeio de atividades não exclusivas do Estado, mas que este desenvolve por meio de entidades específicas. (MACHADO, 2010 p. 74)

Feita essas considerações acerca da parafiscalidade, é mister tecer comentários acerca das demais funções elencadas, sem olvidar-se, contudo, que a classificação ocorre diante da função preponderante do tributo, de maneira que a existência de uma não implica na abstenção da outra função, em outras palavras, a fiscalidade e a extrafiscalidade coexistem em todos os tributos.

Sobre o tema o professor Paulo de Barros Carvalho elucidada:

Fala-se em *fiscalidade* sempre que as organizações jurídicas do tributo denuncie que os objetivos que presidiram sua instituição, ou que governam certos aspectos da sua estrutura, estejam voltados ao fim exclusivo de abastecer os cofres públicos, sem que outros interesses- sociais, políticos ou econômicos- interfiram no direcionamento da atividade impositiva. (CARVALHO, 2005 p. 234)

Tradicionalmente as imposições tributárias são percebidas dessa maneira, como financiadoras da atividade estatal, provendo os recursos monetários necessários para o desempenho de seus deveres, ou seja, fiscal.

Não é diferente o conceito da ministra do STJ Regina Helena Costa, para quem a *fiscalidade* “significa olhar para o tributo, simplesmente, como ferramenta de arrecadação, meio de geração de receita. É a noção mais recorrente quando se pensa em tributação.” (COSTA, 2009 p. 48).

É evidente que todo tributo visa a arrecadação pecuniária, todavia, como explanado, a ela não se limita. Nesse diapasão, emerge a extrafiscalidade, como eficiente arma de intervenção estatal não só na manutenção da economia, mas na promulgação dos interesses sociais.

A extrafiscalidade, embora reconhecida como moderna técnica de intervenção do Estado na economia, já era verificada na antiguidade. De qualquer modo, sua significância na área econômica é hialina, e sua utilização como instrumento de promulgação dos direitos constitucionais se faz imperiosa.

Note-se que Regina Helena Costa definiu-a como sendo “o emprego de instrumentos tributários para o atingimento de finalidades, não arrecada tórias, mas sim, incentivadoras ou inibitórias de comportamentos, com vista à realização de outros valores.” (COSTA, 2009 p. 48)

Depreende-se que agora a ideia de tributo ultrapassa os fins monetários, de modo que o Estado infiltra-se no âmbito particular de maneira mais extensa do que simplesmente econômica, repercutindo das ações de seus nacionais.

A comumente citada definição de Roque Antonio Carrazza reproduz de maneira certa a estratégia adotada, pois “há extrafiscalidade quando o legislador, em nome do interesse coletivo, aumenta ou diminui as alíquotas e/ou as bases de cálculo dos tributos, com o objetivo principal de induzir os contribuintes a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa”. (CARRAZZA, 2011 p. 118)

Destarte, o Estado utiliza-se de mecanismos tributários a fim de moldar as ações particulares e promover os direitos basilares sociais previstos da Carta Republicana.

Em sentido complementar ao exposto sobre a ingerência na conduta singular através da atividade tributária, Aliomar Baleeiro arremata lecionando que toda e qualquer medida nesse sentido deve ser estudada e analisada previamente, levando-se em conta bases racionais e factíveis, bem como seus efeitos em dadas circunstâncias. (BALEEIRO, 1976 p. 191)

Em outros termos, o doutrinador alerta que a intervenção estatal não é indiscriminada, mas sim direcionada a um fim específico, que em última instância deve ser salvaguardado por previsão constitucional, e sem perder de vista todos os seus possíveis reflexos na sociedade.

Em suma, a Constituição Federal contempla grande número de valores e objetivos a serem alcançados na busca pelo Estado Eficiente, sendo que neste íterim o ordenamento jurídico conciliado com as conjecturas doutrinárias deu forma a extrafiscalidade tributária como ferramenta para aquele fim.

Embora emoldurando as atitudes dos particulares através de mecanismos fiscais, não se pode olvidar que extrafiscalidade, assim como a fiscalidade e a parafiscalidade, trata-se de um instituto tributário e, desta feita, deve obediência a toda estrutura legal que regulamenta o sistema tributário pátrio, não podendo ultrapassar tais rédeas, ainda que na perspectiva de incrementar os pilares constitucionais.

2.2: Manejo da Extrafiscalidade em prol do Meio Ambiente

Com o nascimento da preocupação ambiental nasceram também estratégias para promulgar sua preservação.

Assim, a ideia de tributação ambiental, no âmbito pátrio, tem seu cerne na Constituição de 1988, pois, em seus termos, depreende-se a necessidade de compatibilização do direito tributário, econômico e ambiental.

Em sua tese de conclusão do mestrado Thais Bernardes Maganhini traduz de maneira cirúrgica o ideal dos tributos ambientais, senão, vejamos:

Os tributos ambientais não são “sanções”, pois não poderão ter como hipótese de incidência tributária ato ilícito, conforme dispõe o art. 3º do CTN, mas têm sua importância ímpar na preservação do meio ambiente, através de instrumento de Intervenção do Estado, como incentivador de comportamentos positivos na proteção do meio ambiente e de direcionar as atividades estatais para o implemento de políticas públicas relacionadas como desenvolvimento econômico e o meio ambiente. (MAGANHINI, 2007 p. 79)

Percebe-se, portanto, que a intervenção tributária na esfera ambiental distancia-se da política tradicional brasileira em busca do meio ambiente ecologicamente equilibrado proferido pela Constituição, pois, diferentemente do ideal sancionatório e restaurador, a tributação ambiental atua de maneira prévia e direcionadora.

Não discorda Melissa Guimarães Castello que, em seu texto afirma que esses tributos têm como

Principal objetivo desestimular a produção e o consumo de bens danosos ao meio ambiente. Eles são cada vez mais valorizados como uma alternativa interessante às políticas de repressão, que ainda predominam na proteção ao meio ambiente. (CASTELLO)

A dicotomia dessas ferramentas estatais é evidente, apesar da coincidente finalidade. Não obstante, em que pese a segmentação temporal de suas atividades, o Estado deve utilizar-se de todas as suas estruturas na busca do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Acrescenta ainda Paulo Henrique do Amaral que

O desenvolvimento sustentável não se pratica apenas com a monetarização dos recursos ambientais ou com sua compensação econômica, mas pela execução de projetos e políticas efetivas de prevenção de eventuais danos ao meio ambiente, redução e recuperação daquilo que já foi degradado. É dentro desse contexto que

se deve desenvolver qualquer espécie de política de proteção ambiental, para isso se deve observar os princípios de direito ambiental, como o da precaução, prevenção, cooperação e poluidor pagador. (O tributo como instrumento de tutela do meio ambiente, 2009 p. 226)

Logo, a criação de medidas deve também transpor os princípios ambientais, cuja presença é basilar em todo ordenamento que esteja voltado para a promoção do preceituado no art. 225 da Constituição.

Aqui se deve tocar na conclusão de Celso Antonio Pacheco Fiorillo, para quem, tais posicionamentos governamentais não ocorrem apenas para a promoção de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, mas sim, como todas as normas republicanas, tem sua gênese na dignidade da pessoa humana. (FIORILLO, 2009 p. 609)

O doutrinador traz sempre em seu pensamento o fim último que toda e qualquer norma se destina, o qual não se nega, contudo, se afasta na tentativa de evitar desvios.

Verifica-se, portanto, conforme doutrina de Renata Marques Ferreira e Celso Antonio Pacheco Fiorillo, que a atividade pública destinada à tributação ambiental também

Revela balizas rígidas e diversas limitações, representadas pela necessária observância dos princípios constitucionais tributários tais como: isonomia, capacidade contributiva, legalidade ou estrita legalidade, irretroatividade, anterioridade, proibição de confisco, e outros princípios encontrados na Carta Magna. (FERREIRA, et al., 2005 p. 42)

Fica evidente que se trata de uma intersecção do direito, em que normas e princípios de ambos os lados devem ser respeitados na produção da atividade tributária ambiental, tendo sempre como objetivo a mecanização do tributo em prol do ambiente saudável.

Assim sendo, independentemente da função predominante o resultado nas condutas humanas será evidente, devendo, portanto, a política tributária ambiental ser desenvolvida a luz dos princípios ambientais e tributários, para a promulgação dos seus fins, mas destacando-se sua influencia extrafiscal como diferencial.

Como explanado a pouco, a extrafiscalidade sobrepõe-se dentro da temática da tributação ambiental como ferramenta estatal na efetivação dos deveres constitucionais em tela.

Sua notoriedade na questão ambiental decorre não só em razão dos seus fins extra pecúnia, mas também em razão do tradicional caráter fiscal estar mais próximo do âmbito administrativo do que tributário.

Ora, não se nega a relevância das questões administrativas, mas quando se recorre ao sistema tributário na promoção do meio ambiente deve-se superar o ideal arrecadatário, pois a este extrapola o direcionamento dos fundos percebidos.

Superada a questão, as palavras de Renato Bernardi acerca da extrafiscalidade envolvendo a temática merecem destaque:

Por meio da extrafiscalidade tributária, tendo como instrumento os benefícios fiscais, pretende-se alterar comportamentos humanos por intermédio da exação tributária. Porquanto, valendo-se dos incentivos fiscais, pode-se desestimular comportamentos nocivos ao meio ambiente, os quais podem ser mudados não através da utilização de novos tributos a serem aplicados aos comportamentos causadores da degradação, mas sim utilizando-se da “sanção premial”, para aqueles setores que mudarem suas atitudes, implementando novas tecnologias, com o objetivo de ir ao encontro do desenvolvimento sustentável, que somente poderá ser alcançado com uma política pública que fomente e incentive os setores produtivos, premiando aqueles que contribuem na trilha deste caminho e punindo os que teimam em praticar atividades que venham a degradar o meio ambiente em níveis insuportáveis. (BERNARDI)

Indubitavelmente, a questão não se limita ao sistema tributário, mas prescinde de uma administração pública estruturada. Contudo, a extrafiscalidade tem se demonstrado como alternativa válida e eficaz na modernização da política ambiental, atuando no direcionamento humano.

Neste íterim, Melissa Guimarães Castello eleva a cumulação dos princípios ambientais do poluidor pagador e da prevenção como pilastra desta atuação extrafiscal, afinal, com aquele se internaliza o valor do dano ambiental ao custo do produto e através deste a “produção ou o consumo dos bens prejudiciais ao meio ambiente tendem a diminuir na medida em que esses bens se tornam mais caros, devido à incidência tributária”. (CASTELLO)

Evidentemente, não se nega, tampouco exclui outras medidas, sejam elas de caráter civil, administrativo, econômico ou mesmo penal, afinal, apenas com a utilização orquestrada de todo este aparato o Estado atingirá seus desígnios.

O que se preza aqui, todavia, é a utilidade do âmbito tributário em prol do meio ambiente saudável e, nesse contexto, Thais Bernardes Maganhini conclui que

A extrafiscalidade é o maior instrumento de indução para a busca do desenvolvimento sustentável, pois incide sobre a produção e o consumo, por meio de mecanismos de graduação de alíquotas, reduções de base de cálculo e seletividade, isenções e restrições, dependendo da natureza dos produtos, visando aumentar ou desestimular a produção de produtos nocivos ao meio ambiente,

ou aqueles que o processo de produção afete negativamente o meio ambiente. (MAGANHINI, 2007 p. 86)

Em síntese, é através de uma política fiscal bem estruturada que se tende a evitar o dano ambiental.

Ademais, o Brasil é amplamente conhecido por sua alta carga tributária, o que implica na possibilidade de rejeição a instituição de qualquer novo tributo, de maneira que o resultado negativo ainda pode resvalar em outro setor nacional.

Destarte, deve o Estado estar atento as minúcias que permeiam a temática e, dar preferência a utilização dos instrumentos já existentes, em especial a extrafiscalidade.

3. TRIBUTOS E O ESTATUTO DA CIDADE

3.1. Os instrumentos tributários no Estatuto da Cidade

Com o advento da Constituição Cidadã as percepções acerca dos pilares governamentais mudaram e novos objetivos tomaram frente no Estado brasileiro, na tentativa de satisfazer os anseios sociais dos séculos XX e XXI. Nesse diapasão a dignidade da pessoa humana tornou-se um dos fundamentos da República, e, desta feita, parâmetro interpretativo dos demais direitos.

Deste modo, o direito à propriedade passou a ser reinterpretado sob a ótica coletiva, e a necessidade de cuidados na consecução do direito ao meio ambiente equilibrado tomou força.

Ainda neste mesmo contexto histórico, observamos que a cidade passou a ter protagonismo, na medida em que se tornou centro econômico e populacional do Estado, além de ser ela quem conjuga efetivamente os supracitados direitos à propriedade e ao meio ambiente.

Sobre o tema destacamos a ideia de Celso Antônio Pacheco Fiorillo, para quem a partir de 1988 a cidade passa a ser disciplinada em face da estrutura jurídica do bem ambiental e como tal encontra proteção mediata na ideia geral de meio ambiente (art. 225 da CF) e imediata, enquanto meio ambiente artificial, cuja proteção emanada dos arts. 182 e 183 da Carta Magna. (FIORILLO, 2013 p. 646)

O caráter programático destas normas constitucionais devolve ao Estado a necessidade de atuação na promulgação das cidades, agora não apenas como centro econômico, mas também ambiental e, porque não, social. Logo, cabe a ele desenvolver uma política urbana adequada, capaz de instituir diretrizes para o desenvolvimento da urbe, inclusive no campo da habitação.

Aquele mesmo autor então complementa: “a Constituição Federal de 1988 fixa como objetivos da política urbana: a) a realização do pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade; e b) a garantia de bem estar dos seus habitantes.” (FIORILLO, 2013 p. 636)

Assim, foi do alinhamento destes pensamentos que o Estado passou a tomar frente na

realização destes desígnios, dando origem a lei 10.257, mais conhecida como Estatuto da Cidade.

Para José Afonso da Silva é no incremento da pólis que se encontram

(...) os fundamentos constitucionais do *Estatuto da Cidade*, instituído pela Lei 10.257/2001, que estabelece as diretrizes gerais de política urbana, segundo o previsto nos arts. 21, XXI, 182 e 183 da CF. O *Estatuto da Cidade*, denominação conferida àquela lei pelo parágrafo único de seu art. 1º, estabelece as diretrizes gerais da política urbana, que tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como o equilíbrio ambiental. (SILVA, 2012 p. 58)

Ora, o Estatuto da Cidade nada mais é do que um passo a frente na concretização da política urbana dado pela União, sem, contudo usurpar qualquer competência que lhe é estranha.

Nesse sentido, o doutrinador José Afonso da Silva afirma que essa norma federal, em verdade, assume o papel de lei nacional, com características de uma lei geral de direito urbanístico, pois institui princípios, disciplina diversas figuras e institutos do direito urbanístico, “fornece um instrumental a ser utilizado na ordenação dos espaços urbanos, com observância da proteção ambiental, e a busca de solução para problemas sociais graves”. (SILVA, 2012 p. 67)

Outra não poderia ser a conclusão, afinal, a busca pelo meio ambiente equilibrado, embora seja de competência comum (art. 23, VI da CF), por sua característica ímpar, exige que seja galgada pelo Estado enquanto nação (art. 23, parágrafo único CF).

Isto posto, Jorge Henrique de Oliveira Souza, nos rememora que o Estatuto da Cidade estabelece diretrizes de “*como, quando e onde* edificar de maneira a atender os interesses sociais, combatendo a especulação imobiliária e fazendo com que a propriedade imobiliária cumpra sua função social”. (SOUZA, 2009 p. 297)

Ou seja, ele traz a baila a função social da cidade e, conseqüentemente da propriedade, como questão importante a ser ponderada na execução do Estatuto da Cidade, juntamente com o conteúdo ambiental.

A importância da função social da cidade merece o reforço das palavras de Celso Antônio Pacheco Fiorillo, senão vejamos:

Isso significa dizer que a função social da cidade é cumprida quando esta proporciona a seus habitantes o direito à vida, à segurança, à igualdade, à propriedade e à liberdade (CF, art. 5º *caput*), bem como garante a todos um *piso vital mínimo*, compreendido pelos direitos sociais à educação, à saúde, ao lazer, ao trabalho, à previdência social, à maternidade, à infância, à assistência aos desamparados, entre outros encartados no art. 6º. (FIORILLO, 2013 p. 637)

Destarte o cumprimento da função social da cidade proporciona a seus habitantes o exercício de inúmeros outros direitos, fato que, portanto, demonstra a magnitude da temática. Logo, questionam-se quais seriam as ferramentas que o Estado dispõe para tal fim.

Para Toshio Mukai a resposta está dentro do próprio direito urbanístico, que, no Brasil, faz uso das limitações administrativas (urbanísticas), das desapropriações e dos tributos regulatórios como instrumentos jurídicos. (MUKAI, 2002 p. 67)

Acerca dos tributos utilizados na ordenação da cidade e veiculados no Estatuto da Cidade, tema do presente trabalho, temos o imposto predial e territorial urbano e a contribuição de melhoria ambiental, estudados individualmente a seguir.

3.2. O imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana- IPTU

Imposto é, em resumo, a prestação pecuniária paga em prol do Estado, quando da ocorrência da prevista hipótese de incidência, sem que isso necessite de uma contraprestação específica (art. 16 do CTN³). “Portanto, basta que o sujeito passivo realize qualquer das situações previstas em lei para que a pessoa política competente esteja autorizada a exigir o imposto correspondente”, como finaliza Regina Helena Costa. (COSTA, 2009 p. 110)

A Constituição Cidadã instituiu algumas hipóteses de incidência, sobre as quais delimitou as competências entre os entes federativos. Assim, ficou sob a égide dos Municípios a regulamentação dos impostos sobre a propriedade predial e territorial urbana (art. 156, I da CF⁴).

Tal tributo tem “como fatos geradores a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana no Município”, de acordo com o que condensa Leandro Paulsen. (PAULSEN, 2012 p. 347)

Embora a função fiscal do discutido tributo seja preponderante, até mesmo por ser este, via de regra, a maior fonte de renda municipal, a análise da função extrafiscal do IPTU é primordial, haja vista a repercussão do mesmo na organização dos espaços urbanos.

Tal conclusão segue paralela ao pensamento de Toshio Mukai que assevera a constitucionalidade do uso extrafiscal e regulatório do IPTU e enfatiza o imposto como um dos que mais se prestam a regular os problemas urbanísticos. (MUKAI, 2002 p. 84)

E foi mediante tal importância que o Estatuto da Cidade trouxe de maneira expressa o Imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana – IPTU como um de seus institutos tributários e financeiros.

Não discorda Jorge Henrique de Oliveira Souza quando diz que da análise justaposta entre o Estatuto e a Constituição, o IPTU pode ser utilizado “como instrumento de ordenação do espaço urbano, ou seja, com nítido caráter extrafiscal (finalidade urbanística), o que passa, necessariamente, pela análise da progressividade das alíquotas na sua instituição”. (SOUZA, 2009 p. 301)

Desta maneira, a progressividade ganha relevo, afinal é ela quem garante o exercício da extrafiscalidade. Através da modulação de alíquotas se consegue adequar o preenchimento dos

3 Art. 16. Imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte.

4 Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:
I - propriedade predial e territorial urbana;

espaços urbanos com as pretensões estatais.

De maneira assertiva Adilson Abreu Dallari discorre sobre a matéria, senão vejamos:

Quanto ao IPTU, a fixação de sua alíquota sempre repercutirá significativamente no montante da arrecadação tributária e sempre, também, será um instrumento de política tributária ligada ao desenvolvimento urbano, pois sempre servirá como instrumento de promoção do adequado nível de ocupação do solo e adensamento populacional.

A Constituição Federal cuida de atribuir ao IPTU uma considerável flexibilidade no tocante à fixação do valor a ser cobrado do contribuinte, exatamente para viabilizar sua utilização como instrumento de urbanismo. Em seu art. 182, §4º, II, ela menciona o IPTU progressivo no tempo, como instrumento de promoção do adequado aproveitamento do imóvel urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado. Além dessa específica forma de progressividade, no art. 156, §1º, I, está previsto, também, que esse imposto pode ser progressivo em razão do valor do imóvel. Esta última forma de progressividade já foi objeto de controvérsia, que acabou sendo eliminada com a promulgação da Emenda Constitucional 30, de 13.9.2000, que afirmou de maneira inequívoca a sua viabilidade. Nesse mesmo parágrafo desse mesmo artigo, mas no inciso II, está prevista expressamente a possibilidade de fixação de alíquotas diferentes, de acordo com a localização do imóvel. Tudo isso efetivamente confere ao IPTU um formidável poder de fogo como instrumento de política de realização das finalidades e objetivos do urbanismo e da justiça social, nos termos do art. 3º, III da Constituição Federal. (Instrumentos da Política Urbana, 2003 p. 79)

O IPTU, portanto, é capaz de incentivar a ocupação de determinados espaços do Município através da inserção de alíquotas mais baixas, do mesmo modo que inibe outros por meio da elevação, nos moldes da aquiescência constitucional, qual seja, fundamentados na localização e no uso do bem.

Ao abordar o tema Leandro Paulsen divide a progressividade de acordo com o artigo constitucional que a autoriza, art. 156, §1º ou art. 182. Assim, o autor comenta os dispositivos que tratam da progressividade do imposto em relação ao valor do imóvel, este somado a seletividade cominada à localização e ao uso do bem, e, juntamente com outras ferramentas de política urbana como o parcelamento compulsório e a desapropriação, a progressividade no tempo. Acerca desta última o autor conclui ser ela a “razão pela qual os proprietários de terrenos urbanos pagam mais IPTU que os proprietários de casas, embora o valor venal dessas com seus terrenos seja muito superior ao daqueles”. (PAULSEN, 2012 p. 346)

Deste modo, a tese do doutrinador perfila-se a ideia de que as alíquotas forcem os cidadãos a darem a destinação social necessária as suas propriedades, afinal, se assim não o fosse a cidade ficaria a mercê das especulações imobiliárias e jamais seria capaz de cumprir sua função social.

E complementando esse pensamento Cintia Estefania Fernandes expõe que

O Estatuto da Cidade viabiliza a implementação do IPTU progressivo no tempo,

que não terá fim arrecadatório, sendo um instrumento para que os proprietários promovam o adequado aproveitamento do imóvel, ou seja, um meio de dar à propriedade, função social, anterior à desapropriação com fins urbanísticos. (FERNANDES, 2005 p. 397)

É dever do Poder Público conduzir a ocupação dos espaços urbanos, nos termos da Carta Magna e do Estatuto da Cidade, direcionando a conduta de seus habitantes. O objetivo é garantir a todos o acesso à cidade, fato que não se opõe ao exercício do direito de propriedade.

Diante de tal finalidade, torna-se imprescindível a existência do Plano Diretor, instrumento de planejamento expressamente previsto naqueles mesmos regramentos, para a melhor execução da política urbana e garantia de que esta não seja corrompida por interesses particulares.

Por fim, é mister ressaltar que a extrafiscalidade prescrita deve ter como norte o cumprimento da função social da propriedade e, como fim último, a obtenção do meio ambiente urbano equilibrado.

3.3. Contribuição de melhoria

A contribuição de melhoria é, segundo a teoria pentapartite, uma espécie tributária autônoma prevista no art. 5º do CTN e didaticamente conceituado pelo art. 81⁵ do mesmo diploma como tributo instituído em face ao custo de obras públicas de que decorra valorização imobiliária.

Essa contribuição sedimenta-se não apenas como fonte de receita, mas também como forma de elidir o locupletamento ilícito daqueles que se beneficiaram da obra pública. Trata-se de verdadeira justiça social, pois impede que um grupo seja beneficiado de modo superior aos demais e à custa da coletividade.

Em apertada síntese Leandro Paulsen transmite esse mesmo pensamento ao afirmar que “efetivamente, havendo benefício direto para algumas pessoas, é razoável que o seu custeio não se dê por toda sociedade igualmente, mas especialmente, por aqueles a quem a obra aproveite”. (PAULSEN, 2012 p. 39)

A contribuição de melhoria também tem previsão constitucional (art. 145, III). Ora, diante da importância desse instrumento tributário no exercício da justiça distributiva e, por conseguinte, ser ele um dos mais fáceis tradutores dos objetivos constitucionais, a Carta Magna não poderia deixar de prevê-lo em seu texto e, desta feita, salvaguarda-lo na mais alta norma pátria.

Sem dúvida a função extrafiscal desse tributo merece ênfase, principalmente diante de seus efeitos perante a urbe. A contribuição de melhoria demonstra uma “perfeita adequação a uma das principais diretrizes gerais de política urbana, afirmada pelo art. 2º, IX, do Estatuto da Cidade, qual seja: a justa distribuição dos benefícios decorrentes do processo de urbanização”, conforme preleciona Adilson Abreu Dallari. (Instrumentos da Política Urbana, 2003 p. 79)

5 Art. 81. A contribuição de melhoria cobrada pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, é instituída para fazer face ao custo de obras públicas de que decorra valorização imobiliária, tendo como limite total a despesa realizada e como limite individual o acréscimo de valor que da obra resultar para cada imóvel beneficiado.

Assim, a utilização do efeito extrafiscal deste tributo na organização das cidades torna essa ferramenta jurídica um dos meios de se otimizar o ordenamento pátrio. Em outros termos, trata-se de uma solução para a política urbana através do uso de ferramentas já disponíveis ao Estado e, posto isso, deve ter sua prática estimulada.

No mesmo norte, Regina Helena Costa aduz que

Com a edição do Estatuto da Cidade pretende o legislador incentivar a instituição dessa espécie tributária, pois aponta, como lembrado, a recuperação dos investimentos do Poder Público de que tenha resultado a valorização de imóveis urbanos como diretriz geral da política urbana (art. 2, IX). É o princípio da afetação das mais-valias ao custo da urbanização operando seus efeitos. Sendo meio de captação de recursos de proprietários particulares cujo patrimônio valorizou-se em decorrência de investimentos públicos, propicia que parte dessa riqueza retorne aos cofres públicos, em benefício da coletividade. (Instrumentos Tributários para a Implementação da Política Urbana, 2003 p. 114)

Impende salientar que a promoção do uso da contribuição de melhoria no âmbito da política urbana não se resumiu a convergência dos fins entre ambos. O legislador fez questão de prever expressamente a utilização daquela na consecução dos fins urbanísticos. (art. 4º, IV, b do Estatuto da Cidade⁶), dando ainda mais ênfase neste mecanismo.

Não obstante, Jorge Henrique de Oliveira Souza nos adverte que a contribuição de melhoria, mesmo quando vertida para fins ambientais, como é o caso, deve ser cobrada apenas após o término da obra e que enseje a valorização imobiliária, ou seja, não se trata de um instrumento de formação de capital. (SOUZA, 2009 p. 325)

Afirmar essa que reforça a importância extrafiscal do tributo em voga, isto é, a visão da contribuição de melhoria não como meio arrecadatório, regra entre os tributos, mas sim como verdadeiro instrumento de justiça social capaz ainda de atender a preservação e proteção do meio ambiente artificial, conforme fundamentos constitucionais e infraconstitucionais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É sabido que as cidades passaram a ter um papel dirigente na estrutura da sociedade, haja vista que os espaços urbanos tornaram-se os cérebros econômicos e centros sociais do Estado. Desta feita, a organização desses espaços deve fazer parte dos planos governamentais.

Destarte, instituíram-se ferramentas para que os entes políticos possam galgar o meio ambiente urbano equilibrado consubstanciado com a aplicação da função social da propriedade.

É o caso do Imposto Predial e Territorial Urbano e da Contribuição de Melhoria, instrumentos tributários explanados pelo Estatuto da Cidade com o aval constitucional, como

6 Art. 4º Para os fins desta Lei, serão utilizados, entre outros instrumentos:
IV – institutos tributários e financeiros;
b) contribuição de melhoria;

ferramentas já existentes no ordenamento, mas que devem ter sua função extrafiscal destacada na finalidade de ascensão de uma política urbana adequada.

Embora seja de destaque a necessidade de incentivo a estes instrumentos, afinal, fazer uso de ferramentas que já existem em prol mais de uma finalidade é maximizar o ordenamento, seu exercício nos moldes gerais não é o suficiente.

O plano diretor, norma de competência Municipal, é imprescindível para a devida abordagem desses tributos como medida de política urbana, pois ambos exigem a lei municipal para uma melhor execução.

Em suma, a cidade deve ser observada como preocupação universal, abordando os cidadãos e o Estado em todas as suas esferas, aquele suportando as intervenções deste em sua propriedade e este último tomando uma posição ativa na obtenção do meio ambiente urbano equilibrado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARAÚJO, Cláudia Rezende Machado de. Extrafiscalidade. *Revista de Informação Legislativa*, n° 132. [Online] Outubro/Dezembro de 1996. http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ri1/Pdf/pdf_133/r133-29.PDF. Visitado em: 21 de Agosto de 2013
- BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. 11° edição. Rio de Janeiro : Forense, 1976.
- BERNARDI, Renato. Tributação Ecológica (o uso ambiental da extrafiscalidade e da seletividade tributárias). [Online] <http://www.professorsabbag.com.br/arquivos/downloads/1277138171.pdf>. Visitado em: 18 de Junho de 2015
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet e MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. [Livro Digital] 7° edição. São Paulo : Saraiva, 2012.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Visitado em: 10 de junho de 2015.
- _____. Lei 5.172 de 25 de outubro de 1966. *Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios*. [Online] Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm>. Visitado em: 10 de junho de 2015
- _____. Lei 10.257, de 10 de julho de 2001. *Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Visitado em: 10 de junho de 2015
- CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 27° edição. São Paulo : Malheiros, 2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25ª edição. São Paulo : Atlas, 2012.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 17ª edição. São Paulo : Saraiva, 2005.

CASTELLO, Melissa Guimarães. A possibilidade de instituir tributos ambientais em face da Constituição de 1988. [Online] <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/20712-20713-1-PB.htm>. Visitado em: 17 de Junho de 2013

COSTA, Regina Helena. *Curso de direito tributário: Constituição e Código Tributário Nacional*. 1ªed. 2ª tir. São Paulo : Saraiva, 2009.

_____. Instrumentos Tributários para a Implementação da Política Urbana. *Estatuto da Cidade- comentários à lei federal 10.257/2001*, pp. 107-116. 1ªed. 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2003.

DALLARI, Adilson Abreu. Instrumentos da Política Urbana. *Estatuto da Cidade- comentários à lei federal 10.257/2001*, pp. 107-116. 1ªed. 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito adminitrativo*. 27ª edição. São Paulo : Atlas, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil, Direitos Reais-v5*. 2ª edição. Salvador : JusPodivm, 2012.

FERNANDES, Cintia Estefania. IPTU- Texto e Contexto. São Paulo : Quartier Latin, 2005.

FERREIRA, Renata Marques e FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Direito Ambiental Tributário*. São Paulo : Saraiva, 2005.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 10ª edição. São Paulo : Saraiva, 2009.

_____. *Curso de direito ambiental brasileiro*. [Livro Digital] 14ª edição. São Paulo : Saraiva, 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro v.5*. [Livro Digital] 7ª edição. São Paulo : Saraiva, 2012.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 31ª edição. São Paulo : Malheiros, 2010.

MAGANHINI, Thais Bernardes. *Extrajurisdicção Ambiental: um instrumento de compatibilização entre o desenvolvimento econômico e meio ambiente*. Marília : Tese (Mestrado em Direito)- Curso de Pós Graduação em Direito, Universidade de Marília, 2007.

MUKAI, Toshio. *Direito Urbano-Ambiental Brasileiro*. São Paulo : Dialética, 2002.
O tributo como instrumento de tutela do meio ambiente. CARVALHO, Valbério Nobre de e RIBAS, Lidia Maria nº 54, São Paulo : Revista dos Tribunais, ano 14, Abril/Junho de 2009, Revista de Direito Ambiental, p. 226.

PAULSEN, Leandro. *Curso de direito tributário: completo*. [Livro Digital] 4ª edição Porto

Alegre : Livraria do Advogado, 2012.

_____. *Impostos federais, estaduais e municipais*. [Livro Digital] 14º edição Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo : Malheiros, 1999.

_____. *Direito Urbanístico Brasileiro*. São Paulo : Malheiros, 2012.

SOUZA, Jorge Henrique de Oliveira. *Tribitação e meio ambiente* . Belo Horizonte : Del Rey, 2009.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. [Livro Digital] 4º edição. Rio de Janeiro : Método, 2014.

Recebido em:11/05/2020

Aprovado em :01/06/2020

A IMPORTÂNCIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NA EVOLUÇÃO DO DIREITO BRASILEIRO

Gustavo Luppi Pezarini*
Rafael Gomieiro Pitta**

Quem quer garantir a própria liberdade, deve preservar da opressão até o inimigo; pois, se fugir a esse dever, estará a estabelecer um precedente que até a ele próprio há de atingir. Thomas Paine

* Discente em Faculdades Londrina.

** Doutor e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Especialista em Direito Civil e Processo Civil. Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Professor e coordenador do Núcleo de Práticas Jurídicas em Faculdades Londrina.

Como citar: PEZARINI, Gustavo Luppi; PITTA, Rafael Gomieiro. A importância dos precedentes judiciais na evolução do Direito brasileiro. **Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania – IDCC**, Londrina, v. 5, n. 1, p 31-44, jan/jul, 2020. ISSN: 2596-0075.

Resumo: Ao criar um sistema de normatização de precedentes, o Código de Processo Civil de 2015 buscou padronizar a utilização do sistema de precedentes vinculantes e trouxe a possibilidade de aplicação da motivação dos precedentes não vinculantes mediante a aplicação da *ratio decidendi* pelos juízes em quaisquer instâncias, em franca busca pela coerência das decisões judiciais. Com base na obrigatoriedade da fundamentação das decisões judiciais, permite aos litigantes demonstrar como precedentes – vinculantes ou não – apontam o sentido da jurisprudência, vinculando ao menos a motivação do juiz. Este trabalho apresenta os conceitos necessários para que se possa fazer a análise do sistema de precedentes adotado no Brasil, bem como suas limitações, alcance e efetividade. Por fim, procura investigar como a cultura de precedentes pode ou não ser adaptada ao sistema *Civil Law*, contribuindo para a segurança jurídica das decisões judiciais, tornando-as mais efetivas e a prestação jurisdicional mais coesa e eficaz.

Palavras-Chave: Precedentes judiciais. Evolução do Direito brasileiro. Processo Civil.

Abstract: By creating a system of standardization of the precedents, the new Code of Civil Procedure sought to standardize the use of the system of binding precedents and brought the possibility of applying the motivation of non-binding precedents by applying *ratio decidendi* by the judges in any level, in a frank search for the coherence of judicial decisions. Based on the obligation to state reasons for judicial decisions, the system allows the litigants to demonstrate as precedents

– binding or not – the meaning of jurisprudence, linking at least the motivation of the judge. This paper presents the concepts necessary for the analysis of the precedence system adopted in Brazil, as well as its limitations, scope and effectiveness. Finally, it seeks to investigate how the culture of precedents may or may not be adapted to the Civil Law system, contributing to the legal certainty of judicial decisions, making them more effective and the judicial performance more cohesive and effective.

KEYWORDS: Judicial precedents. Evolution of Brazilian Law. Civil Procedure.

INTRODUÇÃO

O objetivo principal deste trabalho é demonstrar a importância dos precedentes para a evolução do Direito brasileiro. Na consecução desse objetivo, três objetivos secundários foram estabelecidos, quais sejam: a) Delimitar, sob a ótica do ordenamento jurídico brasileiro, o que são precedentes judiciais. b) Apresentar os contextos de vinculação das decisões judiciais ao sistema de precedentes seja por motivação, persuasão ou vinculação obrigatória, e por fim, c) demonstrar se a aplicação de precedentes poderia ser adaptada à realidade do *Civil Law* sem desvirtuar suas características essenciais, que serão apresentadas e diferenciadas do *Common Law*.

O referencial teórico utilizado aborda as questões e teorias iniciais relacionadas ao tema em estudo, sob a ótica de vários autores, por meio de revisão bibliográfica sistematizada. Foi utilizado o método teórico, mais necessariamente na pesquisa bibliográfica de obras, leis, e documentos eletrônicos que tratam do tema, sob prismas diversos, fazendo nascer a dialética acerca do assunto e sem pretender exaurir o debate, por fim, apresentam-se as considerações finais e as referências.

DESENVOLVIMENTO

1 *CIVIL LAW E COMMON LAW*

A principal distinção entre os sistemas de direito *Civil Law* e o *Common Law* se encontra nas fontes originárias do direito. Enquanto o primeiro, adotado pelos países da Europa continental e da América Latina, utiliza como principal fonte as leis, devidamente codificadas pelos legisladores, o segundo, adotado em países de tradição anglo-americana, com origem na Inglaterra, tem na decisão judicial, ou no precedente judicial, preenchidos determinados requisitos, a fonte principal do direito.

Etimologicamente, a palavra fonte tem raízes no termo latino *fontis* que possui significado semelhante a princípio, origem, causa¹. A expressão *fontes do direito* diz respeito à origem do processo de elaboração de normas jurídicas que deverá reger as relações entre os indivíduos inseridos em uma mesma sociedade ou entre o Estado e seus cidadãos. Neste sentido, Miguel Reale demonstra que as fontes primárias do Direito devem ser dotadas de legitimidade dentro de seu sistema:

Muitas são, pois, as questões com que se defronta a Epistemologia Jurídica, que poderia ser definida como sendo a *doutrina dos valores lógicos da realidade social do Direito*, ou, por outras palavras, *dos pressupostos lógicos que condicionam e legitimam o conhecimento jurídico*, desde a *Teoria Geral do Direito* - que é a sua projeção imediata no plano empírico-positivo - até às distintas disciplinas em que se desdobra a Jurisprudência.²

A lógica jurídica, conceito diretamente relacionado ao modo de fluir de um processo ou do paradigma que relaciona os distintos processos que tenham em si semelhanças factó-jurídicas,

1 Dício: Dicionário online de Português. Disponível em <<https://www.dicio.com.br/fonte/>> Acesso em 28/05/2020.

2 REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19ª edição, 3ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 306.

também é um condutor rumo à coerência. A Ciência Dogmática do Direito, que abarca as nascentes de sistematização e até mesma da integração processual dos institutos jurídicos que a formam. Essa linha de estudo é determinante para a análise de como, com o advento do Código de Processo Civil de 2015 (Lei 13.105 de 16 de março de 2015) – CPC, os precedentes judiciais, que são fonte no direito anglo-americano, vêm disciplinar a conduta, ou pelo menos a forma de racionalizar o processo, pelos juízes brasileiros.

Cabe aqui delimitar a natureza da Hermenêutica Jurídica utilizada para a concepção dos “bens culturais de suporte ideal” insuscetíveis, que são a razão comum de ser para os sistemas jurídicos, tanto os baseados na lei quanto os que têm sua origem nos precedentes. Emerge assim, com o CPC de 2015, o manejo dos chamados “modelos jurídicos”.³

2 PRECEDENTE JUDICIAL

2.1 Definição

O significado etimológico de precedente, como adjetivo, é algo que acontece de modo prévio, anterior, uma situação precedente a outra. Como substantivo masculino, é uma maneira comportamental utilizada como modelo ou referência para outra situação parecida⁴.

Esta análise infere ao termo precedente judicial, além da simples anterioridade de uma decisão judicial a outra, uma condição de modelo da primeira para a segunda, como explica Marinoni:

Seria possível pensar que toda decisão judicial é um precedente. Contudo, ambos não confundem, só havendo sentido falar de precedente quando se tem uma decisão dotada de determinadas características, basicamente a potencialidade de se firmar como paradigma para a orientação dos jurisdicionados e dos magistrados.⁵

A ideia de vinculação a precedentes surge em decorrência do sincretismo jurídico normativo, com a constitucionalização das leis infraconstitucionais, dentre eles o Código de Processo Civil, reeditado em 2015 sob a égide da Constituição Federal de 1988. Como forma de proporcionar a *eficiência*, princípio estampado no artigo 8º do CPC, assim ensina Câmara acerca do sistema de precedentes:

A observância de um sistema de vinculação a precedentes, especialmente no que concerne às causas repetitivas; a construção de mecanismos de antecipação de tutela, tanto para situações de urgência como para casos em que a antecipação se funda na evidência; a melhoria do sistema recursal, com diminuição de oportunidades recursais; tudo isso contribui para a duração mais razoável do processo. É, porém, sempre importante ter claro que só se pode cogitar de

3 REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19ª edição, 3ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2002. p.306 e 307.

4 Dicionário on-line de português. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/precedente/>> Acesso em 19/05/2020.

5 MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 215.

duração razoável do processo quando este é capaz de produzir os resultados a que se dirige.⁶

O dever de observância ao sistema de precedentes é um dos pontos mais controversos do CPC de 2015, haja vista que, em relação ao tema, não delimita de forma clara e objetiva sua extensão, proporcionando interpretações sobre quais precedentes devem, efetivamente, ser observados.

É ainda objeto de árduas críticas pelos estudiosos do direito comparado, principalmente entre os sistemas de *Civil Law* romano-germânico adotado no Brasil e o *Common Law* anglo-saxônico adotado em países como Inglaterra e Estados Unidos, que apontam a desvinculação obrigatória dos juízes aos precedentes como causa de inefetividade do sistema de precedentes brasileiro.

2.2 MOTIVAÇÃO, PERSUASÃO OU VINCULAÇÃO OBRIGATÓRIA

O CPC alterou a eficácia do sistema de precedentes quando elencou, no artigo 489, dentre os elementos obrigatórios das decisões judiciais, a necessidade de demonstrar a distinção entre o caso concreto e o precedente invocado pela parte.

Nesse ponto se ressalta a importância dada pelo Código ao precedente, pois em que pese o mencionado artigo 489 versar sobre a sentença, seu parágrafo primeiro faz alusão a qualquer decisão judicial, seja interlocutória, sentença ou acórdão. Nas palavras de Conceição:

Nula também será a decisão em que o juiz deixe de esclarecer racionalmente as escolhas que fez; que aplique o precedente ou a súmula sem demonstrar a sua similitude fática com o caso em exame, ou, ao contrário, que deixe de aplicar o precedente ou a súmula, sem expor o aspecto que distinguiria os casos e imporia solução diferente. O art. 489, incisos V e VI, do CPC/2015, dentre outros ao longo do Código, deixa claro que o legislador deu ênfase ao respeito aos precedentes, sendo essa uma das linhas mestras do novo Código Civil.⁷

O artigo 927 do CPC trouxe o rol de precedentes que são dotados de eficácia normativa, ou seja, de observação obrigatória sob pena de *reclamação*, instrumento previsto no CPC (artigo 988) cujo objetivo é garantir sua eficácia.

Com o mesmo fim, é inserido nos quesitos de admissibilidade o não conflito do pedido com os precedentes, sob pena do indeferimento liminar do pedido, como expõe Bueno:

É coerente o CPC de 2015 com o que ele próprio propõe quanto à eficácia dos precedentes dos Tribunais ao impor a improcedência liminar quando a petição

6 CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 6.

7 CONCEIÇÃO, Maria Lucia Lins. Código de processo Civil Anotado. AASP, OAB Paraná, ISBN 978-85-86893-00-1, 2017. p. 813. Disponível em: <https://www.aasp.org.br/produto/codigo-de-processo-civil-anotado/>. Acesso em 20/05/2020.

inicial retratar pretensão colidente nos casos destacados.⁸

Neste mesmo sentido, nos casos de necessidade de demonstração da repercussão geral para interposição de Recurso Extraordinário no Supremo Tribunal Federal, um dos óbices a sua admissibilidade é a existência de precedentes do próprio tribunal em relação às questões de repercussão geral, conforme ensina o ministro Alexandre de Moraes:

O Presidente do Tribunal recusará recursos que não apresentem preliminar formal e fundamentada de repercussão geral, bem como aqueles cuja matéria carecer de repercussão geral, segundo precedente do Tribunal, salvo se a tese tiver sido revista ou estiver em procedimento de revisão.⁹

Este é um exemplo de vinculação normativa de um precedente, como um modelo de admissibilidade, ao invés de questão de mérito do processo em relação à decisão anterior, mas apenas em relação ao preenchimento de pré-requisitos de análise de recurso.

Os precedentes que não gozam de vinculação obrigatória, não obstante seus efeitos estejam contingenciados aos limites do processo, espelham seus efeitos como modelos, no sentido anteriormente demonstrado, de referência ou modelo para uma situação similar.

Este modelo de precedente traz em sua natureza a própria fundamentação da eficácia, mesmo totalmente desprovido de *obrigatoriedade*. O artigo 926 do CPC determina critérios relativos à jurisprudência, que deve ser estável, íntegra e coerente.

Em análise axiológica do mencionado artigo, fica evidente a intenção do legislador no sentido de promover a segurança jurídica e a efetividade, todavia, denota também que este artigo não é destinado apenas aos tribunais, pois as diretrizes que a eles se aplicam, também devem ser dirigidas aos órgãos fracionários e por óbvio, aos juízes singulares.

Desta maneira, nos ditames constitucionais, notadamente ao artigo 93, inciso IX, com também no CPC (artigo 11), a fundamentação é elencada como um dos requisitos das decisões dos órgãos do Poder Judiciário e aplica-se aqui a necessidade de o juiz, obrigatoriamente, afastar o caso em julgamento da alegação de precedentes prevista no CPC.

Dessarte, emerge o *efeito de motivação* ou de *persuasão* dos precedentes judiciais não vinculantes, conforme lição de Gilmar Mendes e Paulo Branco:

Isso quer dizer que a fundamentação possui o ônus de colocar a decisão que se prolata na particularidade no campo mais amplo da cadeia das decisões tomadas anteriormente (pode-se dizer, com algum cuidado, precedentes). Registre-se que essa (re)composição da cadeia de decisões precedentes deve respeitar uma coerência interna, não em um sentido simplesmente lógico (aplicação do princípio da não contradição), mas respeitando, também, uma dimensão de equanimidade (fairness) nos termos defendidos por Ronald Dworkin.¹⁰

8 BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 267.

9 MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 32ª edição, rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016, p. 907.

10 MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12ª

Dentre os ensinamentos obtidos pela leitura da citação acima merece destaque o respeito à coerência, no esteio de decisões tomadas anteriormente, sob a luz de um caso concreto.

Na busca da coerência, impossível deixar de pensar no que efetivamente convenceu o juiz da aplicação da tese jurídica, ou seja, sua razão de decidir ou *ratio decidendi*.

Muito importante nesse sentido é a letra da lei no Códex processualista civil, que preceitua em seu artigo 489, parágrafo 1º, inciso V, que a decisão judicial que apenas invocar precedente ou súmula, sem aludir ao caso concreto seus fundamentos e o ajuste fático ao molde delimitado no precedente judicial ou súmula, não é considerada devidamente *fundamentada*.

Em relação à uniformidade e coerência das decisões judiciais, ensina Lênio Streck que, o liame entre as decisões, em mesma instância ou entre elas, encontram-se muito mais na mente do magistrado do que nas normas positivadas:

Vale dizer, os princípios gerais do direito não possuem força deôntica, mas são acionados apenas em casos de “lacunas” ou de obscuridade da previsão legislativa (esses dois fatores – lacuna e obscuridade – decorrem muito mais da situação hermenêutica do intérprete do que exatamente da legislação propriamente dita).¹¹

Desta maneira, na argumentação apresentada pelas partes na causa de pedir, além dos fatos, deve haver a fundamentação jurídica do pedido, atrelando os fatos e os pedidos com base no Direito.

No sistema romano-germânico adotado no Brasil, as leis são positivadas e estabelecem o direito de forma abstrata. A cognição do juiz devera extrair do caso concreto o molde previsto na legislação para conceder ou não os pedidos, essa cognição pode ser influenciada pela forma de interpretação da norma jurídica pelos seus pares, mesmo que essas decisões precedentes não tenham caráter vinculante, mas meramente de *motivar* sua interpretação de forma similar. Nos dizeres de Daniel Neves:

Precedente é qualquer julgamento que venha a ser utilizado como fundamento de outro julgamento que venha a ser posteriormente proferido. Dessa forma, sempre que um órgão jurisdicional se valer de uma decisão previamente proferida para fundamentar sua decisão, empregando-a como base de tal julgamento, a decisão anteriormente prolatada será considerada um precedente.¹²

O precedente com efeito persuasivo, embora não tenha caráter de efetividade normativa, deve ser observado. Quando o CPC de 2015 institucionalizou o sistema de *stare decisis*¹³ de forma

edição rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 864.

11 STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** – 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. ISBN 978-85-7348-838-8, p. 98

12 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil** – Volume único. 8ª edição. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 2328.

13 *Stare decisis*, para além de ser a repetição da mesma decisão imposta em um caso precedente, significa aplicar a mesma lógica metodológica que foi utilizada em um caso precedente, por se tratar de questão cuja resolução mais justa depende dessa estrutura argumentativa. CAMBI; PITTA, p. 2.

esparsa, mas inequívoca, em várias de suas partes, apontou claramente para a segurança jurídica e o tratamento isonômico de seus jurisdicionados.

Nesse cariz, as decisões em primeira instância devem ser tomadas com vistas à jurisprudência dos tribunais superiores, sempre com o intuito de uniformidade das decisões judiciais, para a garantia da coerência.¹⁴

A valorização pelo CPC de 2015 do sistema de precedentes também é evidente em seu artigo 332, que determina que o juiz julgue liminarmente improcedente o pedido que viole jurisprudência ou os precedentes judiciais vinculantes.

3 CONCEITOS AFETOS À APLICAÇÃO DE PRECEDENTES

3.1 *Ratio Decidendi*

Ratio decidendi ou *holding* é a razão de decidir, são os motivos que fundamentam a decisão. São as razões que obtiveram, de forma determinante, o condão de motivar o magistrado a decidir daquela forma. Na concretização desse conceito, esclarece Barroso:

[...] afirma-se que a *ratio decidendi* de uma decisão corresponde a uma descrição do entendimento adotado pela corte como a premissa necessária ou adequada para decidir o caso concreto, à luz das razões invocadas pela maioria. Frise-se: a *ratio decidendi* ou o *holding* não é o próprio fundamento aprovado pela maioria para decidir. A *ratio decidendi* ou a tese é uma descrição do entendimento jurídico que serviu de base à decisão.¹⁵

3.2 *Distinguishing*

Distinguishing em tradução literal, significa distinção. Se a questão objeto da lide é tese jurídica já resolvida e conta com um precedente, este deve ser aplicado ao caso. O raciocínio é eminentemente analógico.

Entretanto, se a tese não for idêntica ou semelhante, ou seja, se não estiverem presentes as características determinantes de similaridade ao precedente, é imperioso que se faça a distinção do caso atual e do precedente, negando-lhe a aplicação, como mostra Barroso:

O que justifica a aplicação de um entendimento anterior a novas causas é o fato de estas serem efetivamente semelhantes àquela em que o precedente se formou. Se forem diferentes, o precedente não incide e o juiz deve indicar o motivo da distinção.¹⁶

14 BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 538 a 543.

15 MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. **TRABALHANDO COM UMA NOVA LÓGICA: A ASCENSÃO DOS PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO**. Revista da AGU, Brasília-DF, v. 15, n. 03, p. 09-52, jul./set. 2016, p. 27. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/11/Barroso-Campos-Mello-Ascensao-dos-Precedentes.pdf>>. Acesso em 10/04/2020.

16 MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. **TRABALHANDO COM UMA NOVA LÓGICA: A ASCENSÃO DOS PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO**. Revista da AGU, Brasília-DF, v. 15, n. 03, p. 09-52, jul./set. 2016, p. 29. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/11/Barroso-Campos-Mello-Ascensao-dos-Precedentes.pdf>>. Acesso

Uma vez identificada e estabelecida, portanto, a diferença entre os fatos e/ou aplicação do direito ao caso a ser julgado e àquele julgado por ocasião do precedente que se pretende utilizar, deve ser realizada a distinção entre eles e a tese aplicada a um não deve ser aplicada ao outro da mesma maneira.

3.3 *Obter Dictum*

O termo latim significa no contexto em que se insere, aquilo que é “dito de passagem”, sem relevância ao caso concreto em julgamento. Talvez o mais importante desses conceitos analisados, pois é fator delimitador das teses adotadas em precedentes judiciais.

Fundamentado nos princípios do contraditório, do devido processo legal, da inércia da jurisdição e da congruência, o *Obter dictum* é uma forma de que se permita a criação e o uso de precedentes somente acerca do que foi objeto do caso que é a base da tese jurídica em questão, de modo que esta tenha sido defendida, contradita e concedida, dentro dos requisitos da prestação jurisdicional.

Tem sua importância pois em que pese não seja a *ratio decidendi* do caso que enseja o precedente, traz argumentações que podem criar novos precedentes ou a superação destes, em casos futuros, pois o direito não é inerte e tão pouco axiologicamente imutável.¹⁷

3.4 *Overruling*

Outro evento que ocorre na aplicação dos precedentes é o *Overruling*. Quando uma decisão posterior torna o precedente inconsistente, ocorre sua superação, fenômeno denominado *Overruling*.

Acontece quando a tese jurídica firmada no precedente se torna impraticável ou o raciocínio que conduz a ela é inadequado. Quando os valores da sociedade determinam razões relevantes para sua superação, o *Overruling* é a resposta jurídica à inadequação do precedente pois o mesmo já não corresponde axiologicamente ao sistema social vigente que ensejou a fixação do precedente judicial.¹⁸

4 PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO

Embora o estudo de princípios deva, em regra, ser feito preliminarmente a análise do objeto em si (neste estudo, o sistema de precedentes adotados pelo CPC de 2015), neste trabalho foi deixado propositadamente por último, pois sua plena compreensão depende da cognição dos requisitos explanados anteriormente.

Em obra clássica contemporânea sobre Direito, de Rubens França, tem-se o conceito de Anaximandro de Mileto sobre *princípios*, sob a ótica da ciência:

[...] a palavra princípio vem de *principium*, que significa início, começo, ponto de partida, origem. Em linguagem científica princípio quer dizer fundamento, causa, estrutura. O termo foi introduzido na filosofia por Anaximandro de Mileto,

em 10/04/2020

¹⁷ p. 09-52, jul./set. 2016. p. 27 a 29. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/11/Barroso-Campos-Mello-Ascensao-dos-Precedentes.pdf>>. Acesso em 10/04/2020.

¹⁸ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 102 e 103.

filósofo pré-socrático, que viveu entre 610 a 547 A. C.¹⁹

Sua compreensão é de máxima importância pois além de possibilitar o entendimento do porquê se introduziu em um ordenamento secular – onde a base é a lei – um sistema vinculante baseado em costumes (embora o conceito de costumes para o *Common Law* seja distinto), ainda permite ao operador do direito, notadamente ao litigante mais preparado, fundamentar sua causa de pedir em princípios sólidos, que deram razão de ser aos alicerces legais positivados, em franca vantagem processual na seara processualista cível hodierna.

Destarte, infere-se que os princípios fundantes dos alicerces processuais brasileiros continuam a ter a característica eminentemente legalista, ou seja, tem a base na lei, sendo os precedentes judiciais (aqui cita-se o costume, com certa reserva, como já mencionado alhures) uma maneira de uniformizar as interpretações legais, nas palavras de Maria Helena Diniz:

O costume é, portanto, uma norma que deriva da longa prática uniforme ou da geral e constante repetição de dado comportamento sob a convicção de que corresponde a uma necessidade jurídica. A fonte jurídica formal é, então, a prática consuetudinária, sendo o costume ou a norma costumeira uma forma de expressão jurídica; deveras o costume não gera o direito, é apenas um modo pelo qual ele se expressa.²⁰

A maneira como os juízes interpretam as normas positivadas deve seguir então o *sentido* majoritário do poder judiciário, não possuindo este a prerrogativa de criar novas normas, apenas tem a finalidade de trazer coesão ao sistema judicial.

Esta característica obedece à isonomia dos poderes. Coaduna este entendimento a opinião acerca do destino do sistema jurídico brasileiro Flávio Tartuce, se não, veja-se:

A conclusão, portanto, é pela permanência, pelo menos por enquanto, de um sistema essencialmente legal. Como é notório, o princípio da legalidade está expresso no art. 5º, inc. II, da Constituição Federal de 1988, pelo qual ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer algo senão em virtude da lei.²¹

Outrossim, destaca-se o viés ético na conduta dos envolvidos na lide processual, tanto em relação à causa de pedir como na motivação das decisões. Malgrado a questão de ética seja de conceituação ampla e de várias vertentes, analisar-se-á nesta pesquisa a ética como um dever de agir conforme princípios morais.

Não é ético o juiz negar a motivação citada como precedente, se no molde proposto

19 FRANÇA, Rubens Limongi. **Enciclopédia Saraiva de Direito**. Volume 60. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 505.

20 DINIZ, Maria Helena. **Enciclopédia Jurídica da PUCSP**, Tomo I: Teoria geral e filosofia do direito. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. p.11. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/fontes-do-direito_5994a67e78911.pdf> Acesso em 30/05/2020.

21 TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: Volume único. 6ª. Edição. São Paulo: Editora Método, 2016, p. 32.

provam-se a presença de todos os requisitos para tal finalidade, como se, ao fazê-lo, negasse a própria cognição das razões, escusando a verdadeira análise do caso, como se pode entender pela lição acerca da busca da verdade por Aristóteles:

O princípio da ação é a decisão (isto é, enquanto origem da motivação, não enquanto fim em vista); por outro lado, o princípio da decisão é a intenção e um cálculo dirigido para um objetivo final. Por esta razão, não há decisão sem o poder da compreensão, nem sem processo compreensivo, nem, finalmente, sem a disposição do caráter. Na verdade, agir bem e o seu contrário não existem na ação sem o pensamento teórico nem sem a disposição ética.²²

Desta maneira, quando os litigantes estabelecem sua causa de pedir, fundamentam seus pedidos na certeza do direito, base da segurança jurídica. O juiz por sua vez, deve agir de modo coerente com o sistema judiciário, do qual integra.

CONCLUSÃO

Os sistemas de direito *Civil Law* e *Common Law* têm na origem de suas fontes sua principal distinção, não obstante, sob uma análise epistemológica, seus valores se entrelaçam e até mesmo se confundem. Em que pese à miscigenação dos valores referentes aos sistemas jurídicos, não seria correto interpretar, a partir disso, que existe uma invasão de modelos e princípios do *common law* no direito brasileiro

Ademais, apesar das normas jurídicas emergirem de fontes diversas, têm no objetivo seu ponto de convergência, onde a prestação jurisdicional concretiza os valores intrínsecos no ordenamento de cada sistema, mesmo que por caminhos diversos, mas de forma coerente. O CPC de 2015 não transfigura suas origens, apenas abarca como fonte material do direito o sistema de precedentes, que desde a vigência da Constituição Federal de 1988 promove uma busca pela efetividade da prestação jurisdicional e pela sua coesão.

A inserção dessa *fonte do direito*, ou por melhor dizer, desse *paradigma* processual, além de vir assentado na fonte primária do *Civil Law*, haja vista que o precedente deve, obrigatoriamente, ter sido julgado com base na lei, alça as decisões tomadas *a posteriori* ao nível de jurisprudência, pois se equipara a ela devido a solidez de sua fundamentação.

A trajetória dos precedentes dentro do ordenamento jurídico pátrio é lenta e progressiva, e talvez essa seja sua principal crítica, principalmente pelos estudantes do direito comparado, tendo em vista que sua força vinculante não encontra similaridade com o sistema *Common Law*, de forma que sua incidência, excetuado os casos previstos no CPC, pode limitar-se a persuasão ou motivação.

Entretanto, as adequadas operações desse sistema híbrido – como gostam de chamá-lo seus críticos – aliada à obrigatoriedade da fundamentação das decisões judiciais, indubitavelmente é

22 ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução do grego de António de Castro Caeiro. São Paulo: Editora Atlas, 2009. p. 130.

uma ferramenta valiosíssima do operador do direito, pois além de permitir a argumentação acerca do tema, estabelece um paradigma que deve ser respeitado e que, se for recusado, deve sê-lo através de fundamentação sólida.

É de máxima importância, contudo, que as noções primárias desse sistema, que tem sua origem no *Common Law* e dele por essa razão não possam ser definitivamente afastadas, sejam estudadas e bem compreendidas, pois a razão de ser do modelo é mais importante que o precedente em si mesmo, de modo que para a utilização *eficaz* do instituto, se deve dominá-lo, no sentido de compreender como e porque a tese foi estabelecida e principalmente, quais eram os reais valores com que, naquele caso concreto antecedente, pretendeu-se fundar a decisão.

A observância dos precedentes deve ser levada a sério, tanto pelos juízes na tomada de suas decisões como pelos litigantes na hora de postular, pois em que pese no Brasil praticamente não haja histórico de respeito aos precedentes, o novo código processual tratou de atribuir-lhes eficácia normativa.

Dentre os valores que justificam a adoção do sistema de precedentes no Brasil, três indubitavelmente merecem destaque: A segurança jurídica, a isonomia e a eficiência.

Esses valores se correlacionam, se completam e até se limitam na busca pela prestação jurisdicional justa, plena e efetiva, com objetivo de por fim a loteria jurídica existente sem tais balizas principiológicas.

Impensável um sistema jurídico coerente capaz de emanar decisões diametralmente opostas baseadas nas mesmas situações fáticas e na mesma legislação.

O conceito de tese jurídica valorizado pelo CPC de 2015 estabiliza, de certa forma, a *Ratio decidendi* da aplicação de precedentes judiciais. Como exemplo de teses que visam *motivar* as decisões que não estão vinculadas por efeito normativo, pode-se elencar de forma mais significativa a “Jurisprudência em Teses” do STJ²³, que apesar de não se tratar propriamente de precedentes vinculantes, tem forte apelo motivacional, de forma similar aos precedentes não vinculantes.

Passados mais de trinta anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, retorna-se a ideia de Norberto Bobbio²⁴, qual seja, que após se ultrapassar o tempo de saber quais e quantos são os direitos, sua natureza ou fundamento, o problema agora é encontrar maneiras de torná-los *efetivos*.

Nesse compasso, os precedentes judiciais se apresentam como uma das muitas formas de atribuir coerência ao sistema, bem como segurança no julgamento e conseqüente pacificação social, que é o intuito principal do Direito.

Tudo isso deve ocorrer sem se olvidar da cautela necessária ao se colocar lado a lado sistemas diversos, com raízes variadas e forma de evolução ainda mais diversificada.

Feita tal análise, há que se manter foco no desenvolvimento do sistema dentro do ordenamento a que se destina. Nesse quesito, muitas são as medidas obrigatórias, entre elas, a difusão da técnica e a máxima padronização da conduta dos julgadores na aplicação da metodologia,

²³ STJ, **Jurisprudência em Teses**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jt/>> Acesso em 28/05/2020.

²⁴ BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992, p. 25

que exige grande esforço argumentativo e análise profunda dos casos comparados.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução do grego de António de Castro Caeiro. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

BRASIL. **Código de processo civil** (Lei ordinária 13105/2015). Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, D.O.U. DE 17/03/2015, P. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 20/05/2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 05 out. 1988. 191-A p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 21/05/2020.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015.

CAMBI, Eduardo. PITTA, Rafael Gomieiro. **SISTEMA DE PRECEDENTES BRASILEIRO: COMPREENSÃO CRÍTICA A PARTIR DA TRADIÇÃO INGLESA E NORTE-AMERICANA**.

CONCEIÇÃO, Maria Lucia Lins. **Código de processo Civil Anotado**. AASP, OAB Paraná, ISBN 978-85-86893-00-1, 2017, Disponível em: <https://www.aasp.org.br/produto/codigo-de-processo-civil-anotado/>. Acesso em 20/05/2020.

DINIZ, Maria Helena. **Enciclopédia Jurídica da PUCSP**, Tomo I: Teoria geral e filosofia do direito. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/fontes-do-direito_5994a67e78911.pdf> Acesso em 30/05/2020.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Enciclopédia Saraiva de Direito**. Volume 60. São Paulo: Saraiva, 1977.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. **TRABALHANDO COM UMA NOVA LÓGICA: A ASCENSÃO DOS PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO**. Revista da AGU, Brasília-DF, v. 15, n. 03, p. 09-52, jul./set. 2016. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/11/Barroso-Campos-Mello-Ascensao-dos->

Precedentes.pdf>. Acesso em 10/04/2020.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12ª edição rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 32ª edição, rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil – Volume único**. 8ª edição. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19ª edição, 3ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2002.

STJ. **Jurisprudência em Teses**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jt/>> Acesso em 28/05/2020.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** – 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. ISBN 978-85-7348-838-8

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: Volume único**. 6ª. Edição. São Paulo: Editora Método, 2016.

Recebido em:11/05/2020

Aprovado em :01/06/2020

INICIATIVA POPULAR ESTADUAL NO BRASIL: PANORAMA COMPARATIVO DOS 26 ESTADOS E DO DISTRITO FEDERAL.¹

Luís Fernando Sgarbossa*
Laura Cabrelli Bittencourt**

Como citar: SGARBOSSA, Luís Fernando; BITTENCOURT, Laura Cabrelli. Iniciativa popular estadual no Brasil: panorama comparativo dos 26 Estados e do Distrito Federal. **Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania – IDCC**, Londrina, v. 5, n. 1, p 45-70, jan/jul, 2020. ISSN: 2596-0075.

* Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Professor Adjunto da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – UFMS. Líder do Núcleo de Pesquisa em Estado e Política – NUPEPOL, coordenador do Projeto de Pesquisa Observatório Constitucional.

** Acadêmica do Curso de Bacharelado em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – UFMS, Campus de Três Lagoas. Participante do Programa de Iniciação Científica Voluntária – PIVIC no Projeto Observatório Constitucional e pesquisadora do Núcleo de Pesquisa em Estado e Política – NUPEPOL.

Resumo: A iniciativa legislativa popular ou autolegislação, apresentando-se como uma forma de exercício direto de poder pelo povo, é instituição relativamente recente no sistema constitucional brasileiro e tema relevante no âmbito do Direito Constitucional. Apesar de razoavelmente estudada em nível federal, a iniciativa popular estadual ainda é pouco explorada pela literatura nacional. O presente estudo, resultado parcial de projeto de pesquisa em andamento, examina tal temática a partir de pesquisa básica, de levantamento, quantitativa, qualitativa e comparativa. Após uma análise de tal instituto nas 27 normas fundamentais subnacionais em vigor no país, em nível estadual e distrital, foi possível constatar que todas as constituições estaduais e a Lei Orgânica do Distrito Federal prevêm iniciativa popular de lei; que dezenove Estados contemplam iniciativa popular de Emendas à Constituição; que dez Estados adotam o mesmo procedimento para ambas as espécies em termos de iniciativa, em termos dispersão, quóruns e formalidades exigidas; que oito Estados, no entanto, estabelecem critérios distintos para o exercício do referido direito quanto à iniciativa voltada à produção de normas constitucionais ou infraconstitucionais. A partir dos resultados da pesquisa foi possível verificar razoável grau de inovação no âmbito da iniciativa popular por parte dos constituintes estaduais, notadamente no que diz respeito ao estabelecimento de modalidade de iniciativa inexistente em nível

1 O presente estudo é elaborado a partir dos resultados parciais de pesquisa realizada com fomento da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – UFMS no âmbito do Programa Voluntário de Iniciação Científica – PIVIC (Edital UFMS PROPP n. 007 de 22.01.2019). Integra o Projeto “Observatório Constitucional: Direito Constitucional Comparado Interno e Externo”, desenvolvido pelo Núcleo de Pesquisa em Estado e Política – NUPEPOL, na Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – UFMS, Campus de Três Lagoas.

federal, a saber, a iniciativa popular de Emendas à Constituição. Foi possível evidenciar significativo grau de autonomia do constituinte estadual, em disposições relativas a regime prioritário ou favorecido de tramitação da espécie legislativa em questão; a criação de instituições inovadoras, como iniciativa popular de CPI e veto popular; a previsão de referendo e plebiscito por iniciativa popular, a previsão de iniciativa popular específica em matéria orçamentária e financeira e iniciativa popular reforçada por consulta popular, entre outros aspectos.

Abstract: The popular initiative of legislation – or self-legislation – is a form of direct exercise of power by the people. It is a relatively recent institution in the Brazilian constitutional system and a relevant theme within the scope of Constitutional Law. Despite being studied at the federal level, the state popular initiative is still little explored in national literature. This study examines this issue based on basic, quantitative, qualitative and comparative research. After an analysis of the popular initiative in the 27 subnational fundamental rules in force in the country, at the state and Federal District levels, it was possible to verify that all state constitutions and the Organic Law of the Federal District establishes the popular initiative; that nineteen states contemplate a popular initiative to amend the Constitution; whereas ten states adopt the same procedure for both species in aspects of initiative, geographic dispersion, quorums and required formalities; that eight states, however, establish different criteria for the exercise of that right as to the initiative aimed at producing constitutional or infraconstitutional rules. From the results of the research it was possible to verify a reasonable degree of innovation within the scope of the popular initiative by the state constituents, notably with regard to the establishment of a non-existent initiative at the federal level, namely, the popular initiative of Amendments to the Constitution. It was possible to evidence a significant degree of autonomy of the state constituent, in provisions related to the priority or favored regime for processing the popular legislative proposals; the creation of innovative institutions, such as a popular parliamentary committees of inquiry by popular initiative and popular veto; the referendum and plebiscite by popular initiative; the prediction of specific popular initiative in budgetary and financial subjects and popular initiative reinforced by popular consultation, among other aspects.

Palavras Chave: Direito Constitucional estadual; Iniciativa popular; leis; Emendas à Constituição.

Key Words: State Constitutional Law; popular initiative; statutes; constitutional amendments.

INTRODUÇÃO

A iniciativa popular ou autolegislação é instituto relativamente recente no Direito Constitucional brasileiro, no qual foi introduzida apenas sob a Constituição de 1988 em todos os níveis da federação brasileira. O presente artigo tem por objeto o instituto da iniciativa legislativa popular estadual no Brasil, tema sobre o qual a literatura é parca no Brasil, diversamente do que ocorre com o homólogo federal, o que justifica o interesse da pesquisa e dos resultados ora publicados.

Com vistas ao melhor exame da temática, o estudo iniciará com uma breve apresentação do conceito do instituto, de seu histórico e espécies, bem como dos principais aspectos relativos ao mesmo no Direito Comparado externo. Em seguida, serão objeto de análise os aspectos essenciais do regime jurídico da iniciativa popular em nível federal, bem como os traços elementares da iniciativa popular municipal estabelecidos pela Constituição Federal, o que se faz para a adequada contextualização do tema.

Em seguida será exposto de maneira sistemática o regime jurídico da iniciativa popular em nível estadual no país, mediante comparação levada a cabo entre as 27 subconstituições² atualmente vigentes no país, cotejando-as, também, com a Constituição Federal. Registre-se que o escopo da presente pesquisa restringe-se ao Direito Constitucional Estadual, pelo que não será objeto de exame o instituto em nível municipal, exceto quanto a seus contornos elementares traçados na Constituição Federal.³

Convém consignar que o trabalho é elaborado com base em resultados parciais de projeto de pesquisa em andamento, caracterizando-se a pesquisa em questão como básica quanto à natureza; documental, de levantamento e bibliográfica quanto aos procedimentos; quantitativa, qualitativa quanto à abordagem; além de comparativa quanto ao método, sendo, por conseguinte, indutiva.

No que diz respeito aos métodos específicos do Direito Comparado empregados, foi utilizado principalmente o método técnico-comparativo (ANCEL, 1980), por permitir a análise do instituto jurídico-político em questão em seus diversos aspectos, tais quais suas espécies, o percentual do eleitorado exigido para a proposta de iniciativa popular, os critérios de dispersão dos apoiadores em termos de porcentagem ou número mínimo de municípios requeridas relativas a cada Estado, entre outros.

Dito isso, passa-se a examinar, no tópico a seguir, o conceito, as origens, as espécies e o desenvolvimento do instituto em perspectiva comparativa para, após, examinarem-se os aspectos

2 Para esclarecer a expressão adotada por Tom Ginsburg e Eric Posner: “Many nation states have a two-tiered constitutional structure that establishes a superior state and a group of subordinate states that exercise overlapping control over a single population. The superior state (or what we will sometimes call the ‘superstate’) has a constitution (a ‘superconstitution’) and the subordinate states (‘substates’) have their own constitutions (‘subconstitutions’). One can call this constitutional arrangement ‘sub-national constitutionalism’ or, for short, ‘subconstitutionalism’”. (GINSBURG; POSNER, 2010, p. 1584). Cabe ressaltar que a expressão “superconstituição” pode ter outros sentidos, como, por exemplo, a parte estável ou imodificável da constituição, consistente nas *entrenched clauses* ou *eternity clauses* (VERGOTTINI, 2004).

3 Não serão examinados aqui, por conseguinte, senão os contornos da iniciativa municipal estabelecidos pela Constituição Federal, passando-se ao largo das disposições referentes a tal instituto eventualmente existentes nas constituições estaduais e nas leis orgânicas municipais.

essenciais do regime jurídico do instituto no direito federal brasileiro.

2. CONCEITO, ORIGENS, ESPÉCIES E DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO-COMPARATIVO DA INICIATIVA POPULAR.

O presente estudo versa sobre a iniciativa legislativa popular estadual, espécie do importante instrumento da denominada democracia semidireta, consistente em forma de exercício direto de poder pelo povo, de caráter complementar às instituições representativas, também chamada por vezes de iniciativa cidadã ou autolegislação (SALGADO, 2006). Sabidamente o referido instituto consiste na atribuição constitucional do poder de estatuir ao povo, conforme fórmula consagrada na doutrina, ou, mais precisamente, na concessão a parcela do povo em sentido político (eleitorado) da capacidade de deflagrar o processo legislativo (SGARBOSSA, 2019).⁴

Os mecanismos de participação popular direta no exercício do parecem ter surgido primeiramente em países como a Suíça, Itália, França e Estados Unidos da América (GARCIA, 2005) para, posteriormente, difundirem-se pelos sistemas jurídicos de diversos outros Estados ocidentais, constituindo tentativa de aprimoramento de uma democracia estritamente representativa e, conseqüentemente, frágil.⁵

Assim, como corretivo à democracia indireta do século XIX⁶, um conjunto de institutos, notadamente a iniciativa popular e as consultas populares (referendos e plebiscitos), foram difundidos pelos sistemas constitucionais dos mais variados Estados, encontrando-se presentes também, com menor frequência, o veto popular (ou referendo abrogatório) e o *recall* (ou plebiscito destituente) (VERGOTTINI, 2004).⁷ Tendo em vista os limites de espaço, deve-se aqui realizar um recorte no sentido de abordar apenas a iniciativa popular, objeto do presente estudo.

O instituto surge, nos sistemas constitucionais modernos durante o século XIX, conhecendo seu apogeu, juntamente com outros mecanismos de democracia semidireta, nas três primeiras décadas do século XX. De todo modo, é consagrado também por diversas constituições do segundo pós-guerra, sendo sua introdução no Direito Constitucional brasileiro mais recente, dado

4 Nesse sentido, o ensinamento clássico de BARTHÉLEMY (1932, pp. 71-72): “*Il y a enfin une autre forme d'intervention directe du peuple dans la formation des lois, c'est l'initiative. Le parlement restant inerte, le peuple le provoque et se substitue à lui.*” PEREIRA (2016) identifica claramente o instituto como competência constitucional e direito fundamental (político).

5 Aqui esposa-se entendimento que não considera apropriado traçar as origens dos institutos jurídicos contemporâneos na Antiguidade clássica greco-romana, dados o enorme lapso temporal e as enormes diferenças de contexto entre democracia antiga e moderna. Dessa forma, assume-se no presente trabalho que os institutos da Idade Antiga podem ser considerados precursores dos mecanismos de democracia semidireta, mas com eles não se confundem, encontrando-se as origens dos últimos em períodos históricos muito mais recentes.

6 Evidências empíricas sugerem que a preferência pelos institutos de democracia semidireta estão relacionados com uma insatisfação do a democracia representativa. Sobre o tema, conferir ARNOLD (2014).

7 Em diferentes Estados, alguns desses institutos fazem-se presentes seja em nível nacional ou federal, seja em nível subnacional apenas, seja em ambos, conforme o caso. Assim, o *recall* norte-americano, por exemplo, é instituto inexistente em nível federal, mas presente em parte significativa dos Estados e municípios. O mesmo ocorre com a iniciativa popular naquele país, como se verá (MADDEX, 1998). Já a iniciativa popular, no Brasil, encontra-se presente nos níveis federal, estadual, distrital e municipal, como já referido.

sua recepção ter ocorrido apenas com o advento da Constituição de 1988.⁸

A Constituição de 1988 não apenas previu o instituto democrático em questão para o nível federal (arts. 14, III c/c 61 § 2º), mas também o fez quanto aos níveis estadual e municipal e, conseqüentemente, distrital (GARCIA, 2005). Assim, após estabelecer que os Estados são organizados e regidos por suas próprias constituições (art. 25), previu, de forma bastante vaga – conferindo, por conseguinte, larga margem de conformação àqueles entes autônomos – apenas e tão-somente que caberia à legislação dispor sobre a iniciativa popular no processo legislativo estadual (art. 27 § 4º), novamente de forma inédita no Direito Constitucional brasileiro.

Do mesmo modo, no que se refere aos municípios, após prever a disciplina jurídica destes por Lei Orgânica, votada em procedimento legislativo agravado (art. 29, (*caput*), inovou no sistema constitucional pátrio ao estabelecer, de maneira mais detalhada do que fez para com os Estados, como se verá, a iniciativa popular municipal (art. 29, XIII, renumerado pela EC n. 1 de 31.03.1992). Parece evidente, ainda, que a mesma competência cabe também ao Distrito Federal, diante do disposto no § 1º do art. 32 da Constituição da República.

O entendimento doutrinário predominante é no sentido de que projetos de lei de iniciativa popular, se cumpridores de todos os requisitos jurídicos exigidos, implicam o dever do órgão legislativo competente de recebê-los e de conferir-lhes tramitação adequada, mediante a observância do devido processo legislativo, tal como faria com projeto de lei de iniciativa de qualquer outro legitimado. De todo modo, a instituição de iniciativa popular geralmente não envolve a obrigatoriedade de aprovação.⁹

Isso significa que em princípio a proposta de iniciativa popular é passível de ser aprovada integralmente ou parcialmente e até mesmo rejeitada, de modo que se nota que o instituto não transfere o poder de decisão ao povo¹⁰, em regra, mas, como o próprio nome indica, apenas confere apenas a capacidade de iniciativa legislativa sem intermediários, ou seja, o poder de deflagrar o processo legislativo. O poder de decisão, por conseguinte, geralmente permanece com o órgão legislativo eleito, de modo que o instituto insere-se no marco da democracia semidireta que, para ser corretamente compreendida, deve ser concebida como espécie da democracia representativa

8 Constituição da República Federativa do Brasil de 05.10.1988, art. 14, III. A iniciativa popular, assim como o referendo, é introduzida por esta carta constitucional, embora o plebiscito já tivesse sido previsto pela Constituição brasileira de 1937, art. 174 § 4º, na hipótese de rejeição, pelo legislativo, de proposta de emenda, modificação ou reformas da Constituição por iniciativa do executivo federal ou de aprovação de tais atos a despeito da oposição do Presidente. A Constituição de 1934 previa um instituto distinto, mas aproximado, ao conferir capacidade de iniciativa às associações culturais e profissionais reconhecidas (art. 34, “e”).

9 Há que se fazer uma ressalva, uma vez que decisão liminar relativamente recente proferida no âmbito do STF (2016) pode indicar limites a tal entendimento, até então pacífico, ao que parece. De se observar, por conseguinte, que em decisão liminar concedida monocraticamente pelo Ministro Luiz Fux no MS n. 34.530 que dizia respeito a significativas alterações feitas pelo legislativo no projeto de lei de iniciativa popular apelidado de “10 medidas contra a corrupção” (PL n. 4.850/2016), aquele Ministro entendeu pela impossibilidade jurídica de desvirtuamento da “essência” do projeto original em sua tramitação no Congresso, bem como de autuação do projeto de iniciativa popular como de iniciativa de parlamentar (assunção de autoria por um ou mais parlamentares), estabelecendo que a necessidade de se observar o Regimento Interno na espécie, que regula de forma diversa a tramitação de projetos de lei de iniciativa popular daquela dos demais, conforme se verá adiante. Ressalte-se tratar-se de decisão monocrática, como consignado, tendo o processo sido julgado extinto sem julgamento do mérito em fevereiro de 2017, de modo que não houve manifestação da Turma ou do Tribunal sobre a matéria.

10 O que é possível é, com a combinação da iniciativa popular com outros institutos, tais como o referendo ou veto popular, conferir efetivo poder de decisão ao povo, mas não se encontrou registro concreto de tal hipótese até o momento.

(embora aprimorada) (SGARBOSSA; IENSUE, 2019).¹¹

Feita esta breve introdução, convém mencionar alguns aspectos centrais da possível configuração da iniciativa popular para, em seguida, examinar seu regime jurídico-constitucional mais específico no Brasil, em nível federal e municipal de maneira genérica e em nível estadual de modo analítico.

Quanto aos legitimados, a faculdade de deflagrar o processo legislativo por meio do instituto em exame é conferida, como dito, a uma parcela do povo (em sentido político), dado que a unanimidade inviabilizaria sua utilização. A constituição ou a legislação infraconstitucional estabelecem em cada ordenamento jurídico, por conseguinte, um número mínimo de cidadãos (nacionais no gozo dos direitos políticos, ou seja, eleitores) ou um percentual do eleitorado que deve subscrever a proposta, ou critério semelhante. Em alguns casos, constata-se a adoção de critério similar, mas diverso, notadamente de um percentual sobre o número de eleitores que compareceram às urnas no último pleito, e não um percentual sobre o número absoluto de eleitores inscritos ou alistados junto ao órgão eleitoral.¹²

Resta evidente que a magnitude do número de apoiadores exigido e outros critérios ou exigências para o exercício da prerrogativa popular em exame, entre outros fatores, poderão facilitar, dificultar ou até mesmo impedir, na prática, o efetivo exercício da mesma, de modo que tudo parece aconselhar o estabelecimento de exigências e critérios razoáveis.

Quanto ao objeto, o Direito Constitucional Comparado evidencia que a iniciativa popular pode ser apenas de lei ou de emendas à constituição (CANOTILHO, 2003). Desse modo, o instituto pode abranger apenas a proposta de criação ou alteração de normas infraconstitucionais ou de normas constitucionais, separada ou conjuntamente. A análise comparativa evidencia que Estados como a Suíça e a Itália¹³ contemplam ambas as espécies, ao passo que o Brasil, em nível federal, contempla apenas a iniciativa popular de leis (complementares ou ordinárias)¹⁴, não assim de emendas à constituição.

11 Neste exato sentido a doutrina de PIZZORUSSO (1998, pp. 353-354): “*Gli istituti di democrazia diretta che possono operare come fonti del diritto sono soltanto le deliberazioni prese mediante referendum oppure adottate da un’assemblea popolare, quando ad esse è attribuita efficacia normativa in virtù di un’esplicita norma sulla produzione giuridica, oppure quando essi operano come fonti extra ordinem. In altri casi, invece, questo genere di deliberazioni costituiscono soltanto una fase del procedimento di formazione di atti normativi la cui approvazione finale avviene ad opera degli organi costituzionali (come, ad esempio, nel caso dei referendum qualificati come ‘consultivi’ o come ‘confermativi’ di un testo deliberato dalle camere del parlamento) e questo ruolo è quello che è sempre proprio di altri istituti di democrazia diretta, come la petizione o l’iniziativa popolare.*”

12 O *recall* em alguns dos Estados norte-americanos adota tal fórmula, bem como a iniciativa (MADDEX, 1998). Diversos critérios formais adicionais podem ser exigidos, especialmente no que diz respeito à identificação e conferência da identidade ou das assinaturas dos subscritores, bem como à comprovação documental de sua condição de eleitores, entre outros.

13 No caso da Constituição helvética vigente, de 1999, confirmam-se os arts. 138 e 139. Para a Constituição italiana de 1948, confira-se o disposto no art. 71.

14 Conclusão que decorre da conjugação do disposto no art. 14, III com o art. 60, I a III, todos da Constituição Federal (rol *numerus clausus*), bem como com as espécies legislativas do art. 59. Há entendimento doutrinário minoritário em sentido contrário.

Quanto à forma, a doutrina tem distinguido a iniciativa formulada ou articulada, apresentada já em forma de texto legal redigido em artigos, da iniciativa simples ou pura (GARCIA, 2005; PEREIRA, 2016), que ao fim e ao cabo consiste em mera petição elaborada pelo povo para que o órgão legislativo regule a matéria em questão em tal ou qual sentido, deixando a cargo deste a redação do projeto de lei propriamente dito (CANOTILHO, 2003).¹⁵

Entre os países que consagraram a iniciativa popular pode-se destacar, além dos EUA (em nível subnacional, apenas)¹⁶ e da Suíça, a Itália (notadamente na Constituição de 1948, art. 71), Portugal (na Constituição de 1976, art. 167, 1), a Espanha (na Constituição de 1978, art. 87, 3), bem como o Brasil na Constituição de 1988 (art. 14, III), entre vários outros.¹⁷ Em caráter conclusivo, registre-se que por vezes as cartas políticas regulam diretamente os aspectos básicos da iniciativa popular (caso da Constituição brasileira), em outros, limitam-se a remeter a disciplina ao legislador ordinário (caso, por exemplo, da Constituição portuguesa).

Examinados sucintamente os aspectos gerais relativos à iniciativa popular, convém, preliminarmente ao exame da iniciativa popular nas constituições estaduais e na Lei Orgânica do Distrito Federal, fazer breve referência ao regime jurídico do instituto no texto da Constituição brasileira vigente, no que diz respeito aos níveis federal e municipal (regulados um pouco mais detalhadamente na mesma), bem como fazer referência a aspectos gerais da Lei n. 9.709, de 18.11.1998, que regulamenta os institutos de democracia semidireta constantes nos incisos I a III do art. 14 daquela.

3. ASPECTOS GERAIS DO REGIME JURÍDICO DA INICIATIVA POPULAR FEDERAL E MUNICIPAL NO BRASIL

O Princípio democrático surge por diversas vezes no texto constitucional de 1988, especialmente no parágrafo único do art. 1º, que afirma a origem popular do poder e seu exercício por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos nela previstos. Tal dispositivo constitucional deve ser lido conjuntamente com o já mencionado art. 14, regulador da soberania popular, estabelecendo como regra o sufrágio universal e o voto direto, secreto e isonômico, bem

¹⁵ No Brasil adota-se a iniciativa articulada (PEREIRA, 2016).

¹⁶ MADDEX (1998) noticia que EUA, 35 Estados adotam mecanismos de democracia direta, seja em nível constitucional, seja em nível legal (Alasca, Arizona, Arkansas, Califórnia, Colorado, Connecticut, Dakota do Norte, Dakota do Sul, Delaware, Flórida, Georgia, Idaho, Illinois, Kansas, Louisiana, Maine, Maryland, Massachusetts, Michigan, Minnesota, Mississippi, Missouri, Montana, Nebraska, Nevada, Nova Jérsei, Novo México, Ohio, Oklahoma, Oregon, Rhode Island, Utah, Washington, Wisconsin, Wyoming), ao passo que os 15 Estados remanescentes não contemplam tais mecanismos. São eles o Alabama, Carolina do Norte, Carolina do Sul, Havaí, Indiana, Iowa, Kentucky, New Hampshire, Nova Iorque, Pensilvânia, Tennessee, Texas, Vermont, Virgínia e Virgínia Ocidental. Dos 35 Estados que contemplam tais mecanismos, 33 o fazem em nível constitucional, sendo que apenas 2 o fazem em nível meramente legal (a saber, Connecticut e Georgia). Esse inventário abrange diversos institutos, tal como o *recall*. Adiante se fará referência especificamente à iniciativa popular nos Estados norte-americanos.

¹⁷ TEIXEIRA (2008) identifica o instituto nos sistemas jurídicos da Suíça, Itália, Áustria, Espanha, Alemanha, EUA, México, Uruguai, Argentina, Paraguai, Peru, Colômbia, Venezuela, Nicarágua, Cuba e Costa Rica, além do Brasil.

os institutos do plebiscito, referendo e iniciativa popular (incisos I a III).¹⁸

O art. 61 da Constituição da República prevê os diversos legitimados a iniciar os projetos de lei complementar e ordinária, entre as quais os cidadãos. Tal dispositivo constitucional estabelece em seu parágrafo segundo que “a iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional”, aduzindo que tal parcela do corpo sufragante deve estar distribuída em “pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.”

Tais são, por conseguinte, os delineamentos gerais mais básicos, em nível constitucional, da iniciativa popular federal. Da análise dos mencionados dispositivos depreende-se que os institutos de democracia semidireta são complementares à democracia representativa, forma normal de manifestação da soberania popular sob a carta de 1988. Depreende-se, ainda, existirem, em nível federal, apenas a iniciativa popular de leis complementares ou ordinárias, não assim de emendas à constituição (GARCIA, 2005; BONAVIDES, 2008). Tal conclusão é fruto da interpretação conjunta do disposto no art. 61, já mencionado, que reforça a competência de parcela do eleitorado para iniciar projetos de tais espécies normativas, com o art. 60, I a III da Constituição, rol considerado *numerus clausus* e que, em consequência, exclui a possibilidade de iniciativa popular de Emenda à Constituição em nível federal no Brasil (SALGADO, 2006).¹⁹

As normas constitucionais mencionadas e parcialmente transcritas evidenciam que a casa iniciadora, no caso de projetos de lei de iniciativa popular, será a Câmara dos Deputados, como para a maioria dos demais casos, bem como que o percentual exigido é de 1% do eleitorado nacional (cerca de 1.473.000 eleitores, considerando-se os dados oficiais mais recentes disponíveis relativos a eleitores aptos a votar no sítio eletrônico do Tribunal Superior Eleitoral²⁰), o que se revela, na prática, exigência que dificulta o exercício concreto da autolegislação (SALGADO, 2006).²¹

Percebe-se facilmente que tal percentual não pode encontrar-se concentrado em apenas um ou alguns Estados, estabelecendo a Constituição Federal a exigência de sua dispersão em pelo menos cinco Estados, o que parece ter a pretensão de fazer com que o projeto seja expressão de um interesse amplo, de cunho regional ou nacional, e não meramente de um ou de alguns Estados federados, até mesmo por força das diferenças em densidade populacional registradas no país. Vê-

18 Sobre algumas das propostas acerca da autolegislação apresentadas na Assembleia Nacional Constituinte e sobre as discussões e dificuldades nesta confira-se SALGADO (2006).

19 SALGADO (2006) faz referência a propostas de iniciativa popular de emendas à constituição na Assembleia Nacional Constituinte de 1986-1988, malfadadas. Observa GARCIA (2005), que entre os institutos de democracia semidireta contemplados por nossa constituição, o único que permitiria manifestação popular sobre alterações constitucionais seria o plebiscito. Este, no entanto, só pode ser convocado pelo Congresso Nacional, por força do disposto no art. 49, XV. Ambos os autores fazem referência a entendimentos minoritários que interpretam a Constituição como possibilitando iniciativa popular de emendas à constituição em nível federal.

20 Fonte: Tribunal Superior Eleitoral – TSE. <http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleitorais>. Acesso em: 12.03.2020.

21 Sobre as propostas de emenda à constituição alternativas à exigência atual de apoiadores (1%), confira-se SALGADO (2006). No entendimento da autora, o número de apoiadores, em nível federal, não poderia ser superior ao número de votos exigidos para a eleição de um deputado federal, o que faz muito sentido.

se, ainda, que a Constituição estabelece um percentual mínimo de eleitores por unidade federada (0,3%), norma que tem o intuito evidente de evitar a burla à exigência da dispersão, que poderia ser feita facilmente se bastasse qualquer número de assinaturas por Estado. Este é o delineamento mínimo traçado pela própria constituição quanto ao instituto da iniciativa popular federal.

Em nível infraconstitucional a Lei n. 9.709, de 18 de novembro de 1998, regulamentou os institutos de democracia semidireta previstos nos três incisos do art. 14 da Constituição da República (PEREIRA, 2016), cabendo breve referência a alguns de seus dispositivos. O artigo 1º do referido diploma legal é cópia quase literal do referido art. 14 da CF/88, prevendo seu inciso III a iniciativa popular, regulada pelos artigos 13 e 14 da norma legal em comento. O artigo 13 da lei regulamentadora em seu *caput* limita-se a repetir os termos do § 2º do art. 61, ou seja, define iniciativa popular como a apresentação, à Câmara dos Deputados, de projeto de lei subscrito por no mínimo 1% do eleitorado distribuído em pelo menos cinco Estados, e com no mínimo 0,3% do eleitorado de cada Estado.

O parágrafo primeiro do art. 13 da Lei n. 9.709/98, por sua vez, inova ao estabelecer que tal projeto deverá circunscrever-se a um só assunto (SALGADO, 2006), norma que parece tendente a evitar a utilização indevida do instituto, seja pela complexidade de uma proposta que verse sobre diversos assuntos, que poderia possibilitar a utilização astuciosa do mesmo, e, ainda, racionalizadora do devido processo legislativo (embora possa também ser interpretada como dificultadora do exercício da faculdade constitucional em questão).

O parágrafo 2º do dispositivo legal estabelece que o projeto de iniciativa popular “não poderá ser rejeitado por vício de forma” (SALGADO, 2006) e, adicionalmente, que caberá à Câmara, por seu órgão competente, “providenciar a correção de eventuais impropriedades de técnica legislativa ou de redação”, norma legal que tem o claro intuito de evitar a rejeição arbitrária ou por mera formalidade de projeto de lei de iniciativa popular, prestigiando assim o princípio democrático do qual o instituto é emanção.

Resta evidente o escopo do legislador: defeitos de redação ou técnica legislativa não devem constituir óbice ao recebimento e devida tramitação do projeto de lei democraticamente gestado, cabendo ao legislativo sua correção formal.²² Isso não significa, evidentemente, que a iniciativa não possa ser rejeitada se desatender ao disposto no § 2º do art. 61 da Constituição e no art. 13 e § 1º da Lei n. 9.709/98, pois tais requisitos são essenciais, as formalidades mencionadas dizem respeito, claramente, à redação da proposta popular.

O artigo 14 da lei de regência dos mecanismos de democracia semidireta pátrios, por fim, prevê que, verificado o cumprimento das exigências daquela norma e da Constituição, o projeto

²² Desse modo, o desatendimento pelos organizadores da proposta de preceitos da Lei Complementar n. 95, de 16.02.1998, prevista no parágrafo único do art. 59 da CF/88, não deverá, por si só, acarretar sua rejeição. O mesmo vale para imprecisões terminológicas ou erros ortográficos e gramaticais, por exemplo. Evidentemente a correção a ser procedida pelo órgão competente da Câmara dos Deputados, na forma de seu regimento interno, não poderá descaracterizar o conteúdo da proposta, a pretexto de efetuar tais correções.

deverá ser objeto de trâmite regular em conformidade com o regimento interno. Dela fica evidente que, cumpridos os preceitos examinados, deve a Câmara dos Deputados assegurar a tramitação regular do projeto de lei, como qualquer outro proposto por qualquer legitimado do art. 61 da CF, observando-se seu Regimento Interno. O dispositivo evidentemente encerra, ainda, o sentido de que compete à Câmara rejeitar as propostas de iniciativa popular que não atendam aos referidos requisitos.

Para o panorama ser mais completo, convém abordar ainda, embora brevemente, o Regimento Interno da Câmara dos Deputados, casa iniciadora da iniciativa popular federal, como visto, que possui elementos que serão úteis adiante para a análise da iniciativa popular estadual (PEREIRA, 2016). A análise será feita, no entanto, de maneira breve, para não alongar demasiadamente o presente tópico. Basicamente o Regimento Interno da Câmara dos Deputados (Resolução n. 17/89, atualizada até a Resolução n. 12/2019) estabelece, quanto aos projetos de iniciativa popular:

- a) que estão excluídos do procedimento legislativo comissional previsto no art. 58 § 2º, I, da Constituição Federal (RICD, art. 24, II, “c”);
- b) que serão apreciados pelo plenário da Câmara transformado em Comissão Geral, desde que presente o orador para a defesa do projeto (RICD, art. 91, II);
- c) que haverá defesa oral do projeto por qualquer signatário do projeto ou deputado indicado pelo autor, por 30 minutos, sem apartes (RICD, art. 91 § 2º);
- d) que tais projetos constituem exceção à regra do arquivamento se finda a legislatura sem deliberação (art. 105, IV);
- e) que terá prioridade no uso da palavra o orador, assim considerado o primeiro subscritor da iniciativa ou pessoa por ele indicada, no debate na Câmara transformada em Comissão Geral (RICD, art. 171 § 3º).

Além dessas disposições regimentais esparsas sobre iniciativa popular, o Capítulo I do Título VIII do Regimento Interno da Câmara dos Deputados trata especificamente dos projetos de lei de iniciativa popular (art. 252, I a X), cabendo destacar os seguintes aspectos:

- a) exigência de assinatura de cada eleitor acompanhada de nome completo legível, endereço e dados do título de eleitor (RICD, art. 252, I);
- b) listas de assinaturas organizadas por município, Estado, território e/ou Distrito Federal, em formulário padrão (RICD, art. 252, II);
- c) possibilidade de entidade da sociedade civil organizada patrocinar a iniciativa, responsabilizando-se pela coleta de assinaturas (RICD, art. 252, III);
- d) instrução do projeto com documento da Justiça Eleitoral com eleitores de cada unidade da federação (RICD, art. 252, IV), para fins de conferência da regularidade da proposta;
- e) protocolo perante a Secretaria Geral da Mesa Diretora, órgão competente para a verificação das exigências constitucionais (RICD, art. 252, V);
- f) mesma tramitação dos demais projetos de lei e numeração geral (RICD, art. 252, VI);²³

23 Tratando do aspecto relativo à fórmula de tramitação, PEREIRA (2016) observa inexistir previsão de tramitação

- g) uso da palavra, nas comissões ou em plenário/Comissão Geral, pelo primeiro signatário ou indicação deste, por 20 minutos (RICD, art. 252, VII);
- h) circunscrição a um único assunto ou, alternativamente, desdobramento em proposições autônomas pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania – CCJ (RICD, art. 252, VIII, redação Resolução n. 20/2004);
- i) não-rejeição por defeitos formais de redação e correção destes pela CCJ (RICD, art. 252, IX, redação Resolução n. 20/2004);
- j) designação de deputado indicado pelo primeiro subscritor para exercício das prerrogativas conferidas ao proponente, com anuência daquele (RICD, art. 252, X).

Esse constitui, basicamente, o regime jurídico da iniciativa popular federal no Brasil, considerando-se as principais normas constitucionais, legais e regimentais sobre a matéria. Voltando à Carta Política brasileira vigente, convém registrar que esta também estabelece alguns critérios elementares para a iniciativa popular em nível municipal, tracejando os contornos elementares de seu regime jurídico.²⁴

Após estabelecer, em seu art. 29, que o município rege-se por lei orgânica, votada em procedimento legislativo agravado, estatui o dispositivo, em seu inciso XIII (originalmente XI, apenas renumerado pela EC n. 1/92, sem alteração na redação), que o tal norma deverá contemplar a “iniciativa popular de projetos de lei de interesse específico do Município, da cidade ou de bairros, através de manifestação de, pelo menos, cinco por cento do eleitorado” (PEREIRA, 2016).

Vê-se que a Constituição da República contempla a iniciativa popular municipal, embora a regule de maneira bastante vaga, ou seja, limitando-se a afirmar que os projetos deverão ser de interesse de município, cidade ou bairros e o percentual de 5% do eleitorado (GARCIA, 2005), claramente mais amplo do que o federal por razões que parecem estar vinculadas à viabilidade e representatividade. O restante da disciplina jurídica da iniciativa popular municipal parece ter sido relegada pelo constituinte federal ao constituinte estadual (art. 25 § 1º) e ao legislador municipal, e não será objeto de exploração no presente trabalho. Após tal contextualização, resta explorar os resultados da pesquisa propriamente dita, o que se fará no item subsequente, dedicado ao estabelecimento de um panorama comparativo da iniciativa popular estadual no Brasil.

4. INICIATIVA POPULAR ESTADUAL: PANORAMA, ESPÉCIES E REGIME JURÍDICO.

Após a breve exposição do regime jurídico da iniciativa popular federal e municipal no

especial das iniciativas populares federais, traduzido em regime de preferência ou urgência. Adiante se verá que em nível estadual algumas constituições caminham nesse sentido.

24 Interessante observar, com PEREIRA (2016), que apesar do alto custo envolvido nos mecanismos de democracia semidireta, estes aspectos não são tratados no direito brasileiro, diversamente do que ocorre em alguns sistemas jurídicos estrangeiros. Convém registrar, igualmente, que em alguns episódios o instituto da iniciativa popular foi origem de importantes normas jurídicas no Brasil, em nível federal. Pode-se fazer referência, notadamente, à Lei n. 8.930/94 – Lei de Crimes Hediondos; Lei n. 9.840/99 – corrupção eleitoral; Lei n. 11.124/2005 – Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social; e, finalmente, a Lei Complementar n. 135/2010 – Lei da Ficha Limpa. Há peculiaridades que aqui não poderão ser tratadas, no entanto, como a “adoção” das propostas por parlamentares.

Brasil, convém examinar em maior detalhe a iniciativa popular estadual, buscando traçar um panorama comparativo do instituto nas 26 constituições estaduais e na Lei Orgânica do Distrito Federal. O artigo 27 da Constituição federal, como já referido, limita-se a estabelecer que “a lei disporá sobre a iniciativa popular no processo legislativo estadual” (PEREIRA, 2016), deixando ampla margem de conformação ao constituinte estadual e ao legislador estadual, especialmente se interpretado em conjunto com o disposto no art. 25 § 1º. O poder constituinte derivado decorrente conferido pela carta política federal aos Estados e Distrito Federal foi exercido, de modo a possibilitar um panorama bastante variado e interessante quanto ao instituto em exame em nível estadual.

O Quadro n. 01 abaixo traça uma visão geral comparativa que será esmiuçada a seguir. A primeira coluna identifica a constituição subnacional à qual se referem as informações e os dispositivos constitucionais pertinentes; a segunda coluna indica a existência ou não de iniciativa popular de emendas à constituição em cada subconstituição; a terceira coluna o percentual do eleitorado estadual exigido para o exercício da iniciativa legislativa; a quarta coluna, por fim, a dispersão em municípios (ou zonas eleitorais, no caso do DF) e a exigência de percentual mínimo de eleitores em cada um deles, se existente. Observe-se que o quadro indica, nas colunas três e quatro, se os requisitos de percentual de apoiadores e dispersão são os mesmos para legislação ordinária e emendas à constituição (LO/EC) ou se são distintos para cada uma dessas espécies.

QUADRO 1 – INICIATIVA POPULAR ESTADUAL

CONSTITUIÇÃO/ DISPOSITIVO	I.P. DE E.C.	PERCENTUAL/ESTADO	DISPERSÃO/PERCENTUAL POR MUNICÍPIO
AC 1989 arts. 53, III, § 5º e 55	SIM	1% eleitorado (LO/EC)	5 mun., 3% cada mun. (LO/EC)
AL 1989 arts. 85, IV e 86 § 2º	SIM	1% eleitorado (LO/EC)	1/5 dos municípios, 1% em cada (LO/EC)
AM 1989 arts. 3º § 2º; 32, IV, § 5º; 33 § 2º	SIM	1% eleitorado (LO/EC)	25% mun., 2,5% eleit. mun. (EC) 25% mun., 0,3% eleit. mun. (LO)
AP 1991 arts. 5º-C; 103, IV; 104 e 110 § ún.	SIM	1% eleitorado (LO/EC)	5 municípios, 2% em cada (LO)

BA 1989 arts. 31; 72 § ún. e 82	SIM	0,5% do eleitorado (LO/EC)	remissão à legislação
CE 1989 arts. 6º; art. 59, IV e 60, VI	SIM	1% eleitorado (LO/EC)	5 mun., 0,3% eleit. mun. (LO/EC)
LODF 1993 arts. 5º, III; 70, III; 71, III e 76	SIM	1% eleitorado (LO/EC)	3 zonas eleitorais, 0,3% eleit. (LO/EC)
ES 1989 arts. 62, III; 63 e 69	SIM	1% eleitorado (LO/EC)	5 mun., 2% eleit. mun. (LO/EC)
GO 1989 arts. 19, IV e 20 § 2º	SIM	1% eleitorado (LO/EC)	20 munic.(EC)
MA 1989 arts. 1º § 3º III e 44 § 1º	NÃO	1% eleitorado (LO)	18% mun., 0,3% eleit. mun. (LO)
MG 1989 art. 67 § 1º	NÃO	10.000 eleitores (LO)	máx. 25% eleit. capital (LO)
MS 1989 art. 67 § 2º	NÃO	1% eleitorado (LO)	20% mun., 0,3% eleit. mun. (LO)
MT 1989 arts. 5º; IV e 8º	NÃO	1% eleitorado (LO)	5 mun.(LO)
PA 1989 arts. 6º, III; 8º e 103, V	SIM	0,5% eleitorado (LO)	10 mun., 0,3% eleit. mun. (EC) 05 mun., 0,3% eleit. mun. (LO)
PB 1989 arts. 1º § 2º; 62, IV e 63 § 2º	SIM	1% eleitorado (LO/EC)	1/10 mun., 1% eleit. mun.(EC) 5 mun., 1% eleit. mun. (LO)
PE 1989 arts. 17, III e 19 § 2º	SIM	1% eleitorado (EC)/ 0,5% eleitorado (LO)	1/5 mun., 0,3% eleit. mun. (EC)/ 1/10 mun., 0,1% eleit. mun. (LO)
PI 1989 art. 75 § 1º	NÃO	1% eleitorado (LO)	10 mun., 0,5% eleit. mun. (LO)

PR 1989 arts. 2º, III e 67	NÃO	1% eleitorado (LO)	50 mun., 1% eleit. mun. (LO)
RJ 1989 arts. 3º, IV; 75 § 1º; 111, IV; 119; 120.	SIM	1% eleitorado (EC) 0,2% eleitorado (LO)	10% mun., 0,1% eleit. mun. (LO) 1/10 munic., 0,3% (EC)
RN 1989 arts. 10, III; 45, III; 46 § 2º	SIM	3% eleitorado (EC) 1% eleitorado (LO)	3/5 mun.(EC)*
RO 1989 arts. 37 § ún. e 39 § 2º	NÃO	3% eleitorado (LO)*	mín. 25% dos mun.
RR 1991 arts. 30 § 10 e 39, IV	SIM	5% eleitorado (EC)**	xxx
RS 1989 arts. 2º, III; 58, IV e art. 68, I a III, §§ 1º a 4º	SIM	1% do eleitorado votante nas últimas eleições gerais do Estado (EC/LO)	1/10 mun., 0,5% eleit. mun. (EC/ LO)
SC 1989 arts. 2º § ún. III; 49, IV e 50 § 1º	SIM	2,5% eleitorado (EC) 1% eleitorado (LO)	40 munic., 1% eleit. mun. (EC) 20 mun., 1% eleit. mun. (LO)
SE 1989 arts. 56, IV; 57; 58 e 59	SIM	1% eleitorado (EC/LO)	xxx
SP 1989 arts. 22, IV e 24 § 3º	SIM	1% eleitorado (EC) 0,5% eleitorado (LO)	distribuição em pelo menos 5 dos 15 maiores municípios, não menos de 0,2% (LO)
TO 1989 arts. 27 § 2º	NÃO	1% eleitorado	5 munic.; 0,3% eleitores/mun. (LO)

Legenda: * Tanto a CEAC quanto a CERN e a CERO fazem remissão à legislação infraconstitucional, complementar ou ordinária, para a regulamentação do instituto. ** Remissão feita pela CERR à lei quanto aos requisitos de I.P. de legislação ordinária.

Como se pode perceber, embora haja notável homogeneidade entre determinadas constituições subnacionais quanto ao instituto em análise e se percebe acentuada influência do paradigma federal, existem aspectos distintivos muito relevantes, a exemplo do que ocorre em outros sistemas

jurídicos, sendo que os principais serão objeto de análise nos subitens a seguir.

4.1. Espécies

A primeira observação a se fazer quanto aos resultados da comparação entre os 27 entes da Federação abrangidos no presente estudo é que todos eles prevêem a iniciativa popular de lei estadual²⁵, regulando-a de maneira relativamente variável. Uma segunda constatação, bastante relevante, é que, em nível estadual, diversamente do que ocorre em nível federal, existem duas espécies de iniciativa popular, a saber, a iniciativa popular de lei e a iniciativa popular de emendas à constituição (GARCIA, 2005), sendo que a última, como visto, é inexistente no direito constitucional federal brasileiro – art. 61, *caput* e § 2º c/c art. 60, I a III, da CF/88.

Um total de dezenove unidades da federação (cerca de 2/3 do total) prevêem em seus textos constitucionais a possibilidade de iniciativa popular de emendas à constituição estadual, ao passo que apenas oito unidades da federação (cerca 1/3) não adotam tal instituto (PEREIRA, 2016). Tal constatação traz algo importante à tona, ao revelar que a instituição das emendas populares à constituição existe no Brasil, embora em nível subnacional (BONAVIDES, 2008)²⁶, diversamente do propagado pela literatura demasiadamente focada no Direito Constitucional federal. Revela, adicionalmente, que maioria significativa dos Estados/DF a contempla em suas cartas políticas, manifestando, no particular, significativa autonomia em face do paradigma federal.²⁷

Os Estados a adotarem o instituto da iniciativa popular de emendas à constituição são Acre, Alagoas, Amapá, Amazonas, Bahia, Ceará, Espírito Santo, Goiás, Pará, Paraíba, Pernambuco, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Rio Grande do Norte, Roraima, Santa Catarina, São Paulo e Sergipe, além do Distrito Federal (no caso do último, evidentemente, emendas à Lei Orgânica). Quanto ao particular deve-se observar adicionalmente existirem Estados que adotam requisitos idênticos para ambas as espécies de iniciativa popular, ao passo que outros adotam requisitos distintos, sendo normalmente menos exigentes para iniciativas populares de leis (ordinárias ou complementares) e mais exigentes para as iniciativas de emendas às suas constituições.^{28- 29}

25 Como dito, o presente estudo não abordará a iniciativa popular municipal. O que foi possível constatar sobre o tema por observação superficial é que algumas constituições parecem regular a iniciativa popular municipal, outras parecem omitir-se. O tema será objeto de desenvolvimentos futuros da pesquisa.

26 BONAVIDES, em estudo de 2008 (*vide* referências) já identificava a iniciativa popular de emendas às constituições em nível subnacional nas constituições da Bahia, Pará, Pernambuco, Santa Catarina e São Paulo.

27 Dezoito Estados norte-americanos (pouco mais de 1/3) contemplam iniciativa popular de emendas à constituição estadual, ao passo que 32 (quase 2/3) não a contemplam. O instituto existe nos Estados do Arizona, Arkansas, Califórnia, Colorado, Dakota do Norte, Dakota do Sul, Flórida, Illinois, Massachusetts, Michigan, Mississippi, Missouri, Montana, Nebraska, Nevada, Ohio, Oklahoma e Oregon. É inexistente nos Estados do Alabama, Alaska, Carolina do Norte, Carolina do Sul, Connecticut, Delaware, Georgia, Haváí, Idaho, Indiana, Iowa, Kansas, Kentucky, Louisiana, Maine, Maryland, Minnesota, New Hampshire, Nova Jérsei, Novo México, Nova Iorque, Pensilvânia, Rhode Island, Tennessee, Texas, Utah, Vermont, Virgínia, Virgínia Ocidental, Washington, Wisconsin e Wyoming (MADDEX, 1998). Segundo GARCIA (2005), a legislação direta foi adotada entre os anos de 1898 e 1972 pelas constituições subnacionais estadunidenses, tendo sido a primeira a prever o instituto a Constituição de Dakota do Sul, em 1898 e o primeiro Estado a efetivamente utilizá-lo o Oregon, em 1904.

28 A título de ilustração, adotam critérios indistintos unidades federativas como o Alagoas, Distrito Federal e Espírito Santo, entre outros; adotam critérios distintos para propostas de iniciativa popular de emendas à constituição Estados como o Rio de Janeiro, o Rio Grande do Norte e Santa Catarina, entre outros.

29 Sobre a iniciativa popular de emendas às constituições estaduais nos EUA, ensina MADDEX (1998, p. 39): *“In states where amendments may be made by popular initiative, the proposals must have a requisite number of*

4.2. Total de apoiadores no Estado.

Assim como em nível federal, as constituições estaduais, ao regularem o instituto em exame, estabelecem o mínimo de apoiadores necessários para a apresentação de projeto de iniciativa popular ao legislativo estadual. Ao todo 26 subconstituições (GINSBURG; POSNER, 2010) estabelecem um percentual do eleitorado estadual, sendo que apenas um deles (a saber, Minas Gerais) estabelece um número fixo de eleitores para tal (a saber, 10.000 eleitores).

Ao todo, dezessete Estados³⁰ estabelecem o apoio de um percentual de 1% dos eleitores ou do eleitorado como requisito à apresentação válida de propostas, em clara adesão ao paradigma federal, que estabelece o mesmo percentual. Em todos estes casos o percentual de 1% é indistintamente adotado para iniciativas de lei ou de emenda à constituição, no caso dos Estados que contemplam as últimas. As constituições de três Estados exigem percentual inferior, como é o caso da Bahia (0,5%), do Pará (0,5%) e de São Paulo (0,5%, no caso de iniciativa infraconstitucional, 1% no caso de iniciativa popular de emendas). Alguns Estados adotam patamares superiores aos demais, notadamente Rondônia e Roraima, com 3% e 5% dos eleitores, respectivamente.

Observe-se que normalmente o percentual ou número de apoiadores não costuma constituir critério distintivo das propostas de iniciativa popular de lei e de emendas à constituição. No entanto, algumas constituições estabelecem a necessidade de uma quantidade maior de apoios para iniciativa de emenda à constituição. Assim ocorre nas Constituições dos Estados de Pernambuco (1% para emendas, 0,5% para leis), Rio de Janeiro (1% para emendas, 0,2% para leis), Rio Grande do Norte (3% para emendas, 1% para leis), Santa Catarina (2,5% para emendas, 1% para leis) e, finalmente, São Paulo (1% para emendas, 0,5% para lei).³¹

Observe-se adicionalmente que na esmagadora maioria dos Estados (26 casos) o percentual incide sobre o eleitorado total do Estado, de acordo com a literalidade do texto constitucional. No caso do Estado do Rio Grande do Sul há uma variação importante de tal critério, pois a Constituição daquele Estado exige o apoio de 1% *dos eleitores que tiverem votado nas últimas eleições gerais do Estado*, e não do eleitorado total, o que parece favorecer o exercício da prerrogativa inerente ao instituto.³²

signatures, in addition to other requirements. As signatories, Massachusetts require three percent of the total vote cast for governor in the preceding election, while at the other end of the spectrum Arizona demands fifteen percent of the total votes cast for all gubernatorial candidates in the last election."

30 Acre, Alagoas, Amapá, Amazonas, Ceará, DF, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Paraíba, Piauí, Paraná, Rio Grande do Sul, Sergipe e Tocantins.

31 Sobre a iniciativa popular de emendas às constituições estaduais nos EUA, ensina MADDEX (1998, p. 39): *"In states where amendments may be made by popular initiative, the proposals must have a requisite number of signatures, in addition to other requirements. As signatories, Massachusetts require three percent of the total vote cast for governor in the preceding election, while at the other end of the spectrum Arizona demands fifteen percent of the total votes cast for all gubernatorial candidates in the last election."* Como se vê, nos Estados norte-americanos o percentual varia com maior amplitude.

32 Em alguns institutos de democracia semidireta dos Estados norte-americanos é comum o percentual exigido incidir sobre os votantes nas últimas eleições, e não sobre o eleitorado total.

4.3. Dispersão de apoiadores e percentual por município ou zona eleitoral.

Como visto, em nível federal a Carta Política exige não apenas o percentual de apoiadores da iniciativa correspondente a 1% do eleitorado mas também sua distribuição – aqui chamada de dispersão – em não menos de 5 Estados, estabelecendo, ainda, um percentual mínimo para cada unidade federativa. As constituições subnacionais vigentes seguiram, em parte, tal modelo, sendo que quase todas também estabelecem a dispersão em municípios (ou zonas eleitorais, no caso do DF) dos apoiadores, bem como percentuais mínimos por município ou algum critério similar.

Um total de seis Estados adota critério idêntico ao da CF/88, exigindo que o percentual ou número de apoiadores esteja distribuído em não menos de 5 municípios, no que se refere a iniciativas populares de lei (Acre, Amapá, Ceará, Espírito Santo, Mato Grosso e Tocantins). Outras unidades da federação afastam-se do paradigma federal, estabelecendo um número fixo variável de municípios distinto: 10 municípios (Piauí), 20 (Goiás), 50 (Paraná). A Constituição do Estado de São Paulo estabelece como critério de dispersão que os apoiadores estejam distribuídos em pelo menos 5 dos 15 maiores municípios do Estado. A Lei Orgânica do Distrito Federal exige a dispersão dos apoiadores entre pelo menos 3 zonas eleitorais, dada a proibição constitucional da subdivisão daquele ente federativo em municípios (art. 32 *caput* da CF/88).

Algumas constituições adotam critério distinto para estabelecer a dispersão dos apoiadores, utilizando-se de um percentual ou de uma fração dos municípios, de forma variável. Adotam uma fração os Estados de Alagoas (1/5 dos municípios) e Rio Grande do Sul (1/10). Adotam um percentual de municípios como critério de dispersão os Estados do Amazonas (25% dos municípios), Maranhão (18%), Mato Grosso do Sul (20%) e Rondônia (25%).

Por fim, algumas constituições estabelecem critérios distintos de dispersão para iniciativas de lei e emendas à constituição, a saber, Pará (10 municípios para emendas, 5 para leis), Paraíba (1/10 dos municípios para emendas, 5 municípios para leis), Pernambuco (1/5 das municipalidades para emendas, 1/10 para leis), Rio de Janeiro (10% dos municípios para leis, 1/10 dos municípios para emendas) e Santa Catarina (40 municípios para emendas, 20 para leis). A Constituição do Estado do Rio Grande do Norte parece estabelecer critério de dispersão (3/5 dos municípios) apenas no que diz respeito à iniciativa popular de emendas à Constituição.

Observa-se que algumas constituições não regulam diretamente o critério de dispersão, omitindo-se pura e simplesmente ou fazendo remissão à legislação infraconstitucional (casos dos Estados da Bahia, Minas Gerais, Roraima e Sergipe). A Constituição mineira distingue-se novamente das demais ao não prever um critério de dispersão de apoiadores propriamente, como fazem as demais, apenas limitando a 25% do total (10.000 eleitores, como visto) os apoiadores da capital (ou seja, 2.500 apoiadores no máximo, podem ser da capital mineira).

O percentual mínimo de apoiadores em cada município exigido pelo critério de dispersão mostra-se igualmente variável: 0,2% (São Paulo, para iniciativa de legislação infraconstitucional); 0,3% (Ceará, Distrito Federal, Maranhão, Mato Grosso do Sul, Pará e Tocantins); 0,5% (Piauí e Rio Grande do Sul); 1% (Alagoas, Paraíba, Paraná e Santa Catarina); 2% (Amapá) e 3% (Acre).

Alguns estados omitem em suas constituições o percentual mínimo de eleitores apoiadores por município (Bahia, Minas Gerais, Mato Grosso, Rondônia, Roraima e Sergipe).

Note-se que embora na maioria das constituições estaduais analisadas o número mínimo de apoiadores por município seja igual, por vezes tal critério é um dos elementos distintivos do regime jurídico das propostas de iniciativa popular de leis e de emendas à constituição. Assim verifica-se nas Constituições estaduais do Amazonas (0,3% para leis, 2,5% para emendas), de Pernambuco e do Rio de Janeiro (0,1% para leis, 0,3% para emendas, em ambos). Registre-se, por fim, que assim como há constituições omissas sobre a dispersão, o mesmo ocorre, logicamente, com o mínimo de apoiadores locais, geralmente nos mesmos casos já mencionados.

4.4. Outros aspectos

Além dos aspectos até aqui examinados, que delineiam os traços fundamentais do regime jurídico da iniciativa popular traçado nos Estados e no DF em nível constitucional, há algumas outras peculiaridades pontuais que merecem atenção e que serão objeto de breve referência neste item conclusivo.

4.4.1. Regime prioritário ou favorecido de tramitação

Diversas cartas subnacionais estabelecem um regime prioritário ou favorecido de tramitação para os projetos de iniciativa cidadã. Nesse sentido, a Constituição do Amapá estatui a inscrição prioritária dos projetos de lei de iniciativa popular na ordem do dia, estabelecendo, ainda, prazo máximo de 45 dias para tanto (art. 110 § único). A carta política do Espírito Santo prevê a discussão e votação dos projetos de lei ou emenda à constituição de iniciativa popular no prazo máximo de 90 dias, bem como sua inscrição automática para a sessão seguinte da mesma legislatura ou na primeira sessão da legislatura subsequente, se não for votado até o fim da sessão legislativa (art. 69 §§ 2º e 3º, redação conferida pela EC n. 102, de 19.11.2015). A Constituição maranhense, por sua vez, prevê prazo máximo de 60 dias para a apreciação de projetos de iniciativa popular por parte do legislativo estadual (art. 44 § 1º).

4.4.2. Instituições inovadoras: iniciativa popular de CPI e veto popular.

A Lei Orgânica do Distrito Federal prevê interessante possibilidade de criação de Comissão Parlamentar de Inquérito – CPI – por iniciativa popular, estatuinto inclusive que a instalação desta teria precedência sobre as demais e que não poderia ser inviabilizada por disposições regimentais (art. 68 § 3º, I, “b” e V). Ainda no âmbito das instituições inovadoras, a Constituição paraibana prevê, ao lado dos institutos da iniciativa popular, do plebiscito e do referendo, o veto popular, embora não tenha sido possível localizar a mínima regulamentação do mesmo no texto onstitucional

para além de sua mera menção nominal (art. 1º § 2º).³³

4.4.3. Referendo e plebiscito por iniciativa popular.

Há constituições que procuram fazer da iniciativa um possível instrumento de controle pelo povo (eleitorado) sobre atos do poder público. Nesse sentido, a Constituição fluminense prevê instituto inovador ao estabelecer a possibilidade de convocação popular de plebiscito, por manifestação de 5% dos eleitores do Estado, para apreciação de questão relevante para os destinos do Estado (art. 120 §§ 1º a 5º).³⁴ De maneira análoga, a Constituição do Estado do Maranhão prevê a possibilidade de convocação de plebiscito ou referendo por iniciativa popular de Decreto Legislativo, desde que preenchidos os requisitos gerais por aquela (1% do eleitorado estadual, 18% dos municípios, com 0,3% dos eleitores em cada um destes).³⁵

Na mesma esteira, a Constituição paulista prevê a possibilidade de iniciativa popular de referendo sobre lei ou sobre questões consideradas relevantes para os destinos do Estado, exigindo manifestação de 1% do eleitorado distribuído em 5 dos 15 maiores municípios, com não menos de 0,2% dos eleitores de cada município (art. 24 § 3º, itens 2, 3 e 4).³⁶

33 CEPB: “Art. 1º O Estado da Paraíba, com autonomia político - administrativa, é parte integrante da República Federativa do Brasil, ordem jurídica democrática, e tem por princípios a autonomia, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. § 1º Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta e da Constituição Federal. § 2º O cidadão exerce os seus direitos políticos, participando das eleições, da iniciativa popular, do referendo, do

plebiscito e do veto popular. § 3º O Estado buscará a integração política, econômica, social e cultural da comunidade brasileira.”

34 CERJ: “Art. 120. Mediante proposição devidamente fundamentada de dois quintos dos Deputados ou de cinco por cento dos eleitores inscritos no Estado, será submetida a plebiscito popular questão relevante para os destinos do Estado. § 1º. A votação será organizada pelo Tribunal Regional Eleitoral, no prazo de três meses após a aprovação da proposta, assegurando-se formas de publicidade gratuita para os partidários e os opositores da proposição. § 2º. Serão realizadas, no máximo, duas consultas plebiscitárias por ano, admitindo-se até cinco proposições por consulta, e vedada a sua realização nos quatro meses que antecederem à realização de eleições municipais, estaduais e nacionais. § 3º. O Tribunal Regional Eleitoral proclamará o resultado do plebiscito que será considerado como decisão definitiva sobre a questão proposta. § 4º. A proposição que já tenha sido objeto de plebiscito popular somente poderá ser reapresentada com intervalo de três anos. § 5º. O Estado assegurará ao Tribunal Regional Eleitoral os recursos necessários à realização das consultas plebiscitárias.”

35 CEMA: “Art. 44. É garantida a participação popular nos atos decisórios dos Poderes Executivo e Legislativo, dentre outras formas, mediante plebiscito, referendo ou iniciativa popular. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 058, de 04/12/2009). § 1º A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Assembleia Legislativa de Projeto de Lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado estadual, distribuído por pelo menos dezoito por cento dos municípios, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles, e que deverá ser apreciado no prazo máximo de sessenta dias. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 058, de 04/12/2009) (...) II - O plebiscito e o referendo serão convocados mediante Decreto Legislativo editado através: de proposta de um terço, no mínimo, dos membros que compõem a Assembleia Legislativa ou as Câmaras Municipais; ou de iniciativa popular, sendo obrigatória, neste caso, a convocação do plebiscito ou referendo sempre que preenchido os requisitos constantes no § 1º deste artigo.”

36 CESP: “Artigo 24 - Iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Assembleia Legislativa, ao Governador do Estado, ao Tribunal de Justiça, ao Procurador-Geral de Justiça e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição. (...) §3º - O exercício direto da soberania popular realizar-se-á da seguinte forma: **1** - a iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação de projeto de lei subscrito por, no mínimo, cinco décimos de unidade por cento do eleitorado do Estado, assegurada a defesa do projeto, por representante dos respectivos responsáveis, perante as Comissões pelas quais tramitar; **2** - um por cento do eleitorado do Estado poderá requerer à Assembleia Legislativa a realização de referendo sobre lei; **3** - as questões relevantes aos destinos do Estado poderão ser submetidas a plebiscito, quando pelo menos um por cento do eleitorado o requerer ao Tribunal Regional Eleitoral, ouvida a Assembleia Legislativa; **4** - o eleitorado referido nos itens anteriores deverá estar distribuído em, pelo menos, cinco dentre os quinze maiores Municípios com não menos que dois décimos de unidade por cento de eleitores em cada um deles; **5** - não serão suscetíveis de iniciativa popular matérias de iniciativa exclusiva, definidas nesta Constituição; **6** - o Tribunal Regional Eleitoral, observada a legislação federal pertinente, providenciará a consulta popular prevista nos itens 2 e 3, no prazo de

4.4.4. Iniciativa popular específica em matéria orçamentária e financeira e iniciativa popular reforçada por consulta popular

A Constituição gaúcha, ao regular o instituto em exame, prevê, além das espécies já examinadas – iniciativa de lei e de emenda à constituição – a possibilidade de iniciativa popular de emenda a projeto de lei orçamentária (LO), lei de diretrizes orçamentárias (LDO) e plano plurianual (PPA) (art. 68, III), permitindo assim, de maneira expressa, atuação popular em matéria orçamentária e financeira. Aquela subconstituição reforça, ainda, os projetos de iniciativa cidadã na medida em que prevê que, se rejeitados pelo legislativo estadual, serão submetidos a referendo popular se em tal sentido tiver se manifestado, em 120 dias, 10% do eleitorado (art. 68 § 3º). Tal configuração do instituto confere efetivo poder de decisão ao povo.³⁷

4.4.5. Defesa dos projetos pelos subscritores ou seus representantes

A LODF prevê ainda a possibilidade de defesa do projeto de lei de iniciativa popular por seus autores (art. 5º, III, 70, III, 76). Na constituição paulista encontra-se disposição semelhante, autorizando esta carta a defesa do projeto perante as comissões (art. 22, IV, 24 § 3º), assim como na constituição amapaense (art. 110 § único) e na Constituição cabixapa (art. 69 § 2º) o que parece interessante mecanismo de incremento da participação popular no processo legislativo. Como visto ao examinar-se o regime jurídico da iniciativa popular federal, existem disposições análogas neste nível.

4.4.6. Disposições racionalizadoras: participação da sociedade civil organizada e recursos eletrônicos e telemáticos

Algumas disposições racionalizadoras são encontradas também. Assim, a Constituição acreana prevê que no projeto de lei subscrito por entidades associativas estas serão responsáveis pelo número de assinaturas de eleitores (art. 53 § 5º). No mesmo sentido, a Constituição mineira prevê a possibilidade de organização das listas de apoiadores por entidade associativa que se responsabilize pela idoneidade das assinaturas (art. 67 § 1º).

A Constituição do Estado do Amazonas, por sua vez, prevê a utilização de meio eletrônico

sessenta dias.”

37 Como ensina PEREIRA (2016, p. 1747): “(...) um dos aspectos mais problemáticos, que merece especial atenção, são os problemas que defluem da potencial combinação entre iniciativas populares e referendos. Apesar de a Constituição de 1988 não ter previsto a realização de referendo para ratificação dos projetos submetidos ao Parlamento por meio de iniciativa popular, é importante examinar as possibilidades de combinação dos dois institutos, que, como aduzem Andreas Auer, Giorgio Malinverni e Michel Hottelier (2000, p. 35), se situam literalmente nos dois extremos do processo legislativo. De fato a utilização combinada dessas duas instituições, como ocorre na Suíça e nos Estados da Federação Norte-Americana, amplia substancialmente as possibilidades da democracia semidireta. A aplicação do referendo para a obtenção da palavra final do eleitorado a respeito de uma iniciativa popular retira do Legislativo a exclusividade de aprovação ou rejeição do projeto, atribuindo à iniciativa um potencial muito maior que de apenas provocar a atuação do Parlamento.”

para a apresentação de propostas de iniciativa popular em seu art. 3º § 2º e 32, IV, na redação dada ao dispositivo pela EC n. 81/2013. Em sentido semelhante caminha a carta constitucional do Estado do Espírito Santo, ao prever a possibilidade de utilização da Internet para viabilizar o instituto estudado (art. 69 § 1º, redação dada pela EC n. 102/2015). A Constituição do Estado do Piauí passou a prever, por força da EC n. 61/2015, a possibilidade de utilização de assinatura digital para veicular projetos de iniciativa popular (art. 119 § único).

4.4.7. Iniciativa popular individual

De todos os aspectos interessantes identificados a partir do exame comparativo dos textos constitucionais, um dos mais instigantes, provavelmente, consistia na previsão no texto original de pelo menos duas constituições estaduais, do que parecia constituir uma espécie de iniciativa popular individual. Com efeito, em sua redação original, tanto a carta política do Estado do Amazonas de 1989 quanto a Constituição do Estado do Ceará, do mesmo ano, previam a que o projeto de iniciativa popular seria subscrito por “eleitor do Estado” (art. 33 CEAM) ou simplesmente por eleitor (art. 6º CECE). Tais dispositivos receberam nova redação por força das emendas constitucionais ns. 81/2013 e 65/2009, respectivamente, redundando na adoção dos critérios de percentuais e dispersão aqui já analisados.

Registre-se, conclusivamente, que algumas constituições expressamente excluem a possibilidade de iniciativa popular em matérias de iniciativa privativa ou indelegável (i.e., exclusiva), tal como faz a Constituição do Estado de Minas Gerais (art. 67). Esta mesma carta constitucional possuía disposição restritiva das iniciativas populares, que as limitava a 5 projetos por sessão legislativa (art. 67 § 2º), tendo o dispositivo sido suprimido pela EC n. 32, de 18.03.1998.

4. CONCLUSÃO

A presente pesquisa possibilitou alguns resultados parciais interessantes a partir do levantamento de dados e das categorizações e classificações obtidas mediante comparação entre as subconstituições analisadas, que merecem ser rememoradas a título de conclusão. Registre-se, de todo modo, que a pesquisa ainda deverá ser complementada por análises quantitativas e qualitativas do efetivo exercício da prerrogativa estudada em nível estadual, o percentual de aprovação, entre outros aspectos, que fogem ao escopo do presente trabalho.

Como visto, todas as constituições estaduais analisadas estatuem o instituto das iniciativas populares estaduais, e, dada a ampla margem de conformação proporcionada pelo constituinte federal, o conformam de maneiras variadas. Uma primeira constatação é a de que, diversamente do que ocorre em nível federal, em larga maioria das unidades federativas (cerca de 2/3) existe, além da iniciativa popular de leis (complementares ou ordinárias), a iniciativa popular de emendas à constituição estadual, uma das mais salientes demonstrações de autonomia do Direito

Constitucional Estadual brasileiro.

Como se percebe da análise desenvolvida no trabalho, as constituições subnacionais estabelecem critérios quanto ao número de apoiadores e dispersão, em claro mimetismo à Constituição Federal, sendo que boa parte daquelas adota inclusive os mesmos percentuais e critério numérico de dispersão por coletividades territoriais menores que a última (ou seja, 1% - dezessete Estados – e cinco municípios – seis Estados – respectivamente). Apesar disso, perceberam-se algumas variações relevantes, tanto em termos de patamares menos ou mais exigentes em termos de apoiadores (indo de 0,5% a 3%) e de dispersão (de 5 a 50 municípios, entre outros critérios). Da mesma forma, constata-se uma variação dos percentuais mínimos de apoiadores por município (indo de 0,01% a 3%).

No que diz respeito aos requisitos mencionados, uma constatação relevante é que embora uma maioria de constituições estaduais não estabeleça critérios distintos para iniciativa popular de lei ou de emendas, algumas constituições o fazem, estabelecendo critérios em geral mais exigentes para as últimas do que para as primeiras. Oito unidades da federação adotam critérios distintos para iniciativa popular de leis e de emendas à constituição em termos de percentual de apoiadores e de critérios de dispersão, como visto, dez adotam o mesmo procedimento e uma carta é silente.³⁸

Constatou-se, ainda, que alguns Estados estabelecem, de algum modo, um regime prioritário ou favorecido de tramitação dos projetos de lei de iniciativa popular, tal como fazer as Constituições do Amapá, Espírito Santo e Maranhão. Outras inovações por parte do constituinte foram evidenciadas pela pesquisa, estando entre as mais notáveis a previsão de iniciativa popular de CPI pela Lei Orgânica do Distrito Federal e a previsão, embora apenas nominal e sem um mínimo de regulamentação, do veto popular na Constituição paraibana. Ainda no campo das inovações constitucionais pelo poder constituinte derivado decorrente, merecem destaque as previsões sobre convocação de plebiscito ou referendo por projeto de decreto legislativo de iniciativa popular (Maranhão), bem como iniciativa popular para convocação de consultas populares sobre questões relevantes para os destinos do Estado (RJ, SP) ou sobre lei (SP). Na mesma seara, registrem-se a iniciativa popular de emendas à LO, LDO e PPA e o referendo popular por iniciativa popular em caso de rejeição de iniciativa popular, ambos previstos pela Constituição sul-rio-grandense. Como se percebe, o constituinte estadual exerceu, por diversas vezes, com significativa autonomia, a ampla margem de conformação recebida da Constituição Federal.

Além disso, as ordens constitucionais de diversos entes federativos prevêm a defesa do projeto por subscritores (Amapá, DF, Espírito Santo, São Paulo), de maneira análoga a previsões da legislação federal quanto à iniciativa popular federal. Diversas cartas subnacionais prevêm ademais a atuação da sociedade civil organizada na organização e garantia da autenticidade das assinaturas por associações (Acre, Minas Gerais), e algumas fazem referência expressa à utilização de Internet, meio eletrônico e assinatura digital (Amazonas, Espírito Santo, Piauí), em louvável disposição a favorecer o exercício concreto da prerrogativa constitucional em análise.

38 Adotam o mesmo procedimento os Estados do Acre, Alagoas, Amapá, Bahia, Ceará, Distrito Federal, Espírito Santo, Goiás, Rio Grande do Sul e Sergipe. Adotam procedimento distinto conforme a espécie de iniciativa popular os Estados do Amazonas, Pará, Paraíba, Pernambuco, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Santa Catarina e São Paulo. A Constituição de Roraima não regula explicitamente o tema, fazendo remissão à legislação ordinária.

REFERÊNCIAS

ACRE. Constituição do Estado, de 03 de outubro de 1989. Disponível em: http://www.al.ac.leg.br/leis/?page_id=12438. Acesso em: 20.03.2020.

ALAGOAS. Constituição do Estado, de 05 de outubro de 1989. Disponível em: <http://www.procuradoria.al.gov.br/legislacao/constituicao-do-estado-de-alagoas/Livro%20da%20Constituicao%20do%20Estado%20de%20Alagoas%20sem%20Capa.pdf/view>. Acesso em: 20.03.2020.

AMAPÁ. Constituição do Estado, de 20 de dezembro de 1991. Disponível em: https://sead.portal.ap.gov.br/constituicao_estadual. Acesso em: 20.03.2020.

AMAZONAS. Constituição do Estado, de 05 de outubro de 1989. Disponível em: <http://www.ale.am.gov.br/wp-content/uploads/2018/12/CONSTITUICAO-DO-ESTADO-DO-AMAZONAS-DEZ-2018.pdf>. Acesso em: 20.03.2020.

ANCEL, Marc. Utilidade e Métodos do Direito Comparado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1980.

ARNOLD, Felix et. al. Voting for direct democracy: evidence from a unique popular initiative in Bavaria. DIW Berlin Discussion Paper n. 1435, dez. 2014. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2553129> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2553129>. Acesso em 21.02.2020.

BAHIA. Constituição do Estado, de 05 de outubro de 1989. Disponível em: <http://www.al.ba.gov.br/atividade-legislativa/legislacao/constituicao-estadual>. Acesso em: 19.03.2019.
BARTHÉLEMY, Joseph. Précis de Droit Constitutionnel. Paris: Dalloz, 1932.

BONAVIDES, Paulo. A primeira emenda à constituição por iniciativa popular. Revista de Informação Legislativa, a. 45, n. 179, jul./set. 2008, p. 53-55.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26.02.2020.

BRASIL. Lei 9.709, de 18 de novembro de 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9709.htm. Acesso em 27.03.2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CEARÁ. Constituição do Estado, de 05 de outubro de 1989. Disponível em: <https://www.ceara.gov.br/wp-content/uploads/2017/03/Const-2015-260-200-Atualizada-emenda-86-4.pdf>. Acesso em: 20.03.2020.

DISTRITO FEDERAL. Lei Orgânica do Distrito Federal, de 08 de junho de 1993. Disponível

em: <https://www.cl.df.gov.br/pesquisa-de-leis-e-proposicoes>. Acesso em: 20.03.2020.

ESPIRITO SANTO. Constituição do Estado, de 05 de outubro de 1989. Disponível em: http://www.al.es.gov.br/appdata/anexos_internet/downloads/c_est.pdf. Acesso em: 20.03.2020.

GARCIA, Alexandre Navarro. Democracia semidireta: referendo, plebiscito, iniciativa popular e legislação participativa. *Revista de Informação Legislativa*, a. 42, n. 166, abr./jun. 2005, p. 09-22.

GINSBURG, Tom; POSNER, Eric. Subconstitutionalism. *Stanford Law Review*, v. 62, n. 6, jun. 2010, pp. 1583-1628.

GOIÁS. Constituição do Estado, de 05 de outubro de 1989. Disponível em: http://www.gabinetecivil.goias.gov.br/constituicoes/constituicao_1988.htm. Acesso em: 19.03.2019.

MADDEX, Robert L. *State Constitutions of the United States*. Whashington: Congressional Quarterly, 1998.

MARANHÃO. Constituição do Estado, de 05 de outubro de 1989. Disponível em: <http://legislacao.al.ma.gov.br/ged/cestadual.html>. Acesso em: 20.03.2020.

MATO GROSSO. Constituição do Estado, de 05 de outubro de 1989. Disponível em: <http://www.al.mt.gov.br/arquivos/parlamento/ssl/constituicao-estadual.pdf>. Acesso em: 20.03.2020.

MATO GROSSO DO SUL. Constituição do Estado, de 05 de outubro de 1989. Disponível em: <http://aacpdappls.net.ms.gov.br/appls/legislacao/secoge/govato.nsf/0a67c456bc566b8a04257e590063f1fd/dfde24a4767ddcbf04257e4b006c0233?OpenDocument>. Acesso em: 20.03.2020.

MINAS GERAIS. Constituição do Estado, de 21 de setembro de 1989. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa-nova-min.html?tipo=Con&num=1989&ano=1989>. Acesso em: 20.03.2020.

PARÁ. Constituição do Estado, de 05 de outubro de 1989. Disponível em: http://www.cee.pa.gov.br/sites/default/files/Constituicao_do_Para_-_ate_a_EC_43.pdf Acesso em: 20.03.2020.

PARAÍBA. Constituição do Estado, de 05 de outubro de 1989. Disponível em: <http://www.al.pb.leg.br/wp-content/uploads/2017/02/Constitui%C3%A7%C3%A3o-Estadual-Atualizada-at%C3%A9-a-Emenda-40-de-2015.pdf>. Acesso em: 20.03.2020.

PARANÁ. Constituição do Estado, de 05 de outubro de 1989. Disponível em: http://www.alep.pr.gov.br/legislacao/constituicao_estadual. Acesso em: 20.03.2020.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. A iniciativa popular no sistema constitucional brasileiro: fundamentos teóricos, configuração e propostas de mudanças. *Revista Direito da Cidade*, v. 8, n. 4, pp. 1707-1756.

PERNAMBUCO. Constituição do Estado, de 05 de outubro de 1989. Disponível em: <http://legis.alepe.pe.gov.br/texto.aspx?id=4937>. Acesso em: 20.03.2020.

PIAUI. Constituição do Estado, de 05 de outubro de 1989. Disponível em: <http://legislacao.pi.gov.br/legislacao/default/ato/14853>. Acesso em: 20.03.2020.

PIZZORUSSO, Alessandro. *Sistemi Giuridici Comparati*. 2 ed. Milão: Giuffrè, 1998.

RIO DE JANEIRO. Constituição do Estado, de 05 de outubro de 1989. Disponível em: <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/constest.nsf/PageConsEst?OpenPage>. Acesso em: 20.03.2020.

RIO GRANDE DO NORTE. Constituição do Estado, de 03 de outubro de 1989. Disponível em: http://www.al.rn.gov.br/portal/_ups/legislacao/2015/06/22/01eb1a7dc129b162fb8a658ef428fd6e.pdf. Acesso em: 20.03.2020.

RIO GRANDE DO SUL. Constituição do Estado, de 03 de outubro de 1989. Disponível em: <http://www2.al.rs.gov.br/dal/LinkClick.aspx?fileticket=WQdIfqNoXO4%3d&tabid=3683&mid=5359>. Acesso em: 20.03.2020.

RONDÔNIA. Constituição do Estado, de 28 de setembro de 1989. Disponível em: http://www.al.ro.leg.br/institucional/constituicao-do-estado-de-rondonia/ce1989_ec132.pdf/view. Acesso em: 20.03.2020.

RORAIMA. Constituição do Estado, de 31 de dezembro de 1991. Disponível em: <https://www.tjrr.jus.br/legislacao/index.php/constituicao-estadual>. Acesso em: 20.03.2020.

SALGADO, Eneida Desiree. *Iniciativa Popular de Leis: as proposições, o positivado e o possível*. Revista de Informação Legislativa, a. 43, n. 169, jan./mar. 2006, p. 95-100.

SANTA CATARINA. Constituição do Estado, de 05 de outubro de 1989. Disponível em: http://leis.alesc.sc.gov.br/html/constituicao_estadual_1989.html. Acesso em: 20.03.2020.

SÃO PAULO (Estado). Constituição do Estado, de 05 de outubro de 1989. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/constituicao/1989/compilacao-constituicao-0-05.10.1989.html>. Acesso em: 20.03.2020.

SERGIPE. Constituição do Estado, de 05 de outubro de 1989. Disponível em: https://al.se.leg.br/arq_transparencia/arq_constituicao/constituicao_estadual_2017.pdf. Acesso em: 20.03.2020.

SGARBOSSA, Luís Fernando. *Estado federal e pluralismo constitucional: Direito Constitucional estadual e experimentalismo democrático*. In: BOLONHA, Carlos; LIZIERO, Leonam;

SEPULVEDA, Antonio. *Federalismo: Desafios Contemporâneos*. Porto Alegre: Editora Fi, 2019, pp. 53-72.

SGARBOSSA, Luís Fernando, IENSUE, Geziela. *Teoria do Estado Moderno e Contemporâneo: Fundamentos do Direito Público e do Direito Constitucional*. Curitiba: Instituto Memória, 2019.

TOCANTINS. Constituição do Estado, de 05 de outubro de 1989. Disponível em: http://www.al.to.leg.br/arquivos/documento_42780.PDF#dados. Acesso em: 20.03.2020.

VERGOTTINI, Giuseppe De. *Derecho Constitucional Comparado*. Trad. Claudia Herrera.

Cidade do México: Universidade Nacional Autônoma do México, 2004.

Recebido em: 11/05/2020

Aprovado em : 01/06/2020

ALGUNS ASPECTOS DE ORDEM GERAL SOBRE O CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO, INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E JUSTIÇA CONSTITUCIONAL ITALIANA

Natalina Stamile*

*Professora das disciplinas de “Teoria da argumentação jurídica” e de “Ragionevolezza, Uguaglianza e giustizia costituzionale” e Pós-doutoranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR. Doutora em “Teoria del diritto ed ordine giuridico europeo” pela Università degli Studi “Magna Graecia” di Catanzaro (Itália). Professora de “Filosofia e informática jurídica” pela Università de Bergamo (Itália). E-mail: natalinastamile@yahoo.it. Esse trabalho foi originalmente exposto em uma palestra no evento “30 anos da Constituição Federal de 1988 na sede da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, subseção de Londrina, Estado do Paraná, no dia 05 de outubro de 2018”. A presente versão é uma reelaboração do texto de base para o evento, com o acréscimo de referências e de uma parte expositiva. Agradeço a todos os seus organizadores e especialmente ao professor Zulmar Fachin, pelo convite. Também gostaria de agradecer, pelas discussões, reflexões e debates sobre o tema, especialmente: Ana Carla Werneck, Rangel Oliveira Trindade, Débora Ferrazzo, Eliseu Raphael Venturi e Gabriel Viana Coradin. A este último acrescento um agradecimento por auxiliar na revisão do texto.

Como citar: STAMILE, Natalina. Alguns aspectos de ordem geral sobre o conceito de Constituição, interpretação constitucional e justiça constitucional italiana. **Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania – IDCC**, Londrina, v. 5, n. 1, p 71-91, jan/jul, 2020. ISSN: 2596-0075.

Resumo

O objeto desse estudo é tratar a relação entre um determinado conceito de Constituição, a interpretação constitucional (ou as interpretações constitucionais) e a justiça constitucional no contexto italiano, analisando as reflexões mais importantes desenvolvidas, tanto no nível jurisprudencial quanto no nível doutrinário sobre o tema.

1. INTRODUÇÃO

Todos sem distinção, recorreremos ao termo Constituição tanto em ambientes formais e em contextos jurídicos quanto em ambientes informais e contextos não jurídicos. Mas o que de fato significa o termo Constituição? Para tentar encontrar uma resposta a essa pergunta, temos que considerar que essa palavra não tem um único significado, mas caracteriza-se precisamente por ser dotada de uma pluralidade de significados, além de uma variedade de usos. Pode-se distinguir, pelo menos, entre três definições que se costuma fazer de Constituição: (i) uma Constituição como ordenamento político de tipo liberal¹, (ii) uma Constituição como um conjunto de normas fundamentais², (iii) e uma definição de Constituição como fonte³.

A definição de (i) Constituição como ordenamento político de tipo liberal tem uma origem bem específica. O artigo 16 da *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* – “Declaração de direito do homem e do cidadão” – (1789) afirma que: «Uma sociedade, na qual não esteja assegurada a garantia dos direitos nem, estabelecida a separação dos poderes, não tem uma Constituição». Consequentemente, é bastante claro que com o termo Constituição, não se indica apenas uma organização política qualquer, mas uma organização política liberal e garantista. Isto também significa que somente os Estados liberais são constitucionais, no sentido que têm uma Constituição, e que os Estados despóticos não são Estados constitucionais, porque privados dela⁴. Todavia, essa afirmação parece não ser suficiente, por si só, porque ainda é necessário especificar quando é que um Estado se pode definir como constitucional. Por exemplo, Riccardo Guastini, afirma que para definir um Estado como constitucional devem ser satisfeitas, conjunta e necessariamente, duas condições: (a) devem ser garantidos os direitos dos cidadãos com relação ao Estado e (b) os poderes dos Estados (legislativo, executivo e judiciário) devem ser divididos e separados. Esse primeiro significado de Constituição tem uma importância e uma raiz histórica relevante, que, entretanto, hoje em dia se considera superado. Pensa-se, por exemplo, como ao longo do tempo surgiram termos como constitucionalismo, constitucionalização, monarquia constitucional, estado constitucional, governo constitucional etc.

A definição de (ii) Constituição como um conjunto de normas fundamentais tem a sua origem na teoria geral do direito. De fato, é bem comum usar a palavra Constituição para indicar as normas fundamentais que caracterizam um sistema jurídico. Essas normas podem ser de

1 Por exemplo, ver: GUASTINI, Riccardo. *Le fonti del diritto e l'interpretazione*. Milano: Giuffrè, 1993, pp. 67 e ss. Sobre o conceito da Constituição liberal ver: McILWAIN, Charles Howard. *Constitutionalism: Ancient and Modern*, 1st. ed. 1947, Liberty Fund Inc.; revised edition, March 31, 2010; TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna*. (I) Assolutismo e codificazione del diritto. Bologna: Il Mulino, 1976; SILVESTRI, Gaetano. *La separazione dei poteri*. Milano: Giuffrè, 1984; COMANDUCCI, Paolo. Ordine o norma? Su alcuni concetti di costituzione nel settecento, in *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, (I) Saggi storici, Milano: Giuffrè, 1990; FLORIDI, Giuseppe, *La costituzione dei moderni*. Profili teorici di storia costituzionale. (I) Dal medioevo inglese al 1791. Torino: Giappichelli, 1991.

2 Por exemplo ver: GUASTINI, Riccardo. *Le fonti del diritto e l'interpretazione...* cit., pp. 67 e ss.; MATTEUCCI, Nicola. Positivismo giuridico e costituzionalismo, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1963; MATTEUCCI, Nicola. *Organizzazione del potere e libertà*. Storia del costituzionalismo moderno. Torino: Utet, 1976.

3 GUASTINI, Riccardo. *Le fonti del diritto e l'interpretazione...* cit., pp. 67 e ss. Ver também: GUASTINI, Riccardo. *La sintassi del diritto*. Torino: Giappichelli, 2014, esp. p. 239. O autor afirma que: «si usa dire che la costituzione sia la fonte suprema dell'ordinamento».

4 GUASTINI, Riccardo. *Le fonti del diritto e l'interpretazione...* cit., pp. 67 e ss.

várias naturezas. Por exemplo, normas que disciplinam a organização do Estado, o exercício dos poderes e as funções legislativa, executiva e judiciária, normas que disciplinam as relações entre o Estado e os seus cidadãos, ou enfim, normas que expressam princípios e valores considerados como fundamentais pelo ordenamento jurídico e por assim em diante. Adotando essa definição de Constituição, se poderia afirmar que todos os Estados têm uma Constituição, independentemente do seu conteúdo político⁵.

Já a definição de (iii) Constituição como fonte é mais recorrente justamente no âmbito da “teoria das fontes” para designar um documento normativo específico e dessa maneira distingui-lo dos outros. Uma primeira observação pode ser formulada a partir de uma análise linguística, por exemplo, além de ser escrita com uma linguagem solene e mais estilosa, são considerados sinônimos de Constituição termos como “Lei Fundamental”, “Lei Maior”, “Carta Magna”, “Carta Fundamental”, “Carta Constitucional” etc. Ademais, usa-se a palavra Constituição no singular para indicar uma pluralidade de normas, entre elas algumas fundamentais. Uma segunda categoria de observações se pode articular a partir da reflexão sobre o procedimento de elaboração e aprovação de uma Constituição. Consequentemente se deduz que analisando seu conteúdo, as normas constitucionais conferem direitos, deveres, poderes, e também incluem, por um lado, normas de princípios e, por outro, normas programáticas (tanto no âmbito econômico quanto social). Também parece evidente que essas normas são distintas, em relação às outras fontes do direito e em relação aos destinatários da Constituição, em outras palavras, é preciso considerar que ao lado dos cidadãos privados e dos cidadãos públicos se colocam os órgãos constitucionais (tais como o Chefe de Estado, o Governo, o Parlamento), dentre eles o Tribunal Constitucional, que normalmente é o órgão de fechamento, isto é, que tem o delicado papel de exercer o Controle de Constitucionalidade. Além de todas essas peculiaridades relevantes, também se destaca que uma Constituição é sujeita a “um regime jurídico especial”⁶. Ela pode ser identificada tanto como Constituição formal quanto como Constituição material e consequentemente distingue-se, dentro da categoria de Constituição formal, uma Constituição rígida de uma Constituição flexível a depender do procedimento previsto para sua revisão⁷. O exemplo clássico de Constituição flexível

5 Ivi, p. 69. Ainda Guastini destaca que a Constituição como conjunto de normas fundamentais é um conceito politicamente neutro, contrariamente ao conceito de Constituição liberal. Ver também: GUASTINI, Riccardo. *La sintassi del diritto...* cit., p. 239. O autor explica que a Constituição é fonte «suprema dell'ordinamento [...] per definizione, non vi sono nell'ordinamento norme ad essa sovraordinate, vuoi dal punto di vista formale (o strutturale), vuoi dal punto di vista materiale (o sostanziale). [...] in secondo luogo, la costituzione è fonte suprema dell'ordinamento nel senso che disciplina, direttamente o indirettamente, la produzione di tutte le rimanenti fonti dell'ordinamento stesso, sicché risulta ad esse strutturalmente sovraordinata. [...] in terzo luogo, la costituzione può dirsi fonte suprema dell'ordinamento per intendere che non vi è fonte nell'ordinamento che possa validamente contraddirla. In altri termini, la costituzione è, in questo senso, fonte materialmente sovraordinata a tutte le altre. Ma è importante capire che questo terzo concetto di supremazia vale solo per le costituzioni rigide».

6 GUASTINI, Riccardo. *Le fonti del diritto e l'interpretazione...* cit., p. 69.

7 Para uma distinção entre constituição rígida e flexível ver: BRYCE, James. *Studies in History and Jurisprudence*. Oxford: Clarendon Press, vol. I, 1901, esp. pp. 145 e ss.; DICEY, Albert Venn. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. London: MacMillan, 1924; KELSEN, Hans. *La giustizia costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1981; LAVAGNA, Carlo. *Corso di diritto costituzionale italiano e comparato*. Le costituzioni rigide: lezioni tenute nell'anno accademico 1963-64, Roma: Ricerche, 1964; CRISAFULLI, Vezio. *Lezioni di diritto costituzionale*, I, Introduzione di diritto costituzionale italiano. Padova: CEDAM, 2. ed., 2000; MODUGNO, Franco. *Appunti per una teoria generale del diritto*. La teoria del diritto oggettivo. Torino: Giappichelli, 1988; MODUGNO, Franco; CELOTTO, Alfonso; D'ALESSIO, Rosalia; RUOTOLO, Marco. *Appunti per una teoria generale del diritto: la teoria del diritto oggettivo*. Torino: Giappichelli, 2000; ZAGREBELSKY, Gustavo. *La giustizia costituzionale*. Bologna: Il Mulino, 1988; ZABREGELSKY, Gustavo; MARCENÒ, Valeria. *Giustizia costituzionale*. Bologna: Il

é o chamado Estatuto Albertino (*Statuto Albertino*) que, depois da unificação italiana, foi outorgado pelos “Savoia” (casa real que reinava naquela época na Itália). Curiosamente o Estatuto Albertino era chamado “Estatuto Fundamental da Monarquia dos Savoia” e foi firmado no dia 4 de março de 1848, por Carlos Alberto de Savoia que definiu o próprio Estatuto como «Lei fundamental, perpétua e irrevogável da Monarquia»⁸. O Estatuto Albertino foi substituído somente em 1948 pela Constituição da República Italiana que neste ano de 2018 completa seus 70 anos⁹.

De uma maneira bem simples, uma Constituição flexível se baseia particularmente num critério cronológico, ou seja, a norma posteriormente aprovada prevalece sobre a norma anterior. Isto é, uma lei posterior pode modificar, derrogar ou revogar uma norma contida na Constituição. De outro lado, uma Constituição define-se rígida quando ocupa uma posição hierárquica superior dentro das fontes. Uma lei ordinária deve ser sempre conforme as normas constitucionais e em caso de contraste não pode prevalecer, deve ser considerada constitucionalmente ilegítima e inválida. Isso permitiria destacar outra consideração, a de que é possível delinear vários graus de rigidez da Constituição, um grau débil, um forte e outro ainda fortíssimo¹⁰. Uma Constituição se diz rígida no sentido débil quando, apesar de haver a possibilidade de sua modificação, ela não pode ser modificada mediante um procedimento ordinário de criação das leis. Ao contrário, para ocorrer sua modificação requer-se um procedimento especial, também chamado agravado (*aggravato*), mais complexo que o ordinário e que exige uma maioria “qualificada”¹¹. A rigidez no sentido forte significa que além de disciplinar um procedimento especial de revisão ou modificação, se admite, por exemplo, por um lado, a possibilidade de controle de legitimidade constitucional das leis por qualquer juiz, que pode deixar de aplicar a lei que esteja em contraste com a Constituição, com efeitos apenas para o caso concreto que ele está decidindo. E por outro lado, é possível também um controle preventivo de constitucionalidade das leis, assim como um controle de constitucionalidade sucessivo à aprovação da lei. Por fim, para explicar o caso de uma definição de Constituição rígida no sentido fortíssimo tomamos como exemplo o último artigo da Constituição italiana, ou seja, o artigo 139, que dispõe que: «A forma republicana não pode ser objeto de revisão constitucional»¹².

Mulino, 2018.

8 Ver o preâmbulo do Estatuto Albertino. Ver também: CROSA, Emilio. *La monarchia nel diritto pubblico italiano*. Torino: Bocca, 1922. Interessante destacar que o autor formula algumas reflexões sobre a modalidade de adoção do Estatuto Albertino, sustentando que a fórmula usada pelo rei Carlo Alberto constitui a antiga fórmula dos “governos absolutos” e que, conseqüentemente, foi usada por sua última vez.

9 Ver para um estudo aprofundado: REBUFFA, Giorgio. *Lo statuto albertino*. Bologna: Il Mulino, 2003; COLOMBO, Paolo. *Storia costituzionale della monarchia italiana*. Roma-Bari: Laterza, 2011.

10 Cumpre recordar que no presente estudo a referência principal é o contexto italiano.

11 Ver o artigo 138 da Constituição italiana que afirma: «As leis de revisão da Constituição e as outras leis constitucionais são adotadas por cada uma das Câmaras por duas deliberações sucessivas com intervalo não inferior a três meses, e são aprovadas pela maioria absoluta dos membros de cada uma das Câmaras na segunda votação.

As próprias leis são submetidas a *referendum* popular quando, dentro de três meses da sua publicação, são pedidas por um quinto dos membros de uma Câmara ou quinhentos mil eleitores ou cinco Conselhos regionais. A lei submetida a *referendum* não é promulgada, se não for aprovada pela maioria dos votos válidos.

Não há lugar para *referendum* se a lei tiver sido aprovada na segunda votação de cada uma das Câmaras com a maioria de dois terços dos seus membros». Ver também: ONIDA, Valerio. *La Costituzione. La legge fondamentale della Repubblica*. Bologna: Il Mulino, 2004; CERRI, Augusto, *Revisione costituzionale*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVII. Roma, 2000, pp. 1 e ss.; PACE, Alessandro. *Processi costituenti italiani 1996-1997*, in *Diritto pubblico*, 1997, pp. 581 e ss.; ZAGREBELSKY, Gustavo. *Adeguamenti e cambiamenti della Costituzione*, in *Scritti sulle fonti normative e altri temi di vario diritto in onore di Vezio Crisafulli*, vol. II, Padova: CEDAM, 1985, pp. 915-935.

12 GUASTINI, Riccardo. *Le fonti del diritto e l'interpretazione...* cit., p. 73. Guastini define a Constituição que inclui partes que completamente estão subtraídas de qualquer revisão constitucional como “rigidíssima”. Além disso, é possível que algumas Constituições rígidas, como no caso da Constituição italiana, vetem, categoricamente, a revisão de algumas disposições ou normas. Por isso, define-se “em parte rígidas e em parte imodificáveis”. Sobre

Assim, poderíamos dizer que a Constituição da República Italiana vigente é rígida no sentido forte enquanto estabelece um procedimento especial de revisão constitucional (artigo 138 da Constituição), vedando que uma simples lei ordinária possa modificar a Constituição, mas é também, em parte, rígida no sentido fortíssimo ou “rígidíssima”, pois a forma republicana não pode ser objeto de revisão nem mesmo por meio de um procedimento especial¹³.

Independentemente e bem como para além do discurso meramente teórico que por vezes ampara o tema, faz-se importante, aqui, colocar o foco da discussão em outros termos. A jurisdição constitucional faz sentido, ou seja, se compreende, não somente em relação ao modelo que é adotado (puro ou misto), mas também quanto à forma evolutiva do Estado de direito ou do Estado constitucional que está relacionado ao seu contexto democrático. Sendo assim, o Tribunal Constitucional é o órgão chamado para desempenhar um papel necessário e fundamental de limitação constitucional para a democracia majoritária pura. O objeto desse estudo, como sugere o título, é tratar a relação entre um determinado conceito de Constituição, a interpretação constitucional (ou as interpretações constitucionais) e a justiça constitucional no contexto italiano, analisando as reflexões mais importantes desenvolvidas, tanto no nível jurisprudencial quanto no nível doutrinário. Por isso, ele divide-se em quatro partes. Na primeira e na segunda parte procuro apresentar determinadas características da Constituição italiana desde um olhar particularmente descritivo e também histórico. Na terceira parte, concentrarei minha atenção, embora brevemente, sobre o controle de constitucionalidade, como aspecto da transformação evolutiva do Estado de direito no Estado constitucional, e também sobre a estrutura desse controle de constitucionalidade, tentando demonstrar, por um lado, o delicado papel do Tribunal Constitucional italiano em relação à proteção de alguns direitos fundamentais, e por outro, os aspectos mais relevantes do sistema de controle de constitucionalidade adotado na Itália; com a finalidade de defender que o seu caráter misto também se reflete na tipologia das sentenças da jurisdição constitucional, que, por servirem tanto ao controle concreto quanto ao controle abstrato, evidenciam as características da Constituição italiana em relação ao tema. E na quarta parte, apresento algumas reflexões críticas sobre o que é a “interpretação constitucional”, levando em consideração um ponto de vista cético sobre a possibilidade de existir, de fato, uma “especificidade” da interpretação constitucional, sublinhando, em conexão com as demais partes do trabalho, algumas variações desse ponto de vista (em alguma medida complementadas por opiniões que partem da relevância do aspecto político de um Tribunal Constitucional, especialmente pela função dicotômica da revisão constitucional), que chegam a apresentar uma conclusão no sentido do afastamento da ideia do funcionamento desse órgão como uma instância de revisão de decisões judiciais (ou seja, o afastamento da ideia de que esse órgão possa revisar o mérito da decisão das instâncias inferiores)¹⁴.

esse último aspecto ver: GUASTINI, Riccardo. *La sintassi del diritto...* cit., p. 178.

13 Para um estudo mais aprofundado ver: BARILE, Paolo. *La costituzione come norma giuridica: profilo sistematico*, Firenze: Barbera, 1951; ESPOSITO, Carlo. *La costituzione italiana*. Saggi. Padova: CEDAM, 1954.

14 Ver: GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011; WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review, in *The Yale Law Journal*, 2006, 115, 6, pp. 1346- 1406; MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito*. Introdução à teoria e metódica estruturantes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013 (ver esp. as entrevistas publicadas nesse último livro).

2. Algumas reflexões históricas e algumas premissas constitucionais

Em primeiro lugar é importante evidenciar quais são as características peculiares da Constituição italiana, além daquelas já mencionadas. Em resumo, podemos dizer que a Constituição italiana é escrita, rígida, analítica (longa), votada, compromissória, democrática e programática. Tais características explicam o longo e animado debate sobre o papel e a função, além da composição, do Tribunal Constitucional na jovem república italiana¹⁵. A Constituição italiana entrou em vigor em 1º de janeiro de 1948 e é formada por 139 artigos e por 18 disposições transitórias e finais. Por divisão ela possui as seguintes partes: Os princípios fundamentais (arts. 1º-12); Direitos e deveres dos cidadãos (arts. 13-54); Ordenamento da República (arts. 55-139); e as Disposições transitórias e finais (I-XVIII). Por tudo isso que se diz que a Constituição é escrita. Diz-se, ainda, que ela é rígida no sentido que já foi indicado anteriormente de que uma simples lei ordinária não pode modificar a Constituição¹⁶. Ela é analítica ou longa, porque se compõem de 139 artigos além das disposições transitórias e finais, que integram a Constituição. É votada, porque depois da declaração de cessação das hostilidades, foi convocado um *referendum* onde todos os cidadãos italianos foram chamados para escolher entre a república e a monarquia. O *referendum* do dia 2 de junho de 1946 representa um momento importante na história italiana. Por um lado, as pessoas que puderam votar não eram somente os homens, pois pela primeira vez se estendia o sufrágio às mulheres. Tratou-se de um *referendum* universal, direito e secreto (*universale, diretto e segreto*). Por outro lado, essa data marcou o nascimento da República Italiana, depois de seis anos do começo da segunda guerra mundial e vinte anos do começo da ditadura fascista (período conhecido como *ventennio fascista*)¹⁷. No dia 2 de junho de 1946, contemporaneamente ao *referendum* institucional, ocorreu a eleição da Assembleia Constituinte, com a participação de 89% dos eleitores. Com o resultado de 54% dos votos (mais de doze milhões) foi escolhida a república, superando os dois milhões de votos de quem estava a favor das monarquias (que naturalmente contestaram o resultado)¹⁸. Aqui é importante abrir um parêntese para lembrar que Pietro Calamandrei, um dos pais fundadores da Constituição italiana e membro da Assembleia Constituinte, em um discurso dirigido aos estudantes universitários e aos estudantes do ensino médio, dentro de um ciclo de seminários sobre a Constituição, afirmou:

«Então, quando eu disse a vocês que é uma carta morta, não, esta não é uma carta morta, é um testemunho, um testemunho de cem mil mortos. Se você quiser ir em peregrinação ao lugar onde nossa Constituição nasceu, vá para as montanhas onde os *partigiani* caíram, nas prisões onde eles foram aprisionados, nos campos onde foram enforcados. Em todo lugar morreu um italiano para resgatar a liberdade e a dignidade, vão até lá, ó jovens, com o pensamento porque lá nasceu a nossa

15 Em 2 de junho de 1946, como a seguir se faz referência, os italianos, já com a implementação do sufrágio universal, foram convocados para votar entre a monarquia e a república, por meio de um referendo.

16 Para mais referência ver acima o que já foi exposto sobre o tema.

17 Recordar-se que a segunda guerra mundial ocorreu entre 1939 e 1945, mas que a Itália somente entrou na guerra no dia 10 de junho de 1940.

18 Ver: Edizione Straordinaria, GAZZETTA UFFICIALE DELLA REPUBBLICA ITALIANA, 20 giugno 1946, n. 134, disponível em: <<http://www.gazzettaufficiale.it/>>.

constituição»¹⁹.

Calamandrei não era somente um jurista, mas também um advogado. Em fevereiro de 1956, Danilo Dolci, conhecido simplesmente como o “Gandhi italiano” ou “Gandhi siciliano”, organizou uma manifestação pacífica em uma pequena cidade perto de Palermo, chamada Trappeto. Essa manifestação se chamou *sciopero alla rovescia* (que poderíamos traduzir como “greve ao revés”). Sua ideia era manifestar pacificamente a causa da falta de trabalho para os sicilianos que costumavam trabalhar nos campos e que assim se manifestaram: organizando, sistematizando e arrumando uma estrada municipal completamente abandonada. No entanto, durante as obras de escavação e decantação, a manifestação foi reprimida pela polícia e Danilo Dolci foi preso²⁰. Pietro Calamandrei assumiu a sua defesa e o processo virou a ser, nessa época, um dos mais seguidos pela opinião pública. Pietro Calamandrei, de acordo com Danilo Dolci, focalizou sua estratégia defensiva baseando-se no artigo 4 da Constituição Italiana que afirma:

«A República reconhece a todos os cidadãos o direito ao trabalho e promove as condições que tornem efetivo esse direito.

Todo cidadão tem o dever de exercer, segundo as próprias possibilidades e a própria opção, uma atividade ou uma função que contribua para o progresso material ou espiritual da sociedade»²¹.

A partir da leitura desse artigo, Calamandrei declarou publicamente na sala do tribunal e durante o processo: «Ajudem-nos, senhores juizes, com a vossa sentença, ajudem os mortos que se sacrificaram e ajudem os vivos a defender esta Constituição, que quer dar a todos os cidadãos do nosso país igual justiça e igual dignidade»²².

Após o fechamento desse breve parêntese, diz-se que a Constituição é compromissória, porque na Assembleia Constituinte participaram várias forças políticas. Sem o propósito de

19 «Quindi, quando vi ho detto che questa è una carta morta, no, non è una carta morta, questo è un testamento, un testamento di centomila morti. Se voi volete andare in pellegrinaggio nel luogo dove è nata la nostra costituzione, andate nelle montagne dove caddero i partigiani, nelle carceri dove furono imprigionati, nei campi dove furono impiccati. Dovunque è morto un italiano per riscattare la libertà e la dignità, andate lì, o giovani, col pensiero perché lì è nata la nostra costituzione». O destaque é nosso. Trecho de fechamento do discurso ocorrido no dia 26 de janeiro de 1955 em Milão na “Società Umanitaria di Milano”. Preferiu-se manter o termo “partigiani”, que remete ao movimento de resistência italiana ao regime fascista, em sua grafia original. Ver: CALAMANDREI, Pietro. *La Costituzione e la gioventù*: discorso pronunciato da Pietro Calamandrei nel gennaio 1955 a Milano, a cura dell’Ufficio stampa e pubbliche relazioni della provincia di Livorno, 1975. Agora também em: CALAMANDREI, Pietro. *Lo Stato siamo noi*. Milano: Chiarelettere editore, 2011, p. 9.

20 Ver: DOLCI, Danilo, *Una rivoluzione nonviolenta*, a cura di Giuseppe Barone. Milano: I libri di Altreconomia, Terre di mezzo editore, 2007; BARONE, Giuseppe. *La forza della nonviolenza*: bibliografia e profilo biografico di Danilo Dolci. Napoli: Libreria Dante & Descartes, 2004; CAPITINI, Aldo. *Rivoluzione aperta*. Che cosa ha fatto Danilo Dolci? Trasformazione del potere, dell’economia della natura. Amore per tutti. Sulla via della liberazione dei popoli. L’occidente e l’oriente asiatico. Leggi di libertà. Firenze: Ed. Parenti, 1956; FIZZOTTI, Germana. *La divina follia*. Danilo Dolci e il borgo di Dio, Palermo: Ed. Tip. Organizzazione Edit. Abc, 1956.

21 O artigo 4 da Constituição italiana afirma: «La Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto. Ogni cittadino ha il dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un’attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società».

22 «Aiutateci, signori giudici, colla vostra sentenza, aiutate i morti che si sono sacrificati e aiutate i vivi a difendere questa Costituzione, che vuole dare a tutti i cittadini del nostro Paese pari giustizia e pari dignità». Ver: “l’arringa tenuta il 30 marzo 1956 davanti al tribunale penale di Palermo”. CALAMANDREI, Pietro. In difesa di Danilo Dolci. Firenze: *Quaderni di Nuova repubblica*, 1956. E também: CALAMANDREI, Pietro. *Significato costituzionale del diritto di sciopero*. Padova: CEDAM, 1952.

elencar os vários partidos políticos, o ponto que nos interessa aqui é destacar que a pluralidade ideológica era transversal não somente entre os partidos, mas também nos partidos e ainda nas escolas do pensamento representadas por cada um²³. Por isso define-se a Constituição italiana como um compromisso histórico²⁴. Por último, fala-se que ela é democrática e programática, uma vez que, como vem indicado no primeiro artigo da Constituição:

«A Itália é uma República democrática, fundada no trabalho.
A soberania pertence ao povo, que a exerce nas formas e nos limites da
Constituição.»

Todos esses dados que foram elencados alhures não são de pouca relevância. No mesmo sentido, como sustentava Maurice Hauriou: «uma instituição deve ser estudada ao mesmo tempo como corpo de regras e como corpo de circunstâncias históricas»²⁵. Essa intuição do filósofo do direito institucionalista francês nos permite compreender melhor o porquê de um dos mais animados debates na Assembleia Constituinte ter se verificado sobre o órgão do Tribunal Constitucional e conseqüentemente sobre o seu papel, função e estrutura, além da sua própria definição. Aponta-se que num primeiro momento desse debate, encontrou-se acordo apenas sobre a definição do Tribunal Constitucional como um órgão colegiado com uma clara posição de garantia. Por isso, o Tribunal Constitucional, entre várias e diferentes vicissitudes, começou a funcionar apenas no ano de 1956, isto é, somente oito anos depois da entrada em vigor da Constituição.

Uma das razões para tanto, como afirma Peter Häberle, é a circunstância de que o processo constitucional é um paradigma emblemático da ideia mais geral da Constituição, não apenas como ato do poder constituinte, mas também como um processo público, ou seja, como um equilíbrio de forças que se desenrola ao longo do tempo²⁶. Nesse quadro, parece impossível tratar do controle de constitucionalidade italiano, sem fazer referência à longa vicissitude que envolve o Tribunal Constitucional, bem como a sua estrita relação com o nascimento da Constituição.

3. Apontamentos sobre o Estado constitucional e o controle de constitucionalidade na Itália

A justiça constitucional relaciona-se a uma forma mais evoluída do Estado de direito, que

23 Ver: RODOTÀ, Carla. *Storia della Corte*. Roma: Laterza, 1999; BINDI, Elena. *La garanzia della costituzione*. Chi custodisce i custode? Torino: Giappichelli, 2010.

24 Pensa-se, por exemplo, que a Constituição italiana estabelece que o Estado é laico, mas, nos seus artigos 7 e 8, disciplina os chamados *Patti Lateranensi*, ou seja, os acordos entre o Estado e a Igreja Católica. Os *Patti Lateranensi* foram feitos entre Mussolini e a Santa Sé (*Santa Sede*) para resolver a chamada “*questione romana*”. O “Concordato” (*nome em italiano que se dá a esse tipo de tratado bilateral*) foi revisado em 1984. Sobre o tema ver: FERLITO, Sergio. *Diritto soggettivo e libertà religiosa: riflessioni per uno studio storico e concettuale*. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane, 2003; FERLITO, Sergio. *L'Attività internazionale della Santa Sede*. Milano: Giuffrè, 1988; FERLITO, Sergio. *Il concordato nel diritto interno*. Napoli: Jovene, 1997.

25 A citação é retomada por BONINI, Francesco. Problemi di una storia costituzionale, in *Rivista di storia contemporanea*, 1987, 2, pp. 266-290.

26 No dia 1º de janeiro de 2018, a Constituição italiana completou setenta anos de idade. Ela foi aprovada pela Assembleia Constituinte em 22 de dezembro de 1947 e promulgada pelo presidente provisório do Estado (*Presidente provvisorio della Repubblica*), Enrico De Nicola, em 27 de dezembro. E foi publicada na “*Gazzetta Ufficiale*” n. 298, edição extraordinária, do mesmo dia, com entrada em vigor para o dia 1º de janeiro de 1948. Ver também: HÄBERLE, Peter. *Verfassung als öffentlicher Prozeß*. Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft. Berlin: Duncker & Humblot, 1998.

se apresenta como Estado constitucional²⁷. Considerando que o conceito de Estado de direito é intrinsecamente elástico, é possível apresentar o Estado constitucional como uma versão específica do Estado de direito²⁸. Nesse contexto, o Tribunal Constitucional é acionado para desempenhar um papel, necessário e fundamental de limitação constitucional para viabilizar a democracia da maioria pura²⁹. Por isso, os conceitos de Estado constitucional e de justiça constitucional estão intimamente conectados e são considerados como fenômenos essencialmente contemporâneos.

Na Itália, o problema da justiça constitucional foi seriamente discutido na Assembleia Constituinte³⁰. Sobre esse tema, mencionado apenas de forma geral na epígrafe anterior, é importante declinar algumas especificações. Durante os trabalhos da Assembleia Constituinte, foram apresentadas várias teses sobre a função e a natureza do Tribunal Constitucional, mas elas se preocupavam mais com a possibilidade de um confronto, decorrente da existência do Tribunal Constitucional, entre esse órgão e a ideia de supremacia parlamentar e o princípio da legitimidade popular. Por exemplo, Palmiro Togliatti, expoente político e dirigente do Partido Comunista da Itália, expressou abertamente seu temor de que a presença de um Tribunal Constitucional poderia afetar irremediavelmente a manifestação da vontade parlamentar, que baseava seu poder na legitimidade popular, tanto que definiu a Corte como “uma verdadeira e própria bizarrice”³¹. Da mesma opinião eram os expoentes liberais, embora por razões completamente diferentes, que preferiam confiar o controle constitucional ao Tribunal de Cassação (*Corte di Cassazione*), considerado o verdadeiro monumento da sabedoria jurídica. Por sua vez, a Democracia Cristã (*Democrazia Cristiana*), expressou-se em favor da existência do Tribunal Constitucional italiano dentro da nova estrutura. Os modelos de referência para a criação do órgão foram a Suprema Corte dos Estados Unidos (*U.S. Supreme Court*) e o Tribunal Constitucional Austríaco (*Verfassungsgerichtshof Österreich*), que refletiam, respectivamente, uma opção por um modelo de controle difuso e por um modelo de controle concentrado de constitucionalidade.

Nesse quadro, na Assembleia Constituinte italiana, alguns olhavam com simpatia para o modelo difuso e outros para o modelo concentrado, assim como não faltava quem propusesse um modelo “misto”, que reunisse os principais elementos de um e de outro. As posições divergentes, todavia, não se limitaram apenas a esta questão e se tornaram ainda mais expressivas quando foi necessário identificar com mais detalhes o papel e as modalidades para a introdução do julgamento constitucional.

A Constituição italiana dispõe sobre o Tribunal Constitucional em sua Seção I, intitulada

27 ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*. Torino: Einaudi, 1992, p. 21. Também ver: AA. Vv., *Ruolo delle Corti Costituzionali nelle odierne democrazie*. Roma: Palazzo della Consulta, 2003; SILVESTRI, Gaetano, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*. Torino: Giappichelli, 1997, p. 25; RUGGERI, Antonio; SPADARO, Antonino. *Lineamenti di giustizia costituzionale*. Torino: Giappichelli, 8.

28 ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite. Legge diritti giustizia...* cit., p. 20.

29 ZAGREBELSKY, Gustavo. *La giustizia costituzionale*, Bologna: Il Mulino, 1988, p. 97.

30 Ver: ESPOSITO, Carlo. *La validità delle leggi*. Studio sui limiti della potestà legislativa. I vizi degli atti legislativi e il controllo giurisdizionale, (1934, rist. inalt.). Milano: Giuffrè, 1964; RIGANO, Francesco. *Costituzione e potere giudiziario*. Padova: CEDAM, 1982; BIGNAMI, Mario. *Costituzione flessibile, Costituzione rigida e controllo di costituzionalità in Italia (1848 – 1956)*. Milano: Giuffrè, 1997.

31 As citações do debate na Assembleia Constituinte podem ser lidas em *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, editado pelo Secretário-Geral da Câmara dos Deputados, Roma, 1970; em particular, ver TOGLIATTI, Palmiro. *Seduta pom. dell'11 marzo 1947*, Vol. I, p. 330 ss.

“A Corte constitucional” (*La Corte costituzionale*), de seu Título VI, “Garantias constitucionais” (*Garanzie costituzionali*)³², afirmando que a função desse órgão é de controlar a legitimidade constitucional das leis e dos atos que possuem força de lei do Estado e das Regiões; resolver os conflitos de atribuição dentre os poderes do Estado, entre o Estado e as Regiões e entre as Regiões; julgar procedimentos de acusação promovidos contra o Presidente da República e julgar a admissibilidade de *referendum* “*abrogativo*”³³. Em seu artigo 135, a Constituição estabelece que a composição do Tribunal Constitucional deve ser de quinze juízes constitucionais: cinco nomeados pelo Presidente da República; cinco pelo Parlamento em sessão comum e cinco pela magistratura (três pela *Corte di Cassazione*, um pelo *Consiglio di Stato* e um pela *Corti dei Conti*), escolhidos entre os magistrados da jurisdição superior, ordinária e administrativa, entre os professores de universidade que lecionam matérias jurídicas e entre os advogados com mais de vinte anos de exercício da profissão. Os juízes da Corte permanecem no cargo por um mandato de nove anos e não podem ser nomeados novamente³⁴. Esta vedação parece que teve o intento de evitar qualquer forma de instrumentalização ou politização dos membros do Tribunal Constitucional, dadas as delicadas funções que exercem, bem como viabilizar o desempenho de seu papel como “guardiões da Constituição”, termo que remonta às disposições weimarianas³⁵. Assim, pode-se afirmar que a Constituição criou “uma composição equilibrada do órgão de equilíbrio do sistema”³⁶. Também afirma-se que, a respeito do modelo de nomeação dos integrantes da Corte, a Constituição italiana adotou um posicionamento intermediário, entre o sistema alemão, no qual os membros do Tribunal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*) são totalmente eleitos pelo Parlamento, e o sistema americano, no qual todos os membros da Suprema Corte são nomeados pelo Presidente. Por último, destaca-se que o artigo 137 da Constituição italiana prevê que uma lei constitucional (*legge costituzionale*) teria que dispor sobre o procedimento para propositura de controvérsia relativa à legitimidade constitucional, bem como que uma lei ordinária (*legge ordinaria*) estabeleceria as normas de funcionamento do Tribunal Constitucional.

Recorda-se que a Constituição da República Italiana entrou em vigor no dia 1º de janeiro de 1948, nada obstante, o Tribunal Constitucional italiano passou a funcionar apenas em 1955, sendo que a primeira reunião da Corte foi realizada somente um ano depois, em 23 de janeiro de 1956³⁷.

32 Lembra-se que as fontes principais, além da Constituição, que disciplinam o Tribunal Constitucional italiano são: «Legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1; Legge costituzionale 11 marzo 1953, n. 1; Legge costituzionale 22 novembre 1967, n. 2; Legge 11 marzo 1953, n. 87; Modifiche agli artt. 31, 32 e 35 della legge n.87 introdotte dall’art. 9 della legge 5 giugno 2003 n. 131; Legge 25 gennaio 1962, n. 20; Legge 25 maggio 1970, n. 352; Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale 7 ottobre 2008 (Gazzetta Ufficiale 7 novembre 2008, n. 261); Regolamento Generale della Corte costituzionale 20 gennaio 1966 (aggiornato alla deliberazione del 14 luglio 2009 pubblicato in G.U. il 29/7/2009)». Ver: <<https://www.cortecostituzionale.it/jsp/consulta/istituzioni/fonti.do>>.

33 O artigo 75 da Constituição italiana estabelece os requisitos para a requisição dessa modalidade de referendo popular, afirmando que: «Il referendum popolare può essere chiesto da 500.000 elettori o 5 Consigli regionali per sottoporre all’abrogazione parziale o totale di una legge o di un atto avente valore di legge».

34 Originalmente a Constituição falava num mandato de doze anos, que posteriormente foi alterado. Ver: “Legge Costituzionale 22 novembre 1967 n. 2, rubricata: *Modificazione dell’art. 135 della Costituzione e disposizioni sulla Corte costituzionale*”.

35 Ver MORTATI, Costantino. *La costituzione di Weimar*. Firenze: Sansoni, 1946. Também ver RODOTÀ, Stefano. *Alle origini della costituzione*. Bologna: Il Mulino, 1998.

36 RUGGERI, Antonio; SPADARO. *Lineamenti di giustizia costituzionale...* cit. p. 39.

37 Nessa data o Tribunal Constitucional reuniu-se formalmente e realizou sua primeira reunião. Elegeu entres o seus membros o presidente, Enrico De Nicola. Evidencia-se que o papel desempenhado pelo presidente da Corte

Durante esses oito anos de silêncio, o controle das leis foi confiado aos juízes comuns, segundo o previsto na disposição transitória VII da Constituição³⁸.

Pois bem, paralelamente à apresentação desses dados descritivos, interessa reconduzir a discussão à pergunta por qual modelo de controle de constitucionalidade que, a princípio, seria melhor adotar? O modelo difuso de matriz estadunidense ou o modelo concentrado de matriz austríaca? A Constituição italiana não optou nem por um nem por outro. O modelo adotado foi o denominado “misto” ou também ambíguo³⁹, que é caracterizado por elementos típicos do modelo de controle concentrado, como a confiança do controle de constitucionalidade a um órgão específico, e por elementos do modelo difuso, como a possibilidade de que todos os juízes possam acionar uma controvérsia por meio do levantamento de uma questão de legitimidade constitucional. Em certa medida, trata-se de um verdadeiro ponto de equilíbrio do sistema jurídico que por seu caráter misto, consegue coexistir e reconciliar duas necessidades ambivalentes: a alta qualidade técnico-jurídica e uma efetiva sensibilidade política⁴⁰. Nesse contexto, Enzo Cheli afirma que o nascimento do Tribunal Constitucional italiano seria «como uma junção elástica entre a esfera jurisdicional e a esfera política, uma espécie de alma dupla que constitui uma das características peculiares do modelo italiano, bem como um elemento de força e não de fraqueza»⁴¹.

Cuida-se, portanto, de um órgão com duas faces, uma virada para a esfera jurisdicional e outra para a esfera política. Isso, porém, não significa que ele possa produzir novas disposições legislativas, mas apenas que ele pode julgar o *produto* da política e eventualmente anulá-lo, desde que inconstitucional⁴². Com essa configuração, é importante destacar que a Constituição não nega a liberdade de expressão e de pensamento dos membros dessa Corte, mas isso não significa que não seja desejável que seus membros mantenham um distanciamento dos fatos políticos contingentes. Ademais, para garantir o prestígio do juiz constitucional, os membros do Tribunal Constitucional italiano não são eleitos e tampouco possuem poderes de “externalização”⁴³.

Parece claro que existe uma vontade de zelar pelo equilíbrio entre o substrato político do Tribunal Constitucional e o substrato jurisdicional da justiça constitucional. Pode-se dizer que esse foi o empenho da Constituição italiana e das leis de aplicação subsequentes, com o escopo de combinar essas duas “esferas” de forma correta, de modo que uma não prevaleça sobre a outra⁴⁴.

é extremamente delicado. Ele representa, convoca e preside as sessões, estabelece os calendários das audiências, e também nomeia, nos julgamentos de legitimidade constitucional, um juiz relator do caso. É evidente que essa escolha é extremamente importante e a orientação ideológica e cultural do relator pode influenciar a decisão do próprio Tribunal.

38 A VII disposição transitória da Constituição afirma que «*Fino a quando non sia emanata la nuova legge sull'ordinamento giudiziario in conformità con la Costituzione, continuano ad osservarsi le norme sull'ordinamento vigente. Fino a quando non entri in funzione la Corte Costituzionale, la decisione delle controversie indicate nell'articolo 134 ha luogo nelle forme e nei limiti delle norme preesistenti all'entrata in vigore della Costituzione*».

39 LANCHESTER, Fulco. *Il tetto o lo snodo: la Corte costituzionale italiana tra diritto e politica* (relazione al forum di Villa Vigoni, 15-18 giugno 2009), p. 4.

40 RUGGERI, Antonio; SPADARO, Antonino. *Lineamenti di giustizia costituzionale...* cit. pp. 39-40.

41 CHELI, Enzo. *Il giudice delle leggi. La Corte Costituzionale nella dinamica dei poteri*. Bologna: Il Mulino, 1999.

42 Ver o artigo 28, *ex lege* 11 março 1953, n. 87, “Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale”, publicada in G. U. 14 março 1953, n. 62, que afirma: «*Il controllo di legittimità della Corte costituzionale su una legge o un atto avente forza di legge esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento*».

43 RUGGERI, Antonio; SPADARO, Antonino. *Lineamenti di giustizia costituzionale...* cit. p. 46.

44 PISANESCHI, Andrea. *Introduzione*, in BINDI, Elena. *La garanzia della costituzione. Chi custodisce i custodi?* Torino: Giappichelli, 2010, p. XVII.

Pensa-se, por exemplo, que nas decisões dos juízes das instâncias ordinárias geralmente o escopo é o da jurisdição da lei subjetiva, mentres que no Tribunal Constitucional prevalece, em geral, o interesse na questão constitucional e na sua conformidade com o sistema jurídico.

Conforme o quadro até agora pintado, verifica-se que o modelo misto de controle de constitucionalidade italiano parece incapaz de desconsiderar a natureza política da questão de constitucionalidade vinculada à resolução de uma disputa, sem fingir ignorar os efeitos institucionais do pronunciamento da inconstitucionalidade. Assim, o esforço de autocontenção (*self-restraint*) do Tribunal Constitucional vem sempre, ou quase sempre, apresentado por meio de uma argumentação⁴⁵. A expressão das razões pelas quais é optada uma determinada solução parece muito mais indispensável pelo fato de que o Tribunal Constitucional é o órgão de fechamento e também de cúpula do ordenamento.

Na Itália, o Tribunal Constitucional é considerado um órgão colegiado com um aspecto externo monolítico. Disso decorre o princípio da colegialidade das decisões e também a proibição da opinião dissidente. A justificação de uma decisão da Corte é apresentada aos membros do colegiado pelo juiz redator (*redattore*), que pode ou não coincidir com o juiz relator (*relatore*). Após os debates e eventuais modificações aprovadas, em uma câmara subsequente do conselho, é publicada a decisão do Tribunal Constitucional, sem qualquer menção aos números da votação⁴⁶.

Também é importante registrar que o Tribunal Constitucional italiano, desde o início da sua atividade, procura dar um amplo espaço à divulgação de sua prática jurisprudencial. É que na qualidade de órgão novo, enquanto buscava apoio dogmático em categorias elaboradas em sistemas processuais, antigos e consolidados, também queria consolidar e elaborar significados para atribuir a seus próprios princípios e categorias jurídicas, mas para isso precisou conhecer-se através da sua própria jurisprudência. Esse poder discricionário ainda permite afirmar que sua natureza como um órgão constitucional encontra-se no meio do caminho entre a política e a jurisdição e precisamente por isso proporciona a autolegitimação da Corte como um órgão constitucional frente aos demais órgãos dessa envergadura⁴⁷. Por isso, foi afirmado que «os primeiros juízes constitucionais estavam, portanto, no Tribunal como os antepassados de si mesmos»⁴⁸, sublinhando, desse modo, a responsabilidade de fundar o estilo e a tradição do novo órgão⁴⁹.

45 BARILE, Paolo. Il crollo di un antico feticcio (interna corporis) in una storica, (ma non soddisfacente) sentenza, in *Giur. cost.*, 1959, p. 237 ss. Também ver: PISANESCHI, Andrea. *Introduzione...* cit., p. XIX.

46 Ver por exemplo: relação anual do presidente do Tribunal Constitucional sobre a justiça constitucional de 2013. Também ver: *Corte Cost. 26 marzo – 10 aprile 2003*, n. 116; *Corte Cost. 23 ottobre 2006*, n. 393; *Corte Cost. 7 marzo 2011*, n. 88.

47 BINDI, Elena. *La garanzia della costituzione...* cit., p. 25; Também: MALFATTI, Elena; PANIZZA, Saule; ROMBOLI, Roberto. *Giustizia costituzionale*. Torino: Giappichelli, 2016.

48 BINDI, Elena. *La garanzia della costituzione...* cit., p. 25. A autora reporta uma afirmação atribuída à M. Bracci. 49 Para as técnicas decisórias ver, por exemplo: *Corte Cost. 14-22 ottobre 1996*, n. 356; *Corte Cost. 21 febbraio – 9 marzo 1992*, n. 88; *Corte Cost. 17 – 26 giugno 1991*, n. 295; *Corte Cost. 15 -28 aprile 1992*, 125; *Corte Cost. 1 - 8 giugno 1992*, n. 256; *Corte Cost. 18-27 dicembre 1991*, n. 497; *Corte Cost. 18-26 marzo 1991*, n. 124; *Corte Cost. 9-16 febbraio 1989*, n. 50; *Corte Cost. 5-13 luglio 1989*, n. 398; *Corte Cost. 21 aprile – 5 maggio 1988*, n. 501. Ver também: BARILE, Paolo; CHELI, Enzo; GRASSI, Stefano (eds.). *Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*. Bologna: Il Mulino, 1982; MALFATTI, Elena; PANIZZA, Saule; ROMBOLI, Roberto. *Giustizia costituzionale*. Torino: Giappichelli, 2016.

4. Interpretação constitucional ou interpretações constitucionais?

O enfoque do presente tópico são apenas algumas das mais interessantes reflexões sobre a interpretação constitucional, que podem, em alguma medida, esclarecer como se desenvolve a relação entre a Constituição italiana e a justiça constitucional ao longo do tempo. Não se acredita que seja necessário executar, na presente ocasião, uma exegese detalhada e minuciosa acerca do tema, que seria muito pouco útil e também repetitiva, sobretudo considerando a vasta bibliografia que já se debruçou sobre ele⁵⁰.

No que se refere à própria atividade de interpretação, registra-se, de início, uma tensão relacionada à tese da especificidade da interpretação constitucional, que logo a seguir será comentada em alguns de seus desdobramentos. Em torno desse tema costuma-se formular duas posturas. A primeira delas se identifica com a grande maioria da doutrina que sustenta a tese da especificidade, ou seja, que entende que existe uma diferença entre a interpretação da lei e das outras fontes do direito, de um lado, e a interpretação da Constituição, de outro. Esta tese pode ser compreendida a partir de duas teorias: uma descritiva e outra prescritiva⁵¹. A tese da especificidade da interpretação constitucional entendida de modo *descritivo* se constitui substancialmente por três considerações: (i) que os intérpretes da Constituição são diferentes; (ii) que as Constituições apresentam problemas interpretativos particulares; (iii) que as Constituições são normalmente interpretadas por métodos (interpretativos) hermenêuticos autônomos. Já a tese da especificidade da interpretação constitucional entendida de modo *prescritivo* defende, basicamente, a consideração que: os métodos e as técnicas de interpretação constitucional devem ser diferentes dos demais, especialmente deve ser diverso do método literal. Ainda assim, os que argumentam essa posição prescritiva justificam a peculiaridade do texto constitucional: ou bem (a) por seu conteúdo (pela referência mais frequente aos princípios e aos valores) e por sua formulação (pela alta indeterminação de seu conteúdo, por exemplo, com suas disposições de princípio ou disposições programáticas); ou bem (b) por seu objeto (já que as normas constitucionais regulam as “relações políticas”, entre os cidadãos e o Estado e entre os órgãos do Estado); ou ainda (c) pelo fato de que os textos constitucionais são feitos para “durar muito tempo”, ou seja, porque devem ter uma organização estável, e por isso devem ser interpretados de maneira que possam se adaptar às transformações da sociedade⁵².

Nesse ponto, sublinha-se que um intérprete da Constituição, em realidade, pode ser qualquer pessoa, por exemplo, o jurista, o advogado, o juiz, um simples cidadão. Por exemplo, Peter Häberle, defensor da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, afirma que todos os indivíduos que vivem no contexto de uma norma constitucional são, direta ou indiretamente, intérpretes dessa norma. Assim, o destinatário da norma é um participante muito mais ativo do que

50 Dentre a imensa literatura sobre o tema, a título exemplificativo, ver: NAVARRO, Pablo E; BOUZAT, Andres; ESANDI, Luis María (eds.). *Interpretación Constitucional*. Bahía Blanca (Argentina): Universidad Nacional del Sur, 1999.

51 Ver: GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare...* cit. p. 344. O autor especifica que a presente distinção, embora simples, é de grande importância, porque na literatura sobre a interpretação quase ninguém traça uma distinção entre questões de fato, empíricas e questões normativas ou de valor.

52 Ver: GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare...* cit., pp. 345 e ss.

normalmente se supõe dentro da hermenêutica⁵³.

Todavia, cumpre diferenciar aqui o *intérprete autêntico* da Constituição, nos termos da teoria de Kelsen⁵⁴, ou seja, no sentido de que somente o órgão que estabelece “qual é o direito” (órgãos que aplicam a lei) pode ser chamado de intérprete autêntico. Obviamente os órgãos competentes pela aplicação da lei em sua última instância, ocupam uma posição especial no ordenamento, eis que suas decisões interpretativas geralmente não podem ser contraditadas ou revogadas por qualquer pessoa. Tal afirmação, no entanto, deve ser lida em conjunto com as considerações que em geral também se procurou evidenciar aqui, quais sejam, de que por um lado algumas Constituições tratam apenas da forma do Estado e, de outro, algumas abordam questões mais substanciais como declarações de direitos e outras questões. Essas últimas, como já mencionado anteriormente, podem ser classificadas em Constituições rígidas ou flexíveis, de acordo com o tipo de controle de constitucionalidade adotado. É possível que determinada Constituição (ainda que flexível) não preveja o controle de constitucionalidade. Também é possível que outra Constituição (ainda que rígida), preveja o controle de constitucionalidade. Este último é o caso de quase todas as constituições contemporâneas⁵⁵. Tradicionalmente o controle de constitucionalidade se diferencia entre o controle difuso, em que qualquer juiz pode fazê-lo, e o controle concentrado, em que somente um órgão constitucional pode. Além disso, temos exemplos de Constituições que preveem o controle de constitucionalidade “misto”, como, por exemplo, é o caso da Itália e mesmo do Brasil, cada um certamente com suas diferenças e peculiaridades. Os dados sobre a existência ou não e também do modelo de controle de constitucionalidade (assim como, saber se este controle se limita à controvérsia constitucional ou se ele pode adentrar ao mérito da questão), são obviamente importantes para serem levados em consideração na interpretação, em geral, dos textos normativos.

Por fim, destaca-se que existe uma posição, no âmbito da interpretação constitucional, que adota uma postura cética em relação à possibilidade de haver uma pluralidade de interpretações constitucionais. Por exemplo, Riccardo Guastini distingue duas formas de manifestação do ceticismo: um no sentido forte e outro no sentido débil (ao qual esse autor se filia). O ceticismo no sentido forte sustenta que qualquer texto normativo, antes de ser interpretado, não possui *nenhum* significado. Desse modo, «os interpretes – especialmente os juízes de última instância – são totalmente livres para atribuir a cada texto normativo, literalmente, *qualquer* significado»⁵⁶. Em contrapartida, o ceticismo no sentido débil, apresenta dentro de si diversos postulados. Aqui é importante destacar o postulado de que os textos normativos não possuem um significado unívoco, isto é, seu significado é atribuído discricionariamente pelo intérprete⁵⁷. Também a partir

53 HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional - a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997, p. 15.

54 Kelsen traçou uma distinção entre dois tipos de interpretação. De um lado a interpretação da lei feita pelo órgão de aplicação e a interpretação da lei feita pelo indivíduo particular e pela doutrina (*science of law*). No sentido da teoria kelseniana somente a interpretação realizada pelos órgãos de aplicação da lei são autênticas. Ver: KELSEN, Hans. *Pure Theory of Law*. 1st pub. 1967 (Berkeley: University of California Press). New Jersey: The Lawbook Exchange Ltd., 2005. pp. 348 e ss. esp. pp. 353-355.

55 Ver: GUASTINI, Riccardo. *Le fonti del diritto e l'interpretazione...* cit. *passim*.

56 GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare...* cit., p. 414.

disso, Guastini deduz que, fundamentalmente, todo texto normativo admite uma pluralidade de interpretações plausíveis, pelo menos em abstrato, ainda que alternativas entre si,⁵⁸ mais uma vez, porém, recorda-se que essa eleição dos significados do texto normativo é uma atividade simplesmente discricionária.

Aqui não será possível entrar no mérito das críticas de Guastini à teoria por ele apresentada como “cognitivista” (também chamada de “formalista”), que considera que a interpretação é um ato de conhecimento ou de descobrimento do “significado objetivo pré-constituído” de um texto qualquer. No entanto, cumpre registrar que, para Guastini, os postulados dessa teoria conduzem à conclusões contraintuitivas e desinteressantes⁵⁹. Enfim isso explicaria, em alguma medida, porque alguns estudiosos sustentam uma tese contrária ao do poder de revisão dos juízes (*judicial review*), relativo ao mérito das questões constitucionais levadas ao conhecimento do Tribunal Constitucional, especialmente no que se refere aos atos praticados pelos órgãos legislativos⁶⁰. Em sentido similar, é a postura de Friedrich Müller quando se refere sobre o tema no contexto brasileiro, precisamente sobre as funções do Supremo Tribunal Federal. O autor afirma que: «O Supremo Tribunal Federal [...] deveria ser transformado em um tribunal exclusivamente constitucional, abandonando o modelo ultrapassado pouco democrático e oligárquico dos EUA»⁶¹. Ainda de acordo com Müller, a elevada carga de trabalho da Corte Suprema é um dos empecilhos à proteção dos valores constitucionais, razão pela qual ele afirma que esta Corte deveria deixar de exercer a competência de instância de revisão do mérito das questões levadas a seu conhecimento, passando a funcionar como um tribunal *exclusivamente constitucional*. O funcionamento do Supremo Tribunal Federal como Tribunal Constitucional (em sede de controle concentrado, com a análise da legitimidade constitucional de controversas levadas ao seu conhecimento por meio dos instrumentos específicos correspondentes) e como Corte recursal (em sede de controle difuso, com o exame de recursos extraordinários) permite chegar a essa conclusão⁶².

5. Conclusão

Antes de concluir, destaca-se que em termos de controle de constitucionalidade, a realidade não parece ser simples como descrita em um nível puramente teórico, pois o Tribunal Constitucional deve considerar tanto os elementos normativos e positivos quanto os elementos factuais para proferir sua decisão. À vista disso, de maneira simples, se poderiam formular algumas conclusões. Parece importante sublinhar que a linha entre legitimidade e o mérito (no contexto italiano destacada através o princípio de razoabilidade), nem sempre é bem demarcada ou clara, requerendo-se o

57 *Ivi*, p. 412. Ver também: COMANDUCCI, Paolo; GUASTINI, Riccardo (eds). *Analisi e diritto 2004*. Ricerche di giurisprudenza analitica. Torino: Giappichelli, 2005.

58 Ver: GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare...* cit., p. 413.

59 *Ivi*, p. 409 e pp. 420 e ss. Em que o autor esclarece quais são as razões de base de sua afirmação.

60 Nesse sentido, ver: WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review, in *The Yale Law Journal*, 2006, 115, 6, pp. 1346-1406.

61 MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do Direito. Introdução à teoria e metódica estruturantes*. São Paulo: Editora Revista Dos Tribunais, 2013, p. 246. (O texto incorpora no final duas entrevistas com Friedrich Müller).

62 Dentre outros, ver: BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2016; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014; BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

self-restraint do Tribunal para evitar interferências indevidas ou a invasão no mérito da questão constitucional controvertida⁶³. Cumpre recordar que o Tribunal Constitucional italiano pode decidir somente sobre a legitimidade da questão *constitucional*, não sendo competente para decidir sobre o mérito da questão levada à sua atenção e conhecimento.

Isso, inevitavelmente, envolve enormes riscos, dentre os quais, por exemplo, o de não realizar um julgamento sobre a legitimidade constitucional de uma controvérsia, mas de se efetuar um controle real sobre o mérito das escolhas do legislador. Esse ponto parece representar o aspecto mais delicado e também mais controvertido das decisões, uma vez que diz respeito às relações entre a intervenção da Corte e o respeito pela esfera de discricção, própria das escolhas políticas que estão reservadas ao legislador. Destaca-se, ainda, que é precisamente por meio do controle de constitucionalidade das leis, como instrumento para avaliar as escolhas legislativas, que o Tribunal Constitucional, na condição de Guardiã da Constituição, adquire um peso e um papel decisivo na condução da vida pública. Sem dúvida, o Tribunal Constitucional é um órgão de garantia que “julga por trás da política” e que, assim, tem a possibilidade de intervir, seja depois que uma lei foi aprovada pelo Parlamento, seja antes, quando ainda não foi formada uma orientação interpretativa consolidada. Isso reforça seu papel de guardião dos direitos fundamentais, tornando-se parte da formação do direito vivo ainda *in fieri*⁶⁴.

Em conclusão e acima dos debates procedimentais, são pertinentes, para a jurisdição constitucional, tanto na Itália como no Brasil, questionamentos sobre a necessidade de autocontenção da Corte para preservação da divisão de poderes, sobre o tensionamento existente entre a democracia e o constitucionalismo, sobre o papel dos princípios (em especial da dignidade da pessoa humana e da igualdade) e, como consequência de tudo isso, sobre o papel contramajoritário dos Tribunais Constitucionais dos dois países. Essas questões extravasam os limites desta pesquisa, mas podem vir a ser interessantes pontos para o diálogo. O tema da justiça constitucional desde sempre é objeto de atenção, não apenas por parte dos constitucionalistas, mas também por parte dos teóricos do direito. A função de toda Constituição é a organização, a distribuição e limitação do poder político, com o fim de proteger a liberdade dos cidadãos, ao mesmo tempo que a função de toda Constituição é a organização da sociedade civil e a modelação das relações sociais.

REFERÊNCIAS

AA. Vv., *Ruolo delle Corti Costituzionali nelle odierne democrazie*. Roma: Palazzo della Consulta, 2003.

BARILE, Paolo. *La costituzione come norma giuridica: profilo sistematico*. Firenze: Barbera,

63 Ver STAMILE, Natalina. La Ragionevolezza e la giustizia costituzionale in *Sociologia, Rivista quadrimestrale di Scienze Storiche e Sociali*, n. 2/2015, pp. 70-82; STAMILE, Natalina. La ragionevolezza nella giustizia costituzionale italiana. Un riflesso della ragionevolezza nel diritto, in *Revista Jurídica* (Revista do Unicuritiba), vol. 2, n. 35, 2014, pp. 39-56; STAMILE, Natalina. Razonabilidad (Principio de) – Reasonableness (The Principle of), *Voces de Cultura de la legalidad in Eunomia, Revista en Cultura de la Legalidad*, Nº 8 (March 2015 – August 2015), pp. 222 -228.

64 BINDI, Elena. *La garanzia della costituzione...* cit. p. 91.

1951.

BARILE, Paolo. Il crollo di un antico feticcio (interna corporis) in una storica, (ma non soddisfacente) sentenza, in *Giur. Cost.*, 1959.

BARILE, Paolo; CHELI, Enzo; GRASSI, Stefano (eds.). *Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*. Bologna: Il Mulino, 1982.

BARONE, Giuseppe. *La forza della nonviolenza: bibliografia e profilo biografico di Danilo Dolci*. Napoli: Libreria Dante & Descartes, 2004.

BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2016.

BIGNAMI, Mario. *Costituzione flessibile, Costituzione rigida e controllo di costituzionalità in Italia (1848 – 1956)*. Milano: Giuffrè, 1997.

BINDI, Elena. *La garanzia della costituzione. Chi custodisce i custode?* Torino: Giappichelli, 2010.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BONINI, Francesco. Problemi di una storia costituzionale, in *Rivista di storia contemporanea*, 1987, 2, pp. 266-290.

BRYCE, James. *Studies in History and Jurisprudence*. Oxford: Clarendon Press, vol. I, 1901.

CALAMANDREI, Pietro. *Significato costituzionale del diritto di sciopero*. Padova: CEDAM, 1952.

CALAMANDREI, Pietro. *In difesa di Danilo Dolci*, Firenze: Quaderni di Nuova repubblica, 1956.

CALAMANDREI, Pietro. *La Costituzione e la gioventù: discorso pronunciato da Pietro Calamandrei nel gennaio 1955 a Milano*. A cura dell'Ufficio stampa e pubbliche relazioni della provincia di Livorno, 1975.

CALAMANDREI, Pietro. *Lo Stato siamo noi*. Milano: Chiarelettere editore, 2011.

CAPITINI, Aldo. *Rivoluzione aperta. Che cosa ha fatto Danilo Dolci? Trasformazione del potere, dell'economia della natura. Amore per tutti. Sulla via della liberazione dei popoli. L'occidente e l'oriente asiatico. Leggi di libertà*. Firenze: Ed. Parenti, 1956.

CERRI, Augusto, Revisione costituzionale, in *Enc. giur. Treccani*, XXVII, Roma, 2000.

CHELI, Enzo. *Il giudice delle leggi. La Corte Costituzionale nella dinamica dei poteri*. Bologna: Il Mulino, 1999.

COLOMBO, Paolo. *Storia costituzionale della monarchia italiana*. Roma-Bari: Laterza, 2011.

COMANDUCCI, Paolo. Ordine o norma? Su alcuni concetti di costituzione nel settecento, in *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, (I) Saggi storici. Milano: Giuffrè, 1990.

COMANDUCCI, Paolo; GUASTINI, Riccardo (eds). *Analisi e diritto 2004*. Ricerche di

giurisprudenza analitica. Torino: Giappichelli, 2005.

CRISAFULLI, Vezio. *Lezioni di diritto costituzionale*, I, Introduzione di diritto costituzionale italiano. Padova: CEDAM, 2. ed., 2000.

CROSA, Emilio. *La monarchia nel diritto pubblico italiano*. Torino: Bocca, 1922.

DICEY, Albert Venn. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. London: MacMillan, 1924.

DOLCI, Danilo, *Una rivoluzione nonviolenta*, a cura di Giuseppe Barone. Milano: I libri di Altreconomia, Terre di mezzo editore, 2007.

ESPOSITO, Carlo. *La costituzione italiana*. Saggi, Padova: CEDAM, 1954.

ESPOSITO, Carlo. *La validità delle leggi*. Studio sui limiti della potestà legislativa. I vizi degli atti legislativi e il controllo giurisdizionale (1934, rist. Inalt.). Milano: Giuffrè, 1964.

FERLITO, Sergio. *L'Attività internazionale della Santa Sede*. Milano: Giuffrè, 1988.

FERLITO, Sergio. *Il concordato nel diritto interno*. Napoli: Jovene, 1997.

FERLITO, Sergio. *Diritto soggettivo e libertà religiosa: riflessioni per uno studio storico e concettuale*. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane, 2003.

FIZZOTTI, Germana. *La divina follia*. Danilo Dolci e il borgo di Dio. Palermo: Ed. Tip. Organizzazione Edit. Abc, 1956.

FLORIDI, Giuseppe, *La costituzione dei moderni*. Profili teorici di storia costituzionale. (I) Dal medioevo inglese al 1791. Torino: Giappichelli, 1991.

GUASTINI, Riccardo. *Le fonti del diritto e l'interpretazione*. Milano: Giuffrè, 1993.

GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011

GUASTINI, Riccardo. *La sintassi del diritto*. Torino: Giappichelli, 2014.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional - a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

HÄBERLE, Peter. *Verfassung als öffentlicher Prozeß*. Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft. Berlin: Duncker & Humblot, 1998.

KELSEN, Hans. *La giustizia costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1981.

KELSEN, Hans. *Pure Theory of Law*. 1st pub. 1967 (Berkeley: University of California Press). New Jersey: The Lawbook Exchange Ltd., 2005.

LANCHESTER, Fulco. *Il tetto o lo snodo: la Corte costituzionale italiana tra diritto e politica* (relazione al forum di Villa Vigoni, 15-18 giugno 2009).

LAVAGNA, Carlo. *Corso di diritto costituzionale italiano e comparato*. Le costituzioni rigide: lezioni tenute nell'anno accademico 1963-64. Roma: Ricerche, 1964.

MALFATTI, Elena; PANIZZA, Saulle; ROMBOLI, Roberto. *Giustizia costituzionale*. Torino:

Giappichelli, 2016.

MATTEUCCI, Nicola. Positivismo giuridico e costituzionalismo, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1963.

MATTEUCCI, Nicola. *Organizzazione del potere e libertà*. Storia del costituzionalismo moderno. Torino: Utet, 1976.

McILWAIN, Charles Howard. *Constitutionalism: Ancient and Modern*, 1st. ed. 1947, Liberty Fund Inc.; revised edition, March 31, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014.

MODUGNO, Franco. *Appunti per una teoria generale del diritto*. La teoria del diritto oggettivo, Torino: Giappichelli, 1988.

MODUGNO, Franco; CELOTTO, Alfonso; D'ALESSIO, Rosalia; RUOTOLO, Marco. *Appunti per una teoria generale del diritto: la teoria del diritto oggettivo*. Torino: Giappichelli, 2000.

MORTATI, Costantino. *La costituzione di Weimar*. Firenze: Sansoni, 1946.

MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito*. Introdução à teoria e metódica estruturantes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NAVARRO, Pablo E; BOUZAT, Andres; ESANDI, Luis María (eds.). *Interpretación Constitucional*. Bahía Blanca (Argentina): Universidad Nacional del Sur, 1999.

ONIDA, Valerio. *La Costituzione*. La legge fondamentale della Repubblica. Bologna: Il Mulino, 2004.

PACE, Alessandro. Processi costituenti italiani 1996-1997, in *Diritto pubblico*, 1997.

PISANESCHI, Andrea. *Introduzione* in BINDI, Elena. La garanzia della costituzione. Chi custodisce i custodi? Torino: Giappichelli, 2010.

REBUFFA, Giorgio. *Lo statuto albertino*. Bologna: Il Mulino, 2003.

RIGANO, Francesco. *Costituzione e potere giudiziario*. Padova: CEDAM, 1982.

RODOTÀ, Stefano. *Alle origini della costituzione*. Bologna: Il Mulino, 1998.

RODOTÀ, Carla. *Storia della Corte costituzionale*. Roma: Laterza, 1999.

RUGGERI, Antonio; SPADARO, Antonino. *Lineamenti di giustizia costituzionale*. Torino: Giappichelli, 2014.

SILVESTRI, Gaetano. *La separazione dei poteri*. Milano: Giuffrè, 1984.

SILVESTRI, Gaetano. *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*. Torino: Giappichelli, 1997.

STAMILE, Natalina. La ragionevolezza nella giustizia costituzionale italiana. Un riflesso della ragionevolezza nel diritto, in *Revista Jurídica* (Revista do Unicuritiba), vol. 2, n. 35, 2014, pp. 39-56.

STAMILE, Natalina. La Ragionevolezza e la giustizia costituzionale, in *Sociologia. Rivista quadrimestrale di Scienze Storiche e Sociali*, n. 2/2015, pp. 70-82.

STAMILE, Natalina. Razonabilidad (Principio de) – Reasonableness (The Principle of), Voces de Cultura de la legalidad in *Eunomía, Revista en Cultura de la Legalidad*, N° 8 (March 2015 – August 2015), pp. 222 -228.

TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna. (I) Assolutismo e codificazione del diritto*. Bologna: Il Mulino, 1976.

TOGLIATTI, Palmiro. Seduta pom. dell'11 marzo 1947, Vol. I, p. 330 ss., in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, editado pelo Secretário-Geral da Câmara dos Deputados, Roma, 1970.

WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review, in *The Yale Law Journal*, 2006, 115, 6; pp. 1346-1406.

ZABREGELSKY, Gustavo; MARCENÒ, Valeria. *Giustizia costituzionale*. Bologna: Il Mulino, 2018.

ZAGREBELSKY, Gustavo. Adeguamenti e cambiamenti della Costituzione, in *Scritti sulle fonti normative e altri temi di vario diritto in onore di Vezio Crisafulli*, vol. II. Padova: CEDAM, 1985, pp. 915-935.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *La giustizia costituzionale*, Bologna: Il Mulino, 1988.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite*. Legge diritti giustizia. Torino: Einaudi, 1992.

Referencias jurisprudencias

Corte Cost. 26 marzo – 10 aprile 2003, n. 116

Corte Cost. 23 ottobre 2006, n. 393.

Corte Cost. 7 marzo 2011, n. 88.

Corte Cost. 14-22 ottobre 1996, n. 356.

Corte Cost. 21 febbraio – 9 marzo 1992, n. 88.

Corte Cost. 17 – 26 giugno 1991, n. 295.

Corte Cost. 15 -28 aprile 1992, 125.

Corte Cost. 1- 8 giugno 1992, n. 256.

Corte Cost. 18-27 dicembre 1991, n. 497.

Corte Cost. 18-26 marzo 1991, n. 124.

Corte Cost. 9-16 febbraio 1989, n. 50.

Corte Cost. 5-13 luglio 1989, n. 398.

Corte Cost. 21 aprile – 5 maggio 1988, n. 501.

Referencias legislativas

Constituição italiana.

Estatuto Albertino

Edizione Straordinaria, Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, 20 giugno 1946, n. 134.

Legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1

Legge costituzionale 11 marzo 1953, n. 1.

Legge costituzionale 22 novembre 1967, n. 2. (rubricata: Modificazione dell'art. 135 della Costituzione e disposizioni sulla Corte costituzionale)

Legge 11 marzo 1953, n. 87.

Legge 25 gennaio 1962, n. 20.

Legge 25 maggio 1970, n. 352.

Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale 7 ottobre 2008 (Gazzetta Ufficiale 7 novembre 2008, n. 261).

Regolamento Generale della Corte costituzionale 20 gennaio 1966 (aggiornato alla deliberazione del 14 luglio 2009 pubblicato in G.U. il 29/7/2009).

Recebido em:11/05/2020

Aprovado em :01/06/2020

**ESFERA PÚBLICA E DEMOCRACIA DELIBERATIVA:
INTERPRETAÇÕES FEMINISTAS PARA SE PENSAR UMA
TEORIA DE GÊNERO PARA O DIREITO BRASILEIRO**

PUBLIC SPHERE AND DELIBERATIVE
DEMOCRACY: FEMINIST INTERPRETATIONS TO THINK
ABOUT A GENDER THEORY FOR BRAZILIAN LAW

Eder Fernandes Monica*
Karen de Sales Colen**

*Professor adjunto da Faculdade de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. ederfm@id.uff.br

** Mestra e Doutoranda em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito (PPGSD) da Universidade Federal Fluminense. karencolen@id.uff.br

Como citar: MONICA, Eder Fernandes; COLEN, Karen de Sales. Esfera pública e democracia deliberativa: interpretações feministas para se pensar uma teoria de gênero para o direito brasileiro. **Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania – IDCC**, Londrina, v. 5, n. 1, p 92-110, jan/jul, 2020. ISSN: 2596-0075.

Resumo: O presente trabalho apresenta a discussão sobre os conceitos de esfera pública e democracia, que permeia a teoria crítica, para a compreensão das instituições públicas de tomadas de decisão e das universidades como espaços públicos. Para tanto, recorre-se a revisão bibliográfica desses termos a partir das formulações teóricas de Jürgen Habermas, Nancy Fraser e Seyla Benhabib. Essas duas autoras são frequentemente associadas às teorias feministas deliberativas, haja vista que criticam e buscam reconstruir as noções da teoria social e da teoria crítica a partir de uma perspectiva de gênero. Como resultado, aponta-se que as instituições públicas de tomadas de decisão e as universidades, a partir da inclusão de públicos heterogêneos e de temas afetos às questões de gênero, raça e sexualidade, podem se constituir como espaços públicos de transformação e emancipação social.

Palavras-chave: Esfera pública. Democracia. Universidade. Instituições públicas. Teorias feministas deliberativas.

Abstract: This article presents the discussion on the concepts of the public sphere and democracy, which permeates critical theo-

ry, for the understanding of public decision-making institutions and universities as public spaces. To this end, the bibliographic review of these terms is based on the theoretical formulations of Jürgen Habermas, Nancy Fraser and Seyla Benhabib. These two authors are often associated with deliberative feminist theories, since they criticize and seek to reconstruct notions of social theory and critical theory from a gender perspective. As a result, it is pointed out that public decision-making institutions and universities, based on the inclusion of heterogeneous audiences and issues related to gender, race and sexuality, can constitute public spaces for social transformation and emancipation.

Keywords: Public sphere. Democracy. University. Public institutions. Deliberative feminist theories.

INTRODUÇÃO

O autor Jürgen Habermas ficou amplamente conhecido por reconstituir, na década de 1960, a noção de esfera pública a partir da sociedade liberal burguesa. Tal conceito foi rearticulado ao longo de suas demais obras, mas o presente artigo não aprofundará o debate com base em todo o desenvolvimento do conceito de esfera pública e de democracia deliberativa em mais de 50 anos de produção teórica, mas irá apresentá-lo e analisá-lo a partir das contribuições e críticas das autoras Nancy Fraser e Seyla Benhabib.

Associadas às teorias feministas deliberativas, ambas as autoras conferem, sobretudo, uma perspectiva de gênero às formulações teóricas de Habermas. Sem a pretensão de esgotar o debate, esse artigo promove a discussão e a reflexão sobre como as concepções são formuladas na teoria social e na teoria crítica, de modo a desconsiderar e, em certa medida, excluir as opressões e explorações a que estão submetidos diferentes agentes — mulheres, mulheres negras e homens negros, população LGBTQ+ —, impedindo-os de participarem como iguais no debate público acerca de interesses comuns.

Além disso, essa discussão pode encaminhar uma crítica ao ensino e ao saber jurídicos operados dentro e fora das universidades, em que os debates sobre gênero, raça e sexualidade, por exemplo, são realizados de forma isolada. Dessa maneira, entendendo o âmbito universitário e as instituições públicas como esferas públicas, o questionamento das formas tradicionais de produção do conhecimento científico pode conferir uma concepção crítica do Direito.

1 CONCEPÇÃO HABERMASIANA DE ESFERA PÚBLICA

Uma das principais contribuições atribuídas a Jürgen Habermas diz respeito a reformulação do conceito de “esfera pública” (*Öffentlichkeit*), que tem origem em sua tese de livre-docência apresentada à Faculdade de Filosofia de Marburg e publicada, na década de 1960, como “Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa”. De acordo com o autor, os termos “público” e “esfera pública” têm inúmeros significados. Na cidade-estado grega, o caráter público foi constituído na “conversação” (*lexis*). E a participação na esfera pública, por parte dos cidadãos livres (*koiné*), estava condicionada à sua autonomia privada como “senhores da casa” (*oikos*), ou seja, a sua autonomia na esfera privada. (HABERMAS, 2003[1962], p. 13-14).

Nesse sentido, a posição na cidade-estado grega (*pólis*) estava atrelada a posição de “déspota doméstico” (*oikos-despotes* ou *pater familias*), em que a esfera pública da *pólis* grega se contrapunha como um espaço de “liberdade e continuidade”. A *pólis*, então, espaço comum ao *koiné*, oferecia o reconhecimento das virtudes na esfera pública, a partir das suas manifestações. (HABERMAS, 2003[1962], p. 14-16).

Ao longo da Idade Média, as categorias “público” e “privado” integraram as definições no Direito Romano, sendo a “esfera pública” designada como *res publica*. No entanto, tais categorias só tiveram aplicação processual jurídica com o surgimento do Estado moderno separadamente da esfera da sociedade civil. Ocorre que, até os dias atuais, a esfera pública é tida como um “princípio organizacional do ordenamento político”. (HABERMAS, 2003[1962], 16-17).

Para escrever sobre esse conceito, a análise teórica de Habermas recaiu sobre a formação e decadência da esfera pública burguesa, demarcando a sua dimensão histórica. Para o autor, a esfera pública burguesa era constituída por pessoas privadas que se reuniam enquanto um público, para manifestarem sua opinião sobre temas de interesse geral e seus problemas em comum. Dito de outro modo, a esfera pública burguesa podia ser entendida como a esfera de pessoas privadas que se relacionavam entre si, na esfera pública, como público. É nesse sentido que, baseado na possibilidade da racionalização da argumentação, se concebeu a noção de “opinião pública”. (HABERMAS, 2003[1962], p. 43).

Além disso, escrevendo sobre a estrutura da esfera pública burguesa no século XVIII, o autor chamou a atenção para o que denominou de “esfera pública literária” (*literarische Öffentlichkeit*):

A “cidade” não é apenas o centro vital da sociedade burguesa [...] ela caracteriza, antes de mais nada, uma primeira esfera pública literária que encontra as suas instituições nos *coffee-houses*, nos *salons* e nas comunidades de comensais. (HABERMAS, 2003[1962], p. 45, grifos do autor).

A “esfera literária” a que o autor se refere no excerto acima originou a chamada “esfera pública política” (*politische Öffentlichkeit*), que por meio da “opinião pública”, intermediava as relações entre o Estado e a sociedade civil burguesa. (HABERMAS, 2003[1962], p. 46). A esfera pública política surgiu do encontro entre os herdeiros da sociedade aristocrata e humanista e a camada intelectual da burguesia. A esfera pública burguesa constituiu-se, então, como uma instância em que se tornou possível problematizar os assuntos de interesse geral que antes eram monopolizados pela igreja e pelo Estado.

Na camada mais “ampla” da esfera pública burguesa, a esfera do “público” surgiu como “ampliação” e “suplementação” da esfera privada. A esfera privada compreenderia o setor de troca de mercadorias, o trabalho social e também a família — patriarcal burguesa —, com sua “esfera íntima” — local em que historicamente nasceu a “privacidade”. Nesse sentido, pensando sobre as “estruturas sociais da esfera pública”, Habermas escreveu que, quando os “indivíduos conscientizados” se apropriam da esfera pública e a transformam em uma esfera em que a crítica é dirigida ao poder do Estado, há uma “refuncionalização” (*Umfunktionalisierung*) da esfera pública literária, com as “experiências da privacidade do público” ingressando na esfera pública política. (HABERMAS, 2003[1962], p. 46; 67-68).

Originada no âmbito da família burguesa patriarcal, a experiência social do privado orientada para um público, foi fundamental para a constituição de uma “esfera pública política”. As

diferentes instituições da esfera pública burguesa, como os cafés, eram espaços em que os artigos produzidos “pela imprensa e sua crítica profissional” eram discutidos. Porém, como esses jornais também publicavam cartas de leitores, o espaço de sociabilidade também era palco de debates sobre o que era escrito pelo próprio público. Mas qual era esse público? Participavam da esfera pública literária mulheres, homens e proprietários privados, ao passo que, na esfera pública política, mulheres e homens não-proprietários — ou “dependentes” — estavam excluídos¹. (HABERMAS, 2003[1962], p. 68; 73).

Nesse sentido, a temática da “esfera pública moderna”, se comparada com a antiga, foi transportada de um grupo de cidadãos que agem em conjunto para uma sociedade que debate publicamente. De acordo com Habermas, a atividade política da esfera pública burguesa era a de regulamentar a sociedade civil. Assim, a esfera pública burguesa desenvolveu uma consciência política que, contrariamente ao absolutismo monárquico, objetivou não só conceber e exigir leis de caráter genérico e abstrato, como também afirmar que a “opinião pública” era a única fonte de legitimação das leis. (HABERMAS, 2003[1962], p. 69-71).

Avançando sobre o conceito de esfera pública, Habermas (1997[1992], v. II, p. 92) escreveu que a esfera pública não pode ser compreendida como “instituição”, “organização” ou “sistema”, mas como uma “rede” para a comunicação de conteúdo, de opiniões e de decisões, em que “os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões públicas” reunidas em temas específicos.

Nesse sentido, a esfera pública seria reproduzida por meio do “agir comunicativo”, em que é necessária uma linguagem comum ou “natural”, para manter a compreensão geral da “prática comunicativa” corrente no cotidiano. (HABERMAS, 1997[1992], v. II, p. 92). A “ação comunicativa” ocorre quando “os planos de ação dos atores envolvidos são coordenados [...] por meio de “atos de entendimento”. Por “entendimento” compreende-se um comum acordo que é racionalmente motivado e perseguido pelos participantes das interações comunicativas. Então, a “ação comunicativa” tem origem na interação entre dois ou mais sujeitos capazes de falar e agir, que estabelecem relações interpessoais para compreenderem as situações vivenciadas em um determinado contexto social e orientarem suas ações por meio de um “entendimento”. (HABERMAS, 2012[1981], v. I, p. 147; 496-497).

Tal “entendimento” é construído intersubjetivamente no “mundo da vida” (*Lebenswelt*):

O mundo da vida acumula o trabalho interpretativo prestado pelas gerações precedentes; ele é o contrapeso conservador que se opõe ao risco do dissenso, que surge com todo processo atual de entendimento. Pois as pessoas que agem comunicativamente podem alcançar um entendimento apenas acerca de posicionamentos positivos ou negativos sobre pretensões de validade criticáveis. (HABERMAS, 2012[1981], v. I, p. 138-139).

¹ A exclusão de determinados grupos é uma das questões que permeará a crítica feminista ao conceito habermasiano de esfera pública.

O “mundo da vida”, para o autor alemão, é o cenário do “agir comunicativo” onde acontecem os atos de fala por meio dos quais, comunicativamente, as pessoas alcançam o “entendimento”. O “mundo da vida”, aberto ao dissenso, também é uma fonte de interpretações para essas pessoas e a esfera pública, por sua vez, é característica do “mundo da vida”. É a sociedade civil, composta por “movimentos, organizações e associações”, que informam ao Estado sobre seus interesses gerais e problemas comuns. Isso significa que o “núcleo” da sociedade civil — “associações e organizações livres, não estatais e não econômicas” — forma uma “associação que institucionaliza os discursos” do público de pessoas privadas, solucionando problemas, transformando-os em questões de interesse geral diante de diferentes esferas públicas e transportando-os para o “sistema político”. (HABERMAS, 1997[1992], v. II, p. 99-100).

Portanto, os processos de comunicação e decisão estão fundamentados no componente social do “mundo da vida” em que os conflitos da “periferia ramificada” são inseridos no “sistema político”² por meio da esfera pública. Tal sistema já não é mais concebido de maneira “autopoietica”, mas de forma “poliárquica”. Isso demonstra o foco direcionado para a institucionalização. O processo de normatização, iniciado pela formação da opinião e da vontade em esferas públicas informais, desemboca nas instâncias formais de deliberação por meio da via procedimental. E essa desobstrução à institucionalização repousa no conceito de democracia procedimental e deliberativa.

1.1 Modelo de esfera pública e democracia deliberativa: o “paradigma procedimental”

Não obstante Habermas não ter sido o pioneiro a escrever sobre deliberação, ele é o autor que se destaca na defesa da teoria deliberativa de democracia, de modo que, após seu livro “Direito e democracia”, publicado originalmente em 1992, procede a maior parte da literatura que discute sobre democracia deliberativa. Nessa obra, o autor se volta à questão da “institucionalização”, orientado pelo paradigma procedimental de democracia. Por esta razão, a preocupação está centrada nos pressupostos, nos arranjos institucionais e nos instrumentos de controle político, para observar como a formação discursiva da opinião e da vontade pode ser institucionalizada. (LUBENOW, 2010, p. 230-231).

Nesse sentido, pensando em uma teoria da democracia em termos institucionais, a noção de política deliberativa parte de duas tradições teórico-políticas, quer sejam, as concepções liberal e republicana. Assim, Habermas propõe um modelo normativo alternativo, o procedimental e, compara, nesses três modelos, o processo de formação democrática da opinião e da vontade políticas. Além disso, como a diferença entre os dois primeiros modelos reside no papel do processo democrático, também há distinções quanto a compreensão sobre as seguintes concepções: cidadão, direito e processo político. (HABERMAS, 2002[1996]).

2 O “sistema político” tem como núcleo a administração, o judiciário e a formação democrática da opinião e da vontade. Esse centro, que se apresenta diante de uma “periferia ramificada”, é constituído de forma “poliárquica”. (HABERMAS, 1997[1992], v. II, p. 85-86).

No modelo liberal, o processo democrático está voltado ao interesse da sociedade, de modo que a política tem a função de reunir e impor os interesses sociais por meio do “poder político para fins coletivos”. Na concepção republicana, por sua vez, a política é elemento constitutivo do “processo de coletivização social”, isto é, como “forma de reflexão sobre um contexto de vida ético”. Nesse caso, tem-se como fonte da “integração social” não somente o poder administrativo e o interesse particular, mas também a “solidariedade”. Ao estabelecimento da vontade política direcionado ao “entendimento mútuo” almejado pelo viés comunicativo, admite-se uma “base social” que independa da administração pública e da “mobilidade socioeconômica privada” e que, ao mesmo tempo, impossibilite a “comunicação política” de ser absorvida pelo Estado e pelo mercado. A esse “desacoplamento” equivale uma “retroalimentação” do poder administrativo pelo poder comunicativo derivados do processo de formação da opinião e da vontade políticas. (HABERMAS, 2002[1996], p. 269-271).

A essas duas concepções de democracia que, dominam o debate norte-americano entre “liberais” e “comunitaristas”, Habermas propõe um terceiro modelo, o procedimental, denominado de “política deliberativa”. (HABERMAS, 2002[1996], p. 269). Esse conceito considera a pluralidade de formas comunicativas na qual se pode constituir uma vontade comum:

[...] não apenas pelo *auto-entendimento* mútuo de caráter ético, mas também pela busca do equilíbrio entre interesses divergentes e do estabelecimento de *acordos*, da checagem da coerência *jurídica*, de uma escolha de instrumentos *racional e voltada a um fim específico* e por meio, enfim, de uma fundamentação *moral*. (HABERMAS, 2002[1996], p. 276, grifos do autor).

Nesse interim, observa-se que tudo dependerá das circunstâncias de comunicação e de procedimento. Essas são as responsáveis por conferir legitimidade para a formação institucionalizada da opinião e da vontade. Desse modo, o terceiro modelo de democracia está fundamentado nas condições de comunicação, diante das quais supõe-se que o processo político seja capaz de obter resultados racionais, por se cumprir de modo deliberativo. O conceito procedimental da política deliberativa é tomado, portanto, como o centro normativo da teoria sobre a democracia. (HABERMAS, 2002[1996], p. 277).

Esta compreensão do processo democrático tem conotações normativas mais forte do que o modelo liberal e menos forte se comparada à concepção republicana, assumindo elementos de ambas as partes. De um lado, como no republicanismo, o processo de formação da opinião e da vontade ocupa uma posição central, em que a efetivação de uma política deliberativa depende da institucionalização dos seus procedimentos. Por outro lado, no modelo liberal, respeita-se o limite entre sociedade e Estado. A sociedade civil, como “fundamento social das opiniões públicas autônomas”, é distinguida dos sistemas econômicos de ação e da administração pública. (HABERMAS, 2002[1996], p. 280-281).

Diante disso, a teoria do discurso se apoia na intersubjetividade presente na maneira insti-

tucionalizada de aconselhamentos em corporações parlamentares e na rede de comunicação constituída pela opinião pública de viés político. Essas “comunicações sem sujeito” formam arenas nas quais ocorre a formação racional da opinião e da vontade a respeito de matérias pendentes de regulamentação e de temas de relevância geral. A formação informal de opinião se modifica em decisões eletivas institucionalizadas e em resoluções legislativas, por meio das quais o poder comunicativo é transformado em poder administrativo. (HABERMAS, 2002[1996], p. 280-281).

A partir dessa concepção também é possível reformular o que se compreende por “legitimação” e “soberania popular”. Para o modelo liberal, o exercício do poder político é exclusivamente legitimado pela formação democrática da vontade. As eleições conferem a licença para a tomada do poder governamental e este, por sua vez, justifica o uso do poder diante da opinião pública e do parlamento. A formação democrática da vontade, segundo a concepção republicana, tem a incumbência de constituir a sociedade enquanto uma coletividade política. O governo, que é parte de uma comunidade política que se autoadministra, não só está investido de poder para o exercício de um mandato, mas também está comprometido, programaticamente, com a execução de políticas. (HABERMAS, 2002[1996], p. 281-282).

Em alternativa, no modelo procedimental, os procedimentos e os pressupostos comunicacionais da formação democrática da opinião e da vontade constituem importantes canais da “racionalização discursiva” das decisões e da administração de um governo vinculados ao direito e à lei. Nesse caso, a “racionalização” é mais do que a legitimação e menos do que a ato de constituição do poder. Em vista disso, a opinião pública modificada em poder gerado pela via comunicativa, de acordo com procedimentos democráticos, não pode “dominar”, mas tão somente “direcionar” o uso do poder administrativo para determinados canais. (HABERMAS, 2002[1996], p. 282).

No que diz respeito à soberania popular, para a concepção liberal, no Estado democrático de direito, o poder estatal que emana do povo só é exercido por meio de eleições, votações e organismos do poder legislativo, executivo e da jurisdição, a exemplo do que está disposto no artigo 20, §2º, da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, de 1949. No entanto, para o modelo republicano, o povo é o portador da soberania que, em princípio, não se pode delegar, isto é, na qualidade de soberano não é plausível que o povo se deixe representar. Nessa situação, o poder constituinte é originado na “práxis auto-determinativa de seus cidadãos” e não de seus representantes. (HABERMAS, 2002[1996], p. 282-283).

Em contrapartida, ao conceito de discurso na democracia coincide a imagem de uma “sociedade descentralizada”, que constata, identifica e busca a resolução de problemas pertinentes à sociedade como um todo. A comunidade jurídica organizada desaparece em formas de comunicação destituídas de sujeito, as quais regulam o fluxo da formação discursiva da opinião e da vontade, de maneira que seus resultados, passíveis de falibilidade, revistam-se da suposição de racionalidade. Assim sendo, a ideia de soberania popular é interpretada de forma intersubjetiva. Tal soberania só é abarcada pelo “processo democrático” e pela “implementação jurídica de seus

pressupostos comunicacionais”, se quiser conferir autovalidação enquanto poder gerado comunicativamente. (HABERMAS, 2002[1996], p. 283).

Seguindo esse raciocínio, a leitura da democracia pelo olhar da teoria do discurso está ligada a uma “abordagem distanciada” para a qual o sistema político não constitui o centro ou o topo da sociedade, tampouco o modelo que determina sua “marca estrutural”, mas um sistema de ação ao lado de outros “campos de ação legitimamente ordenados”. A política deliberativa, portanto, realizada em consonância com os procedimentos convencionais — formação institucionalizada — ou informais — redes de opinião pública — da formação democrática da opinião e da vontade guardam relação com contextos cooperativo e racionalizado. A esses contextos, Habermas se refere aos recursos de um “universo vital” — cultura política libertadora, socialização política esclarecida e iniciativas de associações formadoras de opinião —, do qual os processos comunicativos de viés político, que passam pelo filtro deliberativo, são dependentes. (HABERMAS, 2002[1996], p. 284).

Isto posto, conforme Habermas (1997[1992], v. II, p. 8) explicitou o “processo da política deliberativa constitui o âmago do processo democrático”, sendo a esfera pública a chave desse processo, caracterizando-se por meio de “horizontes abertos, permeáveis e deslocáveis”. Os “sistemas de ação” e de “saber especializados” se formam e se vinculam a funções de reprodução do “mundo da vida” — como “religião, escola e família” — e a distintos aspectos de validade do “saber comunicado” por meio de uma linguagem comum — “da ciência, da moral e da arte”. (HABERMAS, 1997[1992], v. II, p. 92). No entanto,

[...] a esfera pública não se especializa em nenhuma destas direções; por isso quando abrange questões politicamente relevantes, ela deixa ao cargo do sistema político a elaboração especializada. A esfera pública constitui principalmente uma *estrutura comunicacional* do agir orientado pelo entendimento, a qual tem a ver com o *espaço social* gerado no agir comunicativo, não com as *funções* nem com os *conteúdos* da comunicação cotidiana. (HABERMAS, 1997[1992], v. II, p. 92, grifos do autor).

A esfera pública é, portanto, um espaço em que não se restringe a comunicação e a liberação pública e que, por sua vez, seus elementos constitutivos não podem ser estabelecidos, limitados ou antecipados. De igual modo, se caracteriza como uma arena indefinida quanto aos conteúdos e aos indivíduos e grupos que nela podem constar. Quando Habermas propõe o modelo procedimental, em que o “horizonte” da esfera pública é delineado pelos processos de filtragem e de interpretação acerca de assuntos que advêm de outras esferas públicas — formais e informais —, é nele que se concretiza a normatividade da esfera pública deliberativa.

Seguindo essa formulação teórica de Habermas, pode-se entender a universidade e as instituições públicas de tomadas de decisão — os Tribunais de Justiça, o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional — como esferas públicas. Nesse sentido, ao se discutir sobre o ensino e

a aplicação do Direito desenvolvidos nessas redes de comunicação, aponta-se que as perspectivas feministas podem apresentar outro olhar sobre as teorias e as bases tradicionais em que o saber jurídico se desenvolveu. Além disso, essas visões baseadas em questões de gênero proporcionaram uma reformulação das proposições habermasianas, em que são criticadas as concepções de esfera pública e democracia deliberativa.

2 CRÍTICAS FEMINISTAS DELIBERATIVAS AOS CONCEITOS DE ESFERA PÚBLICA E DEMOCRACIA DELIBERATIVA

As formulações teóricas de Habermas, ao longo dos anos, sofreram críticas por parte de autoras que escrevem a partir de perspectivas feministas. Dentre elas Nancy Fraser e Seyla Benhabib, frequentemente associadas às teorias feministas deliberativas. A recepção da teoria crítica pelos feminismos, em especial, pelo feminismo alemão se centralizou na busca pela razão, envolvendo a teoria crítica e toda a questão do domínio da razão sobre a natureza. Diferentemente, o acolhimento dessa teoria pelo feminismo norte-americano esteve focado nos escritos de Habermas, nos problemas da modernidade e no diálogo e na discussão com as teorias psicanalíticas da diferença e da pós-modernidade. (CAMPILLO, 1993, p. 31).

Uma das premissas da teoria feminista, explicitada por Benhabib (1987, p. 91), representa o programa da teoria crítica feminista³:

Os sistemas sexo-gênero historicamente conhecidos têm contribuído para a opressão e exploração das mulheres. A tarefa da teoria crítica feminista é revelar esse fato, e desenvolver uma teoria que seja emancipatória e reflexiva, que possa ajudar as mulheres em suas lutas para vencer a opressão e a exploração. A teoria feminista pode contribuir para isso de duas maneiras: desenvolvendo uma *análise explicativa-diagnóstica* da opressão das mulheres através da história, da cultura e sociedades, e manifestando uma *crítica previsiva-utópica* das normas e valores da nossa sociedade e cultura atuais, de modo a projetar novos modos de aglutinação, de relacionamento entre nós e com a natureza do futuro. (Grifos da autora).

No trecho acima, Benhabib destaca a opressão e a exploração das mulheres e considera que a teoria é um instrumento para combatê-las, promovendo uma análise “explicativa-diagnóstica” das formas de dominação e uma percepção “crítica previsiva- utópica” para a construção de novas maneiras de se relacionar na vida em sociedade. A primeira diz respeito a um estudo crítico e sociológico da sociedade e, a segunda, a um estudo normativo e filosófico voltado aos princípios morais e políticos. (BENHABIB, 1987, p. 91).

A autora norte-americana Nancy Fraser (1987[1985], p. 39; 45) afirma que os modelos

3 Os feminismos impactam a teoria política a partir da década de 1980. Os feminismos permitiram a discussão de temas centrais da teoria política como democracia, justiça, igualdade, cidadania e autonomia, por exemplo, recolocando os seus termos. (MIGUEL; BIROLI, 2012).

propostos por Habermas têm deficiências empíricas, pois não consegue alcançar as diferentes dimensões da dominação masculina nas sociedades modernas. Um dos seus questionamentos centrais, interpretando as obras do autor alemão a partir da perspectiva da ausência, está baseado nas questões de gênero, para verificar o que é ou que não é crítico em sua teoria social.

Fraser (1997, p. 95-97) escreve que o conceito habermasiano de “esfera pública” serve como fonte para os estudiosos sobre os limites da democracia nas sociedades de capitalismo tardio. E, além disso, como possível solução para algumas confusões em torno desse conceito, como o caso de muitas feministas que o atribuem um significado “menos útil” ao defini-lo como o que está “fora” da esfera doméstica. Nesse caso, três elementos analiticamente diferentes estão combinados: Estado, economia oficial de trabalho remunerado e os espaços de discurso público. A consequência “prática política” é a ocultação do questionamento sobre a promoção da libertação das mulheres se os “assuntos de gênero” fossem submetidos à lógica do mercado e à gestação do Estado.

A noção de “esfera pública” desenvolvida por Habermas é um instrumento que pode solucionar esse problema, tendo em vista que distingue o Estado, o mercado econômico e as associações democráticas, sendo indispensável à teoria social crítica e à prática política democrática. No entanto, tal formulação não é satisfatória e precisa, na visão de Fraser, ser reconstruída criticamente para poder teorizar sobre os limites das democracias existentes. Uma das críticas centrais é a de que Habermas teria idealizado a esfera pública burguesa como “o público”, provavelmente, por não ter analisado outras esferas públicas que não fossem liberais ou burguesas. Além disso, Fraser concorda com autoras e autores da historiografia revisionista⁴ que afirmam que tal esfera foi baseada em exclusões, dentre as quais se destacam a questão de gênero, de classe e de raça. (FRASER, 1997, p. 97-105).

Entretanto, Fraser aponta que os revisionistas não reivindicam o conceito de “esfera pública” — burguesa, machista e de supremacia branca —, mas questionam quatro de seus pressupostos centrais formulados por Habermas: a) a igualdade social não é necessária à democracia; b) é preferível uma esfera pública única em vez de uma “rede múltipla de públicos”; c) o debate no espaço público deve ser restrito ao “bem comum”; d) uma esfera pública democrática e operante exige a separação entre Estado e sociedade civil. (FRASER, 1997, p. 107-108).

Sobre os pressupostos acima referidos, a autora (FRASER, 1997, p. 108-113) escreve que Habermas apresentou uma concepção de “esfera pública” que é aberta e acessível — norma de publicidade —, em que todas e todos interagissem como se fossem social e economicamente iguais. Isso não se concretizou e as desigualdades sociais das interlocutoras e dos interlocutores não foram eliminadas ou postas de lado, pois os “protocolos de estilo e decoro” marginalizavam as mulheres brancas e negras, os homens negros e das classes plebeias, impedindo-os de participarem como iguais. Essa exclusão informal ocorria mesmo nos casos em que as pessoas estavam formalmente

4 Em seu texto, Fraser (1997, p. 100-106) cita Joan Landes, Mary Ryan, Elizabeth Brooks-Higginbotham e Geoff Eley.

autorizadas a participar. Porém, seria preciso considerar que, mesmo que esses grupos participassem das interações discursivas, a deliberação poderia encobrir formas de dominação e subordinação. Assim, Fraser sugere que a eliminação das desigualdades é condição *sine qua non* para a paridade de participação, hipótese na qual a teoria crítica deveria visibilizar as maneiras pelas quais a desigualdade social contamina a esfera pública e a interação discursiva.

Nos espaços em que persiste a desigualdade social, os processos de deliberação tendem a operar com vantagem para os grupos dominantes e em desvantagem para os grupos subordinados — mulheres brancas e negras, trabalhadoras e trabalhadores, homens negros e a população LGBTQ+⁵. Tais grupos demonstraram que é vantajoso construir públicos alternativos, a que Fraser denomina “contra-públicos subalternos⁶”: espaços discursivos paralelos em que se criam e circulam “contra-discursos” e são formuladas interpretações próprias sobre suas identidades, interesses e necessidades. Os “contra-públicos subalternos” contribuem para a ampliação do espaço discursivo e por também serem um cenário de reagrupamento, esse caráter dialético resulta no seu potencial emancipatório. Essa análise é feita a partir da noção de uma “sociedade estratificada⁷”. (FRASER, 1997, p. 113-118).

Mas, se em uma situação hipotética, estivéssemos diante de uma diversidade cultural e da ausência de desigualdades sociais seria preferível uma esfera pública única ou uma multiplicidade de públicos? Seria indispensável considerar que, a participação na esfera pública, a partir da “fala com a sua própria voz” proporciona a formação de identidades sociais. Uma “sociedade igualitária e multicultural” deveria incluir uma multiplicidade de públicos, que apresentem diferentes valores e retóricas. Nesse seguimento, a autora defende a ideia de conjugar igualdade social, diversidade cultural e democracia participativa. (FRASER, 1997, p. 118-122).

Seja como for, é imprescindível observar a figura do “participante”, pois só quem participa da esfera pública é quem pode definir o que é e o que não é de interesse comum. Tal interesse é designado por meio da “confrontação discursiva”. No entanto, mesmo que mulheres brancas e negras, homens negros, trabalhadoras e trabalhadores e a população LGBTQ+ sejam incluídos como participantes na esfera pública, essa participação pode ser obstaculizada por concepções de privacidade econômica e doméstica-familiar, que excluem interesses e assuntos tidos como privados, de modo que a teoria crítica deveria se atentar à formulação da separação entre o privado e o público. (FRASER, 1997, p. 122-127).

Por conseguinte, o modelo liberal de esfera pública burguesa não é adequado para a teoria crítica contemporânea, sendo necessária uma “concepção pós-burguesa” para poder pensar na pro-

5 A sigla se refere a Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais, Transgêneros e Queer. O símbolo “+” representa a inclusão de outras orientações sexuais e identidades de gênero.

6 Fraser (1997, p. 115) o exemplifica com o movimento feminista norte-americano do século XX, que criou termos específicos para descrever a realidade social das mulheres, tais como: “sexismo”, “dupla jornada”, “assédio sexual” e “estupro marital”.

7 As “sociedades estratificadas”, de acordo com Fraser (1997, p. 114), correspondem às sociedades “cujo marco institucional básico gera grupos sociais desiguais, que se encontram em relações estruturais de dominação e subordinação”.

moção de “públicos débeis”, aqueles cuja prática deliberativa consiste unicamente na formação da opinião; “públicos fortes”, aqueles responsáveis pela tomada de decisões e; “públicos híbridos”, pois o caráter débil de algumas esferas públicas em sociedades de capitalismo tardio retira da “opinião pública” a sua força prática. (FRASER, 1997, p. 128-132).

A autora Seyla Benhabib, por seu turno, escreveu sobre o modelo habermasiano de “espaço público” ou “esfera pública” discursiva, que tem como questão central a legitimidade democrática nas sociedades capitalistas avançadas. Tal modelo é tratado com base na teoria política normativa e analisado a partir da seguinte indagação: se possui recursos suficientes para averiguar a transformação da política nas sociedades. Após a leitura de Benhabib sobre o modelo discursivo, este é explorado com base nas críticas feministas acerca da distinção entre público e privado. (BENHABIB, 2006[1992], p. 105-106).

Desde sua primeira formulação sobre a “esfera pública”, em 1962, Habermas analisou o desenvolvimento das sociedades modernas a partir da extensão da “esfera de participação pública”. No mundo moderno, a tradição cultural perdeu sua legitimidade enquanto uma tradição válida por orientar a atuação dos indivíduos no passado. Agora, a legitimidade tem como pré-requisito o princípio da participação, em que cada âmbito do funcionamento da vida institucional, da formação de personalidade e da continuidade da tradição cultural, a contribuição reflexiva dos indivíduos é fundamental. Assim, a participação é entendida como uma atividade que pode ser efetuada nos contextos social e cultural. (BENHABIB, 2006[1992], p. 121-122).

Essa noção de participação, com ênfase na determinação das “normas de ação” por meio do “debate prático” de todos os que por elas são afetados, proporciona uma nova concepção de espaço público. Criam-se procedimentos pelos quais as afetadas e os afetados pelas normas sociais gerais e decisões políticas coletivas podem intervir em sua “formulação, estipulação e adoção”. Nesse interim, a esfera pública “aparece” onde e quando as afetadas e os afetados começam um discurso prático, avaliando a validade dessas normas e decisões. Desse modo, o modelo discursivo de legitimidade e a visão discursiva de espaço público são procedimentais. O diálogo normativo se estabelece mediante “condições ideais de fala”, que se restringem, normativamente, por condições de “respeito moral universal e de reciprocidade igualitária”. Essas restrições impostas ao discurso, que também estão sujeitas a reivindicação discursiva, evitam os dilemas que nascem dos “resultados políticos majoritários”. (BENHABIB, 2006[1992], p. 122-124).

Sobre esse assunto, Benhabib aponta que há uma tensão, compartilhada pelos teóricos comunicativos ou discursivos, entre a vontade de que o diálogo sem limites não esteja submetido às restrições liberais tradicionais e o fato de não permitir que os procedimentos de decisão pela maioria corrompam as liberdades e os direitos. Nesse caso, a autora discorda de John Rawls e Kenneth Baynes, respectivamente, por não crer que hajam temas que devam estar “fora do limite” ou que devam ser eliminados da pauta do discurso. (BENHABIB, 2006[1992], p. 124).

Os direitos humanos, civis e políticos são um exemplo de temas que nunca estão “fora” da controvérsia e do debate público. São normas institucionais que constituem e regulam as discussões nas sociedades democráticas e não podem ser eliminadas por decisão de uma maioria simples. Embora não se possa mudar esses direitos sem procedimentos jurídicos e políticos, sempre se está discutindo sobre “significados, alcances e jurisdição”. (BENHABIB, 2006[1992], p. 124-125).

Na visão de Benhabib (2006[1992], p. 126), todas as teorias da publicidade, do espaço e do diálogo públicos devem pressupor uma distinção entre público e privado. Na tradição do pensamento político ocidental e até os dias de hoje, a distinção entre ambas as esferas relegou determinados assuntos e atividades tidos como femininos — trabalho doméstico, reprodução, criação e cuidado de crianças, de idosos e de doentes — ao domínio doméstico-familiar, mantendo as mulheres fora do debate público. Essas questões são consideradas como assuntos de “vida boa”, de valores e interesses “não generalizáveis”, tendo sido, por conseguinte, tratadas como “naturais”, “imutáveis” e inacessíveis à análise discursiva. Por esta razão, questionar a diferenciação do “discurso moral e político contemporâneo”, na medida em que privatiza essas questões, seria fundamental para torná-las públicas.

Três diferentes dimensões são mencionadas pela tradição moderna de pensamento político: a “privacidade”, os “direitos de privacidade” e a “esfera privada”. A primeira é compreendida como a “esfera da consciência moral e religiosa”, em que o próprio indivíduo é quem decide como deve conduzir a sua vida, de acordo com a sua própria consciência e visão de mundo. Como resultado da separação entre Igreja e Estado e dos avanços da ciência, o significado da vida com base na fé foi considerado racionalmente “irresolúvel”. A segunda dimensão acompanhou o “estabelecimento final” da separação entre Igreja e Estado, com os “direitos de privacidade” relativos às liberdades econômicas. Com o declínio da economia de subsistência e o surgimento de mercados nacionais, a privacidade foi entendida como não intervenção do Estado político nas relações mercantis, bem como na não interferência no livre mercado da força de trabalho. (BENHABIB, 2006[1992], p. 126-127).

A terceira dimensão, a “esfera privada” ou “íntima”, é percebida como o domínio do lar. As tensões entre a busca do “cidadão varão burguês” pelos seus direitos de autonomia nas esferas religiosa e econômica contra o Estado e as relações não consensuais e não igualitárias estabelecidas no espaço doméstico, restringiam as questões de justiça à esfera pública, enquanto se considerava que a esfera privada estava fora do âmbito da justiça. A reunião das liberdades religiosas e econômicas com a “liberdade de intimidade” sob o desígnio de “questões privadas de vida boa”, tiveram duas consequências: a teria moral e política normativa, incluindo a ética discursiva de Habermas, omitiram as diferenças de gênero e das experiências dos sujeitos “masculinos” e “femininos” em todos os domínios da vida e não consideraram como existentes as relações de poder que se estabelecem na “esfera íntima”. (BENHABIB, 2006[1992], p. 127).

Por último, conceito de “intimidade” não permitiu a visualização, tal como Fraser demons-

trou, de que o trabalho das mulheres na esfera privada não é considerado trabalho e, portanto, não é remunerado. E, além disso, que as normas que regulam a divisão sexual do trabalho no espaço doméstico foram colocadas “fora do alcance da justiça”. Por isso é que o movimento de mulheres e o movimento feminista têm tornado os assuntos privados em “questões públicas de justiça”, de modo que a separação entre público e privado e entre questões de justiça e de “vida boa” têm sido “renegociada”, “reinterpretada” e “rearticulada”. (BENHABIB, 2006[1992], p. 128). O objetivo de Benhabib em levantar esses pontos não é o de tão somente criticar as formulações da teoria crítica de Habermas, mas o de evidenciar uma área em que há uma falha conceitual e uma ausência de questionamento político nos debates contemporâneos.

O modo tradicional de separar as esferas pública e privada integraram um discurso que “legítima” a opressão e a exploração de mulheres no espaço doméstico. Porém, o modelo discursivo, que parte da reciprocidade igualitária e elabora a democratização das normas sociais, não pode objetar a democratização das normas familiares, tampouco as normas que também regulam a divisão sexual do trabalho no âmbito do lar. (BENHABIB, 2006[1992], p. 128).

Nesse sentido, Benhabib concorda com Fraser quando da impossibilidade de antever a “natureza” dos assuntos que serão debatidos; que o modelo habermasiano de esfera pública privilegia discursos racionalistas diante de outras maneiras de expressão pública mais evocatórias e, denota certa timidez pelo fato de minimizar o papel e a posição dos sujeitos em um mesmo público. No entanto, Benhabib compreende que esses elementos não afetam o “princípio” da esfera pública, que é essencial para a “justificação” da política democrática. E, ademais, discorda de Fraser quanto a sua leitura sobre os “múltiplos públicos”, pois na percepção de Benhabib, distintos e múltiplos são os públicos que discutem diferentes assuntos e Habermas, nesse sentido, não teria proposto uma esfera pública monista. (BENHABIB, 2006[1992], p. 137).

No que diz respeito às questões de justiça, o movimento pela emancipação das mulheres e a ética discursiva sustentam que somente as relações de reciprocidade igualitária, em que haja respeito mútuo e compartilhamento dos encargos por parte das envolvidas e dos envolvidos, podem ser consideradas “justas” do ponto de vista moral. As relações convencionais e o que se espera dos “papéis” de esposa/marido, mães/pais e filhas/filhos se abrem, assim, ao “questionamento”, a “renegociação” e a “redefinição”. De acordo com a autora, é o processo discursivo sem “restrições” e sem “cálculos morais” que permite reestabelecer as fronteiras entre as questões de justiça e de “vida boa”, os interesses públicos e as necessidades privadas e os valores privados, bem como as normas públicas compartilhadas, tendo sido questionados os seus tradicionais significados. (BENHABIB, 2006[1992], p. 129).

Entretanto, não só a teoria discursiva deve ser confrontada com as reivindicações feministas, mas também a própria teoria feminista carece de um modelo de espaço e de discurso públicos. A crítica feminista ao modelo de “esfera pública” de Habermas deve ser complementada por uma teoria crítica feminista de esfera pública. Esse modelo crítico é fundamental para traçar o limite

entre “judicialização” (*Verrechtlichung*) e o “fazer público”, no sentido de tornar acessível ao debate “a reflexão, a ação e a transformação político-moral”. Tornar públicas questões de preocupação e interesse comuns significa convertê-las em modo acessível à formação discursiva da vontade e, desse modo, democratizá-las. O modelo discursivo é compatível com o anseio emancipador dos novos movimentos sociais, como o de mulheres, em que se podem questionar os “dualismos normativos” sob o viés do “contexto e subtexto de gênero”. (BENHABIB, 2006[1992], p. 130-132).

Portanto, o objetivo de Benhabib está longe de lamentar a invisibilidade das questões de gênero no pensamento contemporâneo, porque o seu intuito é indagar quais são as consequências dessa invisibilidade para as teorias morais universalistas ou da esfera pública. A exclusão das mulheres na formulação e análise dessas teorias por parte de alguns autores aponta uma “omissão política” e um “déficit epistemológico”. Por este motivo, Benhabib sugere uma interação dialética entre a teoria feminista e o modelo habermasiano de esfera pública, a fim de reconstruir tal modelo incorporando as críticas feministas e, desse modo, possibilitar que estas repensem sobre esferas públicas alternativas. (BENHABIB, 2006[1992], p. 27).

Em relação a democracia deliberativa, Benhabib (2007[1996], p. 47-48) escreve que as sociedades democráticas modernas devem assegurar que a “legitimidade”, o “bem-estar econômico” e a “identidade coletiva” coexistam de forma equilibrada. Tais demandas são consideradas “bens públicos”, tendo em vista que sua realização é considerada “valiosa e desejável” por parte considerável dos membros dessa sociedade. Contudo, o que interessa a autora é o “bem da legitimidade”, já que esta deve ser concebida como a consequência de uma deliberação livre e não constrangida de todas e todos acerca de questões de interesse comum. Assim, argumenta que a esfera pública de deliberação sobre preocupações comuns é fundamental para a legitimidade das instituições democráticas.

Para Benhabib (2007[1996], p. 48), a democracia é

[...] um modelo para a organização do exercício público e coletivo do poder nas principais instituições de uma sociedade com base no princípio segundo o qual as decisões que atingem o bem-estar de uma coletividade podem ser vistas como o resultado de um procedimento de deliberação livre e racional entre indivíduos considerados iguais política e moralmente.

O excerto acima permite a compreensão de que conceito de democracia descrito pela autora privilegia o modelo deliberativo, que permite a reflexividade relativa às preferências e opiniões individuais. Esse processo de “articular boas razões em público” coloca o indivíduo na posição de pensar e questionar o que seria uma “boa razão” para todas e todos os envolvidos, de modo que se reflita sob o ponto de vista de todas e todos “a quem se suplica o consentimento”. Nenhuma pessoa pode convencer os outros em público sobre o seu posicionamento se não for capaz de explicar por que aquilo que parece ser, para ela, “bom, plausível, justo e conveniente” também pode ser considerado assim por todos os envolvidos. Portanto, argumentar a partir da perspectiva de todos os

afetados requer coerência sobre suas próprias concepções e uma “mentalidade ampliada”, como colocou Hannah Arendt. (BENHABIB, 2007[1996], p. 54-55).

É procedimentalista esse modelo deliberativo de democracia, já que reforça práticas e procedimentos institucionais para alcançar decisões sobre temas que seriam obrigatórios a todas e todos. Diante disso, Benhabib menciona três elementos adicionais sobre essa noção de democracia: a) “pluralismo de valores”, em que os acordos devem ser buscados nos “procedimentos, processos e práticas” de efetuação e de reexame das convicções, sendo o procedimentalismo uma resposta racional diante de conflitos de valores no âmbito substantivo; b) “conflitos de interesses na vida social”, em que os procedimentos democráticos teriam que verificar se são “legítimas as condições de cooperação mútua” para serem considerados como métodos para “articular, peneirar e ponderar” tais conflitos; c) “pluralismo de modos de associação”, em que se prioriza uma esfera pública de “redes justapostas” e “mutuamente entrelaçadas”, além de associações de “argumentação, contestação e deliberação”. (BENHABIB, 2007[1996], p. 56-58).

Esses elementos desenvolvidos por Fraser e Benhabib encaminham a proposição de um modelo que considere a heterogeneidade dos públicos formadores de opinião. Diferentes contextos e identidades precisam estar presentes entre as afetadas e os envolvidos no debate público, para que o diálogo sobre interesses e problemas comuns seja estabelecido a partir de perspectivas distintas e, ao fim, democratizado. Diversas são as formações sociais que constituem a vida pública e a proposta é a de que a racionalidade e a imparcialidade permeiem as deliberações em público e as decisões das instituições públicas.

Portanto, as discussões sobre gênero, raça e sexualidade, partindo de diferentes públicos, são instrumentos que podem ampliar a concepção crítica do ensino e da aplicação do Direito. Mas os debates com cunho feminista não devem carregar o estigma de “coisas de mulheres”, pois são um importante viés ponderador e questionador da realidade social. Assim, a promoção dessas discussões, nas universidades⁸ e nas instituições públicas de tomadas de decisão⁹, pode tentar minimizar a representação do Direito como “técnica de controle social” que se pretende “neutra, universal e abstrata”. (RABENHORST, 2009). Desse modo, não só é importante a participação e a representação de mulheres nos cursos de ensino superior e nas instituições públicas de tomadas

8 Na Graduação e na Pós-Graduação em Direito, em universidades públicas e particulares, têm-se exemplos de disciplinas eletivas ou optativas que envolvem essas discussões e podem ser cursadas conforme o interesse discente. Vejam-se, por exemplo, as disciplinas “Direito e Feminismos”, ministrada em 2017 na Universidade Federal de Santa Catarina; “Gênero, Sexualidade e Direito”, ministrada em 2018 na Fundação Getúlio Vargas/Rio; e “Introdução à Teoria Feminista do Estado e do Direito”, ministrada em 2019 no Programa de Pós-Graduação Direito Político e Econômico, Mackenzie/SP. Todas as ementas podem ser consultadas, respectivamente, em <https://ccj.ufsc.br/files/2017/03/DIR6001-Direito-e-Feminismos-20171.pdf>; https://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u1882/ementa_-_eletiva_-_genero_sexualidade_e_direito.pdf e https://www.mackenzie.br/fileadmin/ARQUIVOS/Public/6-pos-graduacao/upm-higienopolis/mestrado-doutorado/direito_politico_eco/2019/matriz/Introdu%C3%A7%C3%A3o_%C3%A0_Teoria_Feminista_do_Estado_e_do_Direito_-_portugues.pdf. Acesso em: 7 jul 2020. Se esses debates também permeassem as disciplinas obrigatórias, haveria a possibilidade de ampliar o pensamento crítico-reflexivo sobre o Direito.

9 As trajetórias dos movimentos feministas foram fundamentais para a aprovação da Lei Maria da Penha — Lei nº 11.340/2006 —, embora o Poder Judiciário tenha mostrado resistências às perspectivas feministas. Sobre esse assunto, veja OLIVEIRA, Tatyane Guimarães. Feministas ressignificando o direito: desafios para aprovação da Lei Maria da Penha, *Direito & Práxis*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 1, 2017, p. 616-650.

de decisão, mas também que elas sejam sujeitas ou agentes do conhecimento no âmbito do Direito. Esse cenário possibilitaria a ampliação dos espaços públicos de transformação e emancipação social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A teoria do discurso trabalha com a concepção de que todos os temas e assuntos são questionáveis. Nesse sentido, a perspectiva procedimentalista de esfera pública e democracia visa superar a visão liberal e republicana, centrando-se na pluralidade de formas comunicativas em que se pode constituir uma vontade. Desse modo, as circunstâncias de comunicação e os procedimentos seriam os responsáveis por conferir legitimidade à formação institucionalizada da opinião e da vontade.

Ocorre que essa participação das afetadas e dos envolvidos na deliberação pública pressupõe que todos estejam em igualdade de condições, desconsiderando as desigualdades e as diferentes dimensões da dominação masculina no âmbito econômico, jurídico, político e social. Uma das maneiras encontradas para levantar esse debate se deu a partir de uma leitura de gênero, que pode ser entrelaçada, por exemplo, com questões de classe, raça e sexualidade. E no contexto brasileiro, o aspecto religioso também se apresenta como uma categoria de análise.

Entretanto, o que se pretende avançar com a teoria crítica feminista diz respeito a uma de suas discussões centrais: a dicotomia entre o público e o privado. A forma de separação dessas esferas pode tanto politizar o debate, quanto invisibilizar e legitimar a prática de injustiças. Portanto, reformular esses limites a partir de um modelo discursivo poderia tornar mais democrática a comunicação sobre os interesses e as vontades comuns entre públicos múltiplos e heterogêneos.

E se o Direito participa da construção de identidades, constituindo sujeitos a partir do discurso, a inclusão de novas perspectivas ampliaria o pensamento crítico-reflexivo sobre o seu ensino e a sua aplicação. O olhar crítico das teorias feministas, tanto para as teorias tradicionais, quanto para a operacionalização do Direito nas instituições jurídicas, pode contribuir para a construção de um espaço transformador nas universidades e nas instituições públicas de tomadas de decisão, em que se reflita sobre os problemas sociais a partir de diferentes perspectivas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BENHABIB, Seyla. O outro generalizado e o outro concreto: a controvérsia Kohlberg-Gilligan e a teoria feminista. In: BENHABIB, Seyla; CORNELL, Drucilla (coords.). **Feminismo como crítica da Modernidade**. Tradução de Nathanael da Costa Caixeiro. São Paulo: Editora Rosa dos Tempos, 1987, p. 87-106.

BENHABIB, Seyla. Modelos de espacio público. Hannah Arendt, la tradición liberal y Jürgen

Habermas. IN: BENHABIB, Seyla. **El ser y el outro en la ética contemporânea. Feminismo, comunitarismo y posmodernismo.** Barcelona: Editorial Gedisa, 2006 [1992], p. 105-138.

BENHABIB, Seyla. Sobre um modelo deliberativo de legitimidade democrática. In: MELO, Rúrion Soares; WERLE, Denilson Luis (orgs.). **Democracia deliberativa.** São Paulo: Esfera Pública, 2007 [1996].

BIROLI, Flávia; MIGUEL, Luis Felipe. **Teoria política e feminismo: abordagens brasileiras.** Vinhedo: Horizonte, 2012.

CAMPILLO, Neus. Feminismo y teoría crítica de la sociedad. In: CAMPILLO, Neus; BARBERÁ, Ester (coords.). **Reflexión multidisciplinar sobre la discriminación sexual.** Valencia: NAU Il·libres, 1993, p. 19-38.

FRASER, Nancy. Que é crítico na Teoria Crítica? O argumento de Habermas e o gênero. In: BENHABIB, Seyla; CORNELL, Drucilla (coords.). **Feminismo como crítica da Modernidade.** Tradução de Nathanael da Costa Caixeiro. São Paulo: Editora Rosa dos Tempos, 1987 [1985], p. 38-65.

FRASER, Nancy. Pensando de nuevo la esfera pública. Una contribución a la crítica de las democracias existentes. In: FRASER, Nancy. **Justicia interrupta: reflexiones críticas desde la posición “postsocialista”.** Traducción de Magdalena Holguín y Isabel Cristina Jaramillo. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Univeridade de Los Andes, Facultad de Derecho, 1997, p. 95-133.

HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa.** 2ª edição. Tradução de Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003 [1962].

HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo: racionalidade da ação e racionalização social.** Tradução de Paulo Astor Soethe. São Paulo: Editora WMO Martins Fontes, 2012 [1981].

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade.** Volume II. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997 [1992].

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro – estudos de teoria política.** Tradução de George Sperber e Paulo Astos Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002 [1996].

LUBENOW, Jorge Adriano. Esfera pública e democracia deliberativa em Habermas – modelos teóricos e discursos críticos. **KRITERION**, Belo Horizonte, n. 121, jun./2010, p. 227-258.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. O feminismo como crítica do direito. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v. 4, n. 3, 2009, p. 22-35.

Recebido em: 11/05/2020

Aprovado em : 01/06/2020

**ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE INCIDENTAL, A
EFICÁCIA DAS DECISÕES E A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL
DO ART. 52, X DA CF: UMA RESPOSTA ÀS CRÍTICAS**

ABTRACTIZATION OF INCIDENTAL CONSTITUTIONAL
CONTROL, THE EFFECTIVENESS OF DECISIONS AND THE
CONSTITUTIONAL MUTATION OF ARTICLE 52, X OF
BRAZIL'S CONSTITUTION: A RESPONSE FOR CRITICISM

Guilherme Lucas Valério*
Fábio Fernandes Neves Benfatti**

*Pós-graduado em DIREITO
CONSTITUCIONAL e
DIREITO DO TRABALHO.
Advogado. Contato:
guilhermelvalerio@gmail.com.

**Doutor em Direito Político e
Econômico pela Universidade
Presbiteriana Mackenzie, Mestre em
Direito Negocial pela Universidade
Estadual de Londrina, Advogado e
autor de livros.

Como citar: VALÉRIO, Guilherme Lucas; BENFATTI, Fábio Fernandes Neves. Abstrativização do controle incidental, a eficácia das decisões e a mutação constitucional do art. 52, X da CF: uma resposta às críticas. **Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania – IDCC**, Londrina, v. 5, n. 1, p 111-127, jan/jul, 2020. ISSN: 2596-0075.

Resumo: O trabalho procura responder às críticas sobre a mutação constitucional do artigo 52, X da CF, compreensão que fora pensada por parte da doutrina e encampada pelo STF em sua composição atual. A interpretação do inciso propõe a sistematização das decisões do tribunal e seu consequente respeito independentemente de o processo ser objetivo ou incidental. Apesar disso, não se pode esquecer acerca de alguns institutos existentes no direito pátrio, motivo pelo qual não podem ser desmaterializados. Para tanto, introduzimos o assunto com os conceitos mais importantes para a compreensão do tema de controle de constitucionalidade e a mutação constitucional, seguida do papel dos poderes nesse controle e a exposição de todas críticas relevantes que infirmam a referida posição. Como consequência do objetivo, o artigo propõe uma tentativa de harmonização dessa mutação com o sistema de controle de constitucionalidade existente, bem como a própria constituição, com a valorização do precedente como ferramenta para evolução jurisprudencial.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade, abstrativização

do controle incidental, art. 52, X da CF.

Abstract: The work finds an answer for the criticism about the constitutional mutation of article 52, X in Brazil's Constitution position thought by part of the doctrine and endorsed by the Supreme Court in your current composition. The comprehension proposes made a system from the decisions of the Court to be respected from objective or incidental control. In spite of that, one cannot forget about some existing institutes in the national law, reason why they cannot be dematerialized. For the purpose, introduces the definitions and more important concepts for the main theme followed about constitutional control and constitutional mutation, followed by the performance of each power in constitutional control and the exposed of all criticism that reduces the importance of this meaning. By the consequence of this, the article pretends a harmonic understanding of the mutation and the current constitutional control system by an appreciation of precedent as an evolutional jurisprudential tool.

Keywords: Constitutional control, abstractization of incidental constitutional control, art. 52, X of Brazil's Constitution.

INTRODUÇÃO

Nos países que adotam a teoria Kelseniana como suporte constitucional, há limites estabelecidos nos quais todos os poderes devem respeitar pois decorrem da própria natureza do Estado Democrático de Direito. Ao garantir as instituições, a carta mantém o complexo jurídico-normativo por um árduo trabalho de respeito e orientação por aquilo que fora objeto da vontade de um povo estampada nesse documento maior.

Nesse contexto se insere a nova concepção sobre o modo como se garante a estabilidade da estrutura constitucional brasileira, que também adota o modelo Kelseniano, pelo controle de constitucionalidade das normas sustentada primordialmente pelo Poder Judiciário em sua atividade típica.

Assim, para garantir essa estabilidade e reforçar a confiabilidade no sistema, o Poder Judiciário procura mecanismos para garantir a autoridade de suas decisões e meios de integrar a aparente contradição entre as normas do sistema jurídico. Para tanto a existência da hermenêutica constitucional é essencial para a manutenção da respiração constitucional e sua conexão com a realidade, garantida pela integração.

O artigo irá analisar a nova compreensão do art. 52, X da CF e sua compatibilidade com as normas do sistema constitucional brasileiro, bem como a integração com outros institutos já existentes que pretendiam resolver o problema da respeitabilidade das decisões do tribunal supremo constitucional e que possuem a mesma tarefa. Para tanto, compreenderemos o contexto, as críticas e, depois, a posição.

1. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL E A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

a. O controle de constitucionalidade

A relação de controle de constitucionalidade mantém estrita conexão com a ideia de rigidez constitucional e, assim, inegável a contribuição de Kelsen (2006) quando atribui à Carta Fundamental o papel de protagonista da estrutura jurídica, principalmente quando dá sentido as normas delas decorrentes por meio do princípio da compatibilidade vertical. Em consequência, há controle de constitucionalidade quando a norma constitucional não puder ser alterada por uma lei infraconstitucional ordinária¹. Em apertada síntese, define-se controle da constituição, nas palavras de Dantas (2018, p.179):

O controle de constitucionalidade consiste justamente na fiscalização da adequação (da compatibilidade vertical) das leis e demais atos normativos editados pelo Poder Público com os princípios e regras existentes em uma constituição rígida,

¹ Esse sistema em que norma ordinária infraconstitucional altera uma norma constitucional é de um sistema existente no processo de constituição flexível.

para que se garanta que referidos diplomas normativos respeitem, tanto no que se refere ao seu conteúdo, quanto à forma como foram produzidos, os preceitos hierarquicamente superiores ditados pela carta magna.

A atividade de integridade e sustentação normativa constitucional é, acima de tudo, institucional, pois visa a manter o sistema íntegro e não propriamente de decidir sobre casos particulares. No Brasil, o controle de constitucionalidade é atividade típica do Poder Judiciário e pode ser de duas espécies: pela via principal ou pela via incidental.

Controle pela via principal seria aquele realizado por um órgão judicial, ou poucos, com atividade principal de análise da constitucionalidade da norma em si (material) ou o modo de sua construção (formal) com o objetivo de harmonizar o sistema em lide de caráter objetivo, sem partes, mas com legitimados institucionais (BARROSO, 2016). Historicamente foi a Constituição Austríaca consagrou a existência de um Tribunal Constitucional com exclusividade para o exercício de controle judicial de constitucionalidade, apoiado em Hans Kelsen e na rigidez constitucional, diverso do sistema americano (MORAES, 2017).

Para esclarecer, importante separar que o controle pela via principal seja sinônimo de controle concentrado, pois nem sempre são coincidentes. O primeiro diz respeito ao número e papel dos órgãos para o controle de constitucionalidade; já o segundo compreende o objeto - análise da constitucionalidade de uma lei de modo abstrato, ou seja, somente pela análise normativa em si. Um exemplo para diferenciar as situações é a ação de intervenção² em que há a utilização da via principal, mas se trata de um controle do caso concreto e não em abstrato.

Por outro lado, há o controle realizado pela via incidental. Classicamente, originou-se no caso *Madison versus Marbury* nos EUA. Nessa espécie o controle é uma questão prejudicial ao pedido principal, obstáculo necessário para o julgamento concreto da causa. Do mesmo modo, não há que confundir controle pela via incidental – apreciação de uma questão prejudicial em um caso concreto- com controle difuso – desempenhado por qualquer juiz ou tribunal em sua atividade regular. A regra é que eles sejam sinônimos, mas há a exceção: a arguição de descumprimento de preceito fundamental que trata de um controle incidental concentrado (BARROSO, 2016).

Compreendida as definições, importante ressaltar os efeitos que cada modalidade sustenta. De acordo com Barcellos (2018), o controle difuso-incidental declarado no contexto de uma demanda afeta as partes litigantes e suas pretensões, mas essa aplicação de constitucionalidade não faz coisa julgada e não impacta sobre a vigência da norma em abstrato em relação a todos os outros litigantes e processos; já nos casos de controle abstrato-concentrado, em oposição, formar-se-á coisa julgada em relação aos pedidos e a própria decisão, valendo-se *erga omnes*, portanto, em consideração a atividade institucional do controle e em razão de o pedido principal ser a análise da sua constitucionalidade.

Por outra razão, importante não confundir o alcance dos efeitos com a sua conseqüente modulação. No primeiro caso, a relação é de extensão subjetiva; no segundo, se relaciona com a decisão e a partir de qual momento (temporal) ela poderá ser aplicada, se com efeitos retroativos

² Art. 34 e ss. da CF.

(*ex tunc*), ou efeitos prospectivos (*ex nunc*).

Com relação aos legitimados para sua propositura, pela via principal, o art. 103 da CF define seu rol que se repete em todas essas modalidades de controle no direito brasileiro³, exceto na ação direta de inconstitucionalidade interventiva que tem uma previsão particular no art. 34 da CF e Lei nº 12.562/11. Conforme vimos, a limitação de legitimados para o controle principal justifica-se pelo caráter institucional da sua natureza e assim é limitada a órgãos e entidades (BARROSO, 2016). Doutra lado, pela via incidental, como se trata de um processo judicial em que o controle é questão prejudicial, qualquer sujeito que possua capacidade processual poderá argui-la.

Diante do panorama geral sobre o controle de constitucionalidade, modalidades, origem, seus efeitos, legitimados e compreensão no direito brasileiro, passamos a frente.

b. Mutação constitucional

A Constitui o não   um texto est tico pois reproduz a ideia de um povo em determinado momento da história e, nesse sentido, para manter sua força e integridade, também a interpreta o deve possuir respaldo social. Compreender como as ideias evoluem, a partir do texto e da história,   essencial para compreensão da no o de muta o constitucional.

Nos dizeres de Sarlet (2017) uma das fun es do documento constitucional   assegurar estabilidade das institui es políticas e jurídicas reforçada pela rigidez constitucional, embora alter la não diminua tal sustento. Assim, em um ambiente marcado por essa modalidade de estabilidade constitucional pode-se alter la por meio dos mecanismos formais de mudança previstos em seu próprio texto, ou seja, as emendas constitucionais; ou pelos mecanismos informais, não previstos no texto, chamados de muta es constitucionais ou mudanças tácitas, definidos, de modo simples, como uma altera o do sentido da norma sem necessidade de modifica o textual. Bulos (1996, p. 25-43) delimita da seguinte forma:

Assim, denomina-se muta o constitucional, o processo informal de mudança da Constitui o, por meio do qual são atribuídos novos sentidos, conteúdos até então não ressaltados   letra da *Lex Legum*, quer através da interpreta o, em suas diversas modalidades e métodos, quer por intermédio da constru o (construction), bem como dos usos e costumes constitucionais. (...) A experiência constitucional dilucida que o fen meno da muta o constitucional independe da rigidez do Texto Magno. Tanto as cartas rígidas como as flexíveis estão sujeitas ao influxo de novos sentidos, novos significados, que, embora não mudem a letra dos preceptivos supremos do Estado, conferem-lhes conteúdos ainda não contemplados, quer através da interpreta o e da constru o judicial, quer por meio dos usos e dos costumes constitucionais.

Tal compreensão não   momentânea, mas sim uma constru o, um entendimento reiterado e consolidado que o tempo edifica e, apesar disso, não quer dizer que não há limites. O sentido

3 Na ADPF (Art. 2 , I da Lei n  9.882/99); em ADIn, ADIn por Omissão e ADC (Art. 2  e 12-A da Lei n  9.868).

atribuído deve ser conduzido pela própria constituição como um sistema- um tribunal colegiado é composto de vários membros, nenhum magistrado tem, *per si*, a competência e autoridade de atribuir a definição do que entende ser o direito, pois o entendimento que irá prevalecer é do todo seja como um consenso ou maioria. A própria composição do tribunal seria suficiente para essa diversidade de ideias que não só oxigena a compreensão constitucional como acrescenta solidez a compreensão ao compor um sistema mais representativo. Por essa razão não se pode interpretar a mutação como razão antidemocrática.

Quando há a mutação constitucional e sua alteração de sentido, não se trata de uma modificação no texto constitucional, que se mantém intacto, mas sim compreende-se uma mutação no sentido do texto e seu modo de interpretar perante o sistema jurídico como um todo integrativo.

Nesse entendimento, interpretar uma norma constitucional e atribuí-la razão orientada pela constituição e à realidade fática momentânea, é papel da chamada mutação constitucional, sem que o texto, em si, seja modificado.

2. O papel do Legislativo no controle de constitucionalidade e art. 52, X da CF

Compreendidas as ideias gerais sobre controle de constitucionalidade e as possibilidades de alteração da constituição rígida, passemos a analisar o caso específico do ordenamento brasileiro e o *modus operandi* do controle de constitucionalidade.

O art. 52, inciso X da CF dispõe: “Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;”.

A atribuição contida no artigo compreende caso em que o STF decida incidentalmente (vimos que no principal o efeito é além das partes) eventual interpretação normativa com incumbência de o Senado atribuir a ela efeitos *erga omnes* suspendendo a execução da lei por meio de resolução legislativa. Isso porque no controle abstrato o efeito já é *erga omnes* sem a necessidade de intervenção do Senado.

Historicamente, a intervenção do Senado tem origem no direito norte-americano, isto porque lá as decisões dos tribunais superiores são vinculantes aos demais órgãos- em razão do *stare decisis* (BARROSO, 2016). Porém, as decisões dos tribunais superiores por aqui não são congruentes ao modo como se opera nos Estados Unidos da América. Desta forma, o conceito do *stare decisis* não fora incorporado e a alternativa, diante dessa lacuna de os tribunais supremos conferirem determinada interpretação a uma decisão sem que ela tenha algum efeito além das partes, foi conferir atribuição da suspensão ao Senado, como visto.

Em relação a suas características, temos algumas peculiaridades. Primeiro, como afirma Moraes (2017), pacífica é a doutrina de que o Senado não está obrigado a editar tal resolução e,

em consequência, os efeitos da resolução são *ex nunc*⁴, justamente porque a redação do artigo diz “suspender” e não trata de negar sua vigência desde sua produção. Assim, a resolução do Senado não revoga a lei/decreto, ela simplesmente suspende a execução – opera no plano da eficácia e não da validade, as relações anteriores à resolução serão apreciadas em cada caso concreto (SLAIBI FILHO, 2009). Por óbvio, caso o Senado decida pela suspensão, deve fazer nos termos do que fora decidido pelo STF (em relação a parte que pretende suspender a execução). Sobre isso, pondera Martins (2006) que caso ocorra eventual prejuízo pela forma como fora feita a suspensão, sua eventual ausência, ou mesmo eventual inexistência de modulação dos efeitos, deva ser questionado judicialmente.

Como meio de operar, Streck (2019) explica a diferença entre “suspensão da execução” da lei e “retirar a eficácia da lei” – atributo essencial para compreender a diferença entre controle difuso e concentrado de constitucionalidade. Assim, uma coisa é a lei deixar de ser executada, pois suspensa, outra é retirá-la do ordenamento por complexo e eliminar sua existência. Reforça Simão (2015) que esse papel não é somente conferir eficácia geral, pois os outros sujeitos não são afetados pela coisa julgada, a finalidade do instituto é retirar eficácia da lei. Quinaud Pedron (2015) compreende da mesma forma que esse papel do Senado não analisa somente a questão da legalidade, mas em conjunto com a doutrina, a sociedade, entre outros fatores políticos (natureza do dispositivo). Assim, o caráter é político, porque não há a possibilidade de represália em razão de inércia do Senado.

Mas, questiona-se: o Senado, e o legislativo como um todo, tem alguma relevância no controle de constitucionalidade além desse art. 52, X?

Sim. O Poder Legislativo poderá participar do controle de constitucionalidade em dois momentos: preventivamente ou de modo posterior à construção da norma. Primeiro, trata de um controle prévio (a priori) no projeto de norma- quando ela ainda está em formação. Por meio do controle preventivo, o poder legislativo, em ambas as casas, analisa a constitucionalidade do projeto de lei por meio da Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) que tem esse como seu princípio fundamental de existência⁵. Segundo, em controle pós formação normativa, poderá realizá-lo por meio da sustação dos atos normativos editados pelo Poder Executivo- art. 49, V da CF ou quando veta determinada Medida Provisória editada que entende inconstitucional -art. 62 § 5º da CF.

Por essa consequência e conclusão, percebe-se que em ambos os casos o Poder Legislativo exerce um papel ativo na manutenção da estabilidade constitucional, e reforça o sistema de freios e contrapesos, diante da sua relevância e densidade. Deste modo, eventual argumento que um novo entendimento desse inciso implicaria em diminuição da participação do poder legislativo no controle de constitucionalidade é vazio.

4 Nesse sentido: MORAES, Alexandre de, Direito Constitucional, 33ª ed. rev. e atual., São Paulo: Atlas, 2017, p. 526; MARTINS, Flávio, Curso de Direito Constitucional, 1ª ed., São Paulo: Editora, Revista dos Tribunais, 2017, p. 592; DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo, Direito Processual Constitucional, 8ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 205.

5 Regimento Interno da Câmara dos Deputados em seu artigo 53, III e o Regulamento do Senado no Art. 101, I.

3. A abstrativização do controle incidental de constitucionalidade ou abstração do controle difuso de constitucionalidade

Até agora compreendemos o aspecto geral sobre o controle de constitucionalidade e, principalmente no Brasil, os meios de se alterar a constituição tanto formais quanto informais e o papel do poder legislativo nesse processo com a apresentação principal do inciso X do art. 52 da CF. Passemos agora a abordar um conceito recente sobre a tentativa de o Poder Judiciário interpretar a constituição e organizar o sistema jurídico com o objetivo de atribuir maior igualdade às decisões ao dar maior segurança jurídica aos jurisdicionados por atribuir um entendimento uniforme quanto a determinada questão jurídica independentemente do modo pelo qual tal questão chegou ao tribunal supremo.

Para compreensão do que se entende por abstrativização, Mendes (2017, p.881, 1037 e ss.), principal voz junto com Lucio Bittencourt, temos:

Em outros termos, se o STF declara, em caráter incidental, a inconstitucionalidade de norma em dado processo e, ao mesmo tempo, afirma que aquela decisão repercutirá ou será aplicada de determinada forma em outras situações, está a reconhecer a eficácia transcendente de sua decisão independentemente de intervenção do Senado.

Porém, não se pode confundi-la com a transcendência dos motivos determinantes que em conceito pretende atribuir eficácia aos motivos da decisão e não somente do dispositivo, ao passo que a abstrativização atribui eficácia geral ao que fora decidido (dispositivo) em relação a um processo específico objeto de controle incidental (PAULO, 2016). Muito embora alguns autores pensam que a consequência dessas duas situações é indissociável – havendo abstração do controle concreto, haverá, por consequência a transcendência dos motivos em razão da própria natureza do recurso extraordinário.

Historicamente a questão da abstrativização teve uma evolução. Em princípio, o STF possuía um precedente por manter a literalidade do artigo quando do julgamento da Reclamação n. 4.335-AC⁶. Na ocasião, o Min. Gilmar Mendes, voto vencido, ponderava que a função do Senado é eminentemente histórica com efeito de dar publicidade e cita a mutação constitucional para a alteração da interpretação. Em seu fundamento, mostrou um precedente do tribunal em que a declaração de constitucionalidade em sede de recurso extraordinário fez manifestamente improcedentes ações diretas que versavam sobre a mesma questão⁷. A compreensão sustenta a força da decisão submetida a critério do supremo, independentemente do modelo adotado no controle de constitucionalidade. Nos dizeres de Barroso (2016) manter a interpretação literal do inciso é um ser anacrônico após a vinda da CF/88.

Em 2017, o tribunal fora posto à prova pela discussão iniciada pelo Min. Alexandre de

6 BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Rcl N° 4335 AC, rel. Min. Gilmar Mendes, Data de Julgamento: 20/03/2014.

7 Precedente: BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI N° 4071 AgRg/DF, rel. Min. Menezes Direito, Data de julgamento: 22.04.2009.

Moraes nas ADI 3406 e ADI 3470 que, apesar de ser realizado em controle principal, trouxe à tona o art. 52, X da CF novamente⁸. Com o mesmo esforço, Mendes reafirmou sua interpretação, mas a manteve por outro argumento ao justificar que o STF pratica a modulação de efeitos em sede de controle incidental – o que só faria sentido quando o tribunal pretende que seus votos sejam reproduzidos em outros julgados e respeitados de modo vinculante em todo o território nacional e órgãos da República.

Conforme expusemos, abstrativização do controle incidental pretende atribuir efeito *erga omnes* às decisões em controle incidental sem a necessidade da declaração do Senado Federal, conforme literal disposição do art. 52, X da CF. Essa mudança de entendimento do inciso desse artigo não só tem importância na estruturação do sistema jurídico ao garantir igualdade no tratamento da mesma questão jurídica, como também admite o respeito às decisões das cortes superiores e uniformiza a jurisprudência como um todo. Porém, tal condição e consequência possui muitas críticas. A seguir vamos expor todas as críticas elencadas por artigos, doutrina e as discordâncias acerca da posição adotada pelos ministros.

4. Uma resposta às críticas da abstrativização do controle incidental

Conforme expusemos, a posição clássica é de respeito ao inciso e inexistência de mutação ao caso⁹. São vários os autores que intitulam severas críticas pela mutação do inciso X do art. 52. Algumas mais vagas, outras precisas.

Por uma razão didática, optamos por expor todos os argumentos contrários para ao final, em um todo, respondê-los de maneira incisiva.

Começando, Dimoulis (2016), por exemplo, pondera três consequências sobre o dispositivo. Na primeira, cita os problemas entre mesclar o controle abstrato e o concreto. Apesar de reconhecer as dificuldades em misturar ambos e o excesso de trabalho do tribunal supremo federal, argumenta que seriam possíveis dois entendimentos por essa consequência– admitir o modo clássico de efeitos de cada controle ou “criar” novas regras de competência contrárias ao texto constitucional do art. 52, X, como um poder autocriativo. Porém, essas interpretações autocriativas do STF, ao fim e ao cabo, alteram o texto constitucional e esta é a segunda consequência. Como o dispositivo não deixa claro em qual modalidade de controle ele seria possível, a interpretação sugere que somente seria possível esse controle de maneira incidental e concreta. Por fim, o autor rebate a mutação constitucional como método de interpretação e afirma que não houve efetiva modificação social para que ocorresse a alteração do inciso e que a quantidade de processos não

8 BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI N° 3406/RJ e ADI N° 3470/RJ, rel. Min. Rosa Weber, Data de julgamento: 29.11.2017. No caso em tela, discutiram sobre a interpretação do art. 52, X da CF tendo os Ministros Alexandre de Moraes, apesar de sua ressalva de não ter se manifestado expressamente sobre a questão, e Marco Aurélio Mello pela interpretação literal da Constituição, ao passo que o Min. Gilmar Mendes, Luiz Fux, Celso de Mello, Carmen Lúcia, Edson Fachin e Dias Toffoli, entenderam pela mutação constitucional acerca do referido inciso, ausente os votos dos Min. Ricardo Lewandowski e Min. Roberto Barroso e sem manifestação expressa sobre o assunto da Min. Rosa Weber, ou seja, o resultado de 6 votos favoráveis e manifestação não expressa do Min. Alexandre de Moraes.

9 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, Curso de direito constitucional, 38ª ed., rev. e atual, São Paulo : Saraiva, 2012 e SILVA, José Afonso da, Curso de Direito Constitucional Positivo, 42ª ed. rev. e atual., Salvador : Juspodivm, 2017.

pode ser razão suficiente para alterar o entendimento acerca dessa questão. Do mesmo modo, Heinen (2010) completa que somente por reforma constitucional poderia ser adotado o referido entendimento diante das suas incongruências, apesar de ele atraente.

Por essa última razão, Alencar (2010) critica a essa adoção pela justificativa da excessiva litigiosidade no Brasil e suas desigualdades processuais inerentes, porque adotar essa postura traz uma ofensa à dignidade da pessoa humana e, em consequência, comprova que a doutrina constitucional ao mesmo que enaltece as garantias fundamentais não se preocupa com sua concretização.

Sgarbossa e Iensue (2017) asseveram dois pontos relevantes. Primeiro, entendem forçoso compreender “suspender a eficácia” como “dar publicidade”. Aqui, a posição é diversa daquela explicada por Streck. Isso porque a suspensão da execução não retira a lei do ordenamento, apenas a sua execução está suspensa, ao passo que esses autores afirmam a diferença entre dar simples publicidade e efetivamente fazer com que a norma jurídica não mais produza efeitos, pois suspensa. Também, a abstrativização deste modo violaria o art. 102 par. 2º da CF pois somente ao controle concentrado a eficácia seria *erga omnes*.

Streck (2019), outro grande crítico das posições do supremo federal, traz muitas questões relevantes. Inicialmente, argumenta que se o processo existe para preservar direitos, não se pode, em seu nome, fragilizar a si mesmo e, deste modo, atinge o devido processo legal pois retira o interesse de outros sujeitos participarem da discussão democrática do caso. Completa que, além disso, as partes são limitadas, e assim inevitavelmente faria com que aprofundamento da discussão também se limitasse.

Jorge de Souza (2012) constrói o artigo mais robustamente fundamentado quanto à contrariedade ao instituto. Primeiro, justifica que o grande sucesso do modelo de controle incidental nos EUA se deu por conta do *stare decisis* em que a adoção do entendimento pelas cortes inferiores do que decide a superior é obrigatória, algo que não ocorreu em nossas terras, motivo pelo qual a abstrativização seria um caminho equivocado para a correção desse defeito. Critica a aproximação do controle difuso e concentrado quando da adoção do instituto, porque no controle difuso não haverá coisa julgada quanto à deliberação da matéria constitucional porque é fundamentação da decisão e, também, inevitavelmente a questão prejudicial deverá ter conexão com o pedido do autor da petição inicial e assim há conexão com o caso em específico. Outra complicação é a pretensa ofensa à separação de poderes ao caso, pois o Senado é órgão que representa a população, razão pela qual suprimir tal atribuição é antidemocrático. Por fim, anota um problema formal já que para a construção de uma Súmula Vinculante há necessidade da aprovação do quórum de 2/3 dos ministros e, assim, admitir que determinada tese em controle incidental com maioria absoluta e efeito *erga omnes* esvaziaria a Súmula Vinculante por completo (uma alternativa criada para o controle difuso, mas que não teve boa repercussão).

Santos (2010) propõe uma ideia concreta em um estudo que compara as vezes em que STF comunicou e o Senado cumpriu a determinação do art. 52, X da CF. Conclui que a grande maioria das vezes fora atendido, porém com ausência de regularidade, alguns períodos o Senado

edita muito, em outros nada faz.

O último autor, Macêdo (2013), faz pergunta sistemática à abstrativização: quando há declaração por via incidental, se trata de precedente¹⁰ ou de controle com a pretensa atribuição de abstratividade? Adotar o precedente faz com que a resposta do judiciário se torne mais previsível, com crescimento da segurança jurídica e respeito à isonomia, porém com possível desrespeito das cortes inferiores, diante da ausência da obrigatoriedade vinculatória. Optar pela abstratividade, no entanto, impede que o debate seja mais profundo e plural, impõe uma noção de definitividade e impede a possibilidade de distinção e revogação de um precedente, qualidades que seriam inerentes à evolução do sistema. Sua crítica, portanto, baseia-se na ideia do sistema como um todo e da adoção dos precedentes.

Conhecido todos os autores e todas as críticas possíveis em relação ao instituto, passemos à resposta. Para uma compreensão holística, a resposta estará dentro do próprio texto como um todo só em atenção a cada crítica e ponderação feita acima pelos autores contrários à ideia. Em todos os outros artigos que propõem razões vagas sem apontar precisamente qual o desrespeito à Constituição, como exemplo a violação aos direitos individuais, da dignidade humana, do devido processo legal, ou mesmo do direito fundamental do cidadão, forçoso sua desconsideração. Isso porque é contraditório erigir uma crítica com base nesses fundamentos quando criticam a mesma postura do Supremo Tribunal Federal quando ou definem sua pauta ou julgam determinada questão constitucional. Se estes mesmos que criticam as tomadas de decisões do Tribunal Supremo Federal quando suas razões são vagas e imprecisas e usam das mesmas armas para criticá-los, não temos aqui argumento algum. Se há discricionariedade de lá, havendo discricionariedade de cá, há nada contra nada.

Por tudo, explica-se a adoção da abstrativização do controle incidental e da mutação constitucional do art. 52, X da CF. Certo ou não, ideal ou pernicioso, esse foi o sistema adotado pelo Brasil, mesmo sem o prestígio de todo o complexo formado pelo *stare decisis*, e interpretá-lo não é um modo de correção do sistema jurídico estrangeiro, mas sim uma compreensão do nosso próprio.

Para cada norma constitucional originária¹¹ há em conjunto outras tantas que se agregam ou se opõem a ela com maior ou menor afinidade, razão pela qual a hermenêutica não “adiciona texto”, mas integra as normas como parte de um sistema-conjunto e para tanto não é necessária a reforma constitucional, pois não há nenhuma incongruência. As normas constitucionais originárias possuem mesma hierarquia constitucional. Não é o caso de entender “dar publicidade” como sinônimo de “suspender a execução” e menos de confundi-la com “retirar a eficácia”, mas sim desvelar o direito como sistema harmônico de normas com valores- não é necessária uma reforma

¹⁰ Jurisprudência é um conjunto reafirmado de decisões do tribunal no mesmo sentido; precedente é um caso particular. A diferença é o que se adota como precedente ou jurisprudência. A dificuldade é encontrar a relevante decisão que leva ao precedente. A dificuldade do precedente é estabelecer o que de fato é relevante; da jurisprudência é entender quantas decisões são suficientes para estabelecê-la.

¹¹ Diz-se originária pois é possível a utilização das normas constitucionais originárias como parâmetro de uma emenda constitucional. Porém, o mesmo não é possível em relação a uma norma constitucional originária, ou seja, esta não poderá ser julgada inconstitucional.

constitucional para tal concepção pois é decorrente do próprio sistema, basta que a interpretação não seja literal. A mutação compreende a norma sob outros olhos com o avanço interpretativo de atribuir ponderações de direitos/princípios, inerente às normas Constitucionais nas ideias de Alexy (2008) ou mesmo reconhecer sua plasticidade inerente como Horta (1992). Presente a hermenêutica (independente da mutação), inevitavelmente tem-se a Constituição como sistema- não com leituras textuais absolutas: nenhum direito é absoluto. Se o limite da própria Constituição são as alterações das cláusulas pétreas, com maior razão a mutação também está limitada a tal disposição. O Senado declara a suspensão da execução, essa é a interpretação.

O crescente número de processos já é uma mudança social suficiente para essa interpretação. Essa excessiva judicialização nada mais é que uma busca de respostas para perguntas que a realidade desjudicializada não responde, mas o judiciário sim, em razão da proibição do *non liquet*. Além do mais, é ilógico pressupor que o tribunal fosse demandado para analisar a mesma questão por diversas vezes¹². Mendes (2017) critica que as cortes superiores não podem continuar a ser Cortes de Justiça para casos concretos, pois ficam presos entre a fórmula do artigo e o crescente número de processos. Porém, ainda que se negue tal, existem outras justificativas suficientes para a adoção do instituto da abstrativização e a razão são as mesmas para a adoção dos precedentes judiciais vinculantes e da uniformização da interpretação¹³.

O papel típico do Senado é legislar, ele possui a oportunidade de analisar a constitucionalidade dos projetos legislativos, conforme vimos. Se a inconstitucionalidade passou despercebida, haverá perda de oportunidade e não há antidemocracia nisto. Se a atribuição do Senado é política (art. 52, X), há desrespeito muito maior do Poder Legislativo ao Judiciário quando deixa de agir em conformidade com o inciso, como vimos. Sarlet (2017)¹⁴ entende como um contrassenso a interpretação literal, se não é possível exigir do Poder Legislativo tal atuação, eventual inércia não poderia conduzir a ideia de que a decisão do STF não produziu ou deixou de produzir eficácia vinculante. O estudo feito por Santos (2010) é deveras interessante. No entanto, o artigo apenas analisa números absolutos quanto as resoluções do Senado, sem indicação das comunicações feitas pelo STF. Assim, há possibilidade de ocorrer casos em que o Senado tenha ignorado as comunicações do Tribunal Supremo, o que torna a conclusão do artigo pela ausência mutação constitucional prejudicada. Por outro lado, o Poder Legislativo não fica vinculado à decisão do STF razão pela qual pode, caso queira, agir positivamente e propor uma nova espécie normativa para tentar superar o vício que o Tribunal encontrou ao caso, o chamado *efeito backlash* (reação legislativa) e essa justificativa é suficiente para prestigiar a qualidade democrática do nosso sistema. Em conclusão, o Judiciário, por sua própria natureza, é inerte: a ideia de que o STF tem

12 O acervo atual, ou seja, a quantidade de processos que os onze Ministros possuem para decidir, soma em 38.241-
http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoBOInternet/anexo/Acervo-Lista_Geral2.xlsx, acesso em 20/05/20.

13 Pode-se citar como exemplo o princípio da igualdade já que os jurisdicionados desejam que aos mesmos casos seja dado o mesmo tratamento. Esse desejo cria uma expectativa umbilicalmente vinculada a boa-fé na Administração Pública e da Justiça. Contribui também para maior estabilidade das relações e admite uma confiança nos tribunais para as relações entre os sujeitos o que admite uma maior evolução nessas, entre outras tantas consequências. Portanto, há a concretização desses direitos e não desrespeito conforme afirmam alguns autores.

14 No mesmo sentido: BARCELLOS, Ana Paula de, Curso de direito constitucional, Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 618.

a última palavra é falsa.

Outro argumento contrário à nova interpretação é a fragilização processual diante da pouca participação democrática na discussão do caso, o que tornaria o aprofundamento do discurso como raso e limitado. Porém, não prevalece. A admissão ou não do *amicus curiae* é admitida em ambas as espécies de controle. Com o CPC/15 e sua difusão dos nos processos, bem como a afetação da questão em repercussão geral, ou mesmo a adoção dos recursos repetitivos, tal argumento perdeu fundamento, hodiernamente o supremo adota em diversos julgados e o próprio texto do art. 138 do CPC/15 não limita sua participação nos processos de controle concentrado. Se também o rol de legitimados do controle concentrado é *numerus clausus* nem por isso se entende antidemocrático quando somente um deles inaugura o processo. Por exemplo, apesar de ser reconhecida à Defensoria Pública, desde a sua criação, um papel relevantíssimo em defesa dos necessitados não se questiona como violação à democracia no sistema concentrado a sua ausência no art. 103 CF¹⁵. Em verdade, a razão vai em direção oposta à crítica já que o processo que o STF recebe pela via não concentrada passa por muito maior maturação pois percorre um caminho mais extenso pelos juízos e tribunais, além de geralmente contar com maior tempo de processamento comparado com as ações pela via concentrada.

Com relação aos sistemas difusos e concentrado, seus efeitos e aproximações, a questão é complexa. O sistema pela via incidental deve manter-se diverso daquele pela via principal, por uma razão sistemática. Atribuir os mesmos efeitos a ambos seria um desprestígio à Súmula Vinculante, bem como ao sistema de precedentes, conforme expôs Macêdo (2013) e Jorge de Souza (2012). Para tanto, seria necessário integrar o sistema da adoção da abstrativização sem interferir na importância da Súmula Vinculante e do controle abstrato de constitucionalidade.

Para sua coesão, propõe-se a seguinte interpretação. Quando o STF se incumba de julgar determinada questão em caráter incidental, teríamos alguns cenários possíveis em relação ao quórum de aprovação. Desta forma, para a integração sistemática da questão caso o quórum alcançasse 2/3 dos seus membros após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, poderíamos admitir os mesmos efeitos *erga omnes* e vinculante, tal qual o adotado pela Súmula Vinculante, ao controle incidental de constitucionalidade. Isso demonstra não somente a maturidade do tema (razão pela qual oito ministros entenderiam que tal pleito deveria ser julgado precedente), como também harmoniza o sistema constitucional como um todo, com os mesmos requisitos da Súmula Vinculante¹⁶. Por outro lado, nos casos em que o quórum de aprovação for de maioria absoluta, ou mesmo maioria simples, haverá de existir um precedente, com força persuasiva, a ser respeitado pelos tribunais e juízes de todo o sistema. Neste caso, não há impedimento para seu amadurecimento e discussão, porém ao âmbito do tribunal superior, ou seja, esse precedente não retira a capacidade de a corte rejuvenescer seus posicionamentos e aprofundar as suas razões. Se por alguma razão a Súmula Vinculante for excluída do sistema, a questão sobre o quórum aproxima ainda mais o sistema concentrado daquele incidental e os 2/3 não terão mais razão para prevalecer.

15 A defensoria apenas participa da revisão de súmula vinculante do art. 3º inciso VI da Lei nº 11.417/06.

16 Art. 103-A da CF.

Por fim, como a questão da coisa julgada se alterou com o CPC/15, também o controle incidental forma coisa julgada que, ao caso, não se confunde com a transcendência dos motivos determinantes pois estar-se-ia adotando uma coisa julgada incidental, em caso de obediência dos requisitos do art. 503 § 1º do CPC, razão pela qual a adstrição do pedido-causa se dá somente no julgamento do pedido principal e não em razão de julgamento da questão prejudicial – não há vinculação nem aos fundamentos, nem o Supremo em relação a suas decisões anteriores. A conexão com o pedido ou não tem relação com a formação do entendimento do Tribunal e do precedente em si e apesar da relação com a matéria em questão, trata-se de um assunto eminentemente crítico a como os precedentes são formados e não como são os efeitos das decisões do tribunal.

CONCLUSÃO

Por tudo exposto, na medida que o sistema de precedentes avança no complexo constitucional brasileiro, inclusive por meio das normas infraconstitucionais do Código de Processo Civil com o caso dos efeitos vinculantes aos recursos repetitivos de controvérsias, a adoção do sistema de repercussão geral, entre outros fatores, contribuem para a superação da histórica compreensão do art. 52, X da CF e a adoção do sistema da abstrativização do controle incidental pelo STF e o sistema jurídico brasileiro.

Partindo-se da compreensão que a atuação do Senado Federal não é obrigatória, bem como que ele possui sua relevância no processo de construção normativa, o judiciário precisa assegurar que haja respeito às suas decisões e, deste modo, garantir eficácia constitucional, suficiente à conferência da nova interpretação apta a garantir a objetificação do controle incidental. Essa razão garante maior independência entre os poderes e maior autonomia quanto do cumprimento do papel típico de cada um deles, o judiciário julgar e o legislativo legislar.

Exigir interpretação literal é não só infirmar a força da própria decisão do Tribunal Supremo no controle incidental, mas, principalmente, reforçar a ideia de um tribunal como terceira instância de recursos.

A consequência seria atestar a falência do sistema jurídico como um todo. Por essa posição e resposta dada às críticas, bem como a solução ao problema da incompatibilidade com a Súmula Vinculante, o tribunal ao mesmo tempo que procura valorizar e pretender respeito às suas decisões, pode, ao mesmo tempo, refletir sobre tal caso. Nesse ponto pode não só dar uma resposta satisfatória, mas também avançar a ponto de melhorar ainda mais a compreensão daquilo que se entendia ao caso.

Ao fim e ao cabo, a razão do papel do tribunal é agir para o garantir atuação sob o aspecto ao qual fora criado de proteger a constituição e assegurar sua integridade e estabilidade.

Argumentar que seria antidemocrático o respeito ao que o tribunal decide, ao depender das partes que o integram, bem como a via ou o modelo de controle ao qual ele é submetido, significa um mecanismo para diminuir a autoridade das próprias decisões e fazer com que o tribunal tenha que diversas vezes repetir o mesmo entendimento acerca de determinado assunto

e, por via de consequência, se desgaste e perca tempo em assuntos exauridos. Isso não quer dizer que a própria corte não possa amadurecer os seus entendimentos e evoluir sua jurisprudência, seja ao criar precedentes, alterá-los ou mesmo sinalizar eventual alteração, mas invocar um meio hábil pelo qual as decisões devam ser respeitadas é, ao fim e ao cabo, não entender acerca do pano de fundo da própria decisão em si proferida (a questão material relevante) e sim entender pela não instrumentalidade processual.

REFERÊNCIAS

Livros

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, São Paulo: Malheiros, 2008;
- BARCELLOS, Ana Paula de, **Curso de direito constitucional**, Rio de Janeiro: Forense, 2018;
- BARROSO, Luis Roberto, **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**, 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016;
- DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo, **Direito Processual Constitucional**, 8ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018;
- DIMOULIS, Dimitri, **Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais**, 4ª ed. rev., atual. e ampl, São Paulo: Atlas, 2016;
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, **Curso de direito constitucional**, 38ª ed., rev. e atual, São Paulo : Saraiva, 2012;
- KELSEN, Hans, **Teoria pura do direito**, 7ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2006;
- MARTINS, Flávio, **Curso de Direito Constitucional**, 1ª ed., São Paulo: Editora, Revista dos Tribunais, 2017;
- MENDES, Gilmar Ferreira, **Curso de direito constitucional**, 12ª ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2017;
- MORAES, Alexandre de, **Direito Constitucional**, 33ª ed. rev. e atual., São Paulo: Atlas, 2017;
- PAULO, Vicente, **Direito Constitucional Descomplicado**, 15ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2016;
- SARLET, Ingo Wolfgang, **Curso de direito constitucional**, 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017;
- SILVA, José Afonso da, **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 42ª ed. rev. e atual., Salvador : Juspodivm, 2017;
- SIMÃO, Calil, **Elementos do sistema de controle de constitucionalidade**, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015;
- SLAIBI FILHO, Nagib, **Direito Constitucional**, 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009;

STRECK, Lenio Luiz, **Jurisdição constitucional**, 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019.

Artigos

ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de, **Direitos Fundamentais e jurisdição constitucional: proclamação “retórica” v. efetividade concreta**, Revista de Processo, vol. 184, Jun / 2010, p. 363 – 374;

BULOS, Uadi Lamêgo, **Da reforma à mutação constitucional**, Revista de informação legislativa, v. 33, n. 129, jan./mar. 1996, p. 25-43;

HEINEN, Juliano, **Abstrativização do Controle Difuso ou Difusão de uma Abstrativização Teórica?**, Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, Vol. 9, n.24, Porto Alegre, p. 27-37, 2010, p. 27-37;

HORTA, Raul Machado, **Permanência e mudança na Constituição**, Revista de Informação legislativa, v. 29, n. 115, jul./set. 1992, p. 5-25;

JORGE DE SOUZA, Léa Émile Maciel, **A objetivação da decisão do supremo tribunal federal no controle concreto de constitucionalidade**, Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 81, Out - Dez /2012, p. 13 – 35;

MACÊDO, Lucas Buril de, **Dois notas sobre o art. 52, X, da Constituição Federal e a sua pretensa mutação constitucional**, Revista dos Tribunais, Revista de Processo, Vol. 215, Jan/2013, p. 437-461

QUINAUD PEDRON, Flavio, **O julgamento da Reclamação nº 4.335-AC e o papel do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade**, RIL Brasília a. 52, n.207, jul./set. 2015, p. 213-237;

SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos, **Mutação constitucional do controle difuso no Brasil? Uma análise do papel do Senado diante do art. 52, X, da Constituição**, Coleção Jovem Jurista, v. 1., Rio de Janeiro: Escola de Direito da Fundação Getulio Vargas, 2010, p.151-202;

SGARBOSSA, Luis Fernando e IENSUE, Geziela, **Algumas reflexões críticas sobre a tese da “abstrativização” do controle concreto de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal (STF)**, Sequência UFSC, n. 75, abr/2017, p.79-104.

Legislação

BRASIL, Acervo processual do Supremo Tribunal Federal, disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoBOInternet/anexo/Acervo-Lista_Geral2.xlsx>, acesso em 20/05/20;

___; Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>;

___; Lei nº 9.868 de 10 de novembro de 1999. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm>;

___; Lei nº 9.882 de 3 de dezembro de 1999. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm>;

___; Código de Processo Civil, Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>;

___; Regimento interno da câmara dos deputados, disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/regimento-interno-da-camara-dos-deputados/arquivos-1/RICD%20atualizado%20ate%20RCD%206-2019.pdf>>, acesso em 05/05/20;

___; Regulamento do Senado Federal, disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/comissoes/download?tp=atribuicoes&colegiado=34>>, acesso em: 05/05/20.

Decisões

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Rcl Nº 4335 AC, rel. Min. Gilmar Mendes, Data de Julgamento: 20/03/2014;

___; Supremo Tribunal Federal, ADI Nº 4071 AgRg/DF, rel. Min. Menezes Direito, Data de julgamento: 22.04.2009;

___; Supremo Tribunal Federal, ADI Nº 3406/RJ e ADI Nº 3470/RJ, rel. Min. Rosa Weber, Data de julgamento: 29.11.2017.

Recebido em:11/05/2020

Aprovado em :01/06/2020

**SOBRE O DEVER DE CUMPRIR O ORDENAMENTO
JURÍDICO E A ATUAÇÃO DO JUIZ: UMA ANÁLISE DA
DESOBEDIÊNCIA CIVIL DE RONALD DWORKIN BASEADA
NA INTEGRIDADE**

ON THE DUTY OF OBEY THE LAW AND THE JUDGE'S
ACTION: AN ANALYSIS OF RONALD DWORKIN'S CIVIL
DISOBEDIENCE BASED ON INTEGRITY

Paulo Henrique Resende Marques*
Adriano Sant'Ana Pedra**

* Doutorando em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória-ES (FDV). Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Espírito Santo. Vitória. ES. Brasil. Advogado. resende.marques@hotmail.com.

**Doutor em Direito Constitucional (PUC/SP). Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais (FDV). Professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* – Mestrado e Doutorado – em Direitos e Garantias Fundamentais da FDV. Vitória. ES. Brasil. Procurador Federal. adrianopedra@fdv.br.

Como citar: MARQUES, Paulo Henrique Resende; PEDRA, Adriano Sant'Ana. Sobre o dever de cumprir o ordenamento jurídico e a atuação do juiz: uma análise da desobediência civil de Ronald Dworkin baseada na integridade. **Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania – IDCC**, Londrina, v. 5, n. 1, p 128-139, jan/jul, 2020. ISSN: 2596-0075.

Resumo: O artigo objetiva defender a possibilidade de o juiz praticar um ato de desobediência civil quando uma norma válida for contrária a questões de consciência. Serão expostas as três modalidades de desobediência civil segundo Ronald Dworkin (baseada na integridade, na justiça e na política). Apenas o primeiro tipo de desobediência civil poderia ser aplicada pelo magistrado, pois, ao mesmo tempo em que a desobediência civil ocorre contra leis inválidas (de tal maneira que um juiz teria poder para não aplicá-las ao exercer um controle de constitucionalidade, não sendo, então, desobediência), a baseada na integridade ocorre por questões pessoais de consciência, sendo que o fato de a convicção pessoal de alguém proibir determinada conduta legal independe do poder que a emanou. Serão mostrados alguns conceitos de Dworkin para justificar a desobediência civil pelo juiz, mas não para entendê-la como uma atitude ideal, já que este autor é contrário à discricionariedade judicial.

Palavras-chave: desobediência civil; magistrado; leis válidas; consciência pessoal.

Abstract: This article aims to defend the possibility of the

judge practicing an act of civil disobedience when a valid norm is contrary to personal issues of conscience. Will be exposed the three forms of civil disobedience (based on integrity, justice and politics). Only the first type of civil disobedience could be applied by the magistrate, since at the same time civil disobedience occurs against invalid laws (in such a way a judge would have the power to not apply them when exercising a constitutionality control, not being, disobedience) the disobedience based on integrity is due to personal issues of conscience, and the fact that someone's personal conviction prohibits certain legal conduct is independent of the power that emanated it. It will show some concepts of Dworkin to justify civil disobedience by the judge, but not to understand it as an ideal attitude, since this author is contrary to judicial discretion.

Keywords: civil disobedience; judge; valid laws; awareness.

INTRODUÇÃO

Este artigo pretende analisar os tipos de desobediência civil estabelecidos por Ronald Dworkin, fazendo uma relação sobre a possibilidade de o magistrado operar, no exercício de suas funções, uma dessas modalidades.

Após abordar os três tipos de desobediência (baseada na integridade, na justiça e na política), fica claro que elas são voltadas para leis inválidas (inconstitucionais), o que impediria que um juiz pudesse aplicá-la, já que se está diante de um controle de constitucionalidade ou mera interpretação constitucional.

Porém será exposta fundamentação que permitirá que a primeira (apoiada na integridade) possa ir contra leis válidas (como as decorrentes do poder constituinte originário). Assim, será estudado se neste caso o magistrado pode vir a praticar um ato de desobediência civil, já que sua consciência pessoal proíbe o determinado por algum comando normativo.

Deve ficar claro que, apesar do artigo utilizar ideias de Dworkin, não está se afirmando ser ele um defensor da desobediência civil pelo juiz, tanto que será mostrada posição contrária desse estudioso à discricionariedade.

O que se pretende é expor que, conforme conceitos de Dworkin, o descumprimento pelo juiz de uma norma válida pode ser justificado (atenuando sanções, porém não deixando de estarem presentes) quando se der por razões de consciência pessoal (desobediência civil baseada na integridade), o que seria diferente de violações por outros motivos.

1. DOS TIPOS DE DESOBEDIÊNCIA CIVIL EM RONALD DWORKIN

Ronald Dworkin estabelece três tipos gerais de desobediência civil (2000, p. 157-158). A primeira é a desobediência baseada na integridade, que ocorre quando alguém comete uma desobediência civil em razão de sua consciência, suas convicções morais. Menciona, como exemplo, a transgressão por questões morais da Lei americana do Escravo Fugitivo, que sancionava quem ajudasse um escravo em fuga que solicitasse ajuda (DWORKIN, 2000, p. 157).

O segundo tipo (baseado na justiça) seria a insubordinação legal em virtude de oposição a “uma política que consideravam injusta e alterá-la, uma política de opressão de uma minoria pela maioria” (DWORKIN, 2000, p. 157). Cita as violações, pelos negros, da lei americana que os impediam de sentar em balcões comerciais juntamente com os brancos.

O terceiro tipo de desobediência (baseada na política) não envolve questões morais nem de justiça, não estão relacionadas, necessariamente, com interesses de domínio de uma maioria sobre uma minoria, mas, sim, que “a maioria fizera uma escolha tragicamente errada do ponto de vista comum, não só do ponto de vista dos seus próprios interesses, mas do de todos os demais” (DWORKIN, 2000, p. 158).

1.1. DA EXCLUSIVIDADE DA DESOBEDIÊNCIA CIVIL CONTRA NORMAS INVÁLIDAS E A QUESTÃO DA PROIBIÇÃO DE CONSCIÊNCIA

Aqui há um problema quando se aplica o conceito de desobediência acima ao magistrado, pois, ao mesmo tempo em que Dworkin menciona a desobediência civil por questões de convicções morais, ele afirma que ela é um mecanismo contra leis inválidas (inconstitucionais), em especial contra leis de validade duvidosa; considerando isso, qual seria a consequência de uma lei prevista na redação originária da Constituição (e, portanto, válida) ir contra a consciência pessoal de um juiz?

No âmbito brasileiro, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de não adotar a mesma teoria que Otto Bachof (1994), vale dizer, de possibilidade de normas constitucionais (originárias) inconstitucionais.

Com efeito, veja-se abaixo a vinculação que Dworkin faz entre desobediência civil e leis inválidas (inconstitucionais):

Certamente, quase todos os que discutem a desobediência civil reconhecem que, nos Estados Unidos, uma lei pode ser inválida por ser inconstitucional. Pelo menos nos Estados Unidos, quase todas as leis a que um número significativo de pessoas seria tentado a desobedecer por razões morais são também duvidosas – quando não claramente inválidas – por razões constitucionais. A Constituição torna nossa moral política convencional relevante para a questão da validade. Qualquer lei que pareça comprometer essa moral levanta questões constitucionais, e se esse comprometimento for grave, as dúvidas constitucionais também serão graves (2002, p. 318).

A *princípio*, conforme a citação acima, um magistrado não poderia realizar a desobediência civil no exercício de suas funções pois: a) se a norma é inválida o juiz não está sendo desobediente, mas fazendo um juízo constitucional; b) se a norma é válida, e portanto constitucional, como as normas emanadas pelo poder constituinte originário¹, não seria cabível desobediência civil (pelo menos pelo conceito acima).

Pode-se enxergar uma exceção ao tópico “b” do parágrafo acima na hipótese de um magistrado que entenda como contrária à sua consciência o cumprimento de determinada norma

1 O Supremo Tribunal Federal já se posicionou pela impossibilidade de norma do poder constituinte originário ser inconstitucional: “A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias, dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras, é incompatível com o sistema de Constituição rígida. - Na atual Carta Magna “compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição” (artigo 102, “caput”), o que implica dizer que essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios de direito suprapositivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição. - Por outro lado, as cláusulas pétreas não podem ser invocadas para sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em face de normas constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao Poder Constituinte derivado ao rever ou ao emendar a Constituição elaborada pelo Poder Constituinte originário, e não como abarcando normas cuja observância se impôs ao próprio Poder Constituinte originário com relação as outras que não sejam consideradas como cláusulas pétreas, e, portanto, possam ser emendadas. Ação não conhecida por impossibilidade jurídica do pedido” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1996. ADI 815/DF. Tribunal Pleno. Rel. Moreira Alves. DJ 10.05.1996).

que esteja prevista na redação originária da Constituição, como a pena de morte em caso de guerra declarada (alínea “a”, do inciso XLVII, do artigo 5º da Constituição da República), a inelegibilidade do analfabeto (§ 4º do artigo 14 da Constituição da República), ou ainda a proibição de greve para bombeiros e policiais militares (inciso IV do § 3º do artigo 142 da Constituição da República). Lembrando que na desobediência baseada na integridade “a lei exige que as pessoas façam o que sua consciência absolutamente proíbe” (DWORKIN, 2000, p. 159).

Ora, questões de consciência de uma pessoa vão além, e, de certa forma independem do poder responsável por emaná-la (poder constituinte originário, poder constituinte reformador, poder legislativo ordinário...). Assim, tem-se que analisar com mais cautela a situação de uma norma válida ir contra as convicções morais de um juiz.

De fato, no exemplo acima da pena de morte no caso de guerra o juiz não precisaria necessariamente aplicar uma “desobediência”, pois nos crimes previstos no Código Penal Militar sancionados com pena de morte, há uma gradação na pena, que vai de prisão à morte. Assim, bastaria ao magistrado sempre aplicar o grau mínimo. No que pese isso, este exemplo possui importância, haja vista que o juiz deixaria de realizar uma real valoração da gravidade da conduta do militar apenado.

Partindo para um exemplo mais teórico, porém adequado para os fins de aplicação neste artigo, analisa-se a hipótese da consciência de um magistrado proibir condenar alguém a uma pena de restrição da liberdade, no sentido de que um juiz pode considerar contra suas convicções morais sentenciar alguém a um regime prisional fechado, levando em conta (embora independente disso) a situação do nosso atual sistema carcerário.

Não está se falando aqui em o magistrado aplicar alguma teoria que possa levar a absolvição, como um princípio da insignificância², por exemplo, mas, sim, o juiz reconhecer que há fato típico, ilícito e antijurídico e, ainda assim, contrariando a determinação legal, deixar de aplicar a pena de prisão prevista.

Ainda que nossa Lei de Execução Penal preveja uma série de direitos aos presos³ (embora na prática saibamos que eles não são cumpridos), um magistrado pode entender que qualquer forma de obrigar alguém a cumprir uma pena de prisão é imoral (embora formalmente constitucional).

Ou seja, o juiz, ao deixar de aplicar uma pena de prisão (de forma genérica), não estaria fazendo um controle de constitucionalidade – se isso fizesse, não seria desobediência, pois ele possui competência para realizar o controle de constitucionalidade incidental (MARINONI, 2012, p. 55).

Quando há eventual permissão de liberdade eletronicamente monitorada em prisão domiciliar por falta de vagas em unidades prisionais (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2016. RE 641320/RS. Tribunal Pleno. Rel. Gilmar Mendes. DJ 11.05.2016), não ocorre uma desobediência civil, mas um julgamento de constitucionalidade; não da lei penal em si, mas da forma como ela estava

2 “Em razão do princípio da proporcionalidade, não se justifica que o direito penal possa incidir sobre comportamentos insignificantes” (QUEIROZ, 2010, p. 60).

3 “Art. 40 - Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios.”

sendo aplicada, ou seja, violando direitos fundamentais dos condenados. Aqui está se averiguando a possibilidade de negativa de prisão de uma forma ampla (independente de circunstâncias fáticas).

A conclusão até aqui, então, é de que haveria justificativa para o magistrado realizar desobediência civil apenas no caso da desobediência por questões de integridade, por envolver questões de consciência pessoal. As demais desobediências (baseada na justiça e na política) não caberia ao juiz no exercício de suas funções caso este tenha convicção da validade da norma (como já ressaltado, Dworkin relaciona desobediência civil com leis inválidas (DWORKIN, 2002, p. 318).

A razão da “justificativa” mencionada acima de desobediência civil baseada na integridade mesmo no caso de certeza da validade da norma é que, como já mencionamos, nesse caso “sua consciência, o proíbe de obedecer” (DWORKIN, 2000, p. 157). Como é uma questão de consciência, independeria da validade da norma.

1.2 DA “DESOBEDIÊNCIA DISFARÇADA” DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Não se nega aqui que pode ocorrer, pelo magistrado, uma “desobediência” baseada na justiça, por exemplo, porém revestida de interpretação constitucional. Abaixo é citado um exemplo de um julgado para ficar mais claro (não se discutirá aqui se o julgamento violou ou não a Constituição, apenas será mostrado que há posicionamento contrário à sua possibilidade).

O §3º do artigo 226 da Constituição da República cita que: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

Pela redação acima o poder constituinte originário apenas reconheceu a união estável entre o homem e mulher, não reconhecendo, pelo menos literalmente, outras formas de união. Das três desobediências analisadas, a mais adequada para esse caso seria a baseada na justiça (pois se pode argumentar que é uma política injusta contra uma minoria).

Nota-se que foi utilizado o termo “mais adequada” no parágrafo acima porque o enquadramento de uma situação dentro dessas três formas de desobediência possui carga de subjetividade, como, aliás, reconhece Dworkin:

Há um perigo evidente em qualquer distinção analítica que, como esta, repousa em diferenças de estados de espírito. Qualquer movimento ou grupo político incluíra pessoas de crenças e convicções muito diferentes. Tampouco as convicções de uma pessoa irão ajustar-se com precisão a categorias preordenadas. A maioria dos que protestaram contra a guerra norte-americana no Vietnã, por exemplo, acreditava que a política de seu governo era *simultaneamente* injusta e tola. Não obstante, a distinção entre tipos de desobediência civil (e as distinções adicionais que traçarei) são úteis e importantes porque nos permitem fazer perguntas hipotéticas mais ou menos da seguinte maneira. Podemos tentar identificar as condições em que os atos de desobediência civil seriam justificados se as convicções e motivos dos agentes fossem aqueles associados a cada tipo de desobediência, deixando a questão adicional de determinar se seria plausível considerar que as convicções

em jogo numa determinada ocasião incluem convicções desse tipo. (2000, p. 157).

Voltando ao exemplo, o Supremo Tribunal Federal não declarou a inconstitucionalidade do §3º do artigo 226 da Constituição da República, mas realizou uma interpretação constitucional de que ele abarcaria uniões estáveis homoafetivas. Utilizou como fundamentação, dentre outras, as seguintes premissas: a) proibição de preconceito decorrente do inciso IV, do art. 3º da Constituição da República; b) inexistência de vedação expressa de união homoafetiva na Constituição; c) direito à preferência sexual extraído do princípio da dignidade da pessoa humana; d) o Supremo Tribunal Federal possui competência “para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2016. ADI 4277/DF. Tribunal Pleno. Rel. Ayres Britto. DJ 05.05.2011). Cabe pontuar a dificuldade de extrair uma fundamentação central desse julgado, pois foram adotados diversos fundamentos pelos ministros.

O fato de ser utilizado esse julgado como exemplo se dá porque há quem entenda que houve, ao invés de uma interpretação constitucional, uma verdadeira violação da Constituição da República (podendo estar presente uma “desobediência civil disfarçada”, embora, tecnicamente, não seria uma desobediência civil, pois pela ideia exposta neste artigo ela só seria possível contra leis válidas, no caso de desobediência baseada na integridade – por questões de consciência –, mas não na baseada na justiça).

Lenio Streck foi um dos críticos desse julgamento do STF:

Uma coisa é o STF decidir nos espaços que decorrem das omissões (in) constitucionais e dos problemas de (in) compatibilidade entre leis infraconstitucionais e o texto da Constituição. No caso em pauta, é a Constituição que estabelece um limite semântico-pragmático.

A questão que preocupa, portanto, na decisão do STF, é o tipo de interpretação conforme feita pelo STF. Primeiro, não seria uma interpretação conforme e, sim, no modo como dito pelo Min. Ayres Brito, uma *Teilnichtigklärung* ohne *Normtextreduzierung* (nulidade parcial sem redução de texto); segundo, como fazer uma interpretação conforme (sic) de uma lei que diz exatamente o que diz a Constituição? Levemos o texto da Constituição a sério, pois. Como se sabe, a “fórmula” da ICC é: este dispositivo somente é constitucional se interpretado no sentido da Constituição...!

[...]

Como se vê, há (houve) apenas uma justificativa para a decisão: a justeza da causa. Neste ponto, estaria de acordo. Nunca neguei que a causa fosse (e é) justa. Só que há tantas outras causas justas no Brasil e nem por isso o STF faz (ou fez) esse tipo de “atravessamento hermenêutico”. (STRECK, 2011)

Extrai-se, então, as seguintes possibilidades: diante de uma lei inválida um juiz não realizaria desobediência, mas controle de validade; diante de uma norma válida (como as emanadas pelo poder constituinte originário), pode-se argumentar a desobediência baseada na integridade

(conforme fundamentado acima), mas não a baseada nas outras duas modalidades.

Caso um magistrado opte por assumir uma postura expressa de desobediência apoiada na justiça ou política, não seria, tecnicamente, uma “desobediência civil”, mas um desafio à própria ordem constitucional vigente.

Obviamente que a importância desse conceito é mais acadêmica, pois na prática bastaria o magistrado *roupar* essa “desobediência” de uma interpretação constitucional (foi, conforme os que discordam do julgado, o que o Supremo Tribunal Federal fez ao permitir a união estável homoafetiva com base no §3º do artigo 226 da Constituição da República).

Feitas essas reflexões, veja-se as hipóteses de condutas que Dworkin menciona frente a leis claramente inválidas ou duvidosas.

2. DAS POSSIBILIDADES DE CONDUTAS FRENTE A NORMAS CLARAMENTE INVÁLIDAS OU DUVIDOSAS

Dworkin estabelece três hipóteses de condutas relativas à desobediência de uma lei: a) obedecer fielmente o comando legal; b) cumprir a norma até que um órgão jurisdicional decida em sentido contrário em relação ao sujeito (ou numa decisão que o atinja); c) continuar desobedecendo à lei mesmo após o mais hierárquico tribunal jurisdicional do país (no caso do Brasil, o Supremo Tribunal Federal) confirmar sua validade (DWORKIN, 2002, p. 322-323).

Caso seja aplicada essas três hipóteses de Dworkin ao caso de uma norma válida que vá contra a consciência de um magistrado, surge um problema no sentido de que não haveria a chance de um tribunal julgar a invalidade da lei (termo utilizado por Dworkin), pois está se partindo da premissa que ela seja constitucional.

Mas isso não seria um entrave, pois Dworkin adota o terceiro modelo, que independe da declaração de invalidade pelo Tribunal. Veja-se:

se a matéria em discussão afetar os direitos individuais ou políticos fundamentais, e se for possível argumentar que a Suprema Corte cometeu um erro, um indivíduo não extrapolará os limites de seus direitos sociais ao se recusar a aceitar essa decisão como definitiva. (2002, p. 325-328)

Percebe-se, então, que o melhor, conforme Dworkin, é que a desobediência não esteja vinculada ao texto da norma nem ao julgamento de validade de tribunais sobre elas, mas, sim, “deve seguir sua própria interpretação da lei, mesmo julgando que os tribunais vão provavelmente se posicionar contra ele” (2002, p. 328).

Claramente que a desobediência civil pelo magistrado teria como consequências apenas aspectos funcionais, em razão da própria atividade jurisdicional. A questão é que é necessário separar os atos do juiz de descumprimento de leis válidas por questões de consciência dos demais descumprimentos de leis válidas. Neste artigo defende-se que somente na primeira hipótese seria

desobediência civil, sendo que, em Dworkin, no caso de desobediência civil, as sanções podem ser atenuadas, de tal maneira que as citadas consequências funcionais ao juiz podem ser relativizadas, como, por exemplo, não influenciar na promoção por merecimento. Assim, se manifesta Dworkin sobre esta atenuação:

Se os atos da dissidência continuam a ocorrer depois de a Suprema Corte estabelecer que as leis são válidas ou que a doutrina da questão política é aplicável, então, nestes casos, a absolvição com base nos fundamentos que descrevi já não é mais apropriada. A decisão da Corte não terá decidido o sentido da lei de uma vez por todas – pelas razões mencionadas anteriormente – mas ela terá feito todo o possível para decidi-lo. Os tribunais, porém, podem continuar a exercer seu poder discricionário de sentenciar e impor penas mínimas ou de suspender os efeitos das sentenças, como uma manifestação de respeito pela posição dos dissidentes. (2002, p. 340)

Feitas essas reflexões, será exposto adiante a crítica de Dworkin à discricionariedade, de tal forma que, realmente, o desrespeito de leis reconhecidamente válidas pelo magistrado não seria uma situação ideal, mas, como fundamentado neste artigo, procura-se justificar esse descumprimento no caso de conflito com a consciência pessoal do magistrado.

3. DA CRÍTICA À DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL E SUA RELAÇÃO COM A DESOBEDIÊNCIA

Deve-se deixar claro que não está se falando que Dworkin seria favorável a desobediência civil (baseada na integridade) pelo magistrado, até porque ele é um crítico da discricionariedade. Geovany Cardoso Jeveaux, ao sintetizar algumas ideias de Dworkin, afirma que:

os direitos são preexistentes a qualquer decisão estatal sobre eles, de modo que a sua origem não está na decisão judicial, mas em decisão política passada que os institui; [...] o que explica que *os juízes não podem ter* poderes discricionários, sob pena de violação de direitos que eles não devem alterar, precisamente porque preexistentes (JEVEAUX, 2008, p. 264),

O que está sendo defendido é que esse descumprimento legal pelo magistrado, por questões de consciência, no exercício de suas funções, poderia possuir certa “justificativa”, o que não ocorreria nos outros casos de violações, pelo juiz, de leis expressamente declaradas válidas (como normas constitucionais originárias), situação na qual, não estaríamos diante de uma desobediência, mas sim, diante de um afronta à própria ordem constitucional, já que “a desobediência civil envolve aqueles que não desafiam a autoridade de maneira tão fundamental”. (DWORKIN, 2000, p. 155).

Repita-se, não está se afirmando neste artigo que Dworkin defende uma desobediência civil pelo magistrado, mas, sim, utilizando um elemento do conceito de desobediência civil com

base na integridade deste estudioso, está se justificando o descumprimento de leis válidas pelo magistrado por motivos de consciência pessoal. Porém, novamente, não se nega aqui a ideia de Dworkin de que, pelo princípio da integridade no julgamento, “os juízes devem conceber o corpo do direito que administram como um todo, e não como uma série de decisões distintas que eles são livres para tomar ou emendar uma por uma [...]”. (2003, p. 203).

Podemos, então, depreender que o ideal é que o juiz julgue conforme a integridade. Gustavo Binbenbojm explica esse conceito de Dworkin:

A *integridade* a que se refere Dworkin significa sobretudo uma atitude interpretativa do Direito que busca integrar cada decisão em um sistema coerente que atente para a legislação e para os precedentes jurisprudenciais sobre o tema, procurando discernir um *princípio* que os haja norteado. (BINENBOJM, 2010, p. 85).

Pode ocorrer que mesmo um magistrado buscando uma coerência em sua sentença, se valendo de princípios que podem ser extraídos da ordem constitucional, chegar a uma decisão que vai contra sua consciência pessoal (como a pena de morte em caso de guerra declarada), hipótese em que se pode argumentar ser um ato de desobediência civil, o que seria diferente do descumprimento de uma norma reconhecidamente válida por outro motivo, caso em que não seria tecnicamente um ato de desobediência, o que influenciaria nas consequências do descumprimento, conforme mostrado anteriormente.

4. DO DEVER FUNDAMENTAL DE CUMPRIR AS NORMAS JURÍDICAS JUSTAS

Cabe neste momento mostrar o conceito de dever fundamental aqui adotado:

Dever fundamental é uma categoria jurídico-constitucional, fundada na solidariedade, que impõe condutas ponderadas àqueles submetidos a uma determinada ordem política, passíveis ou não de sanção, com a finalidade de assegurar direitos fundamentais a ele correlacionados.⁴

Atente-se que o conceito menciona “categoria jurídico-constitucional”, ou seja, é preciso que o dever fundamental seja extraído da Constituição da República, vale dizer, “é necessária uma previsão constitucional (*fundamentalidade formal*) acerca dos deveres fundamentais, pois estes devem ser estabelecidos por normas com força jurídica própria da supremacia constitucional”. (PEDRA, 2015, p. 1136).

A Constituição brasileira, ao estabelecer que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de

⁴ Conceito cunhado coletivamente pelos membros do Grupo de Pesquisa “Estado, Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais”, coordenado pelos professores Adriano Sant’Ana Pedra e Daury Cesar Fabriz, do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* – Mestrado e Doutorado – em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV).

fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (artigo 5º, II), determina que todas as pessoas têm o dever de cumprir as obrigações estabelecidas pela Constituição, pelas leis e pelas autoridades constituídas. Com efeito, o dever fundamental de cumprir as normas jurídicas é um dever pressuposto do próprio ordenamento jurídico. Mas o dever não alcança o cumprimento de normas injustas.

Conforme já foi mencionado, a desobediência civil pelo magistrado só ocorre frente a normas válidas (como as emanadas pelo poder constituinte originário) e quando sua consciência pessoal veda a prática do ato previsto da norma.

Foi visto acima o aspecto formal do dever fundamental (necessitar de ser derivado da Constituição). Há, ainda, um caráter material desse dever, qual seja, “suprir as necessidades básicas essenciais de uma pessoa – de si, de outrem ou da coletividade – e volta-se à defesa e promoção de direitos fundamentais” (PEDRA, 2015, p. 1137). O cumprimento de uma norma injusta jamais atenderá esse desiderato.

Como está se abordando questões de consciência para fundamentar a desobediência, tem-se que ela estaria protegendo não só um direito fundamental do próprio desobediente, mas também direito fundamental de outrem ou de um grupo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se, assim, que a figura da desobediência civil pelo magistrado só estaria presente na hipótese de descumprimento de normas válidas (pois, se inválidas, seria um controle de constitucionalidade) e por motivos de consciência pessoal (uma vez que somente a desobediência civil baseada na integridade possui essa característica, sendo que o fato de uma conduta normativa ser proibida pelas convicções individuais do juiz independe da origem da norma – se poder constituinte originário, poder constituinte derivado ou legislativo ordinário).

Nas outras hipóteses de descumprimento de normas constitucionais pelo juiz, pode-se argumentar uma violação à própria ordem constitucional, não sendo uma desobediência civil, pois, como já afirmado, “a desobediência civil envolve aqueles que não desafiam a autoridade de maneira tão fundamental”. (DWORKIN, 2000, p. 155).

A importância dessa diferenciação – descumprimento de normas válidas pelo juiz por razões de consciência (desobediência civil) de violações dessas normas por outros motivos – está na flexibilidade das consequências (que, como visto, fica restrita a questões funcionais), podendo haver uma atenuação no caso de desobediência civil.

REFERÊNCIAS

BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Tradução de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Livraria Almedina, 1994.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e*

instrumentos de realização. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2016. *ADI 4277/DF*. Tribunal Pleno. Rel. Ayres Britto. DJ 05.05.2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 19 jun. 2017

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1996. *ADI 815/DF*. Tribunal Pleno. Rel. Moreira Alves. DJ 10.05.1996. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 19 jun. 2017

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2016. *RE 641320/RS*. Tribunal Pleno. Rel. Gilmar Mendes. DJ 11.05.2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 19 jun. 2017.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

JEVEAUX, Geovany Cardos. *Direito constitucional: teoria da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. Solidariedade e deveres fundamentais da pessoa humana. In: BUSTAMANETE, Thomas; GALUPPO, Marcelo; GONTIJO, Lucas; LOPES, Mônica Sette; SALGADO, Karine (Org.). *Human Rights, Rule of Law and the Contemporary Social Challenges in Complex Societies: Proceedings of the XXVI World Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy of the Internationale Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie*. Belo Horizonte: Initia Via. 2015. p. 1133-1148.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito Penal: parte geral*. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

STRECK, Lenio. 2011. *Sobre a decisão do STF (uniões homoafetivas)*. Disponível em: <<http://leniostreck.blogspot.com.br/2011/06/sobre-decisao-do-stf-unioes.html>>.

Recebido em:05/06/2020

Aprovado em :26/06/2020

**NOTAS SOBRE A SEPARAÇÃO Constitucional Do Poder
Político Como Instrumento De Preservação Da
LIBERDADE**

NOTES ON THE CONSTITUTIONAL SEPARATION OF
POLITICAL POWER AS AN INSTRUMENT FOR THE
PRESERVATION OF FREEDOM

Mariana Lourenço Monteiro*
Anna Carolina Cunha Pinto**

* Doutora em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFF. Professora do Curso de Direito na Faculdade Gama e Souza (RJ).
<http://lattes.cnpq.br/6533454338422679>
e-mail: marimont28@hotmail.com

**Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFF. Professora da Pós Graduação em Criminologia, Processo e Direito Penal da UCAM (RJ).
<tp://lattes.cnpq.br/3281746200455908>
e-mail: annacarolinapinto@id.uff.br

Como citar: MONTEIRO, Mariana Lourenço; PINTO, Ana Carolina Cunha. Notas sobre a separação constitucional do poder político como instrumento de preservação da liberdade. **Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania – IDCC**, Londrina, v. 5, n. 1, p 140-153, jan/jul, 2020. ISSN: 2596-0075.

Resumo: O presente artigo busca realizar uma exploração teórica da forma como a teoria da separação dos poderes – concebida inicialmente como forma de enfraquecer o Estado-, foi se tornando problemática com a evolução da sociedade. Na medida em que o Estado foi sendo mais e mais demandado, uma legislação mais numerosa e mais técnica foi tornando-se necessária, algo incompatível com os modelos tradicionais de separação de poderes. Concebendo-a como um sistema que conjuga legislativo, executivo e judiciário harmônicos e independentes entre si, Montesquieu não concebeu atribuições internas ao Estado, exceto julgar e punir os indivíduos que não cumprissem as leis - trata-se do Estado mínimo que será consagrado mais adiante pelo liberalismo, não havendo grande preocupação com a sua eficiência até aquele momento (século XVIII), e sim com a garantia da liberdade individual. Apesar de haver contribuído para a conformação dos Estados democráticos modernos, propomos pensar a teoria da separação dos poderes num cenário em que se coloca a questão da eficiência do Estado e de como garanti-la sem atentar diretamente contra a separação dos poderes. Propomos considerar o fato de que tais exigências requerem do Estado um maior dinamismo e sua presença constante na vida social, conciliando a necessidade de eficiência com os princípios democráticos, algo que se incompatibiliza muitas vezes com a tradicional separação de poderes.

Palavras-chave: Estado. Separação de Poderes. Direito Constitucional. Teoria Geral do Estado.

Abstract: This article seeks to carry out a theoretical exploration of how the theory of the separation of powers - initially conceived as a way of weakening the State - has become problematic with the evolution of society. As the State became more and more demanded, more and more technical legislation became necessary, something incompatible with the models of separation of powers. Conceiving it as a system that combines legislative, executive and judicial systems that are harmonious and independent from each other, Montesquieu did not conceive internal attributions to the State, except to judge and punish individuals who did not comply with the laws. It is the minimum state that will be consecrated later by liberalism, with no great concern with its efficiency until that moment (18th century), but with the guarantee of individual freedom. Despite having contributed to the shaping of modern democratic states, we propose to think of the theory of the separation of powers in a scenario in which the question of the efficiency of the state is posed and how to guarantee it without directly attacking the separation of powers. We propose to consider the fact that such demands require a greater dynamism from the State and its constant presence in social life, reconciling the need for efficiency with democratic principles, something that is often incompatible with the traditional separation of powers.

Keywords: State. Separation of Powers. Constitutional right. General State Theory.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre uma análise interdisciplinar sobre a separação constitucional do poder político, na qual buscamos estabelecer suas bases, por intermédio de contribuições da Ciência Política e da Teoria Geral do Estado, e implicações na atualidade do Direito Constitucional e da sociedade brasileira. Traçamos, ainda, um paralelo com o arcabouço teórico do pensamento de Montesquieu sobre o assunto com a forma como tal separação pode ser verificada na atualidade, com especial auxílio da obra de Ingeborg Maus que versa sobre o papel social desempenhado pelo agigantado poder judiciário que construiu sua auto dispensa ao controle social o que o permite dispensar preceitos da própria constituição incorrendo, assim, em prejuízos à liberdade.

Nossa exploração do tema, circunscrita à análise de bibliografia selecionada de autores de destaque para referida discussão, justifica sua relevância no fato de que os Estados da contemporaneidade¹ apenas vagamente conservam uma equilibrada separação entre suas funções principais - legislativa, executiva e judiciária – tendo diante de si a difícil tarefa de dosar a ação estatal com vistas a preservar direitos e garantias, liberdade e democracia, sem prejuízo à eficiência.

Uma vez que nossa investigação tem por objetivo problematizar de que forma a teoria da separação dos poderes – concebida inicialmente como forma de enfraquecer o Estado – já não conserva senão distantes traços de sua formulação clássica, parece-nos fundamental que antes que possamos nos dedicar às causas desse desvio, nos esforcemos por recuperar importantes noções e elementos que levaram à formulação mesma da separação dos poderes.

1. INTERLOCUÇÕES ENTRE CIÊNCIA POLÍTICA, TEORIA GERAL DO ESTADO E ESTADO CONSTITUCIONAL

Montesquieu foi antecedido por Nicolau Maquiavel (1469-1527), Thomas Hobbes (1588-1679) e John Locke (1632-1704), e sucedido por Jean-Jacques Rousseau (1712-1778), todos contratualistas e preocupados em especial com a natureza do poder político, segundo os quais o contrato social rompe com o estado de natureza, instituindo o estado de sociedade que garanta a estabilidade contra o risco da anarquia ou do despotismo (MENEZES, 2005, p. 245). Maquiavel, por exemplo, refletindo sobre a importância de se evitar o caos resultante da livre expressão da natureza, agindo-se sobre o real de modo a poder organizá-lo e melhor controlá-lo, dirá (MAQUIAVEL, 1994, p.129):

Aquele que estudar cuidadosamente o passado pode prever os acontecimentos que se produzirão em cada Estado e utilizar os mesmos meios que os empregados pelos antigos. Ou então, se não há mais os remédios que já foram empregados, imaginar outros novos, segundo a semelhança dos acontecimentos.

¹ Ocidental.

Hobbes (1988, p. 106), por sua vez, ao conceber o Estado civil como modo de superação do estado de natureza, dirá tratar-se de “uma pessoa de cujos atos uma grande multidão, mediante pactos recíprocos uns com os outros foi instituída por cada um como autora, de modo ela poder usar a força e os recursos de todos, da maneira que considerar conveniente, para assegurar a paz e a defesa comum”.

Para Montesquieu o Estado, ou a vida civil, tem muitas formas de se realizar que não se explicam pela natureza do poder político – não se deve procurar explicar a existência de instituições políticas, mas sim o funcionamento destas.

Comumente associado ao desenvolvimento da teoria dos três poderes, a obra de Montesquieu trata da questão do funcionamento dos regimes políticos, dentro de uma ótica liberal. Orientado por questões próprias de um tempo posterior ao seu, buscou fundamentalmente responder à seguinte questão: como dotar de maior estabilidade os regimes que viriam a resultar das revoluções democráticas? No mesmo sentido da estrada já trilhada por Maquiavel, buscou compreender as razões da decadência das monarquias, os conflitos intensos que minaram a sua estabilidade, mas, além disso, os mecanismos que garantiram, por tantos séculos, sua estabilidade. Sua resposta viria em sua tipologia dos governos (ou teoria dos princípios e da natureza dos regimes) e a na sua teoria dos três poderes (ou da separação dos poderes).

A teoria da separação dos poderes ou da equipotência (o mesmo poder a cada um dos poderes) estabelece como base do Estado de Direito a separação dos poderes executivo, legislativo e judiciário, e a independência entre eles.(MENEZES, 2005, p 245) Montesquieu identifica, no entanto, uma necessária imbricação e interdependência das funções. É necessário que um poder possa contrariar outro poder. Para o autor, trata-se de buscar uma instância independente capaz de moderar o poder do rei (do executivo), um problema político de correlação de forças, mais do que uma questão jurídico-administrativa de organizar funções.

O Judiciário é considerado um poder nulo por Montesquieu. Ele afirma que “os juízes (são).a boca que pronuncia as palavras da lei”, havendo de fato então apenas dois poderes ou fontes do poder político: o rei, cuja potência provém da nobreza, e o povo². É preciso que a classe nobre, de um lado, e a classe popular, de outro, tenham poderes independentes e capazes de se contrapor. Neste sentido, dirá (MONTESQUIEU, 2006, p. 166)

Quando na mesma pessoa, ou no mesmo corpo de magistrados, o poder legislativo se junta ao executivo, **desaparece a liberdade**; pode-se temer que o monarca ou o senado promulguem leis tirânicas, para aplicá-las tiranicamente. **Não há liberdade se o poder judiciário não está separado do legislativo e do executivo.** Se houvesse tal união com o legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, já que o juiz seria ao mesmo tempo legislador. Se o judiciário se unisse com o executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. E tudo estaria perdido se a mesma pessoa, ou o mesmo corpo de nobres, de notáveis, ou de populares, exercesse os três poderes: o de fazer as

2 Interessante destacar que à sua época, “povo” designava a burguesia.

leis, o de ordenar a execução das resoluções públicas e o de julgar os crimes e os conflitos dos cidadãos.(grifos nossos)

Para que seja possível fazermos uma releitura crítica da teoria da separação dos poderes, confrontando-a com as instituições contemporâneas, precisamos inicialmente recuperar de seu idealizador algumas noções fundamentais que servirão de base para nossa reflexão. Primeiramente, a sua visão científica da ideia de lei. A grosso modo, até o século XVIII a noção de lei estava associada a uma ideia de lei de Deus, que exprimia uma certa ordem natural resultante da vontade deste; relacionava-se a um dever-ser (direcionadas a uma finalidade divina) e tinha conotação de expressão de autoridade sendo, por essa razão, legítimas. Nesta perspectiva eram imutáveis porque se situavam dentro de ordem de coisas e eram ideais, já que visavam uma finalidade perfeita.

Montesquieu, diferentemente, introduz seu conceito de lei em *O Espírito das Leis* (1996), buscando se distanciar da confusão entre as perspectivas política, moral e religiosa de seu tempo, nesta questão. Para tanto, parte da seguinte preliminar: do mesmo modo que existem leis que regem os corpos físicos na natureza, para o autor, também poderíamos encontrar leis que regeriam os costumes e as instituições. Se para os corpos físicos falamos em termos de massa e movimento, para os corpos de natureza política massa e movimento corresponderiam a quem exerce o poder e como ele é exercido. As leis que regem as instituições políticas seriam, por sua vez, relações entre as diversas classes em que se divide a população, as formas de organização econômica, as formas de distribuição do poder, etc. Importante notar que o objeto de Montesquieu não são as leis em geral, mas o espírito das leis, isto é, as relações entre as leis positivas e diversos fatores.

Para que essa virada teórica fosse possível, contudo, foi preciso que uma série de condições se apresentassem e tecessem o pano de fundo para a noção de que era preciso enfraquecer o Estado para se alcançar algo como um bem maior, o bem comum. Podemos apontar, neste sentido, a preliminar montesquiana a respeito das formas de governo, mais fundamentalmente, sua concepção acerca da forma republicana.

Tal qual concebido por Montesquieu, o governo republicano identifica-se como o regime que depende dos homens, que repousa na virtude dos homens, na capacidade destes de colocar o bem público acima do bem próprio. Contudo, tudo parece conspirar contra a prevalência do bem público, sendo fundamental que os homens mais virtuosos contenham seus apetites e os dos demais. A república é, enfim, aquele regime que os grandes não a querem e o povo não sabe mantê-la. A este respeito, dirá Montesquieu que a república é o regime do passado, uma vez que típico das pequenas cidades antigas que se reuniam em pequenos grupos, formados por homens moderados, que possuíam uma certa igualdade de riquezas e de costumes, ditada pela escassez. Com o desenvolvimento do comércio, contudo, e o crescimento das populações, a sociedade se foi dividindo em classes e, com isso, a virtude cívica não pôde prosperar.

A monarquia, diferentemente, não precisa da virtude, inclusive a favorecem paixões

desonestas da nobreza, ela repousa apenas e tão somente nas instituições. Ela é o governo das instituições, são estas que devem conter os impulsos da autoridade executiva e os apetites dos poderes intermediários – Montesquieu considera que o poder está dividido, o poder contraria o poder, um contém o outro, este é o seu princípio de moderação (que inexistente na república). Enquanto o governo das instituições, a monarquia seria, portanto, o regime da realidade ou, de forma mais precisa, do presente.

Finalmente, o despotismo seria, segundo Montesquieu, o governo da paixão, estando condenado à autofagia, levando necessariamente à desagregação ou à rebelião. É a ameaça do futuro, no sentido de que ao abolir os privilégios da nobreza, as monarquias europeias tornavam absoluto o poder do executivo.

Tratando das três formas de governo, em síntese, dirá (MONTESQUIEU, 2006, 19):

O governo republicano é aquele em que todo o povo, ou apenas uma parte do povo, tem o poder soberano; o monárquico, aquele em que uma só pessoa governa, mas por meio de leis fixas e estabelecidas; enquanto, no despótico, uma só pessoa, sem lei e sem regra, tudo conduz, por sua vontade e por seus caprichos.

Com a crescente complexificação das sociedades, a partir do desenvolvimento do comércio, as experiências republicanas vão se tornando frequentes na Europa Ocidental. A partir do XVI já há cidades-República (na Itália) que aparecem como instâncias políticas com autonomia em relação à Igreja Católica. Aos poucos sai de cena a transcendência como dispositivo de justificação e de legitimação do exercício do poder e surge uma nova compreensão de cunho imanente, afirmando um novo mundo onde as sobredeterminações da realidade não faziam mais sentido. Marcado por essa influência, em seu contexto histórico, o século XVIII, Montesquieu estará convencido de que a república é o melhor dos regimes, em que pese ser uma forma de governo naturalmente instável por repousar na virtude dos homens, em quem não se pode depositar muita confiança.

Para remediar tal situação de risco iminente, Montesquieu julga ser necessário que se crie uma estrutura para o exercício do poder político, que o contenha, enfraqueça-o, racionalize seu uso. Um sistema que permita a autonomia das funções (poderes) do Estado sem, contudo, dar-lhes independência total, permitindo a harmonia entre elas, um certo equilíbrio no uso de suas atribuições – algo que mais tarde se apresentará sob a forma da teoria dos freios e contrapesos.

Para que seja possível compreender como uma tal percepção da necessidade de se enfraquecer o Estado foi possível, vejamos primeiramente como nasce a ideia de que o poder deve ser limitado por uma norma superior, uma Lei fundamental, uma Constituição, em breves apontamentos sobre o surgimento do chamado Estado Constitucional.

2. O ESTADO CONSTITUCIONAL: RACIONALIZAÇÃO E LIMITAÇÃO DO USO DO PODER

Criação moderna que surge em paralelo e sob a influência dos mesmos princípios do Estado Democrático, falamos em Estado Constitucional quando o Estado se enquadra em um

sistema normativo fundamental qualquer, algo que nos remete ao constitucionalismo (DALLARI, 2018, p.196). Existente, ao menos em seus traços mais elementares, desde Antiguidade, o constitucionalismo nasce de fato por volta de 1215 quando da assinatura pelo Rei João Sem Terra da Magna Carta inglesa, autolimitando seus poderes como forma de satisfazer a exigência dos barões. Ainda na Inglaterra, no século XVII, o advento da Revolução Inglesa consagra a supremacia do Parlamento como órgão legislativo, ficando cada vez mais claro que o Estado deveria ter um governo de leis, não de homens. Ser objetivo, não subjetivo ou pessoal (DALLARI, 2018, p.197).

No século seguinte, vários fatores levariam ao aparecimento das Constituições enquanto esse sistema normativo fundamental a que aludimos anteriormente. Fatores como o jusnaturalismo defendido pelos contratualistas, segundo o qual haveria direitos naturais do homem, inalienáveis, que deveriam ser protegidos contra a ação do Estado, consagrando a supremacia do indivíduo (DALLARI, 2018, p.197). Outro fator que determinou o aparecimento das Constituições foi a luta contra o poder absoluto dos monarcas, reivindicando a necessidade da limitação do poder político. Temos aqui algo que se insere na temática ainda mais ampla do Iluminismo enquanto movimento que coroou a crença na razão e a exigência de racionalização do poder.

A racionalização que leva à limitação do uso do poder, protegendo o indivíduo contra o Estado, permite dizer que o constitucionalismo teve mesmo um caráter revolucionário (DALLARI, 2018, p.198). Afinal, foi contra a sua vontade que os monarcas absolutos limitaram seus poderes por meio de Constituições escritas – a opção mais “segura” como forma de assegurar as novas condições políticas contra eventuais abusos e retrocessos. Neste espírito é que foi elaborada a primeira Constituição escrita, do Estado de Virgínia, de 1776, seguida pela dos Estados Unidos, de 1787, a primeira a ser posta em prática de fato, e pela Constituição francesa de 1789, a de maior repercussão.

Em que pese suas diferentes características em cada Estado, podemos apontar alguns objetivos comuns do constitucionalismo, como a incorporação do liberalismo político que surgia naquele momento, se conjugando com as lutas em favor dos direitos e liberdades do indivíduo. Importante notar que alguns Estados o constitucionalismo foi o instrumento de afirmação política de novas classes econômicas, quando então teve caráter realmente revolucionário, mudando estruturas e limitando estado e governo, enquanto que, em outros, foi a mera expressão de anseios intelectuais sem caráter utilitarista. Nestes casos, teve caráter apenas simbólico, gerando monarquias constitucionais que perderam o caráter pessoal para adquirir um fundamento legal.

A propósito, devemos a diferença entre constituição em sentidos formal e material, tão cara à doutrina constitucional, justamente à essa possibilidade de se manter um sistema materialmente absolutista ainda que com a adoção de uma forma constitucional. A constituição material assim é dita em termos de que se ocupa de fazer a diferenciação das tarefas do Estado e sua atribuição a diferentes órgãos de poder, com vistas a evitar a concentração de poder em um só indivíduo. Trata-se da constituição autêntica que, em prevendo mecanismos para cooperação dos diversos detentores de poder político, termina por limitá-lo evitando, assim, abusos e interferências recíprocas daqueles que detém parcelas suas.

Uma constituição em sentido material é, ainda, a norma fundamental que contém mecanismos planejados para a reforma constitucional e que possibilite, assim, uma adaptação pacífica da ordem às mudanças sociais e políticas e, por fim, que reconheça expressamente direitos individuais e liberdades fundamentais, prevendo a sua proteção contra a interferência de um ou de todos os detentores do poder político. Pensada em termos formais, diferentemente, a constituição é apenas a Lei Maior do Estado, a Lei fundamental de um povo enquanto o conjunto de regras jurídicas com máxima eficácia que visam a organização e funcionamento do Estado.

Não basta, portanto, pensar a constituição apenas em termos formais já que, dentro desse formalismo, caberiam inclusive as ditaduras constitucionais, apoiadas numa forma constitucional, mas de legitimidade apenas aparente - não são constituições autênticas, em sentido material. A constituição autêntica ou real será sempre uma conjugação de valores individuais e valores sociais que o próprio povo selecionou através da sua experiência concreta em um tempo e lugar determinados.

Estabelecida a necessidade de adoção, pelo Estado, de uma norma fundamental (Constituição), cabe destacar a existência de outra etapa fundamental para assentar o posicionamento da essencialidade de separar as funções (poderes) do Estado como forma de realizar as suas finalidades e, adicionalmente, preservar liberdades. Emergem, nesse sentido, as declarações de direitos, as quais, apesar de suas fragilidades - fruto essencialmente da inexistência de um órgão que fiscalize e puna o Estado em caso de inobservância dessas normas - devem ser aplicadas independente da sua inclusão nos direitos pátrios dos Estados.

3. A SEPARAÇÃO DE PODERES- CRÍTICA AO SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS

Concebida por Charles-Louis de Sécondat, o Barão de Montesquieu, no final do século XVIII, a doutrina da separação dos poderes do Estado foi incorporada pelo constitucionalismo inicialmente como forma de evitar a formação de governos absolutos e, assim, garantir a liberdade dos indivíduos (MENEZES, 2005, p.247). Mais adiante, no final do século XIX, serviu ainda como modelo para aumentar a eficiência do Estado pela distribuição de suas atribuições entre seus órgãos especializados, racionalizando o exercício do poder político. A ideia de fundo era, em síntese, que em desconcentrando o poder, enfraquecer-se-ia o Estado, admitindo-se sua interferência na vida social apenas como vigilante e conservador da ordem de coisas (DALLARI, 2018, p.213). Neste sentido, dirá o Barão:

Há em cada Estado três espécies de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil. Pelo primeiro poder, o príncipe ou magistrado cria as leis para um tempo determinado ou para sempre, e corrige ou ab-roga aquelas que já estão feitas. Pelo segundo, determina a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as questões dos indivíduos (MONTESQUIEU, 2006:165).

A separação dos poderes do Estado significa, a grosso modo, a existência de muitos órgãos que exerçam o poder, e não que o poder do Estado seja dividido, afinal, a soberania é una e indivisível. (DALLARI, 2018, p.213). A necessidade de racionalizar o exercício do poder, limitando-o, já estava presente no pensamento de Aristóteles (MENEZES, 2005, p.246), na Antiguidade Clássica, segundo o qual seria injusto e perigoso que um só indivíduo exercesse o poder. No século XIV, em 1324, Marsílio de Pádua escreve “Defensor Pacis”, estabelecendo a distinção entre os poderes. Na base de seu pensamento está a oposição entre o povo, a quem chama “primeiro legislador”, e o príncipe, numa primeira tentativa de afirmação da soberania popular.

No século XVI, com a publicação de seu *O Príncipe* (1513), Nicolau Maquiavel identifica que na França já haveria três poderes distintos: o legislativo (Parlamento), o executivo (o rei) e um judiciário independente, algo que será mais elaborado posteriormente por John Locke, no século XVII, quando faz uma primeira sistematização doutrinária da separação de poderes. Locke aponta para a existência de quatro funções fundamentais a serem exercidas por dois órgãos do poder: A função legislativa caberia ao Parlamento e a função executiva cabia ao rei, desdobrando-se essa em função federativa – casos de poder de guerra e paz, ligas e alianças e todas as questões externas ao Estado – e numa quarta função, também prerrogativa de do rei, definida por ele como “o poder de fazer o bem público sem se subordinar a regras” – algo potencialmente perigoso já que poderia ser usado como pretexto para decisões absolutistas, embora Locke se opusesse a ele (MENEZES, 2005, p.247).

É apenas no século XVIII, contudo, com Montesquieu e seu *O Espírito das Leis* (1748), que a teoria da separação dos poderes é de fato concebida (DALLARI, 2018, p. 215). Concebendo um sistema que conjuga legislativo, executivo e judiciário harmônicos e independentes entre si, dirá Montesquieu que “tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes” (MONTESQUIEU, 1962). O autor não concebe atribuições internas ao Estado, exceto julgar e punir os indivíduos que não cumprissem as leis. Trata-se do Estado mínimo que será consagrado mais adiante pelo liberalismo, não havendo grande preocupação com a sua eficiência até este momento, e sim com a garantia da liberdade individual.

Alguns anos após a publicação de *O Espírito das Leis* (1962), a Declaração de Direitos da Virgínia, em 1776, dirá em seu parágrafo quinto: “os poderes executivo e legislativo do Estado deverão ser separados e distintos do judiciário”. No mesmo sentido, em 1789, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, 1789, dirá em seu artigo XVI: “toda sociedade na qual a garantia dos direitos não está assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição”.

Parece-nos claro, portanto, que a separação dos poderes do Estado - ou a sua divisão em funções – esteve desde o início associada ao Estado Democrático, dando origem posteriormente à “teoria dos freios e contrapesos”, segundo a qual o Estado pratica atos de duas espécies, os chamados especiais e os chamados atos gerais. O Legislativo só pratica os atos gerais, emitindo regras abstratas e gerais, não atua concretamente na vida social. Depois de emitida a norma geral

aí sim é que se abre a possibilidade de atuação pelo poder executivo, através de atos específicos, regulatórios. O executivo dispõe de meios concretos para agir, mas está limitado pelos atos gerais praticados pelo legislativo, onde a democracia efetivamente “mora”. Havendo exorbitância de qualquer dos poderes surge então a ação fiscalizadora do judiciário. Dentro desta lógica, cada poder permanece dentro dos limites da sua esfera de competência.

Em que pese um tal sistema permitir a separação e conseqüente racionalização/limitação do exercício do poder político do Estado, a separação entre eles não é real. Legislativo, executivo e judiciário se interpenetram a todo instante, sendo essa uma separação apenas formal. Embora tenha garantido a limitação do poder político, o sistema não conseguiu de fato assegurar o caráter democrático do Estado e a liberdade dos indivíduos - apenas a de poucos privilegiados. Não é raro que se vejam executivos antidemocráticos e legislativos sem representatividade ou seja, antidemocráticos, quando formulam atos gerais que obedece às determinações e conveniências do executivo e não aos anseios do povo que representa.

Se num primeiro momento a separação dos poderes foi pensada para enfraquecer o Estado, com a evolução da sociedade isso foi se tornando mais complexo na medida em que esse mesmo Estado foi sendo mais e mais demandado, exigindo-se uma legislação mais numerosa e mais técnica, incompatível com os modelos de separação de poderes. Coloca-se, então, a questão da eficiência do Estado e de como garanti-la sem atentar diretamente contra a separação dos poderes. Algumas soluções pensadas para resolver essa equação foram, por exemplo, a gradual delegação de poderes do poder legislativo pelo texto constitucional, com limitações quanto ao tempo e objeto; e a transferência constitucional de competências por meio de reforma constitucional (emenda) ou pela promulgação de novas Constituições. Em todos os casos, há que se atentar para uma tendência de manutenção da teoria dos freios e contrapesos apenas na aparência, aumentando as competências do executivo e reduzido as do legislativo, na formação da vontade do Estado.

Fica claro, portanto, que, em que pese a teoria dos freios e contrapesos figurar como uma importante ferramenta ou sistema para assegurar o caráter democrático do Estado e as liberdades dos indivíduos, tais exigências requerem do Estado um maior dinamismo e sua presença constante na vida social, vale dizer, é preciso que ele possa conciliar a necessidade de eficiência com os princípios democráticos, algo que se incompatibiliza muitas vezes com a tradicional separação de poderes.

Dito de outro modo, embora a teoria da separação dos poderes seja um dos mais importantes alicerces do Estado de Direito, é importante atentar para o fato de que na contemporaneidade há uma evidente modificação do sistema de freios e contrapesos que visa equilibrar as funções do Estado. Fundamentalmente, a função legislativa tem sido o alvo preferencial de excessos cometidos pelos dois outros poderes. Ora o Judiciário se arvora em funções no limite legislativas, quando o STF é chamado a tratar de questões como, por exemplo, a prisão após condenação em segunda instância – o que se convencionou chamar de ativismo judicial – ora o Executivo se agiganta pelo excesso de medidas provisórias.

4. INGEBOURG MAUS E O JUDICIÁRIO COMO SUPEREGO DA SOCIEDADE: EXCESSOS QUE AMEAÇAM AS LIBERDADES?

A cientista política Ingeborg Maus discorre sobre o papel do poder judiciário em uma sociedade considerada órfã com a perda da importância que a figura paterna na definição do ego, conforme aponta Herbert Marcuse (MAUS, 2000, p.184). Nesse contexto, a construção da consciência individual é fortemente determinada por diretrizes sociais esvaziando, segundo a autora, a capacidade de crítica autônoma das normas sociais (MAUS, 2000, p. 185), daí afirmar-se a existência de uma sociedade órfã na qual indivíduos e coletividade alcançam a condição de meros objetos administrados que passam a venerar a representação da Justiça (MAUS, 2000, p.185).

Mediante tal cenário, a pessoa do juiz personifica os pressupostos de decisões racionais e justas (MAUS, 2000, p.185), sendo assim, tal personalidade passa a representar não só uma formação ética exemplar, mas, também a ser compreendida como requisito de decisões consideradas justas (MAUS, 2000, p.186). Para Ingeborg Maus “não é difícil reconhecer o clássico modelo de transferência do superego” (MAUS, 2000, p.186) tampouco identificar em tal compreensão a centralização da consciência social na Justiça (MAUS, 2000, p.186).

Tal constatação acende um alerta quando da leitura da obra de Maus para a imunização da atividade jurisprudencial perante toda e qualquer crítica (MAUS, 2000, p.187), o que aponta para sua fuga de qualquer mecanismo de controle social, controle ao qual, sabidamente, toda instância estatal precisa ser subordinada no bojo de um Estado Democrático de Direito. Chamamos a atenção, nesse ponto para a questão que suscitamos neste trabalho, qual seja, a da tripartição de poderes como elemento imprescindível para as liberdades democráticas, tendo em vista que tal situação demonstrada pela cientista política alemã nos revela que o judiciário, nesses termos, passa a encarnar “o próprio monarca substituído” nas palavras de Maus (2000, p.187). Nessa toada, o que vemos é a auto-ampliação dos poderes do judiciário, sem limites definidos e que libera a justiça de uma sintonização com a vontade popular (MAUS, 2000, p.189) que resulta na transformação de espaços de liberdade dos indivíduos em “produtos de decisão judicial fixados caso a caso” (MAUS, 2000, p.190).

É interessante, considerando o mote do presente manuscrito, considerar o papel reservado ao parlamento no bojo do ativismo constitucional delineado por Maus no texto em análise. Para ela, “o Parlamento aparece agora como simples representante do entrechoque de impulsos e energias sociais, cujo excesso tem como censor a Justiça.” (MAUS, 2000,p.195), marcado socialmente por um suposto déficit de conhecimento jurídico.

Na perspectiva de Maus, o Tribunal Constitucional Alemão (TFC), análogo ao nosso Supremo Tribunal Federal (STF), tem alargado de tal maneira as suas atribuições, que podemos chegar ao limite

da própria Constituição pode eventualmente ser considerada inconstitucional, havendo, portanto, algo como direitos “suprapositivos” (MAUS, 2000, p.191) e auto-fundados. Nesse sentido, o Judiciário, a quem Montesquieu não deu muita importância, seria alçado a uma posição de monarca absoluto, fundando-se algo como uma “teologia constitucional”, com os juízes como sábios interpretando o texto sagrado (MAUS, 2000, p.192). Tornam-se uma elite nacional, deixando à mostra uma crença de que a lei vincula seus destinatários, não seus intérpretes (MAUS, 2000, P.198). Rompendo com o equilíbrio entre os poderes, a contemporaneidade tem assistido ao Judiciário se transformar em uma espécie de religião civil. Segundo Maus, portanto e em síntese, o Judiciário tornou-se um novo superego³ da sociedade. Um novo superego que está na administração judicial da moral.

, ao analisar o artigo de Ingeborg Maus, a professora Gisele Cittadino (2002,p.141) assevera que:

O que nos resta agora perguntar é se o vínculo entre ativismo judicial e reforço da lógica democrática, que subjaz ao processo de “judicialização da política”, pode viabilizar essa quebra de limites normativos à soberania popular, por mais legítimo que seja o movimento político a dar-lhe sustentação. Em outras palavras, a indagação é se o Poder Judiciário, para não violar a deliberação pública de uma comunidade política que atua autonomamente orientada pelos valores que compartilha, deve ou atuar como regente republicano da cidadania ou abdicar de garantir direitos constitucionalmente assegurados. Dar uma resposta positiva a essa pergunta significa, na verdade, autorizar os tribunais, especialmente as cortes supremas, a atuar como profetas ou deuses do direito, consolidando aquilo que já é designado como “teologia constitucional” e imunizando a atividade jurisprudencial perante a crítica a qual originariamente deveria estar sujeita

Nesse diapasão, Cittadino reconhece a necessidade de uma interpretação construtivista, destacadamente das normas e princípios, presente nas Constituições das democracias contemporâneas, contudo, destaca que a recorrência dessa “dimensão inevitavelmente criativa da interpretação constitucional” (CITTADINO,2002, p.141) em todo e qualquer processo hermenêutico não incorre, necessariamente, em prejuízo à lógica de separação de poderes. Mesmo quando os tribunais precisam ultrapassar, em suas decisões, aquilo que está consignado em nosso ordenamento jurídico, devem “proferir decisões corretas e não se envolver na tarefa de criação do direito” (CITTADINO, 2002, p. 141).

Nesse sentido, considerando a liberdade, recorte do presente trabalho, é importante estabelecer que este é um direito fundamental previsto na Constituição Cidadã de 1988. Desse modo, é imprescindível dentro da discussão em curso atentar para a vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais que se posicionam no ordenamento jurídico também como “parâmetros de organização e de limitação dos poderes constituídos” (MENDES; BRANCO, 2011, p.167). Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco são categóricos ao afirmar que “a constitucionalização dos direitos fundamentais impede que sejam consideradas meras autolimitações dos poderes constituídos (...)

3 O superego designa uma das três instâncias dinâmicas do aparelho psíquico para a teoria psicanalítica. Trata-se de parte moral da psique e que representa valores sociais e onde ocorre a castração do desejo.

passíveis de serem alteradas ou suprimidas ao talante destes” (MENDES; BRANCO, 2011, p. 167).

CONCLUSÕES

Como visto, o pensamento de Montesquieu sobre a separação de poderes visava assegurar liberdades, entretanto, sua preocupação parece-nos não ter encontrado eco na forma como o poder judiciário se consolidou no Brasil – e também em outros lugares do mundo, como a própria Alemanha de Maus. Parece-nos interessante a contraposição do papel assumido pelo judiciário na atualidade, bem delineado no texto de Maus, em detrimento do papel reservado por Montesquieu ao poder que se incumbiria de pronunciar as normas elaboradas pelo legislador.

Compreendemos também não ser difícil entender a supremacia do judiciário em detrimento de outros poderes, tendo em vista a conturbada relação de seu povo com a política e a trajetória democrática brasileira.

A referida tensão foi agravada nos últimos anos em virtude de episódios de corrupção envolvendo membros dos poderes executivo e legislativo, em âmbito federal e estaduais, descortinados pelo poder judiciário. Em que pese uma crítica ao modo, por vezes suspeito e até mesmo contraditório às premissas constitucionais, como, por exemplo, o uso do *plea bargain* na Operação Lava Jato, assuntos que por si só ensejam outro manuscrito, é inegável o fortalecimento deste poder em detrimento dos outros dois que saíram, no conjunto, bastante desacreditados pela população.

A estabilidade do regime ideal está em que a correlação entre as forças reais da sociedade possa se expressar também nas instituições políticas. Isto é, seria necessário que o funcionamento das instituições permitisse que o poder das forças sociais contrariasse e, portanto, moderasse o poder das demais. Assim compreendida a teoria dos poderes de Montesquieu se torna extremamente contemporânea, por apontar a necessidade de arranjos institucionais que impeçam que alguma força política possa *a priori* prevalecer sobre as demais, reservando-se a capacidade de alterar as regras depois de jogado o jogo político.

Referências Bibliográficas

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008.

CITTADINO, Gisele- **Poder Judiciário, ativismo judicial e democracia**. Revista da Faculdade de Direito de Campos, ano II, nº2 e ano III, nº3, 2001-2002.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 33ª edição 5ª tiragem São Paulo: Saraiva, 2018.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou a matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. 4ª ed. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

MAQUIAVEL, Nicolau. **Comentários sobre a primeira década de Tito Lívio**. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1994. 3ª edição.

MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade** – o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”, *Novos Estudos, CEBRAP*, No.58, Nov.2000, pp.183-202.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENEZES, Aderson. **Teoria Geral do Estado**. 8ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

MONTESQUIEU, Barão de. **Do espírito das Leis**. Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2000.

Recebido em:05/06/2020

Aprovado em :18/06/2020

**A DEMOCRACIA DELIBERATIVA E O MODELO
PROCEDIMENTAL: A POSSIBILIDADE DE UNIVERSALIZAÇÃO
DA TEORIA DEMOCRÁTICA HABERMASIANA**

A DELIBERATIVE DEMOCRACY AND THE PROCEDIMENTAL
MODEL: A POSSIBILITY FOR THE UNIVERSALIZATION OF
HABERMASIAN DEMOCRATIC THEORY

Luiz Gustavo Tirolí*
Natalia Maria Ventura da Silva Alfaya**

*Acadêmico do curso de graduação em Direito pela Universidade Estadual de Londrina - UEL. Endereço eletrônico: gustavo_tiroli@hotmail.com. Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/4012511514272072>.

**Doutora em Ciências Sociais e Jurídicas pela Universidade Federal Fluminense – UFF. Pesquisadora dos grupos Democracia, Cidadania e Estado de Direito - DeCIED e Jürgen Habermas: concepções, confluências e Interloquções junto aos Instituto Gilvan Hansen - IGH. Docente da Escola de Direito das Faculdades Londrina – EDFL. Endereço eletrônico: naty.alfaya@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9731930696524695>.

Como citar: TIROLI, Luiz Gustavo; ALFAYA, Natalia Maria Ventura da Silva. A democracia deliberativa e o modelo procedimental: a possibilidade de universalização da teoria democrática habermasiana. **Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania – IDCC**, Londrina, v. 5, n. 1, p 154-168, jan/jul, 2020. ISSN: 2596-0075.

Resumo: O modelo de democracia liberal, marcado pela prevalência dos interesses e liberdades individuais em detrimento da coletividade e o modelo republicano que, ao contrário, compreende o processo político como uma renúncia das perspectivas individualizantes para a definição e busca coletiva do ideal de boa vida são correntes que objetivaram regulamentar o processo político democrático das sociedades modernas marcadas pela ruptura paradigmática mítica para uma concepção racionalista. Neste contexto, surge o modelo de democracia deliberativa habermasiana que objetiva harmonizar as duas correntes e estabelece que o processo de tomada de decisão deve se dar por meio da teoria da ação comunicativa. Na teoria democrática deliberativa os conceitos de autonomia privada e autonomia pública tem a mesma origem, ou seja, um discurso livre de coerções. Em tal modelo, Habermas pretende um modelo de democracia que seja universalmente aplicável, independente dos contextos sociais, culturais e históricos de cada população. O método utilizado foi o hipotético-dedutivo, que corresponde a extração discursiva do conhecimento, através da construção de conjecturas baseada nas hipóteses. O estudo objetiva analisar a concepção do modelo democrático deliberativo discursivo,

perquirindo sobre a possibilidade de universalização do modelo procedimental habermasiano para além do contexto específico europeu e alemão.

Palavras-chave: Democracia. Habermas. Deliberação. Universalização.

Abstract: The model of liberal democracy, marked by the prevalence of individual interests and freedoms to the detriment of the collectivity and the republican model which, on the contrary, understands the political process as a renunciation of individualizing perspectives for the definition and collective search for the ideal of good life, are current that aimed to regulate the democratic political process of modern societies marked by the mythical paradigmatic rupture for a rationalist conception. In this context, the Habermasian deliberative democracy model emerges, which aims to harmonize the two currents and establishes that the decision-making process must take place through the theory of communicative action. In deliberative democratic theory, the concepts of private and public autonomy have the same origin, that is, a discourse free from coercion. In such a model, Habermas wants a model of democracy that is universally applicable, regardless of the social, cultural and historical contexts of each population. The method used was the hypothetical-deductive, which corresponds to the discursive extraction of knowledge, through the construction of conjectures based on the hypotheses. The study aims to analyze the conception of the discursive democratic deliberative model, investigating the possibility of universalizing the Habermasian procedural model beyond the specific European and German context.

Key-words: Democracy. Habermas. Deliberation. Universalization.

INTRODUÇÃO

A tradição religiosa era o principal fundamento da organização das sociedades ocidentais no período pré-moderno, assim como a ética e as estruturas normativas e políticas. Todavia há uma ruptura paradigmática com o advento da modernidade. Iluminada pela racionalidade, tais elementos passam a ser concebidos por ideais pós-tradicionais, anticlericais e fundados na crença da vontade humana como elemento determinante para a condução dos aspectos políticos, sociais e individuais do homem ocidental.

A fim de regulamentar esse novo paradigma surgem dois modelos de legitimação do direito moderno, um que sustentava a autorrealização individual e a busca pela consolidação dos direitos humanos como categorias universais e outro que priorizava à soberania popular e a dimensão de autodeterminação dos povos.

O pensamento jurídico filosófico moderno se debruçou em torno do debate sobre a autonomia, uma vez que não se falava deste conceito no período histórico anterior por ter sido este marcado pelo direito divino dos reis e por outras estruturas políticas e jurídicas que determinavam a vontade coletiva e individual por meio de conceitos religiosos e metafísicos. Neste sentido, na modernidade, os debates tradicionalmente eram travados por duas correntes distintas, a liberal que concedia mais liberdade e autonomia à vida privada, e aqueles que priorizavam a autonomia em seu aspecto público, os republicanos.

Entretanto, diante da incapacidade dos modelos de desenvolverem uma perspectiva que não desconsidera-se um aspecto em detrimento do outro, Habermas construiu sua teoria do discurso, percebendo que ambas as autonomias não eram opostas e autoexcludentes entre si, mas, ao contrário, eram complementares e cooriginárias, ou seja, se sustentam mutuamente, não podendo pensar em uma delas isolada da outra.

Na teoria da democracia deliberativa habermasiana os conceitos de autonomia privada e autonomia pública surgem a partir de um discurso livre de coerções. Sendo assim, tem-se autonomia privada como a possibilidade dos indivíduos de se manifestarem e conduzirem sua vontade livremente, nos limites estabelecidos por meio da proibição de algumas condutas.

Dentro desta estrutura teórica, relaciona-se à autonomia privada o conceito de privacidade, ou seja, os indivíduos nas relações pessoais e informais estabelecem comunicação e seus discursos não podem ser publicizados sem a prévia autorização dos seus participantes, a não ser que seja justificado de maneira fundamentada.

Enquanto que, por autonomia pública, tem-se a manifestação de pensamentos, ideias e concepções sociais historicamente construídas pelos indivíduos. Tal construção se faz por meio do espaço público¹ no intuito de prevalecer o melhor argumento na construção da vontade coletiva,

¹ O espaço público, conceito habermasiano, é compreendido como aquele espaço em que todos os concernidos em determinado debate têm condições livres e igualitárias de participar das discussões, apresentando seus argumentos e ouvindo as posições diversas. Tal dinâmica ocorre dentro das regras do discurso esclarecidas por Habermas em suas obras e tem como objetivo maior a construção de uma posição coletiva sustentada pela força do melhor argumento. Para maiores detalhes consultar as obras *Mudança Estrutural da Esfera Pública* e *Teoria do Agir Comunicativo*, ambas de Jürgen Habermas.

desde que a manifestação seja livre de coerção e manifesta por sujeitos em situação de igualdade.

Toda a estrutura teórica de democracia desenvolvida por Habermas, incluindo sua conceituação de autonomias pública e privada, têm em si um pressuposto principal, um objetivo que o autor apresenta ao longo das obras em que trata da temática democrática, qual seja, apresentar um modelo de democracia que seja possível de ser aplicado em toda e qualquer sociedade ou comunidade real. Um modelo capaz de se adaptar à diferentes realidades, culturas, histórias e estruturas sociais, sem, com isso, perder suas características essenciais.

Os objetivos principais do presente artigo são, portanto, compreender, ainda que de forma breve, o modelo democrático desenvolvido por Habermas e apresentar uma posição dos autores a respeito da possibilidade ou não de universalidade de tal modelo.

O método utilizado foi o hipotético-dedutivo, que corresponde a extração discursiva do conhecimento, através da construção de conjecturas baseada nas hipóteses. O estudo objetiva analisar a concepção do modelo democrático deliberativo discursivo, perquirindo sobre a passividade de universalização do modelo procedimental habermasiano para além do contexto europeu ocidental.

1 O MODELO DE DEMOCRACIA DISCURSIVA: CONSIDERAÇÕES SOBRE O MODELO LIBERAL E REPUBLICANO

1.1 O individualismo e a perspectiva democrática liberal

O racionalismo e a laicidade são as principais expressões do pensamento liberal que se alicerçou em uma corrente de pensamento denominada de Iluminismo. A ruptura paradigmática não aniquilou a percepção da religião na esfera pública e privada, tão somente mitigou sua influência determinante em detrimento da razão (MELQUIOR, 1991).

Todavia, em face da complexidade das sociedades industriais, o pensamento liberal passou a considerar a perspectiva de liberdades positivas, acrescentando aos direitos e liberdades individuais mais básicos uma atenção na igualdade de oportunidades e na ética de uma comunidade determinada. A perspectiva democrática do liberalismo apregoou a existência de um espaço privado de liberdades individuais mínimas que o sujeito se encontraria em face do Estado (SILVA, 2008).

O processo de modernização ressignificou os papéis sociais e trouxe maior importância para a esfera privada em detrimento da pública, uma vez que os indivíduos tornaram consumidores e assumem esta posição na esfera privada negligenciando a perspectiva de cidadão na esfera pública.

Neste sentido, o pensamento liberal acredita que existem direitos individuais que são anteriores a consolidação do Estado e que por ele não poderiam ser relativizados, a fim de garantir a tutela da individualidade e não incorrer no processo de sobreposição da coletividade. Tais direitos são fundamentais para a liberdade de ação do indivíduo, devendo os direitos coletivos e sociais serem regulamentados a fim de impedir sua imposição que possa mitigar aqueles que garantem a liberdade (HABERMAS, 2004).

A finalidade de tutelar tais direitos sustenta-se na concepção de que o indivíduo deve ser

livre para almejar a sua autorrealização a partir de suas próprias convicções éticas, estéticas e preferenciais, estabelecendo e percorrendo os caminhos que lhe pareçam mais adequado para atingir este fim. Para Habermas, a visão dos liberais neste contexto é a de que estes direitos humanos são postos como primordiais em face ao saber moral e são entendidos como direitos existentes por razão de um “estado natural fictício”. Estes direitos simplesmente existem como parte da natureza humana (ALFAYA, 2018, 155).

Neste contexto, os direitos políticos relacionam-se a possibilidade de constituir grupos de pressão e de negociação para fazer prevalecer os interesses particulares na esfera pública, ou seja, os indivíduos se comportam no espaço público como na esfera privada, transformando o Estado em um instrumento que lhes pareça mais vantajoso. Sendo que o processo político se constrói a partir do agrupamento de interesses similares para pressionar a esfera pública para atingir seus interesses e garantir seus privilégios, por meio da lógica representativa quantitativa expressa por meio do voto (SORJ, 2004).

Dentro do entendimento da tradição liberal, portanto, é o Estado, com sua ordem jurídica e processo político, que foi criado pelos indivíduos para servi-los e ser instrumento para a busca pessoal de noções individuais de sucesso e boa vida, segundo estratégias e caminhos eleitos de forma pessoal e livre. Habermas entende essa leitura da tradição liberal como o processo democrático assumindo o papel de direcionar o Estado no sentido de satisfazer os interesses da sociedade, sendo a prática política o instrumento pelo qual os interesses particulares se agregam e se impõem com o uso administrativo deste poder político.

Deste modo, na perceptiva liberal as liberdades individuais não podem ser mitigadas em face dos direitos coletivos, difusos ou sociais e o Estado foi constituído pelos indivíduos para garantir suas liberdades, concebendo a esfera pública como espaço para realização das vontades individuais representadas por sujeitos que receberam a legitimidade por meio do voto majoritário.

1.2 A COLETIVIDADE E A PERSPECTIVA DEMOCRÁTICA REPUBLICANA

As noções de disciplina, coletividade, apreço pela sociedade são valores intrínsecos ao modelo republicano que não concebe o indivíduo a não ser pela perspectiva da comunidade em que está inserido. Sendo assim, a visão republicana privilegia a coletividade em detrimento do individual, percebendo que as responsabilidades mútuas e solidariedade entre os membros de uma determinada comunidade são essenciais para a consolidação da unidade social (BRAY, 2011).

Sendo impossível ao indivíduo viver isoladamente, ele se reúne em comunidades políticas, dentro das quais os sujeitos estão vinculados uns aos outros por ligações de dependência recíproca. Portanto, eles não possuem escolha a não ser cooperarem uns com os outros agindo coletivamente para as tomadas de decisão, tendo como objetivo um bem comum que beneficiaria a todos igualmente (SILVA, 2008).

Deste modo, a autonomia jurídica deixa de estar relacionada a um conjunto de direitos intocáveis pelo Estado para uma perspectiva que concebe a prática coletiva de exercício de uma autoridade que é resultado da união entre cidadãos. O sujeito é livre à medida que se une na

coletividade que compartilha uma mesma visão de boa vida.

A manutenção de sociedades democráticas republicanas passa pela necessidade de seus membros almejarem o desenvolvimento de virtudes que garantam a coesão social, tendo os direitos e interesses individuais catalogação de desvios de virtude e egoísmos que são empecilhos para a construção de uma visão geral que beneficiaria a coletividade. Sendo assim, a soberania popular é construída a partir de uma prática política reflexiva e se impõe na comunidade jurídica, garantindo a visão comunitária (GOMES, 2012).

Os cidadãos são aqueles que recebem o direito de participar da vida política e de influenciar as decisões a partir do cumprimento dos deveres que lhe são impostos pela coletividade, tendo mais obrigações do que direitos, não se limitam a exercitar liberdades individuais numa esfera pessoal protegida de interferências externas, devem se guiar pelas virtudes cívicas que conduzem a uma busca pelo bem comum e pela estabilidade social, mesmo que com sacrifício de liberdades e interesses particulares.

A função essencial do direito no modelo democrático republicano consiste em garantir que as leis sejam elaboradas por meio de um legítimo processo de participação popular e que atribua direitos e deveres na finalidade de direcionar a sociedade na busca pelo bem comum na visão compartilhada de boa vida.

O processo político possui uma natureza distinta na tradição republicana se comparado ao modelo liberal de democracia. No contexto republicano, a política não é exercitada por meio de negociações e disputas entre interesses individuais que se agrupam por afinidade para pressionar o aparato estatal em determinada direção, ao contrário, o processo político se norteia pelos ideais de entendimento mútuo e busca coletiva de um bem comum.

Pelo que se apresentou acima, é perceptível que tanto o modelo liberal quanto o republicano tem suas características próprias que devem ser consideradas para a busca de um processo democrático legítimo. Entretanto, enxergando em ambos os modelos já retratados, deficiências e incompletudes, propõe Habermas o modelo democrático deliberativo, na tentativa de afastar tais incompletudes e aproveitando as qualidades dos modelos republicano e liberal.

2.3 O MODELO DE DEMOCRACIA LIBERAL E REPÚBLICA NA PERSPECTIVA HABERMASIANA

Habermas reconhece vantagens importantes em ambos os modelos liberal e republicano, mas considera que, cada um à sua maneira, são incompletos e insuficientes para abarcarem a grande complexidade das sociedades multiculturais modernas e seus intrincados sistemas de influências e intersubjetividades fortalecidos pelos processos de migração, comunicação e transporte em escala global.

Neste sentido, em relação ao modelo liberal, a crítica consiste na mitigação do papel do cidadão que, apesar de ter resguardado seus interesses pessoais, não tem participação efetiva no processo de condução da autonomia pública, a não ser pela possibilidade de eleger representantes que, durante um determinado período, conduziram as decisões do Estado, afastando o indivíduo

da esfera pública que não detém espaços adequados para manifestação discursiva igualitária a fim de garantir a participação do cidadão no processo de construção da política e na tomada de decisão na esfera pública (HABERMAS, 2002).

Neste sentido, a fim de influenciar o processo decisório no modelo liberal, o cidadão necessita ter instrumentos não igualitários, sobretudo o poder econômico para pressionar a administração do Estado (NOCELLI, 2016). Assim sendo, o paradigma do processo político seria o mercado, de modo que uma disputa direta de interesses individuais acontece limitada a ferramentas insuficientes como o simples voto (SILVA, 2008).

Neste cenário, o governo poderá facilmente ser controlado por ditadores que concedam determinadas liberdades individuais, enquanto que na esfera pública o cidadão não tem possibilidade de participar do processo decisório, nem na eleição de seus representantes, tampouco com a manifestação discursiva participativa de construção do processo decisório coletivo. Deste modo, este tirano pode cercear as liberdades individuais sem que os indivíduos tenham instrumentos legítimos para resistir à opressão, pois sua participação e seus direitos políticos foram suprimidos.

O modelo de democracia liberal, portanto, falha ao não possuir uma ligação entre elementos da democracia e cidadão do Estado para além de uma racionalidade estratégica que luta por posições de poder. Não compreende o cidadão como membro de uma comunidade que deseja elos de solidariedade e estruturas que promovam a justiça social.

Esta falha do modelo liberal pode gerar uma forma de autoritarismo denominada por Habermas de “paternalismo das leis”. Esta forma de autoritarismo se baseia no entendimento que os cidadãos reunidos poderiam tomar decisões que viessem a agredir as esferas individuais de liberdade de outros cidadãos, que possuem menores possibilidades de influir nos centros de poder e, por essa razão, tal atitude coletiva precisa ser contida e regulada. Esta configuração de pensamento é tida como paternalista na medida em que o poder estatal acredita estar em condições melhores para defender os interesses dos membros da sociedade em comparação com os próprios indivíduos, ou seja, que sabe o que é melhor para eles (HABERMAS, 2002).

Em relação ao modelo democrático republicano, Habermas considera haver limitações às liberdades individuais à medida que tal sistema poderia se converter na denominada “ditadura da maioria”, ou seja, em face da complexidade e multiculturalidade das sociedades modernas, sobretudo pelos antagonismos sociais constitutivos do espectro político, seria passível de concretização a dominação de debates políticos que privilegiam determinados grupos dominantes que ocupam espaços estratégicos no cenário político em detrimento das minorias que não encontram força para deter representatividade, tendo as suas liberdades individuais mitigadas em detrimento do bem comum.

Assim, a ética e cultura do grupo majoritário de determinada sociedade passaria a ser confundido com uma pretensa visão homogênea de mundo de todos os membros daquela sociedade (HABERMAS, 2002).

Tal concepção poderia incorrer na mitigação das liberdades individuais e na sobreposição do discurso de uma maioria em detrimento de uma minoria que tem suas opiniões e divergências

eliminadas a fim de construir uma hegemonia que garante o progresso social. Para o funcionamento do modelo republicano, torna-se necessário que a sociedade seja constituída de cidadãos virtuosos, que almejam o bem coletivo acima da sua realização pessoal, que estejam dispostos a silenciar suas divergências em prol dos interesses coletivos, uma realidade utópica dada o grau de individualismo das sociedades modernas.

Na perspectiva habermasiana é necessário que as instituições supram a falta de virtude dos cidadãos, sobretudo daqueles que se encontram na posição de governantes e, como tal, teriam facilidade em se apropriar das estruturas estatais em prol de seus interesses particulares.

Deste modo, ambos os modelos de democracia privilegiam uma forma de autonomia jurídica em detrimento da outra. Para os liberais, a autonomia privada se impõe frente à autonomia pública, os republicanos fazem o entendimento oposto, dando prioridade a autonomia pública em relação à autonomia privada. Entretanto, sob a ótica habermasiana, ambas as tradições falharam em perceber que as autonomias dependem uma da outra para se manterem, podendo-se entender que são dois lados de uma mesma moeda, não sendo possível desenvolver uma delas apartada da outra (SILVA, 2008).

2. A AUTONOMIA PÚBLICA E PRIVADA NO MODELO DE DEMOCRACIA DISCURSIVO DE JÜRGEN HABERMAS

A teoria habermasiana procedimental da democracia concebe a existência de um cooriginariedade dos direitos individuais fundamentais e a soberania popular, ou seja, de um lado o autogoverno serve para tutelar os direitos individuais, e de outro, os mesmos direitos são essenciais para o exercício da soberania popular (MOUFFE, 2003). Para Habermas (1996, p. 127), considerando o aspecto de cooriginariedade “então se pode entender como a soberania popular e os direitos humanos andam lado a lado e logo perceber a cooriginariedade das autonomias cívica e privada.”

Considerando o discurso como a origem comum das formas de autonomia jurídica, pública e privada, o modelo democrático desenvolvido por Jürgen Habermas somente considera livres os objetivos, vontades, opiniões e ações quando os envolvidos não sofrem nenhuma forma de coação para assumi-las, sejam essas coações internas ou externas ao exercício discursivo. Deste modo, os interessados assumirão apenas posições que considerem justificáveis por e para si mesmos.

Desta forma, no pensamento de Habermas, somente poderão ser consideradas as opiniões e vontades individuais e coletivas que surgem a partir do discurso livre de coerções e imposições, e, para que tal aconteça, a autonomia privada e pública estão condicionadas à construção desse discurso de maneira independente e autônoma (ALFAYA, 2018).

A dicotomia história entre autonomia pública e autonomia privada, sustentada pelo modelo democrático liberal e republicano torna-se superada na teoria democrática discursiva habermasiana, a medida em que o teórico reconhece a fundamentação de ambas as autonomias na estrutura de um discurso livre de coerções (HABERMAS, 2011).

No modelo democrático deliberativo, a autonomia privada está relacionada a concepção de

liberdades positivas, que garante ao indivíduo conduzir suas vontades e desejos de maneira livre, desde que tal conduta não seja proibida. Tais liberdades são embasadas no princípio do discurso. Sendo assim, pode-se exigir que a autonomia privada seja distribuída de maneira igualitária entre todos os membros da sociedade, ou seja, de modo que os destinatários da norma possam criar relações horizontais entre si (ALFAYA, 2018).

Deste modo, a autonomia privada, no modelo democrático habermasiano, não está vinculada ao modelo liberal clássico, mas parte da compreensão de que os indivíduos estão eticamente enraizados e sua autonomia privada relacionada ao contexto cultural, ético e axiológico de uma determinada comunidade jurídica em que o indivíduo está inserido e que exerce sua autonomia privada não de maneira isolada, mas relacionada aos conceitos culturais e tradicionais de sua percepção social.

Para Habermas, o conceito de privacidade destoa do modelo liberal clássico em que o sujeito encontra-se isolado em um determinado espaço e tem o direito de não ser perturbado por nenhum outro indivíduo dentro de uma determinada comunidade jurídica. Deste modo, privacidade na teoria habermasiana está relacionada a proteção jurídica conferida aos indivíduos dentro de suas relações e comunicações no sentido de não poderem ser conhecidas, acessadas ou divulgadas publicamente sem prévia autorização dos sujeitos envolvidos (ALFAYA, 2018).

Neste sentido, as relações pessoais e familiares que se constroem de maneira espontânea entre os indivíduos e que envolvem sentimentos e desejos, são exemplos claros do conceito de privacidade para Habermas, pois estas comunicações estabelecidas no contexto privado entre indivíduos que se relacionam de maneira informal não podem ser publicizadas ou divulgadas sem prévia autorização dos agentes envolvidos ou sem justificativa específica que assim determine. Tal previsão está relacionada a teoria do discurso, a fim de permitir que haja a construção de uma um discurso livre, por meio do estabelecimento de comunicações informais imunes a coerções (SILVA, 2008).

Por outro lado, a autonomia pública, dentro do modelo democrático discursivo e deliberativo habermasiano caracteriza-se pela liberdade de autogoverno, ou seja, “os mesmos indivíduos que estão sujeitos às normas definidas por uma determinada comunidade jurídica também se encontrem em posição de autores destas mesmas normas” (ALFAYA, 2018, p. 145).

Deste modo, a autonomia pública complementa a autonomia privada, esta última representada pelas liberdades individuais, entretanto não isoladas, dos indivíduos de uma sociedade determinada, a medida em que faz-se necessário a construção de um modelo deliberativo discursivo em que a autonomia pública consolide uma forma de autogoverno de maneira procedimental que garanta que os membros de uma mesma comunidade possam colaborar na construção, de maneira igualitária, da vontade coletiva.

Destarte, a construção da autonomia pública pressupõe a formação da vontade coletiva por meio de debates e argumentos livres de coerções, tanto internas quanto externas ao indivíduo, e que podem comprometer a construção da democracia deliberativa que se dará a partir da livre manifestação igualitária dos indivíduos que será exercida pelo melhor argumento.

De maneira breve, a ideia de “melhor argumento” é entendida por Habermas como aquele que possui maior poder de convencimento dos demais interlocutores do debate. Assim, seguindo as estruturas de debates livres de coerções internas ou externas ao discurso, será o melhor argumento aquele que, por se mostrar melhor fundamentado e articulado, levar outros interessados em determinado debate a alterarem suas posições iniciais para apoiarem tal argumento.

Cumprindo tal procedimento proposto pela teoria habermasiana, seria possível exigir o cumprimento de determinada norma a medida em que os indivíduos, de maneira autônoma e livre de coerções estabeleceram, por meio do discurso e do melhor argumento, a vontade coletiva que os impele a cumprir tal determinação, a medida em que estes reconhecem a manifestação legítima de sua vontade neste modelo democrático discursivo (ALFAYA, 2018).

O modelo republicano de democracia tende a transformar a vontade popular em vontade soberana, de modo a colocar o conceito de “povo” como um “macro-sujeito coletivo”, marcado pela consolidação de uma unidade de estruturas culturais e éticas. O modelo discursivo foca no procedimento democrático discursivo, em que os indivíduos livremente se manifestam apartados de coerções, em detrimento da personificação da vontade popular consolidada socialmente (SILVA, 2008, p. 108).

Tal procedimento de construção de uma democracia discursiva habermasiana pressupõe que sejam tutelados os direitos que permitem aos indivíduos manifestarem sua autonomia pública por meio da fala, da participação, da liberdade de pensamento, da manifestação de suas percepções sociais construídas historicamente e sobretudo por meio da argumentação, de modo que a força do melhor argumento se imponha na construção da vontade coletiva. Todavia, a comunidade jurídica deve insistir na indisponibilidade de tais direitos e sustentá-los para que sejam exercidos livres de coerção, a fim de que a manifestação discursiva possa ser reconhecida por seus agentes como legítimas.

Em que pese os procedimentos de participação e argumentação coletiva propostos por Habermas serem reconhecidos pelos indivíduos como legítimos, não se pode considerar que por si só seriam suficientes para garantirem a integralidade do cumprimento da vontade popular estabelecida pelo argumento mais forte e manter assim a coesão e solidariedade da comunidade. Sendo assim, o agir comunicativo não seria suficiente, apesar de ser o meio legítimo de garantir a construção da vontade coletiva, para garantir que se cumpra tal determinação (HABERMAS, 2011).

Sendo assim, Habermas propõe que para além do agir comunicativo, a comunidade deve dispor de mecanismos de esferas pública autônomas que garantam a efetivação da vontade estabelecida, sobretudo institucionalizando-a por meio de uma Constituição e tendo o direito o papel de realizar a mediação dos conflitos decorrentes da manutenção e consolidação da vontade coletiva construída por meio do discurso.

Deste modo, o conceito habermasiano de espaço público está relacionado a uma área propícia para a realização da atividade discursiva e para a interação intersubjetiva entre cidadãos livres, participativos e iguais, que acontece de maneira apartada aos sistemas e estruturas estatais.

Tal espaço tem a finalidade de garantir a emancipação, possibilitando que os procedimentos discursivos racionais permitam que a sociedade obtenha consensos de autogoverno, além de ser fonte para garantir a legitimidade das leis e normativas de determinada sociedade (BRAY, 2011). Sendo assim, Habermas “privilegia o aspecto democrático, dado que assevera que a importância dos direitos individuais subsiste em sua capacidade de tornar possível o autogoverno democrático (LARMORE, 1996, p. 2017).

O modelo de democracia discursiva habermasiana se concentra na proposição de um procedimento que possa ser adotado por qualquer sociedade determinada e servir para o desenvolvimento da qualidade de sua democracia e conseqüentemente da vida de seus cidadãos (HABERMAS, 2011). Desta forma, tratando-se de um modelo procedimental, que não objetiva apresentar aprioristicamente conceitos éticos, pode-se supor a possibilidade de que este modelo seja aplicável às mais diferentes sociedades, assim como o teórico faz no desenvolvimento da sua investigação.

3. A DEMOCRACIA DISCURSIVA: O MODELO PROCEDIMENTAL HABERMASIANO É PASSÍVEL DE UNIVERSALIZAÇÃO?

O processo de formação dos Estados modernos é permeado por um conjunto de fatores que levam a consolidação de sociedades multiculturais e complexas. O encontro de grupos étnicos culturais, conflitos bélicos, a prática religiosa, as concepções político-ideológicas, as migrações e colonizações, a dinamicidade ou estaticidade dos grupos de dominação social e outros antagonismos contribuem para que cada Estado moderno seja singular.

Neste sentido, a consolidação da democracia nas sociedades modernas não pode partir dos modelos liberal ou republicano, dado a sua insuficiência em face da complexidade étnico cultural moderna, uma vez que a força de integração social e a construção de vínculos de solidariedade constitutivo das relações humanas afasta a concepção liberal que concebe a sociedade como a junção de indivíduos enquanto seres isolados e que só necessitam da tutela do espaço privado para buscarem o ideal de vida boa e a realização pessoal. Não serve também a proposta republicana que concebe o indivíduo na coletivização e o Estado regulamentado pela legislação formada a partir da homogeneização dos valores morais e culturais de determinado povo.

Sendo assim, diante da insuficiência dos modelos liberal e republicano, Habermas propõe o modelo que denominou de discursivo, no qual o autor pretende enfrentar as questões da modernidade multicultural e estruturar requisitos que possam garantir o desenvolvimento qualitativo das democracias independente dos conteúdos étnicos e culturais e do processo histórico de cada sociedade que pretende se estruturar em um Estado democrático moderno.

A principal distinção entre o modelo habermasiano para os modelos clássicos consiste em que o primeiro preocupa-se em desenvolver um conjunto de formas, categorias e procedimentos que permitiriam a construção da democracia a partir do contexto multicultural da sociedade, enquanto que os segundos ocuparam-se em fornecer um conjunto de valores morais e conteúdos específicos que deveriam ser aplicados às mais diversas sociedades, ignorando as variações culturais e os

antagonismos sociais (HABERMAS, 2002).

O modelo deliberativo habermasiano se constitui a partir da tentativa de harmonização da perspectiva liberal e republicana e está alicerçado nas condições de comunicação para a tomada de decisão, em que o processo político deliberativo se solidifica sobre a estruturação de uma comunicação pública no espaço público (LUBENOW, 2010). Este espaço público é tido como espaço irrestrito de comunicação e deliberação pública, não tendo limites geográficos em que os elementos constitutivos não podem ser antecipados (HABERMAS, 2011).

Para o exercício da deliberação, Habermas propõe a teoria da ação comunicativa em que defende a superação da filosofia do sujeito pela filosofia da linguagem, deixando de focar os estudos nos indivíduos isolados (modelo liberal) ou em um ente formado pela coletividade homogeneamente considerada (modelo republicano) e voltando sua atenção às relações intersubjetivas que se formam entre os indivíduos que fazem parte de uma mesma comunidade e precisam definir as soluções para problemas comuns.

Habermas faz isso desenvolvendo uma teoria que se alicerça sobre pressupostos comunicativos e que se caracteriza pelo diálogo argumentativo. Os requisitos para a concretização do discurso consiste na possibilidade de todos poderem participar dos discursos; “todos podem problematizar qualquer asserção; todos podem introduzir qualquer asserção no discurso; todos podem manifestar suas atitudes, desejos e necessidades e todos podem exercer os direitos acima” (ALEXY, 2005, p. 226). Sendo assim, a democracia deliberativa precisa desdobrar-se sobre “opiniões públicas autônomas e amplamente espalhadas, e sobre procedimentos institucionalizados por via jurídico-estatal para a formação democrática da opinião e da vontade” (HABERMAS, 2002, p. 286).

O discurso é ordenado pelas regras de igualdade e simetria, ou seja, todos têm a mesma chance de iniciar o debate, realizar críticas, interrogar e participar, além de que todos podem discutir e questionar a respeito dos tópicos que foram estabelecidos em pauta para a discussão e todos tem “o direito de iniciar argumentos reflexivos sobre as próprias regras do procedimento discursivo e o modo pelo qual são aplicadas e implementadas” (BENHABIB, 1996, p. 70).

Os indivíduos reconhecem uma decisão como legítima e a aceitam a medida que se identificam e participam do processo deliberativo, seguindo a direção que estes mesmos desejaram seguir. A discussão ampla e irrestrita tem a finalidade de construir círculos de debates a partir de opiniões racionais que ao final estabelecerão o argumento mais forte que será determinado como à vontade coletiva. Neste modelo não é somente o voto a fonte de legitimidade, mas sobretudo a participação discursiva baseada na racionalidade dos interessados que direta e indiretamente serão afetados pela decisão tomada.

Todavia, pensadores como Chantal Mouffe (2003) critica o modelo de democracia universal que seria, assim como a universalização dos direitos humanos, um instrumento de dominação e imposição da hegemonia ocidental às múltiplas sociedades, marcadas por processos históricos e sociais bastante distintas.

Entretanto, o foco do modelo discursivo habermasiano não concentra-se na imposição de

valores e conteúdos universais, mas no procedimento universal que seria adotado pelas diversas sociedades para garantir a manutenção e a melhoria qualitativa da democracia, o que demonstra que a crítica ao modelo como sendo um instrumento de imposição axiológica não se sustenta, sobretudo considerando que cada sociedade criará conteúdos normativos e estruturas organizacionais que façam sentido dentro do cenário étnico-cultural que a forma, sendo que, qualquer que seja este conteúdo, ele será igualmente válido, trazendo à baila a questão da legitimidade democrática (HABERMAS, 2011).

Desta forma, segundo Habermas, a depender de cada sociedade, os conteúdos das normas seriam distintos, pois consideram os valores e visões de mundo distintas presentes naquela sociedade; entretanto, todas as normas seriam válidas na medida em que respeitassem os procedimentos de forma a garantir que os membros da sociedade em questão se entendam, concomitantemente, como autores e destinatários de tais normas e, além disso, que a força integrativa de tal sociedade seja baseada na ideia de formarem uma comunidade jurídica de grupos étnico-culturais diversos, e não mais no antiquado conceito de um povo cultural e eticamente homogêneo (BENHABIB, 1996).

Deste modo, torna-se possível a expectativa de que o modelo de democracia discursiva habermasiana seja passível de universalização para as demais realidades além da Europa e do Ocidente, tornando instrumento racional para consolidação e melhoramento da democracia que torna-se legítima a partir do agir comunicativo, em que sujeitos livres e em situação de igualdade possam deliberar sobre as questões pertinentes ao contexto político-social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A constituição dos Estados modernos está relacionada a uma ruptura paradigmática com os elementos metafísicos, absolutos e religiosos determinantes do período tradicional, sendo assim diante da complexidade das sociedades modernas marcadas pela racionalização procedimental surgem duas principais concepções democráticas para regulamentar o processo político.

Uma corrente que privilegia as liberdades individuais e apregoa que não podem ser mitigadas em face dos direitos coletivos, difusos ou sociais e determinam que o Estado foi constituído pelos indivíduos para garantir suas liberdades individuais, denominada de liberal e que concebe a esfera pública como espaço para realização das vontades individuais representadas por sujeitos que receberam a legitimidade por meio do voto majoritário.

De outro lado, tem-se o modelo democrático republicano em a política não é exercitada por meio de negociações e disputas entre interesses individuais que se agrupam por afinidade para pressionar o aparato estatal em determinada direção, ao contrário, o processo político se norteia pelos ideais de entendimento mútuo e busca coletiva de um bem comum.

Os modelos democráticos liberal e republicano demonstram-se insuficientes diante da complexidade e pluralidades das sociedades modernas, sobretudo por visarem anular pressupostos essenciais um do outro. Sendo assim, o modelo de democracia discursiva proposta por Habermas tem o intuito de harmonizar os dois primeiros modelos e propõe que a legitimidade das medidas

tomadas e a vontade coletiva se assenta na participação dos indivíduos no processo deliberativo. A construção de círculos de debates nas arenas públicas são fundamentadas na discussão de opiniões racionais que estabelecerão o argumento mais forte, não sendo o voto a única fonte de legitimidade, mas sobretudo a participação dos sujeitos no processo de tomada de decisão.

Deste modo, a manifestação da autonomia pública e a privada estão vinculadas a mesma origem, ou seja, um discurso livre de coerções. Enquanto a autonomia privada está relacionada a compreensão de que os indivíduos não exercem sua liberdade de maneira isolada, mas compreendendo que estão enraizados eticamente nas concepções culturais e axiológicas de determinada sociedade. Neste sentido, o conceito de privacidade no modelo democrático discursivo consiste em um espaço de estabelecimento de comunicações e de construção de relações pessoais e informações que não pode ser violado e publicizado sem autorização ou justificativa específica.

A autonomia pública se constrói por meio da arena pública, sendo este o espaço propício para manifestação livre de pensamentos, ideias, compreensões da realidade e de vida boa dos indivíduos que se consolidaram historicamente e sobretudo dos argumentos, que melhor desenvolvido, será impositivo para a construção procedimental da vontade coletiva, todavia não sendo suficiente para a manutenção e efetividade da força integradora social.

Sendo assim, faz-se necessário instrumentos como a Constituição e o direito para garantir a integração social, tendo a primeira a vocação de institucionalizar a manifestação da autonomia pública construída na perspectiva da democracia deliberativa e o segundo a missão de mediar os conflitos que resultem de tais relações entre as esferas públicas e privadas para consolidação da vontade coletiva.

Diante do novo panorama de teoria democrática apresentado por Habermas, com seu modelo de democracia deliberativa, é de se compreender que, tal modelo, baseado em procedimentos e não em conteúdos, se mostra plausível de ser aplicado em diferentes realidades socioculturais. Esta característica é justamente a base para se perceber a possibilidade de universalidade de tal teoria.

Na medida em que o modelo democrático habermasiano se preocupa em apresentar caminhos, estruturas e procedimentos que podem guiar um Estado moderno na direção da melhora de sua democracia, sem pré-definir conteúdos ou valores morais específicos para as normas, mas, ao contrário, entender que tais conteúdos devem refletir a diversidade cultural, étnica e social da comunidade a que se destina, este modelo demonstra sua capacidade de ser aproveitado em diferentes sociedades.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. A Theory of Practical Discourse. In: BENHABIB, S. & DALLMAYR, F. The communicative ethics controversy. Cambridge/Massachusetts/London: MIT, 1990. p. 166-67 apud DUTRA, Delamar Volpato. A teoria discursiva do direito. In Razão e consenso em Habermas: a teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia. UFSC: Florianópolis, 2005.

ALFAYA, Natalia Maria Ventura da Silva. **O constitucionalismo latino-americano na Bolívia:**

Uma análise crítica utilizando o ferramental habermasiano. Tese (doutorado) – Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2018.

BENHABIB, S. **Toward a deliberative model of democratic legitimacy.** In: BENHABIB, S. *Democracy and difference.* Princeton: Princeton University, 1996.

BRAY, Renato Toller. **O direito político em Jürgen Habermas:** legitimidade e esfera pública. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

GOMES, Ronaldo Martins. A democracia deliberativa de Jürgen Habermas. **Anais do Seminário dos Estudantes de Pós-Graduação em Filosofia da UFSCar.** ISSN 2358-7334. VIII Edição, 2012. Disponível em: <http://www.ufscar.br/~sempgfil/wp-content/uploads/2012/05/39-Ronaldo-Martins-Gomes-A-democracia-deliberativa-de-Jurgen-Habermas.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2020.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro:** estudos de teoria política. Trad. George Sperber, Paulo Astor Soethe, Milton Camargo Mota. 2. ed. São Paulo: Humanística, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **Between facts norms:** contribution to a discourse theory of law and democracy. Cambridge, Mass.: Massachusetts Institute of Technology.

LARMORE, C. **The morals of modernity.** Cambridge: Cambridge University, 1996.

LUBENOW, Jorge Adriano. **Esfera pública e democracia deliberativa em Habermas.** Modelo teórico e discursos críticos. In: Scielo. 2010. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0100-512X2010000100012&script=sci_arttext. Acesso em: 05 jan. 2020.

MELQUIOR, José Guilherme. **O liberalismo: antigo e moderno.** 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991.

MOUFFE, Chantal. Democracia, cidadania e a questão do pluralismo. **II Seminário Internacional de Educação Intercultural, Gênero e Movimentos Sociais:** identidade, diferença e mediações. Florianópolis, 2003.

SILVA, Felipe Gonçalves. A solidariedade entre público e privado. In: NOBRE, Marcos e TERRA, Ricardo (Org.). **Direito e Democracia:** um guia de leitura de Habermas. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

SILVA, Felipe Gonçalves. **A solidariedade entre público e privado.** In: NOBRE, Marcos e TERRA, Ricardo (Org.). **Direito e Democracia:** um guia de leitura de Habermas. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

SORJ, Bernardo. **A democracia inesperada: cidadania, direitos humanos e desigualdade social.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

VIEIRA, Liszt. **Os argonautas da cidadania: a sociedade civil na globalização.** Rio de Janeiro: Record, 2001.

Recebido em:05/06/2020

Aprovado em :15/06/2020

VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO MÍNIMO EXISTENCIAL ECOLÓGICO NA INEXISTÊNCIA DE PLANO NACIONAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS

VIOLATION TO THE PRINCIPLE OF THE ECOLOGICAL EXISTENTIAL MINIMUM IN THE NEXT NATIONAL SOLID WASTE PLAN

* Graduando em Direito pela Universidade do Estado do Amazonas. Estagiário do Fórum de Justiça da Comarca de Tabatinga. Contato: gdsf.dir@gmail.com.

**Graduado em Direito pela Universidade do Estado do Amazonas. Advogado. Graduado em Administração e Ciências Contábeis pela Universidade Federal do Amazonas. Mestre em Gestão de Áreas Protegidas da Amazônia pelo Instituto Nacional de Pesquisa da Amazônia. Mestre em Direito Ambiental pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas (PPGDA-UEA). Doutor em Geografia pela Universidade Federal de Goiás. Doutorando pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Estado de Minas Gerais (PPGD-UFGM). Professor Permanente da Universidade do Estado do Amazonas (UEA). Contato: ysilva@uea.edu.br

*** Graduado em Direito pela Universidade da Amazônia. Advogado. Mestre em Direito Ambiental pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas (PPGDA-UEA). Professor Permanente da Universidade do Estado do Amazonas (UEA). Doutorando pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Estado de Minas Gerais (PPGD-UFGM). Coordenador da Clínica de Mecanismos de Soluções de Conflitos (MARbiC-UEA). Link do Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9956374214863816> ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5903-4203> Contato: denisonaguiarx@hotmail.com.

Guilherme da Silva Farias*
Ygor Felipe Távora da Silva**
Denison Melo de Aguiar***

Como citar: FARIAS, Guilherme da Silva; SILVA, Ygor Felipe Távora da; AGUIAR, Denilson Melo de. Violação do princípio do mínimo existencial ecológico na inexistência de plano nacional de resíduos sólidos. **Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania – IDCC**, Londrina, v. 5, n. 1, p 169-186, jan/jul, 2020. ISSN: 2596-0075.

Resumo: As implicações da ausência de um Plano Nacional de Resíduos Sólidos no atingimento de meta instituída na Política Nacional de Políticas Públicas de eliminação e recuperação dos lixões no país, são violações ao princípio do mínimo existencial ecológico. O objetivo desta pesquisa é demonstrar que a ausência de um Plano Nacional de Resíduos Sólidos possui implicações no atingimento das metas de eliminação e recuperação dos lixões, bem como interferem na violação do princípio ao mínimo existencial ecológico. Utilizou-se a pesquisa indutiva e qualitativa, com técnicas de levantamento teórico-bibliográfico em leis, doutrinas e jurisprudências, em especial com pesquisa em artigos científicos. A violação do princípio do mínimo existencial pela inexistência do Plano Nacional de Resíduos Sólidos.

Palavras-chave: Princípio do Mínimo Existencial Ecológico. Plano Nacional de Resíduos Sólidos. Plano de Manejo. Plano de Gestão Integrada.

Abstract: The implications of the absence of a National Solid Waste Plan in reaching the goal established in the National Policy of Public Policies for the disposal and recovery of dumps in the country, are violations of the principle of ecological minimum existential. The objective of this research is to demonstrate that the absence of a National Solid Waste Plan has implications for achieving the goals of disposal and recovery of

dumps, as well as interfering with the violation of the principle of ecological existential minimum. Inductive and qualitative research was used, with theoretical-bibliographic survey techniques in laws, doctrines and jurisprudence, especially with research in scientific articles. Violation of the principle of existential domination by the inexistence of the National Solid Waste Plan.

Keywords: Principle of Ecological Existential Minimum. National Solid Waste Plan. Management Plan. Integrated Management Plan.

INTRODUÇÃO

A Lei nº 12.305/2010 (BRASIL, 2010), que instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS), constitui-se em instrumento essencial na busca de soluções para um dos mais graves problemas ambientais do Brasil, o mal destino dado aos resíduos sólidos, impondo a necessidade premente de substituir os lixões a céu aberto por aterros sanitários como medida de proteção ambiental.

A Política Nacional de Resíduos Sólidos, em seu art. 15, determina que a União elaborará o Plano Nacional de Resíduos Sólidos, com vigência por prazo indeterminado e horizonte de 20 (vinte) anos, a ser atualizado a cada 4 (quatro) anos. O prazo para elaboração do plano encerrou em agosto de 2012, mas ainda se encontra em versão preliminar desde 2011 (BRASIL, 2010).

Por se tratar de uma questão que, aparentemente, aflige apenas os moradores do local onde estão situados os lixões, acaba-se por atribuir a responsabilidade pelo não cumprimento das metas ao Estado ou Município. Olvida-se que a participação da União é fundamental, em ordem hierárquica e de planejamento para que os planos e as estratégias de todos os Entes federados estejam em conformidade uns com os outros.

A gravidade do fato não reside apenas em não se estar cumprindo com o compromisso assumido pelo próprio Estado brasileiro, mas em se estar infringindo direitos constitucionalmente garantidos, a exemplo da garantia a um ambiente ecologicamente equilibrado, corolário do princípio do mínimo existencial ecológico. Isso significa que, ao se retardar a solução da questão dos lixões a céu aberto, que causam prejuízos irreparáveis ao meio ambiente, faz nascer ou posterga a violação aos direitos dos indivíduos ao mínimo existencial ecológico.

O estudo pretende responder às seguintes questões-problema: A ausência de um Plano Nacional de Resíduos Sólidos tem influência no atingimento das metas de eliminação e recuperação dos lixões no Brasil? Essa carência possui implicações no direito ao mínimo existencial ecológico? A hipótese que se pretende comprovar é que a inexistência de um Plano Nacional de Resíduos Sólidos possui influência na concretização das metas de eliminação dos lixões no Brasil e, conseqüentemente, infringem o direito ao mínimo existencial ecológico.

Há quase 10 anos fora publicada a Lei. 12.305 de 2010 (BRASIL, 2010), que instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos, que visava, dentre outras coisas, a eliminação e recuperação dos lixões no Brasil. A referida norma, por sua vez, foi fruto de 20 anos de debates sobre o tema, até que se concretizasse em norma legal. Transcorridos quase 30 anos desde o início dos debates, os lixões ainda são uma realidade muito presente no país, pouco avançando a questão da substituição dos lixões por aterros sanitários, ou de recuperação das áreas que ocupam.

Ao se analisar o teor da norma que instituiu a PNRS, constata-se que a União, que se comprometera a instituir (no prazo de quatro anos após a publicação da lei) Plano Nacional de Resíduos Sólidos, até o presente momento não publicou norma regulamentadora, de forma que Estados e Municípios permanecem sem um parâmetro a ser seguido para implementação das diretrizes contidas na lei. O retardo na implementação das medidas propostas na lei acaba por

violar o princípio do mínimo existencial ecológico, que diz respeito ao direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Neste sentido, o objetivo deste artigo é demonstrar que a ausência de um Plano Nacional de Resíduos Sólidos possui implicações no atingimento das metas de eliminação e recuperação dos lixões, bem como violam o princípio ao mínimo existencial ecológico. Inicialmente, pretende-se revisar a bibliografia e posicionamento jurisprudencial acerca do princípio do mínimo existencial ecológico; num segundo momento, revisar a bibliografia acerca da Política Nacional de Resíduos Sólidos, com enfoque nas metas de eliminação e recuperação dos lixões; e por fim, apresentar dados acerca da situação atual dos lixões no Brasil, de maneira superficial, em relação do princípio do mínimo existencial.

Com relação aos procedimentos metodológicos, optou-se pela abordagem indutiva por se tratar de um estudo específico e pesquisa qualitativa, considerando que se procederá para o levantamento bibliográfico e pesquisa teórica. Neste sentido, as técnicas empregadas para coleta e análise de dados foi a revisão bibliográfica, em leis, com levantamento de doutrinas especializadas, bem como pesquisa em artigos científicos sobre cada tema do objeto de pesquisa. Por fim, vale salientar que, houve a pesquisa de coleta de jurisprudências que mostram o perfil das violações de Direito sobre a Políticas de Resíduos sólidos no Brasil.

2. O PRINCÍPIO DO MÍNIMO EXISTENCIAL ECOLÓGICO

Dentre os bens elementares que a Ordem Jurídica buscou resguardar, o mais importante é o direito à vida, elencado no *caput* do artigo 5º da Magna Carta como um direito fundamental individual. O Lei Maior não buscou resguardar a mera subsistência do indivíduo, mas garantir-lhe uma existência digna. A palavra dignidade, nesse contexto, corresponde a um atributo da pessoa humana, inerente a ela pelo simples fato de “ser humano”, o que a torna merecedora de respeito e proteção (BRASIL, 1988).

Trata-se da materialização do princípio da dignidade da pessoa humana, elencado como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, que corresponde à base de todo o sistema constitucional brasileiro, influenciando na interpretação de quaisquer normas de caráter público ou privado, além de atuar como uma ponte de unificação entre todos os direitos fundamentais. Desta forma, o ser humano só gozará de vida digna quando tiver respeitados seus direitos mais elementares.

Conforme esclarece Motta (2013), a dignidade da pessoa humana possui uma dupla identificação, uma externa e outra interna. A identificação externa seria como um direito humano, cujo valor deve orientar aos demais princípios, direitos e deveres. Já a interna diz respeito a um eixo de tolerabilidade, que definiria até que ponto um determinado fato seria considerado tolerável pela coletividade.

No mesmo sentido, Sarlet (2001, p. 62) esclarece que dignidade humana é qualidade reconhecida do ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração pelo Estado

e pela comunidade, que se consubstancia em uma série de direitos e deveres fundamentais, os quais asseguram proteção contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, bem como garantem condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

2.1. CONCEITO E EXTENSÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL ECOLÓGICO

O conceito de dignidade da pessoa humana caminha junto ao do princípio do mínimo existencial, que diz respeito a certos bens, direitos ou oportunidades que devem ser garantidos em patamar mínimo aos indivíduos, sob pena de violação à dignidade da pessoa humana. O princípio do mínimo existencial ecológico, por sua vez, representa um prolongamento do mínimo existencial, especificamente, da garantia a um patamar mínimo e tolerável de equilíbrio ambiental, como forma de garantia de uma vida digna à população, a qual se manifestaria através do acesso à água potável, serviços de coleta e destinação adequada de resíduos sólidos, dentre outros fatores.

Ante o exposto, torna-se fundamental a compreensão do viés ecológico da dignidade humana, uma vez que a qualidade ambiental mínima é necessária a existência digna, e o meio ambiente equilibrado constitui um dos elementos dessa dignidade. Constata-se que a dignidade da pessoa humana perpassa pelo conceito de desenvolvimento sustentável, englobando não apenas a questão econômica e social, mas também a manutenção do equilíbrio ecológico, constitucionalmente assegurado.

É o que se extrai do *caput* do artigo 225 da Carta magna, *in verbis*: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (BRASIL, 1988).

Conforme as esclarecedoras lições de Steigleder (2002, p, 280), a garantia ao mínimo existencial ecológico corresponde a garantir condições mínimas de subsistência para a vida e saúde da população, sem riscos para sua vida e saúde, ou danos irreparáveis ao meio ambiente. A autora ressalta, ainda, que lograr uma existência digna partiria de um direito à obtenção de prestações públicas em condições de mínimas na seara ambiental. Como exemplo de violação ao mínimo existencial ecológico, causadora de graves riscos à saúde e vida da população, bem como de danos irreparáveis ao ambiente, a autora cita a deposição de lixo urbano a céu aberto, que além de gerar perigos à saúde da população circundante, pode causar a contaminação dos corpos hídricos, bem como do ar com poluentes prejudiciais à saúde humana.

Esse mínimo existencial deve ser visualizado em duas dimensões distintas: uma negativa, que corresponde ao direito de não ser privado do que se considera essencial à conservação de uma existência minimamente digna; e uma positiva, que diz respeito ao direito de exigir do Estado prestações que traduzam esse mínimo.

Há que se destacar, ainda, a aproximação da dignidade da pessoa humana com os direitos

sociais, elencados no artigo 6º da Constituição Federal. Isso implica que, a vida digna só será alcançada se garantidos em patamares desejáveis constitucionalmente os direitos à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao transporte, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, bem como assistência aos desamparados. Cada qual com um nível mínimo tolerável que deve ser mantido.

Nesse sentido Fensterseifer (2008, p. 74), destaca que para a conformação do conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana, seria necessário o diálogo deste com o direito fundamental ao ambiente e com os direitos sociais, já que representam os elementos mais importantes para a existência digna e saudável.

2.2. FUNDAMENTALIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL ECOLÓGICO

Inicialmente, cumpre destacar que a expressão direito fundamental não é sinônimo de direito humano. Os direitos fundamentais correspondem aos direitos objetivamente reconhecidos e positivados por uma ordem jurídica oficial. São, por isso, delimitados espacial e temporalmente, isto é, variam segundo a ideologia, a modalidade de Estado, as espécies de valores e princípios que a Constituição consagra. Cada Estado consagra o seu próprio rol de direitos fundamentais.

Por seu turno, os direitos humanos são aqueles reconhecidos aos indivíduos e grupos de pessoas independentemente de qualquer vinculação com determinada ordem constitucional. São posições jurídicas reconhecidas ao ser humano enquanto tal, independentemente de seu vínculo jurídico com determinado Estado.

Pela leitura do art. 225 da CRFB, constata-se o enquadramento do direito ao meio ambiente como um direito fundamental, possuindo supremacia normativa, caráter vinculante e aplicabilidade imediata, em virtude do comando inserto no §1º do art. 5º da Constituição Federal de 1988, e condição de cláusula pétrea, com força no art. 60, §4º da Lei Maior.

Está consagrado na Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que o ambiente ecologicamente equilibrado constitui modalidade direito fundamental, mesmo que ausente no rol elencado art. 5º da CRFB, nesse sentido, cabível citar teor de acórdão da corte superior, in verbis:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. DANO AMBIENTAL. CONDENAÇÃO. ART. 3º DA LEI 7.347/85. CUMULATIVIDADE. POSSIBILIDADE. OBRIGAÇÃO DE FAZER OU NÃO FAZER COM INDENIZAÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. [...] 2. **O meio ambiente equilibrado - elemento essencial à dignidade da pessoa humana -, como “bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida” (art. 225 da CF), integra o rol dos direitos fundamentais.** 3. Tem o meio ambiente tutela jurídica respaldada por princípios específicos que lhe asseguram especial proteção. 4. O direito ambiental atua de forma a considerar, em primeiro plano, a prevenção, seguida da recuperação e, por fim, o ressarcimento. [...]” (REsp 1115555/MG, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, julgado em 15/02/2011, DJe 23/02/2011).

Miralé (2011, p. 136) classificou o mínimo existencial ecológico como direito fundamental personalíssimo, essencial à plena realização humana. O que é feito de forma acertada, já que, trata-se de direito expressamente previsto no texto constitucional e por sua natureza, possui eficácia plena e aplicabilidade imediata.

Nesse interim, durante o julgamento do RESP 575.998-MG, a 1ª Turma do STJ manifestou entendimento sobre a possibilidade de controle judicial em razão de prestação descontinuada de coleta de lixo por parte da Administração Pública, sob o argumento de que a omissão administrativa acarretou prejuízo ao direito fundamental à saúde, ao ambiente e à dignidade da pessoa humana, bem como que não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados constitucionalmente.

Denota-se que o Estado não possui apenas a faculdade, mas o dever de implementar políticas públicas que tenham como meta garantir o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e ao mínimo existencial ecológico, sob pena de ser acionado judicialmente e de ser compelido a cumprir aquilo que assumiu como compromisso. Nesses casos, sequer seriam aceitas teses de defesa pautadas na “reserva do possível” ou “separação de poderes”, uma vez que estão imersas em políticas públicas que visam assegurar compromissos assumidos pelo Estado brasileiro, devido a sua fundamentalidade.

É o que ficou firmado durante o julgamento do AgRg no REsp 1211989, de relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, em que se consagrou que não há violação à separação de poderes na intervenção do Judiciário para a garantia de políticas públicas de acesso a água, com fundamento no direito ao mínimo existencial ecológico.

Como se observa, embora a Constituição Federal de 1988 apresente um extenso rol de direitos fundamentais em seu art. 5º, este não é taxativo, já que o Estado brasileiro adota o conceito de fundamentalidade aberta. Isso significa que os direitos e garantias contidos na Lei Maior não excluem outros decorrentes de princípios por ela adotados ou de Tratados Internacionais que o Brasil seja signatário.

Destaque-se, ainda, que devido à publicação da Emenda Constitucional n. 45/2004, a incorporação de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, do qual o meio ambiente é espécie, como equivalentes às Emendas Constitucionais.

Via de consequência, não pairam dúvidas de que o mínimo existencial ecológico, corolário da garantia ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, é caracterizado como direito fundamental, tendo aplicabilidade imediata e vinculam os poderes constituídos na formulação e implementação de políticas públicas. Caracterizado o direito, faz-se necessário conferir eficácia a este direito fundamental, eficácia jurídica e efetividade social.

Nesse sentido, como esclarece Barroso (2011, p. 83), efetividade significa a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social, representando, ainda, a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais, simbolizando a íntima aproximação entre o dever ser normativo e o ser da realidade social. A eficácia social representa ao reflexo real que a norma produz na sociedade, sendo obedecida e aplicada. Por seu turno, a eficácia jurídica designa a qualidade

de produzir, em menor ou maior grau, efeitos jurídicos, trazendo desde logo a possibilidade de ser executada e exigível.

Cumpra salientar que, por conta do Princípio da Efetividade da Constituição, o intérprete deve conferir a máxima efetividade possível à norma constitucional, já que o direito existe para ser realizado. Ao Estado cabe, ainda, impedir que os particulares criem embaraços à fruição do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado por parte dos demais indivíduos e da sociedade em geral.

3. A POLÍTICA NACIONAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS

O ser humano utiliza recursos naturais para satisfazer suas necessidades, sejam elas de alimentação, de vestuário, de habitação, dentre outras. Os recursos utilizados na fabricação de produtos ou na prestação desses serviços. Aquilo que sobra do processo produtivo é o que se denomina lixo, resíduo ou rejeito, que se não gerido da forma correta, tornam-se responsáveis pela degradação ambiental.

O lixo diz respeito a tudo o que se joga fora, por ser considerado inútil, velho, sem valor. Corresponde aos restos das atividades humanas consideradas pelos seus geradores como inúteis, indesejáveis ou descartáveis, podendo se apresentar na forma sólida ou líquida, desde que não seja passível de tratamento.

Resíduo diz respeito àquilo que pode ser reutilizado e reciclado, podendo ser utilizado como matéria-prima para um novo produto ou processo. Pode ser encontrado na forma sólida (resíduos sólidos), líquida (efluentes) ou gasosa (gases e vapores).

O rejeito, por sua vez, diz respeito aos “resíduos sólidos que, depois de esgotadas todas as possibilidades de tratamento e recuperação por processos tecnológicos disponíveis e economicamente viáveis, não apresentem outra possibilidade que não a disposição final ambientalmente adequada” (art. 3º, XV).

O conceito fundamental para o presente estudo é o de resíduo sólido, que corresponde ao “material, substância, objeto ou bem descartado resultante de atividades humanas em sociedade, a cuja destinação final se procede, se propõe proceder ou se está obrigado a proceder, nos estados sólido ou semissólido, bem como gases contidos em recipientes e líquidos cujas particularidades tornem inviável o seu lançamento na rede pública de esgotos ou em corpos d’água (...)” (Art. 3º, XVI).

Há que se destacar que, durante anos houve a exploração desordenada dos recursos naturais, bem como o descarte inadequado das sobras do processo, os quais foram responsáveis por grandes problemas ambientais, com destaque para a aceleração do processo de aquecimento global pelo aumento de emissão de gases poluentes, sobretudo pela queima de combustíveis fósseis.

No Brasil, esse pensamento ambiental culminou na sanção da Lei 6.938/1981 (BRASIL, 1981), que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, que disciplinou de forma sistematizada o meio ambiente. Dentre os objetivos da norma, destaca-se aquele instituído em seu artigo 4º,

inciso I, que estabelece a necessidade de “compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico”.

Foi instituída a obrigatoriedade de o Poder Público promover a edição de políticas públicas visando a preservação da qualidade ambiental e do equilíbrio ecológico. O que foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, que em seu artigo 225, parágrafo 1º estabeleceu o dever do Poder Público de assegurar a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (BRASIL, 1988).

Uma destas medidas foi a Política Nacional de Resíduos Sólidos PNRS, instituída pela lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010 (BRASIL, 2010), com o objetivo de reduzir o impacto dos resíduos sólidos no meio ambiente, através da implementação de uma gestão compartilhada e integrada de resíduos, impondo regras para todos os setores da indústria, disciplinando todo o ciclo de vida do produto, o qual, segundo o inciso IV, do art. 3º da PNRS, representa uma “série de etapas que envolvem o desenvolvimento do produto, a obtenção de matérias-primas e insumos, o processo produtivo, o consumo e a disposição final” (BRASIL, 2010).

Quanto às diretrizes da norma, é de fundamental importância citar o teor do artigo 9º da Lei 12.305, o qual esclarece que: “Na gestão e gerenciamento de resíduos sólidos, deve ser observada a seguinte ordem de prioridade: não geração, redução, reutilização, reciclagem, tratamento dos resíduos sólidos e disposição final ambientalmente adequada de rejeitos” (BRASIL, 2010).

Torna-se evidente a influência do conceito de desenvolvimento sustentável, elencado como um dos princípios da PNRS, o qual busca não apenas viabilizar o desenvolvimento econômico do país, mas também compatibilizá-lo com a preservação da qualidade ambiental e equilíbrio ecológico. Para tanto, estabelece como seu fim primordial a não geração de resíduos sólidos, mas nos casos de impossibilidade, estabelece outras medidas que devem ser adotadas para minorar o impacto ambiental. Isso significa que todo resíduo deve ser processado adequadamente antes de ser descartado e, sempre que possível, buscar sua reutilização, através dos instrumentos elencados pela PNRS, especificamente, a reciclagem, a logística reversa, coleta seletiva e compostagem.

A norma tratou de compartilhar a responsabilidade pelo gerenciamento de resíduos entre o poder público e o privado, durante cada um dos ciclos de vida dos produtos. Isso implica que, fabricante, comerciante, importador, distribuidor comercial e consumidores possuem determinado grau de responsabilidade pela destinação dos resíduos.

Ao governo, cabe estabelecer planos, garantir a infraestrutura, organizar e fiscalizar o cumprimento da lei. Ao setor privado a responsabilidade de recuperá-los e fazer o descarte correto. E à população, o papel de separar e preparar seus resíduos, limpando-os para que estejam prontos para a reciclagem. Destaque-se que incumbe essencialmente aos municípios e ao Distrito Federal a gestão integrada de resíduos sólidos, mas sem extinguir a responsabilidade dos Estados e da União para o atingimento das metas elencadas na PNRS.

Os instrumentos que possibilitam o enquadramento à legislação são elencados no artigo 8º da PNRS, dos quais se destacam:

o plano de resíduos sólidos, que deve descrever a atividade exercida pelo ente, o diagnóstico dos resíduos sólidos gerados, bem como as ações que visem prevenir ou restabelecer as condições ambientais;
inventário e declaração dos resíduos produzidos no ano anterior;
sistema de coleta seletiva, logística reversa, em que se estabeleça estratégias de implementação de responsabilidade compartilhada durante o ciclo de vida do produto;
colaboração financeira e técnica entre o setor público e o privado para o desenvolvimento de pesquisas, métodos e ferramentas e tecnologia de gestão de resíduos, envolvendo reciclagem, reutilização de disposição final ambientalmente apropriadas.

O presente estudo buscará dar um enfoque aos Planos de Resíduo Sólidos, com destaque ao Plano Nacional de Resíduos Sólidos e sua influência no atingimento das metas de eliminação e recuperação dos lixões.

3.1. PLANOS DE NACIONAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS

Os planos de resíduos sólidos representam projetos sistemáticos de gestão de resíduos sólidos, que visam dar efetividade às normas da Política Nacional de Resíduos Sólidos.

As modalidades de resíduos sólidos são elencadas no artigo 14 da PNRS, sendo os principais o Plano Nacional de Resíduos Sólidos, os Planos Estaduais de Resíduos Sólidos e os Planos Municipais de Resíduos Sólidos.

A Política Nacional de Resíduos Sólidos, em seu art. 15, determinou que a União deveria elaborar, sob coordenação do Ministério do Meio Ambiente, o Plano Nacional de Resíduos Sólidos, com vigência por prazo indeterminado e horizonte de 20 (vinte) anos, a ser atualizado a cada 4 (quatro) anos. O prazo para elaboração do plano encerrou em agosto de 2012, mas ainda se encontra em versão preliminar desde 2011 (BRASIL, 2010)

O plano deveria conter, necessariamente, os seguintes elementos:

- I – diagnóstico da situação atual dos resíduos sólidos;
- II – proposição de cenários, incluindo tendências internacionais e macroeconômicas;
- III - metas de redução, reutilização, reciclagem, entre outras, com vistas a reduzir a quantidade de resíduos e rejeitos encaminhados para disposição final ambientalmente adequada;
- IV - metas para o aproveitamento energético dos gases gerados nas unidades de disposição final de resíduos sólidos;
- V - metas para a eliminação e recuperação de lixões, associadas à inclusão social e à emancipação econômica de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis;**
- VI - programas, projetos e ações para o atendimento das metas previstas;
- VII - normas e condicionantes técnicas para o acesso a recursos da União, para a obtenção de seu aval ou para o acesso a recursos administrados, direta ou indiretamente, por entidade federal, quando destinados a ações e programas de

interesse dos resíduos sólidos;

VIII - medidas para incentivar e viabilizar a gestão regionalizada dos resíduos sólidos;

IX - diretrizes para o planejamento e demais atividades de gestão de resíduos sólidos das regiões integradas de desenvolvimento instituídas por lei complementar, bem como para as áreas de especial interesse turístico;

X - normas e diretrizes para a disposição final de rejeitos e, quando couber, de resíduos;

XI - meios a serem utilizados para o controle e a fiscalização, no âmbito nacional, de sua implementação e operacionalização, assegurado o controle social (BRASIL, 2010).

Houve cinco audiências públicas regionais e uma nacional, que culminaram na elaboração de uma proposta de Plano Nacional de Resíduos sólidos, a qual foi encaminhada, pelo então Ministro do Meio Ambiente, ao presidente para ser validado através de Decreto, mas o plano preliminar nunca chegou a ser implementado.

Por simetria, os elementos do Plano Nacional deveriam estar presentes nos Planos Estaduais de Resíduo Sólido, adaptando-os para questões regionais. O conteúdo mínimo dos planos estaduais está descrito no artigo 17 da PNRS, dos quais ressalta-se aquele contido no inciso 'X', que estabelece que as normas e diretrizes para a disposição final de rejeitos e, quando couber, de resíduos, deverão balizar-se pelas disposições estabelecidas pelo Plano Nacional de Resíduos Sólidos.

Os Planos Estaduais de Resíduos Sólidos deverão apontar caminhos e orientar investimentos, além de subsidiar e definir diretrizes para os planos das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregionais, bem como para os planos municipais de gestão integrada e para os planos de gerenciamento dos grandes geradores de resíduos.

Por seu turno, os Planos Municipais de Resíduos Sólidos é que, a grosso modo, orientaram a gestão organizada e integrada dos resíduos sólidos. O conteúdo mínimo que deverão comportar estão elencados no artigo 19 da PNRS, dos quais destaca-se os seguintes: a identificação de áreas favoráveis à disposição ambientalmente adequada para os rejeitos; a elaboração de programas de educação ambiental para a promoção da não geração, a redução, a reutilização e reciclagem de resíduos sólidos; elaboração de programas e ações para participação de grupos interessados, como cooperativas ou associações de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis; criação de mecanismos para criação de fontes de negócio, emprego e renda, mediante valorização de resíduos sólidos; descrição das formas e limites de participação do poder público local a coleta seletiva e na logística reversa.

A elaboração dos planos estaduais e municipais são condição para obtenção de recursos da União, ou por ela controlados, para empreendimentos e serviços relacionados à gestão de resíduos sólidos. É de fundamental importância, ainda, a compreensão do conceito de Plano de Gerenciamento de Resíduos Sólidos, que corresponde ao documento técnico que identifica a tipologia e quantidade de geração de cada tipo de resíduos e indica formas ambientalmente corretas

para o manejo, nas etapas de geração, acondicionamento, transporte, transbordo, tratamento, reciclagem, destinação e disposição final.

Destinam-se aos geradores de resíduos sólidos responsáveis pelo adequado gerenciamento de seus resíduos, no caso: geradores de resíduos de serviços públicos de saneamento básico; geradores de resíduos industriais; geradores de resíduos de serviços de saúde; geradores de resíduos de mineração; estabelecimentos comerciais e de prestação de serviços que gerem resíduos perigosos ou que sejam definidos como de responsabilidade privada por sua natureza, composição ou volume; empresas de construção civil; terminais ou outras instalações de serviços de transporte e atividades agrossilvopastoris conforme exigências do órgão ambiental ou vigilância sanitária.

3.1.1 Das metas de eliminação e recuperação de lixões

De acordo com o artigo 54 da Lei 12.305/2010, a disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos deveria ser implementada em até 04 (quatro) anos após a publicação da referida norma. Isso significa que o prazo para o encerramento de todos os lixões e estabelecimento de métodos adequados de deposição dos resíduos sólidos no país se encerraria em 2014, contudo, diante da desídia estatal, houveram poucos avanços nesse sentido.

Em julho de 2015, o Senado estendeu a data-limite para o fim dos lixões, com isso, capitais e regiões metropolitanas, além de municípios de fronteira e as que contavam com mais de 100 mil habitantes, com base no Censo de 2010, ganharam prazo até o final de 2019, para encerrarem seus lixões e darem a destinação correta a seus rejeitos. Mais uma vez violado o prazo estabelecido para cumprimento da meta.

Para cidades com população entre 50 e 100 mil habitantes o prazo se encerra em 31 de julho de 2020 e, para os municípios com população inferior a 50 mil habitantes, se encerra em 31 de julho de 2021.

Nestes dois últimos casos, é dado como certo que os prazos não serão cumpridos, uma vez que, de acordo com os dados que serão listados adiante, o país pouco avançou na resolução do problema, de forma que ainda estão em funcionamento grande número de lixões no país e números indicam um crescimento no quantitativo de rejeitos que são destinados a lixões.

Segundo o estudo “Solucionar a Poluição Plástica: Transparência e Responsabilização”, elaborado pelo Fundo Mundial Para a Natureza (WWF), o Brasil é o quarto país do mundo que mais produz lixo. Os municípios brasileiros são responsáveis pela produção de 11.355.220 toneladas de lixo plástico por ano, destes, apenas 1,28% é reciclado.

Tudo caminha para uma nova prorrogação dos prazos para eliminação e recuperação dos lixões, evidenciando, cada vez mais, o caráter simbólico da PNRS, representando um mero documento impresso, desprovido de efetividade.

4. RELAÇÃO ENTRE O PRINCÍPIO DO MÍNIMO EXISTENCIAL ECOLÓGICO E O POLÍTICA NACIONAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS NA SITUAÇÃO ATUAL DOS LIXÕES NO BRASIL

Conforme destacado alhures, o princípio do mínimo existencial ecológico representa verdadeiro direito fundamental, razão pela qual o Estado brasileiro tem o dever de promover políticas públicas que assegurem a garantia a um patamar mínimo e tolerável de equilíbrio ambiental, como forma de garantia de uma vida digna à população.

A não implementação dessas políticas ou sua implementação defeituosa (realizada sem a garantia da máxima efetividade do preceito fundamental), enseja a configuração de grave violação ao mínimo existencial ecológico.

A PNRS foi construída a partir do planejamento em todos os níveis abrangendo do nacional ao local, de modo que a União estados e municípios são obrigados a formularem seus planos. Isso significa que o poder público deve apresentar planos para o manejo correto dos materiais, as empresas devem se responsabilizar pelo recolhimento dos produtos após o uso e a sociedade participaria do ciclo através dos programas de coleta seletiva ou acondicionando os resíduos adequadamente antes da coleta, além de incorporarem mudanças de hábito para reduzir o consumo e a conseqüente geração.

Destaque-se que a participação da sociedade é fundamental para a construção dos planos de gestão de resíduos sólidos. O início da mudança nos hábitos e de comportamento da sociedade passa pelo processo conscientização para a sensibilização (VGRESÍDUOS, 2017).

Quando analisamos o cenário atual dos lixões no Brasil, constatamos que o mínimo existencial ecológico persiste em ser violado, já que as medidas necessárias para promover a eliminação e recuperação dos lixões não são adotadas ou não são utilizadas da forma correta, de modo que, apenas uma pequena parcela dos resíduos produzidos tem a destinação final adequada.

As destinações mais comumente utilizadas para os resíduos sólidos são:

- Lixão ou depósito a céu aberto – que diz respeito à deposição dos resíduos sólidos no ambiente, sem estudos ambientais ou monitoramento;
- Aterro controlado – distingue-se do depósito a céu aberto pelo fato de o lixo ser coberto com terra no momento da deposição, sem que haja um sistema de coleta ou drenagem do chorume, líquido poluente que atinge os lençóis freáticos, nem a captação e o controle da queima dos gases gerados;
- Aterro sanitário – corresponde a um dos métodos adequados de deposição final de resíduos sólidos. Neste caso é necessário haver uma manta protetora do solo para impedir a contaminação por chorume e os resíduos são dispostos em menor escala, os quais são cobertos, ao menos diariamente, por uma camada de terra. Através deste método pode haver o aproveitamento do gás metano liberado no processo de decomposição para a geração de energia;
- Usina de compostagem – transforma a matéria orgânica do lixo e demais resíduos sólidos em nutrientes que podem ser utilizados nas áreas agrícolas;
- Reciclagem – consiste no reaproveitamento dos resíduos sólidos na produção de novos produtos;

Incineração – corresponde a forma adequada de tratamento final de resíduos sólidos de origem industrial e dos intitulados inertes.

O Brasil é o quarto país do mundo que mais produz lixo e um dos que menos recicla, apenas 1,28% do lixo plástico produzido pelos municípios brasileiros é reciclado, sendo de 9% a média mundial (WWF, 2019).

Segundo dados da Associação Brasileira de Empresas de Limpeza Pública e Resíduos Especiais (ABRELPE), 41% de todo o lixo produzido anualmente no Brasil vai para onde não devia: rios, mares e lixões. O que é terminantemente proibido pela PNRS, que em seu artigo 47, veda o lançamento de resíduos sólidos em praias, no mar ou quaisquer corpos hídricos; o lançamento *in natura* a céu aberto, excetuados os resíduos de mineração; bem como a queima a céu aberto ou em recipientes, instalações e equipamentos não licenciados para essa finalidade (ABRALPE, 2019).

Ainda segundo a Abrelpe, no ano de 2019, o país ainda apresentava quase 3 mil lixões e aterros inadequados (aterros controlados), dispostos por mais de 2500 cidades com lixões, onde são despejados mais de 12,9 milhões de toneladas de lixo por ano (ABRALPE, 2019).

Os aterros sanitários, considerados como a técnica adequada para a deposição de resíduos sólidos, estão presentes em 2.182 municípios. Segundo o Panorama dos Resíduos Sólidos 2018/2019, em 2018, a geração de resíduos sólidos urbanos no Brasil foi de 79 milhões de toneladas, dos quais 92% foram coletados. Nesse período, a produção de lixo aumentou 1% e a coleta aumento 1,66%. Dos resíduos coletados em 2018, 59,5% foram adequadamente destinadas aos aterros sanitários, um aumento de 2,4% em relação a 2017. Mas, ainda 2019 8% do lixo produzido (6,3 toneladas) sequer são coletados e 40% do que é coletado é destinado a lixões ou aterros controlados (RECICLASAMPA, 2019).

Segundo dados do IBGE de 2017, quase metade das 5.570 cidades brasileiras, não possuíam um plano integrado de manejo do lixo. A grande problemática enfrentada para a elaboração desses planos integrados está contida no enquadramento aos 19 itens (requisitos) obrigatórios estabelecidos na PNRS. No âmbito nacional, apenas 2.126 municípios (38,2%) afirmavam possuir plano de saneamento básico em 2017 (IBGE, 2018).

O estudo apontou que a existência do plano é mais comum nos municípios mais populosos. Entre os 42 municípios com população superior a 500 mil habitantes, 69% declararam possuir plano de gestão do lixo. Enquanto isso, nas cidades com população variante de 5.001 e 10.000 habitantes, apenas 61,7% apresentavam o plano (IBGE, 2018).

Os impactos do despejo inadequado de resíduos sólidos no ambiente são tremendos, contaminando a água, o solo e o ar e afetando diretamente a saúde da população que reside no entorno desses lixões, bem como aquelas que são beneficiadas (ou prejudicadas) pela água proveniente dos lençóis freáticos e dos rios e córregos atingidos pelo chorume produzido na decomposição dos materiais.

Quando questionamos as dificuldades para o atingimento das metas de eliminação e

recuperação de lixões, a primeira resposta que surge é a falta de recursos dos municípios, sobretudo, porque, como mencionado anteriormente, muitos não possuem plano de gestão integrada, consequentemente não tem acesso aos recursos da União ou por ela controlados. Segundo dados da Abrelpe, em 2017, 65% dos municípios não teriam receita específica para cuidar do lixo, mesmo sendo uma atribuição das prefeituras. Em 2018, 59% dos municípios ainda afirmavam não dispor de planos próprios sobre o destino de resíduos sólidos (ABRALPE, 2019).

Conforme dados do Sistema Nacional de Informações Sobre Saneamento – SNIS, ligado ao Ministério do Desenvolvimento Regional, em 2018, apenas 47% dos municípios brasileiros apresentavam algum tipo de cobrança para custeio do manejo de resíduos sólidos urbanos, ainda assim, apenas 54,3% dos custos eram alcançados pela cobrança (SNIS, 2018).

Outro ponto que merece destaque diz respeito aos custos elevados para a construção de aterros sanitários. Lins (2019) afirma que “o aterro sanitário é uma estrutura cara, de operação e manutenção complexas e que só é viável economicamente para municípios de mais de 100 mil habitantes”. Ressalta, ainda, que cerca de 90% dos municípios brasileiros possuem menos de 50 mil habitantes.

Uma questão pouco lembrada, e que motivou a elaboração do presente estudo, é a influência da não sacramentação do Plano Nacional de Resíduos Sólidos no atingimento das metas de eliminação e recuperação dos lixões. Como destacado, desde 2011 que projeto preliminar do Plano Nacional de Resíduos Sólidos está elaborado, tendo seguido todos os procedimentos exigidos pela PNRS, mas por puro desinteresse do Chefe do Executivo, nunca chegou a ser convertido em Decreto.

Levando-se em consideração o inciso ‘X’ dos artigos 15 e 17 da PNRS, os Planos Estaduais de Resíduos Sólidos devem embasar-se no Plano Nacional de Resíduos Sólidos, e os planos Municipais serão balizados nos Planos Estaduais. Trata-se de uma verdadeira concatenação de planos, mas que se veem impossibilitados de atingir seus fins, ante a desídia da União. Como um corpo que não pode existir sem a cabeça, não há como se exigir que Estados e Municípios pratiquem atos coordenados para a promoção da eliminação e recuperação dos lixões, se a União não dá sua parcela de contribuição.

Por mais que se tente argumentar que a participação da União estaria garantida pela criação de programas de fiscalização e controle como o SISNAMA (Sistema Nacional do Meio Ambiente), SINIR (Sistema Nacional de Informações Sobre Gestão dos Resíduos Sólidos), e SNIS (Sistema Nacional de Informação Sobre Saneamento), bem como pela destinação de recursos aos municípios e estados, este posicionamento não merece prosperar

Nesse momento faz-se necessário um regresso às funções administrativas básicas, para recordarmos que cabe à administração, primeiramente, planejar, ou seja, estabelecer os objetivos que se pretende alcançar, bem como os caminhos que deverão ser trilhados para que o fim seja alcançado. A seguir, compete-lhe organizar, colocar em prática aquilo que foi planejado, definindo a forma como o projeto será executado. A terceira função a ser exercida é a de direção, que corresponde a liderar, mobilizando os recursos disponíveis para que o resultado seja alcançado

(COALISE, 2020).

Aparentemente, a União tem atentado apenas para a última das funções, que diz respeito ao controle, o método utilizado para acompanhar se o plano definido está sendo cumprido, bem como possibilita ações corretivas para o redirecionamento dos esforços para o caminho que foi traçado (COALISE, 2020). Porém, ficam os questionamentos: Como acompanhar e gerenciar o cumprimento de planos que não foram por ela elaborados? Como exigir coordenação dos planos sem um modelo que possa ser seguido pelos demais entes federados? Existe possibilidade de sucesso no atingimento das metas sem a definição de plano de âmbito nacional?

Mesmo se houvessem sido cumpridas as determinações da PNRS e definido o Plano Nacional de Resíduos Sólidos, este já deveria ter passado por alterações para se adaptar às novas realidades. Certo é que não há sequer uma data prevista para a definição deste plano, o que é de extrema gravidade, pois a degradação ambiental persiste e, conseqüentemente, perduram as violações aos direitos constitucionalmente garantidos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e ao mínimo existencial ecológico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No Brasil, está constitucionalmente garantido o direito à vida com dignidade, sendo um dos elementos desta dignidade o meio ambiente ecologicamente equilibrado. Como consectário da garantia ao equilíbrio ambiental, tão fundamental à sobrevivência do ser humano, está o mínimo existencial ecológico, o qual se manifestaria através do acesso à água potável, serviços de coleta e destinação adequada de resíduos sólidos, dentre outros fatores. No entanto, a carência no atingimento das metas de eliminação e recuperação dos lixões no Brasil possui implicações no direito ao mínimo existencial ecológico.

O Estado tem o dever de promover políticas públicas que visem assegurar o cumprimento do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e ao mínimo existencial ecológico, podendo ser acionado judicialmente e ser compelido a cumprir com o dever por ele assumido. Logo, a ausência de um Plano Nacional de Resíduos Sólidos tem influência no atingimento das metas de eliminação e recuperação dos lixões no Brasil.

Apesar da existência deste dever legal, ele é constantemente violado. O simples fato de não serem adotadas medidas que seriam necessárias para resolver ou minimizar os impactos ambientais já configuram violações ao princípio do mínimo existencial ecológico e ao direito ao ambiente ecologicamente equilibrado. São exemplos claros desta violação o não fornecimento (ou o fornecimento defeituoso) de serviços de água tratada, de coleta seletiva e de disposição final adequada de resíduos sólidos.

Outro exemplo a ser citado, e aquele que motivou a elaboração do presente estudo, é a não implementação do Plano Nacional de Resíduos Sólidos, que deveria ser utilizado como parâmetro para os demais entes federativos na elaboração de suas políticas públicas de enfrentamento da questão dos resíduos sólidos.

De acordo com a PNRS, os lixões no país deveriam ter sido eliminados e, os terrenos por eles ocupados, recuperados até o ano de 2014. Contudo, ainda existem mais de 3 mil lixões e aterros irregulares em funcionamento no país. A falta de recursos dos municípios, somada aos altos custos da implementação de aterros sanitários, bem como pela ausência de participação da União na elaboração de planos e projetos para o enfrentamento do problema, são os grandes fatores que fazem com que o atingimento das metas de eliminação dos lixões seja uma realidade tão distante.

A solução do problema se iniciaria pela definição da Política Nacional de Resíduos Sólidos, que analisando o cenário atual dos resíduos sólidos, bem como as tendências internacionais e macroeconômicas, traçariam estratégias para o enfrentamento a nível nacional, coordenando a atuação dos estados e municípios. Desta forma, seria permitida a destinação mais adequada e melhor direcionada dos recursos, municiando àquelas regiões que apresentem maiores dificuldades para a solução do problema.

Outro ponto de destaque seria envolver a população na resolução da questão, não apenas através de políticas educacionais que estimulem a redução do consumo e produção do lixo, ou pela separação dos resíduos que serão coletados, mas também pela implementação de um sistema de remuneração direta pelos usuários, como acontece em outros países e em outros setores da infraestrutura no Brasil, inserindo a população no enfrentamento do problema. O que não pode ocorrer é permanecer da forma como está, sem a atuação conjunta dos estados e municípios e prorrogando *ad eternum* o prazo para eliminação e recuperação de lixões.

REFERÊNCIAS

ABES, Associação Brasileira de Engenharia Sanitária e Ambiental. Brasil tem quase 3 mil lixões ou aterros irregulares. Disponível em: <<http://www.abes-mg.org.br/visualizacao-de-clipping/ler/8637/brasil-tem-quase-3-mil-lixoes-ou-aterros-irregulares>> Acesso em: 15 abril 2020.

ABRELPE, Associação Brasileira de Empresas de Limpeza Pública. Os descaminhos do lixo. 27 nov. 2019. O Estadão – Opinião. Disponível em: <<http://abrelpe.org.br/brasil-produz-mais-lixo-mas-nao-avanca-em-coleta-seletiva/>> Acesso em: 10 abril 2020.

BARROSO, Luis Roberto. O Direito constitucional e a efetividade de suas normas. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BRASIL, Constituição da República Federativa do. Congresso Nacional, Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 abril 2020.

BRASIL. Lei 12.305, de 02 de agosto de 2010. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei no 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências. Brasília, 2010. Disponível em: <http://www2.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=636>. Acesso em: 10 abril 2020.

BRASIL. Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Brasília, 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm>

COALISE. 4 Principais funções administrativas e por que precisamos delas. 18 fev. 2020.

Disponível em: < <https://www.coalize.com.br/principais-funcoes-administrativas>> Acesso em: 15 abril 2020.

FENSTERSEIFER, Tiago. Direitos fundamentais e proteção ambiental: A dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2008.

GIRARDI, Giovana; JANSEN, Roberta. Como nascem os lixões no Brasil. 14 abr, 2019. São Paulo e Rio de Janeiro. Uol – Estadão. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2019/04/14/como-nascem-os-lixoes-no-brasil.htm>> Acesso em: 15/04/2020.

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Perfil dos Municípios Brasileiros: Saneamento Básico: Aspectos gerais da gestão da política de saneamento básico: 2017/IBGE, Coordenação de População e Indicadores Sociais – Rio de Janeiro: IBGE, 2018. 39p.

MILARÉ, Édis. Direito do Ambiente: a gestão ambiental em foco. 7. ed. rev., atual. e reformulada. São Paulo: RT, 2011.

MOTTA, Artur Francisco Mori Rodrigues. A dignidade da pessoa humana e sua definição. Âmbito Jurídico. São Paulo. 01 dez. 2013. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direitos-humanos/a-dignidade-da-pessoa-humana-e-sua-definicao/>> Acesso em: 10 abril 2020.

RANGEL, Tauã Lima Verdan. O reconhecimento do direito ao saneamento ambiental pelo STJ: primeiras linhas da supremacia do mínimo existencial socioambiental em prol da dignidade da pessoa humana. 01 jul. 2016. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-reconhecimento-do-direito-ao-saneamento-ambiental-pelo-stj-primeiras-linhas-da-supremacia-do-minimo-existencial-socioambiental-em-prol-da-dignidade-da-pessoa-humana/>> Acesso em: 10 abril 2020.

RECICLASAMPA. 41% DO LIXO NO BRASIL VAI PARAR ONDE NÃO DEVERIA. 07 jul. 2019. Disponível em: <<https://www.reciclasampa.com.br/artigo/41-do-lixo-no-brasil-vai-parar-onde-nao-deveria>> Acesso em: 15 abril 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SNIS - Sistema Nacional de Informações Sobre Saneamento, Ministério de Desenvolvimento Regional. Manejo dos Resíduos Sólidos Urbanos – 2018. Disponível em: <<http://www.snis.gov.br/painel-informacoes-saneamento-brasil/web/painel-residuos-solidos>>. Acesso em 15 abril 2020.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. Discrecionabilidade administrativa e dever de proteção do ambiente. Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, n. 48, 2002.

VGRESÍDUOS. Passo a passo para o plano de Gestão de Resíduos Sólidos. 15 set. 2017. Belo Horizonte. Disponível em: < <https://www.vgresiduos.com.br/blog/passa-a-passo-de-planos-para-gerenciamiento-dos-residuos-solidos/>> Acesso em: 15 abril 2020

WWF, Fundo Mundial Para a Natureza (Antigo World Wildlife Fund). Solucionar a Poluição Plástica: Transparência e Responsabilização. 04 mar. 2019. Gland, Suíça. Disponível em: <<https://www.wwf.org.br/?70222/Brasil-e-o-4-pais-do-mundo-que-mais-gera-lixo-plastico>>. ISBN 978-2-940529-93-3. Acesso em 15 abril 2020.

Recebido em:05/06/2020

Aprovado em :15/06/2020

UNIÃO HOMOAFETIVAS: ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO COMO EFETIVAÇÃO DE DIREITOS DA PERSONALIDADE

Elcio João Gonçalves Moreira*
José Sebastião de Oliveira**

*Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas no Centro Universitário Cesumar/UniCesumar. Bolsista do Programa de Suporte à Pós-Graduação de Instituições de Ensino Particulares (PROSUP/Capes). Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Maringá – UniCesumar. Graduado em Ciências Sociais pela Universidade Estadual de Maringá – UEM. Membro do Grupo de Pesquisa Reconhecimento e Garantia dos Direitos da Personalidade. Endereço eletrônico: <elcio-moreira@hotmail.com>.

**Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Lisboa. Doutor em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Londrina – UEL. Graduação em Direito pela Universidade Estadual de Maringá – UEM. Professor Efetivo do Programa de Mestrado e Doutorado em Ciências Jurídicas do Centro Universitário de Maringá – UniCesumar. Advogado no Paraná. Endereço eletrônico: <drjso@brturbo.com.br>.

Como citar: MOREIRA, Elcio João Gonçalves Moreira; OLIVEIRA, José Sebastião de. União homoafetiva: ativismo judicial e judicialização como efetivação de direitos da personalidade. **Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania – IDCC**, Londrina, v. 5, n. 1, p 187-201, jan/jul, 2020. ISSN: 2596-0075.

INTRODUÇÃO

Após um cenário de pós-guerra, várias nações ao redor do mundo buscaram realizar medidas institucionais visando à diminuição das desigualdades existentes, bem como garantir direitos sociais a todos. Essa problemática ganhou mais evidência com a política de Bem-Estar Social, a partir da garantia de direitos sociais inseridos na Carta Constitucional.

No Brasil, essas políticas podem ser efetivadas com a promulgação da Constituição Federal de 1988, onde o Estado passou a garantir aos brasileiros direitos fundamentais e sociais, aproximando assim, a população aos três poderes constituintes, onde se criou novas formas de provocação do Poder Judiciário, de tal forma que o colocou mais próximo das pessoas.

A partir desse cenário, o Poder Judiciário passou a se colocar a frente de várias questões que surgiram em sociedade, instalando-se assim, um período de ativismo judicial e judicialização, principalmente, das questões de ordem social.

Em tendo abarcado para si a resolução de questões sociais de grande relevância, o Poder Judiciário ganhou uma maior visibilidade social, sendo o Supremo Tribunal Federal o seu maior expoente, que passou a deliberar a respeito de questões como direito de minorias, políticas públicas, efetivando de fato os direitos fundamentais a todos.

O presente trabalho pretende problematizar o ativismo judicial e a judicialização como uma forma de efetivação de direitos dos casais homoafetivos, que somente após a decisão do Supremo Tribunal Federal por meio da ADPF 132 e da ADI 4277, a união estável foi equiparada a casamento e, por meio da analogia houve a extensão desse direito as uniões homoafetivas, que passou a ser reconhecida como entidade familiar.

Por fim, a presente pesquisa se valeu do método teórico por meio de uma pesquisa bibliográfica em literatura que trata do tema/problema em obras doutrinárias, legislação e documentos eletrônicos de vários ordenamentos jurídicos, bem como o uso de jurisprudências, haja vista que o presente artigo visa discutir a atividade do jurisdicionado na tutela e viabilização de direitos às uniões homoafetivas.

1 DO ATIVISMO JUDICIAL

O ativismo judicial surge nos Estados Unidos a partir da ação da Corte Norte-Americana diante das deliberações a respeito da segregação racial (entre os anos de 1950 e 1960) e da invalidação de leis sociais(1857)¹. No caso da invalidação de leis sociais, após longo processo de discussão sobre a temática, a Corte Americana declarou inconstitucional a lei do estado de Nova Iorque, que estipulava em 60 horas semanais a jornada de trabalho dos padeiros², garantindo a

1 BARROSO, Luiz Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Revista nº 04 da Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2019.

2 TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política**. Revista Direito GV, São Paulo, vol. 8, n. 1, jan/jun 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322012000100002&script=sci_arttext>. Acesso em: 10 abr. 2019.

esses trabalhadores uma jornada de trabalho digna.

Nessas demandas que foram apreciadas pela Suprema Corte Norte-Americana, em ambos os casos foram analisadas a razoabilidade, a constitucionalidade e a arbitrariedade das leis norte-americanas diante dessas questões sociais, fazendo com que a produção jurisprudencial passasse a ter um novo viés, um viés progressista e garantista perante questões que envolvessem direitos fundamentais.³

Ainda que se tenha como marco inicial do ativismo judicial o ano de 1857, com o caso já supracitado, apenas em 1947 com a matéria publicada por Arthur M. Schlesinger Jr. na revista *Fortune*, com o título de *The Supreme Court: 1947*, onde o termo “*judicial activism*” ganhou notoriedade no âmbito político-jurídico e social.⁴

Mesmo os juristas norte-americanos tendo buscado promover o bem-estar social por meio de suas decisões, estas geraram opiniões das mais diversas, pois alguns magistrados entendiam que o jurisdicionado não poderia extrapolar os limites impostos pela legislação, assim, para alguns o ativismo judicial se equipararia a uma ação inadequada do poder judicial.⁵

2 DO ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL

No Brasil, o ativismo judicial em comparação com os Estados Unidos, tem se desenvolvido recentemente e, somente com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que outorgou aos juízes várias prerrogativas, essa forma de atuação dos magistrados passou a ganhar maior notoriedade social, pois possibilitou aos mesmos uma atividade mais ativa socialmente.

Vários motivos podem ser elencados como responsáveis para que essa atividade jurisdicional mais notável e próxima da sociedade iniciasse, seja pela falta de garantia de acesso a direitos fundamentais (que não estavam positivados nas normas brasileiras) ou pela inércia do próprio Legislativo (que tem procrastinado na criação e discussão de determinadas leis).⁶

Assim, podem-se elencar como principais causas para o início de ativismo judicial, a carência de atuação do Poder Legislativo, bem como o fato já elencado anteriormente, que são as determinações da própria Constituição no seu bojo, que abriu espaço para o preenchimento das lacunas jurídicas existentes, por meio de ações como mandado de injunção e ação direta de inconstitucionalidade.⁷

Seguindo essa ótica, Luís Roberto Barroso aduz sobre algumas atuações do Judiciário:

3 TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Ativismo judicial**: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. *Revista Direito GV*, São Paulo, vol. 8, n. 1, jan/jun 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322012000100002&script=sci_arttext>. Acesso em: 10 abr. 2019.

4 TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Ativismo judicial**: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. *Revista Direito GV*, São Paulo, vol. 8, n. 1, jan/jun 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322012000100002&script=sci_arttext>. Acesso em: 10 abr. 2019.

5 CHAVES, Marianna. **O julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277 e seus reflexos na seara do casamento civil**. Disponível em: <<https://arpen-sp.jusbrasil.com.br/noticias/2978105/artigo-o-julgamento-da-adpf-132-e-da-adi-4277-e-seus-reflexos-na-seara-do-casamento-civil>>. Acesso em: 03 abr. 2019.

6 VALLINDER, Torbjörn. **The Judicialization of Politics – A World-wide Phenomenon: Introduction**, *International Political Science Review*, v. 15, n. 2, 1994, p. 91.

7 NASSIF, Luís. **A aula de TeoriZavaski sobre o ativismo judicial**. Disponível em: <<https://jornalgggn.com.br/noticia/a-aula-de-teori-zavaski-sobre-o-ativismo-judicial>>. Acesso em: 03 abr. 2019.

[...] um caso de aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário: o da fidelidade partidária. O STF, em nome do princípio democrático, declarou que a vaga no Congresso pertence ao partido político. Criou, assim, uma nova hipótese de perda de mandato parlamentar, além das que se encontram expressamente previstas no texto constitucional. Por igual, a extensão da vedação do nepotismo aos Poderes Legislativo e Executivo, com a expedição de súmula vinculante, após o julgamento de um único caso, também assumiu uma conotação quase-normativa. O que a corte fez foi, em nome dos princípios da moralidade e da impessoalidade, extrair uma vedação que não estava explicitada em qualquer regra constitucional ou infraconstitucional expressa.⁸

Esse tipo de atuação vem ganhando cada vez mais espaço nas esferas políticas, traduzindo-se em uma nova vertente para o Poder Judiciário e garantindo uma amplitude de direitos a todos.

3 DA JUDICIALIZAÇÃO

O processo de judicialização está diretamente ligado ao exercício legislativo que o Poder Judiciário vem desempenhando em determinados casos que, de certa forma, possuem relevância social onusando o Poder Legislativo na sua atividade típica, deixa de realizar seu papel originário.

Nas palavras de Luís Roberto Barroso, temos o conceito de judicialização:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo — em cujo âmbito se encontram o presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro.⁹

Ainda nessa perspectiva, Barroso elenca em três as causas que deram início ao processo de judicialização:

A primeira grande causa da judicialização foi a redemocratização do país, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988. [...] A segunda causa foi a constitucionalização abrangente, que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária. [...] A terceira e última causa da judicialização, a ser examinada aqui, é o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, um

8 BARROSO, Luiz Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Revista nº 04 da Ordem dos Advogados do Brasil.** Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2019.

9 BARROSO, Luiz Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Revista nº 04 da Ordem dos Advogados do Brasil.** Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2019.

dos mais abrangentes do mundo. Referido como híbrido ou eclético, ele combina aspectos de dois sistemas diversos: o americano e o europeu. [...].¹⁰

Com esse novo cenário instaurado, a sociedade tornou-se mais próxima do Judiciário, passando a vê-lo como real efetivador de direitos, seguindo essa lógica, é o que elenca Werneck Vianna:

Esse movimento, no seu significado e envergadura, encontrará antenas sensíveis nas instituições da democracia política, em particular no sistema da representação. Os políticos, diante da perda de eficácia e de abrangência dos mecanismos próprios ao *welfare*, e igualmente conscientes da distância, nas democracias contemporâneas, entre representantes e representados, passam a estimular, pela via da legislação, os canais da representação funcional. Por meio de suas iniciativas, a Justiça se torna capilar, avizinando-se da população com a criação de juizados de pequenas causas, mais ágeis e menos burocratizados. A institucionalização das *classactions* generaliza-se, instalando o juiz, por provocação de agências da sociedade civil, no lugar estratégico das tomadas de decisão em matéria de políticas públicas, e a malha protetora do judiciário amplia-se mais ainda com a legislação dos direitos do consumidor.¹¹

Apesar do processo de judicialização e o ativismo judicial terem as mesmas vertentes, ambos possuem suas peculiaridades, bem como especificidades que os diferenciam um do outro.

A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.¹²

Muito embora a judicialização tenha sua constituição a partir do modelo constitucional adotado e o ativismo judicial tem sua origem das decisões dos julgadores, ambos surgem “como um processo objetivo utilizado para defender propostas de mudança na organização do Judiciário ou na cultura jurídica, considerada defasada face às novas necessidades sociais”¹³, o papel que cada

10 BARROSO, Luiz Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Revista nº 04 da Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2019.

11 VIANNA, Luiz Werneck. BURGOS, Marcelo Baumann. SALLES, Paula Martins. **Dezesseis anos de judicialização da política**. Tempo Social: Revista de sociologia da USP. v. 19, n. 2. São Paulo: USP, FFLCH, pp. 39-85, nov., 2007.

12 BARROSO, Luiz Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Revista nº 04 da Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2019.

13 MACIEL, Débora Alves. KOERNER, Andrei. **Sentidos da judicialização da política: duas análises**. Lua Nova, n. 57, 2002, p. 116. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-

um desempenha na efetivação de direitos, vem se mostrando eficaz, de tal forma que a diferença não se sobressaia em relação à efetividade.

4 ENTRAVES E PERCURSOS DA UNIÃO HOMOAFETIVA NO BRASIL EM FACE DO DIREITO DE FAMÍLIA E DE PERSONALIDADE

A partir dessa mudança de perspectiva a respeito da atuação do Poder Judiciário, o ativismo judicial e a judicialização possibilitou a remodelação das estruturas familiares no Brasil sob a ótica judicial, que passou a acompanhar os anseios sociais e as modificações que já vinham ocorrendo em nossa estratificação social nas suas decisões.

Pautando-se na análise do julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277, realizada no ano de 2011, que passou a reconhecer a união homoafetiva como entidade familiar, por analogia ao reconhecimento já existente da união estável heterossexual, a vida conjugal homossexual passou a ter mais respaldos jurídicos. Essa ação do Supremo Tribunal Federal, em certa medida, gerou alguns questionamentos por parte daquelas pessoas mais conservadoras, sob o argumento que o ativismo judicial desestruturaria a democracia, em razão de ter ratificado uma união estável distinta daquela elencada pela Constituição Federal, prevista no §3º do art. 226, para um homem e uma mulher.

Entretanto, as uniões homoafetivas já vinham ocorrendo há muito tempo, o que faltava era uma regulamentação que possibilitasse direitos e garantias aos companheiros, além de meios que viabilizasse a concretização de um planejamento familiar e parental adequado.

Antes do julgamento da ADPF 132 e ADI 4277, as uniões homoafetivas eram reconhecidas pela jurisprudência apenas como uma sociedade de fato, tendo somente a possibilidade de aferição de direitos patrimoniais, afastando assim, o caráter afetivo que é o liame que caracteriza a entidade como sendo familiar. Para tal perspectiva, a jurisprudência valeu-se da Súmula Nº 380 do STF: “comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.”¹⁴

Todavia, diante de uma determinação pioneira da Justiça do Rio Grande do Sul, que passou a viabilizar por meio dos Juizados Especiais de Família as uniões de pessoas do mesmo sexo no ano de 1999, tem-se o primeiro caso de desentranhas das uniões homoafetivas.

RELAÇÕES HOMOSSEXUAIS. COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DE SEPARAÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO DOS CASAS FORMADOS POR PESSOAS DO MESMO SEXO. EM SE TRATANDO DE SITUAÇÕES QUE ENVOLVEM RELAÇÕES DE AFETO, MOSTRA-SE COMPETENTE PARA O JULGAMENTO DA CAUSA UMA DAS VARAS DE FAMÍLIA, A SEMELHANÇA DAS SEPARAÇÕES OCORRIDAS ENTRE CASAS HETEROSSEXUAIS. AGRAVO PROVIDO. (Agravo de Instrumento Nº 599075496, Oitava Câmara Cível, Tribunal de

64452002000200006&lng=pt&tng=pt>. Acesso em: 10 abr.2019.

14 BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2482>>. Acesso em: 03 abr.2019.

Justiça do RS, Relator: Breno Moreira Mussi, Julgado em 17/06/1999)¹⁵

Além desse primeiro caso de pioneirismo, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em 2001 agiu novamente, desta vez em relação aos direitos sucessórios de um casal homoafetivo, possibilitando ao companheiro o direito de herança.¹⁶

Por meio da ação de algumas jurisprudências ao longo dos anos no Brasil, alguns direitos foram facilitados aos casais homoafetivos, direitos esses que anteriormente eram exclusivos aos casais heterossexuais, tais como: direito de comunhão parcial de bens, direito a pensão alimentícia no caso de separação, direito a pensão do INSS em caso da morte do parceiro, direito de colocar o companheiro como dependente em Planos de Saúde, direito a mencionar o parceiro como dependente ao declarar o Imposto de Renda, direito a adotar crianças entre outros.

5 UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

5.1. da dignidade da pessoa humana

Quando promulgada a Constituição Federal de 05 de outubro de 2018 estabeleceu-se várias prerrogativas de atuação do Estado, além de elencar alguns princípios como basilares, no caso da Carta Constitucional brasileira, a mesma trouxe como princípio norteador de suas normas o princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, Alexandre de Moraes descreve a dignidade da pessoa humana como sendo:

“A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.”¹⁷

Ao estabelecer o princípio da dignidade da pessoa humana como norteador de todo o arcabouço jurídico brasileiro, os legisladores voltam seus olhares para a proteção de todos aqueles

15 BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a_politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfields=n%3A599075496&as_q=+#main_res_juris. Acesso em: 03 abr.2019.

16 BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a_politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfields=n%3A70001388982&as_q=+#main_res_juris. Acesso em: 03 abr.2019.

17 MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 128.

que fazem parte da sociedade, compelindo-lhes direitos e deveres, além de promover os meios para uma vida digna.

Desta forma, o princípio da dignidade da pessoa humana se coloca como um direito irrenunciável, devendo o Estado reconhecê-lo e buscar meio de efetiva-lo.¹⁸ Assim, o não reconhecimento dos direitos e princípios elencados pela Constituição Federal de 1988 abre espaço para bloquear o desenvolvimento da vida particular das pessoas, bem como a sua atuação perante à sociedade.

Nessa linha de pensamento Gilmar Ferreira Mendes aduz que:

“O princípio da dignidade da pessoa humana inspira os típicos direitos fundamentais, atendendo à exigência do respeito à vida, à liberdade, à integridade física e íntima de cada ser humano, ao postulado da igualdade em dignidade de todos os homens e à segurança. É o princípio da dignidade humana que demanda fórmulas de limitação do poder, prevenindo o arbítrio e a injustiça. Nessa medida, há de se convir em que ‘os direitos fundamentais, ao menos de forma geral, podem ser considerados concretizações das exigências do princípio da dignidade da pessoa humana.’”¹⁹

As uniões homoafetivas buscam seu reconhecimento social amparada pelos princípios constitucionais de proteção humana, de tal modo que possa realmente ser uma forma de entidade familiar e ter os mesmos direitos que uma entidade familiar heterossexual possível, tendo em vista que ainda vigora em nossa sociedade os padrões heteronormativos.

A respeito disso Maria Berenice Dias elenca:

“Ao contrário do que se pensa, considerar uma relação afetiva de duas pessoas do mesmo sexo como uma entidade familiar não vai transformar a família nem vai estimular a prática homossexual. Apenas levará um maior número de pessoas a sair da clandestinidade e deixar de ser marginalizadas.”²⁰

Assim, o Estado, enquanto garantidor de direitos a todos os indivíduos que o compõe, não deve apenas se utilizar da dignidade como impedimento ao seu exercício, quando o mesmo se vale do uso demasiado, logo, cabe ao Estado promover a dignidade e também a integração social²¹, daqueles que dele necessitam.

Nesse mesmo ensinamento a jurisprudência, diante da inércia do Estado já vem deliberando acerca dessa temática, assim ensina a ministra Nancy Andrighi:

“Os princípios da igualdade e da dignidade humana, que têm como função principal

18 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 40.

19 MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocência Mártires et al. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 237.

20 DIAS, Maria Berenice. **União homossexual: o preconceito & a justiça**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2009, p. 33.

21 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 45.

a promoção da autodeterminação e impõem tratamento igualitário entre as diferentes estruturas de convívio sob o âmbito do direito de família, justificam o reconhecimento das parcerias afetivas entre homossexuais como mais uma das várias modalidades de entidade familiar.”²²

A jurisprudência há muito tempo já demonstra a importância que o princípio da dignidade humana tem em nosso ordenamento jurídico, de tal forma que sempre utiliza-o como argumentação em suas decisões, logo, o referido princípio deve estar sempre sendo invocado para concretizar os anseios sociais.

O princípio da dignidade da pessoa humana é tão importante que dele emana vários outros princípios, que estão intrinsecamente ligados aos direitos fundamentais e sociais de todo ente ²³, e em especial os direitos de personalidade.

Maria Berenice Dias ainda menciona:

“O núcleo do atual sistema jurídico é o respeito à dignidade humana, atentando nos princípios da liberdade e da igualdade. A proibição da discriminação sexual, eleita como cânone fundamental, alcança a vedação à discriminação da homossexualidade, pois diz com a conduta afetiva da pessoa e o direito de orientação sexual. A identificação da orientação sexual está condicionada à identificação do sexo da pessoa escolhida em relação a quem escolhe, e tal escolha não pode ser alvo de tratamento diferenciado. Se todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, aí está incluída, por óbvio, a orientação sexual que se tenha.”²⁴

Dessa forma, a orientação sexual não deve ser objeto de discriminação por parte das pessoas, muito menos por parte do Estado, haja vista que o mesmo é aquele que deve tutelar e promover o desenvolvimento de todos os seus membros, sem qualquer tipo de distinção seja ela sexual, cultural, religiosa ou racial, posto o que o princípio da dignidade da pessoa humana preconiza, diante de nosso ordenamento jurídico.

5.2. do ativismo judicial e judicialização: o reconhecimento pelo STF da união homoafetiva

Em fase das múltiplas questões que envolvem a discussão do reconhecimento de pessoas do mesmo sexo no Brasil, temos um Estado engessado, uma vez que prima pela moral e bons costumes, baseado em dogmáticas religiosas. Fato esse não cabível a um estado laico, laicidade essa postulada na Carta Constitucional Federal de 1988.

Atualmente há uma maior discussão por parte do Judiciário de questões polêmicas,

22 BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. REsp 1.199.667 - Rel. Min. Nancy Andrighi. Mato Grosso, 2010. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21102832/recurso-especial-resp-1199667-mt-2010-0115463-7-stj/inteiro-teor-21102833>>. Acesso em: 10 abr. 2019.

23 BARROSÓ, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.372.

24 DIAS, Maria Berenice. **Liberdade de orientação sexual na sociedade atual**. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_632\)53__liberdade_de_orientacao_sexual_na_sociedade_atual.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_632)53__liberdade_de_orientacao_sexual_na_sociedade_atual.pdf)>. Acesso em: 10 abr. 2019.

questões que o Estado se limita a discutir sobre, baseado em preceitos fundamentalistas e pautas heteronormativas.

Dessa forma, existe uma maior atuação, no que concerne a efetivação dos direitos ligados a casais homossexuais pelo ativismo judicial e pelo processo de judicialização, por ser um tema polêmico e, muito menos pacificado, o Poder Judiciário tem atuado de forma a promover a incorporação dos casais homoafetivos à sociedade de forma igualitária, baseando-se no texto constitucional e nos seus princípios norteadores.

A respeito desse ativismo o Ministro Luiz Roberto Barroso conceitua:

“(i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.”²⁵

Assim, o Judiciário com o objetivo de atender as reivindicações da sociedade, passa a atuar de forma a solucionar os casos que até então o Poder Executivo e Legislativo não se dispunham a sanar, tomando pra si a autoridade do ente estatal que deveria esclarecer essas questões sociais.²⁶

No que se refere ao reconhecimento da união homoafetiva, o Supremo Tribunal Federal, tomou para si essa questão e por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº4.277²⁷ e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº132²⁸ a Suprema Corte, estendeu à interpretação do art.1.723 do Código Civil²⁹, reconhecendo a união homoafetiva como entidade familiar, por meio de analogia.

Dessa maneira, o Supremo Tribunal Federal tem desempenhado papel ativo nas questões de amplo abarcamento político, onde considerou por meio da união estável a união homoafetiva como uma entidade familiar, tal qual a união heterossexual, prevista até então com exclusividade no art. 226, §3º da Constituição Federal de 1988³⁰.

25 BARROSO, Luiz Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Revista nº 04 da Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2019.

26 MAUS, Ingeborg. **O Judiciário como superego da sociedade**: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Trad. Martônio Lima e Paulo Albuquerque. Revista Novos Estudos CEBRAP, São Paulo, nº58,2000.

27 BRASIL.**Supremo Tribunal Federal**. Ação direta de inconstitucionalidade nº4.277. Distrito Federal, 2011. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/1088_ADI_4.277_-_Extrato_de_ata.pdf>. Acesso em: 03 abr.2019.

28 BRASIL.**Supremo Tribunal Federal**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº132. Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/332_ADPF132_parecerAGU.pdf>. Acesso em: 03 abr. 2019.

29 BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 10 abr. 2019.

30 OLIVEIRA, José Sebastião de; PINTO, Eduardo Vera-Cruz. **Do casamento civil heterossexual e o homossexual**: duas realidades distintas na perspectiva da diversidade sexual – enfim, nos direitos brasileiros e português, existem casamentos gays, e, em existindo, em que condições jurídicas? In: CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Novos Rumos dos Direitos Especiais da Personalidade e Seus Aspectos Controvertidos**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 304-305.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em sendo uma instituição social, a família acaba por sofrer diversos tipos de influências seja na sua esfera pública ou privada, de tal forma que a sua estruturação atual, é resultado de um processo sistêmico.

Assim, essas modificações no âmbito familiar possibilitaram surgimento de novos arranjos familiares, que vem acompanhando a evolução social, a família hoje é plural, mosaica, nuclear, extensa, poliafetiva entre outros.

A Constituição Federal de 1988 elenca como princípio norteador a dignidade da pessoa humana, princípio este que visa a promoção de uma vida digna a todos, bem como o direito de se desenvolver socialmente, trazendo consigo sua bagagem cultural e social, para seu pleno desenvolvimento.

As uniões homoafetivas é uma realidade presente em nosso meio social, logo, o Direito e os aparatos do Estado deve dar total respaldo a todas a questões que envolve essa instituição, entretanto, o Estado não se mostra aberto a discutir essa temática, fato que demandou uma ação do Poder Judiciário, em detrimento da inércia do Poder Legislativo Federal brasileiro.

Assim, por meio do ativismo judicial e do processo de judicialização os direitos e deveres decorrentes da união estável heterossexual foram estendidos à união homoafetiva, desta forma, teve-se o reconhecimento das uniões homoafetivas como uma entidade familiar.

Esse engessamento do Poder Legislativo no reconhecimento das uniões homoafetivas como uma entidade familiar, demonstra que os padrões sociais ainda estão presentes em sociedade, tais como a heteronormatividade, onde o centro das discussões se pauta na heterossexualidade.

Nesse contexto, pode-se observar que dentre os poderes constituídos o Poder Judiciário, em certa medida, vem acompanhando em suas decisões os anseios e modificações ocorridas no seio da sociedade, trazendo uma visão panorâmica do social, deixando de lado aspectos religiosos, tradicionalistas e fundamentalistas.

Essa atuação possibilitou que os princípios constitucionalmente estabelecidos fossem preservados e garantidos a todos, estendendo-os às uniões homoafetivas, mesmo que ainda haja alguns entraves sociais por conta dos padrões impostos socialmente, que afeta e muito a constituição da família homoafetiva, perante a sociedade brasileira.

Em um país onde todos são iguais perante a lei, essa questão ainda não está totalmente pacificada, o Poder Executivo e Legislativo ainda não se coloca pronto em discutir acerca dessa temática, deixando a cargo do Poder Judiciário a atuação efetiva, que tomou pra si a discussão e julgou a ADPF 132 e ADI 4277, iniciando-se assim no país, ações por meio do ativismo judicial e da judicialização, pois se dependesse do Poder Legislativo Federal até hoje, nada teria se alterado diante da forte pressão da bancada religiosa, especialmente, a evangélica, que até hoje rejeita o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional, ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Revista nº 04 da Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2019.

BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 10 abr. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2482>>. Acesso em: 03 abr. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação direta de inconstitucionalidade nº4.277. Distrito Federal, 2011. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/1088_ADI_4.277_-_Extrato_de_ata.pdf>. Acesso em: 03 abr.2019.

BRASIL.**Supremo Tribunal Federal**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº132. Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: <http://http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/332_ADPF132_parecerAGU.pdf>. Acesso em: 03 abr. 2019.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça** - REsp 1.199.667 - Rel. Min. Nancy Andrighi. Mato Grosso, 2010. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21102832/recurso-especial-resp-1199667-mt-2010-0115463-7-stj/inteiro-teor-21102833>>. Acesso em: 10 abr. 2019.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfields=n%3A599075496&as_q=+#main_res_juris. Acesso em: 03 abr. 2019.

CHAVES, Marianna. **O julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277 e seus reflexos na seara do casamento civil**. Disponível em: <<https://arpen-sp.jusbrasil.com.br/noticias/2978105/artigo-o-julgamento-da-adpf-132-e-da-adi-4277-e-seus-reflexos-na-seara-do-casamento-civil>>. Acesso em: 03 abr. 2019.

DIAS, Maria Berenice. **Família Homoafetiva**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/28_-_fam%EDlia_homoafetiva.pdf>. Acesso em: 03 abr. 2019.

Liberdade de orientação sexual na sociedade atual. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_632\)53__liberdade_de_orientacao_sexual_na_sociedade_atual.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_632)53__liberdade_de_orientacao_sexual_na_sociedade_atual.pdf)>. Acesso em: 10 abr. 2019.

Manual de Direito das Famílias. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

União Homoafetiva: o preconceito & a justiça. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

- DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DUARTE PINHEIRO, Jorge. **O direito da família contemporâneo**. 3. ed. Lisboa: aafdl, 2010.
- FARIAS, Mariana de Oliveira. **Adoção por homossexuais: a família homoparental sob o olhar da psicologia jurídica**. Curitiba: Juruá, 2012.
- FERRARI, Geala Geslaine. FRANÇA, Ferrari. DE CASTRO, Loreanne Manuella. **As Novas Formas de Entidades Familiares Advindas com a Constituição Federal de 1988 e a Reprodução Humana Assistida como Instrumento Facilitador para a Formação das Famílias Homoafetivas**. Revista de Direito Público. Londrina, v.8, n.2, p.139-158, mai./ago.2013. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/15866/13119>>. Acesso em: 03 abr. 2019.
- FERRAZ, Carolina Valença. **Manual de Direito Homoafetivo**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO PAMPLONA, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, direito de família, as famílias em perspectiva constitucional**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GIRARDI, Viviane. **Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- GROSS, Martine. **L'Homoparentalité**. Paris: Le Cavalier Bleu, 2009, p. apud OLIVEIRA, Daniela Bogado Bastos de. **Famílias contemporâneas: as voltas que o mundo dá e o reconhecimento jurídico da homoparentalidade**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 57.
- GUIMARÃES, Fabiana Bartholi. **Alterações no Legislativo após o julgamento da ADPF 132 e ADI 4.277: uma análise do comportamento objetivo e subjetivo do Congresso Nacional**. Disponível em <<http://www.sbdp.org.br/publication/alteracoes-no-legislativo-apos-o-julgamento-da-adpf-132-e-adi-4-277-uma-analise-do-comportamento-objetivo-e-subjetivo-do-congresso-nacional/>>. Acesso em: 11 abr. 2019.
- HOLANDA, Liv Lessa Lima. **Ativismo Judicial e a Efetivação de Direitos no Supremo Tribunal Federal: análise do julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277**. Santa Catarina: Revista Brasileira de Teoria Constitucional. n.º. 1, v. 4, 2018, p. 56-77.
- MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. **Sentidos da judicialização da política: duas análises**. Lua Nova, n. 57, 2002, p. 116. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452002000200006&lng=pt&tlng=pt>. Acesso em: 10 abr.2019.
- MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Direito das famílias: Amor e bioética**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

MAUS, Ingeborg. **O Judiciário como superego da sociedade:** o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Trad. Martônio Lima e Paulo Albuquerque. Revista Novos Estudos CEBRAP: São Paulo, nº58,Nov.de 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires et al. **Curso de Direito Constitucional.** 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional.** São Paulo: Atlas, 2002.

MOREIRA, Lúcia Vaz de Campos. **Família e parentalidade:** olhares da psicologia e da história. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

MOSCHETTA, Silvia OzelameRigo. **Homoparentalidade:** direito à adoção e reprodução humana assistida por casais homoafetivos. Curitiba: Juruá, 2011.

NADAUD, Stéphane. **L’homoparentalité:** uma nouvelle chance pour La famille? Paris: Fayard, 2002.

NASSIF, Luís. **A aula de TeoriZavaski sobre o ativismo judicial.** Disponível em: <<https://jornal-ggn.com.br/noticia/a-aula-de-teori-zavaski-sobre-o-ativismo-judicial>>. Acesso em: 03 abr. 2019.

OLIVEIRA, José Sebastião de; PINTO, Eduardo Vera-Cruz. **Do casamento civil heterossexual e o homossexual:** duas realidades distintas na perspectiva da diversidade sexual – enfim, nos direitos brasileiros e português, existem casamentos gays, e, em existindo, em que condições jurídicas? In: CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Novos Rumos dos Direitos Especiais da Personalidade e Seus Aspectos Controvertidos.** Curitiba: Juruá, 2013.

REIS, Clayton. **O planejamento familiar:** um direito de personalidade do casal. Revista Jurídica Cesumar – Mestrado. v. 8, n. 2, p. 415-435, jul./dez. 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SOUZA, HáliaPauliv. **Orientação Sexual:** conscientização, necessidade, realidade. Curitiba: Juruá, 2010.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Ativismo judicial:** nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. Revista Direito GV, São Paulo, vol. 8, n. 1, jan/jun 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322012000100002&script=sci_arttext>. Acesso em: 10 abr. 2019.

VALLINDER, Torbjörn. **The Judicialization of Politics – A World-wide Phenomenon:** Introduction, International Political Science Review, v. 15, n. 2, 1994, p. 91.

VIANNA, Luiz Werneck. BURGOS, Marcelo Baumann. SALLES, Paula Martins. **Dezessete anos de judicialização da política.** Tempo Social: Revista de sociologia da USP. v. 19, n. 2. São Paulo: USP, FFLCH, 2007.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. RABELO, Cesar Leandro de Almeida. **A adoção no âmbito da família homoafetiva sob o prisma do direito contemporâneo.** Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12912>. Acesso em: 03 abr. 2019.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Minorias Sexuais: direitos e preconceitos.** Brasília: Consulex, 2012.

UZIEL, Anna Paula. **Homossexualidade e adoção.** Rio de Janeiro: Garamond, 2007.

Recebido em:05/06/2020

Aprovado em :15/06/2020

O ESCULPIR DA MULHER BRASILEIRA: VIOLÊNCIA, SUBMISSÃO E RESISTÊNCIA

BRAZILIAN WOMEN SCULPTING: VIOLENCE, SUBMISSION AND RESISTANCE

Dra. Ana Elisa Spaolonzi Queiroz Assis*
Rodrigo Pereira de Figueiredo**

* Doutora em Educação pela FE/UNICAMP, Professora da Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM) e da Faculdade de Educação da UNICAMP, Líder do Laboratório de Pesquisa de Políticas Públicas e Direitos Fundamentais (LabDirF) e Vice-líder do Laboratório de Políticas Públicas e Planejamento Educacional (LaPPlanE). E-mail: anaelisasqa@gmail.com

** Mestrando em Direito pela FDSM, membro do Laboratório de Pesquisa de Políticas Públicas e Direitos Fundamentais (LabDirF). E-mail: rodrigo-juridico@hotmail.com

Como citar: ASSIS, Ana Elisa Spaolonzi Queiros; FIGUEIREDO, Rodrigo Pereira de. O esculpir da mulher brasileira: violência, submissão e resistência. **Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania – IDCC**, Londrina, v. 5, n. 1, p 202-216, jan/jul, 2020. ISSN: 2596-0075.

Resumo: Este artigo aborda os processos de socialização das mulheres que habitavam o Brasil até o início do constitucionalismo republicano, à vista da relevância que têm para a história da (in)subordinação feminina. A partir das estruturas e dos órgãos sociais que ditavam o modelo de vida social nos primeiros séculos vividos em terras brasileiras que se questiona a aparente passividade feminina frente a violência institucionalizada sofrida pelo gênero. Embora a maioria dos relatos descrevam a mulher como hipossuficiente, essa subordinação institucionalizada por diversos órgãos sociais não ocorreu de forma pacífica e amena: sempre houve relutância feminina, inclusive no Brasil. Seguindo o raciocínio e em sintonia com a diversidade cultural e racial que modelou a sociedade brasileira, por uma revisão de literatura, este artigo vincula história, sociologia e estudo jurídico para dar compreensão no tempo e no espaço dos papéis sociais e os direitos conferidos à mulher no Brasil desde o período colonial, demonstrando como as organizações sociais modelaram a imagem das mulheres e como foram os processos de insurreição por elas militados a fim de afastar a superioridade masculina. Evidenciou-se que, tanto no Brasil Colônia quanto no Brasil Império, a cultura patriarcal foi sedimentada como resultado de longos períodos de não-socialização e de socialização restrita da mulher. Hodiernamente ainda se identificam imagens de mulheres subordinadas como resultados históricos desses processos. O

artigo contesta a penumbra de consciência de gênero quase apagada na história do Brasil pelo resplendor simbólico e político do poder masculino, demonstrando merecer evidência vultosa.

Palavras-Chave: História da Mulher no Brasil; Violência; Submissão; Resistência; Cultura Patriarcal.

Abstract: This article addresses the socialization processes of women who inhabited Brazil until the beginning of republican constitutionalism, in view of the relevance they have to the history of female (in)subordination. From the social structures and bodies that dictated the model of social life in the first centuries lived in Brazilian lands, the apparent female passivity facing institutionalized violence suffered by gender, is questioned. Although the majority of reports describe women as being hyposufficient, this subordination institutionalized by several social bodies did not occur in a peaceful and mild way: there was always female reluctance, including in Brazil. In line with cultural and racial diversity that has shaped Brazilian society, through a literature review, this article links history, sociology and legal study to give an understanding in time and space of social roles and the rights conferred on women in Brazil since the colonial period, demonstrating how social organizations shaped the image of women and how were the insurrection processes militated by them in order to remove male superiority. It became evident that, both in Colony Brazil and in Empire Brazil, patriarchal culture was consolidated as a result of long periods of non-socialization and restricted socialization of women. Today, images of subordinate women are still identified as historical results of these processes. The article contests the dimness of gender awareness almost erased in Brazilian history by the symbolic and political radiance of male power, demonstrating that it deserves considerable evidence.

Keywords: História da Mulher no Brasil; Violência; Submissão; Resistência; Cultura Patriarcal.

1 INTRODUÇÃO

Rever o passado é encontrar outros sentidos para o presente e o futuro, é deslegitimar o poder, a dominação (RAGO, 2016).

O presente artigo aborda os processos de socialização sofridos pelas mulheres que habitavam o Brasil até o início do constitucionalismo republicano, à vista da relevância que possuem para a história da (in)subordinação feminina. Para tanto, é a partir da análise das estruturas e dos órgãos sociais que ditavam o modelo de vida social nos primeiros séculos vividos em terras brasileiras que se questiona a aparente passividade feminina frente a violência institucionalizada sofrida pelo gênero.

Certo que o conceito de gênero é um campo de batalhas políticas, a reflexão histórica politizada sobre a mulher foi culturalmente difundida por institutos sociais que minimizavam suas aptidões sociais (SCOTT, 2012, p. 331). A figura feminina, por longo tempo, esteve à margem de várias arenas sociais, tais como o trabalho externo e as discussões políticas.

A naturalização da submissão feminina é creditada à instituição da propriedade privada, marco da sociedade patriarcal, pois para a manutenção dos bens e a posterior sucessão legítima, era necessária a certeza da paternidade, o que somente seria possível por obra da fidelidade do ventre gerador. Assim a mulher passa a ser vigiada e se torna “instrumento de produção” a serviço do homem. E, em sendo o homem fisicamente mais forte, pelo emprego da violência se possibilitou o processo de dominação, marcado, por exemplo, pelo uso de cinto de castidade na Idade Média, prática resultante da obstinação do homem pela dúvida quanto à legitimidade dos filhos havidos como seus (SANTIAGO, 2007).

A par de a maioria dos relatos descreverem a mulher como ser hipossuficiente – a exemplo disso, pode-se citar um dos livros mais antigos conhecidos: a Bíblia (2020) -, essa subordinação institucionalizada por diversos órgãos sociais, como igrejas, escolas, Estados etc, não ocorreu de forma pacífica e amena como se poderia considerar. Sempre houve relutância feminina, inclusive no Brasil, como se verá adiante. Oportuna, neste ponto, a advertência de Konkel, Cardoso e Hoff (2005, p. 37), para os quais: “afirmar que os homens sempre dominaram as mulheres, que essa dominação é natural, pois acontece desde que o mundo existe, significa esquartejar a obra humana”.

É dessa inquietação que se desenvolveram estudos que apontam a criação do ser “imagem e semelhança” andrógino e só posteriormente é que houve a separação dos sexos, sendo Lilith-Lilitu-Lulu, e não Eva, a primeira mulher de Adão. Conforme relata Roberto Sicuteri (1998), em “Lilith: a Lua Negra”, das narrativas surgidas na tradição oral dos textos rabínicos de versão jeováica, os quais precedem em alguns séculos a versão bíblica para a criação do ser humano, está o

mito Lilith: a mulher que não aceitou deitar-se sob Adão na hora do ato sexual.

De qualquer forma, a história de Lilith é debatida entre teólogos por muitos considerados conspiradores (PORTILHO, 2015). Por outro lado, a narrativa que envolve Eva não levanta maiores questionamentos. Fato é que Eva poderia ter sido criada, assim como Adão, do pó. Todavia, conforme se retira dos versículos 21 e 22, do capítulo 2, de Gênesis:

21- Então o Senhor Deus fez o homem cair em profundo sono e, enquanto este dormia, tirou-lhe uma das costelas, fechando o lugar com carne.

22- Com a costela que havia tirado do homem, o Senhor Deus fez uma mulher e a levou até ele (Gên. 2, 21 e 22) (BÍBLIA, 2020).

A teoria do criacionismo, pautado na Bíblia Cristã, atribui a simbologia para fundamentar que a mulher surgiu da costela do homem. Por essa lógica, desde sua origem, é a mulher uma parte do homem e este se posiciona como dono daquela, exercendo todos os direitos de propriedade referentes à *sua* mulher. Nesse sentido, as palavras da socióloga feminista Heleieth Saffioti discorrem de forma consistente quando escreve “A mulher na sociedade de Classes” em 1969 e demonstra crítica severa ao sistema de classes e às instituições sociais que moldam os corpos e comportamentos das mulheres no século XX:

Na questão feminina, a posição da Igreja Católica reflete, de um lado, uma doutrina religiosa na qual a mulher sempre figurou como ser secundário e suspeito e, de outro, seus interesses investidos na ordem vigente nas sociedades de classes. [...] A Igreja tem evidenciado um esforço de refinamento das técnicas sociais conducentes a manter, embora disfarçadamente, a mulher submissa ao homem (SAFIOTTI, 1969, p. 99-100, apud CASTRO, 2019, p. 89).

Seguindo o raciocínio e em sintonia com a diversidade cultural e racial que modelou a sociedade brasileira, por meio de revisão de literatura, este artigo vincula história, sociologia e o estudo jurídico para dar compreensão no tempo e no espaço dos papéis sociais e os direitos conferidos à mulher no Brasil desde o período colonial português, demonstrando como as organizações sociais modelaram a imagem das mulheres e como foram os processos de insurreição militados por mulheres a fim de afastar a superioridade masculina.

A minguada ocupação social das mulheres no início da sociedade brasileira frente os processos de socialização e a forma como se opuseram aos ditames da dominação masculina culturalmente predominante possibilitará aos leitores revisar a abordagem da submissão feminina no Brasil e a visão crítica ao constructo político da naturalização da dominação masculina que ainda se hospeda em nosso cotidiano.

2 REVISÃO DE LITERATURA

Os institutos da Reforma Protestante e a Contrarreforma ocorridas na Europa no século XVI são fundamentais para compreender aspectos morais e sexuais que marcaram a socialização do Brasil. Em síntese, vertiginosamente espalhadas pela Europa, as ideias do protestantismo criticavam os sacramentos e a hierarquia clerical visando aproximar os fiéis da introspecção da fé e à difusão do cristianismo. Para combater esse alastramento protestante, a Igreja Católica, através do Concílio de Trento, concentrou suas forças na reafirmação dos dogmas do catolicismo e na difusão do senso moralista, mantendo hegemonia e controle sob a célula familiar. O predomínio católico nos países ibéricos ultrapassou os mares chegando às terras luso-brasileiras (VAINFAS, 2011, p. 47).

Ronaldo Vainfas em “Trópicos dos Pecados”, ao descrever a história da sexualidade e os costumes morais que predominavam no Brasil Colônia, demonstra que a inquisição e o processo de catequização eram, antes de mais nada, um mecanismo de controle social (VAINFAS, 2011, p. 47). O processo Trentino de aculturação das massas se fez em um ambiente de moralidade cristã ofensiva e inquisitória, dentro de uma sociedade extrativista e escravocrata focada em criminalizar os pecados da carne. Neste cenário, é desenhada a (in)submissão da mulher.

Dos relatos jesuítas se identificam as primeiras mulheres vividas em terras brasileiras. Indígenas nativas que andavam nuas eram consideradas solteiras e objetos de prazer por todos os que coabitavam no Brasil; assim foram descritas nas célebres páginas de Casa-grande e Senzala de Gilberto Freyre (2013, p. 48) as mulheres responsáveis pela base da miscigenação brasileira.

Todavia, esse não foi um processo pacífico e imune a rebeldias, embora antes da descoberta os próprios indígenas já houvessem estabelecido a cultura da supremacia masculina em suas civilizações (Cf. KONKEL; CARDOSO; HOFF, 2005), a própria divisão do trabalho sexual dependia da força da mulher na construção da sociedade; ela que se incumbia tanto das tarefas domésticas quanto da subsistência da família, ficando os homens por conta de trabalhos culturais e artísticos.

Apontam Baseggio e Silva (2015, p. 21) que foi justamente a tentativa de inversão de papéis que frustrou a intenção dos colonizadores em escravizar os nativos, pois que as indígenas opuseram forte resistência à nova divisão do trabalho sexual imposta pelos costumes europeus. Nas etnias ameríndias, as mulheres desempenhavam papéis na produção agrícola, o que lhes foi negado desde então e, devido à forte resistência, culminou na não-submissão do povo indígena à escravização pretendida pelos portugueses. Uma das estratégias para suprir a necessidade de mão-de-obra foi o tráfico de negros e negras do continente africano.

As mulheres negras sequestradas nas navegações possuíam função dupla no ciclo explo-

ratório patriarcal e extrativista: à exploração de mão-de-obra sempre foi adicionada a exploração sexual. Consoante destaca Freyre (2013, p. 48), à falta de mulheres brancas no território colonizado, o tráfico de mulheres negras foi útil no sentido de trazer para a Colônia ventres geradores que pudessem multiplicar a mão-de-obra de que a Metrópole necessitava. Contudo, as mudanças sociais e as alterações das legislações findando, formalmente, a escravidão em 1888, provocaram mudanças que, não sem muitas dificuldades, possibilitariam às mulheres negras ocuparem outros espaços e funções sociais.

Figueiredo (1997, p. 142) demonstra a situação das chamadas “negras de tabuleiro”, mulheres negras que viviam nas tabernas e usavam seu corpo como objeto de comércio. Nessa mesma vertente, Ana Carla Menezes de Oliveira (2017, p. 3) denuncia que a economia colonial gerou a formação de uma sociedade na qual a mulher ocupava uma posição que afetou substancialmente a sua imagem durante anos.

O papel da mulher branca nesse período também havia sido estipulado pela Coroa e pela Igreja: manter as premissas do catolicismo, zelar pela criação dos filhos e suplicar aos anseios dos patriarcas: pai, esposo e irmãos. Esse era o modelo ideal originário da Inglaterra e difundido por toda a sociedade burguesa, contexto que foi traduzido por Hobsbawm em “A era do capital” nas seguintes palavras:

Agradar as pessoas; alimentá-las de forma agradável; vesti-las; mantê-las em ordem; fazê-las aprender; uma tarefa para a qual, curiosamente, ela não precisava demonstrar possuir inteligência nem conhecimento. Isso não era assim apenas porque sua nova função de esposa burguesa (admirar a capacidade do marido burguês e mantê-lo em paz e conforto) conflitasse com as velhas funções de dirigir o lar, mas também porque sua inferioridade em relação ao homem precisava ser demonstrada. (HOBSBAWM, 1982, p. 248 *apud* KONKEL; CARDOSO; HOFF, 2005, p. 41).

Acrescentando, Julia Knapp Baseggio e Lisa Fernanda Meyer da Silva (2015) reúnem a classificação do gênero feminino pela cor da pele e posição social, ou seja, mulheres brancas ricas e pobres e mulheres negras escravas ou alforriadas:

As negras, na sociedade colonial, viviam nas casas-grandes e eram muitas vezes as que iniciavam os filhos dos grandes proprietários na vida sexual. Eram amas de leite, cuidavam da casa, prestavam serviços, e muitas vezes ainda eram submetidas às condições de violência sexual. Perto do fim do regime colonial, muitas conseguiam suas cartas de alforria, conseguindo assim, a liberdade depois de anos de escravidão. Mesmo quando livres, ainda encontravam dificuldades em seus caminhos, agora livres, muitas vezes não tinham para onde ir, e acabavam se tornando prostitutas a fim de evitar a fome e a miséria. Já as mulheres brancas, eram vistas como a elegância da sociedade. Apesar das más condições de

alimentação e higiene em que também viviam, eram as responsáveis por preservar os costumes europeus. Eram excluídas assim, também da educação como muitas vezes das próprias organizações sociais. As colonas, assim dizendo, eram as que mais sofriam em silêncio com a poligamia, pois seus maridos, em diversos casos, mantinham relacionamentos com escravas e indígenas e, em troca, era exigido das mulheres brancas, virgindade, sutileza, submissão à moral masculina e também castidade. Ou seja, deviam preservar costumes como a fidelidade e a submissão ao marido em uma terra onde a poligamia era praticada diariamente pelos grandes senhores e seus descendentes. (BASEGGIO; SILVA, 2015, p. 20)

Vainfas (2011, p. 86) assevera que foi a partir da convivência forçada entre as europeias recém-chegadas e as mulheres que aqui estavam (indígenas e negras) é que se consolidou a relação machista de superioridade: as primeiras eram tidas como troféus expostos em longos vestidos, espartilhos apertados e um sorriso no rosto, o que denunciava que elas, assim como as últimas, também viviam em péssimas condições. A vinda da mulher branca para a Colônia imprimia a ela funções subordinadas definidas, semelhante à que ocorreu com africanas e africanos escravizados e escravizados.

Passando do quadro social para o jurídico, assevera Adriana Ramos de Mello (2017) que, no período de 290 anos de colonização, vigeu os sistemas jurídico, econômico, político e religioso válidos em Portugal. O Brasil foi submetido às Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, sendo estas últimas, através do Código Filipino o documento oficial que ditou a Justiça na Colônia do século XVI ao XIX, e que garantia ao marido o direito de matar a mulher caso a surpreendesse em adultério ou mesmo apenas suspeitasse (PORTUGAL, 2020).

As mulheres que se rebelassem contra as relações de gênero estabelecidas eram severamente punidas: apanhavam com varas cravejadas de espinhos, eram obrigadas a dormir ao relento, proibidas de comer por vários dias e até amarradas ao pé da cama enquanto o marido, no mesmo aposento, relacionava-se com a amante. A infidelidade masculina, por sua vez, era justificada pelo comportamento “naturalmente poligâmico” do homem (PRIORE, 2011, p. 160).

A influência que esse contexto de colonização viria a causar na formação da sociedade brasileira é sintetizada nas palavras de Mary del Priore:

Estudos indicam que no Brasil a violência contra a mulher não só é sistemática, mas mantém vinculação com essa tradição cultural patriarcal desenvolvida a partir do processo de colonização. As relações de submissão eram consideradas naturais. O marido, pai e demais figuras de autoridade exerciam o poder sobre as mulheres, controlando suas vidas e limitando sua esfera de atuação ao âmbito doméstico. A feminilidade era identificada com a maternidade, com a submissão e resignação ao poder e valores patriarcais difundidos no âmbito social (PRIORE, 2011, p. 160)

A par dos papéis sociais que a Metrópole impôs às mulheres que aqui chegaram (negras e brancas), esse foi um processo subversivo e agitado, propenso a rebeldias e demonstrações de inquietação. Nas petições de divórcios aceitas pela Igreja e nos processos de crime moral de bigamia encontram-se testemunhos sobre mulheres que usavam de expertise sobre a legislação régia como meios para conseguir melhores condições de vida. Buscavam se casar novamente a fim de se afastarem de maus-tratos e violência dos primeiros casamentos (VAINFAS, 2011, p. 630).

A escravizada Marta Fernandes logrou montar quatro diferentes histórias para que seu primeiro casamento fosse anulado, alegou numa delas que a cerimônia não era regular, pois ela e o marido “não deram as mãos, nem disseram palavras de presente, nem clérigo nenhum antes deu a mão, nem esteve sobre estola, nem lhe disse as palavras do matrimônio na igreja, nem em casa” (VAINFAS, 2011, p. 1.201). Há também a escravizada Lourença Corrêa da Lapa, que em 1745 contou que só se casara pela segunda vez porque suas amigas haviam lhe dito que, não tendo dormido com o primeiro marido, seu matrimônio não era verdadeiro (Ibid.).

Ressalta-se que foram as mulheres negras as grandes responsáveis pela integração cultural entre africanos e europeus no Brasil. Eram elas que amamentavam, criavam e, não raras vezes, educavam os filhos até de grandes senhores de engenho, fazendo originar uma nova cultura híbrida, compondo parte do que alguns convencionaram chamar hoje de cultura brasileira (BASEGGIO; SILVA, 2015, p. 23). As negras escravizadas cumpriam papéis de destaque na vida da família de seus senhores; eram as conselheiras amorosas das sinhazinhas e as educadoras dos filhos dos engenhos, papéis deploráveis, no meio dos quais encontravam espaço para resistência, difundindo sua cultura entre os povos europeus (KONKEL; CARDOSO; HOFF, 2005, p. 47). E, segundo Mott (1988 apud KONKEL; CARDOSO; HOFF, 2005, p. 47), “as mulheres negras não eram tão somente omissas e passivas, mas atuaram fortemente na luta contra a escravidão por meio de insurreições organizadas e de revoltas cotidianas”.

As mulheres brancas, foi, portanto, o segmento feminino mais submetido à dominação masculina deste período. Eram trancafiadas em casa para que sua virgindade fosse garantida ao futuro marido que visava à certeza de que seria o pai dos filhos que ela geraria e, assim, perpetuar o patrimônio nos laços de sangue (RIBEIRO, 2003, p. 82 apud KONKEL; CARDOSO; HOFF, 2005, p. 51). Nos dizeres de Bebel (1976, apud KONKEL; CARDOSO; HOFF, 2005, p. 42), “não raro a mulher era tratada como a primeira escrava dos muitos que os senhores tinham em seus domínios”.

A par de que fervilhavam no Continente Europeu as ideias iluministas, que clamavam ao homem a tomada de consciência da valorização humana, as filosofias afins não propagavam uma nova condição política e social da mulher. Contudo, exceções emblemáticas à subjugação da mulher branca das elites coloniais, mesmo aqui nas terras do Novo Mundo, complementam a ideia que o acesso a conhecimento, leitura, cultura e visão crítica da realidade fomenta discussões de cunho sociológico e, no caso específico, a insurreição da mulher frente o predomínio masculino.

Assim, pelo fato de as mulheres de alta classe disporem de acesso ao conhecimento precedente às demais classes, tais questionamentos sobre as capacidades femininas são excitados primariamente entre elas. É da história que a indígena Catarina Paraguassu (1503-1583), esposa do naufrago Diogo Álvares Correia – o Caramuru –, foi a primeira mulher brasileira a aprender ler e escrever (KONKEL; CARDOSO; HOFF, 2005, p. 51).

A título de enriquecimento, mesmo antes das ideias iluministas, aponta-se como obra inaugural do feminismo no mundo, o escrito de 1405 por Christine de Pizán, “*La Cité des Dames*” (CALADO, 2006, p. 71). Nobre por descendência e hábil à leitura e escrita, Pizán relata seu inconformismo ao ler o *Mateolo*¹, quando percebeu a forma com que os homens poderosos e tidos como filósofos se manifestavam sobre as mulheres.

No Brasil, as mulheres da elite colonial que aqui se destacaram foram D. Ana Pimentel, a qual, na ausência de seu marido, Martin Afonso de Souza, administrou a Capitania de São Vicente; e de D. Beatriz de Albuquerque, que se incumbiu da Capitania de Pernambuco quando seu esposo, o donatário Duarte Coelho, foi para Portugal (KONKEL; CARDOSO; HOFF, 2005, p. 42).

De modo geral, durante o colonialismo (1500-1822), são os processos inquisitórios que demonstram a astúcia de mulheres buscando formas mais dignas de se viver. Nesse período, a luta das mulheres era focada nas carências básicas como o direito à própria vida, educação, direito ao divórcio e livre acesso ao mercado de trabalho.

A vinda da família real, a modificação da estrutura econômica com a crise açucareira e a expansão da mineração na região das gerais, a ascensão da produção agropecuária e os movimentos separatistas do Sul, fizeram com que o processo de socialização no Brasil Império influenciasse profundamente a condição da mulher. O surgimento da família burguesa proveniente da Revolução Econômica do século XIX abriu espaço para a mulher no mercado de trabalho, trazendo mudanças estruturais significantes, contudo, acima de ser um processo de empoderamento, “As mulheres vivenciam nessa situação uma relação de dupla ou tripla discriminação: a que marca a condição feminina, a de trabalhadora e a de raça ou etnia” (SILVA, 1997, p. 564).

As revoltas armadas ocorridas no Sul do Brasil caracterizam as mulheres de desterro, devido ao maior desenvolvimento do comércio interno. As mulheres de origem migratória passaram a desempenhar funções produtivas impulsionando o desenvolvimento da indústria nascente (SILVA, 1997, p. 293). O cenário aguerrido traz à tona grandes mulheres, as “subversivas” que rumam ao combate e aquelas que, diante do chamado de seus pais, maridos e filhos para as batalhas, veem-se na contingência de assumir a frente da família. Para comprovar a assertiva, são elencados alguns nomes da Guerra do Paraguai, consideradas grandes heroínas guardadas na história do Brasil: Ana

¹ Manuscrito que, traduzido do latim para o francês por Jehan Le Fèvre, transformou-se em *Les Lamentations de Matheolus*, obra que deixou Christine profundamente atordoada por conta das manifestações misóginas presentes no discurso, influenciando-a em uma espécie de querela consagrada como O Romance da Rosa (Cf. CALADO, 2006, p. 71).

Nery, Ignez Augusta Corrêa de Almeida e a escravizada Ana (MOTT, 1982, p. 82, apud KONKEL; CARDOSO; HOFF, 2005, p. 44-45).

Em termos jurídicos, a primeira constituição do Brasil, em 25 de março de 1824, a Constituição do Império, não trouxe significativos avanços à condição da mulher. Apesar das substituições das ideias das Ordenações Filipinas, o conceito de cidadão permaneceu restrito aos homens de posses. Ainda que não houvesse, na primeira carta de direitos brasileira, exclusão expressa dos direitos políticos das mulheres, a submissão ao poderio masculino era tamanha, que pairava, junto ao silêncio, a certeza de a mulher não se incluir no conceito de cidadão (SÁ, 2017).

No plano normativo geral, com a proclamação da independência, o Brasil passa a criar o seu corpo de normas, quando surgem as primeiras normas protetivas da mulher. Em 1830 entrou em vigor o primeiro Código Penal brasileiro (“Código Criminal do Império do Brasil”). Por este diploma legal se retirou do marido o direito de matar a sua esposa e o adultério foi considerado um crime contra a segurança do estado civil e doméstico. Seu autor, marido ou esposa, sujeitava-se à pena de um a três anos de prisão, no entanto, na contramão das conquistas, atenuava-se a pena do homicídio se este fosse praticado pelo marido contra a mulher adúltera. Outrossim, o marido que mantivesse uma relação constante com outra mulher não se enquadrava na condição de adúltero, mas apenas numa relação de concubinato (BARSTED, 1995, p. 55, apud MELLO, 2017).

A condição social da mulher da elite no Império diferencia-se do destino que lhe fora imposto no Brasil Colônia. A boa reputação financeira acrescida da rígida educação dos filhos, bem como a valorização da maternidade e intimidade do seio conjugal, seria o trunfo pretendido pela burguesia crescente no país (D’INCAO, 1997, p. 223). A representatividade feminina nesse cenário se transforma, incumbindo a mulher casada da tarefa de manter um elevado apreço social, valor simbólico que em muito contribuía para a manutenção ou a mobilidade social desejada (Ibid., p. 229). Medidas para a manutenção do jugo masculino e normas capazes de manter o recato das sinhazinhas, sinhamoças e sinhadonas podem ser encontradas no Código de Bom-Tom (SANCHES, 2007, p. 93).

Se se calarem, cala-te também [...] se te divertires, não mostres senão uma alegria moderada; se estiveres aborrida, dissimula e não dês a conhecer [...] Nunca por tua vontade prolongues a conversação. Aceita e come o que te oferecem, e quando desejes outra coisa não o digas. Não ostente em público suas prendas (sic) (SANCHES, 2007, p. 91).

A insatisfação com as ideias importadas da França inspirou a insubmissão da mulher burguesa e o sentimento de Nísia Floresta (pseudônimo de Dionísia Gonçalves Pinto) pode ser destacado. Considerada a primeira feminista brasileira, essa educadora, escritora e poetisa, natural do Rio Grande do Norte, é autora do livro “Opúsculo Humanitário”, o primeiro de uma mulher brasileira a tratar da escravidão, muito embora o discurso tivesse como clímax a formação educacional

cravas ganhadeiras”, lavavam roupas e transportavam água para uma sorte de pessoas, o valor arrecadado elas juntavam para conquistar sua alforria, ou a alforria de outrem quando já libertadas (SOARES, 1994, p. 42). De acordo com Cecília Moreira Soares: “Os encontros periódicos entre essas pessoas criavam e solidificavam laços de amizade e solidariedade, ajudando na construção de um universo social relativamente autônomo da negra dentro da escravidão” (Ibid.). É por esse motivo que as Lavadeiras (ou Ganhadeiras) de Itapuã são consideradas as formadoras do primeiro movimento feminista do Brasil (LEMOS et al, 2019).

Nesse período histórico é válido ainda mencionar quanto à condição da mulher diante do direito à educação. A Lei de 15 de outubro de 1827 estabeleceu as “escolas de primeiras letras”. Além dos conhecimentos básicos sobre operações e geometria, um traço marcante da lei de educação era a existência da economia doméstica para as mulheres, mostrando o interesse do Estado em educar as alunas para a servidão da casa e dos maridos. Com a falta de profissionais para lecionar nas escolas recém-inauguradas, o papel das mulheres entra em destaque. Inicia-se no Brasil o processo de “feminização do magistério”, seguindo a lógica de que os professores, em verdade, as professoras, deveriam ser dóceis e com vocação para o ensino - de acordo com o pensamento biológico naturalista presente no período -, função que se alinha às capacidades femininas (LOURO, 1997, p. 443).

Importante, por fim, ponderar, que já no período histórico em pauta a mulher começou a lutar por seu direito ao voto. No entanto, como se sabe dos registros da trajetória política feminina, esse direito só se consolidou em 1932, pelo que se verifica que a conquista sobreveio após quase meio século de reivindicações (PIOVESAN, 2020, p. 15).

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No âmbito da socialização, com suporte nos ensinamentos de Annie Dymetman (2007, p. 34) de que toda história seja ela em qualquer espaço de tempo deve ser especificada a parcela social em que está inserido o estudo, as mulheres brasileiras vividas entre os séculos XVI e XIX possuíam diferentes características e posturas frente ao poderio masculino culturalmente institucionalizados, sobretudo, pela Igreja e pelo próprio Estado.

Destacou-se, a partir dos processos de inquisição e correspondências jesuíticas, que tanto índias, negras e mulheres brancas insurgiam frente a dominação masculina no período colonial. Enquanto aquelas impediram a escravização dos indígenas ao enfrentar a nova divisão de trabalho imposta pelos portugueses, as mulheres negras e brancas, mantidas cada uma em seu cativeiro, também demonstraram resistência ao exploratório poder patriarcal.

As mulheres negras, submetidas a 300 anos de total escravidão de seus corpos e mentes, foram responsáveis por boa parte da criação dos filhos havidos no Brasil, fundindo seus costumes

com aqueles importados da Europa, transformando eternamente o Brasil enquanto manifestação cultural plural que até hoje impossibilita definição unificada, ainda que persistam as tentativas de homogeneização e silenciamento deste traço definitivo, e não periférico, de nosso país. Através de insurreições organizadas, essas mulheres de cores destemidas construíram o primeiro movimento feminista brasileiro.

Ainda que os aspectos institucionais e jurídicos do Código Filipino (Cf. PORTUGAL, 2020) castigasse qualquer rebeldia feminina frente ao pátrio poder, e o diploma constitucional do Brasil Império afastasse a condição de cidadã da mulher brasileira, a busca pela emancipação pública e acesso ao conhecimento fez de figuras ilustradas em Nísia Floresta a mulher burguesa insatisfeita com o predomínio cultural do homem.

O processo de independência incorporou revoluções econômicas, sociais e geográficas em todo território brasileiro: os altos e baixos da economia mineradora; a importação dos costumes burgueses franceses e ingleses advindos da revolução industrial; a alforria de escravos e os movimentos bélicos sulistas determinaram a nova condição da mulher brasileira. Importantes para o desenvolvimento da indústria nascente, as “mulheres do desterro” simbolizaram tantas outras que assumiram as rédeas das famílias e lançaram-se à socialização, ocupando espaços adstritos culturalmente aos portadores de falo e honra genital (SILVA, 1997, p. 293).

Todo o esforço histórico traçado neste artigo buscou subsidiar a leitura contextual e conjectural do *status* jurídico e social da mulher no período entendido como pré-democrático. Evidenciou-se que, tanto no Brasil Colônia quanto no Brasil Império, a cultura patriarcal foi sedimentada como resultado de longos períodos de não-socialização e de socialização restrita da mulher.

Hodiernamente ainda se identificam imagens de mulheres subordinadas como resultados históricos destes processos. Neste sentido, o artigo contesta a penumbra de consciência de gênero quase apagada na história do Brasil pelo resplendor simbólico e político do poder masculino, demonstrando merecer evidência vultosa.

Referências Bibliográficas

BASEGGIO, Júlia Knapp; SILVA, Lisa Fernanda Meyer da. As condições femininas no Brasil Colonial. *Revista Maiêutica*. Indaial, v. 3, n. 1, p. 19-30, 2015.

BÍBLIA Sagrada. Português. Bíblia Sagrada Online. Gênesis 2. Disponível em: <https://www.bibliaon.com/genesis_2/>. Acesso em: 25 jan. 2020.

CALADO, Luciana Eleonora de Freitas. A cidade das damas: a construção da memória feminina no imaginário utópico de Christine de Pizán. 2006. 368f. Tese (Doutorado em Literatura). Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2006.

CASTRO, Wellington Clair. Tortura e violência doméstica: uma análise da abrangência das

condutas qualificadas como tortura à luz da dignidade da pessoa humana. 2019. 263f. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2019.

D'INCAO, Maria Ângela. Mulheres nas Minas Gerais. In. DEL PRIORE, Mary (Org.). História das mulheres no Brasil. Coordenação de textos Carla Bassanesi. São Paulo: Contexto, 1997.

DYMETMAN, Annie. Sociologia para não sociólogos. São Paulo: Universidade São Judas Tadeu, 2007.

FREYRE, Gilberto. Casa-grande e Senzala. 52.ed. (Edição Comemorativa 80 anos). São Paulo: Saraiva, 2013.

FIGUEIREDO, Luciano. Mulheres nas Minas Gerais. In. DEL PRIORE, Mary (Org.). História das mulheres no Brasil. Coordenação de textos de Carla Bassanesi. São Paulo: Contexto, 1997.

KONKEL, Eliane Nilsen; CARDOSO, Maria Angélica; HOFF, Sandino. A condição social e educacional das mulheres no Brasil Colonial e Imperial. Roteiro UNOESC. Joaçaba, v. 30, n. 1, p. 35-60, jan./jun. 2005.

LEMOS, Anderson et al. Viradouro de alma lavada. Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: <https://www.letras.mus.br/unidos-do-viradouro-rj/samba-enredo-2020-viradouro-de-alma-lavada/>. Acesso em: 26 mar. 2020.

LOURO, Guacira Lopes. Mulheres nas Minas Gerais. In. DEL PRIORE, Mary (Org.). História das mulheres no Brasil. Coordenação de textos Carla Bassanesi. São Paulo: Contexto, 1997.

MELLO, Adriana Ramos de. Femicídio: uma análise sócio jurídica da violência contra a mulher no Brasil. 2.ed. Rio de Janeiro: Gz, 2017.

OLIVEIRA, Ana Carla Menezes de. A evolução da mulher no Brasil do período da Colônia a República. XI Seminário Internacional Fazendo Gênero. Florianópolis, 2017, I, p. 3. Disponível em: http://www.en.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/1494945352_ARQUIVO_ArtigoCompleto-13MundodasMulhereseFazendoCidadania11.pdf. Acesso em: 11 fev. 2020.

PADILHA, Eliseu Lemos (Coord.). Nisia Floresta: uma mulher à frente do seu tempo. Direitos das mulheres e injustiças dos homens. Fundação Ulysses Guimarães. Disponível em: <https://www.fundacaoulysses.org.br/wp-content/uploads/2016/11/Nisia-Floresta-Completo.pdf>. Acesso em: 23 maio, 2020.

PIOVESAN, Flávia. Igualdade de gênero na Constituição Federal: os direitos civis e políticos das mulheres no Brasil. Constituição de 1988: O Brasil 20 Anos Depois. Os Alicerces da Redemocratização. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-i-constituicao-de-1988/principios-e-direitos-fundamentais-igualdade-de-genero-na-constituicao-federal-os-direitos-civis-e-politicos-das-mulheres-do-brasil>. Acesso em: 21 abr. 2020.

PORTILHO, Gabriela. Teoria da Conspiração: Lilith, a primeira mulher de Adão. Superinteressante. 2015. Disponível em: <https://super.abril.com.br/mundo-estranho/teoria-da-conspiracao-lilith-a-primeira-mulher-de-adao/>. Acesso em: 25 jan 2020.

PORTUGAL. Ordenações Afonsinas. Livro V, Título XVII: Dos Que Cometem Peccado De Sodomia.(Cont.). Título XVIII: Do Que Matou Fua Molher Polla Achar Em Adulterio. Disponível em: <http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/15pg54.htm>. Acesso em: 23 abr. 2020.

PRIORE, Mary del. Histórias íntimas. Sexualidade e erotismo na história do Brasil. São Paulo: Planeta do Brasil, 2011.

RAGO, Luzia Margareth. Da insubmissão feminista na atualidade com Margareth Rago. Instituto Cpf. Café filosófico. 29 jun. 2016. Disponível em: <https://www.institutocpf.org.br/2016/06/29/da-insubmissao-feminista-na-atualidade-com-margareth-rago-versao-completa/>. Acesso em: 23 maio 2020.

SÁ, Ana Paula Suitsu de. A questão da igualdade de gênero nas constituições brasileiras Ambito Jurídico. 01 nov. 2017. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-questao-da-igualdade-de-genero-nas-constituicoes-brasileiras/>. Acesso em: 22 abr. 2020.

SANCHES, Nanci Patrícia Lima. Fora do tom, fora da ordem: vadios, mulheres e escravos no império do Brasil. Caderno Espaço Feminino. Uberlândia, v. 17, n. 1, p. 79-107, jan./jul. 2007.

SANTIAGO, Rosilene Almeida; COELHO, Maria Thereza Ávila Dantas. A violência contra a mulher: antecedentes históricos. Seminário Estudantil de Produção Acadêmica – UNIFACS. Salvador, v. 11, n. 1, 2007. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/sepa/article/view/313/261>. Acesso em: 4 mar. 2020.

SCOTT, Joan W. Os usos e abusos do gênero. Tradução Ana Carolina E. C. Soares. Projeto história. São Paulo, n. 45, p. 327-351, dez. 2012.

SICUTERI, Roberto. Lilith: A Lua Negra. Paz e Terra: Rio de Janeiro, 1998. E-book. Disponível em: http://recantobrianna.com.br/wp-content/uploads/2015/09/Lilith_A_Lua_Negra.pdf. Acesso em: 24 mar. 2020.

SILVA, Maria Aparecida Morais. De Colona a Boia Fria. In. DEL PRIORE, Mary (Org.). História das mulheres no Brasil. Coordenação de textos Carla Bassanesi. São Paulo: Contexto, 1997.

SOARES, Cecília Moreira. A mulher negra na Bahia no século XIX. 1994. 133f. Dissertação (Mestrado em História). Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal da Bahia. Salvador, 1994.

VAINFAS, Ronaldo. Trópico dos pecados: moral, sexualidade e inquisição no Brasil. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

Recebido em:17/06/2020
Aprovado em :26/06/2020

**A FÓRMULA DE PESO EM CASOS DE COLISÃO
ENTRE SEGURANÇA JURÍDICA E MEIO AMBIENTE
ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO**

*WEIGHT FORMULA IN CASES OF COLLISION BETWEEN
LEGAL CERTAINTY AND THE ECOLOGICALLY BALANCED
ENVIRONMENT*

José Ricardo Alvarez Vianna*
Alessandra Nunes Bardelini**

Como citar: VIANNA, José Ricardo Alvarez; BARDELINI, Alessandra Nunes. A fórmula de peso em casos de colisão entre segurança jurídica e meio ambiente ecologicamente equilibrado. **Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania – IDCC**, Londrina, v. 5, n. 1, p 217-232, jan/jul, 2020. ISSN: 2596-0075.

*Doutor em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade Clássica de Lisboa. Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Londrina. Diretor e Professor da Escola da Magistratura do Paraná. Juiz de Direito.

** Especialista em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina. Procuradora Jurídica da Prefeitura Municipal de Itapuí-SP.

Resumo: A segurança jurídica como o meio ambiente ecologicamente equilibrado são considerados direitos fundamentais segundo a Constituição Federal. A segurança jurídica, um dos pilares do direito, atua como pressuposto à estabilidade das relações sociais ao assegurar as legítimas expectativas da sociedade nos institutos jurídicos destinados ao convívio social harmônico. Sem segurança jurídica não há ordem pública; não há paz social ou justiça. Meio ambiente ecologicamente equilibrado é elemento indispensável à sadia qualidade de vida. Sem meio ambiente equilibrado não há condições de vida na Terra. Em certas situações, estes direitos fundamentais podem entrar em rota de colisão entre si, sem uma resposta prévia no sistema jurídico para lidar com o impasse. Nestes casos, propõe-se o emprego da *teoria da ponderação*, nos moldes articulados por Alexy, a fim de solucionar a controvérsia, e com a vantagem de tornar transparente e mais objetivo possível o caminho percorrido para a decisão.

Palavras-chave: Direitos fundamentais – Segurança jurídica – Meio ambiente.

Abstract: Legal certainty as the ecologically balanced environment are considered fundamental rights in the Federal Constitution. Legal certainty, one of the pillars of law, is one of the preconditions for the stability of social relations by ensuring the legitimate expectations of society in legal institutes for

harmonious social life. Without legal certainty there is no public order; there is no social peace or justice. Environmentally balanced environment is an indispensable element for a healthy quality of life. Without a balanced environment there are no living conditions on Earth. In specific situations, these fundamental rights may be colliding each other without a prior response in the legal system to deal with the impasse. In these cases, we propose the use of Alexy's *weight formula* in order to resolve the dispute, and with the advantage of making the path taken to decision transparent and as objective as possible.

Key-words: Fundamental rights – Legal certainty – Environment.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal, em seu artigo 225, elevou o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado ao *status* de direito fundamental por estar atrelado ao direito à vida. Isto porque, sem meio ambiente ecologicamente equilibrado, não há condições de vida na Terra, muito mesmo sadia qualidade de vida, como enfatiza o texto constitucional.

A segurança jurídica também ocupa *status* de direito fundamental, dada sua relevância para a sociedade, ao conferir estabilidade nas relações jurídicas, vedar o retrocesso social e proporcionar confiança da sociedade no direito e nas instituições oficiais. A segurança jurídica tem seus alicerces em vários dispositivos da Carta Magna e em inúmeros institutos jurídicos, caso, por exemplo, do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada (CF, art. 5º, XXVI).

Apesar do reconhecimento constitucional em relação a ambos como direitos fundamentais, em situações particulares, pode haver disputa entre os dois. Nestes, qual há de prevalecer? Quais critérios jurídicos orientam a tomada da decisão?

Fiado nesta problemática, o artigo tem como objetivo geral analisar a temática à luz do princípio (postulado) da proporcionalidade, segundo a *fórmula de peso*, elaborada por Alexy.

Como objetivo específico, visa destacar quais elementos fático-jurídicos comportam destaque no sopesamento propriamente dito, de modo a viabilizar a transparência, a racionalidade e, na medida do possível, a objetividade no deslinde desses conflitos.

1 PONDERAÇÃO À RESOLUÇÃO DA COLISÃO ENTRE PRINCÍPIOS

1.1 Regras e Princípios

Para Dworkin (2002, p. 36/40) princípios são padrões a serem observados enquanto exigências de justiça, de equidade ou de outra dimensão da moralidade. A diferença entre princípios e regras está na natureza da orientação. Enquanto regras são aplicadas à maneira do *tudo-ou-nada* (*all-or-nothing-fashion*), isto é, de maneira integral se válidas; os princípios não apresentam consequências jurídicas automáticas, mas *dimensão de peso* (*dimension of weight*); são *standards* voltados à uma finalidade econômica, política ou social.

Alexy diverge desta visão. Para o autor germânico esse modelo levaria a crer que princípios teriam conteúdo *prima facie*, enquanto regras efeito definitivo, o que não seria correto. No seu entender, princípios são *razões prima facie* e regras, salvo exceções, são *razões* definitivas. Princípios são *mandamentos de otimização*. Caracterizam-se por poderem ser satisfeitos em graus variados, e esta satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas igualmente das possibilidades jurídicas. Regras são *determinações*, as quais são satisfeitas ou não satisfeitas. Outro critério seria o grau de generalidade. Princípios são normas com alto grau de generalidade; regras, de baixo (ALEXY, 2008, p. 90-91 e 104/106).

Dadas estas características, os conflitos entre regras e as colisões entre princípios apresentam critérios distintos de resolução. Para Dworkin (2002, p. 111), num *hard case*, o juiz deve ter presente que, conforme o critério, haverá três alternativas: a) decisão favorável ao demandante; b) decisão favorável ao demandado; c) não há critérios fortes, podendo ser empregada escolha favorável/prejudicial a ambos. Por conta disso, a solução depende de uma argumentação jurídica consistente fundada na integridade do sistema jurídico.

Para Alexy isto não basta. É necessário esmiuçar os parâmetros jurídicos para lidar com as colisões entre princípios. Ainda para o autor, isto não se dá no tocante às regras, pois no confronto destas o sistema fornece referenciais para seu trato, implica dizer: uma das regras será declarada inválida ou será incluída uma cláusula de exceção quanto a uma delas.

Por outro vértice, como os princípios não regulam situações de modo casuístico, a solução em caso de confronto entre estes reclama métodos próprios. Nestas situações, a decisão terá de privilegiar um dos princípios em detrimento do outro, sem que ambos tenham sua validade jurídica afetada no sistema.

Dito de outra maneira, um dos princípios será afastado; um irá ceder diante do outro, mas apenas naquele caso, sem ser considerado inválido juridicamente (GUERRA FILHO, 2007, p. 66-67).

Para saber qual dos princípios irá prevalecer entra em cena a *fórmula de peso*, a qual levará em conta, além de fatores jurídicos, as peculiaridades fáticas da lide.

1.2 Ponderação e Proporcionalidade

Para Guerra Filho (2007, p. 51), por expressarem valores do Estado, os direitos fundamentais são normas principiológicas. Desta forma, o magistrado tem certa flexibilidade para aplicá-los diante de problemas jurídicos. E nesta aplicação não há um modelo rígido, dado que se manifestam como diretrizes jurídicas. Todavia, cumpre-lhe respeitar o *núcleo essencial* de cada princípio em sua atividade decisória, inclusive e, sobretudo, quando conflitantes entre si.

Em muitas situações, os interesses em litígios são afirmados com base em direitos fundamentais, os quais estão em nível similar. Nestes casos, o juiz necessita ponderar os bens jurídicos colidentes, valendo-se do princípio da proporcionalidade. Esta característica confere ao princípio da proporcionalidade a condição de metanorma. Ou seja, não se trata de uma *mera* norma, mas de genuíno postulado.

Postulado, no plano jurídico, é uma espécie de baliza atuando para eliminar o choque entre normas-princípios, daí ser designado de *princípio dos princípios* (GUERRA FILHO, 2007, p. 75).^{1,2}

O princípio da proporcionalidade se divide em três subprincípios: (a) *adequação*; (b)

1 Zulmar Fachin (2008, p. 222), apoiado neste enfoque, aponta o princípio da proporcionalidade como um direito fundamental implícito na Constituição Federal, utilizado para solucionar colisões de outros direitos igualmente fundamentais.

2 Este critério foi previsto no Código de Processo Civil, arts. 8º e 489, § 2º.

exigibilidade ou necessidade; e (c) da proporcionalidade em sentido estrito.

Adequação tem feição negativa. Destina-se a excluir meios não adequados. A *necessidade* ou *exigibilidade*, por seu turno, veda sacrifícios desnecessários sob a égide dos direitos fundamentais. Significa dizer: havendo meio menos intervencionista e igualmente adequado, este será aplicado. Por último, a *proporcionalidade em sentido estrito* decorre do perfil principiológico das normas de direito fundamental, enquanto *mandamentos de otimização* frente às possibilidades *jurídicas* existentes. Para Alexy (2008, p. 117), esta seria a própria ponderação, base central da *lei do sopesamento*.

1.3 O Sopesamento em Alexy

Em busca de critérios coesos para orientar a ponderação de princípios, Alexy formulou a *lei de colisão*. Nesta, inicialmente, são identificados os princípios em oposição, indicados como P_1 e P_2 ; a relação de precedência de P , e as condições sob as quais um princípio tem precedência sobre outro, simbolizada por C . Nesse viés, aponta quatro possibilidades de decisão diante da disputa entre princípios, quais sejam: a) $P_1 \mathbf{P} P_2$; b) $P_2 \mathbf{P} P_1$; c) $(P_1 \mathbf{P} P_2) C$; d) $(P_2 \mathbf{P} P_1) C$ (ALEXY, 2008, p. 97).

De acordo com seu pensamento, as hipóteses *a* e *b* seriam relações *abstratas* ou *absolutas*, de modo que não podem ser aplicadas, pois não existem princípios que, por si só, prevaleçam sobre outros. À vista disso, restam as hipóteses *c* e *d*. Por conseguinte, no esquema indicado, o princípio P_1 terá peso maior em comparação ao princípio P_2 somente se existirem razões suficientes, sob as condições C , de modo a permitir que P_1 prevaleça sobre P_2 ; e vice-versa.

Ao estabelecer enunciados de preferências condicionados, por meio da *lei de colisão*, surgem critérios, os quais, diante de determinadas condições, conduzem à consequência jurídica de fazer prevalecer um dos princípios. Entretanto, consoante referida *lei*, a restrição a algum dos direitos fundamentais em conflito – remarque-se – só opera efeitos no caso. Em outras situações, e conforme a realidade subjacente, pode se dar o oposto.

Para ilustrar suas ideias, Alexy (2008, p. 101) cita o caso Lebach, ocorrido quando uma emissora de televisão pretendia exibir o documentário *O assassinato de soldados em Lebach*. A intenção era divulgar episódio referente ao assassinato de quatro soldados do Exército Alemão que, após serem executados, ainda tiveram suas armas subtraídas pelos homicidas que tencionavam perpetrar outros crimes. Contudo, por ocasião da exibição do documentário, já havia decorrido muitos anos do fato em si, e um dos criminosos, após cumprir sua pena, estava para ser libertado da prisão. Com base nisto, afirmava que o documentário poderia prejudicar sua nova vida em sociedade.

Instando a se pronunciar, o Tribunal Constitucional Alemão identificou embate entre princípios de mesmo nível: proteção da personalidade (P_1) e liberdade de informar (P_2). Assim, num primeiro momento, o Tribunal concluiu que P_2 teria precedência sobre P_1 , ou seja: (a) informação havia de prevalecer sobre o indivíduo (C_1). Adiante, ao rever a decisão, concluiu que P_1 teria

precedência, pois a informação não mais era atual, além de colocar em risco a ressocialização do indivíduo (C₂).

Não obstante a estrutura lógica, a *fórmula de peso* recebe severas críticas no âmbito jurídico. Sustenta-se que o peso atribuído a cada bem jurídico se dá de modo discricionário por quem pondera. Em defesa, Alexy (2008, p. 163) distingue dois modelos: a) o *decisionista*, no qual o enunciado de preferência seria resultado de processo psíquico, e, como tal, não controlável racionalmente; e, b) *fundamentado*, pelo qual o *enunciado de preferência* está condicionado a uma fundamentação racional.

Enunciados de preferência, sob o enfoque de Alexy, são assertivas relativamente tangíveis. São articulados e justificados com apoio em diretrizes constitucionais, dogmáticas e/ou empíricas. Nesta articulação, perscruta-se a vontade do constituinte, as consequências negativas de fixação de preferências, e possíveis consensos dogmáticos e/ou padrões nos precedentes dos tribunais. Com base nisto, a *lei do sopesamento* aquilata “o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, e a importância da satisfação do outro” (ALEXY, 2008, p. 167).

E mais: a ponderação não é aleatória ou fortuita. Manifesta-se em três etapas, todas muito bem demarcadas: 1^a) avalia-se o grau de não satisfação ou de afetação de um dos princípios; 2^a) averigua o nível de satisfação do princípio em oposição; 3^a) perquire se a satisfação do princípio colidente justifica a afetação ou a não satisfação do outro princípio. Para concluir, Alexy (2008, p. 171) alude, uma vez mais, à decisão do Tribunal Constitucional Alemão no caso Lebach, nestes termos:

A tese de que a emissão televisiva representava uma afetação demasiadamente intensa na proteção da personalidade é fundamentada, por exemplo, fazendo-se menção ao alcance das emissões de televisão, aos efeitos do formato documentário, ao alto grau de credibilidade que os programas de TV têm junto ao público, à ameaça à ressocialização do autor, decorrente dessa credibilidade e de outras características do documentário, e ao prejuízo adicional que implica a transmissão de um documentário depois da perda da atualidade da informação. No que diz respeito à importância da realização do princípio da liberdade de radiodifusão, são aduzidas, em primeiro lugar, diversas razões para a importância da transmissão de notícias atuais sobre crimes graves. A partir dessa constatação, a repetição de uma notícia é qualificada como não suficientemente importante para justificar a intensidade da afetação.

Sob esta configuração, a *lei de colisão* e de *sopesamento* apresenta estrutura racional, e, embora não suplante totalmente a discricionariedade do julgador, não implica ou legitima decisões arbitrárias. Pelo contrário, exige-lhe observância estrita de certas etapas, objetivamente pontuadas, bem como justificação inteligível e ancorada em elementos sindicáveis.

2 DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA JURÍDICA

No Preâmbulo da Constituição Federal, a segurança figura como um dos valores cardeais

da sociedade. No *caput* de seu artigo 5º, versando sobre *Direitos e Garantias Fundamentais*, a inviolabilidade do direito à segurança também foi destacada. De mais a mais, o texto constitucional prevê o valor e o direito à *segurança*, em seus níveis econômico, social e público.

Por certo, a vida em sociedade pressupõe estabilidade em suas relações, a fim de manter a paz social. Nesse compasso, “o objetivo da segurança jurídica é assegurar ao próprio Estado a estabilidade das instituições, a harmonia da sociedade e a confiabilidade dos cidadãos nos órgãos estatais” (VAL, 2008, p. 102).

A segurança jurídica afigura-se não só como fundamento estatal, mas como direito fundamental (SARLET, 2006, p. 7), basta lembrar que a noção de segurança jurídica perpassa por inúmeros outros direitos, caso do direito à vida, à liberdade, à igualdade e à propriedade (GRANTHAM, 2005, p. 79).

Como decorrência disso, a Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB) prevê, em seu art. 6º, que, ao entrar em vigor, a lei terá efeito imediato e geral. Porém, a fim de preservar a segurança jurídica, a lei não poderá arranhar o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e à coisa julgada.

De acordo com o § 1º do art. 6º da LINDB, ato jurídico perfeito é aquele “já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou”. Ou seja, ato que já produziu ou se tornou apto a produzir efeitos jurídicos. Neste cariz, o ato não pode ser atingido por lei posterior. A proteção tenciona evitar prejuízos a titulares de direitos subjetivos obtidos na lei então vigente; do contrário poderia haver em instabilidade social; insegurança.

Já o direito adquirido, consoante o § 2º do art. 6º da LINDB, é aquele que pode ser exercido ou cujo exercício tenha termo pré-fixo ou condição preestabelecida inalterável. É o direito já incorporado ao patrimônio e à personalidade de seu titular. Nenhuma lei ou fato posterior pode alterar a situação já efetivada (DINIZ, 2013, p. 211).

Direito adquirido não se confunde com expectativa de direito. No primeiro já houve integração ao patrimônio jurídico do titular. Na última, há dependência de um acontecimento futuro para se constituir o direito. Em suma, a expectativa de direito é mera possibilidade de aquisição de um direito, dependente do preenchimento de requisitos legais ou de acontecimentos pré-determinados.

A coisa julgada, por derradeiro, nos termos da LINDB, é a “decisão judicial de que já não caiba recurso” (art. 6º, § 3º).

O Código de Processo Civil, de modo mais detalhado, define a coisa julgada (material) como “a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso” (art. 502).

Como se vê, a coisa julgada consiste no fenômeno processual a elidir a possibilidade de novos debates sobre determinado caso já solucionado, salvo raras exceções previstas na legislação (CPC, art. 966). O instituto assegura a segurança jurídica dos litigantes.

Neste contexto, quando a segurança jurídica estiver em conflito com outro direito fundamental, o magistrado deve considerar: a) necessidade de garantir a segurança jurídica,

porquanto se trata de direito fundamental; b) o grau de afetação da confiança dos cidadãos com relação às instituições jurídicas diante da solução firmada; c) o nível de previsibilidade do tratamento adotado ao caso; d) os reflexos sociais e econômicos da decisão proferida; e) averiguar se a decisão, seja pela prevalência da segurança jurídica, seja pelo direito fundamental colidente, importará retrocessos ou instabilidade ao sistema jurídico.

Segue...

3 DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO

Entre 5 a 16 de junho de 1972, durante a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, organizada pelas Nações Unidas (ONU), em Estocolmo, Suécia, foram lançadas as bases para a proteção e defesa do meio ambiente. Estabeleceu-se, inclusive, a imperiosidade do equilíbrio entre desenvolvimento econômico e preservação do meio ambiente, de molde a preservar a qualidade de vida saudável para as atuais e futuras gerações.

Em convergência com essa tábua de valores, no Brasil, a Constituição Federal de 1988 previu, no Capítulo VI (Do Meio Ambiente), normas de destaque à questão ambiental. Neste sentido, o art. 225, *caput*, preconizou: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade a incumbência de defendê-lo e preservá-lo às presentes e futuras gerações”.

De acordo com o dispositivo constitucional mencionado, o bem ambiental é considerado de uso comum do povo, cabendo ao Estado e a coletividade agirem juntos para a sua preservação; para sua defesa. Trata-se da chamada de responsabilidade compartilhada, a qual está alinhada a documentos internacionais, caso da Agenda 21 e da Agenda 2030.

Mencionado dispositivo estabeleceu, por igual, o compromisso solidário intergeracional, pelo qual “há uma responsabilidade de preservação do meio ambiente em condições adequadas para as futuras gerações” (LEMOS, 2012, p. 76).

Na mesma toada, embora anterior à Constituição, está a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispôs sobre a Política Nacional do Meio Ambiente. Em seu artigo 3º, inciso I, definiu o meio ambiente como “conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.

De sua parte, a partir de tais diretivas, a doutrina tem entendido que o meio ambiente se sustenta em cinco pilares: patrimônio genético, meio ambiente natural, artificial, cultural e do trabalho. Nestas condições, qualquer ato apto a comprometer o equilíbrio destes será reputado como degradação ambiental (MENEZES, 2014, p. 51).

Como se percebe, o meio ambiente não pode ser visto como um direito disponível; renunciável. Trata-se de bem jurídico imprescindível à sobrevivência da humanidade, não havendo dúvidas se tratar de direito fundamental (VAL, 2008, p. 106).

Neste aporte, se houver colisão entre direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente

equilibrado e outro de igual envergadura, o julgador deve se orientar por estes sinalizadores: a) apoio técnico especializado para apurar se a situação causa ou pode causar danos ao meio ambiente; b) impossibilidade do expediente aplicado ferir o núcleo essencial do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado; ou seja, não pode resultar em desequilíbrio ecológico; c) averiguar se há alternativa eficaz para cessar a degradação ambiental; d) vedação de medidas configuradoras de retrocesso socioambiental; e) aferir reflexos socioeconômicos nas resoluções vislumbradas.

4. SEGURANÇA JURÍDICA VS. MEIO AMBIENTE

A importância da fundamentação das decisões judiciais, em especial para superação de conflitos de alto grau de complexidade, está diretamente ligada à eficácia que elas terão perante os seus obrigados. Sobre este aspecto, para Dworkin (2002, p. 8):

[...] eles [*juristas e leigos*] sabem que os juízes detêm um grande poder político e estão preocupados em saber se esse poder é justificado, seja em geral ou em casos particulares. Eles não estão necessariamente persuadidos de que os juízes que criam novas regras estão agindo de maneira imprópria, mas querem saber até que ponto a justificativa para o poder dos juízes, disponível para os casos fáceis – aquela segundo a qual o juiz está aplicando normas já estabelecidas –, estende-se também aos casos difíceis. A questão da justificação tem ramificações importantes, pois afeta não somente a extensão da autoridade judicial, mas remete à extensão da obrigação moral e política do indivíduo de obedecer à lei criada pelo juiz.

Por oportuno, ressalta-se que, não raras vezes, os tribunais pátrios invocam o princípio da proporcionalidade como critério para solucionar colisões entre direitos fundamentais nos casos em julgamento. Entretanto, conforme assevera Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 31): “Não é feita nenhuma referência a algum processo racional e estruturado de controle da proporcionalidade do ato questionado, nem mesmo um real cotejo entre os fins almejados e os meios utilizados”.

Para evitar isto, passa-se a sustentar como a ponderação, fundada em balizadores racionais, pode ser empregada para julgamento razoável em situações de embate entre direitos fundamentais, caso de: meio ambiente *versus* segurança jurídica.

4.1 Inexistência de Ato Jurídico Perfeito e/ou Direito Adquirido de Poluir

Num primeiro aporte, uma nova lei sugere avanços tanto no plano jurídico, como social. Todavia, sua incidência/aplicação está condicionada à preservação da segurança jurídica; do ato jurídico perfeito e do direito adquirido.

Transposta esta noção para a área ambiental, poder-se-ia afirmar: se determinada situação de degradação ambiental está consolidada, não pode mais ser atingida pela nova lei. Isto é, se a degradação ocorreu sob o império da legislação anterior, a situação está sepultada; não pode ser

revista.

Contudo, em sede de meio ambiente, o raciocínio não procede. Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça assentou: “Não há direito adquirido a poluir ou degradar o meio ambiente, não existindo permissão ao proprietário ou posseiro para a continuidade de práticas vedadas pelo legislador”.³

Isto, por sua vez, não significa que o meio ambiente sempre prevaleça quando em colisão com a segurança jurídica. A rigor, impõe-se, com lastro em pautas jurídicas firmes – v.g. princípio da proporcionalidade – descortinar o resultado jurídico, no caso específico, mais adequado e em confluência com o sistema jurídico.

Não há, neste prisma, soluções jurídicas prévias, muito menos rígidas. É preciso exame rigoroso dos componentes da situação real para, à luz dos referenciais jurídicos orientadores da matéria, chegar-se ao édito jurídico em congruência com o direito.

Para a ideia ora alinhavada ficar mais palpável, convém recorrer a alguns exemplos, extraídos da praxe forense. A intenção é demonstrar que não há respostas *prêt-à-porter* na esfera jurídica, assim como espaço para arbitrariedades, mas sim conjugação de fins sociais e às exigências do bem comum.

4.1.1 Caso 1: Edificação às Margens de Rio

O Ministério Público do Mato Grosso do Sul ajuizou ação civil pública em face de Eraldo Jorge Leite, possuidor e proprietário de área cuja construção projetava-se sobre faixa de preservação ambiental às margens do Rio Ivinhema. Em razão disso, o órgão ministerial pretendia: a) desocupação da área de preservação permanente e não utilização da edificação nas margens do Rio Ivinhema; b) paralisação da atividade antrópica empreendida; c) interrupção da devastação da vegetação local e vedação de introdução de novas espécies de vegetais; d) demolição/remoção das edificações; e) reflorestamento da área onde se situa o rancho correspondente; e, por fim, f) condenação do ré pelos danos ambientais.

Em defesa, o réu sustentou contar com permissão do Instituto de Meio Ambiente do Mato Grosso do Sul para as obras então impugnadas.

Nesta métrica, emerge um confronto entre direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, protegido pelo Código Florestal relativo às áreas de preservação permanente, e tutela à segurança jurídica, evidenciada pelo ato jurídico perfeito e do direito adquirido.

Assim, para desenlace do nó górdio, pela *lei de colisão* de Alexy, é necessário apurar qual dos dois direitos fundamentais há de prevalecer.

Para tanto, destacam-se as seguintes condições, aferidas dos dados dos autos disponíveis na internet: a) restou incontroversa a construção na propriedade do réu em área de preservação permanente às margens do Rio Ivinhema; b) a construção se qualifica como casa de veraneio;

3 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Jurisprudências em teses*. Edição n. 30: Direito Ambiental. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp?edicao=EDI%C7%C3O%20N.%2030:%20DIREITO%20AMBIENTAL>>. Acesso em: 03 jan. 2020.

c) na faixa de proteção é vedada a exploração, edificação ou qualquer outra intervenção humana sem autorização dos órgãos de proteção ambiental, em razão da possibilidade de desequilíbrio irreparável ao ecossistema; d) a exploração e edificação decorreram de prévia licença.

Com efeito, pela *lei de colisão* chega-se ao presente quadro esquemático: o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (P_1) precede o direito à segurança jurídica (P_2), quando forem construídas casas de veraneio em área de preservação permanente, mesmo se concedida licença prévia pelo órgão competente, vez que, admitir a consolidação da situação, equivaleria a perpetuar degradação ambiental (C_1).

Para auxiliar no processo decisório racional, propõe-se, também, a utilização da *lei do sopesamento* de Alexy. Nesta esteira, em atenção às três etapas dessa *lei*, a manutenção das casas de veraneio na área de preservação ambiental, especialmente às margens de um rio, representa afetação intensa no bem ambiental, dada a importância intrínseca da mata ciliar, na formação vegetal às margens de rios, nascentes, córregos e lagos, contribuindo para a redução da erosão, assoreamento, e para a limpeza desses cursos d'água auxiliando na reprodução de espécies vegetais e animais, de modo a preservar a biodiversidade.

Isto significa dizer que a delimitação do uso de uma faixa de terra à margem de um rio objetiva proteger recursos hídricos, biodiversidade, fauna e flora, de modo que sua supressão traz prejuízos ambientais relevantes.

No que respeita à segurança jurídica (direito colidente) pode-se destacar a confiança da sociedade em relação às instituições estatais e jurídicas, inclusive para a manutenção da ordem social, finalidade última do direito.

Seja como for, consideradas e ponderadas as condições do caso em concreto, seja no âmbito do ato jurídico perfeito e do direito adquirido (institutos atrelados à segurança jurídica) perante os aspectos vinculados aos bens ambientais acima pontuados, resta claro que estes últimos não de prevalecer.

Em suma, a determinação de demolição das casas de veraneio cede ao equilíbrio ecológico, pressuposto para a integridade da vida; aliás, sem vida não há sociedade ou ordem jurídica a ser resguardada. Nesta pegada, os núcleos essenciais dos direitos mencionados não foram suprimidos e o desfecho não se mostrou prejudicial às instituições, relações ou situações jurídico-sociais, até porque as edificações a serem demolidas não detinham utilidade pública.

A despeito das considerações tecidas, na prática, o embate jurídico foi intenso. Em primeiro grau, os pleitos do Ministério Público foram acolhidos; no entanto, em grau recursal, o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul reformou a sentença e julgou improcedentes os pedidos. Inclusive, no acórdão, constou: “as medidas adotadas na sentença proferida em primeira instância deixaram de observar aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade”.⁴

Adiante, o Superior Tribunal de Justiça deu provimento ao recurso especial interposto pelo

4 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul. *Apelação Cível n. 2010.003154-9*. Apelante: Eraldo Jorge Leite. Apelado: Ministério Público Estadual. Relator: Desembargador Oswaldo Rodrigues de Melo. Campo Grande/MS, 03 de maio de 2010. Disponível em: <<https://www.tjms.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>>. Acesso em: 03 jan. 2020.

Ministério Público e reformou o acórdão do Tribunal de Justiça, restabelecendo os termos da sentença, sob o fundamento de que, em direito ambiental, não se admite a incidência da teoria do fato consumado, e a consolidação da situação no tempo não a torna menos ilegal.⁵

Neste contexto, o STJ entendeu pela prevalência do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o que condiz com a solução encontrada pela aplicação das *leis de colisão* e do *sopesamento* de Alexy.

4.1.2 Caso 2: Edificação Multifamiliar em Restinga

A Associação dos Moradores do Loteamento Novo Campeche aforou ação civil pública em face de Construtora Nacional, da Fundação de Amparo ao Meio Ambiente e do Município de Florianópolis. Alegou que o empreendimento “Condomínio Residencial Saint-Éxupéry”, situado no loteamento Novo Campeche, Florianópolis/SC, estaria causando danos ambientais, pois construído em área de preservação permanente; em restinga. Embasado nisto, a autora postulou fosse a construtora ré compelida a reconstituir o local ao estado anterior ou a compensar o dano, além da condenação solidária de ambos os réus pelos danos morais.

Acentua-se que, para analisar o caso a partir da *lei da colisão/sopesamento* serão considerados os dados disponíveis no acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região quando proferiu seu julgamento.

Do acórdão, extrai-se: a) restou incontroverso que a edificação multifamiliar impugnada está localizada em área de preservação permanente (restinga); b) o empreendimento situa-se em zona urbanizada; c) muitos ocupantes da área próxima ao empreendimento estão em idênticas condições; d) a implantação do loteamento ocorreu em 1991, contando com Licença Ambiental Prévia; e) não houve prova do impacto ambiental dada a ausência de flora originária na porção de terra onde foi edificado o empreendimento.

Ancorado nestes eixos, prospecta-se: o direito à segurança jurídica (P_2) precede o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (P_1), quando forem construídas edificações multifamiliares em área de restinga há muito urbanizada (C_2).

Nesse palmar, a demolição da edificação afetaria a segurança jurídica, notadamente porque diversas famílias residentes no local há décadas seriam atingidas, haja vista que muitas propriedades se encontram em equivalente situação. Nesta conjuntura, a medida judicial visada traria reflexos econômicos e sociais deletérios, instalando-se cenário de instabilidade e fragilidade quanto aos institutos jurídicos respectivos.

No concernente ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (direito colidente) podem ser tecidas diversas razões para justificar o retorno ao *status quo ante* das áreas de preservação permanente, dentre as quais a manutenção do equilíbrio ecológico para garantir a sadia qualidade

5 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.468.747-MS (2014/0173733-7)*. Recorrente: Ministério Público do Estado do Mato Grosso do Sul. Recorrido: Eraldo Jorge Leite. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília/DF, 04 de dezembro de 2015. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>>. Acesso em: 03 jan. 2020.

de vida.

De qualquer modo, a preservação da área de restinga, já alterada pela urbanização local, não basta para justificar a flexibilização do segurança jurídica se autorizada a demolição das edificações, tal como pretendido pela autora.

Em atenção aos radares apontados, a manutenção da edificação multifamiliar se mostra mais consentânea, principalmente porque não foi comprovado, em prova pericial, que a paralisação e/ou a demolição da obra importaria na recuperação da restinga e traria benefícios ao meio ambiente. Além do mais, manter a edificação não representa impacto ambiental significativo, já que a área atingida não contava com elevada extensão.

De outra parte, caso a decisão concluísse pela demolição, os prejuízos econômico-sociais, tanto para a construtora ré, quanto para as famílias residentes no local seriam vultosos.

Nos autos, em primeiro grau, os pedidos foram julgados improcedentes, decisão esta mantida em grau recursal. Entendeu-se que a paralisação e/ou a demolição não surtiriam benefícios ao meio ambiente, além do dano ambiental ser de “pequena monta”.⁶

Houve interposição de recurso especial pela Construtora Nacional Ltda. e pelo Ministério Público Federal, os quais sequer foram conhecidos pelo Superior Tribunal de Justiça, por ausência de prequestionamento e inexistência de divergência jurisprudencial, culminando no trânsito em julgado em 06/09/2011.⁷

Em arremate: o veredito encontrado pelos julgadores foi condizente com a proposta aqui encetada. O epílogo judicial respeitou os núcleos essenciais dos direitos colidentes, sendo proferida decisão em congruência com os valores jurídico-constitucionais.

4.2 Coisa Julgada Ambiental

Para Dinamarco (2001, p. 44) a relatividade da coisa julgada é inerente à ordem constitucional-processual, dada a coexistência com outros valores de igual ou maior grandeza e a necessidade de harmonizá-los. Nesta quadra, a coisa julgada não deve ser interpretada de forma absoluta, sob pena de gerar lesões a outros direitos, caso do direito ao meio ambiente.

Em sentido equivalente, Fontanive Leal (2016, p. 39) defende que as percepções referentes à coisa julgada devem ser afastadas de uma perspectiva racionalista hermética do processo civil, incapaz de abarcar direitos transindividuais, em especial relativos a meio ambiente. Para este autor, apesar da coisa julgada ser instituto processual a garantir segurança à sociedade, ela não pode deixar de ser relativizada frente a situações excepcionais, de maneira a não proporcionar

6 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Apelação Cível n. 2003.72.00.004185-0/SC*. Apelantes: Associação dos Moradores do Loteamento Novo Campeche e Ministério Público Federal. Apelados: Município de Florianópolis, Construtora Nacional e Fundação de Amparo ao Meio Ambiente. Relator: Desembargador Federal Luiz Carlos de Castro Ligon. Porto Alegre, 22 de agosto de 2017. Disponível em: <http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=1301396&hash=10a6b47e829a8947e4eebb4d54a3d22f>. Acesso em: 03 jan. 2020.

7 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.036.437 - SC (2008/0045316-0)*. Recorrentes: Construtora Nacional Ltda. e Ministério Público Federal. Recorrido: Associação dos Moradores do Loteamento Novo Campeche. Relator: Ministro Humberto Martins. Brasília/DF, 17 de junho de 2011. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>>. Acesso em: 03 jan. 2020.

soluções írritas.

Há quem defenda posição extremada sobre a matéria. Isto é, que a coisa julgada seja mitigada quando diante de matéria ambiental, devendo prevalecer frente a segurança jurídica, pois “as leis são feitas para servir à humanidade e não ao contrário, restando evidenciado que não faz sentido sacrificar o futuro do homem e do planeta, sob o falso argumento de se preservar a segurança e a estabilidade das relações jurídicas” (VAL, 2008, p. 110).

Outros, por outro lado, defendem a relativização da coisa ambiental, ainda que de forma moderada, caso de Moreira de Paula (2011, p. 13). Para este autor, a relativização da coisa julgada em causas ambientais pode advir de inovações tecnológicas ou de novidades científicas que estejam em consonância com o princípio da prevenção. Em casos tais, a atividade econômica necessita se ajustar aos padrões ambientais corretos, mesmo se a questão já fora objeto de discussão em demanda na qual já houve coisa julgada.

Apesar da abordagem doutrinária em defesa da relativização da coisa julgada ambiental, o tema tem sido pouco enfrentado nos Tribunais, o que reforça a importância de lapidação de parâmetros a franquear a ponderação para dissolução de eventuais confrontos quando o assunto vier à tona no cotidiano forense.

CONCLUSÃO

A segurança jurídica, um dos sustentáculos do Estado Democrático de Direito, é um direito fundamental. É fator indispensável à manutenção da confiança da sociedade no direito e garantia de outros direitos fundamentais.

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado foi elevado a direito fundamental pela Constituição Federal de 1988, dada sua vinculação à sadia qualidade de vida. Decorrente disso, o bem ambiental tem natureza jurídica difusa; não detém titularidade determinada. E mais: danos ambientais ofendem a todos indistintamente. Afeta as gerações presentes e as futuras.

Assim, se em conflito segurança jurídica e meio ambiente ecologicamente equilibrado, a solução jurídica irá ser aferida por meio do princípio da proporcionalidade. Deve-se empreender a ponderação dos direitos fundamentais em rota de colisão. Neste ponto, a proposta formulada por Alexy, por ora, ainda se manifesta como alternativa possível. Nada obstante as críticas recebidas, não há dúvida de que as ideias aventadas por Alexy contêm elementos que permitem sindicarem o percurso trilhado pelo juiz, inclusive para aferir incongruências, inconsistências ou falhas nos pesos atribuídos.

Com isso, apesar de certa subjetividade por parte do julgador (discricionariedade), esta não se confunde com arbitrariedade. Sim, porque todas as afirmações, assertivas e ponderações levadas a efeito pelo magistrado – repita-se – são justificadas.

Por outras palavras, a *lei do sopesamento* garante que a fundamentação abranja elementos essenciais do caso, e exige a explicitação da intensidade e de afetação feita quanto a cada princípio na situação fático-jurídica subjacente.

Como forma de atestar a viabilidade de sua aplicação, foram analisados casos reais. Destacou-se que, conforme as peculiaridades do caso, ora um dos direitos fundamentais prevalece; ora outro, sem importar, em quaisquer das situações, em relatividade ou ruptura com o sistema jurídico, tampouco violação ao devido processo legal.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**. São Paulo: Centro de Estudos, n. 55/56. p. 25/70, janeiro/dezembro: 2001.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro Interpretada**. 18. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FACHIN, Zulmar. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2008.

GRANTHAM, Sílvia Resmini. **O direito fundamental à segurança jurídica no Estado Democrático de Direito e suas implicações (algumas) no Regime Geral da Previdência Social brasileira**. 2005. 176 f. Dissertação. Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo. 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: RCS, 2007.

LEAL, Augusto Antônio Fontanive; BIOEN, Grayce Kelly. Meio Ambiente e Coisa Julgada Relativizada. **Revista Direito & Paz**. São Paulo, SP – Lorena. Ano XVIII, n. 35, p. 36 – 49, 2º semestre, 2016.

LEMOS, Patrícia Faga Iglesias. **Meio ambiente e responsabilidade civil do proprietário**. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 76.

MENEZES, André Francisco Cantanhede De. Aspectos penais do racismo, preconceito e discriminação: Agentes desestabilizadores do meio cultural. **Revista Jurídica Consulex**. v.1, n. 419, p. 50-3, julho/2014.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. O Princípio da Máxima Proteção Jurisdicional do Meio Ambiente. **Revista dos Tribunais**. Revista de Processo. v. 166, p. 156 – 176, dez, 2008; Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental. v. 4, p. 1277 – 1302, mar, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional

brasileiro. **Revista Páginas de Direito**. Porto Alegre, ano 6, n. 371, 17 jan. 2006. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/home/artigos/93-artigos-jan-2006/4614-a-eficacia-do-direito-fundamental-a-seguranca-juridica-dignidade-da-pessoa-humana-direitos-fundamentais-e-proibicao-de-retrocesso-social-no-direito-constitucional-brasileiro-formato-pdf>>. Acesso em: 03 jan. 2020.

SILVA, Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. **Revista dos Tribunais**. v. 798, p. 23-50, 2002.

VAL, Flávia Trindade do. Direitos Fundamentais à Segurança Jurídica e ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado: Solução de Conflitos. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**. v. 32, n. 1, p. 101-116, jan. – jun., 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudências em teses. Edição n. 30: Direito Ambiental. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp?edicao=EDI%C7%C3O%20N.%2030:%20DIREITO%20AMBIENTAL>>. Acesso em: 03 jan. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.468.747-MS (2014/0173733-7). Recorrente: Ministério Público do Estado do Mato Grosso do Sul. Recorrido: Eraldo Jorge Leite. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília/DF, 04 de dezembro de 2015. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>>. Acesso em: 03 jan. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.036.437 - SC (2008/0045316-0). Recorrentes: Construtora Nacional Ltda. e Ministério Público Federal. Recorrido: Associação dos Moradores do Loteamento Novo Campeche. Relator: Ministro Humberto Martins. Brasília/DF, 17 de junho de 2011. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>>. Acesso em: 03 jan. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul. Apelação Cível n. 2010.003154-9. Apelante: Eraldo Jorge Leite. Apelado: Ministério Público Estadual. Relator: Desembargador Oswaldo Rodrigues de Melo. Campo Grande/MS, 03 de maio de 2010. Disponível em: <<https://www.tjms.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>>. Acesso em: 03 jan. 2020.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível n. 2003.72.00.004185-0/SC. Apelantes: Associação dos Moradores do Loteamento Novo Campeche e Ministério Público Federal. Apelados: Município de Florianópolis, Construtora Nacional e Fundação de Amparo ao Meio Ambiente. Relator: Desembargador Federal Luiz Carlos de Castro Lugon. Porto Alegre, 22 de agosto de 2017. Disponível em: <http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=1301396&hash=10a6b47e829a8947e4cebb4d54a3d22f>. Acesso em: 03 jan. 2020.

Recebido em:17/06/2020

Aprovado em :26/06/2020

**TECNOLOGIAS E LIBERDADE DE EXPRESSÃO: UMA
REFLEXÃO SOBRE A FUNÇÃO DOS DIREITOS DA
PERSONALIDADE NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO**

TECHNOLOGIES AND FREEDOM OF SPEECH: A REFLECTION
ON THE FUNCTION OF PERSONALITY RIGHTS IN THE
INFORMATION SOCIETY

Fernando Navarro Vince*
Daniela Menengoti Ribeiro**

* Doutorando em Direito pela UNIMAR. Mestre em Ciências Jurídicas pela UNICESUMAR. Endereço eletrônico: fernandonavarrovince@gmail.com

** Professora do Mestrado em Ciências Jurídicas da Unicesumar. Doutora em Direito pela PUC/SP com período de pesquisa na *Université Paris 1 - Panthéon-Sorbonne*, França. Endereço eletrônico: daniela.ribeiro@unicesumar.edu.br.

Resumo:As novas tecnologias possibilitaram a difusão de conhecimento, criação e inovação. Dentro desse ambiente destaca-se a Internet, apresentada como instrumento inigualável de liberdade de expressão, mas utilizada como mecanismo de controle e centralização de poder por atores econômicos e agentes estatais. O objetivo deste artigo é examinar a adaptação dos direitos da personalidade à nova realidade social, mais precisamente investigar como a liberdade de expressão vem se estabelecendo diante dessa ambivalência (liberdade e controle) determinada e orientada pela complexidade da sociedade. Desenvolveu-se pesquisa bibliográfica, com o método de abordagem dedutivo, partindo de análise genérica e confirmando, no caso específico, a proeminência da liberdade de expressão no contexto virtual. Concluiu-se que a preservação da liberdade de expressão é fundamental para a concretização dos ideais democráticos, entretanto, não serão necessários novos mecanismos de proteção, mas sim fortalecimento dos já existentes devidamente adaptados ao novo cenário informacional.

Palavrass-Chave: Direitos da personalidade; Liberdade de expressão; Novas tecnologias.

Abstract:New technologies have made it possible to disseminate knowledge, creation and innovation. Within this environment, the Internet stands out, presented as an unparalleled instrument of freedom of speech, but used as a mechanism of control and centralization of power by economic actors and state agents. The objective of this article is to examine the adaptation of personality rights to the new social reality, more precisely, to investigate how freedom of expression has been established in the face of this ambivalence (freedom and control) determined and guided by the complexity of society. Bibliographic research was developed,

using the deductive approach method, starting from a generic analysis and confirming, in the specific case, the prominence of freedom of expression in the virtual context. It was concluded that the preservation of freedom of expression is fundamental for the realization of democratic ideals, however, new protection mechanisms will not be necessary, but the strengthening of the existing ones duly adapted to the new informational scenario.

Keywords: Personality rights; Freedom of speech; New technologies.

INTRODUÇÃO

O desenvolvimento de novas tecnologias de informação esculpiu uma nova dinâmica social, reconfigurou a organização sociopolítica e mudou as tradicionais estruturas de sustentação de poder. As relações sociais foram sensivelmente afetadas pela comunicação via rede mundial de computadores. Nesse panorama de difusão de conhecimento, criação e inovação, destacou-se a Internet, apresentada como instrumento inigualável de liberdade de expressão, mas utilizada como mecanismo de controle e centralização de poder por atores econômicos e agentes estatais.

As tecnologias da informação devem ser manejadas para ampliar o debate e dar voz a grupos minoritários e historicamente reprimidos, entretanto, os poderes estatal e econômico se anteciparam e se adequaram mais rapidamente à modernidade, por outras palavras, a rede mundial de computadores trouxe a liberdade, mas também controle. A globalização conduziu avanços, mas criou desafios, como a exploração econômica de informações pessoais, manipulação eleitorais de dados, propagação de notícias falsas, dentre outros enigmas do novo tempo.

O objetivo deste artigo é examinar a adaptação dos direitos da personalidade à nova realidade social, mais precisamente investigar como a liberdade de expressão vem se estabelecendo diante dessa ambivalência (liberdade e controle) determinada e orientada pela complexidade da sociedade. Para alcançar a efetiva proteção da liberdade de expressão nos tempos atuais será necessário criar novos mecanismos jurídicos ou adaptar os já existentes à nova realidade?

Diante da grandeza da discussão, escorada no quilate constitucional dos valores envolvidos, proveitosa será a interpretação do assunto acerca do exercício da liberdade de expressão digital investigando a recente formatação da atuação do cidadão na sociedade em rede, sobretudo em relação a práticas que conservem a proteção dos direitos da personalidade na plataforma virtual.

Diante do problema apresentado, adotou-se o método de abordagem hipotético-dedutivo, a partir de pesquisa bibliográfica com o levantamento de referências teóricas publicadas por meios impressos e eletrônicos.

Com base nesse aporte teórico e metodológico, dividiu-se o trabalho em três etapas. Na primeira parte, apresenta-se de forma ligeira, algumas linhas sobre o direito fundamental de acesso à Internet, identificando e destacando os temas que guardam conexão com o estudo proposto. Na segunda parte aborda-se as restrições de acesso à Internet investigando atitudes governamentais que buscam obstruir a transmissão de informações on-line. Na terceira e última parte, faz-se uma análise sobre a importância da liberdade de expressão em tempos virtuais, bem como a necessidade de efetiva proteção desse postulado fundamental que hoje em dia corresponde a base da participação política do cidadão na vida do Estado e proporciona o fortalecimento dos ideais democráticos.

1 DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À INTERNET

Uma revolução tecnológica concentrada nas tecnologias da informação remodelou a base material de toda a sociedade em ritmo acelerado. Vive-se um intervalo na história, cuja característica é a transformação da cultura material pelos mecanismos de um novo paradigma tecnológico que se organiza em torno da Internet (CASTELLS, 2016, p.87).

Os direitos do homem são históricos, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades em face de velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas (BOBBIO, 2004, p. 05). Dito de outro modo, o direito é fruto da sociedade e seus carecimentos, e a sociedade moderna, globalizada, exige o reconhecimento como direito essencial do homem o acesso as novas tecnologias, notadamente a Internet.

A Organização das Nações Unidas (ONU) não ficou alheia e essa situação fática e tratou de promover a proteção da liberdade de opinião/expressão também no âmbito virtual. Segundo seu entendimento, desconectar as pessoas, independente do motivo, é crime que atenta contra os direitos humanos.

Contemporaneamente considerados, esses direitos, decorrem da evolução da história da humanidade. Nesse sentido, o Conselho de Direitos Humanos ONU editou em junho de 2012, a Resolução A/HRC/20/L.13¹, cujo conteúdo reconhece o acesso à Internet como direito humano. Mais precisamente, considera o aludido organismo internacional, que a conexão do indivíduo à rede mundial traduz desdobramento do princípio da liberdade de expressão e informação.

É notório que a Internet se tornou nos dias atuais, mecanismo essencial a permitir o exercício de direitos básicos como liberdade de expressão e opinião, nos termos da Convenção sobre Direitos Civis e Políticos. Indispensável à comunicação das pessoas, se mostra também imprescindível a realização de tarefas básicas do dia a dia. Por mais estranho que se apresente, não mais se concebe uma vida plena, sem a utilização das novas tecnologias, redes sociais, aplicativos, correios eletrônicos, etc. É por meio destes avanços que o homem moderno se perfaz dignamente.

A propósito, preleciona Manuel Castells (2009, p. 100) que a *Web* “é a base da comunicação em nossas vidas, para trabalho, conexões pessoais, informações, entretenimento, serviços públicos e religião”, abrangendo, assim, todas as dimensões do humano (ética, política, artística, econômica, religiosa e científica).

Com o escopo de proteger a liberdade de opinião/expressão também no âmbito virtual, a ONU entendeu que desconectar as pessoas, independente do motivo, é crime que atenta contra os direitos humanos. Esta circunstância reforma e redesenha a liberdade de expressão e comunicação.

Se o “mundo virtual” é uma reprodução do “mundo real”, se a Internet passa a ser vista e utilizada como um meio para a propagação de conteúdos e de discursos, é necessária a proteção dos direitos fundamentais e humanos em seu ambiente.

Com a massificação do uso das novas mídias, o bloqueio indevido e o controle exagerado

1 Denominada de Human Rights Council on Human Rights on the Internet

ou ilegal de informações afetam diretamente a liberdade de expressão. Frank Michelman (2007, p. 5) observa que a concepção material de liberdade de expressão significaria que “as oportunidades e capacidades comunicativas de alguns membros da sociedade não estão sendo injustamente oprimidas por atos e decisões, não só do Estado, mas de outros agentes da sociedade”.

Com efeito, pode-se conceber que o acesso à plataforma virtual é um direito individual, pois decorre ou é um desdobramento de outros direitos da personalidade, como exercício da cidadania, acesso à informação, liberdade de expressão. Independente do meio - ambiente eletrônico ou não – as liberdades individuais inerentes a pessoa devem ser respeitadas. Ou seja, a transposição para a Internet, não retira a essencialidade e necessidade de proteção.

O reconhecimento do acesso à Internet pela ONU decorre também da existência de convenções internacionais que protegem o direito à liberdade de expressão e informação. A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, reconhece em seu artigo 19 que todo indivíduo “[...] tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão”.

No mesmo norte, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos determina em seu artigo 19:

1. Ninguém poderá ser molestado por suas opiniões. 2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha. 3. O exercício do direito previsto no parágrafo 2 do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Consequentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para: a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas; b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral pública. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Pacto internacional sobre direitos civis e políticos, 1966).

Assim, ao limitar o acesso das pessoas a rede mundial de computadores, atenta-se contra os direitos humanos, especialmente no que consiste o art. 19.3 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966.

O direito à liberdade de expressão consagrado nos principais instrumentos internacionalmente de abrangência global, influenciaram outros tratados sobre o tema. Nessa trilha, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) de 1969, instrumento regional de proteção aos direitos do indivíduo, reafirmam em seu artigo 13 a liberdade de pensamento e de expressão, nos seguintes termos:

1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.

2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar: a) o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas; b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas. 3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias e meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões. 4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2. 5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência. (CIDH. Convenção Americana sobre Direitos Humanos, 2020).

A Resolução A/HRC/20/L.13 da ONU², reafirma os tratados internacionais acima, dispondo que:

1. Os mesmos direitos que as pessoas têm offline também devem ser protegidos online, em particular a liberdade de expressão, que é aplicável independentemente de fronteiras e por qualquer meio de sua escolha, de acordo com os artigos 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos e o Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos. 2. Reconhece a natureza global e aberta da Internet como uma força motriz para acelerar o progresso rumo ao desenvolvimento nas suas diversas formas; 3. Exorta todos os Estados a promover e facilitar o acesso à Internet e de cooperação internacional que visa o desenvolvimento dos meios de comunicação e informação e instalações de comunicações em todos os países; 4. Incentiva procedimentos especiais a tomar em conta estas questões dentro de seus mandatos existentes, conforme o caso; 5. Decide continuar a consideração da promoção, proteção e gozo dos direitos humanos, incluindo o direito à liberdade de expressão, na Internet e em outras tecnologias, bem como da forma como a Internet pode ser uma ferramenta importante para o desenvolvimento e para o exercício dos direitos humanos, de acordo com o seu programa de trabalho.

Com efeito, o documento acima consolida a ideia de que a Internet é um dos mais poderosos instrumentos do século XXI para ampliar a transparência na conduta dos poderosos, permitir o acesso à informação, facilitar a participação cívica ativa na construção de sociedades democráticas, vez que desempenha papel primordial na mobilização de populações em clames por justiça, igualdade e melhor respeito pelos direitos humanos.

A qualificação do direito ao acesso à Internet como direito humano também é corroborada no art. 27 da Declaração Universal dos Direitos Humanos: “Todo homem tem o direito de participar no progresso científico e dos benefícios que deste resultam”.³

No Canadá, o governo decidiu tornar o acesso rápido à Internet um serviço básico, tão

² Disponível em https://ap.ohchr.org/documents/alldocs.aspx?doc_id=20280. Acesso em: 03 de agosto de 2020.

³ Assembleia Geral das Nações Unidas. Declaração Universal dos Direitos Humanos 1948. Art. 27, extrato.

essencial quanto o direito à moradia ou à educação⁴.

No Brasil o reconhecimento da importância do acesso à Internet também se faz presente no parlamento. Existe no Brasil atualmente duas Propostas de Emenda à Constituição que têm por objeto o reconhecimento do acesso à Internet como direito fundamental, são elas:

- a) A Proposta de Emenda à Constituição nº6/2011, de autoria do Senador Rodrigo Rollemberg e Outros, que tem por objeto “altera o art. 6.º da Constituição Federal para introduzir, no rol dos direitos sociais, o direito ao acesso à Rede Mundial de Computadores (Internet).” Este projeto encontra-se em tramitação, e está desde de 13/01/2016, pronto para deliberação do plenário⁵.
- b) A Proposta de Emenda à Constituição nº185/2015, de autoria da Deputada Renata Abreu, que tem por objeto “acrescenta o inciso LXXIX ao art. 5º da Constituição Federal, para assegurar a todos o acesso universal a Internet entre os direitos fundamentais do cidadão. Em 31 de outubro de 2017 obteve o parecer favorável da Comissão de Constituição de Justiça da Câmara e encontra-se aguardando Criação de Comissão Temporária pela mesa⁶.

Outro dispositivo legal que reforça o argumento de que acesso é indispensável ao exercício da cidadania é a Lei Ordinária nº 12.965, de 23 de abril de 2014, que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil, conhecido por Marco Civil da Internet, no Capítulo II – Dos Direitos e Garantias dos Usuários, determina que o acesso à Internet é essencial para o exercício da cidadania⁷.

Nota-se então, à exaustão, que a tendência é que rapidamente, o direito de conexão adentre aos ordenamentos jurídicos, consubstanciando-se em mais uma dimensão dos direitos fundamentais. O reconhecimento do acesso como um direito fundamental, determina a possibilidade de restrição, haja vista que todos os direitos fundamentais são restringíveis (SILVA, 2017, p.155).

Considerando os enormes e incontáveis benefícios advindos da utilização da rede mundial, inegável que a mesma traz consigo perigos como o terrorismo, discriminações racial, religiosa e sexual, pornografia infantil, xenofobia, intolerâncias, dentre outras práticas nocivas.

A regra é a liberdade dentro do espaço virtual, porém, existem hipóteses onde a conexão poder ser reduzida ou condicionada. Entretanto, a preocupação estatal em prevenir ou diminuir a incidência dessas mazelas contemporâneas, não pode legitimar a adoção de práticas abusivas que terminem por servir de escora para a censura, prática nefasta e incompatível com os ideais democráticos modernos.

4 <https://www.theverge.com/2016/12/22/14052368/canada-broadband-Internet-essential-service>

5 <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/99334>

6 <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2075915>

7 Art. 7º O acesso à Internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

A seguir analisa-se a possibilidade de restrição ao direito fundamental ao acesso.

2 RESTRIÇÕES DE ACESSO À INTERNET

A modernidade trouxe um mundo multicultural e interdependente que só poderá ser entendido e transformado a partir de uma perspectiva que reúna identidade cultural, sistemas de políticas globais e políticas multidimensionais (CASTELLS, 2016, p. 82). As novas tecnologias da informação não são simplesmente ferramentas a serem aplicadas, mas processos a serem desenvolvidos (CASTELLS, 2016, p 89).

Contrapondo-se aos mecanismos internacionais de proteção aos direitos do homem, que garantem a liberdade de pensamento e de expressão via rede mundial, existem atitudes governamentais ao redor do mundo que visam obstruir a transmissão de informações on-line.

À medida em que a Internet se tornou um fator econômico e político cada vez mais relevante, o que era aparentemente uma de suas promessas, ou seja, a liberdade irrestrita, teve de ser revista. Vários eventos na virada da década de 2000 levaram a afirmação da opção reguladora e principalmente, do poder estatal: estouro da bolha da Internet, processos judiciais espetaculares contra ciberempresas e internautas, que, afinal de contas, não era tão desterritorializados como se poderia imaginar e enfim, a vigilância cada vez mais estrita da rede tanto por empresas privadas, quanto por agências de inteligências. (LOVELUCK, 2018, p. 164)

O que deve ser guardado para o entendimento da relação entre a tecnologia e a sociedade é que o papel do Estado, seja interrompendo, seja promovendo, seja liderando a inovação tecnológica, é um fator decisivo no processo geral, à medida que expressa e organiza as forças sociais dominantes em um espaço e uma época determinados (CASTELLS, 2016, p.70)

Na China, por exemplo, a censura à Internet é evidente e recorrente. Para vigiar o grande número de usuários, o partido comunista gasta bilhões de dólares por ano no controle das informações que circulam pela rede. Manter blogs ou postar vídeos criticando o governo é considerado crime passível de prisão. O governo controla os assuntos proibidos por meio de filtros, que encontram palavras-chave ligadas a movimentos democráticos, como “revolta”, “massacre”, “direitos humanos” ou “movimento estudantil”.

O referido país oriental opera um avançado sistema de filtragem denominado “Projeto Escudo Dourado” e conhecido como o Grande Firewall da China. O sistema pode conduzir buscas por páginas de web novas e censurar seu acesso em tempo real. Também pode conduzir buscas de conteúdo subversivo em blogs e impedir usuários de visitá-los. Recentemente, esse Estado rejeitou as críticas da ONU sobre o projeto de lei que limita acesso à Internet. Segundo o governo chinês, o projeto de lei prevê que o governo possa “limitar o acesso à Internet para manter a ordem pública, especificamente quando ocorrerem eventos imprevistos de massas”, como aconteceu há seis anos na região do Xinjiang, de maioria muçulmana, quando quase 200 pessoas morreram no verão de 2009, durante conflitos étnicos que, segundo as autoridades chinesas, foram instigados através

das redes sociais por organizações separatistas sedeadas fora da China. Desde então, o acesso ao Facebook e ao Twitter está bloqueado no país. Procurando despolemizar essa possibilidade, um jornal do Partido Comunista Chinês (PCC) afirmaram que “o corte da Internet acontecerá raramente e como último recurso”, reconhecendo que essa medida “também afetará os interesses do público”. O alto-comissário da Organização das Nações Unidas para os Direitos Humanos, Zeid Ra’ad al Hussein, criticou o projeto de lei, considerando-o “ambíguo” e suscetível de “apertar o controle das autoridades chinesas sobre a sociedade civil”. (AGÊNCIA BRASIL, 2016)

Todavia, não é somente a China que tradicionalmente censura o acesso da população à rede. Todos os anos, a organização Reporters Without Borders, que se dedica a promover a liberdade de expressão e a segurança para o trabalho de jornalistas, divulga um relatório com a lista de países que reprimem a liberdade de expressão pela Internet, intimidam bloggers, e realizam a vigilância de seus cidadãos. Estes países são denominados de “enemies of the Internet” (inimigos da Internet).

No relatório publicado em 2014 demonstrou que alguns países se mantêm na lista, enquanto outros buscam caminhos para sair dela. Dois países que se destacam positivamente no relatório são Tunísia e Myanmar, ambos buscaram alternativas para não censurar a Internet e a liberdade de expressão por meio dela. (REPORTERS WITHOUT BORDERS, 2014)

Na primeira categoria de países listados no relatório estão os que mais reprimem o uso da Internet com a implementação de vigilância sobre a liberdade de expressão pela web ou nos quais não foi verificado nenhum progresso nos últimos anos. São eles: Cuba, Coréia do Norte, China, Iran, Arábia Saudita, Vietnã, Belarus, Bahrain, Turcomenistão, Síria.

O relatório destaca também para uma relação de novos países que passaram a fazer parte da lista dos “inimigos da Internet”. Esse grupo de nações composto por Rússia, Paquistão, Estados Unidos, Reino Unido, Índia e Etiópia, têm tomado medidas duras para restringir ou monitorar os cidadãos via da Internet. (REPORTERS WITHOUT BORDERS, 2014)

Na Rússia, até muito recentemente, o governo não censurava diretamente a Internet, preferindo empregar estratégias sutis para controlar o discurso on-line. A mudança ocorreu em 2012, quando se aprovou uma lei permitindo a criação de uma lista negra nacional de websites. Hoje, essa lista negra continua a crescer, enquanto o governo continua a procurar novas formas de limitar a liberdade de expressão pela web.

Os Estados Unidos apareceram pela primeira vez na lista do *Reporters Without Borders*. Apesar de não censurar conteúdo on-line, o que levou o país a ser incluído na listagem foi a severa vigilância da Agência Nacional de Segurança, inclusive em outros países.

O Reino Unido é chamado pelo Reporters Without Borders como o “campeã mundial de vigilância” por suas estratégias de espionar indivíduos em todo o mundo.

Os países, em sua grande maioria, alegam ordem pública, como segurança nacional e proteção do próprio indivíduo, para a adoção de medidas limitadoras ou proibitivas do uso do espaço virtual em seus territórios.

Com efeito, observa-se claramente que, a Internet não é “naturalmente”, ou seja, em

virtude de suas características sociotécnicas, um ambiente de liberdade, pelo contrário, a rede é cada vez mais permeada de problemáticas sociais, econômicas, políticas e geopolíticas, objeto de controvérsias, e portanto, é suscetível de ser investida pelo poder público (LOVELUCK, 2018, p. 168).

3 DIREITOS DA PERSONALIDADE, LIBERDADE DE EXPRESSÃO E NOVAS TECNOLOGIAS

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 buscou amenizar as assimetrias sobre o conceito de direitos humanos existentes naquele período, sistematizando os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, e revelando as características da universalidade, da integralidade e da indivisibilidade de tais direitos, o que pode ser extraído da análise do artigo 22 do documento abaixo transcrito:

Toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 1948).

A personalidade humana, então, diz respeito a um direito não patrimonial absoluto porque refere-se ao ser e não ao ter. A partir dessa ampliada visão, a existência jurídica dos direitos de personalidade equivale a reconhecer que cada ser é valorado simplesmente por ser pessoa, os quais remetem a valores imprescindíveis como a vida e a integridade psicofísica. (BARLETTA, 2010, p. 37-38).

Os direitos da personalidade constituem, então, categoria de direitos subjetivos, inerentes a própria pessoa humana e essenciais ao seu desenvolvimento. São os direitos da pessoa de defender o que é próprio, tais como: a vida, a integridade, a liberdade, a sociabilidade, a honra, a imagem, a privacidade e outros mais, sempre em respeito ao princípio da dignidade humana. Assim, a consideração da pessoa – e, portanto, sua personalidade – se configura como um valor unitário, sendo necessário o reconhecimento da proteção na sua integralidade.

Em que pese a taxatividade dos direitos da personalidade previstas no art. 5º da Constituição Federal e os artigos 1º ao 21 do Código Civil brasileiro, defende-se que as constantes transformações sociedade revela haver sempre novas instâncias concernentes à personalidade do sujeito, não previstas nem previsíveis pelo legislador, de modo que os interesses inerentes a própria pessoa precisam ser tidos como uma categoria aberta. (RIBEIRO, VINCE, NETTO, 2019, p. 265-266).

A liberdade de expressão, por sua vez, constitui garantia do livre desenvolvimento da personalidade humana, traduzindo assim, possibilidade de expressar livremente opiniões, convicções, sentimentos e crenças integraria o conteúdo da própria autonomia privada no âmbito existencial, não apenas em perspectiva individual, como também na dimensão coletiva, solidarista,

sendo certo que a possibilidade de cada indivíduo interagir com seu semelhante, tanto para expressar as próprias ideias e sentimentos como para ouvir aquelas expostas pelos outros, é vital para a realização existencial (SARMENTO, 2013, p. 76).

A importância da liberdade expressão é inconteste, sendo inclusive defendida frequentemente por alguns juristas, nitidamente influenciados pelo direito norte americano, a ideia de preferência aos demais direitos fundamentais. A comprovar os argumentos dessa orientação doutrinária, Felipe Ramos Ribas Soares e Rafael Mansur (2020, p.72) destacam julgados do Supremo Tribunal Federal que caminharam nesse rumo:

No julgamento da ADPF 130, o voto do Ministro Carlos Ayres Britto destacou que “a Constituição brasileira se posiciona diante de bens jurídicos de personalidade para, de imediato, cravar uma primazia ou precedência: a das liberdades de pensamento e de expressão *lato sensu* (que ainda abarca todas as modalidades de criação e de acesso à informação, esta última em sua tríplice composição, conforme reiteradamente explicitado)⁸.”

O Ministro Luís Roberto Barroso, por sua vez, asseverou em seu voto na ADI 4.815, que, embora não se possa falar em hierarquia de direitos fundamentais, não se obsta “que o sistema constitucional atribua proteção privilegiada a alguns bens jurídicos e estabeleça posição de preferência *prima facie* em relação a determinados princípios ou valores dotados de elevado valor axiológico. Este é precisamente o caso da liberdade de expressão.”⁹

Mais recentemente, o Ministro Luiz Fux fez constar o acolhimento da posição preferencial da liberdade de expressão para, então, concluir pela inconstitucionalidade de parte do art. 254 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90)¹⁰, a saber: Ainda permanece na nossa memória, neste ponto, as experiências não tão passadas e ainda presentes de manipulação e de inibição de imprensa livre pelas ditaduras latino-americanas. Foi com os olhos nesses riscos, e com o fim de assegurar a posição preferencial da liberdade de expressão do sistema das liberdades fundamentais, que a Constituição de 1988 conferiu à atividade de classificação do conteúdo dos programas de rádio e televisão o caráter, pelo Estado, exclusivamente indicativo, como resulta da previsão expressa do artigo 21, inciso XVI, do texto constitucional.¹¹

A liberdade de expressão ganha ainda mais notoriedade na sociedade contemporânea, pois, nota-se nesse novo momento histórico um resplendor de conceitos como a comunicação, informação, interação, dentre outros.

A sucessão de avanços tecnológicos relacionados à Internet, às redes sociais, aos smartphones e à cultura digital não resultou somente na abertura de espaços novos para o intercâmbio de informações e ideias, mas também em uma alteração na própria forma de se comunicar. Há tempos, registra-se em todo mundo o crescimento continuado de um movimento de

8 STF, ADPF 130, rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. 30.4.2009.

9 STF, ADI 4.815, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 10.6.2015.

10 STF, ADI 2.404, rel. Min. Dias Toffoli, j. 31.8.2016.

11 STF, ADI 2.404, rel. Min. Dias Toffoli, j. 31.8.2016

joventes ávidos para experimentar, coletivamente, formas de comunicação diferentes daquelas que as mídias clássicas nos propõem (SCHREIBER, 2020, p.15).

Essa circunstância, conforme assevera Zygmunt Bauman (2007), reforma e redesenha a liberdade de expressão e comunicação:

Em primeiro lugar, num planeta atravessado por ‘auto-estradas da informação’, nada que acontece em alguma parte dele pode de fato, ou ao menos potencialmente, permanecer do ‘lado de direitos humanos fora’ do intelectual. Não há terra nula, não há espaço em branco no mapa mental, não há terra nem povo desconhecidos, muito menos incognoscíveis (BAUMAN, 2007, p. 11).

Trata-se de uma alteração profunda de mentalidade e de hábitos, que exprime um sentimento de insuficiência em relação não apenas ao conteúdo, mas à própria estrutura unilateral dos meios tradicionais de comunicação de massa, preferindo-se meios que permitam aos indivíduos participar ativamente não apenas da seleção, mas da própria construção e difusão das informações que recebem (SCHREIBER, 2020, p.15).

Essa mudança de papel do público – que deixa de ser mero destinatário para se transformar, agora, em uma espécie de coautor do discurso comunicativo – assume, na história da comunicação, tom genuinamente revolucionário. Até poucos anos atrás, essa revolução era vista principalmente sob o prisma positivo: o estabelecimento de canais de comunicação autênticos e diretos entre pessoas situadas nas mais diferentes regiões do globo prometia uma espécie de olimpo da liberdade de expressão, no qual a interatividade permanente contribuiria para a livre circulação de ideias, para o aumento dos níveis informacionais e, conseqüentemente, para a redução da intolerância e dos preconceitos, a partir do estímulo irresistível ao contato com o outro. (SCHREIBER, 2020, p.17).

Entretanto, não foi exatamente o que se viu. A liberdade proporcionada pela inesgotável troca de informações veio acompanhada de problemas, que na verdade são reprodução de mazelas do “mundo real”, amplificados pelo amplo acesso estabelecido pela rede mundial de computadores. Vale dizer, os benefícios proporcionados pela liberdade na *web*, como sói acontece, trouxe consigo malefícios como controle e restrição por parte do poder público e excessos por parte dos usuários, apenas para citar alguns exemplos. O controle e restrição estatais já foram objeto de análise nos tópicos anteriores, cabendo agora, escrever algumas linhas sobre os excessos atribuído aos indivíduos conectados.

Os excessos transformaram, em alguma medida, o entusiasmo em ceticismo, provocado pela intensificação de uso inadequado do ambiente virtual. Como práticas lesivas pode-se citar; *on-line hate speech*¹², *shaming*¹³ e o *cyberbullying*¹⁴, além de outros fenômenos que exprimem uma

12 O discurso de ódio on-line, ocorre geralmente nas mídias sociais ou na Internet, com o objetivo de atacar uma pessoa ou um grupo com base em atributos como raça, religião, origem étnica, orientação sexual, deficiência ou gênero.

13 Ato de criticar publicamente e chamar a atenção de alguém, especialmente na Internet.

14 O *cyberbullying* é a prática da intimidação, humilhação, exposição vexatória, perseguição, calúnia e difamação por meio de ambientes virtuais

espécie de lado negro das redes sociais e sugerem que novos ambientes comunicativos podem, em certas situações, estar servindo mais à frustração da liberdade de expressão que à sua consagração e, pior, frequentemente em prejuízo das minorias (SCHREIBER, 2020, p.18).

A interação proporcionada pelas novas tecnologias trouxe novos desafios à proteção dos direitos fundamentais. Isso se dá principalmente em virtude da amplificação extraordinária (alcance mundial em poucas horas), pela eternização da lesão (remoção do conteúdo ofensivo não interrompe integralmente o dano) e por conta da possibilidade de, a princípio, se manter o anonimato do autor do dano (SCHREIBER, 2020, p. 28).

Diante da ofensa a direitos individuais, cabe ao direito dar a resposta. Porém, considerando a forma diferente de como acontece a lesão (ambiente virtual), os mecanismos jurídicos de proteção devem ser diferentes, ou melhor, adaptados à nova realidade. Daí surge o problema: Para uma efetiva proteção, será necessário criar direitos ou adaptar os já existentes à nova realidade?

Ressurge assim a preocupação com a proteção dos direitos humanos, dessa vez em um novo cenário, o ambiente eletrônico. Estabelece-se o cuidado para a recuperação das sequelas de uma evolução social, agora agravada pela noção de complexidade do risco, da falta de espaço bem definido em presente, passado e futuro, ou seja, num contexto sem espaços, mas movido pela comunicação. Tomam-se tais direitos como um ambiente complexo, posto que necessitam de um afastamento do sentido de positividade (STUMPF, 2016, p 245)

A abordagem dos direitos humanos passa por um distanciamento necessário da razão antropocêntrica que os estandardizou e que, por consequência, os imobilizou. Os direitos humanos devem assim ser descritos como um ambiente aberto e não como uma extensão do homem, atitude está restrita ao subjetivismo. Hoje, mais ainda, há de se ter tais direitos como uma multiplicidade de possibilidades, na medida de uma realidade social contingente e, assim que observadas tais possibilidades pelos sistemas sociais, ter-se-ia o aumento da complexidade social por meio da comunicação, o que faz perceber-se a constante mudança (STUMPF, 2016, p 245).

A princípio, a resposta aos problemas modernos tem sido dada por meio da multiplicação das normas. Todavia, entende-se que este não é o caminho apropriado.

Observa-se um colapso na capacidade de controle pelo Estado, através da positividade, vale dizer, a produção legislativa não acompanhará a rapidez das mudanças sociais, muito menos dará conta da complexidade das relações.

Bauman (2001), para ilustrar o atual momento histórico, faz alusão a modernidade líquida, defendendo que as ideias e as relações estabelecidas entre as pessoas se transformam de maneira muito rápida e imprevisível: Tudo é temporário, a modernidade, tal como os líquidos, caracteriza-se pela incapacidade de manter a forma” (BAUMAN, 2001, p. 54).

Essa característica da nova era dificulta a vida do Estado legislador, vez que, diante do quadro fático de imprecisão, não há como elaborar normas precisas. Por mais que se valha de conceitos indeterminados e cláusulas gerais, impossível estabelecer uma “produção legislativa líquida”, ou seja, que se adeque *a posteriori* ao fato.

A saída é a releitura de direitos originais fazendo a adaptação dos valores constitucionais

com a realidade atual. Não serão necessário novos direitos fundamentais a cada mudança social, mesmo porque isso seria frustrado, conforme acima mencionado, pelo aspecto temporal. Deve-se fortalecer as garantias individuais originais, interpretando-as e adaptando-as de acordo com as recentes nuances sociais e avanços tecnológicos.

Em arremate, pode-se concluir que em relação à liberdade de expressão, pela sua proeminência amplificada em tempos modernos, a proteção deverá ter um cuidado especial, vez que da sua incólume presença dependem outros importantes valores essenciais, ou seja, a sua preservação será fundamental para a concretização e fortalecimento dos ideais democráticos, entretanto, a tutela prescindirá de novos instrumentos, mas dependerá sim de um ajustamento dos meios protetivos já existente, ao novo cenário informacional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo prometeu examinar a adaptação dos direitos da personalidade à nova realidade social, investigando mais precisamente a nova performance do direito à liberdade de expressão frente a tempos modernos.

Para honrar o compromisso assumido, a primeira parte do estudo destinou-se a demonstrar que a ONU considera o acesso do cidadão à Internet como direito humano, pois, entende que essa prerrogativa traduz desdobramento do princípio da liberdade de expressão e informação. Nesse sentido, constatou-se que o mencionado organismo internacional prega que a restrição, independente da forma como se dê, ofende os preceitos fundamentais da pessoa.

Posteriormente, na segunda etapa, o trabalho abordou a restrição do direito de acesso à rede mundial de computadores, apresentando informações sobre condutas estatais que impedem de alguma forma a conexão à rede, mais precisamente foram listadas ações que censuram, reprimem ou vigiam o contato do cidadão com mundo virtual.

O objetivo da presente pesquisa era saber se para alcançar a efetiva proteção da liberdade de expressão nos tempos atuais seria necessário criar novos mecanismos jurídicos ou adaptar os já existentes à nova realidade? A resposta veio na terceira parte do artigo.

De início, os direitos da personalidade foram alvo de menção, no tocante à sua categoria de direitos subjetivos imprescindíveis ao desenvolvimento de uma vida digna. Depois foi a vez da liberdade de expressão ser abordada de forma mais específica, destacando-se sua conceituação, importância e possível prevalência. Foi analisado também, o exercício da referida garantia em ambiente virtual, com suas vantagens e desvantagens. Por fim, foi possível extrair da investigação que a efetiva proteção da liberdade de expressão não dependerá da criação de mecanismos de defesa ou edição de novos direitos correlatos, mas será imprescindível uma interpretação renovada do referido preceito constitucional, interpretação essa que leve em consideração tanto os valores que a sustentaram no decorrer dos anos, como o novo contexto social a que está inserida atualmente.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASIL. **China rejeita críticas da ONU a projeto de lei que limita acesso à internet.** Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/>>. Acesso em: 04. ago.2020.

BARLETTA, Fabiana Rodrigues. **O direito à saúde da pessoa idosa.** São Paulo: Saraiva, 2010.

BAUMAN, Zygmunt. **Tempos Líquidos.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** Tradução Carlos Nelson Coutinho. 18. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CASTELLS, Manuel. **Sociedade em Rede.** Tradução Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2016.

CASTELLS, Manuel. **Communication Power.** New York: Oxford University Pres, 2009.

LOVELUCK, Benjamim. **Redes, liberdades e controle: uma genealogia política da internet.** trad. Guilherme João de Freitas Teixeira. Petrópolis: Vozes, 2018.

MICHELMAN, Frank. **Relações entre democracia e liberdade de expressão: discussão de alguns argumentos.** In: SARLET, Ingo. Wolfgang (org). *Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação: algumas aproximações.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Pacto internacional sobre direitos civis e políticos, 1966.** Disponível em: <http://portal.mj.gov.br>. Acesso em: 04 Ago 2020.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948.** Disponível em: <http://portal.mj.gov.br>. Acesso em 03. Ago 2020

NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. **Turquia: Nova lei de Internet preocupa escritório de direitos humanos da ONU.** Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/turquia-nova-lei-de-internet-preocupa-escritorio-de-direitos-humanos-da-onu/>>. Publicado em: 14 fev. 2014. Acesso em: 10.mar.2016.

REPORTERS WITHOUT BORDERS. **Enemies of the Internet 2014: entities at the heart of censorship and surveillance.** Disponível em: <http://12mars.rsf.org/2014-en/enemies-of-the-internet-2014-entities-at-the-heart-of-censorship-and-surveillance/>. Acesso em: 03. Ago 2020.

RIBEIRO, Daniela Menengoti; VINCE, Fernando Navarro; NETTO, João Paulo Gomes. **Acesso à justiça: a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos e dos direitos da personalidade.** Revista Juris Poiesis. Rio de Janeiro. Vol. 22, n. 30, 2019, p. 264-282. Disponível em: <http://periodicos.estacio.br/index.php/jurispoiesis/article/viewFile/7617/47966414>. Acesso em: 20 jan. 2020.

SARMENTO, Daniel. **Comentário ao Art. 5º, IV**. In: J. J. Gomes Canotilho [et. al.] (coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013

SCHREIBER, Anderson. **Liberdade de expressão tecnologia**. In: *Direito e mídia: tecnologia e liberdade de expressão*; coordenado por Anderson Schreiber, Bruno Terra de Moraes, Chiara Spadaccini de Teffé. - Indaiatuba: Editora Foco, 2020.

SOARES, Felipe Ramos Ribas; MANSUR, Rafael. **Direito e mídia: tecnologia e liberdade de expressão**; coordenado por Anderson Schreiber, Bruno Terra de Moraes, Chiara Spadaccini de Teffé. Indaiatuba: Editora Foco, 2020.

STUMPF, Mousas. **Direitos Humanos observados como ambiente complexo**. In: ENGELMANN, Wilson; WITTMANN, Cristian. *Direitos Humanos e Novas Tecnologias* (orgs.) - 1. ed. - eBook - Jundiaí, SP: Paco Editorial, 2016.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2.ed, 4. tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

Recebido em:17/06/2020

Aprovado em :26/06/2020