

# REVISTA INTERDISCIPLINAR DE DIREITO

FACULDADE DE DIREITO DE VALENÇA

v. 16, n. 2, 2018



ISSN: 1518-8167  
e-ISSN: 2447-4290

## Autores

André R.C. Fontes  
Antônio Augusto Cançado Trindade  
Antônio Celso Alves Pereira  
Arno Wehling  
Ayrton Carlos Gomes de Oliveira  
Bonnie Moraes Manhães de Azevedo  
Célia Barbosa Abreu  
Cleyson de Moraes Mello  
Deo Campos Dutra  
Fabiana Alves Mascarenhas  
Gabriel Schulman  
Guilherme Sandoval Góes  
Hugo de Brito Machado  
João Eduardo de Alves Pereira  
Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho  
Marcella Alves Mascarenhas Nardelli  
Maria Celina Bodin de Moraes  
Maria Lúcia de Paula Oliveira  
Raphael Carvalho de Vasconcelos  
Rosângela M. A. Zagaglia





## **Revista Interdisciplinar de Direito Faculdade de Direito de Valença**

v. 16, n. 2, 2018

### **Autores**

André R.C. Fontes  
Antônio Augusto Cançado Trindade  
Antônio Celso Alves Pereira  
Arno Wehling  
Ayrton Carlos Gomes de Oliveira  
Bonnie Moraes Manhães de Azevedo  
Célia Barbosa Abreu  
Cleyson de Moraes Mello  
Deo Campos Dutra  
Fabiana Alves Mascarenhas  
Gabriel Schulman  
Guilherme Sandoval Góes  
Hugo de Brito Machado  
João Eduardo de Alves Pereira  
Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho  
Marcella Alves Mascarenhas Nardelli  
Maria Celina Bodin de Moraes  
Maria Lúcia de Paula Oliveira  
Raphael Carvalho de Vasconcelos  
Rosângela M. A. Zagaglia

Editar  
Juiz de Fora-MG  
2018

**Presidente da Fundação Dom André Arcoverde**

Dr. José Rogério Moura de Almeida Filho

**Diretor Geral do Centro de Ensino Superior de Valença**

Prof. Dr. Antônio Celso Alves Pereira

**Diretor Acadêmico do Centro de Ensino Superior de Valença**

Prof. Dr. José Rogério Moura de Almeida Neto

**Diretor da Faculdade de Direito de Valença**

Prof. Dr. Antônio Celso Alves Pereira

**Diretor Adjunto da Faculdade de Direito de Valença**

Prof. Dr. Cleyson de Moraes Mello

**Conselho Editorial**

Prof. Dr. Antonio D'Elia Jr. (Membro Externo – UFF – Volta Redonda/RJ)

Prof. Dr. Antônio Pereira Gaio Júnior (Membro Externo – UNIPAC – Juiz de Fora/MG)

Prof. Dr. Augusto Zimmermann (Membro Externo – Murdoch University – Murdoch – Austrália)

Prof. Dr. Carlos Frederico Mares de Souza Filho (Membro Externo – PUC-PA – Curitiba/PA)

Profa. Dra. Claudia Ribeiro Pereira Nunes (Membro Externo Instituto de Ensino Superior de Rondônia)

Prof. Dr. Jorge O. Bercholz (Membro Externo – UBA – Argentina)

Prof. Dr. José Rogério Moura de Almeida Neto (CESVA – Valença/RJ)

Prof. Dr. Maurício Jorge Pereira da Mota (Membro Externo – UERJ – Rio de Janeiro/RJ)

Profa. Dra. Maria Cristina Vidotte Blanco Tarrega (Membro Externo – UFG – Goiânia/GO)

Profa. Dra. Maria Goretti dal Bosco (Membro Externo – UFF – Niterói/RJ)

Profa. Dra. Martha Asunción Enriquez Prado (Membro Externo – UEL – Londrina/PR)

Prof. Dr. Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho (Membro Externo – USP – São Paulo/SP)

Profa. Dra. Núria Belloso Martín (Membro Externo – Univ. Burgos – Espanha)

Prof. Dr. Rafael Mario Iorio Filho (Membro Externo – UNESA – Rio de Janeiro/RJ)

Prof. Dr. Sebastião Marcelice Gomes (Membro Externo – UFAM – Manaus/AM)

Prof. Dr. Silvano Peloso (Membro Externo – Univ. degli Studi di Roma “La Sapienza” – Roma – Itália)

Prof. Dr. Sonia Netto Salomão (Membro Externo – Univ. degli Studi di Roma “La Sapienza” – Roma – Itália)

Prof. Dr. Tomás Prieto Alvarez (Membro Externo – Univ. Burgos – Buenos Aires – Argentina)

Prof. Dr. Valfredo de Andrade Aguiar Filho (Membro Externo – UFPB – Campus I – João Pessoa/PB)

Profa. Dra. Vânia Siciliano Aieta (Membro Externo – UERJ – Rio de Janeiro/RJ)

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação**

Revista Interdisciplinar de Direito da Faculdade de Direito de Valença /  
Fundação Educacional D. André Arcoverde. Faculdade de Direito – ano 1, n.  
1. (maio /1998). Juiz de Fora: Editar Editora Associada Ltda, 1998.

Publicação semestral

Continuação de: Revista da Faculdade de Direito de Valença.

ISSN: 1518-8167

1. Direito – Periódico – Brasil. I. Fundação Educacional D. André Arcoverde.  
Faculdade de Direito – Brasil.

CDU: 34(81)(05)

A editora e os coordenadores desta obra não se responsabilizam por informações e opiniões contidas nos artigos científicos, que são de inteira responsabilidade dos seus autores.

Título	Revista Interdisciplinar de Direito
Título anterior	Revista da Faculdade de Direito de Valença
ISSN versão impressa	1518-8167
ISSN versão eletrônica	2447-4290
Linha editorial	A Revista FDV é generalista. Publica artigos sobre a dogmática das diversas áreas do direito, contribuindo para o engrandecimento da cultura jurídica nacional e internacional.
Tipos de trabalhos publicados	Artigos científicos, ensaios e jurisprudência nacional e internacional
Periodicidade	Semestral
Instituição	Centro de Ensino Superior de Valença
Endereço	Rua Sargento Vitor, 161 – Fátima
Cidade	Valença
Estado	Rio de Janeiro
Website	<a href="http://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV">revistas.faa.edu.br/index.php/FDV</a>
Ano de criação	1998 (impressa) 2009 ( <i>on line</i> )
Classificação	Qualis B5 Direito; B4 Ciência Política e B4 Artigos interdisciplinares
Bases de dados nacionais	Diadorim, Sumários
Base de dados internacionais:	Latindex, Directory of Open Access Journals (DOAJ), Elektronische Zeitschriftenbibliothek, Sherpa/Romeo, Directory of Research Journals Indexing (DRJI), OCLC WorldCat, Academic Resource Index Research Bib

Editor chefe	Rogério Tabet de Almeida
E-mail principal	<a href="mailto:revista.fdv@faa.edu.br">revista.fdv@faa.edu.br</a>
E-mail alternativo	<a href="mailto:cesva@faa.edu.br">cesva@faa.edu.br</a>
Telefone	24-2453-0700



# Autores

## **André R.C. Fontes**

Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Professor na Universidade do Rio de Janeiro (Uni-Rio) e Desembargador no Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Rio de Janeiro e Espírito Santo).

## **Antônio Augusto Cançado Trindade**

Juiz da Corte Internacional de Justiça (Haia); Ex-presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos; Professor Emérito de Direito Internacional da Universidade de Brasília; Doutor Honoris Causa em diversas Universidades na América Latina, Europa e Ásia; Membro titular do Curatorium da Academia de Direito Internacional da Haia e do Institut de Droit International.

## **Antônio Celso Alves Pereira**

Professor de Direito Internacional da Faculdade de Direito de Valença e do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Veiga de Almeida. Ex-reitor da UERJ.

## **Arno Wehling**

Professor Titular (UFRJ) e Emérito (UNIRIO). Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Veiga de Almeida. Presidente do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro.

## **Ayrton Carlos Gomes de Oliveira**

Post-Doctorado em Principios Fundamentales y Derechos Humanos – UCES – Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales – Aprobado em 12 MAI 2017 e término previsto para a Defesa em MAI 2018. Doutorado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad Del Museo Social Argentino – UMSA (2016); Mestrado em Ciências da Saúde e do Meio Ambiente pelo Centro Universitário da Fundação Oswaldo Aranha – UniFOA (2012); Mestrado em História, na Cadeira de História Política pela Universidade Severino Sombra – USS (2007); Pós-graduação Lato Sensu em Metodologia do Ensino Superior – Fundação Dom André Arcoverde – FAA (2000); Pós-graduações Lato Sensu em Direito Civil e Processo Civil pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus – São Paulo/SP (2010); Licenciatura em Letras pela Fundação Educacional Rosemar Pimentel – FERP (1973); Faculdade de Engenharia Civil pela Fundação Educacional Rosemar Pimentel – FERP – Inc. (1978); Bacharel em Administração de Empresas pela Faculdade de Ciências Administrativas – SOBEU – (1983); Bacharel em Direito pela Fundação Educacional Dom André Arcoverde – FAA (14 FEV 2003).

### **Bonnie Moraes Manhães de Azevedo**

Bacharel em Ciências Sociais (UENF), Pós-graduada em *Marketing Estratégico* (ESPM/RJ), Mestre em Antropologia (PPGA/UFF) e Doutora em Políticas Públicas, Estratégia e Desenvolvimento (PPED/UFRJ). Possui experiência em docência nas áreas de sociologia, antropologia e metodologia. Atuou como pesquisadora nas instituições onde se formou em temas como ritual, simbolismo e religião; antropologia do consumo; construção social do gosto; tribos urbanas e estilo de vida. Dedicou-se profissionalmente a trabalhos em pesquisa sobre cultura organizacional; instituições e desenvolvimento; nova economia institucional. Atualmente se dedica aos estudos de metodologia científica, com foco em metodologia qualitativa e no conjunto de conhecimentos instrumentais para melhor compreensão teórica/prática dessa disciplina. Administra dois sites voltados para melhorias na educação: [consultoriaemmetodologia.com.br](http://consultoriaemmetodologia.com.br) e [comoestudarmelhor.com.br](http://comoestudarmelhor.com.br). E-mail: [bonnieazevedo@gmail.com](mailto:bonnieazevedo@gmail.com)

### **Célia Barbosa Abreu**

Pós-doutorado em Direito - UERJ. Profª Adjunta da UFF. Docente Permanente do Doutorado em Direitos, Instituições e Negócios PPGDIN/UFF.

### **Cleyson de Moraes Mello**

Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UERJ. Departamento de Teorias e Fundamento do Direito. Diretor Adjunto da Faculdade de Direito de Valença – RJ; Professor Titular da Universidade Estácio de Sá – Rio de Janeiro – Brasil; Doutor e Mestre em Direito. [profcleysonmello@hotmail.com](mailto:profcleysonmello@hotmail.com)

### **Deo Campos Dutra**

Doutor em Direito pela PUC/RJ e pela Universidade Paris X. Foi pesquisador visitante na EHESS/Paris e pesquisador visitante na Queens Univesity/ Canadá. Realizou seu estágio pós-doutoral em Direito Comparado na École Normale Supérieure de Paris. É avaliador *ad hoc* do Ministério da Educação (INEP/MEC) para autorização e reconhecimento dos cursos de Direito. É professor e coordenador de pesquisa da Faculdade Doctum em Juiz de Fora/MG. E-mail: [deo\\_campos@yahoo.com.br](mailto:deo_campos@yahoo.com.br)

### **Fabiana Alves Mascarenhas**

Doutora e Mestre em Sociologia e Direito pelo Programa de Pós-graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense – PPGSD/UFF. Professora de Direito Processual na Faculdade de Direito do Centro de Ensino Superior de Valença – CESVA/FAA. Mediadora Judicial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro - TJ/RJ.

### **Gabriel Schulman**

Professor de Direito Civil da Universidade Positivo. Mestre em Direito pela UFPR. Doutor em Direito Civil pela UERJ. Advogado.

### **Guilherme Sandoval Góes**

Pesquisador do Programa Produtividade da UNESA. Pós-doutorando em Geopolítica, Cultura e Direito pela UNIFA. Doutor e Mestre em Direito pela UERJ. Professor Emérito da ECEME. Membro do PPGCA da UNIFA e PPGSID da ESG. Professor de Direito Constitucional da EMERJ, UNESA e UCAM. Diplomado pelo Naval War College dos Estados Unidos da América (Newport, Rhode Island). Chefe da Divisão de Geopolítica e Relações Internacionais da ESG. Agradeço o apoio do Programa Pesquisa Produtividade da UNESA.

### **Hugo de Brito Machado**

Juiz aposentado do TRF da 5ª Região; Professor Titular de Direito Tributário da UFC; Presidente do Instituto Cearense de Estudos Tributários; Membro da Academia Brasileira de Direito Tributário, da Associação Brasileira de Direito Financeiro, da Academia Internacional de Direito e Economia, do Instituto Ibero-americano de Direito Público e da *International Fiscal Association*.

### **João Eduardo de Alves Pereira**

Doutor em Engenharia de Produção pela Coppe/Universidade Federal do Rio de Janeiro (2002). Mestre em Geografia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (1992). Professor da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e da Faculdade de Direito de Valença.

### **Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho**

Desembargador aposentado do TJRJ. Professor Adjunto de Direito Processual Penal da UERJ. Pós-doutor pela Universidade de Coimbra, doutor pela UERJ, Mestre pela PUC-RJ.

### **Marcella Alves Mascarenhas Nardelli**

Doutora em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito de Campos. Professora adjunta de Direito Processual Penal na Universidade Federal de Juiz de Fora.

### **Maria Celina Bodin de Moraes**

Professora Titular da Faculdade de Direito da UERJ. Professora Associada da PUC-Rio.

### **Maria Lúcia de Paula Oliveira**

Doutora em Direito - PUC-SP. Prof<sup>a</sup> adjunta da UNIRIO e da PUC-RIO. Procuradora da Fazenda Nacional.

### **Raphael Carvalho de Vasconcelos**

Professor de Direito Internacional da UERJ e da UFRRJ. Advogado e Consultor. rvasconcelos@raphaelvasconcelos.com

**Rosângela M. A. Zagaglia**

Defensora Pública; Doutora pelo Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da UERJ na área Transformações do Direito Privado, Cidade e Sociedade, linha de pesquisa Direito Civil. Doutora pelo Programa de Pós-graduação da Universidad del Museo Social Argentino. Professora da graduação e da Pós-graduação em Direito Especial da Criança e do Adolescente da Faculdade de Direito da UERJ, Professora da Graduação/EAD da UNESA, em Direito da Criança e do Adolescente.

# Sumário

Apresentação <b>José Rogério Moura de Almeida Filho</b>	11
O significado comumente aceito do vocábulo <i>jus</i> <b>André R.C. Fontes</b>	13
As sete décadas de projeção da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948-2018) e a necessária preservação de seu legado <b>Antônio Augusto Cançado Trindade</b>	17
A construção do Sistema Comercial Internacional Sinocêntrico: a nova Rota da Seda <b>Antônio Celso Alves Pereira e João Eduardo de Alves Pereira</b>	49
O município no Brasil-Colônia, expressões e limites do poder local <b>Arno Wehling</b>	61
Responsabilidade Médica: um estudo sobre o Erro Humano, como elemento subjetivo do ilícito, caracterizado pela negligência, imprudência ou imperícia <b>Ayrton Carlos Gomes de Oliveira</b>	75
<i>Jus</i> cientificidade: uma proposta de renovação das características da metodologia e dos métodos aplicados ao estudo do direito <b>Bonnie Moraes Manhães de Azevedo</b>	85
Os desafios da efetivação dos Direitos das Pessoas com Deficiência: meios institucionais no plano internacional para a busca da autonomia e da isonomia <b>Célia Barbosa Abreu e Maria Lúcia de Paula Oliveira</b>	95
Os teoremas da diferença ontológica e do círculo hermenêutico em Heidegger <b>Cleyson de Moraes Mello</b>	123

---

Para além do universalismo e do particularismo: os Direitos Humanos como núcleo comum da resistência <b>Deo Campos Dutra</b>	135
A busca da verdade e a concretização da função Epistêmica do Processo <b>Fabiana Alves Mascarenhas e Marcella Alves Mascarenhas Nardelli</b>	147
O Projeto Epistemológico Metaconstitucional e o Controle de Convencionalidade <b>Guilherme Sandoval Góes</b>	167
As taxas no Direito brasileiro <b>Hugo de Brito Machado</b>	191
As repercussões do novo CPC em relação às condições da ação no processo penal <b>Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho</b>	229
Ensaio sobre as iniquidades da fiança locatícia gratuita <b>Maria Celina Bodin de Moraes e Gabriel Schulman</b>	239
Direito internacional, eficácia e efetividade <b>Raphael Carvalho de Vasconcelos</b>	271
As várias faces da proteção integral <b>Rosângela M. A. Zagaglia</b>	299

# Apresentação

É com grande satisfação que apresentamos à comunidade brasileira a edição comemorativa da Revista Interdisciplinar de Direito da Faculdade de Direito, referente aos 50 anos da Faculdade de Direito de Valença. A produção científica que conforma esta obra coletiva tem como autores renomados juristas nacionais, bem como integrantes do corpo docente.

Convidamos todos à leitura.

Valença, 02 de novembro de 2018.

**José Rogério Moura de Almeida Filho**

Presidente da Fundação Educacional D. André Arcoverde



# O significado comumente aceito do vocábulo *jus*

André R.C. Fontes<sup>1</sup>

Na primeira leitura dos mais antigos escritos romanos, originários do *período histórico*,<sup>2</sup> o vocábulo latino *jus*<sup>3</sup> encontra-se precisamente delimitado: ele é evocado para se contrapor a *fas* (*nefas*).<sup>4</sup> Essa contraposição não significa antítese entre o *jus* e o *fas*, entre a *lex humana* e a *lex divina*, pois o nexa cordinal entre o Direito e a Religião se põe de manifesto em todas as normas primitivas.<sup>5</sup> Compreende-se o *jus*<sup>6</sup> como direito profano e *fas* como direito sagrado.<sup>7</sup> O *fas* é direito religioso, santo ou revelado e, por se fundar na vontade dos deuses, é imutável.<sup>8</sup> O *jus* é de instituição humana, portanto, variável e sujeito a aperfeiçoamentos; sua

<sup>1</sup> Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Professor na Universidade do Rio de Janeiro (Uni-Rio) e Desembargador no Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Rio de Janeiro e Espírito Santo).

<sup>2</sup> Isto é, a partir do momento em que temos documento escrito sobre o Direito Romano – cf. J.C. Moreira Alves *Direito Romano*. v. 1. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 93. Longo, Giannetto. *Diritto Romano*. Turim: UTET, 1939, p. 5.

<sup>3</sup> É desconhecida a origem do vocábulo *jus*. Anota Bonfante que *jus* não deriva de *justum*, nem de *Jussum*, que são palavras que derivam, elas sim de *jus*. Tampouco a raiz grega “iug” é a origem. Tendem os linguistas modernos a reconhecer essa palavra, assim como *jurare* ao vocábulo sânscrito “iaus”, não obstante esse termo se achar apenas uma vez citado nos Veda, com um obscuro significado de “felicidade” ou “saúde”, com um cunho religioso – in *Istituzioni di Diritto Romano*, 3. ed., Milão: Francesco Vallardi, 1902. p.7. A única definição de *jus* existente nas fontes é de Celso. *Ius est ars boni et aequi*. O direito é o sistema do bom e do justo. Nóbrega, Vandick Londres da *História e sistema de Direito Romano*, 2. ed. Rio de Janeiro-São Paulo: Freitas, Bastos, 1959, p. 113.

<sup>4</sup> Guarino, Antonio. *L'Ordinamento Giuridico Romano*, 2. ed., Nápoles: Jovene, 1956. p. 39.

<sup>5</sup> Iglesias, Juan. *Derecho Romano*, 12. ed., Barcelona: Ariel, 1999. p. 57.

<sup>6</sup> Conquanto não sejam objeto de apreciação as relações do *jus* com a *actio*, um estudo complementar se faz necessário para delimitar o alcance do termo *jus*. No Direito moderno, a diferenciação entre *jus* e *actio* tornou-se completa: o *jus* existe *per se*, é o *primum*, enquanto que a *actio* nasce no caso de uma violação. cf. Cogliolo, Pietro. *Saggi sopra L'Evoluzione del Diritto Privato*. Roma: Fratelli Bocca, 1885. p. 108. É de boa lembrança que nos tempos primitivos *actio* é o ato de guerra com o qual uma gente não defende contra a violação tentada, mas reage contra uma violação cumprida do seu direito, recuperando à força o território e as outras coisas próprias da gente que dele quis se apossar, readquirindo o gozo de uma servidão, vindicando-o com o possuidor as coisas do ofensor, ou matando ou o tornando servo, de cada lesão sofrida também por falta de uma obrigação contratual. Cf. Silvio Perozzi *Istituzioni di Diritto Romano*, Roma: Atheneum, 1928. p. 47-48.

<sup>7</sup> Por todos os autores que reconhecem e afirmam tal assertiva J.C. Moreira Alves *Direito Romano*, 8. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 93.

<sup>8</sup> Ihering, Rudolf von *El espíritu del derecho romano*, trad. do alemão para o castelhano por Enrique Príncipe y Satorres. v. 1. México: Oxford University Press, 2001. p. 190-191.

força obrigatória reside no acordo geral do povo e sua inobservância só prejudica interesses puramente humanos.<sup>9</sup> O *fas* encontra atuação, fundamentalmente, no campo do Direito Público, como são, por exemplo, as *legis sacratae* que tornaram invioláveis os tribunais da plebe.<sup>10</sup> O Direito Privado era menos acessível à influência religiosa, porque as questões patrimoniais nada tinham em comum, em regra, com a religião, e por isso sua importância permaneceu limitada às relações jurídicas familiares, em razão da importância doméstica da religião,<sup>11</sup> uma vez que a família romana estava sob a proteção do *fas* e a casa onde ela morava ser também habitada pelos deuses domésticos – como seria exemplo o casamento incestuoso.<sup>12</sup>

Nenhuma sociedade se moderniza sem se secularizar; nenhuma secularização se expande sem que isso importe necessariamente no aparecimento de atitudes críticas diante de certos valores.<sup>13</sup> Se originalmente a religião e o direito se sujeitavam a uma estreita *conexão*, que no Direito Romano poder-se-ia classificar de *justaposta*,<sup>14</sup> para em seguida distinguirem o que correspondesse ou não à vontade dos deuses,<sup>15</sup> o *jus* se destaca por seu caráter secular<sup>16</sup> e gradativamente vai-se impondo ao *fas*, de modo que, no *direito clássico*, é reduzida a influência do direito sagrado.<sup>17</sup>

Um longo processo de secularização decorreu até que da palavra *jus* precederia a compreensão do que hoje se entende simultaneamente por direito objetivo e subjetivo.<sup>18</sup> O vocábulo *fas* começou a designar o que era lícito, mas depois de um processo de abstração<sup>19</sup> acabou por significar a norma jurídica (ou o seu conjunto)

<sup>9</sup> Ihering. *Idem*. p. 191.

<sup>10</sup> J.C. Moreira Alves. *Direito Romano*, v. 1, 8. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 93.

<sup>11</sup> Amaral, Francisco. *op. cit.* p. 26. Matos Peixoto. *op. cit.* p. 204. Pachioni. p. 53-54. Ihering. *Espírito del derecho romano*. I § 18 e 18 a.

<sup>12</sup> Amaral, Francisco. *Introdução ao Direito Romano*. 4. ed. Rio de Janeiro: Edição Universitária, 1996, p. 26. Ainda hoje se entende que a mesma abominação romana ao casamento incestuoso é vedação sagrada e, portanto, é tratada no sistema judaico-cristão como proibição revelada (Pentateuco, Levítico, capítulo 18).

<sup>13</sup> Tal observação inolvidável não é de um jurista, mas de um eminente economista, o Prof. L. A. Costa Pinto da Universidade Federal do Rio de Janeiro, na obra em que coordenou com outro docente daquela instituição, o Professor W. Bazzanella, no livro *Teoria do Desenvolvimento* – Rio de Janeiro: Zahar, 1967. p. 114. O tema da secularização foi tratado entre nós por Nelson Saldanha em *Secularização e Democracia*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003. *passim*.

<sup>14</sup> Ao contrário do que ocorria entre outros povos, em Roma as relações entre a religião e o direito não eram de absoluta  *fusão* ou *interpenetração*, mas apenas de *justaposição*, pois, como ficou registrado ao lado do direito divino chamado *fas*, havia o direito profano chamado *jus*. José Carlos de Matos Peixoto. *Curso de Direito Romano*. 4. ed., Rio de Janeiro: Hadad Editor, 1960, p. 204.

<sup>15</sup> Santos Justo. *Direito Privado Romano*, v. 1, 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 27.

<sup>16</sup> D’Ors., Alvaro *Elementos de Drecho Privado Romano*, Pamplona: Estúdios General de Navarra, 1960. p. 14.

<sup>17</sup> J.C. Moreira Alves. *op.cit.*

<sup>18</sup> A. Rangio-Ruiz, Vincenzo. *Istituzioni di Diritto Romano*. 14. ed. Nápoles: Jovene, 1980, p. 21.

<sup>19</sup> Vittorio Emmanuele Orlando e Cesare Vivante, em nota à tradução italiana da *Dottrina Generale dello Stato* de Georg Jellinek (Roma: Athenaeum, 1921, p. 264 e seguintes). “Na

do que era permitido aos homens pelos deuses e que seria sancionado com penas religiosas,<sup>20</sup> uma vez que de *ius divinum* se tratava.<sup>21</sup> *Jus* começou a significar o que era lícito, e, portanto, permitido pela vontade divina.<sup>22</sup> Diz-se que *fas est* equivaleria ao *ius est* e com isso evoluiu em dois sentidos: (a) o de *jus divinum*, constituído por normas que disciplinam as relações entre o homem e os deuses; e (b) o *ius humanum*, formado por normas que regulamentam as relações entre os homens. Passa o *jus* a se confundir, na acepção de *ius divinum*, com o *fas*, e afasta-se então do *ius humanum*.<sup>23</sup>

Os romanos não eram dados à abstração, razão porque não chegaram a fixar expressamente a distinção teórica e abstrata entre o direito objetivo e o direito subjetivo, mas não se nega que os dois aspectos são revelações diversas de um mesmo produto: o *jus*.<sup>24</sup> O direito subjetivo não é a tradução do *jus*, que os romanos empregavam promiscuamente, quer para indicar o *poder*, quer a *ordem jurídica*, mas é a especificação comumente aceita e que mais prolifera do termo.<sup>25</sup> Em tal perspectiva poder-se-ia indagar da possibilidade de o termo *jus* também ter outros significados, de modo a sugerir a indicação de outras figuras jurídicas, ou, como tem sido na constância das monografias e outros textos sobre o assunto, se limitar a traduzir de forma atualizada a fonte histórica do conceito de direito subjetivo.<sup>26</sup>

---

base da abstração jurídica está toda uma série de processos reais, verificados no mundo exterior e em nosso ser interno”

<sup>20</sup> Santos Justo. *Direito Privado Romano*. v. 1, 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 27.

<sup>21</sup> *Ibidem*. As causas da distinção do *jus* do *fas* são merecedoras de um estudo próprio e distinto, portanto não apropriados ao trabalho em exame. Uma amostra da profundidade do assunto pode ser encontrada no livro de Antonio Guarino *L'Ordinamento Giuridico Romano*, 2. ed., Nápoles: Jovene, 1956. p. 39 e seguintes.

<sup>22</sup> Sobre a laicização do *jus* ver Jean-Louis Thireau *Introduction historique au Droit*, Paris: Flammarion, 2001. p. 60.

<sup>23</sup> *Ibidem*.

<sup>24</sup> Moreira Alves, José Carlos. *Direito Romano*, 8. ed., Rio de Janeiro: Forense. 1992. p. 106. Fritz Schulz. *Prinzipien des römischen Rechts*. Munique e Lípsia: Verlag von Duncker & Humblot, 1934. p. 30.

<sup>25</sup> A. Rangio-Ruiz, *op. cit.* p. 22. Jörs, Paul, Kunkel, Wolfgang, *Derecho Privado Romano*, tradução do alemão para o castelhano por L. Pietro Castro, Barcelona: Editorial Labor, 1937. p. 78. Aru, Luigi, Orestano, Ricardo, *Sinopsis de Derecho Romano*, tradução para o castelhano por Manuel Campos, Madri: 1964. p. 21.

<sup>26</sup> Que o *jus* tenha outros significados além das noções de Direito objetivo e subjetivo não se duvida, porque o termo compreende até as noções de *situação jurídica* e *posição jurídica*. Nesse sentido: Max Kaser *Direito Romano*, tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. p. 45. Contardo Ferrini em seu monumental *Diritto Romano* diz que *jus* significa tanto a *norma jurídica* quanto o *interesse* que é afirmado e tutelado por ela (2. ed., Milão: Ulrico Hoepli, 1898. p. 10). Demais disso, os romanos ainda usavam os termos *jus* e *lex* para indicar o direito objetivo (Vandick Londres da Nóbrega, *História e sistema de Direito Privado Romano*, 2. ed., Rio de Janeiro-São Paulo: Freitas Bastos, 1954. P. 111), o *jus* tem significado que resulta da compreensão que se lhe quer dar e não necessariamente de uma ideia única, original e autêntica do Direito Romano.

O pensamento romano sobre a noção do *jus* seguiu um movimento que redundou na formação do que contemporaneamente se tem pela ideia do direito subjetivo.<sup>27</sup> E isso é reconhecido universalmente, de tal maneira que a noção de direito subjetivo é, geral e normalmente, suscitada a partir da premissa de que teria a sua *origem e configuração* especificamente do *jus*. Questão que se levanta é se o direito subjetivo é diretamente extraído (mas não originário) da noção aceita normalmente do *jus* ou se haveria um direito subjetivo perfeitamente identificável no direito romano. Ou ainda: se o significado mais aceito é o de que o direito subjetivo é fonte do *jus* e o que aparentemente leva à conclusão de que outra situação jurídica não seria extraída.<sup>28</sup>

---

<sup>27</sup> Nesse sentido, por todos, Caio Mario, *Instituições, op. cit.*

<sup>28</sup> É ampla a literatura sobre as relações do *fás* com o *jus*. Por todos Antonio Guarino *L'Ordinamento* p. 37 e seguintes. Sobre o problema genético do *jus* v. Arangio Ruiz *Instituzioni*, p. 22 e seguintes. Da mesma forma Giuseppe Grosso *Premessa Generali al Corso di Diritto Romano*, 4. ed., Turim: G. Giappichelli, 1960. p. 64 e seguintes. Max Kaser *Das altrömische Jus*, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1949. Lauro Chiazese *Introduzione allo studio di Diritto Romano Privato*, Roma: Tipografia Consorzio Nazionale, 1931. p. 63 e seguintes.

# As sete décadas de projeção da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948-2018) e a necessária preservação de seu legado

Antônio Augusto Cançado Trindade<sup>1</sup>

## Resumo

O presente trabalho faz parte das comemorações dos 70 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Primeiro, descreve o processo de preparação e de adoção da Declaração e o que significou. A seguir, analisa o seu alcance para o Direito Internacional, a sua recepção no direito nacional dos Estados, bem como as Duas Conferências Mundiais de Direitos Humanos. Depois, procura demonstrar o amplo alcance das obrigações convencionais para a proteção integral dos Direitos Humanos. Por fim, o ensaio finaliza mostrando as tendências para o futuro da proteção internacional dos Direitos Humanos.

**Palavras-chave:** Direitos humanos; declaração universal dos direitos humanos; primazia da norma mais favorável à pessoa humana.

## Abstract

This work is part of the celebrations of the 70 years of the Universal Declaration of Human Rights. First, it describes the process of preparation and adoption of the Declaration and what it meant. After that, it analyzes the extent of the Declaration in International Law, its reception in domestic law, as well as the Two World Conferences on Human Rights. Then, this essay demonstrates the wide latitude of conventional obligations to the protection of Human Rights as a whole. Finally, this work concludes by unveiling the trends for the future of the International Protection of Human Rights

**Keywords:** Human rights; universal declaration of human rights; primacy of the most favorable norm to the human person.

## Observações Introdutórias

Ao longo de sete décadas, desde a adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos (em 10.12.1948), a salvaguarda dos direitos inerentes à pessoa humana tem se consolidado como propósito básico da comunidade internacional, e ocupa

<sup>1</sup> Juiz da Corte Internacional de Justiça (Haia); Ex-presidente da Corte Inter-americana de Direitos Humanos; Professor Emérito de Direito Internacional da Universidade de Brasília; Doutor Honoris Causa em diversas Universidades na América Latina, Europa, e Ásia; Membro Titular do Curatorium da Academia de Direito Internacional da Haia, e do Institut de Droit International.

uma posição central na agenda internacional nesta segunda década do século XXI, não obstante as prolongadas divisões ideológicas do mundo e as reiteradas manifestações da perene brutalidade humana. A universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos encontraram expressão na Declaração Universal de 1948<sup>2</sup> e daí se projetaram a sucessivos e numerosos tratados e instrumentos de proteção, nos planos global (Nações Unidas) e regional, e a Constituições e legislações nacionais, reafirmando-se em duas Conferências Mundiais de Direitos Humanos (Teerá, 1968, e Viena, 1993).

Para todos os que atuamos no campo da proteção internacional dos direitos humanos, o ano de 2018 vem a ser particularmente significativo: marca os setenta anos das Declarações Universal e Americana dos Direitos Humanos, assim como da Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (adotada na véspera da Declaração Universal, em 09.12.1948)<sup>3</sup>. Marca os setenta anos de um movimento universal irreversível de resgate do ser humano como sujeito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, dotado de plena capacidade jurídica internacional<sup>4</sup>.

No presente ensaio, examinarei, inicialmente, o processo preparatório, a adoção e a significação da Declaração Universal de 1948, sua projeção no direito internacional e no direito interno dos Estados, assim como nas duas Conferências Mundiais de Direitos Humanos e no seguimento de ambas. A seguir, concentrar-me-ei no amplo alcance das obrigações convencionais internacionais em matéria de proteção dos direitos humanos. O campo estará então aberto à apresentação de minhas considerações finais acerca do futuro da proteção internacional dos direitos humanos.

De início, não há como negar que, a par dos avanços logrados neste domínio de proteção ao longo das sete últimas décadas, surgem, não obstante, novos obstáculos e desafios, materializados sobretudo na marginalização e exclusão sociais de segmentos crescentes da população, na diversificação de fontes de violações de direitos humanos e na impunidade de seus perpetradores. Impõe-se, assim, um entendimento mais claro do amplo alcance das obrigações convencionais de proteção, que vinculam não só os governos, mas os próprios Estados (todos os

<sup>2</sup> Cf. A.A. Cançado Trindade, “L’interdépendance de tous les droits de l’homme et leur mise en oeuvre: obstacles et enjeux”, 158 *Revue internationale des sciences sociales* - UNESCO/Paris (1998) pp. 571-582 (também publicado em inglês, árabe, chinês e russo); A.A. Cançado Trindade, “Nouvelles réflexions sur l’interdépendance ou l’indivisibilité de tous les droits de l’homme, une décennie après la Conférence Mondiale de Vienne”, in *El Derecho Internacional: Normas, Hechos y Valores - Liber Amicorum J.A. Pastor Ridruejo* (eds. L. Caffisch et alii), Madrid, Universidad Complutense, 2005, pp. 59-73.

<sup>3</sup> Para um estudo recente sobre a interpretação e aplicação da Convenção contra o Genocídio de 1948, cf. A.A. Cançado Trindade, *A Responsabilidade do Estado sob a Convenção contra o Genocídio: Em Defesa da Dignidade Humana*, Fortaleza, IBDH/IIDH, 2015, pp. 9-265.

<sup>4</sup> Há cerca de cinquenta anos publicava eu minha primeira monografia sobre o tema (A.A. Cançado Trindade, *Fundamentos Jurídicos dos Direitos Humanos*, Belo Horizonte, Ed. Faculdade de Direito da UFMG, 1969, pp. 1-55), que, desde então, incorporou-se inelutavelmente ao cotidiano de minha vida acadêmica e profissional.

seus poderes, órgãos e agentes) e se aplicam em todas as circunstâncias (inclusive nos estados de emergência).

Tendo presente o legado da Declaração Universal de 1948, impõem-se, ademais, como veremos, tanto a adoção e o aperfeiçoamento de medidas nacionais de implementação dos instrumentos internacionais de proteção, assim como a adoção de mecanismos internacionais de prevenção e seguimento (monitoramento contínuo). É este o entendimento subjacente ao presente estudo; no longo caminho que resta a percorrer, somente à luz de uma visão necessariamente integral de todos os direitos humanos lograremos continuar a avançar com eficácia na obra de construção de uma cultura universal de observância dos direitos inerentes à pessoa humana. Passemos, pois, ao exame das sete primeiras décadas dessa grande obra.

## **Processo preparatório, adoção e significação da Declaração Universal de 1948**

O processo de generalização da proteção dos direitos humanos desencadeou-se no plano internacional a partir da adoção, em 1948, da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Era preocupação corrente, na época, a restauração do direito internacional em que viesse a ser reconhecida a capacidade processual dos indivíduos e grupos sociais no plano internacional<sup>5</sup>. Para isto contribuíram de modo decisivo as duras lições legadas pelas atrocidades da II Guerra Mundial. Já não se tratava de proteger indivíduos sob certas condições ou em situações circunscritas como no passado (e.g., proteção de minorias, de habitantes de territórios sob mandato, de trabalhadores sob as primeiras convenções da Organização Internacional do Trabalho - OIT), mas doravante de proteger o ser humano como tal.

Subjacentes aos esforços e iniciativas desencadeados a partir da elaboração e adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos estavam as premissas básicas de que os direitos proclamados eram claramente concebidos como inerentes à pessoa humana, a todos os seres humanos (portanto anteriores a toda e qualquer forma de organização política ou social), e de que a ação de proteção de tais direitos não se esgotava - não poderia esgotar-se - na ação do Estado. Precisamente, quando as vias internas ou nacionais se mostrassem incapazes de assegurar a salvaguarda desses direitos, é que se haveria de acionar os instrumentos internacionais de proteção.

Os trabalhos preparatórios da Declaração Universal dos Direitos Humanos abarcaram uma série de decisões tomadas no biênio 1947-1948, a partir da primeira sessão regular da antiga Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas em fevereiro de 1947. Naquele momento já se dispunha de propostas a respeito, enviadas à Assembleia Geral das Nações Unidas no trimestre de outubro

---

<sup>5</sup> Cf. A. A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, 2a. ed., vol. I, Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 2003, pp. 33-87, e fontes ali citadas.

a dezembro de 1946. Para um instrumento internacional que passaria a assumir importância transcendental, como universalmente reconhecido em nossos dias, os *travaux préparatoires* da Declaração Universal de 1948 desenvolveram-se em um período de tempo relativamente curto, em um dos poucos lampejos de lucidez no decorrer do século passado.

Ao labor da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas e de seu Grupo de Trabalho (maio de 1947 a junho de 1948), - com as consultas paralelas realizadas pela UNESCO, em 1947<sup>6</sup>, seguiram-se os debates da III Comissão da Assembleia Geral das Nações Unidas (setembro de 1948)<sup>7</sup>. O texto daí resultante foi, enfim, aprovado e adotado na forma da Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948: dos então 58 Estados membros da ONU, 48 votaram a favor, nenhum contra, oito se abstiveram e dois encontravam-se ausentes na ocasião.

O projeto original de uma Declaração internacional sobre a matéria evoluíra rumo a um projeto de Declaração Universal; a busca da universalidade - com base na própria diversidade cultural - depreendia-se com clareza, e.g., das referidas consultas realizadas pela UNESCO (1947) como contribuição ao processo preparatório. O plano geral era de uma Carta Internacional de Direitos Humanos, da qual a Declaração seria apenas a primeira parte a ser complementada por uma Convenção ou Convenções - posteriormente denominadas Pactos - e medidas de implementação. Estas últimas não constavam, pois, da Declaração Universal<sup>8</sup>, que, no entanto, significativamente incluiu tanto os direitos civis e políticos (artigos 2-21) quanto os direitos econômicos, sociais e culturais (artigos 22-28).

Cabe recordar que a Declaração Universal, de dezembro de 1948, foi precedida em meses pela Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (de abril de 1948). Uma e outra proclamaram, a par dos direitos consagrados, os deveres correspondentes. Embora não tão ordenada

<sup>6</sup> 4 Cf. [UNESCO,] *Los Derechos del Hombre - Estudios y Comentarios en torno a la Nueva Declaración Universal Reunidos por la UNESCO*, México/Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1949, apêndice I, pp. 227-232.

<sup>7</sup> Para um exame do processo preparatório, cf. R. Cassin, “Quelques souvenirs sur la Déclaration Universelle de 1948”, 15 *Revue de droit contemporain* (1968) pp. 1-14; R. Cassin, “La Déclaration Universelle et la mise en oeuvre des droits de l’homme”, 79 *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye* (1951) pp. 183-279; Ch. de Visscher, “Les droits fondamentaux de l’homme, base d’une restauration du droit international”, 45 *Annuaire de l’Institut de Droit International* (1947) pp. 1-13; J. Humphrey, “The Universal Declaration of Human Rights: Its History, Impact and Juridical Character”, in *Human Rights: Thirty Years after the Universal Declaration* (ed. B.G. Ramcharan), The Hague, Nijhoff, 1979, pp. 21-37; J. Humphrey, *Human Rights and the United Nations: A Great Adventure*, Dobbs Ferry/N.Y., Transnational Publs., 1984, pp. 1ss.; J. Morsink, *The Universal Declaration of Human Rights - Origins, Drafting and Intent*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1999, pp. 281-328.

<sup>8</sup> Propostas relativas a um direito de petição internacional, e a direitos de minorias, terminaram por não ser incluídas na Declaração Universal; a concepção de medidas de implementação foi deixada aos anos vindouros.

como a Declaração Universal, a Declaração Americana permite um paralelo com aquela<sup>9</sup>. Uma significativa contribuição da Declaração Americana à Universal consistiu na formulação original - de origem latino-americana - do direito a um recurso eficaz ante os tribunais nacionais, transplantada da primeira (artigo 18) à segunda (artigo 8)<sup>10</sup>.

Com efeito, a inserção de tal garantia na Declaração Americana ocorreu quando, paralelamente, a Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas e seu Grupo de Trabalho ainda preparavam o Projeto de Declaração Universal; sua inserção foi confirmada nos debates subsequentes (de 1948) da III Comissão da Assembleia Geral das Nações Unidas<sup>11</sup>. Tal disposição representa, como amplamente reconhecido na atualidade, um dos pilares básicos do próprio Estado de Direito em uma sociedade democrática.

Em perspectiva histórica, é altamente significativo que a Declaração Universal de 1948 tenha propugnado uma concepção necessariamente integral ou holística de todos os direitos humanos. Transcendendo as divisões ideológicas do mundo de seu próprio tempo, situou assim no mesmo plano todas as “categorias” de direitos - civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. Esse enfoque seria retomado duas décadas depois, na I Conferência Mundial de Direitos Humanos (1968), e nele se insistiria posteriormente na II Conferência Mundial de Direitos Humanos (1993). Os direitos proclamados compreenderam os de caráter pessoal, os atinentes às relações do indivíduo com grupos e o mundo exterior, as liberdades públicas e os direitos políticos, assim como os direitos econômicos, sociais e culturais<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> Para um paralelo entre as duas Declarações de 1948, cf. A.A. Cançado Trindade, “Reflexiones sobre las Declaraciones Universal y Americana de Derechos Humanos de 1948 con Ocasión de su Cuadragésimo Aniversario”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos* (1989) n°. especial, pp. 121-129.

<sup>10</sup> E daí às Convenções Europeia e Americana sobre Direitos Humanos (artigos 13 e 25, respectivamente), assim como ao Pacto de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas (artigo 2(3)); sob a Convenção Europeia, em particular, tem aquela disposição gerado uma vasta jurisprudência, além de denso debate doutrinal. - Embora, à época da adoção das Declarações Americana e Universal de 1948, se tratasse de uma inovação no plano internacional, em muito fortaleceu a proposta latino-americana o fato de que o direito em questão já se encontrava reconhecido na maior parte das legislações nacionais latino-americanas (na forma do recurso de amparo), de modo a submeter os abusos do poder público ao controle do Poder Judiciário. O que se logrou em 1948, quando da adoção das Declarações Americana e Universal, foi, pois, transplantar o reconhecimento deste direito igualmente ao plano internacional. Cf. A. Verdoodt, *Naissance et signification de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme*, Louvain/ Paris, Éd. Nauwelaerts, [1963], pp. 116 e 118.

<sup>11</sup> Cf. R. Cassin, “Quelques souvenirs sur la Déclaration Universelle de 1948”, 15 *Revue de droit contemporain* (1968) n°. 1, p. 10; e cf. também A. Verdoodt, *op. cit. supra* n°. (9), pp. 116-119.

<sup>12</sup> Sobre o conteúdo da Declaração Universal, cf., e.g., R. Cassin, “La Déclaration Universelle et la mise en oeuvre des droits de l'homme”, 79 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1951) pp. 183-279; R. Cassin, *La Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948*, Paris, Académie des Sciences Morales et Politiques, 1958; K. Vasak, “Le droit international des droits de l'homme”, 140 *Recueil des Cours de l'Académie de*

## Projeção da Declaração Universal de 1948 no Direito Internacional e no Direito Interno

A experiência internacional em matéria de proteção dos direitos humanos tem revelado, em diferentes momentos históricos, o consenso quanto à universalidade desses direitos, mais além das diferenças quanto a concepções doutrinárias e ideológicas e particularidades culturais. Foi, assim, possível alcançar uma Declaração Universal no mundo profundamente dividido do pós-guerra; foi igualmente possível, em plena guerra-fria, adotar os dois Pactos de Direitos Humanos de 1966 em votação à qual concorreram países tanto ocidentais quanto socialistas, com regimes socioeconômicos antagônicos, sem falar no chamado terceiro mundo.

Em meio a tantos antagonismos da época, foi possível afirmar a indivisibilidade de todos os direitos humanos. Já em suas duas primeiras décadas, a Declaração Universal passou a exercer considerável influência nos ordenamentos jurídicos tanto internacional como nacional<sup>13</sup>, superando obstáculos e avançando sua concepção em benefício de todos os seres humanos. Significativamente, a universalidade dos direitos humanos, proclamada pela Declaração Universal de 1948, veio ecoar nas duas Conferências Mundiais das Nações Unidas sobre a matéria, realizadas em Teerã (1968) e em Viena (1993).

Os países emancipados no processo da descolonização prontamente estenderam sua contribuição à evolução da proteção dos direitos humanos, premidos pelos problemas comuns da pobreza extrema, das enfermidades, das condições desumanas de vida, do *apartheid*, racismo e discriminação racial. O enfrentamento de tais problemas propiciou uma maior aproximação entre as diferentes concepções dos direitos humanos à luz de uma visão universal, refletida no aumento do número de ratificações dos instrumentos globais e na busca de maior eficácia dos mecanismos e procedimentos de proteção, assim como na adoção de novos tratados de proteção

---

*Droit International de La Haye* (1974) pp. 343-413. E cf. também: E.G. da Mata-Machado, *Contribuição ao Personalismo Jurídico*, Rio de Janeiro, Forense, 1954, pp. 53-70; G.B. Mello Bosen, *Internacionalização dos Direitos do Homem*, São Paulo, Sug. Literárias, 1972, pp. 2943; C.A. Dunshee de Abranches, *Proteção Internacional dos Direitos Humanos*, Rio de Janeiro/ São Paulo, Livr. Freitas Bastos, 1964, pp. 96-110; W. Ganshof van der Meersch, "Quarantième anniversaire de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme", 107 *Journal des Tribunaux* - Bruxelles (1988) n°. 5485, pp. 697-699.

<sup>13</sup> Cf. R. Cassin, "Twenty Years after the Universal Declaration", 8 *Journal of the International Commission of Jurists* (1967) pp. 1-16; L.B. Sohn, "The Universal Declaration of Human Rights: A Common Standard of Achievement? The Status of the Universal Declaration", *in ibid.*, pp. 17-26; T.R. Popescu, "The Significance of the Universal Declaration of Human Rights Two Decades after its Adoption", 2 *Revue Roumaine d'Études Internationales* (1968) pp. 111-124; B. Mirkine-Guetzévitch, "Quelques problèmes de la mise en oeuvre de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme", 83 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1953) pp. 255-376. E, quanto à década seguinte, cf., e.g., B.G. Ramcharan, *Human Rights: Thirty Years after the Universal Declaration*, Haia, Nijhoff, 1979, pp. 1ss.

nos planos global e regional, tidos como essencialmente complementares<sup>14</sup>, e atendendo a novas necessidades de proteção do ser humano.

O tempo relativamente curto em que se elaborou e adotou a Declaração Universal (*supra*) veio a contrastar com os prolongados trabalhos preparatórios dos dois Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas, que, juntamente com a Declaração Universal, conformariam a chamada Carta Internacional dos Direitos Humanos. Nos prolongados *travaux préparatoires* dos dois Pactos (e Protocolo Facultativo) fez-se constantemente presente a consideração cuidadosa das medidas de implementação.

Pode-se, com efeito, destacar quatro fases naqueles trabalhos, que se estenderam de 1947 a 1966: na primeira, de 1947 a 1950, a Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas trabalhou praticamente só, sem assistência direta do Conselho Econômico e Social (ECOSOC) ou da Assembleia Geral das Nações Unidas. De 1950 a 1954 os três órgãos atuaram conjuntamente, dividindo-se o período em 1951 com a importante decisão de ter dois Pactos ao invés de um<sup>15</sup>. O quarto e último período estendeu-se de 1954, data da conclusão pela Comissão de Direitos Humanos do projeto dos dois Pactos, até 1966, data de sua adoção (em que os trabalhos foram desenvolvidos pela própria Assembleia Geral e sua III Comissão).

A ideia inicial (debates de 1950 da Comissão de Direitos Humanos) era incluir em um único Pacto os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, dotados - para sua implementação - dos sistemas de relatórios e petições (em Protocolo separado). Diferenças quanto aos métodos de implementação de “distintas categorias” de direitos levaram à opção do projeto de dois pactos distintos, como uma solução de conciliação (apregoadá por René Cassin) entre a tese de um pacto único e a de pactos sucessivos<sup>16</sup>, reservado o sistema de petições

<sup>14</sup> Cf. A. A. Cançado Trindade, “Co-existence and Co-ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (At Global and Regional Levels)”, 202 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1987) pp. 21-435.

<sup>15</sup> O argumento que serviu de base a esta decisão (e que anos depois seria questionado no âmbito não só da própria ONU como também dos sistemas regionais de proteção) era o de que, enquanto os direitos civis e políticos eram suscetíveis de aplicação “imediate”, requerendo obrigações de abstenção por parte do Estado, os direitos econômicos, sociais e culturais eram passíveis de aplicação apenas progressiva, requerendo obrigações positivas (atuação) do Estado. - Para um estudo crítico, relativo à superação desta dicotomia, cf. A.A. Cançado Trindade, “A Questão da Implementação Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais”, 71 *Revista Brasileira de Estudos Políticos* (1990) pp. 7-55, esp. pp. 9-10 e 16-21; A.A. Cançado Trindade, “La question de la protection internationale des droits économiques, sociaux et culturels: évolution et tendances actuelles”, 44 *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional* (1991) pp. 13-41; A.A. Cançado Trindade, “Do Direito Econômico aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais”, in *Desenvolvimento Econômico e Intervenção do Estado na Ordem Constitucional - Estudos Jurídicos em Homenagem ao Professor Washington P. Albino de Souza* (coord. R.A.L. Camargo), Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 1995, pp. 9-38.

<sup>16</sup> R. Cassin, “La Déclaration Universelle et la mise en oeuvre des droits de l'homme”, 79 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1951) pp. 297-305, e cf. 241-362;

ou reclamações apenas aos direitos civis e políticos (e incorporado a um Protocolo Facultativo)<sup>17</sup>.

A contribuição da Comissão de Direitos Humanos não deve passar despercebida: apesar das diferenças (tanto em seu seio como no do ECOSOC e da Assembleia Geral) decorrentes dos conflitos ideológicos próprios do período da guerra fria e também marcados pelo processo incipiente de descolonização, conseguiu estabelecer as bases dos dois Pactos de Direitos Humanos<sup>18</sup>, a serem retomadas e elaboradas - de 1954 a 1966 - pela Assembleia Geral e sua III Comissão. Em 16 de dezembro de 1966 a Assembleia Geral adotou e abriu à assinatura, ratificação e adesão o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (por 105 votos a zero), o Pacto de Direitos Civis e Políticos (por 106 votos a zero) e o Protocolo Facultativo desse último (por 66 votos a 2, com 38 abstenções)<sup>19</sup>.

Com a adoção desses tratados gerais, somados à Declaração Universal de 1948, estava enfim completada a Carta Internacional dos Direitos Humanos. Ambos os pactos entraram em vigor uma década depois (em 1976), e, com sua aplicação nas décadas seguintes, alimentaram o processo histórico de generalização da proteção internacional dos direitos humanos, que passou a contar com dezenas de tratados “gerais” ou “especializados” de proteção<sup>20</sup>. Em 2016, celebrou-se o cinquentenário dos dois referidos Pactos de Direitos Humanos<sup>21</sup>.

Efetivamente, ao longo desse meio século, os dois Pactos de Direitos Humanos passaram a coexistir com numerosos instrumentos internacionais de proteção, de origens, natureza e efeitos jurídicos distintos ou variáveis (baseados em tratados e resoluções), de diferentes âmbitos de aplicação (nos planos global e regional), distintos também quanto aos seus destinatários ou beneficiários (tratados ou instrumentos gerais e setoriais) e quanto a seu exercício de funções e a seus mecanismos de controle e supervisão (essencialmente, os métodos de petições ou denúncias, de relatórios e de investigações). Formou-se, assim, gradualmente, um complexo *corpus juris*, em que, no entanto, a unidade conceitual dos direitos humanos veio a transcender tais diferenças, inclusive quanto às distintas formulações de direitos nos diversos instrumentos.

---

R. Cassin, “Quelques souvenirs sur la Déclaration Universelle de 1948”, 15 *Revue de droit contemporain* (1968) pp. 1-14.

<sup>17</sup> Para um estudo detalhado dos debates sobre as medidas de implementação dos dois Pactos, cf. A.A. Cançado Trindade, “A Implementação Internacional dos Direitos Humanos ao Final da Década de Setenta”, 22 *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais* (1979) pp. 341-248.

<sup>18</sup> J.-B. Marie, *La Commission des Droits de l’Homme de l’ONU*, Paris, Pédone, 1975, p. 168. 16 A.G., resolução 2200 A (XXI), in U.N. doc. A/6546, p. 67.

<sup>19</sup> A.G. resolução 2200 A (XXI), in U.N. doc. A/6546, p. 67.

<sup>20</sup> Para um exame do processo histórico de generalização da proteção internacional dos direitos humanos, cf. A. A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, *op. cit. supra* n. (3), pp. 62-77.

<sup>21</sup> Para um estudo, cf. [Vários Autores.] *O Cinquentenário dos Dois Pactos de Direitos Humanos da ONU* (eds. A.A. Cançado Trindade, C. Barros Leal e R. Zerbini R. Leão), vol. I, Fortaleza, IBDH/IIDH, 2016, pp. 7-316.

A multiplicidade desses instrumentos, adotados ao longo dos anos como respostas às necessidades de proteção e dotados de base convencional ou extraconvencional, afigurou-se antes como um reflexo do modo com que se desenvolveu o processo histórico da generalização da proteção internacional dos direitos da pessoa humana, no cenário de uma sociedade internacional descentralizada em que deviam operar. Ante a fragmentação histórica do *jus gentium* no *jus inter gentes* da primeira metade do século XX<sup>22</sup>, as consequências de uma centralização ou hierarquização dos instrumentos de proteção não puderam ser previstas, antecipadas ou propriamente avaliadas. Não obstante, a multiplicidade de instrumentos internacionais de proteção forma um todo harmônico e a unidade conceitual dos direitos humanos, todos inerentes à pessoa humana, veio a transcender as formulações distintas dos direitos consagrados em diversos instrumentos.

A Declaração Universal de 1948 abriu efetivamente caminho à adoção de sucessivos tratados e instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, que hoje operam em base regular e permanente, nos planos global e regional<sup>23</sup>. Em nada surpreende que a Declaração Universal viesse logo a ser tida como uma interpretação autêntica e elaboração da própria Carta das Nações Unidas (no tocante em particular a suas disposições sobre direitos humanos), dando assim conteúdo a algumas de suas normas.

A autoridade da Declaração Universal de 1948, nesse sentido, fortaleceu-se, ao vir a ser reconhecida como refletindo normas do direito internacional consuetudinário<sup>24</sup>; seus princípios passaram a ser vistos como correspondendo a princípios gerais do direito<sup>25</sup>. A esse fenômeno da *diversidade de meios e identidade de propósito* há que agregar a gradual superação de objeções clássicas como a da

---

<sup>22</sup> Cf. C. Parry, “Some Considerations upon the Protection of Individuals in International Law”, 90 *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye* (1956) pp. 657-723.

<sup>23</sup> B. Boutros-Ghali, “Introduction”, *Les Nations Unies et les droits de l’homme 1945-1995*, N.Y., U.N., 1995, pp. 3-133; A.A. Cançado Trindade, “The Current State of the International Implementation of Human Rights”, *Hague Yearbook of International Law* (1990) pp. 3-29; J. Humphrey, “The U.N. Charter and the Universal Declaration of Human Rights”, in *The International Protection of Human Rights* (ed. E. Luard), London, Thames and Hudson, 1967, pp. 39-58. Sobre a expansão da noção de direitos humanos a partir da Declaração Universal de 1948, cf. N. Valticos, “La notion des droits de l’homme en Droit international”, in *Le Droit international au service de la paix, de la justice et du développement - Mélanges M. Virally*, Paris, Pédone, 1991, pp. 483-491.

<sup>24</sup> J. Oraá Oraá e F. Gómez Isa, *La Declaración Universal de los Derechos Humanos - Un Breve Comentario en Su 50 Aniversario*, Bilbao, Edit. Universidad de Deusto, 1997, pp. 78, 80-81 e 84-85.

<sup>25</sup> Para um estudo geral, cf. J. Humphrey, *Human Rights and the United Nations: A Great Adventure*, op. cit. supra n. (6), pp. 1ss.; J. Humphrey, “The International Law of Human Rights in the Middle Twentieth Century”, in *The Present State of International Law and Other Essays* (Centenary Celebration of the International Law Association 1873-1973), Deventer, Kluwer, 1973, pp. 101ss.

pretensa competência nacional exclusiva ou domínio reservado dos Estados<sup>26</sup> e a concomitante asserção da capacidade de agir dos órgãos de supervisão internacionais.

De importância capital foi o papel exercido pelo processo dinâmico de interpretação na evolução da proteção internacional dos direitos humanos. A construção jurisprudencial de distintos órgãos de supervisão veio a mostrar-se, com efeito, convergente ao enfatizar o caráter objetivo das obrigações, os efeitos próprios (*effet utile*) dos tratados de direitos humanos, a interpretação dinâmica ou evolutiva desses últimos e a necessidade de realização do objeto e propósito dos tratados ou convenções em questão, e sua interação interpretativa, dada sua identidade básica de propósito<sup>27</sup>.

O fenômeno da hermenêutica própria dos tratados e convenções de direitos humanos veio a revelar a *complementaridade* dos instrumentos globais e regionais de proteção, reforçando-se mutuamente e acarretando a extensão ou ampliação da proteção devida às supostas vítimas. Descartou-se, desse modo, qualquer pretensão antagonismo entre soluções nos planos global e regional<sup>28</sup>, fazendo-se uso do direito internacional, no presente domínio, para ampliar, aprimorar e fortalecer a proteção dos direitos reconhecidos<sup>29</sup>, no âmbito da *universalidade* dos direitos humanos. A complementaridade dos instrumentos de direitos humanos nos planos global e regional veio a refletir em última análise a especificidade e a autonomia do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

<sup>26</sup> A.A. Cançado Trindade, *O Direito Internacional em um Mundo em Transformação*, Rio de Janeiro, Edit. Renovar, 2002, pp. 411-476; A.A. Cançado Trindade, "The Domestic Jurisdiction of States in the Practice of the United Nations and Regional Organisations", 25 *International and Comparative Law Quarterly* - Londres (1976) pp. 713-765; e cf. também J. Humphrey, "The U.N. Charter and the Universal Declaration of Human Rights", *op. cit. supra* n. (22), pp. 42-50.

<sup>27</sup> Cf. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. II, Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 1999, capítulo XI, pp. 23-200; A.A. Cançado Trindade, "A Evolução Doutrinária e Jurisprudencial da Proteção Internacional dos Direitos Humanos nos Planos Global e Regional: As Primeiras Quatro Décadas", 90 *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal* - Brasília (1986) pp. 233-288.

<sup>28</sup> Para um exame dos sistemas regionais no âmbito da universalidade dos direitos humanos, cf., e.g.: A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. III, Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 2003, capítulos XV-XVII, pp. 27-233; K. Vasak (ed.), *Les dimensions internationales des droits de l'homme*, Paris, UNESCO, 1978; K. Vasak (ed.), *The International Dimensions of Human Rights*, vols. 1-2, Westport, Conn./Paris, Greenwood/ UNESCO, 1982; W. Benedek e W. Heinz (eds.), *Regional Systems of Human Rights Protection in Africa, America and Europe* (Proceedings of the 1992 Strasbourg Conference), Bruxelas, Friedrich-Naumann-Stiftung, 1991, pp. 5-150 (vol. 1) and pp. 1-100 (vol. 2); R. Pinto, "Régionalisme et universalisme dans la protection des droits de l'homme", in *International Protection of Human Rights* (Proceedings of the VII Nobel Symposium, Oslo, setembro de 1967, eds. A. Eide e A. Schou), Estocolmo, Almqvist & Wiksell, 1968, pp. 177-192.

<sup>29</sup> A.A. Cançado Trindade, *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos - Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos*, São Paulo, Ed. Saraiva, 1991, pp. 1-59.

As indicações nesse sentido são inequívocas. Os instrumentos de direitos humanos nos planos global e regional têm encontrado uma fonte comum de inspiração na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, à qual se referem expressamente em seus preâmbulos. Em nada surpreende encontrar a liberdade de escolha (pelo indivíduo reclamante) do procedimento internacional - consagrada em disposições pertinentes dos próprios instrumentos internacionais, o que pode reduzir ou minimizar a possibilidade de conflito em nível internacional. Os instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos passaram a mostrar-se, assim, essencialmente complementares uns aos outros, nos planos global e regional<sup>30</sup>.

A operação, nesse sentido, de múltiplos instrumentos de proteção, fez com que se cristalizasse em definitivo o ideal comum de todos os povos (a “meta a alcançar”, o “*standard of achievement*”), consubstanciado na Carta Internacional dos Direitos Humanos (a Declaração Universal de 1948 e os dois Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas de 1966), complementada ao longo dos anos por dezenas de outros tratados “setoriais” de proteção e de convenções regionais, e consagrado ademais nas Constituições nacionais de numerosos países. Reconhecido como um ideal comum esse conjunto de valores e preceitos básicos, consubstanciado em um conjunto de normas jurídicas, o próximo passo consistiu na consagração de um núcleo básico de direitos inderrogáveis, consignados nos distintos tratados de direitos humanos, de reconhecimento universal.

Passou a manifestar-se um consenso da virtual totalidade dos Estados do mundo no sentido de fazer figurar, dentre as violações mais graves dos direitos humanos, os atos de genocídio, o *apartheid* e a discriminação racial, a prática de tortura e a de desaparecimentos forçadas de pessoas - o que implicava um acordo de princípios quanto a certos direitos básicos e inderrogáveis a serem gradualmente ampliados<sup>31</sup>. Passou-se a associar a proibição absoluta de tais violações graves dos direitos humanos com a emergência e consolidação do *jus cogens* no direito internacional contemporâneo e a gradual ampliação de seu conteúdo material no âmbito da proteção internacional dos direitos humanos<sup>32</sup>. Trata-se de claras

<sup>30</sup> O foco de atenção voltou-se, da ênfase tradicional na delimitação clássica de competências, à garantia de uma proteção cada vez mais eficaz dos direitos humanos. E não poderia ser de outra forma em um domínio de proteção em que primam interesses comuns superiores, considerações de *ordre public* e a noção de garantia coletiva.

<sup>31</sup> A. Cassese, *Los Derechos Humanos en el Mundo Contemporáneo*, Barcelona, Ed. Ariel, 1991, pp. 77-78, e cf. pp. 227-228 e 231; outra área de convergência, consignada na Ata Final de Helsinqui de 1975, se deu em relação à própria interação entre os direitos humanos e a paz, a requerer uma aceitação mais ampla e generalizada dos métodos de supervisão internacional. Tal aceitação passou a vislumbrar-se, paralelamente aos mecanismos de direitos humanos, e.g., no documento final da Conferência de Segurança e Cooperação Europeias (Viena, 1989) - a chamada “dimensão humana” da OSCE.

<sup>32</sup> Cf. A.A. Cançado Trindade, *Princípios do Direito Internacional Contemporâneo*, 2ª. ed. rev., Brasília, FUNAG, 2017, pp. 77, 80-81, 186-187 e 448; A.A. Cançado Trindade, “La Ampliación del Contenido Material del *Jus Cogens*”, in *XXXIV Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano - 2007*, Washington D.C., Secretaría

indicações de um novo *ethos*, da fixação de parâmetros de conduta em torno de valores básicos universais a serem observados e seguidos por todos os Estados e povos, tendo presente a nova dimensão dos direitos humanos a permear todas as áreas da atividade humana.

Referências à Declaração Universal de 1948 passaram a figurar na jurisprudência dos tribunais internacionais, inclusive da Corte Internacional de Justiça (CIJ)<sup>33</sup>. Em meu Voto Arrazoado no Parecer da CIJ de 21.07.2010 sobre a *Declaração de Independência de Kosovo*, ponderei *inter alia* que a extraordinária projeção da Declaração Universal dos Direitos Humanos ao longo das últimas décadas deu-lhe uma autoridade que não poderia ter sido antecipada ao momento de sua adoção e acrescentei que

“Isto ocorreu sobretudo porque gerações sucessivas de seres humano, de culturas distintas e por todo o mundo, nela reconheceram o “ideal comum a ser atingido” (“*common standard of achievement*” - como originalmente proclamado), que correspondia a suas aspirações mais profundas e legítimas.

A Declaração Universal é amplamente reconhecida como tendo inspirado, e aberto caminho, a adoção de mais de 70 tratados de direitos humanos, e por ter servido de modelo para a promulgação de numerosas normas de direitos humanos em constituições e legislações nacionais, e por ter ajudado a fundamentar decisões de tribunais nacionais e internacionais. A Declaração tem sido incorporada ao domínio do direito internacional consuetudinário, em muito contribuindo para tornar os direitos humanos a linguagem comum da humanidade” (parágrafos 202-203).

Juntamente com as disposições sobre direitos humanos da Carta das Nações Unidas e de sucessivos tratados e instrumentos internacionais de proteção, a Declaração Universal de 1948 veio a servir de base à ação internacional na salvaguarda dos direitos humanos. Os tratados e instrumentos internacionais de direitos humanos vieram a mostrar-se dotados, no plano substantivo, de fundamentos e princípios básicos próprios, assim como de um conjunto de normas a requererem uma interpretação e aplicação de modo a lograr a realização do objeto e propósito dos instrumentos de proteção. E, no plano operacional, passaram a contar com uma série de mecanismos próprios de supervisão. Esse *corpus juris* em expansão veio enfim a configurar-se, ao longo de sete décadas, como uma nova disciplina da ciência jurídica contemporânea, dotada - como

---

General de la OEA, 2008, pp. 1-15; A.A. Cançado Trindade, “*Jus Cogens: The Determination and the Gradual Expansion of Its Material Content in Contemporary International Case-Law*”, in *XXXV Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano - 2008*, Washington D.C., Secretaría General de la OEA, 2009, pp. 3-29.

<sup>33</sup> A.A. Cançado Trindade, “La jurisprudence de la Cour Internationale de Justice sur les droits intangibles”, in *Droits intangibles et états d’exception* (ed. D. Prémont), Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 53-89.

anteriormente assinalado - de autonomia, o Direito Internacional dos Direitos Humanos<sup>34</sup>.

Ademais, a Declaração Universal também se projetou no direito interno dos Estados. Suas normas encontraram expressão nas Constituições nacionais de numerosos Estados e serviram de modelo a disposições das legislações nacionais visando à proteção dos direitos humanos. A Declaração Universal passou a ser invocada ante os tribunais nacionais de numerosos países de modo a interpretar o direito convencional ou interno atinente aos direitos humanos e a obter decisões<sup>35</sup>. A Declaração Universal, em suma, tem assim contribuído decisivamente para a incidência da dimensão dos direitos humanos no direito tanto internacional como interno. Os direitos humanos fazem abstração da compartimentalização tradicional entre os ordenamentos jurídicos internacional e interno; no presente domínio de proteção, ambos os direitos encontram-se em constante *interação*, em benefício de todos os seres humanos<sup>36</sup>.

Longe de operarem de modo estanque ou compartimentalizado, o direito internacional e o direito interno passaram efetivamente a interagir, por força das disposições de tratados de direitos humanos, atribuindo expressamente funções de proteção aos órgãos do Estado, assim como da abertura do direito constitucional contemporâneo aos direitos humanos internacionalmente consagrados. Descartou-se, assim, no plano vertical, o velho debate acerca da primazia das normas do Direito Internacional ou do direito interno, por se mostrarem estes em constante interação no presente domínio de proteção. Desvencilhando-se das amarras da doutrina clássica, o primado passou a ser da norma - de origem internacional ou interna - que melhor protegesse os direitos humanos, da norma mais favorável às supostas vítimas.

É reconhecido o impacto da Declaração Universal nas Constituições, legislações e jurisprudências nacionais, assim como em tratados ou convenções e outras resoluções subsequentes das Nações Unidas. Tal impacto se tornou ainda mais considerável e notório em razão do lapso de tempo prolongado - dezoito anos - entre a adoção da Declaração e a dos dois Pactos (e Protocolo Facultativo)

<sup>34</sup> A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional...*, 2ª. ed., vol. I, *op. cit. supra* n.º (4), pp. 33-563.

<sup>35</sup> 29 H. Hannum (*rappporteur*), "Final Report on the Status of the Universal Declaration of Human Rights in National and International Law", in *International Law Association's Report of the LXVI Conference*, Buenos Aires, 1994, pp. 525-551. Para exemplos da jurisprudência dos tribunais nacionais contendo referências à Declaração Universal de 1948, cf. H. Hannum, "The Status of the Universal Declaration of Human Rights in National and International Law", 25 *Georgia Journal of International and Comparative Law* (1995-1996) pp. 295-310.

<sup>36</sup> Cf. A.A. Cançado Trindade, *Reflexiones sobre la Interacción entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno en la Protección de los Derechos Humanos* (Colección 'Cuadernos de Derechos Humanos', vol. 3-95), Guatemala, Ed. del Procurador de los Derechos Humanos de Guatemala, 1995, pp. 3-41; A.A. Cançado Trindade, "La Interacción entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno en la Protección de los Derechos Humanos", in *El Juez y la Defensa de la Democracia - Un Enfoque a Partir de los Derechos Humanos* (ed. L. González Volio), San José de Costa Rica, IIDH/CEE, 1993, pp. 233-270.

em 1966, o que levou à formação do entendimento de que alguns dos princípios da Declaração Universal se impõem como parte do direito internacional consuetudinário. Hoje, decorridos setenta anos desde sua adoção, a Declaração Universal retém sua importância aos esforços correntes para tornar os direitos humanos a linguagem comum da humanidade.

No decorrer de sete décadas de extraordinária projeção histórica, a Declaração Universal adquiriu uma autoridade que seus redatores jamais teriam imaginado ou antecipado. Isso ocorreu não em razão das pessoas que participaram de sua elaboração, ou da forma que lhe foi dada, ou das circunstâncias de sua adoção; isso ocorreu porque gerações sucessivas de seres humanos, de culturas distintas e em todo o mundo, nela reconheceram a “meta comum a alcançar” (“*common standard of achievement*”), tal como originalmente proclamada), que correspondia a suas mais profundas e legítimas aspirações. A comunidade internacional como um todo deu-lhe a dimensão que hoje tem<sup>37</sup>. Já uma década depois de sua adoção, essa evolução levou um de seus redatores a exclamar, um tanto surpreso, que “algo mudou no mundo depois de proclamada a Declaração Universal”<sup>38</sup>.

## A Declaração Universal de 1948 e as duas Conferências Mundiais de Direitos Humanos

No transcurso do ano do vigésimo aniversário da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, realizou-se a I Conferência Mundial de Direitos Humanos das Nações Unidas (Teerã, 22 de abril a 13 de maio de 1968), que adotou a célebre Proclamação de Teerã, - uma avaliação das duas primeiras décadas de experiência da proteção internacional dos direitos humanos na era das Nações Unidas, - além de 29 resoluções sobre questões diversas<sup>39</sup>. Reconhece-se

<sup>37</sup> Na descrição de Egon Schwelb, o que ocorreu em relação à Declaração Universal “has been the operation of a fundamental law of physics: nature abhors a vacuum. [...] The Declaration has, temporarily at least, filled the void”; E. Schwelb, *Human Rights and the International Community - The Roots and Growth of the Universal Declaration of Human Rights, 1948-1963*, Chicago, Quadrangle Books, 1964, p. 37.

<sup>38</sup> R. Cassin, *La Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948*, Paris, Académie des Sciences Morales et Politiques, 1958, p. 13.

<sup>39</sup> O Ato Final da Conferência de Teerã reproduziu, ademais, em seus Anexos, alguns dos discursos proferidos na Conferência, mensagens especiais a ela enviadas e as declarações dos *rapporteurs* de suas Comissões I e II; cf. United Nations, *Final Act of the International Conference on Human Rights* (Teheran, 22 April to 13 May 1968), New York, U.N., 1968, doc. A/CONF.32/41, pp. 1-61. Dentre as resoluções adotadas, algumas merecem destaque especial por sua transcendência, a saber, as resoluções XXII (sobre a ratificação ou adesão universal pelos Estados aos instrumentos internacionais de direitos humanos); VIII (sobre a realização universal do direito à autodeterminação dos povos); XVII (sobre o desenvolvimento econômico e os direitos humanos); XXI (sobre a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais); III, IV, VI e VII (sobre a eliminação do *apartheid* e de todas as formas de discriminação racial); IX (sobre os direitos da mulher); X (sobre regras-modelo de procedimento para órgãos de supervisão de violações de direitos humanos); XX (sobre

hoje que a grande contribuição daquela Conferência Mundial tenha consistido no tratamento e reavaliação globais da matéria<sup>40</sup>, o que propiciou o reconhecimento e asserção, endossados por resoluções subsequentes da Assembleia Geral das Nações Unidas, da interrelação ou indivisibilidade de todos os direitos humanos<sup>41</sup>. Tal tratamento resgatou um dos fundamentos da própria Declaração Universal de 1948.

A par das resoluções adotadas pela Conferência de Teerã, foi, no entanto, a Proclamação de Teerã sobre Direitos Humanos, adotada pelo plenário da I Conferência Mundial de Direitos Humanos em 13 de maio de 1968, a que melhor expressão deu a essa nova visão da matéria, constituindo-se em um relevante marco na evolução doutrinária da proteção internacional dos direitos humanos. A referida Proclamação de Teerã, ao voltar-se a todos os pontos debatidos na Conferência e consignados nas resoluções adotadas, advertiu, por exemplo, para as “denegações maciças dos direitos humanos”, que colocavam em risco os “fundamentos da liberdade, justiça e paz no mundo”, assim como para a “brecha crescente” entre os países economicamente desenvolvidos e os países em desenvolvimento, que impedia a realização dos direitos humanos na “comunidade internacional”<sup>42</sup>.

Ponderou a Proclamação de Teerã que, muito embora as descobertas científicas e os avanços tecnológicos recentes tivessem aberto amplas perspectivas de progresso econômico, social e cultural, tais desenvolvimentos podiam, no entanto, por em risco os direitos e liberdades dos seres humanos, requerendo

---

educação em matéria de direitos humanos) e XXIII (sobre os direitos humanos em conflitos armados). Cf. *ibid.*, pp. 6-18.

<sup>40</sup> Cf., *inter alia*, Th. C. van Boven, “United Nations Policies and Strategies: Global Perspectives?”, in *Human Rights: Thirty Years after the Universal Declaration* (ed. B.G. Ramcharan), The Hague, Nijhoff, 1979, pp. 88-91.

<sup>41</sup> Algumas resoluções adotadas pela Conferência de Teerã (e.g., as resoluções XXI, sobre a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais; XXII, sobre a adesão universal aos instrumentos internacionais de direitos humanos; IX, sobre os direitos da mulher; XII, sobre o analfabetismo; XVII, sobre o desenvolvimento econômico e os direitos humanos; e XX, sobre educação em matéria de direitos humanos) (cf. *ibid.*, pp. 10, 12, 14 e 16-17) referem-se à promoção da observância e gozo universais dos direitos humanos, tomam os direitos civis e políticos e econômicos e sociais e culturais em seu conjunto e avançam assim um enfoque essencialmente globalista da matéria.

<sup>42</sup> Parágrafos 11 e 12 da Proclamação de Teerã de 1968. A referida Proclamação propugnou pela garantia, pelas leis de todos os países, a cada ser humano, da “liberdade de expressão, de informação, de consciência e de religião”, assim como do “direito de participar na vida política, econômica, cultural e social de seu país” (parágrafo 5). Propugnou, ademais, pela implementação do princípio básico da não-discriminação, consagrado na Declaração Universal e em tantos outros instrumentos internacionais de direitos humanos, como uma “tarefa da maior urgência da humanidade, nos planos internacional assim como nacional” (parágrafo 8). Referiu-se, também, ao “desarmamento geral e completo” como “uma das maiores aspirações de todos os povos” (parágrafo 19), e não descuidou de lembrar as aspirações das novas gerações por “um mundo melhor”, no qual se implementem plenamente os direitos humanos (parágrafo 17).

assim atenção contínua (parágrafo 18). Mais do que qualquer outra passagem da Proclamação de Teerã, foi o seu parágrafo 13 o que melhor resumiu a nova visão da temática dos direitos humanos ao dispor: “Uma vez que os direitos humanos e as liberdades fundamentais são *indivisíveis, a realização plena dos direitos civis e políticos sem o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais é impossível*”<sup>43</sup>.

Essa asserção de uma nova visão, global e integrada, de todos os direitos humanos - propugnada pela Declaração Universal de 1948, mas minimizada no transcorrer dos trabalhos preparatórios dos dois Pactos de Direitos Humanos - constitui, a meu ver, a grande contribuição da I Conferência Mundial de Direitos Humanos para os desenvolvimentos subsequentes da matéria. A partir de então, estava o campo efetivamente aberto para a consagração da tese da inter-relação ou indivisibilidade dos direitos humanos, retomada pela célebre resolução 32/130 de 1977 da Assembleia Geral das Nações Unidas e endossada pelas subsequentes resoluções 39/145, de 1984, e 41/117, de 1986, da mesma Assembleia Geral, - tese esta que desfruta hoje de aceitação virtualmente universal.

Assim como a Proclamação de Teerã contribuiu sobretudo com a visão global da indivisibilidade e interrelação de todos os direitos humanos, a Declaração e o Programa de Ação de Viena, adotados pela II Conferência Mundial de Direitos Humanos das Nações Unidas, em 25 de junho de 1993<sup>44</sup>, poderão também contribuir ao mesmo propósito se sua aplicação se concentrar em nossos dias nos meios de assegurar tal indivisibilidade na prática, com atenção especial às pessoas discriminadas ou desfavorecidas, aos grupos vulneráveis, aos pobres e aos socialmente excluídos, em suma, aos mais necessitados de proteção. O “espírito de nossa época”, a que se referiu o preâmbulo da Declaração e do Programa de Ação de Viena, caracteriza-se sobretudo pela busca de soluções globais a problemas que afetam a todos os seres humanos, pela aspiração comum a valores superiores<sup>45</sup>.

Enquanto a I Conferência Mundial, de Teerã, contribuiu para clarificar as bases para desenvolvimentos subsequentes de operação dos mecanismos de proteção, a II Conferência Mundial, de Viena, buscou, a seu turno, dar um passo adiante ao concentrar os esforços, por um lado, no fomento da criação da necessária infraestrutura nacional, no fortalecimento das instituições nacionais para a vigência dos direitos humanos; e, por outro, na mobilização de todos os setores das Nações Unidas em prol da promoção dos direitos humanos, assim como no incremento de maior complementaridade entre os mecanismos globais e regionais de proteção. As implicações para as Nações Unidas eram claras,

<sup>43</sup> Texto *in ibid.*, pp. 3-5.

<sup>44</sup> Cf. texto oficial *in*: United Nations, *World Conference on Human Rights - The Vienna Declaration and Programme of Action*, June 1993, N.Y., U.N., 1993, pp. 25-71.

<sup>45</sup> Para um relato da elaboração da Declaração e Programa de Ação de Viena, cf. A.A. Cançado Trindade, “Balanço dos Resultados da Conferência Mundial de Direitos Humanos: Viena, 1993”, 36 *Revista Brasileira de Política Internacional* (1993) pp. 9-27.

a começar pela incorporação da dimensão dos direitos humanos em todas as suas atividades e programas<sup>46</sup>, em decorrência da constatação de que os direitos humanos permeiam todas as áreas da atividade humana.

Já não mais se podia, tampouco, professar o universalismo no plano tão somente conceitual ou normativo e continuar aplicando ou praticando a seletividade no plano operacional. Já não mais podia haver dúvida de que os direitos humanos se impõem e obrigam os Estados e, em igual medida, os organismos internacionais e as entidades ou grupos detentores do poder econômico, particularmente aqueles cujas decisões repercutem no cotidiano da vida de milhões de seres humanos. Os direitos humanos, em razão de sua universalidade nos planos tanto normativo quanto operacional, acarretam obrigações *erga omnes*. Foi essa uma das grandes lições que se pode extrair da Conferência Mundial de Viena<sup>47</sup>.

No tocante aos Estados, o principal documento resultante da Conferência de Viena de 1993 cuidou de a eles determinar o provimento de recursos internos capazes de reparar violações de direitos humanos, assim como o fortalecimento de sua estrutura de administração da justiça à luz dos padrões consagrados nos instrumentos internacionais de direitos humanos. É significativo que a Declaração e o Programa de Ação de Viena tivessem ademais reclamado um maior fortalecimento na inter-relação entre democracia, desenvolvimento e direitos humanos em todo o mundo.

Além disso, endossou com firmeza os termos da Declaração das Nações Unidas sobre o Direito ao Desenvolvimento de 1986, contribuindo, assim, decisivamente, para dissipar dúvidas porventura persistentes a respeito e inserir o direito ao desenvolvimento definitivamente no universo conceitual do Direito Internacional dos Direitos Humanos<sup>48</sup>. Passando do geral ao particular, a Declaração e o Programa de Ação de Viena dirigiram-se aos direitos humanos de pessoas em determinada condição ou situação<sup>49</sup>. É também significativo que suas seções sobre os direitos humanos da mulher e da criança tivessem sido adotadas sem dificuldades.

<sup>46</sup> Abarcavam estes, por exemplo, o âmbito político-estratégico (a exemplo das operações contemporâneas de manutenção e construção da paz, a partir da Agenda para a Paz do então Secretário-Geral B. Boutros-Ghali). Também se estendiam à esfera econômica e financeira (e.g., os programas e projetos de desenvolvimento e as operações dos organismos financeiros internacionais das Nações Unidas, Banco Mundial e FMI). Em qualquer dessas áreas, já não mais se podia fazer abstração da dimensão dos direitos humanos.

<sup>47</sup> Cf. A.A. Caçado Trindade, “Memória da Conferência Mundial de Direitos Humanos (Viena, 1993)”, 87/90 *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional* (1993-1994) pp. 9-57.

<sup>48</sup> A Declaração de Viena urgiu a comunidade internacional a que envidasse esforços para aliviar o fardo da dívida externa dos países em desenvolvimento, de modo a contribuir à realização plena dos direitos econômicos, sociais e culturais de sua população.

<sup>49</sup> Refugiados e deslocados internos, vítimas de conflitos armados, trabalhadores migrantes, povos indígenas, portadores de deficiências, pessoas pertencentes a minorias ou a setores vulneráveis em geral.

A parte operativa II, a mais pormenorizada do principal documento da Conferência de Viena, correspondente ao Programa de Ação, dedicou-se à necessidade de maior coordenação e racionalização no trabalho dos órgãos de supervisão internacionais dos instrumentos de direitos humanos das Nações Unidas; ao aperfeiçoamento do sistema de relatórios; ao maior uso do sistema de petições ou denúncias sob tratados de direitos humanos; ao fortalecimento do sistema de seus relatores especiais e grupos de trabalho; ao uso de indicadores adequados para medir o grau de realização dos direitos econômicos, sociais e culturais e ao desenvolvimento de mecanismos de prevenção e de seguimento (em relação aos sistemas de petições e de relatórios). Por meio de tais mecanismos, haver-se-ia de fortalecer os instrumentos existentes de proteção, de modo a assegurar um monitoramento contínuo dos direitos humanos em todo o mundo (cf. *infra*).

Previu o Programa de Ação, enfim, o estabelecimento de um Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH - o que se concretizou poucos meses depois) e insistiu no objetivo da “ratificação universal” - e sem reservas - dos tratados de direitos humanos das Nações Unidas. A Declaração e o Programa de Ação de Viena não descuidaram de recomendar a adoção e ampliação da educação - formal e não-formal - em direitos humanos *lato sensu* em todos os níveis, de modo a despertar a consciência e fortalecer o compromisso universal com a causa dos direitos humanos.

A Conferência Mundial de Viena afirmou, com efeito, de modo inequívoco, a legitimidade da preocupação de toda a comunidade internacional com a promoção e proteção dos direitos humanos por todos e em toda parte<sup>50</sup>. Na rota de Teerã a Viena, tendo presente o legado da Declaração Universal de 1948, foi este sem dúvida um passo adiante, que haverá de contribuir em muito para a conscientização das amplas dimensões temporal (inclusive preventiva) e espacial (global) da proteção dos direitos humanos.

Muito significativamente, a universalidade dos direitos humanos resultou fortalecida da I Conferência Mundial de 1968 sobre a matéria, sendo, 25 anos depois, reafirmada na II Conferência Mundial. Há, ademais, que se ter presente que, já em 1948, a Declaração Universal, além de proclamar direitos, conclamou a transformação da ordem social e internacional de modo a assegurar o gozo dos direitos proclamados na prática<sup>51</sup>.

<sup>50</sup> Para uma análise pormenorizada da Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993, cf. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional...*, 2ª. ed., vol. I, *op. cit. supra* n.º. (4), especialmente pp. 242-251; G.V. Saboia, “Um Improvável Consenso: a Conferência Mundial de Direitos Humanos e o Brasil”, 2 *Política Externa* - São Paulo (1993) pp. 3-18. - Cf. também o número especial da Revista *Arquivos do Ministério da Justiça* (Brasília, vol. 46, n.º. 182, de 1993, pp. 5-164), organizado por A.A. Cançado Trindade, dedicado à II Conferência Mundial de Direitos Humanos (contendo textos de diversos autores).

<sup>51</sup> A. Eide *et alii* (eds.), *The Universal Declaration of Human Rights - A Commentary*, Oslo, Scandinavian University Press, 1992, p. 5.

Guardo as mais gratas recordações da Conferência Mundial de Viena de 1993, havendo nela participado ativamente, inclusive nos trabalhos de seu Comitê de Redação. Desde então, outros 25 anos já se passaram sem que no presente se tenha sequer contemplado a possibilidade de convocação de uma III Conferência Mundial de Direitos Humanos; como venho assinalando em sucessivas palestras ministradas em distintos países, considero lamentável essa omissão ou indiferença, pois uma III Conferência Mundial seria altamente necessária para considerar respostas aos novos e graves desafios à salvaguarda dos direitos humanos. Na projeção histórica do legado da Declaração Universal, as duas Conferências Mundiais de Direitos Humanos já realizadas - a de Teerã (1968) e a de Viena (1993) - fazem parte, na verdade, de um processo prolongado de construção de uma cultura universal de observância dos direitos humanos, que requer continuidade em nossos dias.

## **O amplo alcance das obrigações convencionais internacionais em matéria de proteção dos Direitos Humanos**

A despeito dos sensíveis avanços logrados no presente domínio de proteção nos últimos anos, ainda resta um longo caminho a percorrer. Na maioria dos países que têm ratificado os tratados de direitos humanos, até o presente, lamentavelmente, ainda não parece haver se formado uma consciência da natureza e do amplo alcance das obrigações convencionais contraídas em matéria de proteção dos direitos humanos. Urge que um claro entendimento dessas últimas se difunda, a começar pelas autoridades públicas.

Assim, ao ratificarem os tratados de direitos humanos, os Estados partes contraem, a par das obrigações convencionais atinentes a cada um dos direitos protegidos, também obrigações gerais da maior importância, consignadas naqueles tratados. Uma delas é a de respeitar e assegurar o respeito aos direitos protegidos - o que requer medidas positivas por parte dos Estados - e outra é a de adequar o ordenamento jurídico interno à normativa internacional de proteção. Esta última requer que se adote a legislação necessária para dar efetividade às normas convencionais de proteção, suprimindo eventuais lacunas no direito interno, ou então que se alterem disposições legais nacionais com o propósito de harmonizá-las com as normas convencionais de proteção - tal como requerido pelos tratados de direitos humanos.

Essas obrigações gerais, a serem devidamente cumpridas, implicam naturalmente o concurso de todos os poderes do Estado, de todos os seus órgãos e agentes. Como ressaltai em meu *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*,

“as obrigações convencionais de proteção vinculam os Estados Partes, e não só seus Governos. Ao Poder Executivo incumbe tomar todas as medidas - administrativas e outras - a seu alcance para dar fiel

cumprimento àquelas obrigações. A responsabilidade internacional pelas violações dos direitos humanos sobrevive aos Governos e se transfere a Governos sucessivos, precisamente por se tratar de responsabilidade do Estado. Ao Poder Legislativo incumbe tomar todas as medidas dentro de seu âmbito de competência, seja para regulamentar os tratados de direitos humanos de modo a dar-lhes eficácia no plano do direito interno, seja para harmonizar este último com o disposto naqueles tratados. E ao Poder Judiciário incumbe aplicar efetivamente as normas de tais tratados no plano do direito interno e assegurar que sejam respeitadas. Isso significa que o Judiciário nacional tem o dever de prover recursos internos eficazes contra violações tanto dos direitos consignados na Constituição como dos direitos consagrados nos tratados de direitos humanos que vinculam o país em questão, ainda mais quando a própria Constituição nacional assim expressamente o determina. O descumprimento das normas convencionais engaja de imediato a responsabilidade internacional do Estado, por ato ou omissão, seja do Poder Executivo, seja do Legislativo, seja do Judiciário<sup>52</sup>.

Diversas Constituições nacionais contemporâneas, referindo-se expressamente aos tratados de direitos humanos, concedem um tratamento especial ou diferenciado, também no plano do direito interno, aos direitos humanos internacionalmente consagrados. A Constituição Brasileira vigente não faz exceção a essa nova e alentadora tendência do constitucionalismo hodierno. Com efeito, o artigo 5(2) da Constituição Federal de 1988 determina que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos *tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja Parte*”<sup>53</sup>.

Por meio desse dispositivo constitucional, os direitos humanos consagrados em tratados de direitos humanos em que o Brasil seja parte incorporam-se *ipso facto* ao direito interno brasileiro, no âmbito do qual passam a ter “aplicação imediata” (artigo 5(1)), da mesma forma e no mesmo nível que os direitos

<sup>52</sup> A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional...*, 2ª ed., vol. I, *op. cit. supra* n°. (4), pp. 551-552.

<sup>53</sup> Essa disposição constitucional teve origem em uma proposta que apresentei à Assembleia Nacional Constituinte (Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais), como Consultor Jurídico do Itamaraty, na audiência pública de 29 de abril de 1987; meu propósito era no sentido de que se assegurasse tanto a inserção da referida disposição em nossa Constituição Federal, como, paralelamente, a pronta ratificação pelo Brasil de três tratados gerais de proteção, a saber, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e os dois Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas. Minha proposta foi aceita e transformou-se no artigo 5(2) da Constituição Brasileira de 1988, mas foi preciso esperar até 1992 para que o Brasil se tornasse Parte naqueles três tratados de direitos humanos. Cf. minha exposição, seguida de debates, in *Assembleia Nacional Constituinte - Atas das Comissões*, vol. I, n°. 66 (supl.), Brasília, 27.05.1987, pp. 108-116; e, para um relato histórico pormenorizado, cf. A.A. Cançado Trindade, *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil (1948-1997): As Primeiras Cinco Décadas*, 2ª ed., Brasília, Edit. Universidade de Brasília, 2000, pp. 169-182.

constitucionalmente consagrados. A intangibilidade dos direitos e garantias individuais é determinada pela própria Constituição Federal, que inclusive proíbe expressamente até mesmo qualquer emenda tendente a aboli-los (artigo 60(4) (IV))<sup>54</sup>. Se houvesse uma clara compreensão em numerosos países do amplo alcance das obrigações convencionais internacionais em matéria de proteção dos direitos humanos, muitas dúvidas e incertezas persistentes já teriam sido esclarecidas e superadas. Tal superação se manifesta com vigor no seio de sociedades nacionais imbuídas de um forte sentimento de solidariedade humana, sem a qual pouco logra avançar o Direito.

Os tratados de proteção dos direitos humanos, distintamente dos demais tratados que se mostram eivados de concessões mútuas pela reciprocidade, inspiram-se em considerações de ordem superior, de *ordre public*. Ao criarem obrigações para os Estados *vis-à-vis* os seres humanos sob sua jurisdição, suas normas aplicam-se não só na ação conjunta (exercício de garantia coletiva) dos Estados Partes na realização do propósito comum de proteção, mas também e sobretudo no âmbito do ordenamento interno de cada um deles, nas relações entre o poder público e os indivíduos.

Os próprios tratados de direitos humanos indicam vias de compatibilização dos dispositivos convencionais e dos de direito interno, de modo a prevenir conflitos entre as jurisdições internacional e nacional no presente domínio de proteção; impõem aos Estados Partes o dever de provimento de recursos de direito interno eficazes, e por vezes o compromisso de desenvolvimento das “possibilidades de recurso judicial”; preveem a adoção pelos Estados Partes de medidas legislativas, judiciais, administrativas ou outras, para a realização de seu objeto e propósito. Em suma, contam com o concurso dos órgãos e procedimentos do direito público interno. Há, assim, uma interpenetração entre as jurisdições internacional e nacional no âmbito de proteção do ser humano. Em nada surpreende, por exemplo, nos últimos anos, a crescente jurisprudência internacional dos órgãos de supervisão internacionais voltada à intangibilidade das garantias judiciais e ao princípio da legalidade em um Estado democrático.

À luz do que precede, resulta claro que as leis nacionais hão de ser interpretadas de modo a que não entrem em conflito com a normativa internacional de proteção, sob pena da configuração da responsabilidade internacional do país em questão. É esse o sentido da obrigação geral de adequar o direito interno à normativa internacional de proteção vigente. Tal adequação é requerida pela

---

<sup>54</sup> Se, para os tratados internacionais em geral, tem-se exigido a intermediação pelo Poder Legislativo de ato com força de lei de modo a outorgar a suas disposições, vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente, no tocante aos tratados de direitos humanos em que o Brasil é Parte, os direitos fundamentais neles garantidos passam, consoante os artigos 5(2) e 5(1) da Constituição Brasileira de 1988, a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano de nosso ordenamento jurídico interno.

própria natureza especial dos tratados de direitos humanos. De sua própria natureza jurídica resulta o primado dos direitos que consagram, ao que se agregam a necessidade e o imperativo ético de que os três poderes do Estado assegurem a aplicabilidade direta das normas internacionais de proteção e a compatibilidade com estas últimas das leis nacionais. Urge que se difunda esse enfoque da matéria, de modo a assegurar uma aplicação mais eficaz dos tratados de direitos humanos no âmbito do direito interno dos Estados. Com essas ponderações em mente, passemos às considerações derradeiras do presente estudo, voltadas ao futuro da proteção internacional dos direitos humanos, tal como o visualizamos nesta segunda década do século XXI.

## **Considerações finais: o futuro da proteção internacional dos Direitos Humanos**

Ao longo das sete últimas décadas, testemunhamos o processo histórico de gradual formação, consolidação, expansão e aperfeiçoamento da proteção internacional dos direitos humanos, conformando um direito de proteção dotado de especificidade própria: o Direito Internacional dos Direitos Humanos (cf. *supra*). A partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e ao longo desses últimos setenta anos, como respostas às necessidades de proteção, têm-se multiplicado os tratados e instrumentos de direitos humanos. A I Conferência Mundial de Direitos Humanos (Teerã, 1968) representou, de certo modo, a gradual passagem da fase legislativa, de elaboração dos primeiros instrumentos internacionais de direitos humanos (a exemplo dos dois Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas de 1966), à fase de implementação de tais instrumentos.

A II Conferência Mundial de Direitos Humanos (Viena, 1993) procedeu a uma reavaliação global da aplicação de tais instrumentos e das perspectivas para o novo século, abrindo campo ao exame do processo de consolidação e aperfeiçoamento dos mecanismos de proteção internacional dos direitos humanos. Decorridos quinze anos desde a realização dessa última Conferência, encontram-se os órgãos internacionais de proteção dos direitos humanos, nesta primeira década do século XXI, diante de novos dilemas e desafios, próprios de nossos dias, que relacionarei a seguir.

Cabe, de início, ter sempre presente que, nas últimas décadas, graças à atuação daqueles órgãos, numerosas vítimas têm sido socorridas. Graças a seus esforços, logrou-se salvar muitas vidas, reparar muitos dos danos denunciados e comprovados, por fim as práticas administrativas violatórias dos direitos garantidos, alterar medidas legislativas impugnadas e compatibilizá-las com os tratados de direitos humanos, adotar programas educativos e outras medidas positivas por parte dos Estados.

Não obstante todos esses resultados, os referidos órgãos de supervisão internacionais defrontam-se hoje com novos e grandes problemas, gerados pelas modificações do cenário internacional, pela própria expansão e sofisticação de seu âmbito de atuação, pelos continuados atentados aos direitos humanos em numerosos países, pelas novas e múltiplas formas de violação dos direitos humanos que deles requerem capacidade de readaptação e maior agilidade, e pela manifesta falta de recursos humanos e materiais para desempenhar com eficácia seu labor.

Os tratados de direitos humanos das Nações Unidas têm, com efeito, constituído a espinha dorsal do sistema universal de proteção dos direitos humanos, devendo ser abordados não de forma isolada ou compartimentalizada, mas relacionados uns aos outros. Decorridos 25 anos desde a realização da II Conferência Mundial de Direitos Humanos, ainda não logramos a chamada “ratificação universal” das seis “Convenções centrais” (*core Conventions*) das Nações Unidas (os dois Pactos de Direitos Humanos, as Convenções sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação - racial e contra a mulher -, a Convenção contra a tortura e a Convenção sobre os Direitos da Criança), “ratificação universal” essa propugnada pela Conferência de Viena para o final de século XX.

Ademais, encontram-se a maioria dessas Convenções ainda crivadas de reservas (embora algumas já tenham sido retiradas), muitas das quais afigurando-se, em meu entender, manifestamente incompatíveis com seu objeto e propósito. Urge, com efeito, proceder a uma ampla revisão (mais além do que propôs a respeito a Comissão de Direito Internacional da ONU) do atual sistema de reservas a tratados multilaterais consagrado nas duas Convenções de Viena sobre Direito dos Tratados (de 1969 e 1986), - sistema esse, a meu modo de ver, e como venho advertindo já há mais de três décadas, inteiramente inadequado aos tratados de direitos humanos<sup>55</sup>.

Uma das grandes conquistas da proteção internacional dos direitos humanos, em perspectiva histórica, é sem dúvida o acesso dos indivíduos às instâncias internacionais de proteção e o reconhecimento de sua capacidade processual internacional em casos de violações dos direitos humanos. Urge

---

<sup>55</sup> Cf. minhas críticas in: A.A. Cançado Trindade, “Direitos e Garantias Individuais no Plano Internacional”, in *Assembleia Nacional Constituinte: Atas das Comissões*, vol. I, n.º. 66 (supl.), Brasília, 27.05.1987, p. 110; A.A. Cançado Trindade, “Co-existence and Co-ordination of Mechanisms...”, *op. cit. supra* n.º. (13), pp. 180-189; A.A. Cançado Trindade, “The Interpretation of the International Law of Human Rights by the Two Regional Human Rights Courts”, in *Contemporary International Law Issues: Conflicts and Convergence* (Proceedings of the III Hague Conference, July 1995), Haia, ASIL/NVIR, 1996, pp. 157-162 e 166-167. E cf. Corte Interamericana de Direitos Humanos, caso *Blake versus Guatemala* (Mérito), Sentença de 24 de janeiro de 1998, Voto Arrazoado do Juiz A.A. Cançado Trindade, parágrafos 1-38, texto reproduzido in: A.A. Cançado Trindade, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Esencia y Trascendencia (Votos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 19912006)*, México, Edit. Porrúa/Universidad Iberoamericana, 2007, pp. 156-169.

que se reconheça o acesso direto dos indivíduos àquelas instâncias (sobretudo as judiciais), a exemplo do estipulado na Convenção Europeia de Direitos Humanos, tal como emendada pelo Protocolo n° 11 (de 1994, em vigor a partir de 01.11.1998)<sup>56</sup>, em relação à Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH), com as necessárias adaptações às realidades prevalecentes em distintos continentes.

No continente americano, o quarto Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIADH - adotado em 24.11.2000 e em vigor a partir de 01.06.2001) -, de cujo projeto tive a honra de ser relator por honrosa designação do plenário da Corte, concede *locus standi* aos indivíduos em todas as etapas do procedimento perante a Corte Interamericana<sup>57</sup>. E, no continente africano, o Protocolo de Burkina Faso (de 1998 e em vigor a partir de 25.01.2004) a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos abre a possibilidade do acesso direto dos indivíduos à nova Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos (CtAfDHP)<sup>58</sup>.

<sup>56</sup> A. Drzemczewski, "A Major Overhaul of the European Human Rights Convention Control Mechanism: Protocol n° 11", 6 *Collected Courses of the Academy of European Law* (1997)-II, pp. 121-244; M. Scalabrino, *Il Controllo sull'Applicazione della CEDU alla Vigilia dell'Entrata in Vigore dell'XI Protocollo*, Urbino/Italia, Università degli di Urbino, 1998, pp. 68-70; A. Spielmann e D. Spielmann, "La Cour unique et permanente et les mesures provisoires (La nécessité d'une réforme)", in *Protection des droits de l'homme: la perspective européenne - Mélanges à la mémoire de R. Ryssdall* (eds. P. Mahoney, F. Matscher, H. Petzold e L. Wildhaber), Köln/Berlin, C. Heymanns Verlag, 2000, pp. 1347-1358; J. Wadham e T. Said, "What Price the Right of Individual Petition: Report of the Evaluation Group to the Committee of Ministers on the European Court of Human Rights", 2 *European Human Rights Law Review* (2002) pp. 169-174.

<sup>57</sup> Para um estudo sobre a matéria, cf. A.A. Cançado Trindade, *El Acceso Directo del Individuo a los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2001, pp. 9-104; A.A. Cançado Trindade, "El Nuevo Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2000) y Su Proyección Hacia el Futuro: La Emancipación del Ser Humano como Sujeto del Derecho Internacional, in *XXVIII Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano - OEA* (2001) pp. 33-92; A.A. Cançado Trindade, "Vers la consolidation de la capacité juridique internationale des pétitionnaires dans le système interaméricain des droits de la personne", 14 *Revue québécoise de droit international* (2001) n° 2, pp. 207-239; A.A. Cançado Trindade, "La capacité juridique internationale de l'individu dans le système interaméricain de protection des droits de la personne humaine", in *Soberanía del Estado y Derecho Internacional - Homenaje al Profesor J.A. Carrillo Salcedo*, Sevilla, Universidades de Sevilla/Córdoba/Málaga, 2005, pp. 293-316.

<sup>58</sup> S. Kowouvi, "La Cour Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples: une rectification institutionnelle du concept de 'spécificité africaine' en matière des droits de l'homme", 15 *Revue trimestrielle des droits de l'homme - Bruxelles* (2004) n° 59, pp. 757-790; C. Heyns, "Le rôle de la future Cour Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples", in *L'application nationale de la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples* (eds. J.-F. Flauss e E. Lambert-Abdelgawad), Bruxelles, Bruylant/Nemesis, 2004, pp. 235-254; M. Mubiala, "L'accès de l'individu à la Cour Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples", in *La promotion de la justice, des droits de l'homme et du règlement des conflits par le droit international - Liber Amicorum L. Caflisch* (ed. M.G. Cohen), Leiden, Nijhoff, 2007, pp. 369-378.

A contraposição entre as vítimas de violações de direitos humanos e os Estados demandados é da própria essência do contencioso internacional dos direitos humanos. O *locus standi* dos indivíduos demandantes é a consequência lógica, no plano processual, de um sistema de proteção que consagra direitos individuais no plano internacional, porquanto não é razoável conceber direitos sem a capacidade processual de vindicá-los. Sustentar essa posição, como venho fazendo há tantos anos, significa, em última análise, ser fiel às origens históricas do próprio Direito Internacional.

O passo seguinte consistiria na outorga - que há anos sustento - do *jus standi* dos indivíduos na vindicação dos direitos humanos protegidos sob a Convenção Americana<sup>59</sup>. Insistir não só na personalidade jurídica, mas igualmente na plena capacidade jurídica dos seres humanos no plano internacional, significa efetivamente ser fiel às origens históricas de nossa disciplina, o direito internacional - o direito das gentes (*droit des gens*)<sup>60</sup> - o que não raro passa despercebido dos adeptos de um positivismo jurídico cego e degenerado.

Dada a multiplicidade dos mecanismos internacionais contemporâneos de proteção dos direitos humanos, a necessidade de uma coordenação mais adequada entre os mesmos tem-se erigido como uma das prioridades dos órgãos de proteção internacional na atualidade. O termo “coordenação” parece vir sendo normalmente empregado de modo um tanto indiferenciado, sem uma definição clara do que precisamente significa; não obstante, pode assumir um sentido diferente em relação a cada um dos métodos de proteção dos direitos humanos em particular.

Assim, em relação ao sistema de petições, a “coordenação” pode significar as providências para evitar o conflito de jurisdição, a duplicação de procedimentos e a interpretação conflitua de dispositivos correspondentes de instrumentos internacionais coexistentes pelos órgãos de supervisão. No tocante ao sistema de relatórios, a “coordenação” pode significar a consolidação de diretrizes uniformes (concernentes à forma e ao conteúdo) e a racionalização e padronização dos relatórios dos Estados Partes sob os tratados de direitos humanos. E com respeito ao sistema de investigações (determinação dos fatos), pode ela significar o intercâmbio regular de informações e as consultas recíprocas entre os órgãos internacionais em questão<sup>61</sup>. A multiplicidade de instrumentos internacionais no presente domínio faz-se acompanhar de sua unidade básica e determinante de propósito - a proteção do ser humano.

<sup>59</sup> A.A. Cançado Trindade, “El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (1948-1995): Evolución, Estado Actual y Perspectivas”, in *Derecho Internacional y Derechos Humanos / Droit international et droits de l'homme* (eds. D. Bardonnet e A.A. Cançado Trindade), La Haye/San José de Costa Rica, Académie de Droit International de La Haye/ Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996, pp. 79-89.

<sup>60</sup> Cf. A.A. Cançado Trindade, *Évolution du Droit international au droit des gens - L'accès des particuliers à la justice internationale: le regard d'un juge*, Paris, Pédone, 2008, pp. 1-187.

<sup>61</sup> Para um amplo estudo, cf. A.A. Cançado Trindade, “Co-existence and Co-ordination of Mechanisms of International Protection...”, *op. cit. supra* n.º. (13), pp. 13-435.

É inegável que, no presente domínio de proteção, muito se tem avançado nos últimos anos, sobretudo na “jurisdicionalização” dos direitos humanos, para a qual vêm contribuindo de modo especial os sistemas regionais europeu, interamericano e africano de proteção, dotados que são de tribunais internacionais de direitos humanos - a CEDH, a CIADH, e a nova CtAfDHP, respectivamente. No entanto, como já adverti, ainda resta um longo caminho a percorrer. Há que se promover a chamada “ratificação universal” dos tratados de direitos humanos - propugnada pelas duas Conferências Mundiais de Direitos Humanos (Teerá, 1968, e Viena, 1993) - contribuindo-se assim para assegurar que a universalidade dos direitos humanos venha a prevalecer nos planos não só conceitual, mas também operacional (a não-seletividade).

Para isso, é necessário que tal ratificação universal seja também integral, ou seja, sem reservas e com a aceitação das cláusulas facultativas, tais como, nos tratados que as contêm, as que consagram o direito de petição individual e as que dispõem sobre a jurisdição obrigatória dos órgãos de supervisão internacional. Dadas a confluência e identidade de objetivos tanto do direito internacional como do direito público interno quanto à proteção da pessoa humana, urge que os Estados, que aceitam as obrigações convencionais substantivas contraídas em relação aos direitos protegidos sob aqueles tratados, igualmente se submetam, de forma integral, aos mecanismos de supervisão ou controle internacional do cumprimento de tais obrigações, estabelecidos por aqueles tratados. À formulação de direitos no plano internacional deve corresponder o acesso às vias processuais internacionais de vindicá-los. Da aceitação *integral*, por todos os Estados, dos tratados de direitos humanos, depende em muito o próprio futuro da proteção internacional dos direitos consagrados.

O século XX deixou uma trágica marca: nunca, como no século passado, se verificou tanto progresso na ciência e tecnologia, acompanhado paradoxalmente de tanta destruição e crueldade. Mesmo em nossos dias, os avanços tecnológicos e a revolução das comunicações e da informática, se por um lado tornam o mundo mais transparente, por outro lado geram novos problemas e desafios aos direitos humanos. Mais que uma época de profundas transformações, vivemos, nesta segunda década do século XXI, uma verdadeira transformação de época. Apesar de todos os avanços registrados nas sete últimas décadas na proteção internacional dos direitos humanos, têm persistido violações graves e maciças desses últimos nas mais distintas regiões do mundo<sup>62</sup>, inclusive novas formas de violações.

Assim, às violações “tradicionais”, em particular de alguns direitos civis e políticos (como as liberdades de pensamento, expressão e informação e o devido processo legal), que continuam a ocorrer, infelizmente têm-se somado graves discriminações (contra membros de minorias e outros grupos vulneráveis, de base étnica, nacional, religiosa e linguística), além de violações de direitos fundamentais,

---

<sup>62</sup> Cf. exemplos in, e.g., [Vários Autores,] *The Universal Declaration of Human Rights: Fifty Years and Beyond* (eds. Y. Danieli, E. Stamatopoulou e C.J. Dias), Amityville/N.Y., Baywood Publ. Co., 1999, pp. 115-234.

do Direito Internacional Humanitário e do Direito Internacional dos Refugiados. As próprias formas de violações dos direitos humanos têm se diversificado<sup>63</sup>, o que passa a ser altamente preocupante.

Como assinei há uma década, em minha avaliação dos 60 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>64</sup>, face aos novos desafios, cumpre conceber novas formas de proteção do ser humano ante a atual diversificação das fontes de violações de seus direitos, agravada ao longo da última década. Assim se afirmou, e.g., nas consultas de 2014 do Alto-Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), realizadas na América Latina e Caribe<sup>65</sup>; tais consultas, já há três décadas em que tenho participado como seu Consultor Jurídico *ad honorem*, têm sido verdadeiramente pioneiras na busca da identificação de pessoas em situações de grande vulnerabilidade para estender-lhes proteção, como resposta às novas crises humanitárias da atualidade.

O atual paradigma de proteção (do indivíduo *vis-à-vis* o poder público) corre o risco de tornar-se insuficiente e anacrônico, por não se mostrar equipado para fazer frente às novas formas de violações (*supra*) - entendendo-se que, mesmo nestes casos, permanece o Estado *responsável por omissão*, por não tomar medidas positivas de proteção. Tem, assim, sua razão de ser, a preocupação corrente dos órgãos internacionais de proteção, já assinalada, no tocante aos padrões consistentes de violações sistemáticas e às violações continuadas de direitos humanos, em desenvolver mecanismos tanto de *prevenção* como de *seguimento*, tendentes a cristalizar um sistema de *monitoramento contínuo* dos direitos humanos em todos os países, consoante os mesmos critérios.

A par da visão integral dos direitos humanos no plano conceitual, os esforços correntes em prol do estabelecimento e consolidação do *monitoramento contínuo* da situação dos direitos humanos em todo o mundo constituem, em última análise, a resposta, no plano processual, ao reconhecimento obtido na Conferência Mundial de Direitos Humanos de Viena, em 1993, da legitimidade da preocupação de toda a comunidade internacional com as violações de direitos humanos em toda parte e a qualquer momento, sendo este um grande desafio a defrontar o movimento internacional dos direitos humanos nesta segunda década do século XXI.

<sup>63</sup> E.g., as cometidas por grupos clandestinos de extermínio, sem indícios aparentes da presença do Estado; as perpetradas por agentes não-identificados, contra as vítimas indefesas do tráfico de pessoas; as cometidas por organismos financeiros e por detentores do poder econômico; as perpetradas pelos detentores do poder das comunicações; as cometidas pelo recrudescimento dos fundamentalismos e ideologias religiosas; as decorrentes da corrupção e impunidade; dentre outras.

<sup>64</sup> Cf. A.A. Cançado Trindade, “O Legado da Declaração Universal dos Direitos Humanos e Sua Trajetória ao Longo das Seis Últimas Décadas”, in *60 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos: Conquistas do Brasil* (org. A. Giovanetti), Brasília, FUNAG, 2009, pp. 13-46; A.A. Cançado Trindade, “The Universal Declaration of Human Rights, Six Decades Later - Introductory Note”, *United Nations Historic Archives - U.N. Audiovisual Library in International Law*, N.Y., U.N., outubro de 2008, pp. 1-4.

<sup>65</sup> Para um estudo atualizado das três décadas das Consultas do ACNUR em nossa região (1984-2014), cf. A.A. Cançado Trindade, *A Humanização do Direito Internacional*, 2ª ed. rev., Belo Horizonte, Edit. Del Rey, 2015, capítulos XXIV-XXV, pp. 525-613.

Para enfrentá-lo, os órgãos internacionais de proteção necessitarão contar com consideráveis recursos - humanos e materiais - adicionais: os atuais recursos<sup>66</sup>, altamente insatisfatórios, refletem um quase descaso em relação ao labor no campo da proteção internacional dos direitos humanos. Os órgãos internacionais de proteção devem buscar bases e métodos adicionais de ação para fazer frente às novas formas de violações dos direitos humanos<sup>67</sup>.

A impunidade, por exemplo, verdadeira chaga que corrói a crença nas instituições públicas, é um obstáculo que ainda não conseguiram transpor. É certo que as Comissões da Verdade, instituídas nos últimos anos em diversos países, com mandatos e resultados de investigações os mais variáveis, constituem uma iniciativa positiva no combate a esse mal, mas ainda persiste uma falta de compreensão do alcance das obrigações internacionais de proteção.

Estas últimas vinculam não só os governos (como equivocada e comumente se supõe), mas os Estados (todos os seus poderes, órgãos e agentes); cabe precisar com clareza o amplo alcance das *obrigações tanto executivas como legislativas e judiciais* dos Estados Partes em tratados de direitos humanos - a par das do Poder Executivo - de modo a combater com mais eficácia a impunidade. Para assegurar a proteção do ser humano em todas e quaisquer circunstâncias, muito se vem impulsionando, em nossos dias, as convergências entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos, o Direito Internacional Humanitário e o Direito Internacional dos Refugiados.

Tais convergências, motivadas em grande parte pelas próprias necessidades de proteção, tem-se manifestado nos planos normativo, hermenêutico e operacional, tendendo a fortalecer o grau da proteção devida à pessoa humana. Face à proliferação dos atuais e violentos conflitos internos em tantas partes do mundo, já não se pode invocar a *vacatio legis*, levando à total falta de proteção de tantas vítimas inocentes. A visão compartimentalizada das três grandes vertentes da proteção internacional da pessoa humana encontrasse hoje

<sup>66</sup> No plano global, por muitos anos permaneceu pouco mais de 1% do orçamento regular das Nações Unidas (ONU); no plano regional interamericano, permanece até hoje cerca de 4% do orçamento regular da Organização dos Estados Americanos (OEA).

<sup>67</sup> Para um exame de novos mecanismos e estratégias, cf. P. Leuprecht, "Conflict Prevention and Alternative Forms of Dispute Resolution: Looking Towards the Twenty-First Century", in *Human Rights in the Twenty-First Century: A Global Challenge* (eds. K.E. Mahoney e P. Mahoney), Dordrecht, Nijhoff, 1993, pp. 959-965; J. Martenson, "The United Nations and Human Rights Today and Tomorrow", in *ibid.*, pp. 925-936; J. Fodor, "Future of Monitoring Bodies", *Canadian Human Rights Yearbook* (1991-1992) pp. 177-209; Manfred Nowak, "Future Strategies for the International Protection and Realization of Human Rights", in *The Future of Human Rights Protection in a Changing World - Essays in Honour of T. Opsahl* (eds. A. Eide e J. Helgesen), Oslo, Norwegian University Press, 1991, pp. 59-78; B.G. Ramcharan, "Strategies for the International Protection of Human Rights in the 1990s", 13 *Human Rights Quarterly* (1991) pp. 155-169; Th. van Boven, "The Future Codification of Human Rights: Status of Deliberations - A Critical Analysis", 10 *Human Rights Law Journal* (1989) pp. 1-11.

definitivamente superada; a doutrina e a prática contemporâneas admitem a aplicação simultânea ou concomitante das normas de proteção das referidas três vertentes, em benefício do ser humano, destinatário das mesmas. Passamos da compartimentalização às convergências. Cabe seguir avançando decididamente nessa direção<sup>68</sup>.

Os órgãos de supervisão internacional têm, ao longo dos anos, aprendido a atuar também em distúrbios internos, estados de sítio e situações de emergência em geral. Graças à evolução da melhor doutrina contemporânea, hoje se reconhece que as derrogações e limitações permissíveis ao exercício dos direitos protegidos, isto é, as previstas nos próprios tratados de direitos humanos, devem ser restritivamente interpretadas e cumprir certos requisitos básicos<sup>69</sup>. Em qualquer hipótese, ficam excetuados os direitos inderrogáveis (como o direito à vida, o direito a não ser submetido a tortura ou escravidão, o direito a não ser incriminado mediante aplicação retroativa das penas), que não admitem qualquer restrição. Do mesmo modo, impõe-se a intangibilidade das garantias judiciais em matéria de direitos humanos (exercitadas consoante os princípios do devido processo legal), mesmo em estados de emergência. O ônus da prova do cumprimento de todos esses requisitos recai naturalmente no Estado que invoca a situação de emergência pública em questão<sup>70</sup>.

As iniciativas no plano internacional não podem dissociar-se da adoção e do aperfeiçoamento das medidas *nacionais* de implementação, porquanto dessas últimas - estamos convencidos - depende em grande parte a evolução da

<sup>68</sup> A.A. Cançado Trindade, G. Peytrignet e J. Ruiz de Santiago, *Las Tres Vertientes de la Protección Internacional de los Derechos de la Persona Humana*, 1ª ed. México, Ed. Porrúa/Univ. Iberoamericana, 2003, pp. 1-169; A.A. Cançado Trindade, L. Ortiz Ahlf e J. Ruiz de Santiago, *Las Tres Vertientes de la Protección Internacional de los Derechos de la Persona Humana*, 2ª ed., México D.F., Porrúa/Escuela Libre de Derecho, 2017, pp. 1-225; A.A. Cançado Trindade, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional de los Refugiados y Derecho Internacional Humanitario: Aproximaciones y Convergencias*, Genebra, CICV, [2000], pp. 1-66.

<sup>69</sup> Podem esses resumir-se nos seguintes: tais derrogações e limitações devem ser previstas em lei (aprovada por um congresso democraticamente eleito), ser restritivamente interpretadas, limitar-se a situações em que sejam absolutamente necessárias (princípio da proporcionalidade às exigências das situações), ser aplicadas no interesse geral da coletividade (*ordre public*, fim legítimo), ser compatíveis com o objeto e propósito dos tratados de direitos humanos, ser notificadas aos demais Estados Partes nesses tratados, ser consistentes com outras obrigações internacionais do Estado em questão, ser aplicadas de modo não-discriminatório e não-arbitrário, ser limitadas no tempo.

<sup>70</sup> Em casos não previstos ou regulamentados pelos tratados de direitos humanos e de direito humanitário, impõem-se os princípios do direito internacional humanitário, os princípios de humanidade e os imperativos da consciência pública (consoante a célebre “cláusula Martens”). Aos órgãos de supervisão internacional está reservada a tarefa de verificar e assegurar o fiel cumprimento desses requisitos pelos Estados que invocam estados de sítio ou emergência, mediante, e.g., a obtenção de informações mais detalhadas a respeito e sua mais ampla divulgação (inclusive das providências tomadas), e a designação de relatores especiais ou órgãos subsidiários de investigação dos estados ou medidas de emergência pública prolongados.

própria proteção *internacional* dos direitos humanos. Como venho sustentando há vários anos (mais de três décadas)<sup>71</sup>, no contexto da proteção dos direitos humanos, a polêmica clássica entre monistas e dualistas revelasse baseada em falsas premissas e superada: verifica-se aqui uma *interação* dinâmica entre o direito internacional e o direito interno e os próprios tratados de direitos humanos significativamente consagram o critério da *primazia da norma mais favorável* aos seres humanos protegidos, *seja ela norma de direito internacional ou de direito interno* (cf. *supra*).

A responsabilidade *primária* pela observância dos direitos humanos recai nos Estados e os próprios tratados de direitos humanos atribuem importantes funções de proteção aos órgãos dos Estados. Ao ratificarem tais tratados, os Estados Partes contraem a obrigação geral de adequar seu ordenamento jurídico interno à normativa internacional de proteção<sup>72</sup>, a par das obrigações específicas relativas a cada um dos direitos protegidos. Urge, assim, que as leis nacionais sejam compatibilizadas com a normativa internacional de proteção e que os direitos consagrados nos tratados de proteção possam ser invocados *diretamente* ante os próprios tribunais nacionais.

No presente domínio de proteção, o direito internacional e o direito interno se mostram, assim, em constante interação. É a própria proteção internacional que requer medidas nacionais de implementação dos tratados de direitos humanos<sup>73</sup>, assim como o fortalecimento das instituições nacionais vinculadas à vigência plena dos direitos humanos e do Estado de Direito. Só se logrará tal fortalecimento com o concurso e a mobilização da sociedade civil, à qual se devem em grande parte os avanços na proteção dos direitos humanos em perspectiva histórica. Do que precede se pode depreender a premência da consolidação das obrigações *erga omnes* de proteção, consoante uma concepção necessariamente *integral* dos direitos humanos.

<sup>71</sup> Cf. A.A. Cançado Trindade, "Exhaustion of Local Remedies in International Law and the Role of National Courts", 17 *Archiv des Völkerrechts* (1977-1978) pp. 333-370; A.A. Cançado Trindade, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1983, pp. 1-443; A.A. Cançado Trindade, "Desafios de la Protección Internacional de los Derechos Humanos al Final del Siglo XX", in *Seminario sobre Derechos Humanos* (Actas del Seminario de La Habana, Cuba, Mayo-Junio de 1996), San José de Costa Rica/La Habana, IIDH/Unión Nacional de Juristas de Cuba, 1997, pp. 99124.

<sup>72</sup> No tocante ao direito brasileiro, cf. A.A. Cançado Trindade (ed.), *A Incorporação das Normas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos no Direito Brasileiro* (Seminários de Brasília e Fortaleza de 1993), 2a. ed., Brasília/San José, IIDH/CICV/ACNUR/CUE/ASDI, 1996, pp. 7-845; A.A. Cançado Trindade (ed.), *A Proteção dos Direitos Humanos nos Planos Nacional e Internacional: Perspectivas Brasileiras*, San José/Brasília, IIDH/Fund. F. Naumann, 1991, pp. 1-357; C.D. de Albuquerque Mello, *Direito Constitucional Internacional*, Rio de Janeiro, Edit. Renovar, 1994, pp. 165-191.

<sup>73</sup> A ênfase na premência das referidas medidas nacionais, para o futuro da proteção internacional, não nos pode, porém, fazer perder de vista que os padrões internacionais de proteção não podem ser rebaixados; devem eles, ao contrário, ser preservados e elevados.

Ao completar sete décadas de existência e irradiação, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 reveste-se de notável atualidade ao proclamar direitos inerentes à pessoa humana e, ao mesmo tempo, conchamar a transformação da ordem social internacional para a efetivação de tais direitos<sup>74</sup>. Significativamente, a Declaração Universal invoca expressamente a “consciência da humanidade”<sup>75</sup> (preâmbulo), “ultrajada pelos “atos bárbaros” e horrores (da II Guerra Mundial) perpetrados pelo voluntarismo estatal totalitário, e conchama a construção ou “advento” de um mundo novo, em que todas as pessoas nascem “livres e iguais em dignidade e direitos”, dotadas de “razão e consciência” (artigo 1). Ao longo de sete décadas, sua importância única<sup>76</sup> se irradiou em todos os continentes, ao reconhecer a centralidade da pessoa humana no novo *jus gentium*<sup>77</sup>.

A projeção histórica da Declaração Universal tem sido associada ao próprio direito internacional consuetudinário em evolução, assim como aos princípios gerais do direito<sup>78</sup>. A Declaração Universal atribui importância capital ao princípio fundamental da igualdade e não-discriminação; a CIADH, em seu histórico e aclamado Parecer nº 18, de 17.09.2003, sobre a *Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados*, situou com lucidez este princípio básico no domínio do *jus cogens*<sup>79</sup>, após invocar devidamente a Declaração Universal<sup>80</sup>.

Enfim, ao voltar os olhos tanto para trás como para frente, constata-se que efetivamente houve, nessas sete décadas de experiência acumulada nesse domínio

<sup>74</sup> A. Eide e G. Alfredsson, “Introduction”, in *The Universal Declaration of Human Rights - A Common Standard of Achievement* (eds. G. Alfredsson e A. Eide), The Hague, Nijhoff, 1999, pp. XXIX-XXX.

<sup>75</sup> Quanto à sua importância, cf., e.g., J. Morsink, *The Universal Declaration of Human Rights...*, *op. cit. supra* n. (6), pp. 91, 299-300, 318 e 331.

<sup>76</sup> Cf., e.g., B. Vergely, *Le silence de Dieu face aux malheurs du monde*, Paris, Presses de la Renaissance, 2006, p. 172.

<sup>77</sup> Cf. A.A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind - Towards a New Jus Gentium*, 2ª ed. rev., Leiden/The Hague, Nijhoff/The Hague Academy of International Law, 2013, pp. 1-726.

<sup>78</sup> J. Oraá Oraá, “En Torno al Valor Jurídico de la Declaración Universal”, in *La Declaración Universal de Derechos Humanos en Su Cincuenta Aniversario*, Bilbao, Edit. Universidad de Deusto, 1999, pp. 188-201. Sobre a importância dos princípios gerais do direito, nos próprios fundamentos do direito das gentes, cf. A.A. Cançado Trindade, *Princípios do Direito Internacional Contemporâneo*, 2ª ed. rev., *op. cit. supra* n. (31), pp. 13-463.

<sup>79</sup> Parágrafos 97-101 do referido Parecer nº 18; e cf. o extenso Voto Concordante do Juiz Presidente A.A. Cançado Trindade, parágrafos 1-89, texto reproduzido in: A.A. Cançado Trindade, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos - Esencia y Trascendencia (Votos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1991-2006)*, México, Edit. Porrúa/Universidad Iberoamericana, 2007, pp. 52-87.

<sup>80</sup> Parágrafo 71 do mencionado Parecer nº 18 (2003) da CIADH. E cf., sobre o impacto do anterior Parecer nº 16 (1999) da CIADH: A.A. Cançado Trindade, “The Humanization of Consular Law: The Impact of Advisory Opinion nº 16 (1999) of the Inter-American Court of Human Rights on International Case-Law and Practice”, 6 *Chinese Journal of International Law* (2007) nº 1, p. 1-16.

de proteção desde a adoção da Declaração Universal de 1948, claros avanços, sobretudo na *jurisdicionalização* da proteção internacional dos direitos humanos<sup>81</sup> e no acesso direto da pessoa humana à justiça internacional. Não obstante, também se constata que tais avanços não têm sido lineares, como indica a trajetória das posições de muitos países neste domínio.

Ocorreram momentos históricos de avanços significativos, mas lamentavelmente também de alguns retrocessos, quando não deveria haver aqui espaço para estes últimos. É esse, em última análise, um domínio de proteção que não comporta retrocessos. Nesta segunda década do século XXI, resta, certamente, um longo caminho a percorrer, tarefa para toda a vida e tarefa sem fim, como no mito de Sísifo<sup>82</sup>. Trata-se, em última análise, de perseverar no ideal da construção de uma cultura universal de observância dos direitos humanos, no decorrer do século XXI, graças ao labor das gerações vindouras que não hesitarão em abraçar essa nobre causa.

Haia, 23 de julho de 2018.  
A.A.C.T.

---

<sup>81</sup> Cf., a respeito, e.g., A.A. Cançado Trindade, *O Esgotamento de Recursos Internos no Direito Internacional*, 2a. ed., Brasília, Edit. Universidade de Brasília, 1997, pp. 1-327.

<sup>82</sup> Cf. A. Camus, *Le mythe de Sisyphe*, Paris, Gallimard, 1942, pp. 11-168; A. Camus, *The Myth of Sisyphus and Other Essays*, N.Y., Vintage, 1991, pp. 3-123.

# A construção do Sistema Comercial Internacional Sinocêntrico: a nova Rota da Seda

Antônio Celso Alves Pereira<sup>1</sup>  
João Eduardo de Alves Pereira<sup>2</sup>

## Resumo

O presente texto discute a iniciativa do atual governo da República Popular da China de revigorar a antiga Rota da Seda. Trata-se de política de alto alcance não somente comercial, mas, sobretudo político-estratégico, pois, uma vez concretizado, permitirá à China expandir sua influência econômica e política em todos os continentes e, de fato, criar um sistema comercial internacional sinocêntrico.

**Palavras-chave:** Ordem econômica internacional; sistema comercial internacional sinocêntrico; economia mundial; novo império chinês; nova rota da seda.

## Abstract

This text discusses the initiative of the current government of the People's Republic of China to reinvigorate the ancient Silk Road. It is a high-reach policy not only commercial but, above all, politico-strategic, since once it has been realized, will allow China to expand its economic and political influence on all continents and, in fact, to create a sinocentric international trading system.

**Keywords:** International economic order; sinocentric international trading system; world economy; new chinese empire; new silk road.

## Introdução

Pretende-se, no presente texto, discutir a iniciativa da República Popular da China, lançada em 2013, de revigorar a milenar Rota da Seda, por meio de projetos de comércio e de transporte de amplitude global, medida que, pelos custos projetados, não tem, nessa matéria, paralelos na história mundial. O governo chinês quer, com isso, reconstruir, ampliar, implantar e financiar projetos de infraestrutura, com o objetivo de estabelecer novas vias comerciais terrestres e marítimas, complementares às rotas de comércio eurásianas tradicionais, que,

---

<sup>1</sup> Professor de Direito Internacional da Faculdade de Direito de Valença e do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Veiga de Almeida. Ex-reitor da UERJ.

<sup>2</sup> Doutor em Engenharia de Produção pela Coppe/Universidade Federal do Rio de Janeiro (2002). Mestre em Geografia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (1992). Professor da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e da Faculdade de Direito de Valença.

desde o século II a.C., época em que se iniciaram os registros históricos sobre o assunto, partiam do portão oeste da antiga cidade chinesa de Changan. Ao entronizar-se a Dinastia Ming, casa imperial que governou a China de 1368-1644, o nome dessa cidade foi mudado para X'ian e assim permanece até hoje.

A Rota da Seda tradicional jamais constituiu uma via única. Em sua configuração terrestre, era formada por um sistema composto por uma série de caminhos, estradas e trilhas, que tomavam a direção da Ásia Central, da Índia e da Europa, especialmente às regiões mediterrâneas. Eram rotas terrestres e marítimas, conectadas, que contribuíram enormemente para o desenvolvimento das grandes civilizações da Antiguidade.

A denominação *Rota da Seda* é do século XIX. Foi cunhada, em 1877, pelo geógrafo alemão Ferdinand von Richthofen, sinólogo que realizou, no século dezenove, várias viagens de estudo à China. Em uma dessas incursões, percorreu, por cinco anos, o sistema de rotas comerciais que ele denominaria *Seidenstrasse, Rota da Seda*. Entretanto, como diz Laurence Bergreen, autor de uma excelente biografia de Marco Polo, a expressão é “uma imagem evocativa, mas artificial. Apesar de o nome sugerir romance, aventura [...], aqueles que percorriam a Rota atrás de riquezas, conquista ou salvação passavam por uma experiência árdua, cheia de privações e perigos”.<sup>3</sup> No correr do presente trabalho, de início, apresentar uma notícia sobre a história da Rota, sua importância desde a Antiguidade, para, em seguida, traçar as linhas da proposta do presidente chinês Xi Jinping de desenvolver o que ele chamou de “projeto do século”, batizado *Um Cinturão, Uma Rota (One Belt, One Road – OBOR)*. Buscarei analisar o projeto da Nova Rota sob a perspectiva da geopolítica chinesa, ou seja, quais os objetivos político-econômicos e ideológicos do governo chinês ao propor uma iniciativa comercial de tal porte, que, se executada plenamente, segundo o presidente Xi Jinping, beneficiaria 68 países em suas relações comerciais internacionais.

A Rota da Seda tradicional conformou uma das mais importantes vias comerciais da história do comércio mundial na Antiguidade e muito especialmente na Idade Média. Pelo seu emaranhado de caminhos, em caravanas compostas por até cinco centenas de pessoas, transportadas por camelos e iaques, que carregavam 140 quilos cada um, guiadas pelo *sareban*, ou cameleiro, que viajava à frente da caravana. Dependendo do tempo, os camelos podiam vencer até 50 km por dia. Mercadores mongóis, turcos, árabes, sírios, judeus, europeus do leste e do oeste, agiotas de várias nacionalidades, monges missionários católicos e nestorianos, enfim, gente de toda a espécie e origem transitava do Ocidente para o Oriente, e vice-versa, por vias terrestres e marítimas complementares, para realizar algum interesse comercial ou religioso. No caso dos missionários e emissários católicos, muitas vezes portando documentos e credenciais firmados por papas, como foi o caso dos franciscanos Giovanni da Pina del Carpini e Benedito da Polônia, os primeiros missionários católicos enviados ao Oriente. Esses padres, em 1245,

<sup>3</sup> BERGREEN, Laurence. *Marco Polo – De Veneza a Xanadu*. Tradução de Cristina Cavalcanti. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, p. 78.

autorizados e credenciados pelo Papa Inocêncio IV, passaram anos perambulando pela Rota da Seda, sofrendo toda a sorte de privações e desonras, quando transitavam em território mongol.<sup>4</sup> A missão dos dois franciscanos tinha como objetivo levar o cristianismo à corte do Khan mongol. Outro emissário papal, Guilherme Rubruck, cruzou a Rota da Seda durante dois anos, de 1253 a 1255, à cata de informações sobre um suposto reino de um suposto líder cristão, o mítico Preste João, que, segundo notícia que corria pela Europa Ocidental à época, governava o mais poderoso reino do mundo e, como tal, poderia ajudar a cristandade a se livrar da permanente ameaça dos exércitos muçulmanos, os quais além da ocupação da Península Ibérica desde 711, prosseguiram, no Oriente, bem como na África, expandindo a fé revelada no Corão, conquistando e convertendo povos, desde o século VII da Era Cristã. Na Baixa Idade Média espalhar-se a lenda segundo a qual o reino do Preste João estaria localizado na Ásia ou na África. A existência do potentado, que teria sob sua soberania 72 reis, era uma ilusão poderosa no imaginário medieval. Era uma *fake news* fascinante, que se espalhou no ocidente europeu, por meio de uma falsa carta, que teria sido redigida na corte imperial alemã, no contexto das disputas entre o Sacro Império, o Império Bizantino e o Papado. Começou a circular nas principais cortes da Europa, na segunda metade do século XII. O teor da carta, em várias versões, em latim, em línguas vernáculas europeias e no idioma copta, provocou a imaginação popular e, sobretudo, de reis, imperadores e papas, até os primeiros tempos da Idade Moderna. Em sua versão inicial a carta era destinada, pelo poderoso potentado, ao imperador bizantino Manuel I Comeno (1143-1180), ao papa e ao imperador Frederico I.<sup>5</sup> Giovanni Carpini e Guilherme Rubruck escreveram livros sobre a experiência que viveram na Rota da Seda, que hoje constituem importantes fontes de consulta para a história da Rota.

Toda espécie de mercadorias era negociada ao longo da Rota da Seda: pedras preciosas, ouro, prata, marfim, alimentos, tecidos e armas. O Ocidente foi altamente beneficiado pelas invenções chinesas que chegaram à Europa pela Rota da Seda. A pólvora, os fogos de artifício, a besta, ou balestra dos exércitos medievais, o estribo, peça que transformou a forma de combate a cavalo, por estabilizar o guerreiro durante a batalha<sup>6</sup>, o papel, o macarrão, que Marco Polo levou para a Itália, em 1292, especiarias, porcelanas e, principalmente, a seda, que era o produto mais caro e mais cobiçado pelos mercados da Europa, desde os tempos da República Romana. Segundo Francis Bacon, três invenções chinesas estão listadas entre as criações humanas que transformaram o mundo: a imprensa, a pólvora e a bússola magnética. Sobre isso, é importante destacar que tais invenções tinham objetivos iniciais nitidamente pacíficos. A bússola

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 80/81.

<sup>5</sup> Ver <http://www.ricardocosta.com/artigo/por-uma-geografia-mitologica-lenda-medieval-do-preste-joao-sua-permanencia-transferencia-e>. Consulta em 3 de junho de 2018;

<sup>6</sup> THUBRON, Colin. *A sombra da rota da seda*. Tradução de Otávio Albuquerque. Porto Alegre: L&PM, 2017, p. 30.

foi criada como brinquedo de criança e para orientar a arrumação das casas, ou seja, a técnica do *Feng Shui*; a pólvora para a confecção de fogos de artifícios e a imprensa “não foi criada visando um futuro revolucionário, mas para sacralizar e sustentar o passado com cuidadosa reprodução dos textos clássicos confucianos”<sup>7</sup>.

## A nova Rota da Seda

É importante destacar que pela Rota da Seda transitavam não apenas mercadorias e pessoas, mas também ideias. O budismo foi levado à China e à Coreia por mercadores e monges indianos que transitavam pelos caminhos da Rota.

Ao longo de milênios de transações comerciais através da Rota, a seda foi o produto mais caro e mais cobiçado pelos mercadores, pelos reis e por todos que podiam usar produtos de luxo. Era uma mercadoria tão valorizada que o rei visigodo Alarico, após saquear Roma, em 410, exigiu que 4 mil túnicas de seda fizessem parte do butim que ele impunha aos vencidos, para suspender o saque da cidade.

Segundo a tradição, foi uma princesa chinesa Lei-Tzu, no século XVII, a. C. a descobridora da seda. Ela tomava seu chá embaixo de uma amoreira e se deu conta de que uma lagarta se alimentava de folhas da árvore. Nos dias seguintes, ela ficou a observá-la, tecendo fios que brilhavam ao sol.<sup>8</sup> Um casulo desprende-se da árvore e caiu na xícara de chá da princesa. Ela puxou os fios que se soltaram e começou a tecê-los. Esta ocorrência teria inaugurado a sericultura. Lei-Tzu, na mitologia chinesa, é a deusa da seda.<sup>9</sup> O processo de manufatura da seda foi, durante três mil anos, segredo de Estado na China, cuja pena, para quem o divulgasse, era a morte. Contudo, não foi possível mantê-lo por mais tempo. Coreanos, japoneses e indianos apoderam-se da técnica de produção. Posteriormente, por volta do ano 500 d. C., o Império Bizantino passou a fabricar o artigo e, com as Cruzadas, a sericultura chegou à Europa Ocidental. A partir do século XII, Gênova, Florença, Veneza e Luca, tornaram-se exportadores do produto.

Primitivamente, a seda chegou à Europa pela Rota e por iniciativa de mercadores romanos, que a compravam de negociantes partas, povo que, por um largo período, dominou o comércio na Rota da Seda e, como tal, revendiam produtos chineses. Os gregos e romanos chamavam os chineses de *seres* (*sedosos*), povo fabricante de seda. Segundo consta, os romanos tomaram conhecimento do produto, em uma das batalhas das guerras romano-partas. As legiões romanas teriam se deslumbrado com o brilho e a beleza dos estandartes e bandeiras de seda dos regimentos partas.

<sup>7</sup> THUBRON, Colin. *A sombra da rota da seda*. Tradução de Otávio Albuquerque. Porto Alegre: L&PM, 2017, p. 18

<sup>8</sup> *Ibidem*.

<sup>9</sup> Ver [https://es.wikipedia.org/wiki/Historia\\_de\\_la\\_seda](https://es.wikipedia.org/wiki/Historia_de_la_seda), consulta em 3 de junho de 2018.

Com a conquista do Egito por Roma, em 31 a. C, os mercadores romanos estabeleceram comércio direto com a China. Em consequência da grande demanda pela seda, o Senado Romano se viu obrigado a proibir a importação da mercadoria, para conter a evasão de ouro e prata que eram utilizados para pagar as importações do produto.

A Rota da Seda, no continente chinês, além dos rigores do clima – a rota norte passava pelo deserto de Gobi, na fronteira da China com a Mongólia –, transitar por ela, em determinados momentos, constituía-se em aventura de alto risco. Quando Gêngis Khan, no século XIII, ocupou a China, suas hordas espalharam o terror ao longo da Rota da Seda. Entretanto, seu neto, Kublai Khan, segundo o historiador veneziano Alvise Zorzi, citado por Bergreen, “era um monarca que perseguia altos padrões de governança” [...] e sua mais poderosa arma “não era a espada ou a lança, nem o fogo e nem o veneno, mas o comércio com o mundo além das fronteiras do seu império”. Os mongóis, “necessitavam da tecnologia e das mercadorias europeias, persas e árabes para sobreviver na nova ordem mundial que haviam criado”. Para isso, ele abriu novas rotas comerciais, que se incorporaram ao conjunto de vias da Rota da Seda tradicional.<sup>10</sup> Após a morte de Kublai Khan, seus sucessores não foram capazes de manter o domínio mongol na China. Em 1368, uma nova dinastia imperial foi entronizada. O primeiro imperador Ming fechou a China e cortou todas as possíveis relações com o Ocidente. O comércio na Rota da Seda, principalmente a Rota Norte, praticamente desapareceu. As duas dinastias anteriores aos Mings, Song e Yuan, desenvolveram a marinha chinesa e a dotaram de barcos e de equipamentos superiores aos que, mais de um século depois, portugueses e espanhóis não possuíam. Desde os tempos da dinastia Song (960-1279), a China liderava o mundo em tecnologia náutica. Suas frotas poderiam ter conduzido o império a uma era de conquistas e exploração.<sup>11</sup> Até hoje os sinólogos e historiadores discutem o sucedido com a grande armada do almirante eunuco Zheng He, que foi desmantelada pelo governo Ming, em 1453. Ele empreendera viagens de comércio e de representação, completamente pacíficas, *soft power*, em destinos como Java, Índia, Chifre da África e o estreito de Hormuz, localidades que somente seriam alcançadas pelos navegantes ocidentais muitos anos depois. “Na época das viagens de Zheng, a era europeia da exploração ainda não começara. A frota chinesa – escreve Kissinger em sua excelente obra sobre a China – “possuía o que teria parecido uma vantagem tecnológica intransponível: em tamanho, sofisticação e número de embarcações, fazia parecer de brinquedo a armada espanhola ainda por nascer (dali a 150 anos)”.<sup>12</sup> A dinastia Ming firmou uma ideologia, que se consubstanciaria na chamada corrente fundamentalista, a qual exigia para a China uma postura autárquica, portanto isolacionista, que tinha como fundo a ideia milenar de que o país era o centro do mundo, o “Império do

<sup>10</sup> BERGREEN, op. cit. p. 43.

<sup>11</sup> KINSSINGER, Henry. *Sobre a China*. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011, p. 26.

<sup>12</sup> KISSINGER, op. cit. p. 26/27

Meio”, que nada tinha a aprender com os estrangeiros. Em relação ao comércio, bastava a força do vasto e florescente mercado interno. Começou aí a decadência da Rota da Seda. Dois outros acontecimentos completariam o abandono forçado da Rota pelos mercadores do Ocidente. Em 1453, com a conquista de Constantinopla pelos turcos otomanos e o controle que eles passaram a exercer no Mediterrâneo, tornou-se impossível alcançar os caminhos do Oriente. Por outro lado, em 1498, a descoberta da Rota Marítima para a Índia, por Vasco da Gama, contornando o Cabo da Boa Esperança, o comércio do Ocidente com o Oriente passou a ser dominado pelos portugueses pela Rota do Cabo, fato que deslocou o comércio da Rota da Seda para os Oceanos Atlântico e Índico.

Ao longo da história chinesa, além dos fundamentalistas, duas outras correntes ideológicas buscaram o predomínio na política e da economia chinesa, levando em conta, obviamente, as realidades sociopolíticas e econômicas do momento histórico que vivia o país. Vale lembrar a retomada do isolacionismo durante a Revolução Cultural (1966-1976) pelo chamado “Grupo dos Quatro” ou “Camarilha dos Quatro”, facção fundamentalista comandada pela mulher de Mao Tse-Tung, Jiang Quing. Nesse período, a China se fechou para o mundo, ao tentar manter uma postura autárquica. Assim, além dos fundamentalistas isolacionistas, havia os chamados chineses pró-soviéticos, que se encastelaram no Partido Comunista Chinês, desde os primeiros tempos de fundação do Partido, em 1921, e foram banidos do Partido, em expurgo comandado por Mao Tse-Tung, no VII Congresso do Partido, em julho de 1945. O terceiro grupo ideológico, que está hoje no poder, é o dos modernizadores ecléticos, norteado por princípios segundo os quais a China, pragmaticamente, deve buscar no exterior tudo que redundar em benefício para o desenvolvimento do país sem, entretanto, abandonar os fundamentos básicos de seu sistema político e as tradições nacionais. Para se ter uma ideia da importância para o chineses do simbolismo do passado e das tradições milenares da cultura do país, basta-nos atentar para o sucedido na cerimônia de devolução de Hong Kong, em 1º de julho de 1997, conforme narrativa de Neil MacGregor, diretor do *British Museum*, em seu livro *A História do Mundo em 100 Objetos*:

A escolha da música para a cerimônia de entrega de Hong Kong à República Popular da China pela Grã-Bretanha, em 1997, foi, de ambos os lados, bastante característica. Os britânicos escolheram *Last Post* (última postagem), tocada em clarim; os chineses optaram por uma peça musical composta especialmente para a ocasião chamada *Heaven, Earth, Mankind*, (Céu, Terra, Humanidade) em parte tocada em um conjunto de sinos antigos. Do lado europeu, um instrumento solo associado a conflito e guerra; do lado chinês, um grupo de instrumentos tocados de forma harmoniosa. Com um pouco de imaginação, podemos ver na escolha dos instrumentos duas visões distintas e determinantes de como funciona a sociedade. Na China, os sinos têm uma longa história e possuem uma

riqueza de significados para seu povo – talvez essa tenha sido a maneira chinesa de fazer Hong Kong lembrar-se das tradições culturais e políticas às quais se reuniria.<sup>13</sup>

Os modernizadores ecléticos estão no comando do país, desde a volta de Deng Xiaoping ao poder, em 1978, no XI Congresso do Partido Comunista. Deng sofreu dois violentos expurgos: em 1965, durante a Revolução Cultural; e, em 1976, por ordem de Mao Tse-Tung. Os modernizadores ecléticos adotam princípios capitalistas, porém, mantêm o sistema comunista em sua essência. Modernamente, os grandes ideólogos da corrente foram Chu Enlai e, principalmente, Deng Xiaoping, cujo desejo, afirma o sinólogo Michael E. Marti, “foi criar um sistema econômico que permitisse à China tornar-se uma nação rica e poderosa pelos meados do século XXI”.<sup>14</sup> Xiaoping sabia que o sucesso do seu plano estava diretamente subordinado à conquista da estabilidade político-econômica. Temeroso de que se repetisse na China o colapso que se abateu sobre a União Soviética, Xiaoping costurou, entre 1991 e 1992, o que ficou conhecido como o *Grande Compromisso*, substanciado na união de todas as facções do partido: anciãos, conservadores, liberais, líderes regionais, tecnocratas e o Exército de Libertação do Povo. Ao mesmo tempo, transferiu o controle do processo de abertura da economia para uma geração de políticos e burocratas “escolhida a dedo”,<sup>15</sup> composta por indivíduos que não haviam participado de atividades revolucionárias em períodos anteriores a 1949. Essas medidas foram aprovadas no XIV Congresso do Partido, em 1992, com a plena concordância da velha guarda, ou seja, das lideranças remanescentes da Longa Marcha. O *Grande Compromisso* uniu o Exército, os conservadores e os jovens burocratas, sob o controle do Partido. Ao mesmo tempo, iniciou o processo de despolitização das Forças Armadas e estabeleceu formas de manter a constante modernização de suas forças. Todas as medidas por ele empreendidas buscavam, segundo seus biógrafos, superar os problemas políticos internos, para desenvolver, de forma rápida e sustentável, a economia nacional. “Qualquer análise da política chinesa sob a gestão de Deng, que deixe de considerar sua motivação econômica, não conseguirá explicar ou entender a política daquele período”.<sup>16</sup> Xi Jinping é hoje o líder dessa corrente, segue as linhas mestras traçadas por Xiaoping. O pai de Xi Jinping, Xi Zhongxun, foi importante membro do Partido Comunista Chinês, participou da Revolução como comandante de guerrilha no norte do país, foi chefe de Serviço de Propaganda do Partido e vice-presidente do Congresso Nacional do Povo. Apesar disso, foi preso em 1968, expurgado pela Revolução Cultural e enviado ao trabalho em uma fábrica no interior da China. Foi reabilitado por Xiaoping em

<sup>13</sup> <https://portalconservador.com/livros/Neil-MacGregor-A-historia-do-mundo-em-100-objetos.pdf> Consulta em 3 de julho de 2018.

<sup>14</sup> MARTI, MICHAEL E. *a China de Deng Xiaoping*. Tradução de Antonio Sepulveda. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2007. p.xiii.

<sup>15</sup> MARTI, op. cit. p. xi

<sup>16</sup> *Ibidem* p, xiii.

1979. Nessa altura, Xi Jinping tinha apenas 10 anos. Posteriormente, ingressou no Partido, passou por todas as correias de acesso à liderança partidária. Formou-se em Engenharia Química. No 18º Congresso do Partido Comunista Chinês, em 2012, ele foi eleito Secretário Geral do Partido e Presidente da China. Como herdeiro das ideias de Xiaoping, as ações do atual governante chinês, internamente, são orientadas pelos princípios estabelecidos no *Grande Compromisso* e, em suas ações externas, além das questões ligadas à segurança do país e à sua projeção político-diplomática, ele busca criar condições para manter o vertiginoso desenvolvimento econômico, que se processa desde a abertura da economia. Por outro lado, ao que tudo indica, Xi Jinping quer realizar o projeto dos modernizadores ecléticos de transformar a China numa nação rica e poderosa no correr do atual século. Xi Jinping conseguiu unir o Partido em torno de sua pessoa. A prova disso foi sua reeleição pelo Congresso Nacional do Povo e a possibilidade de perpetuar-se no poder, em razão de mudanças na estrutura constitucional do país. Em reunião realizada em 11 de março de 2018, 2.958 deputados aprovaram, com apenas um voto contra e três em branco, 21 emendas à Constituição que vigora no país, desde 1982. Entre as mudanças destaca-se a que passou a permitir a eleição do presidente e de seu vice para mais de dois mandatos. Até então o presidente podia governar apenas por dois períodos de cinco anos. Neste ponto, Xi Jinping se afasta de uma das principais reformas de Deng Xiaoping, ou seja, evitar a cristalização de lideranças centralizadoras e o culto à personalidade como acontecera com Mao Tse-Tung.

A justificativa apresentada por seus seguidores para aprovar a emenda foi no sentido de propiciar ao presidente manter, junto com o cargo, a presidência do Comitê Militar e a Secretaria geral do PCC, para os quais a Constituição não fixa mandato.

O projeto da Nova Rota da Seda é coerente com a linha que vem sendo seguida pelos modernizadores ecléticos desde a abertura da economia por Xiaoping. Em 14 e 15 de maio de 2017 o presidente Xi Jinping presidiu, em Pequim, o “Foro Internacional sobre a Nova Rota da Seda”, mega evento com a presença de três dezenas de chefes de Estado e de governo, – poucos ocidentais. Entre os presentes estavam Vladimir Putin, Recep Erdogan, Rodrigo Duterte e Mauricio Macri, além de representantes de mais de 100 países. Alemanha, Reino Unido e França enviaram funcionários de segundo escalão. A diretora-gerente do Fundo Monetário Internacional (FMI), Christine Lagarde participou também do evento. O governo indiano se opõe à Nova Rota da Seda, em razão de o projeto estabelecer uma via econômica especial entre a China e o Paquistão, na qual serão realizados vários empreendimentos de infraestrutura atravessando o território da Caxemira sob a jurisdição do Paquistão. Como se sabe, Índia e Paquistão, desde suas independências, em 1947, disputam a região e a mantêm em permanente tensão. A Índia e o Paquistão já entraram em guerra três vezes pelo controle da Caxemira. Xi Jinping, ao conceber o projeto da Nova Rota, aproveita os espaços políticos e comerciais que lhe estão sendo abertos pela política comercial do

presidente Donald Trump, expressa no slogan *America First*, lema nacionalista, de evidente cunho protecionista, lançado por ele durante a campanha eleitoral e que, no cumprimento do prometido aos eleitores, representou a retirada dos Estados Unidos do Acordo de Associação Transpacífico – TPP. Para Trump, tal acordo é “um desastre em potencial”. O TPP é um acordo de cooperação e livre-comércio, que reúne agora 11 países: Japão, Brunei, Malásia, Cingapura, Vietnã, Austrália, Nova Zelândia, Canadá, México, Peru e Chile, com o objetivo, além da integração comercial, de estabelecer regras comuns de propriedade intelectual, padronização das leis trabalhistas e desenvolvimento de ações ambientais comuns. Quando o Acordo Transpacífico foi firmado, em 2016, pelo presidente Obama, foi entendido por analistas internacionais como uma reação ao crescimento econômico chinês e como instrumento para limitar a influência da China no mercado global. Calculou-se que ele representaria um mercado de 800 milhões de pessoas e movimentaria, até 2025, 223 bilhões de dólares por ano, correspondendo a até 40% da economia mundial. Consoante a opinião de analistas internacionais, o *America First* representa o rompimento da ordem internacional criada pelos Estados Unidos após a Segunda Guerra Mundial.

A Nova Rota da Seda, uma vez executado o projeto em toda a sua extensão, poderá custar cinco trilhões de dólares, conforme projeção divulgada pela mídia internacional. Assim, em 2049, estariam plenamente executadas todas as obras de infraestrutura e realizados os programas de proteção ambiental e de integração cultural ao longo da nova Rota. Se assim for, abrangerá 62% da população mundial – 4,4 bilhões de pessoas –, corresponderá a 36% do PIB global e, da mesma forma, propiciará à China fortalecer sua liderança no mercado mundial, uma vez que poderá ampliar o comércio com mais de 70 países, que estarão ligados por novas rotas terrestres e marítimas: *Silk Road Economic Belt* e *Maritime Silk Road*, respectivamente. Essas novas vias comerciais, partindo da China na direção do restante da Ásia, poderão também atingir o Continente Africano e a Europa, bem como chegar à América Latina e ao Caribe. Desde que foi lançado, em 2013, o projeto da Nova Rota já teria, até o momento (junho de 2018), investido perto de 1 trilhão de dólares. O projeto inclui, além da construção de corredores de comércio por toda a Eurásia, a construção de um oleoduto que ligará o sul da China a Myanmar e ao Golfo de Bengala, que é o maior golfo do mundo, localizado na parte nordeste do oceano Índico. Em um texto sobre a Nova Rota da Seda, Paulo Duarte, pesquisador do Instituto do Oriente, em Lisboa, comentando os problemas chineses relativos ao abastecimento de petróleo, escreve o seguinte:

Os chineses construíram oleodutos e gasodutos diretamente do Turquemenistão e do Cazaquistão para a China, mas a Ásia Central contribui muito pouco para a satisfação da procura chinesa. O que preocupa verdadeiramente a China é a incapacidade de controlar o fluxo mundial de petróleo. Existe uma obsessão na política externa chinesa, um receio permanente de que o petróleo possa ser controlado por outros

Estados, e existe o chamado dilema de Malaca – um estreito estratégico da Malásia que permitiria, em caso de conflito, aos Estados Unidos e outras potências navais bloquearem a passagem de petróleo à China. O que a China está a fazer é a criar pontos alternativos de abastecimento. Há o caso de Gwadar, porto de águas profundas no Paquistão, com a China a pretender construir o Corredor Econômico China-Paquistão com três mil quilômetros, que permite contornar a passagem pela Malásia. A rota tradicional de transporte de petróleo é de 12 mil quilômetros, e aqui temos uma extensão de apenas três mil quilômetros. A questão do petróleo é central no porquê de a China ir para sítios tão remotos como a América Latina, no porquê de negociar com Angola, ou em tentativas de adquirir interesses petrolíferos norte-americanos. Não lhe falta dinheiro para comprar, falta-lhe, sim, combater este receio de que escasseie o petróleo num país que é o mais populoso do mundo.<sup>17</sup>

Entre os projetos de infraestrutura estão a construção de milhares de quilômetros de linhas férreas, a pavimentação de estradas nas regiões áridas e desérticas, a modernização de portos para atender as rotas marítimas, como o Porto de Pireu, na Grécia, o maior do país, que está sendo modernizado e controlado pela empresa chinesa COSCO (China Ocean Shipping Company)<sup>18</sup>. O governo chinês quer ampliar as rotas eurásianas para atingir centros de exportação de produtos de baixo custo do país, como o mercado atacadista da cidade de Yiwu, que tem 60 mil lojas das quais saem 100 mil containers por dia. Em 09 de dezembro de 2014, o primeiro comboio da mais extensa linha ferroviária do mundo, que liga de Yiwu à Madrid, e é parte da Rota da Seda terrestre, chegou ao Terminal ferroviário Madrid-Abroñigal. Desde então, está funcionando normalmente, transportando mercadorias chinesas para a Europa e retornando leva da Espanha vinho, azeite, presunto e outros produtos para o interior da China. Outra via ferroviária começa em Chongqui, no interior da China, cidade que sedia dezenas de multinacionais europeias por causa do baixo custo da mão de obra, entre elas grandes montadoras alemãs, atravessa o Casaquistão, entra na Rússia, Bielorrússia, passa pela Polônia, antes de chegar em Duisburg, na Alemanha. Outra linha sai do norte da China e vai até a Ferrovia Transiberiana na Rússia, que percorre 9.288 km de Vladivostok a Moscou. Essas ferrovias transportam cargas e passageiros, realizando, pacificamente, verdadeira integração comercial entre os vários países. Outra ligação ferroviária importante já está em pleno funcionamento: Yiwu/Londres. São 12 mil quilômetros, percorridos em 16 dias, unindo diretamente a China ao Reino Unido. Ela passa pelo Casaquistão, Rússia, Bielorrússia e em vários países do leste e do oeste da Europa. Atualmente, uma rede de 39 linhas ferroviárias, liga diretamente

<sup>17</sup> Ver <http://www.plataformamacau.com/china/e-a-partir-de-lisboa-que-a-nova-rota-da-seda-pode-tomar-o-barco-para-as-americas/> Consulta em 3 de junho de 2018

<sup>18</sup> <https://www.dn.pt/lusa/interior/grecia-ve-luz-ao-fim-do-tunel-apos-anos-de-crise-e-abraca-nova-rota-da-seda-8475068.html> Consulta em 3 de junho de 2018

16 cidades da China à Europa.<sup>19</sup> Ao abrir novos mercados para as suas mercadorias, o projeto chinês aparece também como alternativa à possibilidade de desaceleração da demanda de seus produtos nos Estados Unidos e na Europa. Vale lembrar que o presidente Trump recentemente anunciou que seu governo quer reduzir o *déficit* comercial com a China em US\$200 bilhões de dólares, até 2020. Em 2017, o *déficit* comercial dos Estados Unidos com a China alcançou 370 bilhões de dólares.

As possibilidades de a China ampliar negócios pela Nova Rota poderão resolver problemas que surgiram da desaceleração de alguns setores importantes de sua economia como siderurgia e cimento, que, por agora, estão produzindo aquém de sua capacidade.

As novas rotas ou os chamados corredores de comércio compreendem as seguintes direções: China à Europa; China à Ásia Central – Cazaquistão, Quirguistão, Tadjiquistão, Turcomenistão, Uzbequistão; China-Paquistão; China-Myanmar; Bangladesh-Índia; China-Mongólia-Rússia. Envolve ainda os países-membros da Associação de Nações do Sudeste Asiático, composta por Indonésia, Malásia, Filipinas, Singapura, Tailândia, Brunei, Camboja, Laos e Vietnã e, por via marítima, ligará Coreia do Sul e Japão. Na direção do Golfo, quer atingir o Oriente Médio e o Norte da África.

A então presidente do Chile, Michele Bachelet, participou do Foro de Pequim sobre a Nova Rota e, na oportunidade, afirmou que seu país participará do projeto e que, nesta condição, poderá se transformar em ponte para unir as rotas do Pacífico ao restante da América do Sul.<sup>20</sup>

O governo chinês, informa o jornal *El País*,<sup>21</sup> criou um Fundo da Rota da Seda de 40 bilhões de euros (122 bilhões de reais) voltado especificamente à concessão de projetos. Além disso, boa parte dos 91,5 bilhões de euros (311 bilhões de reais) que compõem o caixa do Banco Asiático de Investimento em Infraestrutura (BAII) também será investida nessas iniciativas. Segundo funcionários chineses, Pequim espera injetar até 732 bilhões de euros (2,48 trilhões de reais) nos próximos cinco anos. Na abertura do Foro, Xi Jinping prometeu financiamento extra de 113 bilhões de dólares, além de financiamentos por Banco chineses. No discurso de abertura do Foro de Pequim, Xi Jinping anunciou a criação de um programa de ajuda de 8,7 bilhões de dólares destinado a países de menor desenvolvimento econômico e participantes do projeto. Segundo informação da agência estatal chinesa, Xi Jinping propôs acoplar seu projeto ao Plano Juncker, ou Plano Europeu de Investimentos para a Europa, criado pela Comissão Europeia para incentivar a retomada da economia do Continente após a crise de 2008.

<sup>19</sup> Ver <https://thoth3126.com.br/china-inaugura-trem-de-transportes-com-12-mil-km-ate-londres/> Consulta em 3 de junho de 2018.

<sup>20</sup> <https://g1.globo.com/economia/noticia/china-apresenta-nova-rotas-da-seda-com-investimento-bilionario.ghtml> Consulta em 2 de junho de 2018.

<sup>21</sup> Ver em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2017/05/13/internacional/1494692129\\_532492.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2017/05/13/internacional/1494692129_532492.html) Consulta em 2 de junho de 2018.

## Palavras finais

Diante da grandeza e extensão do projeto, surgem vozes acusando Xi Jinping de usá-lo para criar um sistema mundial de comércio sinocêntrico e, com isso, avançar na ampliação do poder chinês na Eurásia, no Pacífico e na África, estratégia para levar seu país à categoria de superpotência e suplantando os Estados Unidos na segunda metade do atual século. Tal situação, dizem os críticos, certamente ampliaria as tensões na Ásia, fato que envolveria os Estados Unidos, Rússia, Índia e Japão. Em relação à Rússia, devemos observar que, embora competidores na região, Rússia e China agora são parceiros estratégicos. A União Europeia vê o projeto sob duas perspectivas. Por um lado, diante das dificuldades de investimentos próprios para retomar o desenvolvimento e sanar problemas econômicos oriundos da crise do capitalismo global de 2008, as inversões chinesas decorrentes do projeto seriam bem-vindas; por outro lado, em visita à China, em 8 de janeiro de 2018, o presidente da França Emmanuel Macron, em palestra para acadêmicos e empresários em Xian, no milenar palácio que foi residência da dinastia Tang por 220 anos, afirmou que a Nova Rota não pode ser “de mão única” e que as rotas antigas “nunca foram somente chinesas”. Ainda sobre restrições dos europeus, vale lembrar a reclamação de que as obras de infraestrutura da Nova Rota estão sendo construídas quase que exclusivamente por empresas chinesas.<sup>22</sup>

O líder chinês afirma que seu país não tem qualquer pretensão de interferir em assuntos internos de seus parceiros comerciais, muito menos exportar seu sistema social e político. Quer fazer negócios que, segundo ele, beneficiariam todo o mundo, na medida em que, atualmente, lastra o protecionismo e medidas restritivas ao livre comércio. De fato, seu projeto segue a linha traçada por Deng Xiaoping de transformar a China em um poderoso e próspero país. No comunicado conjunto final, divulgado ao encerramento do mega evento sobre a Nova Rota da Seda, realizado em Pequim, em maio de 2017, os participantes expressaram seu compromisso com o livre comércio e deixaram claro que se opõem a toda e qualquer forma de protecionismo. Se o projeto da Nova Rota vai ser um sucesso, se vai custar, ao cabo, cinco trilhões de dólares, não se sabe. Devemos esperar. O próximo fórum internacional sobre a Nova Rota da Seda (*One Belt, One Road*), está programado para se realizar em 2019, na China.

---

<sup>22</sup> Ver <https://br.reuters.com/article/worldNews/idBRKBN1EX12H-OBRWD> Consulta em 5 de junho de 2018.

# O município no Brasil-Colônia, expressões e limites do poder local

Arno Wehling<sup>1</sup>

## Resumo

Análise do papel político-jurídico do município colonial, sublinhando as questões da interpretação historiográfica, do poder das elites locais e de sua organização institucional e jurídica. Estudam-se também as diferenças entre o modelo metropolitano e o colonial, os conflitos entre as câmaras e outros detentores de poder, como os jesuítas e as cisões nas oligarquias. Conclui-se por uma tentativa de caracterizar as fases de maior ou menor expressão do poder municipal no transcurso da história colonial.

**Palavras-chave:** Município colonial; antigo regime; patrimonialismo; justiça colonial; direito colonial.

## Abstract

Analysis of the political-juridical role of the colonial municipality, highlighting the issues of historiographical interpretation, the power of local elites and institutional and legal organization. The differences between the metropolitan and colonial municipalities, the conflicts between the chambers and other powerholders such as the Jesuits and the divisions within the oligarchies are also studied. The text concludes by an attempt to characterize the phases of greater or lesser municipal power throughout the colonial history.

**Keywords:** Colonial municipality; old regime; patrimonialism; colonial justice; colonial law.

No Brasil atual, a esfera local de poder compreende mais de 5.700 municípios e, pela natureza federativa de seu modelo constitucional, constitui-se um dos três círculos em que atuam os poderes públicos. Os municípios possuem, como as esferas estadual e federal, as funções executivas e legislativas, apenas distinguindo-se pela não existência de um judiciário local.

No Antigo Regime, sob cuja égide atuou o município colonial, dava-se o contrário da especialização pós-iluminista das funções do Estado: assim como a monarquia enfeixava as funções executivas, legislativas e judiciais, também o poder local se organizava, no microcosmo, à semelhança do poder central. Cabia ao município colonial atuar executiva, normativa e judicialmente em todos os espaços institucionais que lhe eram atribuídos no quadro da monarquia.

---

<sup>1</sup> Professor Titular (UFRJ) e Emérito (UNIRIO). Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Veiga de Almeida. Presidente do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro.

Estabelecido o contraste de modo a prevenir vias de interpretação, sublinhe-se que o único traço comum aos dois modelos de município é a evidência do poder local. Afora este aspecto, tudo o mais diverge, a começar pelas diferenças entre as instituições do Antigo Regime e o paradigma constitucional contemporâneo. E nada seria mais errado do que estabelecer uma linearidade genética, como já se tentou, do município colonial ao município republicano. Não obstante a sequência cronológica ininterrupta, isso não corresponde a uma continuidade estrutural, mas convive com a ruptura entre dois modelos institucionais ao final da colônia. Este fato não se deve à luta pela independência do Brasil, mas à substituição do Antigo Regime pela monarquia constitucional em ambos os países.

O tema da relevância ou não do município desde o século XIX dividiu opiniões. Martius entendia ser ele fundamental para a organização social e política da colônia, inclusive devido à organização das milícias. João Francisco Lisboa falava de seus “poderes excepcionais” no Maranhão e no Pará e João Lúcio de Azevedo, para a mesma região, dizia constituírem um Estado no Estado. Joaquim Felício dos Santos ressaltou seu significado em Minas Gerais, a despeito da maior presença dos representantes reais. Mais tarde, Caio Prado Jr. considerou as câmaras elo importante entre a população e os órgãos da administração portuguesa e Rodolfo Garcia as viu com atividade política e administrativa intensa. Destacando seu papel social e político, Oliveira Viana e Américo Jacobina Lacombe valorizaram seu papel como representante dos “homens bons”, Charles Boxer como um dos pilares que sustentavam o Império português, Evaldo Cabral de Melo e Maria Fernanda Bicalho como os locais privilegiados de negociação política.

O coro deixa de ser uníssono porque, no sentido contrário, Capistrano de Abreu as entendia relegadas a funções administrativas menores, seguido por Raimundo Faoro, que nelas percebia não a força do poder local, mas apenas mais um elo da cadeia de controle régio.<sup>2</sup>

Já afirmamos anteriormente que entendemos haver papel significativo do poder local e do município colonial, devendo, entretanto, o assunto ser considerado em diferentes épocas e regiões, ora prevalecendo a centralização político-administrativa, com a relativa atrofia das funções municipais, ora a descentralização, com o crescimento dessas.<sup>3</sup> Estudos monográficos como o de Russel Wood sobre o governo municipal de Vila Rica no século XVIII poderão fixar melhor as características de tais nuances.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> Discutimos os aspectos historiográficos da questão em Arno Wehling, *Administração portuguesa no Brasil (1777-1808)*, Brasília, Funcep, 1986, p. 50-57 e Arno Wehling e Maria José Wehling, *Direito e justiça no Brasil colonial – o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808)*, Rio de Janeiro, Renovar, 2004, p. 49ss.

<sup>3</sup> Arno Wehling e Maria José Wehling, op cit, p. 50.

<sup>4</sup> A. J. R. Russel-Wood, O governo local na América portuguesa: um estudo de divergência cultural, *Revista de História*, USP, jan.-mar 1977, p. 28ss. Para as peculiaridades de Pernambuco na virada do século XVII ao XVIII, um conflito de credores (recifenses) x devedores (olindenses) que envolveu as autoridades reinóis, Evaldo Cabral de Mello, *A Fronda dos Mazombos*, São Paulo, Companhia das Letras, 1995, p. 246. Para o Rio de Janeiro setecentista, Maria Fernanda Bicalho, *A cidade e o Império – o Rio de Janeiro no século XVIII*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2003, p. 346.

Não há dúvida que as câmaras municipais, cuja introdução no Brasil dá-se em 1532, antes mesmo do sistema de capitanias hereditárias e do governo geral, constituíam diferentes conjunturas um polo de poder, variando em grau, não em substância. Charles Boxer, em estudo comparativo sobre o papel das câmaras em diferentes pontos do Império português, percebeu duas constantes, elas próprias e as Santas Casas de Misericórdia. Ambas as instituições ocupadas pelos mesmos personagens, os *homens bons*, que representavam a aristocracia da terra e frequentemente sua oligarquia.<sup>5</sup>

Seriam assim dois os polos de poder no Império colonial, as câmaras municipais e as Misericórdias, refletindo no fundo o mesmo substrato social. Poder-se-ia acrescentar à interpretação de Boxer um terceiro polo de poder, o governo político (no sentido que a expressão possui no vocabulário filosófico-jurídico da época). Esse terceiro polo era representado, no caso brasileiro, pelos representantes do poder real – governadores de capitania (particulares e estatais) e governadores gerais, vice-reis, tribunais e juízes monocráticos, provedores e comandos militares. Se esse terceiro polo era absorvido pelos interesses locais, ou se ao contrário os manipulava a partir de objetivos da monarquia, é problema que precisa ser considerado levando em conta as variáveis de tempo e espaço e não pode ser resolvido *a priori*, mas somente após pesquisas que indiquem tendências, sem esquecer as exceções.

Outro aspecto que precisa ser considerado é que os polos de poder não se resumem ao equilíbrio exterior, mas existem dentro dos próprios quadros do município. Proprietários, comerciantes, artesãos, posseiros são agentes sociais de poder, assim como milícias e juízes do povo (de ocorrência restrita) são agentes institucionais, que participam da dinâmica social e não podem ser reduzidos a um genérico e unívoco conceito de “homens bons”, que varia sob o impacto daquelas variáveis, em especial quando o crescimento do município provoca cada vez maior diferenciação social, um bom conceito sociológico para dar conta de tantas transformações sociais e institucionais.

Podemos começar nossa análise perguntando em que consiste formalmente o poder no município para depois considerar-lhe a dinâmica histórica. A distinção já tradicional na historiografia brasileira entre *pais formal* e *pais real* pode ajudar-nos na compreensão do problema.

Formalmente o poder municipal tinha algumas características bem explícitas. Em primeiro lugar, sua inserção no modelo político-institucional da monarquia. O enquadramento metropolitano foi estendido aos domínios coloniais, como também ocorreria na Espanha, tão logo a *conquista* se transformou em *colonização*. Admitia-se que caberia ao município organizar a vida social e política na base dos domínios – ou do império, se preferirmos chamá-los assim – sob a égide do padrão régio. Para fundamentar e legitimar sua atuação havia as leis recopiladas ou extravagantes, em particular, no caso brasileiro, as Ordenações Manuelinas e Filipinas e os valores e princípios cristãos que enformavam a sociedade, a partir

<sup>5</sup> C. R. Boxer, *The Portuguese seaborne empire 1415-1825*, Londres, Penguin, 1973, p. 275.

dos quais, era o pressuposto, as câmaras municipais organizariam a vida local por meio de posturas, bandos e sentenças dos juízes ordinários.

Em segundo lugar, as atribuições que lhes eram facultadas pela legislação. Podemos classificá-las em *atribuições de governo local*, como as que se referiam ao abastecimento e gestão da vida econômica da vila ou cidade, a cargo dos almotacéis e de sua segurança, a cargo dos quadrilheiros ou das ordenanças/milícias, *atribuições judiciais*, como as exercidas pelos juízes ordinários, juízes de vintena e os mesmos almotacéis e *atribuições normativas*, elaboradas pelo colegiado das câmaras e que consistiam em diferentes tipos de posturas, editais, bandos e proclamações que emitiam.

Em terceiro lugar, sua constituição. No caso do Brasil, a instituição do município pressupunha a ideia do mandato régio, pois ele poderia ser criado pelo donatário da capitania, no caso de capitania particular ou pelo delegado do poder real, como o governador-geral, o governador de capitania ou o capitão-mor da conquista, como aconteceu no estado do Brasil e também no Maranhão e Pará no início do século XVII. Mais tarde, ainda com aquele pressuposto, acrescentou-se nova forma, o “requerimento dos povos”, quando aldeias e mesmo arraiais solicitavam ao rei, via Conselho Ultramarino ou secretaria de Estado, o *status* de vila. Excepcionalmente ocorreria de forma espontânea, a partir da sociedade, como se deu no século XVII com as vilas de Parati e Campos, na capitania do Rio de Janeiro, cuja criação foi somente homologada pela metrópole.

A câmara municipal tinha seus membros eleitos – dois juízes ordinários, três vereadores e os oficiais da câmara, como o procurador, o tesoureiro e o escrivão, embora esse número tivesse variado consoante local e época. O quadro de funcionários nomeados por sua vez variava conforme as dimensões da vila ou cidade, compreendendo almotacéis, juízes de vintena, quadrilheiros, tesoureiros menores, depositários públicos, alcaides mores e menores, capitães-mores e sargentos-mores das ordenanças e capitães de “entradas e assaltos” ou “capitães do mato”. Somente na virada do século XVII para o XVIII foi introduzida no Brasil a figura do juiz de fora, presidindo a câmara e representando uma tentativa de centralização, que se revelou inócua por essa via, já que até 1808 foram criados apenas 13 desses cargos para todo o Brasil.

Todo o espectro político-administrativo e judicial local ficava assim contemplado, com adaptações brasileiras que as circunstâncias foram impondo. Dessa forma, em regiões mais pobres, como São Paulo e São Vicente nos séculos XVI e XVII, foram admitidos mais juízes ordinários que os prescritos, sob o argumento de que a pobreza impedia uma dedicação mais extensa ao serviço público. Os capitães do mato atendiam originalmente à insegurança em relação aos ataques indígenas, embora mais tarde tivessem se concentrado na perseguição a escravos fugidos, a ponto de terem ingressado na literatura e no imaginário do século XIX com esse perfil. E os capitães-mores das ordenanças, com funções inicialmente de defesa, acabaram em muitos casos por se afirmar como os verdadeiros dirigentes da vila ou cidade, sobrepondo-se à câmara.

Devem ser lembrados nesse passo dois aspectos da dinâmica histórica do poder local colonial. Do ponto de vista político, os esforços de controle do município pelo poder central, antes da criação dos juizes de fora e mesmo depois nas vilas e cidades nos quais inexistiu, estiveram a cargo dos ouvidores de comarca e, quando existentes, dos provedores, sendo particularmente relevantes no exame das prestações de contas anuais, que poderiam glosar. Mas tais dispositivos somente funcionaram nos momentos e situações em que foi mais forte a centralização.

Outro aspecto diz respeito ao papel dos homens bons. Ter o nome inscrito no livro de registros das eleições na condição de “homem bom” implicava em constituir a nobreza da terra, e tal situação excluía em princípio o artesão e o comerciante, situação filosoficamente justificada desde a metrópole pelos fundamentos aristotélico-tomistas que vedavam o acesso de trabalhadores manuais e daqueles que negociavam a troca de bens ao governo da *república*. Na prática a pobreza de regiões como São Paulo e o Maranhão impediu o cumprimento dessa norma estamental, de modo que houve artesãos e pequenos lavradores que delas participaram. Quanto aos pequenos comerciantes, foram normalmente excluídos do governo das vilas e cidades coloniais, mas, tão logo puderam comprovar a condição de atacadistas, ou comerciantes de grosso trato, tal norma cessou de lhes ser aplicada, como se verificava também na metrópole.

As eleições para as câmaras, pelo que se pode avaliar da documentação dessas, seguiam o determinado nas Ordenações, realizando-se no período natalino de três em três anos, não havendo costume em contrário. Os *homens bons* elegiam seis eleitores, em grupos de dois, que, por sua vez, indicavam os membros da câmara e os oficiais, registrados nos “pelouros de vereação”, os papéis em que se registravam os nomes dos escolhidos. Há conhecimento de pelo menos um caso de violação de pelouros em São Paulo, em 1687, ao que se saiba sem maiores consequências.<sup>6</sup>

O funcionamento regular das câmaras, ao contrário das eleições, com frequência não seguia no Brasil o determinado nas Ordenações, em especial nos primeiros tempos, justamente devido à pobreza da terra e à impossibilidade de os camaristas e oficiais serem retirados do trabalho duas vezes por semana para participarem das deliberações, situação alterada com o posterior crescimento de vilas e cidades.

As rendas para o sustento das câmaras eram advindas de seu patrimônio, a exploração do rocio ou terras a elas adjudicadas pelas Ordenações e de fintas e taxas locais, conforme uso comum na metrópole e nos domínios. Não foram poucos os conflitos entre as câmaras de um lado e governadores, ordens religiosas e mesmo particulares de outro, a propósito da demarcação e posse dos terrenos de propriedade municipal, a começar pelas duas capitais do Estado do Brasil, Salvador e Rio de Janeiro.

Fatores coloniais incidiram fortemente sobre a experiência da vida municipal no Brasil, como sobre os demais aspectos da colonização. A despeito da existência

---

<sup>6</sup> Rodolfo Garcia, *Ensaio de história política e administrativa do Brasil*, Rio de Janeiro, José Olímpio, 1956, p. 98.

da matriz comum, o município metropolitano, as câmaras brasileiras foram constituindo, como num espelho distante, imagens diferenciadas em relação ao original. Desses fatores, podem ser destacados:

a) A distância entre a metrópole e seus órgãos decisórios e os municípios coloniais. Esse problema já foi denominado na historiografia de *tempo administrativo* e certamente esteve presente no conjunto das relações Portugal-Brasil durante três séculos. A representação dos interesses municipais de forma epistolar ou presencial envolvia lapsos temporais que incluíam deliberação local, deslocamento para as cidades portuárias (quando vilas ou cidades do interior), aguardo do transporte (da frota, quando fosse o caso), viagem marítima, deliberação e despacho em órgão ou órgãos metropolitanos e torna-viagem. O recebimento de determinações régias envolvia o mesmo circuito, exceto o primeiro aspecto. Isso significava em torno de um ano e meio, não havendo maiores percalços. A paralisia e as soluções heterodoxas eram a consequência natural desse ritmo temporal.

b) Condição econômica. A pobreza inicial da colonização, exceto nas áreas canaveiras e mais tarde na mineradora, influenciou diretamente na organização municipal, quer na exiguidade dos orçamentos municipais, precariedade das instalações físicas da própria casa da câmara e cadeia e escassez de obras públicas, quer na própria representação, com juízes e vereadores impedidos do exercício regular de suas atividades na *república*.

c) Situação social. A intensa miscigenação em toda a colônia, desde o século XVI entre indígenas, negros e portugueses e outros europeus, fez com que o estatuto de “limpeza de sangue” fosse exigência menos presente no Brasil do que em Portugal, ao contrário da rígida observância que se nota em relação à adesão ostensiva ao catolicismo. Se a condição de branco e sobretudo europeu dava uma natural ascendência social, a condição mestiça embora muitas vezes criticada, inclusive na literatura, não foi fator inteiramente impeditivo para o exercício de funções nas câmaras.

d) Inovações coloniais. A Junta Geral e o capitão-mor da vila foram inovações brasileiras que representaram acentuada diversidade em relação ao modelo matricial metropolitano.

As Juntas Gerais reuniam-se em situações de excepcionalidade, para a resolução de determinados problemas, e delas faziam parte a própria câmara, os demais homens bons da terra, o governador, clérigos e outras autoridades. Sua ocorrência parece ter se limitado ao Estado do Maranhão, pelas informações até aqui disponíveis e sua atuação foi lembrada desde o século XIX por João Francisco Lisboa. Reuniram-se em São Luís e Belém, na expressão deste historiador “nobreza, milícia e clero”<sup>7</sup> em situações de dificuldades extremas. A despeito da autoconvocação, não houve reação metropolitana; ao contrário, o regimento de André Vidal de Negreiros para o governo do estado do Maranhão, em 1655, ratificou-as nos seus artigos

<sup>7</sup> João Francisco Lisboa, *Apontamentos para a história do Maranhão. Crônica do Brasil colonial*, Petrópolis, Vozes, 1976, p. 386.

7, 40 e 57 e o mesmo fizeram implicitamente cartas régias posteriores, bem como o regimento de Roque da Costa Barreto para o Estado do Brasil, de 1677, embora atribuindo-lhe caráter apenas consultivo<sup>8</sup>.

O Capitão-mor da vila passou a ter importância sobretudo no século XVIII, uma vez consolidadas as ordenanças. Inicialmente nomeados pelos governadores, desde 1709 passaram a ser indicados pelas câmaras entre os homens bons da terra. Vitalícios e sem prestarem o juízo de residência dos funcionários nomeados pela metrópole, tornaram-se, em alguns casos, verdadeiros potentados locais, tendo seu papel ressaltado, às vezes com certo exagero, por Oliveira Viana.

Os aspectos apontados permitem fixar duas características da vida municipal brasileira em sua relação com a metrópole: a crescente diferenciação frente a Portugal e a ductilidade da política metropolitana. A realidade da constituição de uma nova sociedade, marcada por um novo meio geográfico e pela mestiçagem física e cultural a despeito do papel diretivo dos portugueses e dos esforços para a implantação do denominador comum cristão, explica como a instituição municipal, como todas as demais, teve de se adaptar às circunstâncias brasileiras. Por outro lado, a reação metropolitana caracterizou-se pela ductilidade, típica aliás da monarquia absoluta anterior ao absolutismo setecentista. Em lugar da afirmação categórica de princípios e políticas, a recepção de práticas locais de modo positivo, desde que respeitadas os parâmetros básicos de submissão ao monarca e da reiteração dos preceitos cristãos. Essa ductilidade começou a recuar no contexto da ação centralizadora do governo de D. João V, mas só se reduziu substancialmente no consulado pombalino.

A história das câmaras municipais brasileiras do período colonial é a narrativa de sua interação com dois outros polos de poder – o governo e as ordens religiosas – e das relações entre naturais da terra e reinóis no âmbito municipal.

Câmaras e governo e câmaras e ordens religiosas tiveram contatos baseados em conflitos e negociações desde o século XVI.

Quando se menciona *governo*, usa-se aqui o sentido empregado no Antigo Regime, englobando-se as funções de fazenda, guerra e justiça e compreendendo as capitanias particulares, as capitanias da Coroa (gerais e subalternas), o governo central colonial e os órgãos metropolitanos. Questões como a cobrança de tributos extraordinários, o recrutamento, a demarcação de sesmarias, a defesa da terra contra incursões externas e as guerras com indígenas e quilombolas eram as mais frequentes a envolver os representantes das câmaras e os das demais autoridades, compreendendo basicamente as duas situações, o conflito e a negociação.

Do ponto de vista institucional, devem ser lembradas questões polêmicas como o comparecimento do governador à câmara, quando exigido ou solicitado

---

<sup>8</sup> Idem, p. 387-388. O assunto foi tratado em importante documento produzido por Manuel Guedes Aranha para ser apresentado em Lisboa; Manuel Guedes Aranha, Papel político sobre o Estado do Maranhão apresentado em nome da comarca ao senhor rei D. Pedro II, *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*, 46 (66): 1:21, 1883.

por esta<sup>9</sup>, situação que se repetiu em São Luís<sup>10</sup> e Belém ou a interpretação segundo a qual, sem via de sucessão, caberia à câmara a escolha do governador interino, como ocorrido no Rio de Janeiro em 1644 e na Bahia em duas situações, em 1675 e 1688<sup>11</sup>. Nestes últimos casos, os governadores, sentindo-se à morte, convocaram a câmara, a nobreza da terra e autoridades militares – de fato, juntas gerais – para designar seus sucessores.<sup>12</sup> Em todas essas situações o governo metropolitano sinalizou favoravelmente aos atos das câmaras.

Observe-se que as relações entre a metrópole e as câmaras municipais eram normalmente mais satisfatórias do que entre estas e as autoridades locais, o que se explica pelo afastamento dos problemas quotidianos e certo papel de equilíbrio que as autoridades do reino se atribuíam. A percepção deste aspecto foi sinalizada no século XIX por João Francisco Lisboa, para quem certa autonomia das câmaras era tolerada para contrabalançar o excessivo poder dos governadores<sup>13</sup> e por Charles Boxer no século XX, que viu um frequente estímulo ao conflito entre os dois polos de poder pelas autoridades metropolitanas.

Desde o século XVII multiplicaram-se os títulos honoríficos atribuídos às câmaras, como “leal” ou “heroica”, a promoção de algumas à condição de “senado” ou a outorga de privilégios formais, como o de “cidadãos do Porto” aos habitantes do Rio de Janeiro no contexto da Restauração portuguesa. Esses afagos, mesmo com pouco efeito prático, tinham seu significado na etiqueta política do Antigo Regime e, de certo modo, sublinhavam uma identidade comum para além da distância oceânica e a despeito da dependência colonial.

Por outro lado, deve ser lembrado que câmaras coloniais tiveram representação nas Cortes do reino. Assim, em 1642, a câmara do Rio de Janeiro foi representada por Francisco da Costa Barros e, em 1685, a do Maranhão por Manuel Guedes Aranha, que produziu interessante documento para a história institucional intitulado “Papal político sobre o Estado do Maranhão”.<sup>14</sup> Em ambas as situações eram cidades nevrálgicas: o Rio de Janeiro da Restauração, pelos riscos de uma adesão à causa espanhola e São Luís pelas sequelas da revolta de Beckmann, ocorrida no ano anterior.

Com a Igreja, em especial as ordens religiosas e não apenas os jesuítas, as relações foram de cooperação e conflito. No caso dos inacianos, o problema principal esteve centrado em capitânias como São Paulo, Rio de Janeiro, Maranhão e Pará, nas relações entre colonos e indígenas.

<sup>9</sup> Rodolfo Garcia, *op cit*, p. 95.

<sup>10</sup> Exigência justificada com a devida prudência por Guedes Aranha em 1685; *op cit*, p. 10.

<sup>11</sup> Rodolfo Garcia, *op cit* p. 103-104.

<sup>12</sup> Fato registrado pelo cronista Rocha Pita, defensor ortodoxo da autoridade real, como absolutamente coerente com as circunstâncias e em nada lesivo ao poder instituído. Sebastião da Rocha Pita, *História da América Portuguesa*, São Paulo, Edusp-Itatiaia, 1976, p. 183 e 201.

<sup>13</sup> João Francisco Lisboa, *op cit*, p. 390.

<sup>14</sup> Manuel Guedes Aranha, *op cit*, p. 1-21.

A câmara de São Paulo expulsou os jesuítas da aldeia de Barueri, em 1633, porque se opunham à escravização dos índios.<sup>15</sup> O conflito vinha de antes e agravou-se após os padres conseguirem breve do papa Urbano VIII, em 1639, excomungando os que impusessem o cativo; em 1640 foi novamente a câmara paulista, apoiada pela de São Vicente, que encabeçou o movimento pela nova expulsão dos jesuítas, dessa vez da capitania. No mesmo ano e pelo mesmo motivo a câmara do Rio de Janeiro recusou-se a aceitar a vigência do ato papal, hostilizando os jesuítas, situação que terminou com um compromisso mediado por Salvador Correia de Sá e Benevides. Chegou-se a duas soluções diversas: em São Paulo, o conflito, continuado nos anos seguintes; no Rio de Janeiro, a conciliação de interesses, fruto da negociação. No Maranhão e no Pará, a tensão foi permanente, envolvendo também outras ordens religiosas e as críticas do Padre Vieira à escravidão indígena são apenas o momento mais conhecido de uma querela mais que secular.

Conflitos entre naturais da terra e reinóis pela representação na câmara revelavam também disputas de poder, com a questão da naturalidade frequentemente ocultando problemas como a disputa corporativa entre comerciantes e proprietários rurais. A câmara de São Luís utilizou a prática de vetar a presença de portugueses natos, o que ensejou a lei de 6 de maio de 1649, que a proibia sob o argumento que eram todos portugueses e vassalos do mesmo rei<sup>16</sup>. Problema semelhante deu-se na eleição da câmara do Rio de Janeiro em 1706, ensejando pedido de intercessão real por meio da “Representação dirigida, em 1707, a el-rei D. João V pelos portugueses residentes no Rio de Janeiro, acerca do procedimento que contra eles tinham os filhos da terra nas eleições dos oficiais do senado da Câmara”<sup>17</sup>. Na capitania de Pernambuco, no século XVII, vedava-se a presença de comerciantes nas câmaras, o que era uma interpretação da legislação, mas de fato visava à exclusão dos portugueses que neles predominavam.<sup>18</sup> A guerra dos Mascates entre a Olinda aristocrática e o Recife comerciante, um conflito entre devedores e credores, terminou significativamente com a emancipação desta e a constituição de uma câmara que atendia às características mercantis do principal porto exportador de açúcar da América. A reiteração de um tema que já era contemplado nas Ordenações (Livro I, tít. 67) e tinha sido objeto de lei extravagante anterior, de 1611, demonstra que a questão existia nos domínios portugueses de forma extensiva.

As cisões intraoligárquicas refletiam-se inevitavelmente nas câmaras, como principal espaço de negociação política. Duas das situações mais emblemáticas ocorreram no Rio de Janeiro e em São Paulo, ambas no século XVII. Na primeira o conflito opôs o poderoso governador e “magnata” Salvador

<sup>15</sup> Afonso d' Escragnoille Taunay, *História da cidade de São Paulo*, Brasília, Senado Federal, 2004, p. 47.

<sup>16</sup> Rodolfo Garcia, *op cit*, p. 103. Cesar Augusto Marques, *Dicionário Histórico-Geográfico da Província do Maranhão*, Sudema, 1970, p. 169.

<sup>17</sup> *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*, vol. 10, p. 108.

<sup>18</sup> Provisão de 8 de maio de 1707, cf. Rodolfo Garcia, *op cit*, p. 103.

Correia de Sá, já aureolado conquistador de Angola, aos holandeses e um grupo de opositores em torno do aumento de impostos, destinado ao soldo atrasado da guarnição. Aproveitando-se da ida de Salvador para São Paulo na condição de governador daquela capitania, com o objetivo de explorar as minas de Paranaguá, ocorreu um movimento que dominou a cidade e instituiu uma câmara revolucionária em fevereiro de 1661. Retornando de São Paulo, o governador conseguiu dominar a situação, executou o principal líder e prendeu outros envolvidos. O governo metropolitano, entretanto, posicionou-se contra Salvador de Sá e seu substituto trazia documento de nomeação destinado a Agostinho Barbalho, irmão do líder executado e dirigente moderado do movimento, e aos oficiais da câmara, num reconhecimento implícito do *statu quo* estabelecido pela rebelião<sup>19</sup>.

Alguns anos antes, em São Paulo, ocorreu uma prolongada disputa entre duas oligarquias, a dos Pires e a dos Camargo, cujo epicentro era o controle da câmara municipal. Os Camargo, em 1652, controlavam a câmara e conseguiram a nomeação de um deles para ouvidor da capitania. A reação dos Pires contra o domínio da capitania por seus desafetos conseguiu o apoio do ouvidor geral da Repartição do Sul, que fechou a câmara e procedeu a nova eleição com o objetivo de limitar a influência dos Camargo.<sup>20</sup>

No caso extremo de rebeliões, a posição das câmaras municipais brasileiras não foi unívoca. Na revolta de Beckmann, a câmara de São Luís, reunida pelos revoltosos como junta geral, apoiou as medidas propostas: expulsão dos jesuítas, fim do monopólio da Companhia de Comércio, deposição do governador e constituição de novo governo, exercido pela câmara e por dois “procuradores do povo”, um deles o próprio Beckmann.<sup>21</sup> Nos motins de Salvador, em 1711, provocados pelo aumento de impostos para cobrir os prejuízos com as invasões francesas do Rio de Janeiro, a câmara mostrou-se hostil aos revoltosos, condenando o procurador ou juiz do povo por endossar as reivindicações.<sup>22</sup> Em ambas as cidades, o cargo, uma extensão do poder camarário, foi extinto pelo governo metropolitano após as rebeliões.

Em 1666, na capitania de Pernambuco, ocorreu também a deposição do governador Jerônimo de Mandonça Furtado em ação liderada pela câmara, acusando-o de despotismo e corrupção. Preso, foi encaminhado a Lisboa com as razões da câmara. O governo aceitou o fato consumado, sem repreender a câmara, em atitude semelhante à que tivera em relação ao Rio de Janeiro anteriormente. Tal atitude se deu provavelmente porque o governador, ademais das queixas

<sup>19</sup> Baltasar da Silva Lisboa, *Annaes do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, Leitura, s/d, vol II, p. 211 e 303 e vol. IV p. 62 e 81. Monsenhor José de Sousa Azevedo Pizarro e Araujo, *Memórias históricas do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, DIN, 1945, vol. III, p. 176ss.

<sup>20</sup> Afonso d’Escagnolle Taunay, *op cit*, p. 54.

<sup>21</sup> Cesar Augusto Marques, *op cit*, p. 219.

<sup>22</sup> Pedro Octavio Carneiro da Cunha, Política e administração de 1640 a 1763, in Sergio Buarque de Holanda, *A época colonial*, São Paulo, 1973, vol. II, p. 33.

pernambucanas, fora acusado de cúmplice da deserção de seu irmão para Castela.<sup>23</sup> Na década seguinte, ocorreu novo conflito entre a câmara e o governador, com sucessivas representações ao Conselho Ultramarino e ao rei, até a substituição do governante.<sup>24</sup>

A dimensão do poder das câmaras no Brasil colonial normalmente não se limitou ao determinado pela letra da legislação. Existiram outras atribuições extralegais, mas que em geral não foram consideradas pela administração central nem ilegítimas nem ilegais, já que obedeciam à lógica do processo de conquista e colonização num meio geográfico tropical e com população nativa numerosa.<sup>25</sup>

As câmaras foram assim coniventes ou omissas, quando não as agentes, de desmatamentos agressivos em diversas regiões, que destoavam da legislação preservacionista na metrópole e que também seria aplicada ao Brasil, sobretudo no século XVIII, com resultados modestos.

Apoiaram também intensivamente a guerra, os aldeamentos e a escravização dos indígenas, declarando a guerra e fazendo a paz, não apenas nas capitânicas em que tais práticas foram mais frequentes, como no caso do bandeirismo de apresamento em São Paulo e das tropas de resgate no Estado do Maranhão, mas nas demais capitânicas, até já iniciado o governo joanino no Brasil.

Estimularam e legitimaram a criação de arraiais, muitos dos quais depois se transformaram em aldeias e novas vilas, fenômeno mais acelerado na região mineradora no século XVIII, mas que seria uma constante colonial, contribuindo para a incorporação ao ecúmeno luso-brasileiro dos territórios que só nominalmente – ou sequer isso – pertenciam à Coroa portuguesa pelos tratados internacionais.

Tinham uma larga atividade econômica, com a cobrança de tributos locais de interesse da municipalidade e que não se confundiam com os tributos reais, alguns polêmicos, como se viu no caso do Rio de Janeiro em 1660. No Maranhão a câmara regulava também a moeda da terra, que era o algodão em rolo e em novelo devido à escassez de numerário. Exemplo disso foi o bando de 1 de fevereiro de 1703 da câmara de São Luís, proibindo a exportação em caroço ou em rama, pois o produto era necessário para a confecção dos rolos e novelos, que valiam respectivamente de 20 a 25 réis e 10\$000 réis.<sup>26</sup>

Do ponto de vista político, a altanaria na defesa de suas prerrogativas ou do que consideravam serem seus direitos incluiu várias vezes a convocação dos governadores a plenário para ouvir as reivindicações, além da reunião das juntas gerais. Embora estas fossem, em geral, confirmadas pelo governo metropolitano, a convocação do delegado real certamente era prática que, embora tolerada, não era bem vista no contexto institucional da monarquia. O desconforto fica patente

<sup>23</sup> Sebastião da Rocha Pita, *op cit*, p. 175. F. A. Pereira da Costa, *Anais Pernambucanos*, Recife, Fundarpe, vol. III, p. 517ss.

<sup>24</sup> F. A. Pereira da Costa, *op cit*, vol. IV, p. 77ss. Evaldo Cabral de Mello, *op cit*, p. 55 e 72.

<sup>25</sup> George Felix Cabral de Souza, *Os homens e os modos da governança. A Câmara Municipal do Recife no século XVIII*, Recife, Flamar, 2003, p. 75. Arno Wehling, *Administração portuguesa no Brasil, 1777-1808*, Brasília, Funcep, 1986, p. 50ss

<sup>26</sup> Cesar Augusto Marques, *op cit*, p. 76.

antes mesmo de acentuada a centralização, quando o rei D. Pedro II, em 24 de dezembro de 1677, dirige-se à câmara do Pará dando solução ainda ambivalente, condenando a prática, mas admitindo as Juntas Gerais:

“Fui informado que por qualquer leve causa costumáveis chamar ao senado os governadores, para lhes propor algum negócio; e que eles assim o faziam, sendo contra a autoridade e regalia deste lugar, em que representam minha pessoa; e me pareceu ordenar-vos, que vos abstenhais de semelhante excesso, pois as câmaras não têm esta faculdade, nem nas mais partes ultramarinas há tal estilo e abuso; e só isso têm lugar quando houver de se tratar algum negócio comum ao senado, em que sejam chamados os estados eclesiásticos, nobreza e povo...” (grifo do autor)<sup>27</sup>

É possível fixar a curva do poder municipal brasileiro no contexto da monarquia portuguesa?

Preliminarmente, deve-se lembrar a existência de variações significativas por diferentes motivos, entre os quais avultam dois: a realidade muito diversa entre os Estados do Brasil e do Maranhão e das próprias capitanias entre si (algumas ainda privadas até o século XVIII); e a maior ou menor ação dos governos central (de Salvador, Rio de Janeiro, São Luís ou Belém) e das capitanias gerais e subalternas sobre as câmaras, conforme estas fossem da respectiva capital ou do interior. As primeiras teoricamente eram mais submissas às determinações centrais, enquanto as do interior revelariam melhor os interesses dos grupos locais. Nem sempre essas tendências se confirmaram, como se observa em diferentes crises que tiveram como cenário as capitais e, em sentido inverso, a ação centralizadora de juizes de fora e ouvidores, em especial no período final da colônia.

Considerando portanto as diferenças locais e a existência de exceções, podemos encontrar as seguintes tendências, para cuja denominação tomamos emprestados os conceitos da teoria dos ciclos econômicos:

- a) Expansão – século XVI até as últimas décadas do século XVII. Estabelecimento e consolidação da estrutura municipal, com definição dos interesses locais e conflitos com agentes concorrentes – governadores, ouvidores e ordens religiosas – e primeiros choques devido a traços da colonização, como a posição dos jesuítas em relação aos índios e questões tributárias.
- b) Crise – entre 1684 e 1711, tomando-se como marcos a revolta de Beckmann no Maranhão, a guerra dos Mascates em Pernambuco (1710-1711) e os motins da Bahia de 1711. Agravamento dos interesses conflitantes, desgaste e ruptura devido a problemas como o monopólio, a tributação excessiva, o conflito reinóis x mazombos e a oposição jesuíta à escravidão indígena.

<sup>27</sup> João Francisco Lisboa, *op cit*, p. 386.

- c) Recessão – do início do século XVIII até 1808. Fortalecimento da centralização político-administrativa na metrópole e no Brasil. Tentativas explícitas de enquadramento do poder municipal pela ação de governadores e ouvidores a partir de orientações do Conselho Ultramarino e das novas secretarias de Estado. Em consequência, poucos conflitos e muita negociação.
- d) Depressão – período joanino. Expressa atuação do governo do Rio de Janeiro para aumentar o controle sobre a vida municipal, esvaziando algumas de suas funções, como a atividade policial e a jurisdição dos juízes ordinários. Franca hostilidade a estes, considerados rústicos e despreparados e criação de 38 novos juizados de fora (sobre 13 criados ao longo de um século) e novas ouvidorias.<sup>28</sup> Diminuição sistemática da negociação.

Às vésperas da independência, com o Brasil já na condição de Reino Unido a Portugal, o poder municipal estava praticamente exaurido, na cúpula do Estado pela ação do que Silvestre Pinheiro Ferreira à época chamava francamente “despotismo ministerial”, no escalão intermediário pelo “despotismo dos governadores capitães-generais” (expressão do mesmo conselheiro de D. João)<sup>29</sup> e na base pela atuação sistemática dos agentes centralizadores, notadamente o juiz de fora que presidia a câmara municipal e o ouvidor da comarca.

Com a independência e a constitucionalização do Brasil tinha de ser definido novo modelo institucional para o município, que continuava a ser, no momento em que se debatiam as opções, uma fonte importante de poder, mas redesenhado em novo quadro político e jurídico.

---

<sup>28</sup> Arno Wehling e Maria José Wehling, *Thémis dans la monarchie des Tropiques (l'organisation de la justice à l'époque de dom João VI)*, p. 229.

<sup>29</sup> Silvestre Pinheiro Ferreira, *Cartas sobre a revolução do Brasil*, in Arno Wehling, *Silvestre Pinheiro Ferreira e as dificuldades de um império luso-brasileiro*, Brasília, Senado federal, p. 30 e 108ss.



# Responsabilidade Médica: um estudo sobre o Erro Humano, como elemento subjetivo do ilícito, caracterizado pela negligência, imprudência ou imperícia

Ayrton Carlos Gomes de Oliveira<sup>1</sup>

## Resumo

O erro médico é a conduta profissional considerada inadequada, que supõe uma inobservância técnica que produz dano à vida ou à saúde, caracterizada pela imperícia, imprudência e negligência do profissional médico. Embora não seja totalmente nova, a repercussão da responsabilidade médica, nas últimas décadas, cresceu principalmente pelo aumento do conhecimento público pela mídia e de processos jurídicos relacionados. Assim, Medicina e Direito se relacionam quanto ao tema pela relevância na vida profissional do médico, como agente ativo e na do profissional do direito, que estuda suas implicações legais. Devido à mobilização dada ao tema, tal discussão ganha importância no ensino da graduação de ambas as áreas. Autores têm mostrado que, principalmente na grade curricular de cursos de graduação das áreas da saúde, o tema tem sido pouco abordado. Assim, o presente trabalho tem por objetivo propor uma Ementa de disciplina, como produto da dissertação, intitulada: *Direitos do Paciente: a Hermenêutica no Ensino Profissional em Saúde*. O produto foi elaborado a partir de levantamento bibliográfico, sendo sugerido para utilização em matéria curricular semestral. Espera-se contribuir com uma ferramenta didática para a formação de profissionais mais bem informados e qualificados, prevendo-se uma conduta ética e profissional mais adequada.

**Palavras-chave:** Direitos do paciente; hermenêutica; ementa.

<sup>1</sup> Post-Doctorado em Principios Fundamentales y Derechos Humanos – UCES – Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales – Aprobado em 12 MAI 2017, e término previsto para a Defesa em MAI 2018. Doutorado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad Del Museo Social Argentino – UMSA (2016); Mestrado em Ciências da Saúde e do Meio Ambiente pelo Centro Universitário da Fundação Oswaldo Aranha – UniFOA (2012); Mestrado em História, na Cadeira de História Política pela Universidade Severino Sombra – USS (2007); Pós-graduação *Lato-Sensu* em Metodologia do Ensino Superior – Fundação Dom André Arcoverde – FAA (2000); Pós-graduações *Latu-Sensu* em Direito Civil e Processo Civil pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus – São Paulo/SP (2010); Licenciatura em Letras pela Fundação Educacional Rosemar Pimentel – FERP (1973); Faculdade de Engenharia Civil pela Fundação Educacional Rosemar Pimentel – FERP – Inc. (1978); Bacharel em Administração de Empresas pela Faculdade de Ciências Administrativas – SOBEU – (1983); Bacharel em Direito pela Fundação Educacional Dom André Arcoverde – FAA (14 FEV 2003).

## **Abstract**

Medical error is the professional behavior considered inadequate, due to a putative technical non-observance which leads to damage to either life or health, and is characterized by ineptitude, recklessness and negligence from the Medicine Professional. Although it is not entirely new, there has been noted an increase of the medical error implications in the last decades of the XXth century, multiply particularly due to the increase of public knowledge through the media and related law processes. Thus, Medicine and Law relate to the theme for its relevance in the Medical Doctor's life, as an active agent, and in the Law professional is life, who studies the legal implications. Because of their central position, discussions on the subject gain importance in the undergraduate teaching of both areas. However, it has been shown that, particularly in the Health Area curricula, the theme has not received due attention. Hence, the present work aims to suggest a summary for a curriculum subject, which would be named: Patients' rights: hermeneutics in the health professional teaching. The product was elaborated starting from a bibliographical survey and it is suggested that it is used as a one-semester subject. It is hoped that this work will contribute as a didactic tool in the formation of better qualified and informed professionals, resulting in a more adequate professional and ethical conduct.

**Keywords:** Patient's rights; hermeneutics; memorandum book.

## **Introdução**

Na teoria da responsabilidade subjetiva, o que sobressai no foco das considerações e dos conceitos é a figura do Ato Ilícito como ente dotado de características próprias e identificado na sua estrutura, nos seus requisitos, nos seus efeitos e nos seus elementos.

No desenvolvimento da noção genérica de responsabilidade civil, em todos os tempos sobressai o dever de reparar o dano causado. É importante ressaltar que onde urge a divergência, originando as correntes que dividem os autores, é na fundamentação do dever ressarcitório, dando lugar à teoria da culpa ou da responsabilidade subjetiva. A essência da responsabilidade subjetiva vai assentar, fundamentalmente, na pesquisa ou indagação de como o comportamento contribui para o prejuízo sofrido pela vítima (FIUZA, 2008).

Assim, considerando a teoria da responsabilidade subjetiva, erige em pressuposto da obrigação de indenizar, ou, de reparar o dano, o comportamento culposo do agente, ou simplesmente a sua culpa, abrangendo no seu contexto a culpa propriamente dita e o dolo do agente.

Os estudos científicos, as dinâmicas que estão sendo implementadas e avaliadas, cível e penalmente sobre o erro humano têm sido uma preocupação para com a classe médica, em que os Conselhos de profissionais da área de saúde têm discutido e procurado um entendimento junto aos órgãos judiciais na busca de esclarecimentos sobre o assunto, tendo sido também objeto de discussões em congressos e outras atividades das unidades (FIUZA, 2008).

A caracterização jurídica da responsabilidade dos profissionais de saúde é posta em termos controvertidos, mostrando-se que de um lado há os que se colocam no campo da responsabilidade contratual e, de outro, os que entendem como extra contratual ou aquiliana. Não obstante o Código Civil Brasileiro (CCB), inseri-la “em dispositivo colocado entre os que dizem respeito à responsabilidade aquiliana”, considera-se que se trata de “responsabilidade contratual” (Dias, 1995).

Em face do consentimento do cliente, é de ver se este era pessoa consciente e responsável e foi devidamente esclarecido sobre os efeitos do tratamento e dos riscos, aguardando-se a deliberação do médico se obteve a anuência sem os interessados estarem devidamente esclarecidos. A responsabilidade civil do hospital assume aspectos novos, considera-se a duplicidade de seus deveres - compreende-se assistência médica ao mesmo tempo que obrigações como hospedeiro. Nesta última qualidade, responde pelos danos causados ao doente que se interna (Perelman, 2000).

Quando citamos os exemplos encontrados na literatura sobre cirurgia estética, esse assunto tem afrontado a doutrina com reflexo na jurisprudência. Seu estudo pode ser desenvolvido em três fases: a de rejeição, a da aceitação com reservas e a da admissão ampla. No que se denomina de primeira fase, ou de rejeição, prevalece a opinião, segundo a qual tal cirurgia não se destina a curar uma doença, mas a corrigir uma imperfeição física.

Cumpre, todavia, distinguir o exemplo da cirurgia corretiva. A uma pessoa que é portadora de uma deformação, não importando se congênita, cirúrgica, ou traumática, o médico nem sempre pode prometer eliminar tal formação, porém realizar o que seja melhor: obrigação de meios e não de resultado, neste caso (Perelman, 2000; Pereira, 2002).

Se da operação plástica resulta dano estético, cabe reparação inclusive por dano moral. À responsabilidade dos dentistas aplica-se, em termos gerais, o que se refere aos médicos e cirurgiões, mormente tendo em vista a tendência de se considerar a odontologia como um ramo especializado da medicina e se confiar ao dentista o tratamento das afecções bucais. Algumas peculiaridades de faltas profissionais na profissão odontológica têm ido à justiça, como seja a utilização de material inadequado e os erros técnicos causadores de problemas a longo prazo (Perelman, 2000; Pereira, 2002).

A tipicidade é um dos requisitos genéricos do crime. É necessário que haja perfeita adequação do fato concreto ao tipo penal. No cível, no entanto, qualquer ação ou omissão pode gerar a responsabilidade civil, desde que viole direito ou cause prejuízo a outrem (art. 186, do CC).

Diz-se, pois, ser “subjéctiva” a responsabilidade quando se esteia na ideia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Dentro dessa concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura no caso de ele ter agido com dolo ou culpa.

Quando a culpa é presumida, inverte-se o ônus da prova. O autor da ação só precisa provar a ação ou omissão e o dano resultante da conduta do réu,

porque sua culpa já é presumida. É o caso, por exemplo, previsto no art. 936 do CC, que presume a culpa do dono do animal que venha a causar dano a outrem. Mas faculta-lhe a prova das excludentes ali mencionadas, com inversão do ONUS PROBANDI. Se o réu não provar a existência de alguma excludente, será considerado culpado, pois sua culpa é presumida.

Nos casos de responsabilidade “objetiva”, não se exige prova de culpa do agente para que seja obrigado a reparar o dano. Em alguns, ela é presumida pela lei. Em outros, é de todo prescindível.

É importante ressaltar que o Código Civil Brasileiro fliou-se à teoria “subjativa”. É o que se pode verificar no art. 186 do CC, que erigiu o dolo e a culpa como fundamentos para a obrigação de reparar o dano. Obedecendo à tradição do direito brasileiro e à orientação das legislações estrangeiras, ainda as mais recentes, tal código abraçou, em princípio, o sistema da responsabilidade subjativa.

Não se pode negar a formação de um autêntico contrato entre o cliente e o médico, quando este o atende. Embora muito já se tenha discutido a esse respeito, hoje já não pairam mais dúvidas a respeito da natureza contratual da responsabilidade médica. Pode-se falar, assim, em inexecução de uma obrigação se o médico não obtém a cura do doente ou se os recursos empregados não o satisfizerem.

O objeto do contrato médico não é a cura, obrigação de resultado, mas a prestação de cuidados conscienciosos, atentos e, salvo circunstâncias excepcionais, de acordo com as aquisições da ciência.

Comprometem-se a tratar o cliente com zelo, utilizando-se dos recursos adequados, não se obrigando, contudo, a curar o doente. Serão, pois, civilmente responsabilizados somente quando ficar provada qualquer modalidade de culpa: imprudência, negligência ou imperícia.

Diz o art. 935 do CC que a responsabilidade civil é independente da criminal. Mas é importante destacar que, decidida a existência do crime e sua autoria, não pode a instância civil reabrir discussão sobre essas questões. É, como se vê, o problema da influência recíproca das jurisdições.

Sumariando as condições de eficácia da sentença criminal no juízo cível, em face do Código de Processo Penal, podemos formular estas conclusões:

- A decisão criminal condenatória não só tranca a discussão no civil como, já agora, nos termos do art. 65 do Código de Processo Penal, tem força executória, reduzindo a simples operação de liquidação as atribuições do juízo civil. Bem entendido: a execução só pode ser dirigida contra quem figurou na ação penal, ou seu sucessor. (dirija-se ao erro humano para relacionar com o tema do seu artigo).

- Conforme já fora mencionado anteriormente, a reparação civil do dano pode ser proposta independentemente do procedimento criminal correspondente, o que é preceito do art. 64 do CPP, mostrando que continua em vigor a independência dos dois juízos, estabelecida no art. 935 do CC.

## O erro humano e a responsabilidade civil

A vida em sociedade pressupõe um complexo de relações ensejadas por interesse de toda ordem. A responsabilidade poderá decorrer de ato próprio, traduz-se como direta quando resulta de ato ou fato alheio. É no caso do caráter subjetivo do ato lesivo (CC, art 186, e Lei 8.078, de 11.9.1990, art. 14, § 4º.).

Na responsabilidade objetiva, aquela que, para restar caracterizada, não se exige comprovação da culpa, independentemente de dolo ou culpa, cita-se o art. 927, CC, parágrafo único.

Com efeito, o lesante aparente, aquele que não participa diretamente do referido ato, responderá civilmente, por determinação legal, caso tal ato tenha sido praticado por pessoa sob sua vigilância.(art. 932 a 934, 936 e 938, CC).

Com a prática de leituras sobre a responsabilidade civil e em toda a sua evolução histórica, constata-se que inicialmente prevaleceu a necessidade da existência de culpa na sua caracterização.

Por sua vez, o Código Civil de 2002 adota, de acordo com o caso, uma ou outra dessas espécies de responsabilidade.

É importante frisar que, através da leitura e interpretação jurídica do art. 15 do CC de 1916, foi acolhida a teoria subjetiva para a aferição da responsabilidade civil, em face do período “procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei”, ao passo que o art. 43 do CC de 2002 omite essa afirmação, limitando-se, portanto, a insinuar que o Estado responde objetivamente pelos atos lesivos de seus agentes e, após indenizar, só poderá se ressarcir junto ao agente responsável, se houver, por parte deste, culpa ou dolo.

Salienta-se que a Constituição da República Federativa do Brasil - CRFB - de 05 de outubro de 1988, em seu art. 37, § 6º, permaneceu fiel às anteriores, preservando a responsabilidade civil objetiva do Estado, na modalidade do risco administrativo, muito mais condizente com a realidade social.

Como observa Hely Lopes Meirelles, “para a indenização de atos e fatos estranhos à atividade administrativa, observa-se o princípio geral da culpa civil, manifestada pela imprudência, negligência ou imperícia na realização do serviço público que causou ou ensejou o dano”.

Na culpa contratual, ou seja, no descumprimento por ação ou omissão do contratante, causa prejuízo à outra parte (art. 9º, II, da lei 8.245, de 18.10.1991).

A culpa, no Direito Civil, pode ser tomada em sentido amplo ou estrito. Em sentido amplo, inclui o dolo, e a culpa em sentido estrito. Para um melhor entendimento sobre este assunto, cita-se a culpa em sentido estrito, que é o ânimo, vontade de agir, comissiva ou omissivamente, sem intuito de lesar (*animus lae-Dendi*), mas assumindo tal risco (advertido pelo art. 186, CC).

Na responsabilidade civil do médico, quando tal profissional é procurado por alguém, forma-se entre ambos um vínculo contratual. Tal contrato, embora semelhante ao de prestação de serviços, com este não se confunde, por envolver um relacionamento mais próximo com o paciente e a sua família, tratando-se,

na verdade, por tais fatores, um contrato *sui generis*, inconfundível (arts. 188 e incisos, 929 e 930 do CC, e 14, § 4º, do CDC, vistos também os arts. 948 a 951, CC, assim como o art. 6º, VIII, da lei consumerista).

Com efeito, pode o Magistrado (juiz) valer-se da inteligência do referido art. 6º, VIII, para a inversão do ônus da prova. A hipossuficiência do consumidor não é apenas econômica, mas também técnica, daí a possibilidade da inversão supra.

Na mesma situação dos médicos, qual seja, a de prestação de serviço especializado, o odontólogo assume, conforme o caso sob sua responsabilidade, obrigação de meio ou de resultado. Embora, é importante frisar, a arte dentária, por sua natureza, envolva notória preocupação estética (art. 951, CC).

A legislação focaliza a saúde como direito de todos. E é no art. 196 e seguintes da CRFB que esse assunto é seguido por juízes, advogados etc. Citam-se também a lei federal nº 8.069, de 13.07.1990; a lei federal nº 10.741, de 01.10.2003 e a lei federal nº 9.797, de 06.05.1999. Cumpre salientar que existe acesso aos dados médicos, constantes do art. 5º, inciso XXXIV, da CRFB (para hospitais públicos), e a lei nº 8.079, de 11.09.1990, CDC, em seu art. 43 (para hospitais privados).

Finalizando, citam-se os direitos do paciente na lei estadual nº 10.241, de 17.03.1999, lei esta criada no Estado de São Paulo, como referência em caso de recurso individual (as Leis e Decretos Federais citados podem ser encontrados no site: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)).

## **A importância do estudo à luz da hermenêutica**

Quando se encontra expressa a palavra Hermenêutica, traduz-se como a arte de interpretar. Ela consiste em estabelecer o sentido e o alcance de uma determinada lei, o que nos leva a refletir com firmeza sobre “A Modernidade tardia no Brasil: o papel do Direito e as promessas da modernidade – da necessidade de uma crítica da razão cínica no Brasil” – Streck, Lenio Luiz – Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. – Uma exploração hermenêutica da construção do Direito, p. 21, em notas introdutórias (1).

Ao iniciar o presente referendado estudo, o pesquisador busca em Karl Marx e Friedrich Engels (século XIX), década de 30, e, ao que consta da pág. 30 do referido livro citado, o que fora interpretado pelo autor.

Invertendo a famosa frase de Marx, dita em o Capital: “Sie wissen das michet, aber sie tun es”, que significa “disso eles não sabem, mas o fazem”. Segundo Peter Sloterdijk, que dissera: “- Eles sabem muito bem o que estão fazendo, mas o fazem assim mesmo”.

E, na análise dos anseios e desejos da Sociedade Civil Brasileira, onde se busca entender a Hermenêutica Jurídica através de respostas aos questionamentos e inércia do Poder Público, interpreta-se como LUMPEMPROLETARIADO o conjunto de pobres esfarrapados. Este é fato de uma sociedade esquecida, apesar da existência e da interpretação da inteligência do art. 5º e seus incisos, da CRFB. A sociedade aguarda a determinação e cumprimento das leis, através do Juiz - Estado.

A reflexão hermenêutica sobre a Sociedade Civil, na busca de uma interpretação lógica e humana, conduz o pensamento e acredita na reunião de pessoas, tidas como “COISAS” e não gente (PESSOAS).

Desvalidos de todos os tipos, que sequer chegam a compor uma classe social, em geral, egressos de classes média ou subalternas, que foram jogados em situações de extrema penúria ou anomia, o LUMPENPROLETARIADO aguarda dos operadores do Direito o acompanhamento sistemático de seus anseios, desejos e direitos como cidadãos, algo que supera o simples conhecimento jurídico das normas, através das leis, que é o destrinçar da Filosofia, da Psicologia, da Antropologia, da Sociologia, todas no campo da Hermenêutica Jurídica.

É nesse momento que se chega a um consenso, que fora essa gente (pessoa(s)) desgovernada que serviu de massa de manobra a movimentos totalitários, como o neoliberalismo, que, etimologicamente, do grego “neo”, poderia hoje, século XXI, ser chamado de novo, renascido, renovado.

Entretanto, o neoliberalismo, política empregada (doutrina) que dizem ser renovada do liberalismo clássico, surgida em 1938, na França, com o chamado colóquio Walter Lippman, congregou expressivas figuras do liberalismo, objetivando analisar as causas do enfraquecimento de tal ideologia. Como o liberalismo político exige o liberalismo econômico, no Brasil de hoje preconiza, também, a nova orientação que o neoliberalismo deve admitir, limitando a intervenção estatal na esfera privada, defendendo, concomitantemente, a livre empresa e a concorrência por meio da lei.

Nesse momento é importante ressaltar que é através do contexto que a reflexão lógica e pertinente se insere. Daí termos a justificativa aplicável ao Direito. Através de críticas reformadoras, muitos contribuirão para o desenvolvimento do real papel do Direito, do discurso justificável em toda a sua jurisdicionalidade, bem assim da justificação do poder oficial, em face da problematização da relação nos dias atuais do Direito – Estado soberano – Dogmática Jurídica.

O capitalismo inventa e tenta esclarecer para a Sociedade Civil o seu modelo de afazeres, de governo. Cria o sistema globalizado, objetivando compatibilizar as promessas da Modernidade com o desenvolvimento capitalista. É nesse momento de reflexão, interpretação da ciência que analisa as leis do raciocínio humano, que a lógica tem por objetivo auxiliar a ciência Hermenêutica no real caminho interpretativo, mostrando para a sociedade a crítica construtivista e evolucionista dessa roupagem, face do capitalismo internacional.

Tudo gira em torno da política empregada pelos governantes nas diversas camadas da sociedade, que tem reflexos imensuráveis nas decisões das diversas instâncias. A isso é dado o nome de Estado interventor. O autor Lenio Luiz Streck faz uma reflexão na qual afirma em seu livro *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*, p. 25: “Quanto mais necessitamos de políticas públicas, em face da miséria que se avoluma, mais o Estado, único agente que poderia erradicar as desigualdades sociais, se encolhe!”.

É nessa crise de legalidade, diante da inefetividade dos dispositivos e da inteligência da Constituição da República Federativa do Brasil, que não se pode confundir Direito Positivo com Positivismo e Dogmática Jurídica com Dogmatismo, bem como opor a crítica ou o discurso crítico à dogmática jurídica, como bem se expressou o Prof. Dr. Jorge Silva, Professor Universitário/RJ em aula ministrada aos alunos da Pós-graduação *Lato Sensu*, realizada na 5ª Subseção da OAB de Volta Redonda/RJ, em 2009.

## Considerações finais

Em conclusão, o assunto é daqueles que se resolvem pelo exame, caso a caso oferecido ao juiz do civil, pela decisão do júri. Há caso concreto em que a decisão do júri pela absolvição baseou-se em prova de que a pessoa a ele submetida não era a autora do delito pelo qual tinha sido sujeita a julgamento, mas outra já submetida a processo criminal pelo mesmo fato delituoso. O fato se impõe ao juízo civil.

O ser humano não é “coisa” insignificante, não é um nome coletivo, popular, um senso comum. O ser é a crítica, é a superação, visto que a lógica, a filosofia, é composta do bom senso que se comporá ao senso comum, de quem muito se espera.

O que chamamos de JUSTIÇA é o dar a cada um o que é seu, como definiu o jurisconsulto ULPIANO - JUSTITAE EST CONSTANS ET PERPETUA VOLUNTAS JUS SUUM CUIQUE TRIBUENDI - (justiça é a constante e firme vontade de dar a cada um o que é seu).

Dar a cada um o que é seu é uma responsabilidade do Estado, do Juiz-Estado. É um esquema lógico de vida. É o esperado pela sociedade, que comporta diferentes conteúdos e não atinge unicamente a divisão de riquezas, as disfunções humanas alicerçadas, por vezes, nos comprometimentos dos profissionais da lei, cumpridores de suas obrigações para com a sociedade, em que tais disfunções são observadas naqueles que estão fora do contexto do que seja o real. A essas pessoas cabe a execução da lei. Com isso teremos a equidade como justiça do caso concreto.

A presente pesquisa sobre o erro humano, como elemento subjetivo do ilícito proveniente da negligência, imprudência ou imperícia possibilitará ao alunado e aos profissionais do direito, analisar a lei e compartilhar, no que dizem as jurisprudências sobre casos, cominado com a responsabilidade civil ao que diz respeito à questão contratual, em relação ao erro humano.

Esta pesquisa precisa ser mostrada para o leitor acadêmico ou para profissionais das áreas de Saúde e do Direito, na forma sequencial e lógica, em dois semestres de curso.

Contudo, apresentar-se-á os novos paradigmas do Direito, referindo-se aos problemas ocasionados por erro humano que a sociedade tem enfrentado nas últimas décadas. Há necessidade de uma reavaliação curricular em que os futuros profissionais das referidas áreas receberão formação e informações sobre o assunto em tela.

## Referências

- ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário Jurídico Brasileiro Acquaviva**. 13ª ed. atual, rev. e ampl. – São Paulo: Jurídica Brasileira, 2006.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade Civil (Teoria e Prática)**. 2ª ed. São Paulo: Forense Universitária, 1990.
- BONVICINI, Eugênio. *La Responsabilidade Civile*. Milano: DOTT. A. Giuffrè, 1971.
- BOTSARIS, Alex Spyros. **Sem anestesia: o desafio de um médico / Os bastidores de uma medicina cada vez mais distante e cruel**. Rio de Janeiro: Objetiva Ltda., 2002.
- CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal / Francesco Carnelutti**. Tradução de José Antônio Cardinalli. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2002.
- CARNELUTTI, Francesco – **Instituições do Processo Civil / Francesco Carnelutti**, Tradução: Adrián Sotero de Witt Batista – Campinas: Servanda, 1999.
- CERVO, Amado Luiz e BERVIAN, Alcino – **Metodologia Científica**. 5ª ed. São Paulo: Prentice Hall, 2002.
- Código Civil, Código de Processo Civil, Constituição Federal, Legislação Processual Civil / obra coletiva de autoria da Ed. Revista dos Tribunais. – 14ª ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. – (RT, Códigos).
- DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil** – v. 2 - 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- FERRI, Henrique (Advogado e Professor da Universidade de Roma). **Discursos de Acusação (ao lado das vítimas)**. 4ª ed. Coimbra: Armério Amado – Coleção STUDIUM, 1978.
- FIUZA, César – **Direito Civil: Curso Completo**. 11ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- GAUDERER, E. Chistian – **Os direitos do paciente: cidadania na saúde** – 7ª ed. – Rio de Janeiro: Record, 1998.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- GRECO, Rogério – **Curso de Direito Penal / Parte Geral** – v. 1 – 10ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.
- GRECO, Rogério – **Curso de Direito Penal / Parte Especial** – v. 2 – 5ª ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2008.
- MAGALHÃES, Humberto Piragibe e MALTA, Christóvão Piragibe Tostes. **Dicionário Jurídico**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Destaque, 1998.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- MINAYO, M.C. de S. (org.) **Pesquisa Social: teoria, método e criatividade**, 5ª ed. Petrópolis: Vozes, 1994.
- MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. **Elementos de responsabilidade civil por dano moral**. RJ/SP: Renovar Ltda., 2000.
- NÁUFEL, José. **Novo dicionário jurídico brasileiro** – 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- PERELMAN, Chaim. Ética e Direito. **Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, julho / 1996.
- PINHEIRO, Jorge; HOUNSELL, Franci. **Monografia em ciências jurídicas e sociais**. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2012.
- RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil – Responsabilidade civil** – v. 4 - 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- SAAD, Renan Miguel. **O ato ilícito e a responsabilidade civil do estado; Doutrina e Jurisprudência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996.
- SANTOS, Ulderico Pires dos. **A responsabilidade civil na doutrina e na jurisprudência**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- SECAF, Victória. **Artigo científico: do desafio à conquista**. – 4ª ed. São Paulo: Martinari, 2007.

- 
- SILVA, Wilson Melo. **Responsabilidade sem culpa e socialização do risco**. Belo Horizonte: Bernardo Alves S.A., 1962.
- STOCO, Rui - **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 8ª ed. Ver. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.
- TRIVIÑOS, A.N.S. – **Introdução à pesquisa em ciências sociais: a pesquisa qualitativa em educação**. São Paulo: Ática, 1987.
- VAMPRÉ, Spencer. **Da lesão enorme e do sujeito do direito perante o Código Civil**. São Paulo: Livraria e Oficinas Magalhães, 1918.
- VENOSA, Sílvio de salvo. **Novo Código Civil: Texto Comparado: código civil de 2002, código civil de 1916 / Sílvio de Salvo Venosa, organizador**. – São Paulo: Atlas, 2002.
- Consulta à Biblioteca Virtual em Saúde, nos seguintes links:
- DeCS – Descritores em Ciências da Saúde (Direitos Cívicos) - 31 JAN 2003.
- Dees – Direitos do Paciente – São Paulo; CREMESP, 2006. 78 p. ilus.
- Cid Saúde – Direitos do Paciente – Petrópolis, Vozes, 1994. 142 p. tab.
- Adolec – Direitos do Paciente – Acad. Méd; 84(6): 765-70, 2009 Jun.
- Ibecs – Direitos do Paciente – ENFURO; 99(99): 24 - 33, sep. 2006. ilus.
- Lilacs – Direitos do Paciente – Ver. Esc. Enferm. USP; 35(2): 184 -190, JUN 2001, e, Ver. Assoc. Méd. Bras. (1992); 55(3): 283 -289, 2009. tab.
- [www.aquaforte.com/oi/direitos-do-paciente.html](http://www.aquaforte.com/oi/direitos-do-paciente.html)
- [www.Revistavivasau.de.uol.com.br/edicoes/12/art.720-8-1.asp](http://www.Revistavivasau.de.uol.com.br/edicoes/12/art.720-8-1.asp)
- [www.selecoes.com.br/selecoesvoce/conhecimento/329/direitos-dos-pacientes-qualis-sao-as-obrigacoes-do-seu-medico-e-do-hospital.html](http://www.selecoes.com.br/selecoesvoce/conhecimento/329/direitos-dos-pacientes-qualis-sao-as-obrigacoes-do-seu-medico-e-do-hospital.html)

# *Juscientificidade: uma proposta de renovação das características da metodologia e dos métodos aplicados ao estudo do direito*

**Bonnie Moraes Manhães de Azevedo<sup>1</sup>**

## **Resumo**

Este artigo apresenta uma breve introdução sobre a especificidade da ciência do Direito em relação às demais ciências sociais aplicadas, traduzida na própria discussão sobre seu conceito, sua cientificidade, bem como alguns dos pontos acerca de seus métodos e metodologias. Baseando-se, principalmente, na argumentação de Ferraz Junior do Direito como uma teoria da decidibilidade, busca-se provocar no leitor o questionamento sobre sua própria compreensão acerca do fenômeno jurídico e das possibilidades científicas de compreendê-lo.

**Palavras-chave:** Métodos e metodologias; teoria da decidibilidade; fenômeno jurídico.

## **Abstract**

This article presents a brief introduction on the specificity of the science of Law in relation to the other applied social sciences, translated in the very discussion about the concept, the scientificity, as well as some of the points about its methods and methodologies. Based mainly on Ferraz Junior's thesis of Law as a decidability's theory, it seeks to provoke in the reader the questioning about his own comprehension of the legal phenomenon and the scientific possibilities of understanding it.

**Keywords:** Methods and methodologies; theory of decidibility; legal phenomenon.

---

<sup>1</sup> Bacharel em Ciências Sociais (UENF), Pós-graduada em Marketing Estratégico (ESPM/RJ), Mestre em Antropologia (PPGA/UFF) e Doutora em Políticas Públicas, Estratégia e Desenvolvimento (PPED/UFRJ). Possui experiência em docência nas áreas de sociologia, antropologia e metodologia. Atuou como pesquisadora nas instituições onde se formou em temas como ritual, simbolismo e religião; antropologia do consumo; construção social do gosto; tribos urbanas e estilo de vida. Dedicou-se profissionalmente a trabalhos em pesquisa sobre cultura organizacional; instituições e desenvolvimento; nova economia institucional. Atualmente se dedica aos estudos de metodologia científica, com foco em metodologia qualitativa e do conjunto de conhecimentos instrumentais para melhor compreensão teórica/prática dessa disciplina. Administra dois sites voltados para melhorias na educação: [consultoriaemmetodologia.com.br](http://consultoriaemmetodologia.com.br) e [comoestudarmelhor.com.br](http://comoestudarmelhor.com.br). E-mail: [bonnieazevedo@gmail.com](mailto:bonnieazevedo@gmail.com)

É grande o debate sobre a cientificidade do Direito estabelecendo suas possibilidades e limites. O presente artigo é uma breve reflexão sobre alguns pontos que tornam a ciência do Direito quicá a mais complexa entre as ciências sociais aplicadas.

O conceito de *juscientificidade* nos leva a indagar como é possível conhecer o Direito cientificamente. Todo conhecimento científico demanda um afastamento das pré-noções do senso comum, do conhecimento religioso, e de qualquer outro tipo de conhecimento que não seja adquirido mediante o emprego de metodologia científica. Esta pressupõe a inspiração em uma escola de pensamento, a partir da qual se elaborará um marco teórico, que servirá de orientação durante a pesquisa. Esta, por sua vez, pressupõe um desenho, uma sistematização e uma análise criteriosos.

Um grande desafio para a compreensão da *juscientificidade* é que ela envolve não apenas métodos de pesquisa, mas também questões ontológicas, epistemológicas, axiológicas, elaboradas por campos distintos dos estudos jurídicos, especialmente pela Filosofia do Direito. Soma-se a isso, a própria confusão em torno do conceito de Direito. Um dos conceitos mais aceitos e amplamente conhecidos é a tentativa de Hans Kelsen<sup>2</sup> de dar um objeto específico ao Direito, considerando-o, apenas, o conjunto das normas jurídicas válidas em um país. Contudo, Reale (2003) é muito cético sobre o Direito querer definir o próprio Direito, quando, em seu entendimento, somente a Filosofia do Direito o poderia fazer. Enquanto a Ciência do Direito deveria preocupar-se em construir, a partir da racionalidade lógica e dos métodos científicos das ciências sociais aplicadas, uma “investigação jurídica de natureza científico-positiva”, ao filósofo do Direito caberia indagar sobre sua ontologia, epistemologia, historicidade e axiologia.

Como exemplo dessa complexidade terminológica, “*jus*”, Direito, designa tanto o fato (realidade jurídica) quanto a ciência (o conhecimento sobre essa realidade), a tal ponto que, por vezes, “o verdadeiro e o fato se convertem” (Reale, 2003, p. 3). Direito e Jurídico, etimologicamente, originam-se em radicais latinos distintos, com a ideia de justiça mais vinculada ao “*jus*” do que ao “*directum*”. Contudo, na linguagem recorrente, o jurídico parece abarcar toda sorte de fenômenos da realidade do “*juridicus*”, palavra relacionada aos tribunais, à justiça e ao Direito.

Foi exatamente em razão da multiplicidade do campo jurídico que Kelsen procurou elaborar o que chamou de “Teoria Pura do Direito”. Entretanto, sua concepção não é a única possível. Ferraz Júnior (1980, p. 38) afirma que embora muito bem recebida no Direito público, no Direito

---

<sup>2</sup> Muito do que se faz ao procurar conceituar Direito, como Hans Kelsen, ao buscar criar uma “Teoria Pura do Direito” seria isolar a dimensão do jurídico que só pode ser objeto do Direito e não da Sociologia do Direito, da Filosofia do Direito, da História do Direito, etc. (CARVALHO, 2009, p. 65-66), bem como apresentá-la como a possibilidade de um conhecimento objetivo e imparcial, ao colocar o texto como objeto a partir do qual um sentido emana.

privado a influência romana levou a pensar o Direito a partir de situações concretas, elaborando um entendimento distinto de ciência jurídica.

Daí a necessidade de uma ciência jurídica que se construa em parte de conexões vitais (Direito de Família, do Trabalho), em parte de diferenças conceituais-formais (relação jurídica, sujeito de Direito), em parte de diferenças estruturais lógico-materiais (Direito das Obrigações, das Coisas), em parte de princípios (da igualdade das partes na relação processual). O Direito é aí concebido como fenômeno que aponta para certas estruturas que revelam certa articulação “natural”, certa “normatividade” própria. Costuma-se empregar a respeito delas, em alusão a Savigny, o termo “instituto jurídico” não com o significado positivista de “complexo de normas”, mas como realidade concreta, dotada de um sentido. A problemática do sentido faz com que a Ciência do Direito apareça como ciência cultural, não necessariamente o produto metódico de procedimentos formais, dedutivos e indutivos, mas um conhecimento que constitui uma unidade imanente, de base concreta e real que repousa sobre valorações (FERRAZ JUNIOR, 1980, p. 38).

Isso implica também que a ciência do Direito não existe em abstrato, mas apenas fincada na experiência, na realidade concreta<sup>3</sup>. “A Ciência do Direito estuda o fenômeno jurídico tal como ele se concretiza no espaço e no tempo” (REALE, 2003, p. 17) o que só poderia ser feito a partir de um Direito positivo (ou positivado) relacionado a uma experiência histórica. Para Reale

A Ciência do Direito é, portanto, uma ciência complexa, que estuda o fato jurídico desde as suas manifestações iniciais até aquelas em que a forma se aperfeiçoa. Há, porém, possibilidade de se circunscrever o âmbito da Ciência do Direito no sentido de serem estudadas as regras ou normas já postas ou vigentes. A Ciência do Direito, enquanto se destina ao estudo sistemático das normas, ordenando-as segundo princípios, e tendo em vista a sua aplicação, toma o nome de Dogmática Jurídica, conforme clássica denominação (REALE, 2003, p. 321).

Embora possa ser criticada, essa definição da Ciência do Direito a partir da sua aplicação como dogmática jurídica é admitida, em algum grau, por diversos autores, ao entender que o objeto da ciência do Direito descreve e analisa, obrigatoriamente, em alguma medida. É o seu processo de normatização e positivação, e a (re)pena. Ferraz Júnior (1980) chega a apresentá-las como

<sup>3</sup> Por outro lado, a Filosofia do Direito pode permanentemente indagar sobre as possibilidades da concretização do fenômeno jurídico, mantendo-se no campo abstrato.

sinônimos. Reale, por sua vez, ressalta que embora não sejam sinônimos, a dogmática jurídica seria o ponto “culminante da aplicação da Ciência do Direito, quando o jurista se eleva ao plano teórico dos princípios e conceitos gerais indispensáveis à interpretação, construção e sistematização dos preceitos e institutos de que se compõe o ordenamento jurídico” (REALE, 2003, p. 322-3). Entretanto, ressalta-se que há uma diferença entre Ciência do Direito e o que é apresentado nos textos dos doutrinadores acerca das normas positivadas, que seria o Direito positivo. Ciência do Direito, a partir dessa concepção que remonta Kelsen, seria a reflexão científica sobre o Direito positivo e não o Direito positivo por si.

Sobre a relação do Direito com a dogmática jurídica, quaisquer dos modos possíveis de apresentar o Direito estaria vinculado ao “*docere*” (FERRAZ JUNIOR, 1980), pois ensinar estaria na essência da própria Ciência do Direito, não sendo possível, portanto, ser uma ciência puramente explicativa, voltando-se para encaminhar soluções. Assumindo essa distinta característica da ciência jurídica, é possível compreendermos que

[...] a racionalidade do saber dogmático sobre o Direito não se localiza nem em soluções visadas (racionalidade dos fins), nem na discriminação fechada dos meios (racionalidade formal dos instrumentos), mas no tratamento correlacional de fins e meios, na correlação funcional de questões e solução de questões. É isto que lhe dá o caráter arquitetônico de combinatória de modelos, aberta para os problemas de decidibilidade, mas delimitada pelo espírito do “*docere*” (FERRAZ JUNIOR, 1980, p. 108).

Para Reale, por assumir o Direito como ciência focada em problemas da decidibilidade, toda possibilidade de construção dessa ciência originaria uma combinação possível entre a dogmática e a abertura para repensá-la, a partir dos problemas sobre a decisão apresentados pelo corpo doutrinal que elabora uma dogmática jurídica em determinado tempo e lugar.

Embora a literatura que reflete sobre a dogmática jurídica em relação à ciência do Direito seja significativa, a que foca na dimensão hermenêutica da ciência do Direito não fica atrás. Isso porque, mesmo que se adote uma posição normativista de Direito, dela não se isenta uma dimensão hermenêutica, ao admitir que mesmo que o Direito seja um complexo de normas de um determinado ordenamento, o sentido de tais normas só é apreendido a partir dos significados culturais com os quais foi formulado e a partir dos quais é interpretado. Admitir que toda interpretação é realizada a partir de um contexto dado pela cultura é algo que a linguística saussureana difundiu. Antes do “giro linguístico” que sua teoria possibilitou, o sentido do texto era “dado” ontologicamente. Com o desenvolvimento da linguística moderna, tal premissa não mais ressoou, passando o sentido a ser dado na relação do interprete com o texto, condicionado pelos instrumentos analíticos que esse possui ao ler e interpretar o texto (CARVALHO, 2009, p. 90).

O Direito assim, além de uma ciência das normas, da interpretação e da decisão, também pode ser considerado uma ciência da cultura, vinculada a uma base concreta e valorativa, e não apenas procedimental, normativa (FERRAZ JUNIOR, 1980, p. 38; GUSTIN, DIAS, 2002, CARVALHO, 2009). Ao entrar no campo interpretativo do Direito presente tanto na sua dimensão de ciência como em sua dimensão de técnica, especialmente no posicionamento demandando do juiz diante das lacunas do ordenamento jurídico, a interpretação é inesgotável e múltipla (CARVALHO, 2009). Assim, não existe, objetivamente, um limite no qual cessa a interpretação. Este precisa ser construído, tal como no recorte artificial da realidade que o cientista realiza para poder estudá-la.

Ao apresentar essa dimensão da *juscientificidade*, Reale ressalta que esta combina regras da lógica com os métodos próprios para alcançar sua finalidade, que, na sua perspectiva, seria uma ciência social aplicada voltada para a decidibilidade<sup>4</sup>. O autor afirma que, embora as ciências sociais não sejam ‘experimentais’ como as ciências da natureza, isso não comprometeria a cientificidade de seus resultados.

Como se vê, se as ciências sociais não são exatas, devem ser “de rigor”, ou seja, rigorosas quanto às técnicas de estudo e à coordenação lógica das proposições que formulam em correspondência cada vez mais completa com a realidade examinada, e de modo a excluir contradições. Assim sendo, a Ciência do Direito, como investigação positiva desse campo da realidade social que chamamos experiência jurídica, não pode deixar de obedecer às regras da Lógica, nem deixar de seguir métodos adequados às suas finalidades (REALE, 2003, p. 83).

Para pensarmos uma metodologia da *juscientificidade*, precisamos entender a reflexão sobre essas fronteiras, fictícias, embora didaticamente necessárias, entre as quais se encontram o Direito como técnica e como ciência. Enquanto o Direito como técnica aplica a lei formulada, sem refletir sobre ela porque é isso que permite o alcance da sua excelência<sup>5</sup>, a ciência do Direito reflete e atualiza o jurídico. A ciência do Direito não é meramente técnica; é aquela que alcança a raiz social das manifestações jurídicas, a partir do rigor metodológico necessário supracitado. Ela sustenta de maneira permanente os debates que fomentam: as inovações no Direito; a constitucionalidade; a existência ou não de coerência interna entre as normas e entre essas e o sistema jurídico em sua unidade; o Direito comparado; as normas, os agentes, as instâncias, as inúmeras relações, as esferas do poder envolvidas; a divisão didática<sup>6</sup> de novos ramos do Direito etc, tudo isso a partir de

<sup>4</sup> Nobre (2003) critica essa ideia de Ferraz Junior que o Direito é uma ciência voltada para a decidibilidade, pois entende que seria possível uma ciência do Direito explicativa.

<sup>5</sup> Basta imaginar como a aplicação do Direito seria impraticável se um juiz parasse para refletir sobre a formulação da lei (em suas dimensões ontológicas, lógicas, axiológicas) no momento reservado exclusivamente para julgar se ela é aplicável ou não à decisão que se apresenta, em que medida e em que extensão.

<sup>6</sup> Becker (*apud* Carvalho, 2009, p. 124) que o sistema jurídico é uma totalidade e qualquer

uma racionalidade orientada por um corpo teórico<sup>7</sup>, utilizando de uma linguagem científica, por um lado, e jurídica, por outro, já que o Direito é um campo bem particular e restrito em sua linguagem e formalização, mas ao mesmo tempo, aberto a diversas soluções como ciência.

Se partirmos de Ferraz Junior (1980), pensando na dicotomia técnica X ciência, poderíamos entendê-la nos termos da decidibilidade, na qual a ciência do Direito, seria uma ciência da norma, da interpretação, mas principalmente da decisão. Para o autor, enquanto a técnica se ocupa de cada decisão concreta, a ciência se ocupa da decisão de modelos que a informarão sobre a decidibilidade. A ciência do Direito deveria levantar os problemas do jurídico e procurar soluções que possam se estabelecer em um Direito positivo e serem aplicadas, tecnicamente, a casos concretos, na medida em que a interpretação julgar precedente e justo.

Cabe então uma reflexão fundamental do ponto de vista de como proceder como um cientista do Direito. Parte do que a torna *sui generis* entre as ciências sociais aplicadas é que enquanto as demais satisfazem-se com um diagnóstico, a ciência do Direito demanda posicionamento sobre aquilo que desvela. Embora alguns autores postulem uma neutralidade axiológica possível e necessária às ciências sociais, entre os quais destacamos Weber, a ciência do Direito parece demandar um posicionamento. Isso porque se ela existe para pensar os problemas sobre a decidibilidade (FERRAZ JUNIOR, 2002), ao fim e ao cabo deve posicionar-se sobre os rumos desejáveis para o bem comum, quer admitindo um modelo analítico, hermenêutico ou empírico para pensar o jurídico, ou que combine todos.

Entende-se que, em quaisquer dos modelos adotados atualmente, a dimensão compreensiva da análise está presente, pois não seria possível analisar sem interpretar. Não há acordo sobre o método compreensivo, pois, segundo Ferraz Júnior (1980), alguns, como Reale (2003), o entendem como valorativo, enquanto outros, como Weber, defendem a possibilidade de um método compreensivo sem o emprego de juízos de valor. A questão da possibilidade de se eximir de valorar (teoria pura, investigação e diagnóstico) ou do dever de valorar (informando a aplicabilidade, a decidibilidade) na condição de cientista jurídico envolve ainda a relação do Direito com as demais ciências, como Economia e Sociologia, nas quais os papéis do cientista e do agente social estão mais claramente definidos.

A Ciência do Direito diz-se, além de interpretativa, também normativa. A possibilidade de uma ciência normativa é bastante discutida pela Filosofia da Ciência. Para muitos teóricos da ciência, os enunciados científicos são descritivos e nunca normativos. As teorias jurídicas da Ciência do Direito, como usualmente esta é praticada, não escondem enunciados de natureza prescritiva. Ao expor diversas

---

divisão é unicamente didática.

<sup>7</sup> Esse corpo teórico se divide em inúmeras escolas do pensamento jurídico, entre as quais o *jusnaturalismo*, o *juspositivismo*, o *historicismo*, a *escola exegética*, entre outras (Carvalho, 2009).

teorias referentes a um problema jurídico qualquer, o jurista não se limita a levantar possibilidades e, em certas circunstâncias, a suspender o juízo, mas é forçado a realizar, por vezes, uma verdadeira opção decisória. Isto porque sua intenção não é apenas conhecer, mas também conhecer tendo em vista as condições de aplicabilidade de norma enquanto modelo de comportamento obrigatório (FERRAZ JÚNIOR, 1980, p. 15).

Assim, o Direito se posiciona porque é positivo e é uma ciência cujo fim seria a decidibilidade e, para tal, é preciso posicionar-se sobre a norma e, portanto, valorar, o que só pode ser feito a partir de procedimentos interpretativos<sup>8</sup>. Isso não caracteriza os estudos de Sociologia ou Antropologia do Direito por exemplo, nos quais valorar e posicionar-se é inadequado e considerado uma postura científica inadequada, senão duvidosa.

O dissenso “é ou não é ciência”, pressupondo ciência como algo experimental, oriundo de um modelo comum às ciências naturais, não é uma exclusividade do Direito mas de todas as ciências humanas e sociais, teóricas ou aplicadas. Por mais que se busque afirmar as distinções dos métodos das ciências humanas para as naturais e, dentro das ciências humanas, as diferenças de métodos entre elas, o fato de o jurista, ao interpretar as normas, precisar saber como agir, o distingue dos outros cientistas interpretativos e gera uma condição *sui generes* para a ciência do Direito. Ainda não parece haver uma solução capaz de unificar um método englobante de toda a contradição entre o teórico e o prático inerente ao fenômeno jurídico que responda a isso<sup>9</sup>. Ferraz Júnior (1980) salienta que o próprio Karl Larenz entende que não há solução possível que não seja às custas de uma das duas faces constituintes da Ciência do Direito, seja o formalismo dos conceitos gerais e abstratos, seja a necessária aplicabilidade prática das regras<sup>10</sup>.

Em todo esse dissenso, a teoria tridimensional (norma, fato, valor) de Miguel Reale, por sua vez, surge como uma tentativa de criar uma metodologia própria para a compreensão do fenômeno jurídico em sua unidade resultante da dimensão normativa, fática e valorativa. Mesmo com essa possibilidade, Ferraz Júnior (1980) apresenta Reale como um dos juristas preocupados com a superação do dilema, mas não como uma resposta ao mesmo, porque não haveria, ainda, uma possibilidade de construir uma “visão ordenada do que se poderia chamar Ciência do Direito” (FERRAZ JÚNIOR, 1980, p. 39).

<sup>8</sup> Por essa razão, Ferraz Júnior aponta que é possível pensar a Ciência do Direito como pensamento tecnológico a partir de três modelos: o modelo analítico, na teoria da norma; interpretativo, na teoria da interpretação; e o empírico com a teoria da decisão jurídica.

<sup>9</sup> Cabe ressaltar que Ferraz Júnior cita a própria autocrítica de Larenz que, ao buscar uma solução para esse problema, afirma só ter conseguido filosoficamente com a dialética hegeliana, e não uma síntese científica do problema (FERRAZ JÚNIOR, 1980, p. 16).

<sup>10</sup> Em Kelsen, teríamos um exemplo de teoria que se isentou da explicação da realidade concreta, enquanto outros entendem abstrações de uma forma pouco relevante (FERRAZ JÚNIOR, 1980).

As vertentes que entendem o Direito como fenômeno social, cultural, histórico, admitem-no como um conhecimento a ser constituído a partir da realidade imanente “de base concreta e real que repousa sobre valorações” (FERRAZ JÚNIOR, 1980, p. 38). É claro que as matrizes teóricas em torno da discussão de cientificidade seguem modelos distintos, referentes a paradigmas diversos, elaborados para o conhecimento do mundo jurídico a partir das premissas filosóficas admitidas acerca da realidade, da racionalidade, das possibilidades de conhecimento dessa realidade, da unidade de análise, entre outros. Não obstante, todos buscam pensar filosoficamente sobre o exercício da produção do conhecimento jurídico que cabe ao cientista do Direito. Este, por sua vez, ao realizar a tarefa da pesquisa, precisa escolher um caminho – um método – e, a partir dele, as técnicas mais indicadas para alcançar seu objetivo. Por essa razão, a viabilização da cientificidade em termos de pesquisa, passa pela compreensão e definição da metodologia da pesquisa do Direito ou jurídica. Metodologia é

Um sistema de métodos e regras para facilitar a coleta e análise de dados. Ele fornece o ponto de partida para escolher uma abordagem composta de teorias, ideias, conceitos e definições do tópico; portanto, a base de uma atividade crítica consiste em fazer escolhas sobre a natureza e o caráter do mundo social (pressuposições). Isso não deve ser confundido com as técnicas de pesquisa, a aplicação da metodologia (HART, 2010, p. 28, tradução nossa<sup>11</sup>).

A metodologia envolve a adoção de uma série de elementos da pesquisa que podem combinar-se de formas distintas. Por vezes aparece como sinônimo de método, em outras como um processo maior no qual se encontram os métodos de pesquisa. Entendemos dessa maneira. Método pode ser definido como o “caminho para se chegar a determinado fim. E método científico como o conjunto de procedimentos intelectuais e técnicos adotados para se atingir o conhecimento” (GIL, 2002, p. 27). Engloba o tipo de método de abordagem (indutivo, dedutivo, hipotético-dedutivo e o dialético, como em Gustin e Dias (2002) ou indutivo, dedutivo, analogia, como em Ferraz Junior (1980), de procedimento (estatístico, comparativo, histórico etc) e as técnicas de pesquisa utilizadas (entrevistas, pesquisa-ação etc) (SAMPLERI; COLLADO; LUCIO, 2013).

O tipo de sistema jurídico existente, *civil Law* (romano-germânico) ou *common law* (anglo-saxão), ou os sistemas mistos – resultante das tendências de hibridização de ambas – muda a forma de se pensar e pesquisar o Direito. Logo, tem implicações para o que chamamos de metodologia. A *civil law* possibilitará algumas fontes de pesquisa privilegiadas para o cientista jurídico, que podem não

<sup>11</sup> A system of methods and rules to facilitate the collection and analysis of data. It provides the starting point for choosing an approach made up of theories, ideas, concepts and definitions of the topic; therefore the basis of a critical activity consisting of making choices about the nature and character of the social world (assumptions). This should not be confused with techniques of research, the application of methodology (HART, 2010, p. 28).

se apresentar na *common law* e vice-versa. Além disso, os próprios pressupostos conceituais admitidos sobre o funcionamento do sistema jurídico como um todo, transformando significativamente as expectativas sobre o pensamento e a prática jurídica: na admissão dos precedentes, no decisionismo judicial, no ativismo judiciário, na construção da racionalidade jurídica bem como de sua argumentação, nas lacunas, nas antinomias, no processo judicial, nos rituais da corte, nas possibilidades de judicialização dos fenômenos, na eficácia e na segurança jurídica, na relação da moralidade com o Direito, bem como nas decisões sobre o currículo e a construção do campo do Direito etc.

No Brasil, o método indutivo é o mais utilizado nas pesquisas jurídicas em razão do nosso sistema jurídico. Gustin e Dias (2002) já apresentam a diferença entre métodos de abordagem tradicional nas ciências sociais aplicadas em geral – indutivo, dedutivo, hipotético-dedutivo e o dialético – ressaltando que a tendência de sistemas jurídicos mistos tem feito com que as pesquisas jurídicas realizadas combinem análises narrativas/descritivas, a partir de uma teoria, com análises problematizadoras, que trabalham com o método hipotético-dedutivo. Neste, identifica-se uma lacuna no conhecimento para a qual se formula uma hipótese por meio de processos dedutivos, buscando-se prever a ocorrência de fenômenos, dentro das possibilidades quase intuitivas de se prever algo qualitativamente, intuição essa resultante da pesquisa inicial de exploração do campo (SAMPIERI, COLLADO, LUCIO, 2013).

As técnicas, por sua vez, possibilitarão a coleta de dados, a parte operacional da pesquisa, na qual se testarão as hipóteses para alcançar os objetivos da pesquisa. Sua escolha depende dos objetivos, do marco teórico e do referencial bibliográfico, bem como do paradigma adotado. Cada um deles costuma ter técnicas de pesquisas ou tipos de abordagens analíticas distintos para dados coletados com as mesmas técnicas. Essas diferenças, em regra, originam-se no paradigma e no marco teórico que orienta a pesquisa. Assim as técnicas se relacionam diretamente com a vertente metodológica adotada. Gustin e Dias (2002) elencam o estudo de caso, a pesquisa participante, a pesquisa ação, a pesquisa teórica, a análise de conteúdo, os *surveys* e as pesquisas de diagnóstico como algumas das técnicas de pesquisa jurídica mais comuns. Essas técnicas, por sua vez, são aplicadas a partir de uma série de procedimentos, como os vários tipos de observação, entrevistas, questionários, análise documental (na qual se insere a análise das leis), entre outras (GUSTIN, DIAS, 2002, p. 99-100). A forma como se realiza a pesquisa pode ser mediante a ida ao campo, coletando dados diretamente, mediante técnicas como pesquisa-ação, estudo de caso ou pesquisa participante, empregando procedimentos de questionários, entrevistas etc., ou mediante a análise de conteúdo de dados previamente existentes, por meio da análise de conteúdo, da pesquisa documental, (GUSTIN, DIAS, 2002, 100-112) da análise de banco de dados pré-existentes como as *surveys* nacionalmente realizadas<sup>12</sup> etc.

<sup>12</sup> O Censo do IBGE, a POF, a PNAD, entre outras.

Se Ferraz Junior (1980, p. 15) entende que não são as técnicas, mas o método que define a cientificidade de uma investigação, ao percebermos a pluralidade de métodos que o autor reconhece existir e que sua unidade ainda é uma quimera, nos resta apenas reforçar que, dentro do caminho metodológico escolhido, o reforço do rigor metodológico no uso das técnicas e procedimentos para coleta de dados e análise jurídica dos mesmos é extremamente necessário. Este rigor implica realizar uma pesquisa sistematicamente fundamentada por referenciais teóricos norteadores da *juscientificidade*, a fim de se ter resultados compatíveis com a progressiva complexidade da sociedade contemporânea. A ciência do Direito vem se desenvolvendo nesse sentido, mas muitos passos ainda precisam ser dados, pois como afirma Reale sobre os segredos do domínio do Direito “não bastará a vida toda para desvendar” (REALE, 2003, p. 10).

A ciência não elabora verdades absolutas e sim verdades provisórias, caracterizando sua constante transformação. Como vimos, são diversas as características que tornam a ciência jurídica *sui generis* em relação às demais ciências sociais. À guisa de uma reflexão conclusiva, cabe-nos ressaltar que, por vezes, sua dimensão prática é tão protagonista do seu desenvolvimento que sua dimensão científica não alcança *ainda* a magnitude das implicações da sua aplicabilidade. Urge que o campo jurídico se volte para produção de conhecimentos a partir de fontes diretas, produzindo novos *insights* sobre o jurídico, a fim de abarcar os dilemas crescentes da contemporaneidade. Estes, cada vez mais desafiadores, solicitam do campo jurídico um constante amadurecimento da *juscientificidade*, bem como de pesquisas inovadoras a partir da pluri e da transdisciplinaridade.

## Referências

- CARVALHO, Aurora Tomazini de *et al.* **Teoria geral do Direito**: o constructivismo logico-semântico. Tese de Doutorado. PUC-SP. 2009. Disponível em <<https://tede.pucsp.br/handle/handle/8649>> Acesso em: 15 out. 2016.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do Direito**. São Paulo: Atlas, 1980.
- GIL, A. C. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4ª Ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. DIAS, Maria Tereza Donseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- HART, Christopher. 1999. **Doing a Literature Review: Releasing the Social Science Research Imagination**. Sage Publications Ltd.
- NOBRE, M. **Apontamentos sobre a pesquisa em Direito no Brasil**. Novos Estudos. CEBRAP, São Paulo, v. 66, p.145-154, 2003.
- REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª ed. ajustada ao Novo Código civil. São Paulo: Saraiva, 2003.
- SAMPIERI, R. H.; COLLADO, C. F.; LUCIO, M. P. B. **Metodologia da pesquisa**. 5ª ed. Porto Alegre: Penso, 2013

# Os desafios da efetivação dos Direitos das Pessoas com Deficiência: meios institucionais no plano internacional para a busca da autonomia e da isonomia

Célia Barbosa Abreu<sup>1</sup>  
Maria Lúcia de Paula Oliveira<sup>2</sup>

## Resumo

Um dos temas que vem ganhando atenção dos estudiosos é o da questão da autonomia e da isonomia da pessoa com deficiência como condições para sua dignidade. O motivo desse interesse surgiu com a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007, que foram incorporados ao catálogo de nossos direitos fundamentais, através do Decreto Legislativo nº 186/2008, que aprovou tais textos, nos moldes do art 5º, parágrafo 3º, da Carta Magna. Destarte, este capítulo se dedica ao assunto acima e subdivide-se em quatro partes: - a primeira voltada para o exame da tutela jurídica da dignidade da pessoa com deficiência assegurado pelo Poder Constituinte Originário; - a segunda destinada a considerações sobre os direitos à isonomia e autonomia presentes na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência; - a terceira referente a essa mesma temática, entretanto, no âmbito do Estatuto da Pessoa com Deficiência, com foco específico sobre o art 4º desta lei; - a quarta destinada aos mecanismos de implementação da Convenção Internacional das Pessoas com Deficiência e respectivo Protocolo Facultativo. Nesse ponto, pois, reside o objetivo desse trabalho, qual seja realizar ponderações sobre um contributo que poderia advir acaso um Tribunal Constitucional Internacional fosse instituído, servindo de *upgrad* para os direitos humanos e, neste caso, inclusive como ferramenta protetiva para a pessoa com deficiência. Trata-se de pesquisa teórica com levantamento documental. Para tanto, foram empregues os métodos dialético, coleta de jurisprudência, histórico, indutivo.

**Palavras-chave:** Pessoas com deficiência; direitos humanos; tribunal constitucional internacional.

<sup>1</sup> Pós-doutorado em Direito - UERJ. Profª Adjunta da UFF. Docente permanente do Doutorado em Direitos, Instituições e Negócios PPGDIN/UFF.

<sup>2</sup> Doutora em Direito - PUC-SP. Profª Adjunta da UNIRIO e da PUC-RIO. Procuradora da Fazenda Nacional.

## Abstract

One of the themes which that has been gaining the attention among scholars, is the question of autonomy and the isonomy of people with disabilities, as a condition for their dignity. The reason for this interest came about during an International Convention on the Rights of the person with disability and its optional protocol, signed in New York, on March 30th, 2007, and which were incorporated into the Catalog of our fundamental Rights, through the legislative decree, number 186/2008, which has approved these texts, in the manner of article 5, paragraph 3, of the Constitution. Thus, this chapter is devoted to the subject mentioned above and it has been divided into four parts: - the first, is aimed towards examining the legal protection of the dignity of the disabled person provided by the Original Constituent Power; - the second, for consideration of the rights to isonomy and autonomy contained in the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities; - the third, referring to this same subject, however, within the scope of the Statute of the Person with Disabilities, with a specific focus on Article 4 of this Law; - the fourth devoted to the implementation mechanisms of the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities and its Optional Protocol. This point, therefore, lies the objective of this work, which is to ponder on a contribution that could happen if an International Constitutional Court were established, serving as upgrad for human rights and, in this case, even as a protective tool for the disabled person . This is a theoretical research, with a documentary survey. For this purpose, the dialectical, historical, inductive, and jurisprudence methods were employed.

**Passwords:** People with disabilities; human rights; international constitutional court.

## Introdução

Um dos temas que vem ganhando especial atenção dos estudiosos é o da questão da autonomia e da isonomia da pessoa com deficiência como condições para sua dignidade. O motivo desse especial interesse surgiu em virtude da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007, os quais foram incorporados ao catálogo de direitos fundamentais da Constituição de 1988, por meio do Decreto Legislativo nº 186/2008, que aprovou tais textos, nos moldes do que determina o art. 5º, parágrafo 3º, da Carta Magna. Dito dispositivo, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45/2004, prevê expressamente que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às Emendas Constitucionais. Portanto, essa Convenção e seu Protocolo, uma vez inseridos no ordenamento jurídico pátrio, gozam de *status* de Emendas Constitucionais.

Realizadas essas considerações, destaca-se que o objetivo deste trabalho é construir uma abordagem interdisciplinar mediante a qual seja possível enfrentar o problema se, a despeito da aludida Convenção Internacional e seu Protocolo Facultativo, do Estatuto da Pessoa com Deficiência, dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais anteriormente existentes e igualmente

voltados para a referida questão, realmente se possui hodiernamente ou não um aparato jurídico capaz de efetivamente proteger juridicamente esses cidadãos. Trabalha-se com a hipótese da insuficiência das ferramentas jurídicas existentes e se busca uma alternativa capaz de contribuir para a solução ou, ao menos, remediar questões em que estejam em risco os direitos fundamentais da pessoa com deficiência.

Diante disso, partindo desses objetivos, o capítulo que ora segue se subdivide em quatro partes: - a primeira será voltada para o exame da tutela jurídica da dignidade da pessoa com deficiência assegurado pelo Poder Constituinte Originário; - a segunda, destinada a considerações sobre os direitos à isonomia e autonomia presentes na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência; - a terceira será referente a essa mesma temática, entretanto, no âmbito do Estatuto da Pessoa com Deficiência com foco específico sobre o art. 4º desta lei; - a quarta, por sua vez, será destinada aos mecanismos de implementação da Convenção Internacional das Pessoas com Deficiência e respectivo Protocolo Facultativo e ponderações sobre um contributo que poderia advir acaso um Tribunal Constitucional Internacional fosse instituído, servindo de *upgrad* para os direitos humanos e, nesse caso, inclusive como ferramenta protetiva para a pessoa com deficiência.

## **O Poder Constituinte Originário e a Tutela Jurídica da Dignidade da Pessoa com Deficiência**

Preliminarmente, cumpre começar destacando que o Poder Constituinte Originário, além do reconhecimento da igualdade formal para todos os cidadãos, tratou de assegurar a chamada igualdade substancial, material ou real. Correlacionadas a este princípio e à sua efetivação, são passíveis de citação o próprio Preâmbulo do texto constitucional e diversas normas nele previstas, desde 1988, em especial os seguintes: art. 1º, III; art. 3º, I, III e IV; art. 5º, caput, incisos I, XXXV, XLI, LXXI, parágrafos 1º, 2º e 3º; art. 34, VII, b. Além desses dispositivos, especificamente a respeito da pessoa com deficiência, a Constituição de 1988 já permitia afirmar a adoção de uma dilatação do princípio da isonomia, de forma contundente e inequívoca, o que se observava, de antemão, das seguintes normas constitucionais: art. 227, parágrafos 2º e 3º, e 244 (relativas à adaptação de logradouros, edifícios e veículos de transporte coletivo); art. 37, VIII (referente à admissão em cargos e empregos públicos); art. 227, parágrafo 1º, II (acerca da promoção de programas de assistência pelo Estado, em caráter preventivo e de atendimento especializado para os então chamados portadores de deficiência); art. 208, III (sobre o atendimento educacional especializado); art. 203, V (em matéria de benefício mensal; assistência social); art. 203, IV (cuidando das questões de habilitação e reabilitação desses indivíduos); art. 7º, XXXI (voltado para a questão da igualdade de direitos no trabalho); art. 23, II (destinado à proteção da

pessoa com deficiência, matéria de competência comum da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios); art. 24, XIV (vindo proteger essa pessoa e garantir sua “integração social” por intermédio de legislação concorrente). Em suma, desde então, já se buscava um “indivíduo mais igual” e mais “autônomo”, por assim dizer.<sup>3</sup>

## **Os Direitos à isonomia e autonomia na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**

O advento da Convenção sobre o Direito das Pessoas com Deficiência no cenário jurídico brasileiro guarda total consonância com o disposto no art. 4º, II do texto originário da CRFB, quando o constituinte estabeleceu que, dentre os princípios em que se rege a República Federativa do Brasil, em suas relações internacionais, está o da prevalência dos direitos humanos. Deste diploma internacional, que no cenário jurídico brasileiro galgou o *status* de Emenda Constitucional, é possível extrair uma série de normas que possuem sintonia com as anteriormente registradas e igualmente com o art. 4º do Estatuto da Pessoa com Deficiência, acerca do qual se pretende comentar. Assim sendo, essa harmonia lógica se acentua, entre outras, nas seguintes normas da convenção: art. 1º (propósito de proteção do exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais para as pessoas com deficiência relativamente aos demais cidadãos); art. 2º (conceito de discriminação); art. 3º (princípios gerais); art. 4º (obrigações assumidas pelos Estados Partes); art. 5º (igualdade e não-discriminação); art. 6º (mulheres e meninas com deficiência); art. 7º (crianças com deficiência); art. 8º (conscientização); art. 10 (direito à vida); art. 12 (reconhecimento igual perante a lei); art. 13 (acesso à justiça); art. 14 (liberdade da pessoa e segurança); art. 15 (prevenção contra a tortura, tratamentos ou penas cruéis, desumanas ou degradantes); art. 17 (proteção da integridade da pessoa); art. 18 (liberdade de movimentação e nacionalidade); art. 19 (vida independente e inclusão na comunidade); art. 20 (mobilidade pessoal); art. 21 (liberdade de expressão e de opinião e acesso à informação); art. 22 (respeito à privacidade); art. 23 (respeito pelo lar e pela família); art. 24 (educação); art. 25 (saúde); art. 26 (habilitação e reabilitação); art. 27 (trabalho e emprego); art. 28 (padrão de vida e proteção social adequados); art. 29 (participação na vida política e pública); art. 30 (participação na vida cultural e em recreação, lazer e esporte).

---

<sup>3</sup> QUARESMA, Regina. Comentários à Legislação Constitucional Aplicável às Pessoas Portadoras de Deficiência. In: TEPERINO, Maria Paula Org.; ROMITA, Arion Sayão ... [et al.]. Comentários à Legislação Constitucional Aplicável às Pessoas Portadoras de Deficiência. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 7.

## O Estatuto da Pessoa com Deficiência: autonomia e isonomia

No art. 4º, *caput* do EPD, nota-se que o legislador assegura a igualdade substancial para as pessoas com deficiência, ao reconhecer-lhes o direito à igualdade de oportunidades em condições idênticas àquelas dos demais cidadãos. Em outras palavras, protege o livre e digno desenvolvimento da personalidade desses indivíduos, ficando muito claro nesse passo, que a *ratio legis* presente é a de que a raça humana é uma só, de maneira que não comporta visões fraturadas e discriminatórias *in malam partem*, ou seja, que venham para prejudicar, importando em barreiras à construção da potencialidade e da vocação natural individual e/ou coletiva, especialmente a das pessoas com deficiência.

Para uma melhor compreensão do que significa o direito à igualdade de oportunidades, são oportunos os escritos de Norberto Bobbio, aos quais doravante é altamente recomendável referenciar. Preliminarmente, salienta o autor que, se a igualdade formal, jurídica, ou também chamada igualdade perante a lei, pode ser vista como uma das bases do Estado Liberal, certo é que um dos pilares do Estado de Democracia Social está consubstanciado no princípio da igualdade de oportunidades ou chances, o qual, para a sua mais adequada e robusta realização, requer outrossim a isonomia dos próprios “pontos de partida”, consoante a seguir se elucidará.

O respeito ao princípio da igualdade de oportunidades e a garantia de sua eficácia sobre as relações sociais/jurídicas exige considerações que ultrapassam as de ordem meramente abstrata, mas, sobretudo, outras que guardem conexões concretas com a realidade e sejam historicamente determinadas. Só assim, a partir de tais ponderações e tendo em vista que na sociedade as pessoas estão efetivamente em “situação de concorrência entre si”, para a obtenção de bens escassos, se tem condições de viabilizar que todos os membros da sociedade estejam em condições, se não idênticas, ao menos próximas, para competirem na vida, diante daquilo que é “vitalmente mais significativo”.<sup>4</sup>

Neste contexto, ainda com o propósito de melhor elucidar *o caput* do dispositivo, é válido aduzir que o referido escritor tece ilações sobre os indivíduos desiguais por nascimento e a necessidade de colocá-los - nas mesmas condições de partida -. Propõe, então, a ideia de que a eles seja concedido um favorecimento, inserindo discriminações *in bonam partem*, ou seja, para beneficiá-los, distinções essas que, a princípio, não existiriam. Conclui, pontuando que se estaria a corrigir uma desigualdade anterior ou inicial e, como resultado, poder-se-ia obter a equiparação das desigualdades.<sup>5</sup>

O espírito do *caput* do art. 4º, portanto, quando dispõe que toda pessoa com deficiência tem direito à igualdade de oportunidades com as demais pessoas,

<sup>4</sup> BOBBIO, Norberto. Igualdade e Liberdade. COUTINHO, Carlos Nelson (trad.). 2ª ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997, p. 30-31.

<sup>5</sup> BOBBIO, *op. cit.*, p. 32.

o que, como visto, inclui - idênticas condições de partida - para aqueles que possuem uma desigualdade oriunda do nascimento e que, portanto, necessitam de uma recolocação mais isonômica no seio social, guarda, por conseguinte, total afinidade com o disposto no art. 227, parágrafo primeiro, II da Constituição da República. Nessa norma, a ser retomada mais adiante, o constituinte atribui ao Estado o dever de promover programas de assistência integral à saúde da “criança e do adolescente”, admitida a participação de entidades não governamentais e obedecendo, dentre outros preceitos: o da “criação de programas de prevenção e atendimento especializado” para os então denominados “portadores de deficiência física, sensorial ou mental”, bem como o de “integração social do adolescente portador de deficiência”, através do “treinamento para o trabalho e a convivência e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos”.

O parágrafo primeiro do art. 4º, a seu turno, traz uma norma que vem esclarecer o que o legislador do EPD entende constituir discriminação *in malam partem* em razão da deficiência, comportamento que, segundo o caput do dispositivo, é terminantemente proibido. Nesse sentido, veda toda a sorte de distinção que consigo venha a ensejar limites ou exclusão social relativamente às pessoas com deficiência. Dessa vedação se extrai que são proibidas todas as condutas voluntárias e as involuntárias, comissivas e omissivas, cujo produto final resulte no prejuízo, cerceamento ou nulificação do respeito ao legítimo exercício dos direitos e liberdades fundamentais da pessoa com deficiência, a exemplo do que se dá quando ocorre a negativa da concessão de adaptações razoáveis e de fornecimento de tecnologias assistivas a elas necessárias.

O EPD, então, no parágrafo primeiro do art. 4º cuida de trazer uma norma infraconstitucional antidiscriminatória relativamente às pessoas com deficiência, na mesma linha do que dispôs o constituinte em norma constitucional, no art. 5º, inciso XLI, ao estabelecer que a lei punirá qualquer discriminação atentatória aos direitos, garantias e liberdades fundamentais do ser humano. Segundo a doutrina, no entanto, a mera proibição da prática discriminatória é incapaz de produzir resultados satisfatórios para combatê-la. Dois fatores demonstram isso com muita clareza. Em primeiro lugar, o comum é que as atitudes discriminatórias já tenham adentrado no imaginário coletivo, de modo tal que existem aspectos culturais e psicológicos estabelecidos que as identificam como banais. Em segundo lugar, existem mesmo efeitos fruto de discriminações mais antigas e arraigadas, que acabam por servir para inferiorizar determinados segmentos da sociedade.<sup>6</sup>

A discriminação voluntária ou intencional é tida como o mais trivial dos tratamentos discriminatórios. Nessa situação, a vítima é tratada de forma desigual, menos favorável, relativamente a outras pessoas em determinado contexto, única e exclusivamente em razão de um fator que a torna distinta de uma maioria

<sup>6</sup>GOMES, Joaquim B. Barbosa. Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade. O Direito como Instrumento de Transformação Social. A Experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 20.

supostamente dominante. Um dos maiores problemas desse tipo de discriminação reside na intencionalidade que lhe é inerente, o que acaba por impor o ônus da prova à pessoa da vítima da discriminação. No Brasil, inclusive, comumente a discriminação é velada, dissimulada e, no fim das contas, as poucas pessoas que acionam o aparelho estatal para que o Estado tome as medidas cabíveis acabam por denotar a existência de uma reação hostil às suas reivindicações, prevalecendo o argumento processual da ausência de prova, retirando o efeito possível das raras iniciativas individuais voltadas contra as práticas discriminatórias.<sup>7</sup>

As formas de discriminação que o art. 4º do EPD vem vedar são aquelas que não podem ser chanceladas pelo Direito, dado que violam, exemplificativamente, os princípios constitucionais implícitos da razoabilidade e da proporcionalidade. Se são necessárias para o resgate da paridade entre as condições da pessoa com deficiência e daquela sem deficiência, a priori, são admitidas. Nesse sentido, são permitidas as chamadas “discriminações positivas”. (“*reverse discrimination*” [discriminação revertida]) ou também denominadas “ações afirmativas”. Na doutrina pátria, são definidas como consistindo “em dar tratamento preferencial a um grupo historicamente discriminado”, como forma de inserir tais pessoas no “*mainstream*” [grupo principal], obstando que “o princípio da igualdade formal, expresso em leis neutras que não levam em consideração os fatores de natureza cultural e histórica, funcione na prática como mecanismo perpetuador da desigualdade”.<sup>8</sup>

As ações afirmativas surgem, assim, como um mecanismo importante de resposta às condutas discriminatórias. Além dessas, no exterior, vem sendo observadas com grande sucesso noções mais avançadas na luta contra a discriminação, “baseadas muito mais nos resultados que as práticas discriminatórias arraigadas produzem do que em atos concretos de discriminação”. Com este novo olhar sobre a questão discriminatória, surgiu no direito norte-americano o que se chamou de “Teoria do Impacto Desproporcional”, que merece ser comentada.<sup>9</sup>

A discriminação por impacto desproporcional ou adverso, “*Disparate Impact Doctrine*” veio como instrumento para a concretização do princípio da isonomia. Através dessa teoria, é possível ir além da comum proibição ao tratamento discriminatório, sendo enfrentadas as formas de discriminação “indiretas”, em outras palavras, aquelas que resultam em “uma desigualdade não oriunda de atos concretos ou de manifestação expressa de discriminação por parte de quem quer que seja, mas de práticas administrativas, empresariais ou de políticas públicas aparentemente neutras, porém dotadas de um potencial discriminatório”. Identificadas como as formas mais perversas de discriminação, acabam por permitir a proteção das vítimas muitas vezes em face da própria lei, quando os seus comandos normativos se demonstram incapazes de assegurar a isonomia ou, ainda pior, culminam por fomentar a desigualdade para certas pessoas ou grupos sociais.<sup>10</sup>

<sup>7</sup> GOMES, *op. cit.*, p. 20-21.

<sup>8</sup> *Ibid*, p. 22.

<sup>9</sup> *Ibid*, p. 23.

<sup>10</sup> GOMES, *op. cit.*, p. 23

Dito de outra maneira, essa teoria norte-americana veio para melhor garantir o princípio da isonomia e, via de consequência, serve como estratégia contra as mais diversas formas de discriminação, dentre as quais aquela sofrida pela pessoa com deficiência e, ainda poder-se-ia dizer, para assegurar o “princípio do melhor interesse da pessoa com deficiência. Em síntese apertada, corresponde à uma obediência ao princípio constitucional da proporcionalidade, podendo ser resumida como a vedação a “toda e qualquer prática empresarial, política governamental ou semigovernamental, de cunho legislativo ou administrativo, ainda que não provida de intenção discriminatória no momento de sua concepção”, que viole o princípio constitucional da igualdade material, sempre que “de sua aplicação resultarem efeitos nocivos de incidência especialmente desproporcional sobre certas categorias de pessoas”. Enquanto a discriminação intencional se opera mediante atos concretos e atinge pessoas determinadas, a discriminação por impacto desproporcional não se volta contra especificamente uma pessoa ou um grupo.<sup>11</sup>

Trata-se justamente daquele tipo de discriminação que, conforme está dito no parágrafo primeiro do art. 4º, é destituída do propósito de prejudicar, porém produz o efeito cruel de lesar, impedir ou anular o reconhecimento ou o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais da pessoa com deficiência, incluindo a recusa de adaptações razoáveis e de fornecimento de tecnologias assistivas. Desse modo, é possível sustentar que essa norma acolheu a Teoria do Impacto Desproporcional, pelas razões acima expostas.

Outra forma de discriminação é a que se dá na aplicação do direito. Nela, também não está presente a intenção de discriminar, ao menos à primeira vista. Isso ocorre, por exemplo, quando uma norma, num primeiro momento, neutra acaba tendo como fruto de sua aplicação o favorecimento desproporcional e desarrazoado de um grupo em detrimento de outro. Outras vezes, a norma aparentemente neutra foi, em realidade, construída com o propósito não declarado de prejudicar certo grupo social. Só a análise caso a caso permitirá a descoberta da ocorrência ou não de uma prática discriminatória. Afinal, não é tarefa fácil se saber de antemão qual a *mens legislatoris*, isto é, a intenção do legislador.<sup>12</sup>

Uma outra modalidade de prática discriminatória seria aquela denominada de discriminação de fato. Identificada como “indiferença” ou “desdém” das autoridades públicas para com o destino dos grupos marginalizados e a sua dignidade. Verifica-se mediante a análise da implementação das políticas públicas governamentais, quando se constata que as autoridades em geral permanecem fazendo uso da concepção do princípio da igualdade, que desconsidera a heterogeneidade presente nos chamados grupos minoritários e, como resultado, o que se dá é a perpetuação da injustiça de que essas pessoas são vítimas.<sup>13</sup>

---

<sup>11</sup> *Ibid*, p. 24.

<sup>12</sup> *Ibid*, p. 26-29.

<sup>13</sup> *Ibid*, p. 29-31.

A esse respeito, a doutrina já registrou observações bastante negativas oriundas do Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência relativamente ao relatório apresentado pelo Brasil, como um dos Estados Partes, signatário da Convenção Internacional das Pessoas com Deficiência. Em suma, a relatora da Comissão sublinhou que, mesmo com as novas leis e políticas brasileiras relacionadas com a deficiência, esse assunto continua sendo, em realidade, conduzido através de uma abordagem meramente médica destinada a supostamente resolver o problema. Muitas pessoas com deficiência persistem institucionalizadas ou vivendo com suas famílias, haja vista que não se tem serviços para viver de forma independente, nem programas de assistência pessoal. Essas pessoas não têm acessibilidade, inclusive nos presídios, onde permanecem em situação desumana e degradante. Não há atenção para a pessoa com deficiência nas comunidades indígenas, nas quais é comum a prática do infanticídio se a criança nasce com deficiência. Ou seja, os direitos fundamentais da pessoa com deficiência, desde a vida, ao direito de ir e vir, à saúde, entre outros, subsistem em situação deplorável, contrariamente à almejada existência digna desses indivíduos, tão fortemente propagada pelo diploma internacional em tela e que, no direito pátrio, ganhou o *status* de Emenda Constitucional.<sup>14</sup>

A doutrina consigna ainda a discriminação manifesta ou presumida, que corresponde a situações em que a prática discriminatória é tão visível, que é mesmo passível de presunção. É denominada nos EUA como “*Prima Facie Discrimination*”, sendo de se destacar que, nesse caso, a vítima fica isenta do ônus da prova, nas hipóteses em que opte por recorrer ao Judiciário em busca de medidas de natureza injuntiva ou declaratória. Apenas se a vítima detiver pretensão indenizatória, haverá sim que arcar com o *ônus probandi*, pois o dano a fundamentar o pleito recai de forma diferenciada em cada sujeito, conforme as circunstâncias do caso. Doutrinadores afirmam que, no campo das relações de emprego, essa modalidade de discriminação é muito frequente, servindo as estatísticas como uma prova cabal daquilo que se alega.<sup>15</sup>

Considerando não apenas uma leitura literal do parágrafo primeiro do art. 4º, mas, sobretudo, sistemática, teleológica e conforme a Constituição, é possível sustentar que a *mens legis*, ou seja, o significado da norma que dispõe sobre a discriminação em razão da deficiência, vedando - toda a forma de distinção, restrição ou exclusão, por ação ou omissão, que tenha o propósito ou o efeito de prejudicar, impedir ou anular o reconhecimento ou o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais de pessoa com deficiência, incluindo a recusa de adaptações razoáveis e de fornecimento de tecnologias assistivas - consagra hipóteses de responsabilidade civil subjetiva e objetiva relativamente a todo

<sup>14</sup> ABREU, Célia Barbosa. A curatela sob medida: notas interdisciplinares sobre o Estatuto da Pessoa com Deficiência e o novo CPC. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas - Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: 2016, p. 554-555.

<sup>15</sup> GOMES, *op. cit.*, p. 31-33.

aquele que realize prática discriminatória relativamente à pessoa com deficiência, conforme a situação concreta, como forma de proteger juridicamente a vítima.

O parágrafo segundo do art. 4º, por sua vez, deixa inequívoco que, mesmo diante da garantia da igualdade formal e material para a pessoa com deficiência, a isonomia não pode ser confundida com homogeneidade, eis que a heterogeneidade é ínsita aos seres humanos. Nesse patamar, em meio à proteção jurídica da igualdade, o legislador chama a atenção para a viabilidade de uso de ações afirmativas pela pessoa com deficiência, sem que, entretanto, este indivíduo possa vir a ser obrigado a se valer dessa alternativa, para fins de fruição dos benefícios dela decorrentes. Ou seja, as pessoas com deficiência que necessitem e queiram aproveitar essa ferramenta jurídica para a tutela de sua igualdade e dignidade podem fazê-lo. Aquelas que, todavia, dela não necessitam ou não desejam simplesmente, têm a prerrogativa de não usá-la. Não se pensa nas pessoas com deficiência como um segmento da população estanque e igual, mas, ao revés, uma porção desta, em meio a qual estão seres humanos inteiramente diferentes uns entre os outros. Assim, por exemplo, pode ocorrer de uma pessoa com deficiência que, por força da Lei nº 8.899/1994, faça *jus* ao passe livre no transporte coletivo, vir a optar por dispensar o favor legal e pagar o bilhete.<sup>16</sup>

A utilização das ações afirmativas pelas pessoas com deficiência adviria justamente para que essas pudessem invocar uma diferença, como condição *sine qua non* para assegurar a plena realização da igualdade em face de situações de injustiça social existentes *in concreto*. A pessoa com deficiência poderia afirmar uma diferença a ser reconhecida, a fim de restabelecer a condição de igualdade no seio social. Nesse sentido, o faria para obter um benefício junto ao Estado, à sociedade e à família. Comentando a ação afirmativa como um mecanismo voltado para a compensação dos desequilíbrios decorrentes de desigualdades históricas, a doutrina traz um outro exemplo bastante singelo, porém didático. Desse modo, oportunamente, destaca que todos detêm o direito de estacionar seus veículos, exemplificativamente, num *shopping center*. Todavia, às pessoas com deficiência (como também aos idosos e às gestantes) “são destinados locais especiais, mais próximos das entradas, de forma que não seja imposto a eles um deslocamento excessivo, mais penoso em face de sua menor capacidade física”. Trata-se, dessa maneira, não de um privilégio atentatório ao princípio da isonomia, mas cuida-se de “desigualar” para “igualar”.<sup>17</sup>

Ocorre que, a igualdade não é um valor que caminha isolado na sociedade. À pessoa com deficiência a qual se pretende garantir a isonomia relativamente aos demais, deve-se também assegurar outros valores constitucionalmente consagrados, como é o caso da liberdade/autonomia. O legislador do EPD reconhece a autonomia das pessoas com deficiência em diversas normas, o que se dá quando no parágrafo segundo deste dispositivo preceitua textualmente: “A

<sup>16</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Estatuto da Pessoa com Deficiência Comentado artigo por artigo. 2ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 38.

<sup>17</sup> FARIAS; CUNHA, *op. cit.*, p. 35-36.

pessoa com deficiência não está obrigada à fruição de benefícios decorrentes de ação afirmativa”.

Logo, as pessoas com deficiência detêm a faculdade jurídica de fazerem uso ou não das ações afirmativas para receberem as benesses delas decorrentes. Nessa dimensão, a doutrina pátria assinala no sentido de que, dentre as modificações mais substanciais consagradas pela Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, está a de que a autonomia privada dessa pessoa surge como condição para promover e assegurar, em situação de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais desse indivíduo, visando à sua inclusão social e cidadania. Diz-se mais, ou seja, que a dinâmica da autonomia privada da pessoa com deficiência foi efetivamente transformada tanto para a prática dos atos civis de natureza patrimonial quanto para os de natureza existencial.<sup>18</sup>

A garantia da autonomia ou poder de autodeterminação, seja no aspecto da liberdade de exercer ou não os poderes ou faculdades que a pessoa é titular, seja do ponto de vista da possibilidade de fazer composições com terceiros ou atos unilaterais, destinados aos interesses individuais, trazem inerente a ideia de necessária existência da igualdade ou paridade jurídica dos cidadãos. Sem a presença da autonomia não se pode conceber a realização plena da vida humana com outras pessoas. Trata-se de entender, portanto, que a “autonomia é condição básica da personalidade”, bem como de “todas as manifestações de directa convivência ou vida comum das pessoas entre si”.<sup>19</sup>

Correlacionando a igualdade e a liberdade, a doutrina italiana escreve que, sendo a isonomia um “valor supremo de uma convivência ordenada, feliz e civilizada”, constitui, de um lado, “aspiração perene dos homens vivendo em sociedade” e, de outro, surge como “tema constante das ideologias e das teorias políticas”, comumente associada à liberdade. Nada mais lógico, eis que inexiste liberdade propriamente dita para pessoas que, do ponto de vista prático, figuram como diferentes ou menos iguais que outras na sociedade.<sup>20</sup>

O que se está a versar diz respeito às questões atinentes aos direitos humanos fundamentais, o que não é de forma alguma um assunto novo. Contudo, é irrefutável que esse tema persiste atualíssimo, na medida em que trata da necessidade de salvar o ser humano e, simultaneamente, renovar a sociedade humana. Subjacente à sua proclamação, inclusive, está o acolhimento da percepção do primado da pessoa humana sobre as necessidades materiais e também sobre as coletivas voltadas para o seu desenvolvimento.<sup>21</sup>

---

<sup>18</sup> BERLINI, Luciana Fernandes. Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência: modificações substanciais. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de. Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas - Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 161.

<sup>19</sup> MOTA PINTO, Carlos Alberto da. Teoria Geral do Direito Civil. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 42-43.

<sup>20</sup> BOBBIO, *op. cit.*, p. 11.

<sup>21</sup> CASTANHEIRA NEVES, A. DIGESTA. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da Metodologia e Outros. v. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 426.

Isso, no entanto, não significa negar a imprescindibilidade do patrimonial para a realização do existencial. Afinal, sem um patrimônio mínimo, não há como se tornar viável a existência digna de um indivíduo, que necessita à toda evidência de uma moradia, de alimentação, de privacidade etc. Trata-se, de fato, daquilo que a doutrina pátria bem denominou de Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo.<sup>22</sup> Na mesma linha, as pessoas com deficiência necessitam estar em condição de paridade com as demais na sociedade, com vistas a alcançarem os bens patrimoniais mínimos necessários a realização de sua subsistência digna.

Ainda com apoio na doutrina brasileira, é imperioso reconhecer que a dignidade humana é o vetor principal da ordem jurídica pátria. Assim sendo, inafastável é enfatizar que nenhum ser humano, seja ele uma pessoa com deficiência ou não, pode ser visto de forma fracionada, como detentor exclusivamente apenas de um valor e/ou de outro. Ou seja, a pessoa humana é um valor uno e, dentre os muitos outros valores, é o principal de nosso sistema jurídico. A existência digna dos seres humanos só se realiza quando - e na medida em que - são reconhecidos e viabilizados os seus direitos, bem como as suas liberdades e garantias fundamentais. Sobre estes, convém destacar que nada impede que sejam relativizados, usada para tanto a técnica da ponderação, em favor do princípio considerado absoluto, qual seja o da dignidade humana.<sup>23</sup>

Concluindo, foi de demasiada relevância o legislador do EPD ter trazido a norma de ordem pública mediante a qual a pessoa com deficiência não está obrigada a se valer da ação afirmativa e da fruição de seus benefícios. Isso porque, o contrário importaria em incorrer o risco daquilo que a doutrina portuguesa denomina de heteronomia institucional. A heteronomia, cumpre recordar, é a prevalência da norma por si mesma, a despeito do íntimo querer do cidadão. E, no caso da denominada heteronomia institucional, o que se daria seria a admissibilidade de que o social, com suas estruturas coletivas e de coletivismo viessem a reduzir o pessoal, a partir do postulado de que - “todos os problemas humanos são problemas da sociedade” e - a partir de uma ideia de irresponsabilidade individual - à sociedade competiria resolver tudo.<sup>24</sup>

Dito de outra forma, esse raciocínio levaria à conclusão de que a sociedade é a responsável por todos os problemas sociais e deve deles dar cabo, incumbindo aos homens apenas e tão somente passar à condição daquilo que a doutrina portuguesa chama de “reivindicantes beneficiários”. Em síntese, a figura humana regressaria àquela de um sujeito de direitos e, nisso, o resultado seria o esgotamento de sua integridade, que quedaria apagada.

Seria possível ir além, afirmando mesmo que a eventual pretensão de coibir uma pessoa com deficiência a fazer uso da ação afirmativa resultaria em autêntica prática de ilícito, conduta abusiva de direito, contrária à boa-fé objetiva,

<sup>22</sup> FACHIN, Luiz Edson. Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, passim.

<sup>23</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à Pessoa Humana. Uma leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 85.

<sup>24</sup> CASTANHEIRA NEVES, A. *op. cit.*, p. 426-427.

princípio norteador das relações jurídicas no Direito Brasileiro. Corroborar para esse entendimento a percepção da doutrina portuguesa quando esta pontua que o sentido atual da boa-fé objetiva exige que ela seja considerada subjacente a todos os passos jurídico-científicos. Nesse sentido, identifica o Direito como uma Ciência/Sistema voltado(a) para a resolução dos casos concretos. Como tal, deve ser compreendido em “termos integrados”, isto é, “núcleo de princípios e uma periferia actuante, ambos interligados por vias de sentido duplo - e com uma série de limitações originadas, entre outros aspectos, por lacunas e por quebras ou contradições no seu seio”. Trata-se de um contexto no âmbito do qual há uma preocupação científico-cultural nas ordens jurídicas da contemporaneidade atenta para a descoberta de “um fio condutor que reúna os diversos institutos que a História colocou nos espaços jurídicos de nossos dias”. Por esta via, justamente, é que se identifica o papel da boa-fé, que “traduz, até os confins da periferia jurídica, os valores fundamentais do sistema”, além de conduzir, para “o núcleo do sistema, as necessidades e as soluções sentidas e encontradas naquela periferia”.<sup>25</sup>

O que acima se examina e comenta dá azo a que inicialmente se concorde com a afirmação de que se vem dando uma evolução no entendimento do próprio princípio da igualdade. Nesta, percebem-se, especialmente, três momentos. Num primeiro, fez-se presente a igualdade de todos perante a lei (chamada igualdade formal ou jurídica), em que a predominância do direito legislado seria um consectário lógico. No segundo instante, ter-se-ia dado uma vedação às discriminações de qualquer natureza. Por fim, numa terceira e mais atual etapa, falar-se-ia na “igualdade da própria lei”, isto é, “uma igualdade ‘na’ lei”. Sobre esta última, poder-se-ia aduzir que acarretaria a necessária observância dos limites e das metas impostos pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência e pela Convenção Internacional de Nova York, como forma de resguardar a isonomia para as pessoas com deficiência, com reflexos nas mais diversas áreas do ordenamento jurídico pátrio.<sup>26</sup>

Ao versar sobre a chamada “igualdade na lei”, explica a doutrina que o legislador está consagrando um tratamento prioritário e, para tanto, se valendo dos objetivos dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º e 3º da CRFB). Nesse viés, está acolhendo um “cuidado especial” para grupos sociais tidos como minorias, como é o caso das pessoas com deficiência, que necessitam disso, a fim de galgar o respeito à cidadania e à dignidade que lhes é próprio de sua natureza humana.<sup>27</sup>

<sup>25</sup> MENEZES CORDEIRO, António. Tratado de Direito Civil Português. v. 1. t. I. Coimbra: Almedina, 1999, p. 179-180.

<sup>26</sup> SALES, Gabrielle Bezerra; SARLET, Ingo Wolfgang. O princípio da igualdade na Constituição Federal de 1988 e sua aplicação à luz da Convenção Internacional e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de. Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas - Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 136-137.

<sup>27</sup> ARAUJO, Luiz Alberto David. A Proteção Constitucional das Pessoas com Deficiência. 4ª ed. Brasília: CORDE, 2011. Disponível em: <<http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/>

Dialogando com essa perspectiva, talvez se pudesse ousar e propor ir adiante dela, ultrapassar a etapa da “igualdade ‘na’ lei”, com vistas a salvaguardar ainda mais os interesses da pessoa com deficiência. Nesse sentido, a sugestão seria a análise dos paradigmas do Direito Natural e do Direito Positivo e, *a posteriori*, permitir-se “ir além da formalidade” legal rumo a um “modelo informal”, como um “paradigma jurídico-político para os Direitos Humanos”, qual seja o chamado “Direito Fraternal” ou, para quem prefira, o também denominado “Constitucionalismo Fraternal”. Com isso, seria possível uma tutela jurídica mais ampla e fortalecida dos Direitos Humanos, em meio a qual são consideradas a realidade social (coletiva) e a realidade individual da pessoa humana, “como dois universos integrados”. Seria uma forma de entender o Direito em “uma constante renovação pela e com a Justiça”, o que se amoldaria ao que se pretende afirmar em torno da promoção e preservação dos direitos da personalidade das pessoas com deficiência.<sup>28</sup>

A título de uma contribuição final para a compreensão do dispositivo, convém trazer à tona alguns entendimentos jurisprudenciais que vêm ganhando terreno em nossos Tribunais, após o início da vigência do EPD. Num primeiro caso, por exemplo, nota-se que, nos autos de Ação Civil Pública com pedido de obrigação de fazer movida pelo Ministério Público Estadual, em face do estado do Maranhão, o Estado foi condenado à obrigação de fazer consistente a adaptação da estrutura física e dos sanitários dos prédios públicos integrantes da Administração Direta em conformidade com os padrões previstos no ordenamento jurídico brasileiro no prazo de 180 dias, sob pena de arcar com multa diária. Compreende-se que, na medida em que não são tomadas tais providências pelos órgãos competentes, resta caracterizada discriminação em face das pessoas com deficiência, uma vez que há o impedimento do exercício dos direitos e das liberdades fundamentais, como se verifica no dispositivo da Lei nº 13146/2016 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), *in litteris* no art. 4º, parágrafo 1º (TJMA, Remessa Necessária 0128222016 MA 0000077-46.2013.8.10.0051, Des. Rel. Raimundo José Barros de Sousa, Julg. 30.maio.2016). Numa outra situação, num mandado de segurança, um aluno com deficiência discute o seu direito a ser matriculado em escola regular, haja vista a existência de vaga. A vaga, entretanto, lhe foi negada. Com acerto, decidiu-se por conceder a segurança, visto que a conduta da autoridade coatora de restringir a matrícula do impetrante estava em desacordo com as normas constitucionais do art. 6º, 206, inciso I, da CRFB e do art. 4º, § 1º, 27, parágrafo único, do Estatuto da Pessoa com Deficiência (TJPA, MS: 00008451220168140000 Des. Rel.: Maria Filomena de Almeida Buarque, Julg. 16.ago.2016). Ocorreu também

---

[app/sites/default/files/publicacoes/a-protacao-constitucional-das-pessoas-com-deficiencia\\_0.pdf](http://app/sites/default/files/publicacoes/a-protacao-constitucional-das-pessoas-com-deficiencia_0.pdf). Acesso em 02 jan. 2017, p. 87-89.

<sup>28</sup> CUNHA, Paulo Ferreira da. Do Direito Natural ao Direito Fraternal. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, Rio Grande do Sul, v. 1, n. 1, p. 78-86, 2009. Disponível em: <[http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/5138#.WE\\_YhENQk7M.facebook](http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/5138#.WE_YhENQk7M.facebook)>. Acesso em 13 dez. 2016, p. 78.

um caso em que uma pessoa com deficiência, ao participar de um evento num clube, teve de ser carregada e, mesmo para a acessibilidade ao sanitário não obteve informações necessárias a tanto. Ausência de acessibilidade à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência é, portanto, discriminação e violação ao princípio da isonomia, considerada também ofensa à honra subjetiva com a condenação em indenização por danos morais. (TJSP, Ap. Civ. n. 1004509-44.2015.8.26.0482, Rel. Des. Hamid Bdine, julg. 21. julh.2016). Noutro acontecimento similar, uma pessoa com deficiência não conseguiu acesso à instituição financeira e o Tribunal de São Paulo seguiu a mesma perspectiva, com fulcro no art. 4º, parágrafo 1º do EPD, em seu decisum (TJSP, Ap. Civ. n. 0007570-83.2012.8.26.0562, Rel. Des. Fábio Quadros, julg. 12.maio.2016). De outra feita, discutiu-se se o caso era de meia-entrada ou entrada gratuita em eventos sócio-culturais (cinema) para pessoa com deficiência e seu acompanhante. O Tribunal entendeu, com apoio no art. 4º do EPD e outros dispositivos legais, que a situação era de entrada gratuita (TJMT, AI: 01056639620168110000 105663/2016, Des. Rel. Sebastião Barbosa Farias, Julg. em 29.nov.2016). Em apelação cível em ação indenizatória, entendeu-se pela condenação da concessionária de serviço de transporte coletivo ao pagamento de indenização por danos morais, quando demonstrada inadequação quanto ao procedimento adotado pela empresa, em cotejo com a sistemática do direito do consumidor, pois, ao disponibilizar o serviço de transporte, deveria observar a política para integração da pessoa com deficiência, que se aplica a todos os tipos de transportes públicos coletivos, consoante premissa invocada na Constituição da República. O descaso no tratamento do consumidor corrobora a necessidade de condenação do fornecedor ao pagamento de indenização por danos morais (TJRO, Ap. Civ. n. 00026369320138220001, Des. Rel. Isaias Fonseca Moraes, julg.07.abril.2016).

## **Mecanismos de implementação da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: a proposta de um Tribunal Constitucional Internacional como Ferramenta Protetiva**

Como se pode demonstrar, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência assegura direitos relacionados à consecução da autonomia e isonomia. Grande parte do previsto se encontra ainda longe de uma mínima efetivação, especialmente considerando a concretização desses direitos em terra pátria. Tal objetivo supõe o desenvolvimento de uma educação para os direitos humanos, com a difusão e valorização por parte da sociedade. É importante, ainda, uma mudança de mentalidade dos profissionais do direito quanto à recepção do direito internacional e à possibilidade no âmbito do chamado constitucionalismo global de um “diálogo entre fontes judiciais”. Para tanto, há de se repensar a educação jurídica, de forma a dar mais atenção à indispensável aplicação do

direito convencional, especialmente considerando que em nosso sistema jurídico as Convenções, como a que é objeto do presente artigo, foi recebida com o *status* de emenda constitucional. O caminho, como demonstra a jurisprudência anteriormente transcrita, ainda se encontra no início.

Nossa ênfase, porém, se dará nos mecanismos existentes no plano internacional, para fazer valer os direitos objeto da Convenção. Nesse sentido, há de enfrentar alguns pontos relevantes. Em caso de omissão do Estado Brasileiro em garantir a autonomia e a isonomia da pessoa com deficiência, quais seriam as providências possíveis no plano internacional? Além dos meios previstos na própria Convenção, recordemos ainda a possibilidade de uma tutela judicial, via Corte Interamericana de Direitos Humanos, e ainda a necessidade, que se objetiva aqui explicitar, de uma Corte de Direitos Humanos no plano global, comprometida com a forma que os direitos tomam no processo democrático. Nesse sentido, quando se assume o compromisso com a autonomia e a isonomia das pessoas, a solução desvendada pela proposta da criação de um Tribunal Constitucional Internacional parece-nos especialmente feliz, como se elucidará. Primeiramente, convém atentar para o previsto na própria Convenção e no Protocolo Facultativo, que estabeleceu a criação de um Comitê, que além de monitorar o cumprimento da Convenção por parte dos Estados, por meio de relatórios, pode aceitar petições, por meio das quais as pessoas vítimas de lesões aos seus direitos assegurados na Convenção podem provocar o mesmo Comitê.

A própria Convenção se preocupou em estabelecer o compromisso dos Estados Partes com a implementação e o monitoramento quanto ao seu cumprimento (art. 33). Permite-se ainda a adesão de organizações de integração regional. Destaque-se nesse tema a previsão do Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Composto por doze peritos, escolhidos pelos critérios de competência e experiência no ramo e elevada postura moral, prevendo-se que os membros devem ser eleitos pelos Estados Partes, por um mandato de quatro anos, observando-se uma distribuição geográfica equitativa, representação de diferentes formas de civilização e dos principais sistemas jurídicos, representação equilibrada de gênero e participação de peritos com deficiência. Essa eleição se dará por votação secreta em sessões da Conferência dos Estados Partes. Aos membros do Comitê se reserva o direito aos privilégios, facilidades e imunidades dos peritos em missões da Nações Unidas.

Cada Estado Parte deverá submeter um relatório inicial abrangente sobre as medidas adotadas para cumprimento do previsto na Convenção (art. 35). A partir desses relatórios, o Comitê deverá determinar as medidas aplicáveis. Há, ainda, preceito que dispõe sobre o direito de agências especializadas e outros órgãos das Nações Unidas de se fazer representar quando da implementação das disposições da Convenção.

O Brasil apresentou o Relatório Inicial ao Comitê, no qual, após breves considerações apontando aspectos positivos: a circunstância da Convenção ter equivalência constitucional, a criação de uma comissão Permanente sobre os

Direitos das Pessoas com Deficiência na Câmara dos Deputados e a adoção de um Plano Nacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência, bem como a criação de conselhos estaduais e municipais, além, dentre outras, de disposições jurídicas para implementar a acessibilidade nos sites governamentais, rádio e TV e provisão de prestações pecuniárias a pessoas com deficiência pelo Sistema de Segurança Social.

A maior parte do Relatório está dedicada, em consonância com as dificuldades para efetivação dos direitos, à enunciação de preocupações e recomendações. Grande preocupação é registrada quanto à falta de uma estratégia mais ampla voltada para a deficiência, com a harmonização da legislação, políticas e programas brasileiros. Seria necessário, na avaliação feita, uma revisão de toda a legislação e programas, para excluir as situações em que os direitos são limitados ou negados. Demonstra-se, ainda, apreensão com a circunstância de que a Lei Brasileira de Inclusão de Pessoa com Deficiência não cumpra todas as obrigações do Estado Parte à luz da Convenção, sugerindo-se uma revisão da legislação.

Externa o Relatório preocupação ainda com a falta de mecanismos para a participação das pessoas com deficiência, por meio das suas organizações representativas, nos processos de tomada de decisões relativas à implementação da Convenção. Propõe-se a instituição de mecanismos de consulta sistemática com pessoas com deficiência sobre as políticas e programas.

Quanto aos vários direitos previstos na Convenção, são feitas considerações com relação a eles. Registra-se falta de medidas para: - enfrentar a discriminação de pessoas indígenas e afrodescendentes com deficiência, - evitar a violência contra mulheres e meninas com deficiência – instituir e manter políticas para o desenvolvimento de mulheres com deficiência, - proporcionar que as crianças com deficiência sejam envolvidas nas decisões que afetam suas vidas e tenham a oportunidade de expressar sua opinião. Explicita o Relatório a falta de estratégias brasileiras: - para promoção do conteúdo da Convenção para o público em geral, - para viabilização de acessibilidade, - para garantia do acesso à justiça, com a acessibilidade em todos os órgãos judiciais, - para buscar identificar, investigar e processar os casos de exploração, violência e abusos contra pessoas com deficiência, - para proteger a integridade da pessoa com deficiência, - para tornar acessível a informação destinada ao público em geral.

Ainda quanto às pessoas com deficiência, destaca o Relatório preocupação quanto ao respeito ao lar e à vida familiar (separação entre a pessoa com deficiência e seus filhos, por exemplo), educação (dificuldade de inscrição de crianças com deficiência em escolas, com educação inclusiva), saúde (falta de serviços de saúde adequados), trabalho e emprego (discriminação no mercado de trabalho), padrão adequado de vida e proteção social (pobreza e falta de padrão adequado de vida para as pessoas com deficiência ou, ainda, o efetivo exercício de voto para as pessoas com deficiência), participação na vida cultural, recreação, lazer e esporte (acesso às obras publicadas por pessoas cegas, preocupação com acessibilidade em áreas turísticas, acesso às bibliotecas por pessoas deficientes).

Por fim, o descumprimento de obrigações específicas também é apontado. O Estado Brasileiro não estaria coletando sistematicamente dados sobre as pessoas com deficiência e, no plano internacional, seria importante reforçar a cooperação internacional, estimulando o cumprimento da Agenda de Desenvolvimento pós-2015, fortalecer a independência do Conselho Nacional para a Proteção dos Direitos das Pessoas com Deficiência.

A síntese feita nos parágrafos anteriores quanto ao diagnóstico da implementação da Convenção que cuida dos direitos das pessoas com deficiência é bastante clara. Há um longo caminho a ser percorrido para a plena efetivação dos direitos previstos por parte do Estado Brasileiro. Em se considerando as já notórias restrições orçamentárias, é possível imaginar que a luta política pela implementação dos direitos das pessoas deficientes deve contar, inclusive, com a força da tutela judicial, considerando as efetivas lesões a direitos que continuem ocorrendo. Um dos caminhos “quase-judiciais” se daria por meio de petição dirigida ao próprio Comitê criado pela Convenção Internacional ora em exame.

O Protocolo Facultativo à Convenção, também assinado pelo Estado Brasileiro, prevê a possibilidade de o Comitê receber comunicações submetidas por pessoas ou grupos de pessoas que aleguem ser vítimas de violação de dispositivos da Convenção. Para tanto é indispensável que tenham sido esgotados todos os recursos domésticos disponíveis e somente admitirá comunicação de fato posterior à entrada em vigor do Protocolo. Além disso, o Comitê somente receberá comunicação referente a um Estado Parte que não for signatário. O Comitê realizará sessões fechadas para examinar essas comunicações, enviando, em seguida, para o Estado Parte suas sugestões e recomendações, se houver. Dentro de seis meses do recebimento, o Estado Parte deve, então, submeter suas observações ao Comitê.

O modelo previsto no Protocolo Facultativo é reconhecido como “quase judicial”, ao permitir que quaisquer pessoas ou grupo de pessoas possam comunicar violação de dispositivos da Convenção ao Comitê, que analisará a comunicação e procederá a recomendação que for cabível ao Estado que eventualmente a estiver infringindo. Esse tipo de mecanismo se disseminou nas Convenções celebradas sob o patrocínio da Organização das Nações Unidas. É importante registrar que sua previsão decorre justamente da necessidade de buscar soluções para as efetivas infringências de direitos por parte dos Estados Parte, por meio de uma instância de provocação diretamente por seus cidadãos ou todos que estejam sob o poder do Estado Parte. Esse modelo “quase judicial”, de exercício de direito de petição junto aos Comitês, mostra algumas especificidades que talvez enfraqueçam o seu poder. Com efeito, em casos de violação histórica de direitos, a experiência desses Comitês tem sido restritiva, entendendo, em muitos casos, que se trataria de violação anterior à celebração da Convenção. Ainda que haja uma adoção pelos Comitês de rotinas próximas das judiciais, não se pode identificar totalmente sua atuação com a própria das cortes judiciais; por exemplo, as sessões do Comitê são secretas, ao contrário do que ocorre, comumente, no âmbito judiciário. Ademais,

admite-se como legitimadas somente as pessoas ou grupos de pessoas, não se admitindo organizaes não governamentais, empresas ou partidos políticos como tais.<sup>29</sup>

Outro ponto negativo é que o Comit não pode ser consultado previamente, somente se admitindo a comunicação após a lesão a direito ter se concretizado. Mas, sobretudo a grande dificuldade advm das consequências da recomendação exarada pelo Comit. Com efeito, caberá ao próprio Comit zelar pelo “follow up” do Estado chamado  responsabilidade, ou seja, deve ele cobrar do Estado acionado as providências para que a lesão de direito não mais continue. Mas fora o eventual constrangimento internacional que a recomendação possa causar, pouco poder de sanção tem o Comit. Afirma-se, em regra, que a recomendação seria obrigatória para os Estados Partes, até porque se comprometeram por meio da celebração da Convenção. No caso específico brasileiro, a obrigatoriedade da recomendação do Comit mais se afirmaria, considerando o *status* normativo de incorporação ao direito brasileiro da Convenção. No entanto, na prática, como os Poderes Brasileiros receberiam uma recomendação de um Comit da ONU nos dias de hoje? Talvez se tenha que recorrer ao Judiciário Brasileiro para fazer valer tal Recomendação, o que mostra mesmo a necessidade de reforçar a tutela internacional desses direitos. Por mais que se saiba que nem todas as questões de tutela de direitos deva necessariamente passar por órgãos judiciais, a garantia de direitos que fundam a isonomia e autonomia de pessoas com deficiência é o tipo de questão cuja relevância deve sempre permitir, na falta do reconhecimento de direitos por meio de leis e políticas públicas oportunas, a busca da tutela judicial, inclusive no plano internacional.

A tutela judicial internacional quanto ao cumprimento da Convenção, que pode ter um papel importante no constitucionalismo global, subsidiária da tutela doméstica do Estado, dar-se- no que concerne ao Brasil, no plano regional, por meio da Corte Interamericana de Direitos Humanos, criada pela Organização dos Estados Americanos. O Estatuto da Corte (Resolução n 448, outubro de 1979) estipula que ela é uma instituição judicial autnoma que objetiva a aplicação e a interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. O caráter regional dessa corte judicial não esgota a possibilidade (ou até a necessidade) de uma Corte de alcance mundial, como se demonstrar a seguir. Aliás, a subsidiariedade é uma das características da tutela de direitos na melhor forma de lidar com o constitucionalismo global. Logo, o recurso a um Tribunal internacional somente seria possível após o esgotamento do recurso  cortes regionais.

O tema dos direitos das pessoas com deficiência, é bom que se registre, foi enfrentado pela jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. No caso *Furlan e Familiares v. Argentina*, concluiu a Corte a respeito:

---

<sup>29</sup> ALVES, Henrique Napoleo. Introdução ao Sistema ONU de Solução de Controvérsias em Direitos Humanos. In *Revista do CAAP*, 2008, p. 189-233. Disponível em: <<http://www2.direito.ufmg.br/revistadocaap/index.php/revista/article/view/9>>. Acesso em 01 fev. 2017.

las personas con discapacidad deben disfrutar de un verdadero acceso a la justicia y ser beneficiarios de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas. Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses.<sup>30</sup>

A rigor, as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos vêm, nos últimos tempos, tomando nova relevância no direito brasileiro, ilustrando o que se assemelha ao início de uma nova forma de encarar a importância das recomendações e decisões de órgãos regionais e internacionais. Ainda há um desconhecimento a respeito do funcionamento da Corte, sendo que se sedimenta aos poucos a força das sentenças da Corte, especialmente quando elas envolverem o Brasil. Diferencia-se, então, entre o cumprimento de sentenças estrangeiras e o de decisões internacionais emanadas por Cortes para cujo funcionamento o Brasil aquiesceu por meio das correspondentes Convenções Internacionais (como é o caso da Corte Interamericana). Para as últimas, não seria necessário o *exequatur* do Superior Tribunal de Justiça, como salientam nossos melhores estudiosos do assunto.

Desde a sua criação, a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem dificuldades políticas e jurídicas para a plena eficácia das suas decisões. Tal resulta das dificuldades políticas de envolver não só os Estados Unidos da América (paradoxalmente o País onde está a sede da Organização dos Estados Americanos), mas dos demais países que integram a OEA. Ultimamente críticas são feitas por parte do chamado “grupo andino”, que afirma a especificidade do direito andino no contexto das Américas. Existem, como é sabido, sérias dificuldades advindas do próprio sistema de financiamento da Corte, que não conta com recursos regulares encaminhados pelos próprios Estados Parte. Tal panorama, porém, não pode colocar em xeque a importância que pode vir a ter a Corte Interamericana no direito das Américas e, sobretudo do Brasil. A construção de um sistema integrado de proteção dos direitos humanos, inclusive regional, é parte importante da busca de um compromisso mais extenso a nível global com a efetivação de direitos humanos, inclusive das pessoas com deficiência.

Poder-se-ia objetar, talvez, que a existência de uma Corte Interamericana de Direitos Humanos ainda em fase de construção de sua plena legitimidade, seria já uma alternativa suficiente e, por ser regional, mais adequada para uma eventual tutela dos direitos das pessoas com deficiência. A circunstância a ser realçada, porém, é de que um constitucionalismo pluralista, a convivência

---

<sup>30</sup> Digesto da Corte Interamericana de Direitos Humanos, item 2.1.2.2.3.4. Personas con discapacidad”. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/cf/themis/digesto/digesto.cfm#\\_Toc435802972\\_4](http://www.corteidh.or.cr/cf/themis/digesto/digesto.cfm#_Toc435802972_4). Acessado em 02.02.2017.

da constitucionalização dos direitos no plano doméstico, regional e global, é uma das vantagens para se evitar que a invocação dos direitos humanos seja instrumentalizada a serviço do poder econômico. Logo, o processo de construção da legitimidade da Corte Interamericana, que por mais críticas que sejam feitas, deve ser levado adiante, mas sem que se abandone a perspectiva de mudança de paradigma dos Estados e seus direitos domésticos, no compromisso com a efetivação dos direitos humanos, bem como a necessidade de pensar uma solução judicial a nível mundial.

Sempre se cogitou acerca de um Tribunal Internacional de Direitos Humanos e algumas propostas chegaram a ganhar relevo. Nos últimos anos, a proposta de criação de um Tribunal Constitucional Internacional ganhou importância e foi apresentada para a Assembleia das Nações Unidas. O interessante nessa proposta é não somente a sua origem africana, mas também a importância que se dá à afirmação da democracia como o caminho para a afirmação dos direitos humanos. Há uma mudança de foco, pensando-se numa corte internacional preocupada com os direitos políticos e de participação política como meios para uma consecução de sistemas domésticos mais comprometidos com os direitos humanos.

A proposta para a criação de um Tribunal Constitucional Internacional merece toda a atenção da sociedade mundial. Trata-se de iniciativa relevante no sentido de buscar uma solução jurídica (e judicial) para a necessidade de afirmação democrática em face de legislação interna dos Estados que violem seriamente os princípios do direito internacional relacionados à sua afirmação (salientando-se aqui a correlação estreita entre democracia e direitos humanos, especialmente a liberdade de informação jornalística, a liberdade de associação e a liberdade de expressão). Tais liberdades são relevantes para o processo eleitoral, que deve assegurar a não discriminação entre candidatos, o respeito às candidaturas e, evidentemente, a não ocorrência de fraude eleitoral. O tribunal estaria a serviço da normatividade constitucional internacional, entendendo-se aí abrangidos não somente o direito concernente às liberdades, mas também o concernente à base do poder, privilegiando-se as normas convencionais já existentes que suportam um conceito mesmo de democracia, de *rule of law*, de periódicas e genuínas eleições, visando a emergência do princípio da legitimidade democrática a nível global. A proposta de criação foi acolhida pela União Africana, após sua proposição pela República da Tunísia, em 2013. As cortes internacionais hoje existentes não dão conta do papel que pretende desempenhar o Tribunal Constitucional Internacional. Isso porque o Tribunal Internacional de Justiça de Haia supõe, para sua atuação, que os dois Estados envolvidos concordem com a submissão ao Tribunal. Já o Tribunal Penal Internacional tem como competência julgar crimes internacionais, estando limitado na sua atuação pela circunstância de os países mais poderosos do mundo não terem aderido ao seu Estatuto.<sup>31</sup> Imagina-se um

<sup>31</sup> CHEMILLIER-GENDREAU, M. Tribunal Constitucional Internacional - Para Obrigar os Estados a Cumprir sua Palavra. In *Le Monde Diplomatique Brasil*. Disponível em: <<http://www.diplomatique.org.br/print.php?tipo=ar&id>>. Acesso em 02 fev. 2017.

Tribunal Internacional que atribua legitimidade não somente a pessoas ou grupos de pessoas, mas também a organizações não governamentais, partidos políticos e não somente aos próprios Estados. Além disso, vislumbra-se uma corte não exclusivamente preocupada em julgar violações de direitos humanos, mas em reconhecer violações ao princípio democrático no direito doméstico, que acaba por colocar em xeque os próprios direitos humanos.

O projeto se mostra hoje uma ideia interessante, ainda que se possa visualizar os grandes desafios no contexto político internacional atual para sua efetivação. Tais dificuldades não conduzem ao abandono de sua defesa. Ele deve ser encarado como uma “utopia realista”, expressão também usada por John Rawls para referir seu projeto teórico para uma Sociedade dos Povos razoavelmente justa se poria quando a teoria expande “...os limites da possibilidade política praticável e, ao fazê-lo, nos reconcilia com a nossa condição política e social.”<sup>32</sup>. Aqui o utopismo tem um papel importante “...arrancar, com um sopro renovador de metanoia, o conhecimento do político do seu presente marasmo, ou desencanto.”<sup>33</sup>. O desânimo ou descrédito no plano do direito internacional para uma solução que permita uma radicalização do constitucionalismo político no âmbito global é questionado, de forma marcante, pela iniciativa do Tribunal Constitucional Internacional, fazendo renascer as energias utópicas, que sempre alimentaram as grandes transformações políticas que levaram à construção de um sistema político mais respeitoso da democracia e dos direitos humanos.

Não existe no plano do direito internacional hoje um órgão jurídico que esteja apto a exercer o papel que se pretende atribuir ao Tribunal Constitucional Internacional. Um dos questionamentos que se coloca, porém, concerne à própria adoção de uma solução jurisdicional. Com efeito, questiona-se se a forma do Tribunal seria a mais conveniente, considerando o déficit democrático do controle judicial.<sup>34</sup> Aqui coloca-se a questão de onde pode assentar a legitimidade de qualquer tribunal internacional (e aqui a questão se coloca mesmo para uma corte regional). Inicialmente, a legitimidade assenta na própria representatividade geográfica de cada juiz, assim há uma dependência entre o reconhecimento do Estado e a do magistrado por ele indicado. Mas isso não é suficiente: é necessário que os magistrados traduzam uma “hibridação de várias culturas profissionais”. Nas palavras de Allard e Garapon, a “mediação dos intercâmbios judiciais não é meramente técnica”.<sup>35</sup> A composição aventada hoje para o Tribunal Constitucional Internacional seria de 21 juízes, com a indicação

<sup>32</sup> RAWLS, J. O Direito dos Povos. BORGES, Luís Carlos (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2001.

<sup>33</sup> CUNHA, P. F. Constituição, Direito e Utopia – Do Jurídico-Constitucional nas Utopias Políticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

<sup>34</sup> OLIVEIRA, Maria Lucia de Paula. A Ideia de um Tribunal Constitucional Internacional: Da Utopia à Realidade. In Notandum 41, nov-ago 2016, CEMOrOC-Feusp/IJU-Univ. do Porto. Disponível em: <<http://www.hottopos.com/notand41/39-44MLucia.pdf>>. Acesso em 01 fev. 2017.

<sup>35</sup> ALLARD, Julie. GARAPON, Antoine. Os Juízes na Mundialização - A Nova Revolução do Direito. ALVES, Rogério (trad.). Lisboa: Plaget, 2006.

de um candidato por cada membro da ONU. Após, um colégio composto por juízes da Corte Internacional de Justiça, do Tribunal Penal Internacional, dentre outras instituições internacionais, seleciona 42 candidatos baseados em critérios de integridade, competência e experiência, considerando uma representação justa dos principais sistemas legais. Ao final, a Assembleia Geral da ONU escolheria os 21 nomes que comporiam a Corte. Essa proposta inicial para a composição pode e deve ser objeto de uma reflexão, considerando a relação existente entre a própria composição e a legitimidade do próprio Tribunal.

O primeiro questionamento concerne a uma mitigação da solução política e de deliberação pública, com a introdução de um Tribunal que transformará o problema em questão constitucional. Tal questionamento, porém, parece supor que as questões constitucionais não são também políticas, o que não é verdade. Ademais, a constitucionalização do direito, se trouxer junto a sua judicialização, está longe, ao menos no plano global, de um governo mundial pelos juízes. O problema, além disso, não seria a constitucionalização do direito internacional, por meio do controle judicial, mas a sua democratização.

Um segundo ponto objeto de questionamento concerne aos parâmetros a serem adotados pelo Tribunal Constitucional Internacional, ou seja, que direito mesmo seria aplicado por esse Tribunal. A ver de alguns críticos, não haveria ainda um corpo de direito desenvolvido apto a ser aplicado em um eventual controle judicial na matéria de competência da referida Corte; a definição mesmo do que seriam instituições e eleições democráticas, e as peculiaridades locais e regionais, traria uma dificuldade grande para a atuação do Tribunal.<sup>36</sup> Ora, sem dúvida, esse é um desafio para o estabelecimento do Tribunal: definir um corpo de *standards* jurídicos gerais, mas suficientes, que funcionem como parâmetros para a previsibilidade e segurança jurídicas, indispensáveis para a legitimação do próprio Tribunal. Logo, tal crítica, a nosso ver, não é necessariamente um empecilho, mas um desafio na criação do mesmo.

Como já se teve a ocasião de esclarecer em outro texto, associa-se o termo “constituição” ao direito interno e não ao direito internacional.<sup>37</sup> O termo vem, desde o constitucionalismo moderno, associado a um conjunto de normas fundamentais pertinentes à organização dos poderes do Estado e à relação entre o Estado e os cidadãos. Mas, nada impede (e aliás se assemelha recomendável) a transposição para o nível internacional das noções do constitucionalismo. Cuida-se aqui da transposição de noções como democracia, igualdade, separação dos poderes, *rule of law* e direitos fundamentais, dentre outras. Essa transposição se

<sup>36</sup> LANDAU, David, *Abusive Constitutionalism* (April 3, 2013). UC Davis Law Review, Fall 2013, Forthcoming; FSU College of Law, Public Law Research Paper N° 646. Available at SSRN. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2244629>>. Acesso em 01 fev. 2017.

<sup>37</sup> OLIVEIRA, Maria Lucia de Paula. Por um Constitucionalismo Global e Pluralista - Uma Perspectiva da Experiência Brasileira em sua Relação com o Mundo Lusófono. In *Direito na Lusofonia - Diálogos constitucionais no Mundo Lusófono - 3º. Congresso Internacional de Direito na Lusofonia*. Braga: Graficamars, 2016, p. 303-312.

torna crucial em decorrência mesmo da assunção pelo âmbito internacional de um papel relevante na tomada de decisão pública, deixando essas decisões de estarem centradas exclusivamente no Estado-nação.<sup>38</sup>

O direito constitucional internacional vem sendo desenvolvido através do tempo, tendo como marco importante a adoção da Carta das Nações Unidas; não seria correto, porém, denominar a Carta como Constituição, já que ela vincula os Estados-membros e não, propriamente, a comunidade internacional como um todo. Ademais, a comunidade internacional é hoje antevista com um conceito mais amplo que abrange organismos regionais (União Europeia ou União Africana, por exemplo), setoriais (OMC, por exemplo). A constitucionalização da ordem internacional se traduz numa ampliação dos atores da comunidade internacional e num reforço da dimensão ética da juridicidade internacional, nos moldes do já ocorrido no âmbito do direito interno (noções como a de democracia e de direitos fundamentais se tornaram referenciais para uma releitura do direito a partir de uma perspectiva da moralidade política). Assim, existiriam normas *jus cogens* e obrigações *erga omnes* no plano internacional: o que está em jogo é a concepção de que determinadas obrigações são universais e, mais do que isso, universalmente obrigatórias. E a existência de um *jus cogens* não é uma petição de princípio ou um ideal; é o esforço teórico e prático para a concretização dos direitos humanos. Cuida-se de ir além das cláusulas gerais que os afirmam e encontrar pontos de convergência que permitiram a formulação de um sistema de direito objetivo que possa ser, de forma democrática, aceita por todos os envolvidos. Nesse propósito, é indispensável o reforço do sistema político e jurídico que subjaz à ordem constitucional internacional. Daí a atualidade do modelo proposto para um Tribunal Constitucional Internacional. Um constitucionalismo internacional ou global, a ser buscado por meio de novas iniciativas políticas, é fundamental para prevenir o processo de descontrolada desformalização do direito internacional, com prejuízo da estabilidade legal e da própria legitimidade das decisões jurídicas, como lembrado por Jürgen Habermas.

Aqui cumpre, considerando o teor do presente artigo, voltado para o tema da efetivação dos direitos das pessoas com deficiência, atentar a quantos deles estão relacionados ao princípio de legitimidade democrática, compreendida de forma ampla, o que abrange não só os direitos políticos, mas a liberdade de manifestação de pensamento, de participação política. A questão da acessibilidade, tão importante no assegurar de vários direitos, se relaciona diretamente com a questão da legitimidade democrática. Como considerar a participação de pessoas que não têm acessibilidade ou cujo acesso é dificultoso, seja por dificuldades da liberdade de locomoção ou na liberdade de comunicação e de manifestação do pensamento? Como afirmar acesso à justiça, se não existe nem possibilidade de acesso das pessoas com deficiência às dependências do Poder Judiciário e outros órgãos do Poder Público nos quais possam fazer valer seus direitos (no Brasil, somente há

<sup>38</sup> DE WET, E. The International Constitutional Order. *International and Comparative Law Quarterly*. V. 55, jan. 2006, p. 51-76.

pouco regulamentou o Conselho Nacional de Justiça a matéria, comprometendo-se, por exemplo, em garantir a acessibilidade em todas as dependências do Judiciário Brasileiro). Considere-se aqui o importante reforço que um Tribunal Constitucional Internacional poderia trazer no sentido da obtenção de um efetivo processo universalizável quanto aos conteúdos e procedimentos de um verdadeiro “direito à democracia”, que abranja (como só assim poderia ser) as pessoas com deficiência.<sup>39</sup>

## À guisa de conclusão

Parece-nos bastante interessante a perspectiva de um pluralismo constitucional no plano internacional<sup>40</sup>. Essa perspectiva não implica e nem deve implicar, no momento atual, abandono da soberania dos Estados em prol de uma ordem jurídica global. Conectando legalidade e legitimidade, os Estados soberanos se tornam especialmente importantes em determinados momentos, como guardiões da cidadania e dos direitos humanos no plano interno. A complexidade da ordem jurídica internacional e a própria afirmação dos Estados como instâncias importantes de afirmação do próprio direito internacional permitem afirmar um caminho alternativo, mas que não reduz as instituições políticas internacionais a meros espectros do poder político prevalente, apostando no poder das instituições jurídicas de buscar uma justiça global. Por outro lado, não se busca construir generalizações artificiais, fora dos contextos políticos específicos e, portanto, sempre arbitrárias. Mas, com exercício de prudência política, construir caminhos de institucionalização jurídica comprometidos com a explicitação de situações de marginalização, opressão e de sofrimento decorrentes de uma ordem jurídica pouco ou nada compromissada com a democracia e com os direitos humanos.

Cuida-se, primeiramente, de esclarecer como a Convenção Internacional de Direitos da Pessoa com Deficiência vislumbra a autonomia e a isonomia como meios para assegurar a dignidade das pessoas. Essa correlação de conceitos é fundamental para compreender como não se trata simplesmente de garantir direitos, mas de garantir os meios para a efetivação deles, especialmente no que concerne às pessoas com deficiência.

No que respeita aos direitos das pessoas com deficiência, na busca de sua autonomia e isonomia como condições para a sua dignidade, há de se vislumbrar a necessidade de criação de um sistema integrado para a defesa dos direitos, que se inicia no âmbito do direito doméstico, com a previsão de instituições políticas, inclusive judiciais, que colaborem para a busca da plena efetivação e aplicação desses direitos. O que supõe a implementação de uma

---

<sup>39</sup> CARDUCCI, Michele. AMAYA, Lidia Patricia Castillo. Nature as “Grundnorm” of Global Constitutionalism: Contributions from The Global South. *Revista Brasileira de Direito*, n. 12, 154-165, jul-dez. 2016.

<sup>40</sup> COHEN, Jean. *Globalization and Sovereignty*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 60.

cultura política favorável, inclusive com uma formação jurídica que valorize o estudo das Convenções Internacionais de Direitos Humanos, mas a proteção internacional é indispensável.

Tal proteção se dá, primeiramente, no âmbito regional. No caso brasileiro, avulta a importância da Corte Interamericana de Direitos Humanos como Tribunal a que podem ser submetidas as eventuais lesões a direitos humanos, inclusive aos direitos das pessoas com deficiência. É fundamental o reforço do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, com uma maior valorização da Corte Interamericana. Mas a proteção a nível regional não pode esgotar o sistema.

Existe hoje no plano internacional, para as Convenções de Direitos Humanos celebradas sob os auspícios da ONU, a previsão de poderes ao Comitê para receber petições de pessoas que tiveram seus direitos feridos. Tal é o ocorrido no que concerne aos direitos das pessoas com deficiência. Trata-se de solução “quase judicial” para a defesa dos direitos das pessoas lesadas à luz do que prescreve a Convenção, como se teve a oportunidade de salientar. Esse direito de petição, porém, tem se mostrado insuficiente na garantia dos direitos. Assim, exsurge a ideia da criação de uma corte internacional que pudesse, com toda a legitimidade e publicidade que a ela seriam inerentes, ser instrumento eficaz na efetivação dos direitos. A proposta bastante atual de um Tribunal Constitucional Internacional, como se objetivou demonstrar, tem a pretensão de um compromisso mais extenso com algumas ideias ínsitas ao constitucionalismo moderno. Além dos direitos humanos, concebe-se um Tribunal criado para buscar a construção dos direitos humanos dentro da forma democrática. Essa ideia atualíssima, e que se busca alternativa a um direito construído a partir da parte hegemônica política e economicamente no mundo, nos permite vislumbrar que seria também bastante sensível às pessoas com maior vulnerabilidade. Por isso, mesmo a normas jurídicas que protegem direitos de pessoas com deficiência estariam, certamente, dentre aqueles conteúdos que seriam objeto de tutela pelo Tribunal.

As normas que integram a Convenção Internacional de Direitos das Pessoas com Deficiência e os desafios para sua implementação nos permitem vislumbrar a necessidade de buscar um aperfeiçoamento da tutela judicial dos direitos humanos. Nesse propósito, sem sombra de dúvida, avulta a importância do projeto de um Tribunal Constitucional Internacional.

## Referências

- ABREU, Célia Barbosa. **A curatela sob medida: notas interdisciplinares sobre o Estatuto da Pessoa com Deficiência e o novo CPC.** In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas - Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: 2016, p. 545-568.
- ALLARD, Julie. GARAPON, Antoine. **Os Juízes na Mundialização - A Nova Revolução do Direito.** ALVES, Rogério (trad.). Lisboa: Plaget, 2006.

- ALVES, Henrique Napoleão. **Introdução ao Sistema ONU de Solução de Controvérsias em Direitos Humanos**. In Revista do CAAP, 2008, p.189-233. Disponível em: <<http://www2.direito.ufmg.br/revistadocaap/index.php/revista/article/view/9>> Acesso em 01 fev. 2017.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A Proteção Constitucional das Pessoas com Deficiência**. 4ª ed. Brasília: CORDE, 2011. Disponível em: <[http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/a-protecao-constitucional-das-pessoas-com-deficiencia\\_0.pdf](http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/a-protecao-constitucional-das-pessoas-com-deficiencia_0.pdf)>. Acessado em 02 jan. 2017, p. 87-89.
- BERLINI, Luciana Fernandes. **Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência: modificações substanciais**. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de. Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas - Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 161-184.
- BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade**. COUTINHO, Carlos Nelson Coutinho (trad.). 2ª ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2002.
- CARDUCCI, Michele. AMAYA, Lúcia Patrícia Castillo. *Nature as “Grundnorm” of Global Constitutionalism: Contributions from The Global South*. Revista Brasileira de Direito, nº 12, 154-165, jul-dez.2016
- CASTANHEIRA NEVES, A. DIGESTA. **Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da Metodologia e Outros. v. II**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- CHEMILLIER-GENDREAU, M. **Tribunal Constitucional Internacional - Para Obrigar os Estados a Cumprir sua Palavra**. In Le Monde Diplomatique Brasil. Disponível em: <http://www.diplomatique.org.br/print.php?tipo=ar&id> acessado em 02 fev. 2017.
- COHEN, Jean. *Globalization and Sovereignty*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. **Do Direito Natural ao Direito Fraternal**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, Rio Grande do Sul, v. 1, n.1, p. 78-86, 2009. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/5138#>. WE\_YhENQk7M.facebook . Acessado em: 13 dez. 2016.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. **Constituição, Direito e Utopia – Do Jurídico-Constitucional nas Utopias Políticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.
- DE WET, E. *The International Constitutional Order*. International and Comparative Law Quarterly. v. 55, jan. 2006, p. 51-76.
- Digesto da Corte Interamericana de Direitos Humanos,” item 2.1.2.2.3.4. Personas con discapacidad”. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/cf/themis/digesto/digesto.cfm#\\_Toc435802972\\_4](http://www.corteidh.or.cr/cf/themis/digesto/digesto.cfm#_Toc435802972_4) Acessado em 02.02.2017.
- FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da Pessoa com Deficiência Comentado artigo por artigo**. 2ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.
- GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade**. O Direito como Instrumento de Transformação Social. A Experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- LANDAU, David, *Abusive Constitutionalism (April 3, 2013)*. UC Davis Law Review, Fall 2013, Forthcoming; FSU College of Law, Public Law Research Paper Nº 646. Available at SSRN. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2244629>>. Acesso em 01 fev. 2017.
- MENEZES CORDEIRO, António. **Tratado de Direito Civil Português**. v. I. t. I. Coimbra: Almedina, 1999.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana**. Uma leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Teoria Geral do Direito Civil**. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

OLIVEIRA, Maria Lucia de Paula. **A Ideia de um Tribunal Constitucional Internacional: Da Utopia à Realidade.** *In* Notandum 41 , nov -ago 2016, CEMOrOC-Feusp/IJU-Univ. do Porto. Disponível em: <<http://www.hottopos.com/notand41/39-44MLucia.pdf>>. Acesso em 01 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. **Por um Constitucionalismo Global e Pluralista** - Uma Perspectiva da Experiência Brasileira em sua Relação com o Mundo Lusófono. *In* Direito na Lusofonia - Diálogos constitucionais no Mundo Lusófono - 3º Congresso Internacional de Direito na Lusofonia. Braga: Graficamares, 2016. p. 303-312.

QUARESMA, Regina. **Comentários à Legislação Constitucional Aplicável às Pessoas Portadoras de Deficiência.** *In*: TEPERINO, Maria Paula et all. (Org.). Comentários à Legislação Constitucional Aplicável às Pessoas Portadoras de Deficiência. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 1-22.

RAWLS, J. **O Direito dos Povos.** BORGES, Luís Carlos (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2001.

SALES, Gabrielle Bezerra; SARLET, Ingo Wolfgang. **O princípio da igualdade na Constituição Federal de 1988 e sua aplicação à luz da Convenção Internacional e do Estatuto da Pessoa com Deficiência.** *In*: MENEZES, Joyceane Bezerra de. Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas - Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 131-159.

# Os teoremas da diferença ontológica e do círculo hermenêutico em Heidegger

Cleyson de Moraes Mello<sup>1</sup>

## Resumo

A hermenêutica filosófica em Heidegger assume um viés transformador. Daí a necessidade de compreender os teoremas da diferença ontológica e do círculo hermenêutico a partir do ser-no-mundo. É nesse sentido que, em face da flagrante inefetividade da hermenêutica clássica, originariamente metodológica, torna-se necessária a construção de uma resistência teórica que aponte para a construção das condições de possibilidade da compreensão de sentido, como modo de ser-no-mundo.

**Palavras-chave:** Heidegger; ser-no-mundo; *Dasein*.

## Abstract

Heidegger's philosophical hermeneutics takes on a transformative bias. Hence the need to understand the theorems of ontological difference and the hermeneutic circle from being-in-the-world. It is in this sense that, given the striking ineffectiveness of classical hermeneutics, methodological in your origin, it is necessary to construct a theoretical strength that point to the construction of the conditions of possibility of understanding the sense, as a way of being-in-the-world.

**Keywords:** Right; human dignity; being-in-the-world; *Dasein*.

Heidegger, por meio da fenomenologia hermenêutica, critica e supera a fenomenologia subjetivista (objetivista) transcendental de Husserl. O rompimento da subjetividade do pensamento ocidental é realizado por um método fenomenológico que se conforma com a própria estrutura do ser-aí, que visa precisamente à superação do esquema sujeito-objeto.

Com isso, a ontologia fundamental de Heidegger ganha destaque e a questão do sentido do ser é colocada como uma questão privilegiada. O ser dos entes não “é” em si mesmo um outro ente (HEIDEGGER, 2002, p. 32). O *Dasein* (Ser-aí, *Pre-sença*) é o ente privilegiado que compreende o ser e tem acesso aos entes. Ele faz parte da condição essencial do ser humano. Nas palavras de Heidegger: “esse ente que cada um de nós somos e que, entre outras, possui em seu ser a possibilidade

<sup>1</sup> Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UERJ. Departamento de Teorias e Fundamento do Direito. Diretor Adjunto da Faculdade de Direito de Valença – RJ; Professor Titular da Universidade Estácio de Sá – Rio de Janeiro – Brasil; Doutor e Mestre em Direito. profcleysonmello@hotmail.com

de questionar, nós o designamos com o termo *pre-sença*.” (HEIDEGGER, 2002, p. 33). O ser-aí sempre se compreende a si mesmo a partir da sua existência. A análise das estruturas ontológicas do ser-aí é um existencial. Isso significa dizer que os caracteres não são propriedades de algo simplesmente dado, mas modos de ser essencialmente existenciais. Heidegger afirma que a *pre-sença* (ser-aí, *dasein*) “é um ente que, na compreensão de seu ser, com ele se relaciona e comporta.” (HEIDEGGER, 2002, p.90).

Assim, o *Dasein*, pela compreensão, inaugura uma circularidade. É, pois, uma circularidade hermenêutica. Ou seja, a recíproca relação entre *ser* e *ente* somente ocorre porque há o *Dasein*, isto é, porque há compreensão. Desse modo, o acesso ao ser é colocado a partir da compreensão do ser e tal compreensão é dada a partir da compreensão que o *Dasein* possui de si mesmo. Nesse sentido, o círculo hermenêutico e a diferença ontológica são os pilares que suportam a teoria heideggeriana. Em relação à metafísica, colocam-se novos paradigmas: o ser é entendido por um conceito ontológico dado pela compreensão e a diferença entre *ser* e *ente* impede a entificação do ser (matriz da tradição metafísica).

A diferença ontológica é a diferença entre *ser* e *ente* uma vez que o ser é o elemento através do qual ocorre o acesso aos entes, isto é, sua condição de possibilidade. Essa condição é realizada por meio da compreensão pelo *Dasein*, pelo ser humano que se compreende e que sempre se dá pelo círculo hermenêutico. Dessa forma, a circularidade hermenêutica substitui o modelo da tradição metafísica ancorado na relação sujeito-objeto. De acordo com um modo de ser que lhe é constitutivo, a *pre-sença* tem a tendência de compreender seu próprio ser a partir daquele ente com quem ela se relaciona e se comporta de modo essencial, primeira e continuamente, a saber, a partir do “mundo”. O ser-no-mundo é uma constituição necessária e *a priori* da *pre-sença* (HEIDEGGER, 2002, p.91).

A compreensão é a própria abertura do ser-no-mundo, bem como é um existencial. Destarte, todo o compreender é derivado dessa compreensão existencial, que é a própria luz, iluminação, abertura, clareira, revelação do ser-aí, *Alethéia*. Considerando que a compreensão é um existencial, não existe explicação sem a prévia compreensão. Melhor dizendo: o sentido alcançado pela explicação já nos é dado na própria explicação, ou seja, o sentido faz parte da própria estrutura prévia da compreensão. A compreensão e a explicação constituem existencialmente a *pre-sença* (ser-aí). Portanto, é a compreensão prévia um existencial do ser-aí que, como sua abertura, clareira, luz, sempre se apresenta à medida que é buscada. Aí está o círculo hermenêutico. Nas palavras do próprio Heidegger, esse círculo da compreensão “não é um cerco em que se movimentasse qualquer tipo de conhecimento. Ele exprime a *estrutura-prévia* existencial, própria da *pre-sença*.” (HEIDEGGER, 2002, p.210). Segundo Heidegger, nele se esconde a possibilidade positiva do conhecimento mais originário.<sup>2</sup> O que o filósofo procura mostrar é

<sup>2</sup> Heidegger ensina que no círculo da compreensão se esconde o conhecimento mais originário e só pode ser apreendido de modo autêntico, se a interpretação tiver compreendido que sua primeira, única e última tarefa é a de não se deixar guiar, na posição prévia, visão prévia

que devemos compreender as coisas de modo originário e autêntico, “a partir das coisas elas mesmas” desatrelado e desvinculado dos conceitos ingênuos e opiniões que a tradição em si as carrega. Portanto, o círculo da compreensão pertence à estrutura do sentido, cujo fenômeno tem suas raízes na constituição existencial da *pre-sença*, enquanto compreensão que interpreta. Por conseguinte, o círculo da compreensão sustenta o método fenomenológico hermenêutico de Heidegger.

Hans-Georg Gadamer, na obra *Verdade e Método II*, também discorre sobre o círculo da compreensão (1959) e informa a necessidade em manter o olhar firme para as coisas elas mesmas, até o momento de superar as errâncias que atingem o processo de interpretação. Alerta, ainda, que quem quiser compreender um texto deverá sempre realizar um projeto. O intérprete deverá projetar de antemão um sentido do todo, tão logo se mostre um primeiro sentido no texto. Vale destacar que esse primeiro sentido somente se mostra porque lemos o texto já sempre com certas expectativas, na perspectiva de um certo sentido. A compreensão daquilo que está no texto consiste na elaboração desse projeto prévio, o qual sofre uma constante revisão à medida que aprofunda e amplia o sentido do texto (GADAMER, 2002, p. 75).

É através do método fenomenológico que as estruturas do ser-aí são explicitadas e que trazem em si a possibilidade de antecipação do sentido do ser pela pré-compreensão. O sentido da *pre-sença* é dado pela *temporalidade* (*Zeitlichkeit*), ou seja, o tempo é o ponto de partida do qual a *pre-sença* (ser-ai) sempre compreende e interpreta o seu ser. Dessa forma, o ser-aí é de tal modo que realiza uma compreensão do ser no horizonte do tempo. É dessa forma que, em *Ser e Tempo*, Heidegger sustenta a tese da *Pre-sença e Temporalidade* (Segunda Seção de *Ser e Tempo*) que faz desmoronar radicalmente a equivalência metafísica entre *ser* e *eternidade*.

Por outro lado, a abertura do ser-aí, ou seja, o ser do ser-aí é a preocupação (cura, *sorge*). Essa é a luz que constitui a luminosidade da *pre-sença*, isto é, aquilo que o torna “aberto” e também “claro” para si mesmo. É a cura que funda toda abertura do pre e a temporalidade ekstática que o ilumina originariamente. Heidegger afirma que somente partindo do enraizamento da *pre-sença* na temporalidade que se consegue penetrar na possibilidade existencial do fenômeno, ser-no-mundo, que, no começo da analítica da *pre-sença*, fez-se conhecer como constituição fundamental (HEIDEGGER, 2002, p. 150).

Heidegger leva a cabo uma investigação ontológica “concreta”, partindo do ente que compreende o ser, ou seja, único para o qual há ser, a saber, o próprio

---

e concepção prévia, por conceitos ingênuos e “chutes”. Ela deve, na elaboração da posição prévia e concepção prévia, assegurar o tema científico a partir das coisas elas mesmas. Isto porque a compreensão, de acordo com seu sentido existencial, é o poder-ser da própria *pre-sença*, as pressuposições ontológicas do conhecimento histórico ultrapassam, em princípio, a ideia de rigor das ciências mais exatas. A matemática não é mais rigorosa do que a história. É apenas mais restrita, no tocante ao âmbito dos fundamentos existenciais que lhe são relevantes. (HEIDEGGER, 2002, p.210).

homem (vale destacar que aqui não há falar-se de “consciência” ou “sujeito” da filosofia moderna). O homem é *Dasein*. O filósofo afirma: “a *pre-sença* (*Dasein*) existe. Ademais, a *pre-sença* é o ente que sempre mesmo eu sou.” (HEIDEGGER, 2002, p. 90). Logo, *Dasein* é existência, ou seja, o fato de ser fora de si, de possuir uma estrutura ekstática, em detrimento do sujeito da filosofia moderna fechado sobre si mesmo (*Ser e Tempo*, § 69). A abertura essencial do ser do homem é chamada cuidado, preocupação, e o sentido propriamente temporal da existência enquanto modo de ser humano é a temporalidade. É o pôr à luz com sentido temporal da existência enquanto modo de ser humano. Daí a ontologia da finitude, já que o *Dasein* é finito, isto é, mortal (*Ser e Tempo*, Primeiro Capítulo da Segunda Seção – *A possibilidade da Pre-sença ser-toda e o ser-para-a-morte*).

Assim, Heidegger propõe a tese da finitude do tempo original, em detrimento à tese clássica da infinitude do tempo da natureza. Podemos dizer, então, que não há ser nem tempo senão na medida em que há *Dasein*. O *Dasein* dá a si mesmo o seu tempo. O fundamento ontológico originário da existencialidade da *pre-sença* é a temporalidade. A totalidade das estruturas do ser da *pre-sença* articuladas na cura só se tornará existencialmente compreensível a partir da temporalidade (HEIDEGGER, 2004, p.13). Portanto, é na temporalidade que Heidegger vai buscar o sentido da *pre-sença* (ser-aí), isto é, da preocupação. O filósofo afirma em *Ser e Tempo*

Se a temporalidade constitui o sentido ontológico originário da *pre-sença*, onde *está em jogo o seu próprio ser*, então a cura deve precisar de ‘tempo’ e, assim, contar com o ‘tempo’. A temporalidade da *pre-sença* constrói a ‘contagem do tempo’. O ‘tempo’ nela experimentado é o aspecto fenomenal mais imediato da temporalidade. Dela brota a compreensão cotidiana e vulgar do tempo. E essa se desdobra, formando o conceito tradicional de tempo. (HEIDEGGER, 2004, p.13-14).

A compreensão do ser é tornada possível mediante a temporalidade ekstática do *Dasein*, ou seja, o tempo passa a ser o *locus* da compreensão do *Dasein*. É, com efeito, no § 65 de *Ser e Tempo* que a temporalidade é revelada como constituindo o sentido do cuidado, *sorge*, cura. Heidegger afirma que “enquanto cura, a totalidade ontológica da *pre-sença* diz: preceder-se-a-si-mesma-em (um mundo) enquanto ser-junto-a (entes que vêm ao encontro dentro do mundo).” (HEIDEGGER, 2004, p.121). Assim o filósofo fixou a articulação da estrutura originária da cura na temporalidade. Isso quer dizer que o *Dasein* (*pre-sença*) nunca perde a sua integralidade; que ela perdura no tempo, porque ele é formado por momentos inseparáveis uns dos outros. Daí Heidegger falar em estrutura do ser-aí. Essa estrutura fundamental é chamada ser-no-mundo.

Pertence à estrutura ontológica da *pre-sença* uma compreensão do ser. É sendo que a *pre-sença* está aberta para si mesma em seu ser. Há que se buscar uma abertura mais abrangente e mais originária dentro da própria *pre-sença* (*Dasein*). (HEIDEGGER, 2002, p. 245).

Portanto, não é no terreno da quotidianidade que vamos conseguir encontrar a unidade do *Dasein* (*pre-sença*). Isso porque a interpretação cotidiana da *pre-sença* encobre onticamente o ser próprio da *pre-sença* (HEIDEGGER, 2004, p.104). Assim, o modo de ser da *pre-sença* exige uma interpretação ontológica. A interpretação ontológica projeta o ente preliminarmente dado em seu próprio ser, de modo a chegar ao conceito de sua estrutura. Desse modo, originariamente constituída pela cura, a *pre-sença* (*Dasein*) já sempre precede-a-si-mesma. Daí a importância do círculo hermenêutico. É o salto para dentro do círculo hermenêutico que assegura o ponto de partida da análise do *Dasein* (*pre-sença*). O próprio desejo e esforço para fugir do círculo reside na condição de decaída da *pre-sença*. Segundo Heidegger, esse termo não exprime qualquer avaliação negativa. Pretende apenas indicar que, em primeira aproximação e na maior parte das vezes, a *pre-sença* está junto e no “mundo” (HEIDEGGER, 2004, p.109).

Este estar junto possui, frequentemente, o caráter de perder-se na publicidade do impessoal, eis que a própria *pre-sença* já sempre caiu de si mesma e *de-caiu* no “mundo”.<sup>3</sup> O fenômeno da *de-cadência* apresenta-se em um modo existencial de ser-no-mundo. Em sua obra *Sobre o Humanismo*, Heidegger (1995, p.53) afirma que o esquecimento da Verdade do Ser em favor da avalanche do ente, não pensado em sua essência, é o sentido da “*de-cadência*”, mencionada em *Ser e Tempo*.

A possibilidade da decadência enquanto imersão no mundo tem a sua origem na fuga do *Dasein* (*pre-sença*) perante si mesmo. No falatório<sup>4</sup> e na interpretação pública, a própria *pre-sença* (*Dasein*) confere a si mesma a possibilidade de perder-se no impessoal e de *de-cair* na falta de solidez. Isso porque a própria *pre-sença* prepara para si mesma a tentação constante de *de-cair*.

Heidegger afirma que o ser-no-mundo já é em si mesmo tentador e dessa forma essa tentação, através da interpretação pública, mantém a *pre-sença* presa à sua decadência. A pretensão do impessoal, no sentido de nutrir e dirigir toda a vida autêntica, tranquiliza a *pre-sença*, assegurando que tudo “está em ordem”. Nesse sentido o ser-no-mundo da decadência é, em si mesmo, tentador e tranquilizador.

---

<sup>3</sup> Nesse sentido, Heidegger afirma que “a *de-cadência* da *pre-sença* também não pode ser apreendida como ‘queda’ de um ‘estado original’, mais puro e superior. Disso nós não dispomos onticamente de nenhuma experiência e, ontologicamente, de nenhuma possibilidade e guia ontológicos para uma interpretação. Enquanto ser-no-mundo de fato, a *pre-sença* na *de-cadência*, já *de-caiu* em algo ôntico com o que ela se deparou ou não se deparou, no curso de seu ser, e sim no mundo que, em si mesmo, pertence ao ser da *pre-sença*. A *de-cadência* é uma determinação existencial da própria *pre-sença* e não se refere a ela como algo simplesmente dado, nem a relações simplesmente dadas com o ente do qual ela ‘provém’, ou com o qual ela posteriormente entra em *commercium*.” (HEIDEGGER, 2002, p.236-237).

<sup>4</sup> Heidegger entende falatório como a abertura para a *pre-sença*, numa compreensão, o ser para o seu mundo, para os outros e para consigo mesma, mas de maneira a que esse ser para conserve o modo de oscilação sem solidez. O falatório é o modo de ser da própria convivência. (HEIDEGGER, 2002, p. 238-239).

É nesse sentido que Ernildo Stein (2001, p. 256) afirma que, na preocupação como decaída está radicada a tendência de senso comum de experimentar o ente real, para poder fugir e se distanciar da verdadeira compreensão do ser. O senso comum desconhece o fato de que somente pode conhecer realmente o ente se o ser já foi conhecido, ou seja, através do viés ontológico.

Nas palavras de Heidegger:

Mas o *que* propriamente se deve compreender permanece, no fundo, indeterminado e inquestionado; não se compreende que compreender é um poder-ser que só pode ser liberado na *pre-sença mais própria* (HEIDEGGER, 2002, p.239).

É nesse sentido que Heidegger (2002, p. 240) entende que o ser-no-mundo da *de-cadência* é em si alienante, já que ocorre o encobrimento do seu poder-ser mais próprio. Essa alienação gera um aprisionamento (prisão) da própria *pre-sença* em seu sentido mais originário. Dessa forma, Heidegger caracteriza os fenômenos da *de-cadência* como: tentação, tranquilidade, alienação e aprisionamento (prisão).

Essa “mobilidade” da *pre-sença* em seu próprio ser é chamada de precipitação, ou seja, a *pre-sença* “se precipita de si mesma para si mesma na falta de solidez e na nulidade de uma cotidianidade imprópria.” É mediante a interpretação pública que essa precipitação fica velada para a *pre-sença*, sendo interpretada como “ascensão” e “vida concreta” (HEIDEGGER, 2002, p. 240).

A possibilidade da decadência enquanto imersão no mundo tem a sua origem na fuga da *pre-sença* (*Dasein*) perante si mesmo como seu próprio poder-ser propriamente. Assim, do ponto de vista existencial, o *Dasein* (*pre-sença*) na fuga, fecha-se a si mesmo como *pre-sença*. “É justamente daquilo de que foge que a *pre-sença* corre atrás.” (HEIDEGGER, 2002, p. 248). O desvio da decadência se funda na angústia que, por sua vez, torna possível o temor (HEIDEGGER, 2002, p. 249). Aquilo com que a angústia se angustia é o ser-no-mundo como tal e o angustiar-se abre, de maneira originária e direta, o mundo como mundo (HEIDEGGER, 2002, p. 249-251).

Assim, a angústia torna visível a existência de fato que é a própria imersão no mundo, ou seja, é o momento do *de-caído* que caracteriza o ser em modo impróprio do *Dasein*, qual seja: a sua inautenticidade. Dessa forma, constitui as estruturas do cuidado (*sorge*), ao lado da faticidade e da existencialidade, a decadência (estar-caído), quando esta última só caracteriza a preocupação do ser-no-mundo cotidiano e inautêntico.

Daí que a fórmula existencial pela qual Heidegger (2004, p. 110) explicita o ser do *Dasein* como Cuidado (Cura) é preceder-a-si-mesmo-em (um mundo) enquanto ser-junto-a (um ente intramundano que vem ao encontro). Desse modo, o ser do ser-aí é a preocupação e o sentido desta é a temporalidade. É, portanto, a temporalidade que torna possível a unidade da existencialidade, da faticidade e da decadência, enquanto momentos estruturais do cuidado. Todavia, o mundo é, ao mesmo tempo, o “lugar” do passado-presente-futuro: temporalidade.

\*\*\*

É na conferência *Tempo e Ser* de 1962 que Heidegger apresenta uma nova perspectiva da temporalidade do ser. Nesse momento, sob o nome de *Ereignis*, é pensada, diferentemente de todas as distinções metafísicas, a co-apropriação do tempo e do ser. O filósofo esclarece que cada coisa tem seu tempo, ou seja, cada coisa sempre é a seu tempo. Ser, porém, não é alguma coisa. Logo não está no tempo. Todavia, ser permanece como *pre-sentar*, como *pre-sença* determinada pelo tempo, já que possui caráter temporal (HEIDEGGER, 1972, p. 42). Não obstante, “tempo não é coisa, e por conseguinte, nada de entitativo; mas permanece constante em seu passar, sem mesmo ser nada de temporal como o é o ente no tempo.” (HEIDEGGER, 1972, p. 42). Dessa forma, *ser* e *tempo* se determinam mutuamente, de tal forma que o ser não pode ser abordado como temporal e o tempo como entitativo.

Portanto, *ser* e *tempo* não são coisas (algo entitativo) e não podemos dizer ser é, tempo é; mas dá-se ser e dá-se tempo.<sup>5</sup> “Ser, pelo qual é assinalado todo o ente singular como tal, ser significa *pre-sentar*. Pensado sob o ponto de vista do que se apresenta, *pre-sentar* se mostra como *pre-sentificar*.” (HEIDEGGER, 1972, p. 44). *Pre-sentificar* mostra-se no que lhe é próprio como desvelar, levar ao aberto. Portanto, a questão nodal é pensar o ‘ser’ naquilo que lhe é próprio, ou seja, no presentificar que do interior do desvelar fala um dar, um dá-Se. O dar no dá-Se quer dizer destinar. O próprio do ser nada tem de caráter ôntico. Heidegger (1972, p. 42) afirma: “Ser quer dizer: *pre-s-entar*, *presenti-ficar*, *pre-s-ença*”, alertando que não estamos acostumados a determinar o que é próprio do tempo, tomando como referência o presente no sentido da *pre-s-ença*. De forma contrária, representamos o tempo – a unidade de presente, passado e futuro – a partir do agora. O tempo visto como uma sucessão de “agoras” (passado como “há pouco” e futuro como “logo-a seguir”). O filósofo (1972, p. 51) destaca que o tempo é conhecido como uma sucessão de “agoras”, quando se mede e calcula o tempo. Assim, na conferência *Tempo e Ser*, é buscado um âmbito mais originário para o sentido de tempo, até então impensado, e que esconde no ser como apresentar. O tempo mesmo não é nada de temporal e nada de entitativo. Daí futuro, passado e presente fazem parte de uma unidade em seu recíproco-alcançar-se, ou seja, sua unidade unificante só pode determinar-se a partir do que lhes é próprio.<sup>6</sup>

<sup>5</sup> Heidegger explica: “O caminho apropriado nesta direção consiste em examinarmos o que é dado no ‘dá-se’, que significa ‘ser’, que – dá-se; que significa ‘tempo’, que – dá-se. De acordo com isto, procuramos investigar o ‘se’, que dá ser e tempo. Procedendo desta maneira, tornamo-nos pre-videntes em um outro sentido.” (HEIDEGGER, 1972, p.44).

<sup>6</sup> Este assunto, também, é tratado por Heidegger no Seminário de 18 a 21 de Janeiro de 1965, na casa de Boss. Vejamos as lições heideggerianas: “Chamamos o passado, o futuro e o presente de dimensões do tempo, sem definir agora o que ‘dimensão’ significa aqui. Geralmente, fala-se de dimensão em relação ao espaço tridimensional. Diz-se do tempo, pensado como uma sequência de agoras e representado como linha, que ele é *unidimensional*, e que o presente, passado e futuro não são contemporâneos como as dimensões do espaço, mas sempre só

Ora, o apresentar neles alcançado ilumina o espaço-de-tempo. Este designa o aberto, que se ilumina no recíproco alcançar-se de futuro, passado e presente. O iluminador alcançar-se-recíproco de futuro, passado e presente é pré-espacial e, somente dessa forma, pode delimitar espaço, ou seja, dar. É aí que Heidegger (1972, p. 55) fala de tempo autêntico. A dimensão do tempo repousa no alcançar iluminador “como aquilo que traz o passado, o futuro, e a relação mútua de ambos a clareira do aberto”. Esse trazer é o apresentar, tanto no advento do ainda-não-presente (futuro), como no não-mais presente (passado), como no presente, ou seja, nessas três dimensões (passado, presente, futuro) sempre está em jogo uma “espécie de abordagem e um trazer para”. Daí surge o tempo como quadrimensional. Heidegger (1972, p. 55) explica:

Essa unidade das três dimensões repousa, muito antes, no proporcionar-se cada uma à outra. Este proporcionar-se mostra-se como o autêntico no alcançar que impera no que é próprio do tempo, portanto, como uma espécie de quarta dimensão – não apenas uma espécie, mas uma dimensão efetivamente real.

O tempo é quadrimensional.

O que, porém, na enumeração, chamamos de quarta dimensão é, de acordo com a realidade, a primeira, isto é, o alcançar que a tudo determina. Este produz, no porvir, no passado, no presente, o apresentar que é próprio a cada um, os mantém separados pelo iluminar, e os retém, de tal maneira, unidos um ao outro, na proximidade, a partir da qual permanecem reciprocamente próximas, as três dimensões.

É, pois, o tempo autêntico a proximidade unificante do tríplice alcançar iluminador de presença a partir do presente, passado e futuro. O dar no “dá-*Se* tempo” se mostrou como o alcançar iluminador do âmbito quadrimensional. É assim que o destinar de ser, como tempo é encontrado no sentido do alcançar iluminador. E deste modo chega Heidegger (1972, p. 59) ao chamado *Ereignis*.

No destinar do destino do ser, no alcançar do tempo, mostra-se um apropriar-se *trans-propriar-se* do ser como presença e do tempo como âmbito do aberto, no interior daquilo que lhes é próprio. Aquilo que determina a ambos, tempo e ser, o lugar que lhes é próprio, denominamos: das *Ereignis* (o acontecimento-apropriação).

---

subsequentes. Visto assim, pode parecer estranho, inicialmente, falarmos de três ou até quatro dimensões de tempo e dizer que elas são contemporâneas e não subsequentes. Mas, pelo visto, estas dimensões nada têm a ver com o espaço. Todas as três dimensões do tempo são co-originárias, pois não há uma sem a outra, todas as três são, para nós, *co-originariamente* abertas, mas não são *equitativamente* abertas. Ora uma, ora outra dimensão com a qual nos relacionamos, em que talvez estejamos até presos, é determinante. Nem por isso as outras duas dimensões desaparecem em cada caso, apenas são modificadas. As outras dimensões não subjazem a uma simples negação, mas a uma privação.” (HEIDEGGER, 2001. p. 75).

O *Ereignis* deve ser pensado como o acontecimento-apropriação, ou seja, no sentido que se anuncia no destinar da presença e no alcançar iluminador do espaço-de-tempo. Heidegger (1972, p. 59) alerta que, ainda assim, permanece indeterminado falar do “ser enquanto *Ereignis*”, porque o “enquanto” (“*als*”) é sempre capcioso. Na expressão “Ser enquanto *Ereignis*”, o “enquanto” quer dizer “Ser, presentificar destinado no acontecer que apropria, tempo alcançado no acontecer que apropria. *Tempo e ser* acontecem apropriados no *Ereignis*.”

Desta forma e na medida em que ser e tempo só se dão no acontecer apropriador, deste faz parte o elemento característico que consiste em levar o homem, como aquele que percebe ser, *in-sistindo* no tempo autêntico, ao interior do que lhe é próprio. Assim apropriado o homem pertence ao *Ereignis* (HEIDEGGER, 1972, p.63).

Nesse sentido, também no texto *El principio de identidad*, texto modificado de uma conferência pronunciada por Heidegger, 27 de junho de 1957, por ocasião dos 500 anos de vida da Universidade de Friburgo em Brisgovia, o filósofo já mencionava a apropriação do homem e ser reciprocamente

Pues el hombre es el primero que, abierto al ser, deja que éste venga a él como presencia. Tal llegada a la presencia necesita de lo abierto de um claro, y com esta necesidad, pasa a ser propia del hombre. Esto no quiere decir de ningún modo que el ser sea puesto sólo y em primer lugar por el hombre; por el contrario, se ve claramente lo siguiente: el hombre y el ser han pasado a ser propios el uno del outro. Pertencen el uno al outro.

[...]

De lo que se trata es de experimentar sencillamente este juego de propiación em el que el hombre y el ser se transpropian recíprocamente, esto es, adentrarnos em aquello que nombramos *Ereignis*. La palabra *Ereignis* há sido tomada de la lengua actual. Er-eignen significa originariamente: asir com los ojos, esto es, divisar, llamar com la mirada, a-propiar. (HEIDEGGER, 1990, p. 77-78).

Desse modo, o pensamento heideggeriano caminha no sentido de analisar o homem não como um ente em meio aos outros entes (estrutura ôntica), mas procura analisar o homem a partir da abertura que nele é a própria manifestação do ser.

Portanto, em *Ser e Tempo*, o pensamento heideggeriano é no sentido do esquecimento do ser (velamento, ocultação). Tal velamento do ser faz parte (como sua privação) da clareira do ser. Na conferência Tempo e Ser, Heidegger procura pensar o ser, perpassando pela análise do tempo autêntico, naquilo que lhe é mais próprio, qual seja: *Ereignis*, ou seja, um retorno ao fundamento, à origem.

No final da conferência *Tempo e Ser*, quando Martin Heidegger (1972, p. 65) afirma que “pensar ser sem o ente, quer dizer: pensar ser sem levar em consideração a metafísica. Mas uma tal consideração impera ainda mesmo na intenção de superar a metafísica.” Isto não quer dizer que a relação de *ser e ente* não seja essencial; pelo contrário, não devemos pensar tal relação como a metafísica o pensa. Assim, a relação de *ser e ente* deve ser vista no caráter metafísico, a partir da diferença ontológica. Quando Heidegger pensa o ser e o ente a partir da diferença ontológica, busca dar um sentido mais original a ambos. Dessa maneira, o conceito de ser, em Heidegger, é pensado a partir da diferença ontológica, no sentido de que ao compreendermos o mundo, nele compreendemos a nós mesmos. Está aí a circularidade da finitude. É a ontologia da finitude, a ontologia fundamental, analítica existencial, base da desconstrução da metafísica proposta por Heidegger, fincadas pelos teoremas da circularidade hermenêutica e diferença ontológica introduzidas pela compreensão do ser.

Dessa maneira, *Dasein* é um ser-no-mundo. Esse modo de ser-no-mundo é o cuidado, a cura, a preocupação, que é o ser do ser-aí. O sentido do ser-aí é dado pela temporalidade com caracteres existenciais. O espaço em que acontece o *Dasein* está limitado, finitizado no mundo. É a tríplice dimensão da estrutura da temporalidade (passado-presente-futuro) que informará o conceito fundamental de finitude heideggeriano.<sup>7</sup> A temporalidade, enquanto índice da finitude do ser-aí, torna-se, assim, o horizonte necessário para a interrogação pelo sentido do ser (STEIN, 2001, p. 291). Dessa forma, a interrogação pelo ser deve ser norteadada pela finitude do ser-aí, já que o ser ligado ao tempo não pode ser interpretado a partir da eternidade (negação do tempo). Vale destacar que a referida finitude somente se realiza na circularidade da relação ser-ser-aí (STEIN, 2001, p. 292).

O sentido do ser, dado pela temporalidade, é conseguido pelo desvelamento das estruturas do ser-aí. Os existenciais são a essência do ser-aí e sua analítica é realizada no plano transcendental. Em *Ser e Tempo*, frise-se, Heidegger (2002, p. 69) já afirmava: “A verdade fenomenológica (abertura do ser) é *veritas transcendentalis*.” O ser e sua estrutura ontológica se acham acima de qualquer ente e de toda a determinação ôntica possível de um ente. O ser é o *transcendens* pura e simplesmente. A transcendência do ser da *pre-sença* é privilegiada porque nela reside a possibilidade da individualização mais radical. E, dessa forma, toda e qualquer abertura do ser enquanto *transcendens* é conhecimento transcendental (HEIDEGGER, 2002, p. 69).

<sup>7</sup> Nesse sentido, Ernildo Stein, fincado no pensamento heideggeriano, esclarece que *Dasein* é futuro-passado-presente, no sentido de que ainda que ele se agarre ao presente, nesse presente já sempre está implícita a ideia da faticidade à qual se liga a ideia de hermenêutica. A ideia de futuro não é o futuro no qual vamos morrer, onde terminamos etc. Mas é o futuro que nos move agora no presente, por isso o *Dasein* é ser-para-a-morte enquanto ser-no-mundo. Portanto, somos futuro, passado e presente num único movimento. Somos, como diz o filósofo, definindo o conceito de cuidado: sempre um adiante-de-nós, já-no-mundo, juntas-das-coisas. Essa tríplice dimensão do cuidado da estrutura da temporalidade é que dará a Heidegger o conceito fundamental de finitude. (STEIN, 2000, p. 57).

Vale destacar que não obstante Heidegger procurar desde o início superar a dimensão transcendental da metafísica (no sentido de sua superação), a analítica existencial do ser-aí (*pre-sença*) é realizada no plano transcendental.<sup>8</sup> Consequentemente, resta estabelecido o sentido da compreensão da finitude do ser-aí na filosofia heideggeriana. A finitude do ser-aí impõe-se a partir da ambivalência velamento-desvelamento, ou seja, o homem é atingido pelo ser apenas como *Aletheia*, ou seja, desvelamento, clareira. O homem se abre como a clareira do ser. Stein (2001, p. 294-295) esclarece que “a finitude do homem se compreende, portanto, como a relação que o homem instaura com o ser limitando-o em sua manifestação e velando-o.”

No ser-aí, enquanto preocupação e temporalidade, enquanto finitude, o ser jamais pode irromper na plena manifestação de seu velamento e seu próprio mostrar-se é simplesmente um mostrar para a sua condição de velamento: *aletheia*. A finitude do ser-aí deve, portanto, ser compreendida como o fato de o ser-aí somente manifestar o ser velando-o, apontando para o velamento do ser. O ser-aí é, portanto, pensado e compreendido, como finitude, em função da finitude da compreensão do ser. O ser é finito porque é compreendido pelo ser-aí que é finito enquanto preocupação e temporalidade (STEIN, 2001, p. 295).

Com o conceito de finitude posto, Heidegger procura o acesso às estruturas do ser-aí através da analítica existencial e supera, destarte, o esquema sujeito-objeto. Daí o paradigma heideggeriano. O filósofo, ao criticar a metafísica, na verdade, é contrário à busca de um fundamento firme, objetificador ou um fundamento inconcusso (estável, inabalável). Nesse sentido é que o *Dasein* é abissal, sem fundo, posto que a sua fundamentação remete à pura possibilidade. Stein afirma que o fundamento heideggeriano não é nem realidade como um objeto ou como sujeito no qual se fundaria o conhecimento. O conhecimento é uma estrutura prévia, dada pela compreensão do ser. Portanto, o ser-aí, o ser-no-mundo, é a base de qualquer teoria do conhecimento.

## Referências

- GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II: Complementos e Índice**. Tradução Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2002.
- HEIDEGGER, Martin. **O Fim da Filosofia ou A Questão do Pensamento**. Tradução Ernildo Stein. São Paulo: Livraria Duas Cidades, 1972.
- \_\_\_\_\_. *Identidad Y Diferencia*. Tradução Helena Cortés e Arturo Leyte. Barcelona: Anthropos Editorial, 1990.
- \_\_\_\_\_. **Sobre o Humanismo**. Tradução Emmanuel Carneiro Leão. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1995.

<sup>8</sup> Nessa perspectiva, o homem está relacionado com o sentido do ser, ou seja, essa relação com o homem não ocorre por motivos antropológicos e/ou ônticos.

\_\_\_\_\_. **Seminários de Zollikon.** Tradução Gabriela Arnhold e Maria de Fátima de Almeida Prado. Petrópolis: Vozes, 2001.

\_\_\_\_\_. **Ser e Tempo:** Parte I, Tradução Marcia Sá Cavalcante Schuback. 12ª ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

\_\_\_\_\_. **Ser e Tempo:** Parte II, Tradução Marcia Sá Cavalcante Schuback. 11ª ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

STEIN, Ernildo. **Diferença e Metafísica:** Ensaios sobre a Desconstrução. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

\_\_\_\_\_. **Compreensão e Finitude:** Estrutura e Movimento da Interrogação Heideggeriana. Ijuí, Rio Grande do Sul: Unijuí, 2001.

# Para além do universalismo e do particularismo: os Direitos Humanos como núcleo comum da resistência

Deo Campos Dutra<sup>1</sup>

## Resumo

Este trabalho tem como intuito principal trazer uma alternativa de construção de uma proposta de Direitos Humanos e de um conteúdo mínimo de dignidade humana que esteja comprometida com a superação do clássico debate pautado na dicotomia entre o universalismo e o particularismo. Nesse sentido, a chave teórica utilizada está presente no trabalho do professor espanhol Joaquin Herrera Flores. De forma paralela, e já na esteira de Antônio Negri, oferecemos os resultados dessa perspectiva de Direitos Humanos como fonte teórica suficientemente forte para contribuição na construção de um “Antipoder” fortalecido e capaz de enfrentar de forma efetiva o sistema complexo chamado de Poder descrito pelo filósofo italiano. Para alcançarmos nossos dois principais objetivos, adotamos a pesquisa bibliográfica e quantitativa, abraçando uma abordagem descritiva e analítica como metodologia para este trabalho.

**Palavras-chave:** Direitos humanos; teoria crítica; antipoder.

## Abstract

The main purpose of this work is to provide an alternative for the construction of a proposal for Human Rights and a minimum content of human dignity that is committed to overcoming the classic debate based on the dichotomy between universalism and particularism. In this sense, the theoretical key used is present in the work of Spanish professor Joaquin Herrera Flores. In parallel with Antonio Negri, we offer the results of this Human Rights perspective as a theoretical source strong enough to contribute to the construction of a strengthened “Antipower” capable of effectively confronting the complex system called Power described by an Italian philosopher. In order to reach our two main objectives, we adopted bibliographical and quantitative research, embracing a descriptive and analytical approach as methodology for this work.

**Keywords:** Human rights; critical theory; antipower.

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito pela PUC/RJ e pela Universidade Paris X. Foi pesquisador visitante na EHESS/Paris e pesquisador visitante na Queens University / Canadá. Realizou seu estágio pós-doutoral em Direito Comparado na École Normale Supérieure de Paris. É avaliador ad hoc do Ministério da Educação (INEP/MEC) para autorização e reconhecimento dos cursos de Direito. É professor e coordenador de pesquisa da Faculdade Doctum em Juiz de Fora/MG. E-mail: deo\_campos@yahoo.com.br

## Introdução

As desigualdades existentes na sociedade nacional e internacional são hoje realidades irrefutáveis. Fruto de um desenvolvimento que possui no capitalismo seu alicerce, a presença do neoliberalismo marca toda a segunda metade do século XX<sup>2</sup>, caracterizando o mesmo pela falta de distribuição de renda, desigualdades regionais e manutenção de uma estrutura perversa de exploração econômica que, como consequência, trouxe uma dominação/dependência não só sob o aspecto econômico, mas que invadiu aspectos culturais e sociais. A estrutura mundial hoje privilegia o capital em detrimento do indivíduo, o relegando – como já nos alertou Charles Chaplin na década de 20 do século XX – a apenas mais um instrumento na engrenagem que mantém a roda do capitalismo girando.

Entre os mais diversos autores que tentaram construir uma filosofia política que procurasse esmiuçar a força do domínio do capitalismo contemporâneo, destacamos a formulação do filósofo político italiano Antonio Negri e seu conceito de Império, no qual as elites dominantes de um planeta em que as divisões geográficas entre mundos não mais se sustentam, visam à união do poder econômico com o poder político utilizando-se do Direito como “um novo registro de autoridade e um projeto original de produção de normas e de instrumentos legais de coerção que fazem valer contratos e resolvem conflitos”<sup>3</sup> na busca não só pela regulação das interações humanas mas pela orientação da própria natureza humana. Diz Negri “O objeto do seu governo é a vida social como um todo, e assim o Império se apresenta como forma paradigmática de biopoder”<sup>4</sup>.

É a reconstrução da realidade internacional que tem não mais no antigo sistema de Estado soberano sua base, mas se sustenta num sistema interligado de valorização da monetarização dos mercados e consequente manutenção do capitalismo.

Diversas foram as frentes de batalha criadas pelos homens conscientes da exploração na busca pela redução dos danos dessa desequilibrada relação. Cientistas sociais, filósofos, sociólogos e até políticos engajaram-se na luta por um maior equilíbrio das relações econômicas entre os homens e pela preservação de sua dignidade corrompida pelo sistema monetário-capitalista. Juristas, é claro, também se preocuparam com o tema.

A busca por uma construção jurídica que consiga equacionar a realidade em que vivemos e o bem-estar da maioria dos indivíduos é hoje um dos grandes desafios entre os estudiosos do Direito. Vivemos em um mundo sedimentado na teoria econômica e - por que não? - social do capitalismo, que submete tudo e todos a sua macroestrutura e que se refunda a cada nova crise.

<sup>2</sup> Para desenvolvimento do século XX ver Hobsbawn, Eric. *A era dos extremos: O breve século vinte (1914- 1991)*. São Paulo, Companhia das Letras, 1996

<sup>3</sup> Negri, Antonio, *Império*, 8ª ed., Rio de Janeiro, Record, 2006, p. 27.

<sup>4</sup> Negri, Antonio, *Império*, 8ª ed., Rio de Janeiro, Record, 2006, p. 15.

Cientes dessa realidade descaradamente fomentadora de exclusões, diversos autores buscam alternativas político-jurídicas para uma nova forma de construir as relações sociais com o intuito de, contrapondo-se a essa hegemonia estabelecida, fazer valer a força do direito como instrumento de pacificação, integração e mudança social.<sup>5</sup>

Há, assim como ocorre com a maioria das ciências sociais, uma responsabilidade do direito na busca por novas formas de efetivação da igualdade social, seja através da proteção de bens imprescindíveis para a vida, seja através da elaboração de construções teóricas que, respaldadas pela realidade social, utilizam-se do Direito para obter a legitimidade jurídica necessária à realização da mudança social.

Surge assim a ideia de utilizarmos os Direitos Humanos como instrumento de contenção do capitalista na busca pelo respeito ao mínimo de dignidade do indivíduo. Ao definirmos esse núcleo essencial, surgem diversas outras problemáticas que devemos nos perguntar. Há um núcleo central da dignidade humana? Existiriam direitos mínimos que correspondessem às necessidades de todo o planeta? Como utilizar desses direitos como instrumento de resistência a esse Império explicitado por Neri? O objetivo desse trabalho não é buscar, de forma exaustiva, um conjunto de possíveis respostas a essas questões. A intenção principal aqui é, substancialmente, possibilitar uma primeira reflexão em torno do tema.

## **Em busca de um conteúdo comum para a resistência: os Direitos Humanos**

É necessário construir alternativas ao poder que hoje domina a nossa realidade. E esse poder é o capitalismo-monetário. Segundo Negri, “quando se analisa o poder capitalista (que é o inimigo, hoje), percebe-se que ele, de um lado, estrutura continuamente a vida e a sociedade, e, de outro lado, intervém pontualmente para estabilizar seu domínio”<sup>6</sup>. Para nos contrapor a essa construção, devemos, segue Negri, estabelecer o chamado Antipoder.

O Antipoder seria a união de três “haveres”: a resistência, a insurreição e a potência constituinte. A insurreição para Negri “é a forma de um movimento de massa resistente, quando se torna ativa em pouco tempo, ou seja, quando se concentra em alguns objetivos determinados e determinantes: isso representa a inovação de massa de um discurso político comum (...) é um evento”<sup>7</sup>. O Poder constituinte, por sua vez,

<sup>5</sup> Hermida, Cristina, *Es el Derecho un factor de cambio social?*, Isonomia: Revista de Teoria y filosofía del Derecho, vol. 10, abril 1999. p. 16

<sup>6</sup> Negri, Antonio, *Antipoder*, In: Cinco lições sobre o império, Rio de Janeiro, DPeA Editora, 2003, p. 201

<sup>7</sup> Negri, Antonio, *Antipoder*, In: Cinco lições sobre o império, Rio de Janeiro, DPeA Editora, 2003, p. 197

“é a potência de configurar a inovação que resistência e insurreição produziram e de dar-lhe uma forma histórica adequada, nova, teleologicamente eficaz. Se a insurreição obriga a resistência a se tornar inovação (...) o poder constituinte dá forma a essa expressão (...) E, se a insurreição é uma arma que destrói as formas de vida do inimigo, o poder constituinte é a força que organiza positivamente novos esquemas de vida e de gozo de massa da vida”<sup>8</sup>

Já a resistência para o filósofo italiano ocorre na nossa vida cotidiana, nas atividades profissionais, na comunicação social. A interação contra o comando em todos os níveis da nossa vida social. A ela cumpre o papel de “desestruturar o poder oposto”. Cabe à resistência, sem dúvida, um papel primordial e inicial na busca pela efetivação do Antipoder. Segundo Negri, para que o Antipoder possa exercer de maneira eficaz sua ação contra o Império capitalista-monetário, é fundamental que atue de forma dúplice: “por um lado escavar, desmantelar continuamente, minar a estrutura social do poder; por outro, intervir de modo ofensivo sobre/contra as operações de estabilização que o poder continua repetindo e que constituem o específico de sua capacidade de governo”<sup>9</sup>.

Mas há uma grande dificuldade: com o mundo globalizado é impensável localizar num Antipoder constituído apenas dentro de um Estado nacional. Há também complicações quando se imagina a constituição de um Antipoder, é de todo significado de rompimento com a realidade que ele traz, quando nos falamos de grandes ONGs reconhecidas que atuam dentro dos parâmetros estabelecidos por esse mesmo poder que elas deveriam estornar.

Diante dessa realidade, entramos numa encruzilhada que para Negri só será solucionada quando constituirmos a resistência dentro do nosso agir comum, marcado por uma atitude clara de ação contra a opressão social/cultural e a desigualdade econômica. Atuar desestabilizando o poder com uma atitude de resistência diária. Uma atitude individual com intuítos globais. Diz Negri:

A primeira experiência (válida desde sempre) é a de construir resistência a partir de baixo, por meio de um enraizamento nas situações sociais e produtivas. Trata-se, pois, de continuar, mediante uma militância resistente, a desestruturar o poder dominante nos lugares em que se acumula, se centraliza e de onde declara sua hegemonia. Resistir de baixo significa alargar na resistência as redes do saber agir “comuns”, contra a privatização do comando e da riqueza”<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> Negri, Antonio, *Antipoder, In: Cinco lições sobre o império*, Rio de Janeiro, DP&A Editora, 2003, p. 198

<sup>9</sup> Negri, Antonio, *Antipoder, In: Cinco lições sobre o império*, Rio de Janeiro, DP&A Editora, 2003, p. 201

<sup>10</sup> Negri, Antonio, *Antipoder, In: Cinco lições sobre o império*, Rio de Janeiro, DP&A Editora, 2003, p. 207

Somente dessa forma conseguiríamos impor ao poder um antipoder com força de multidão pronta e conhecedora de sua potência contra as estruturas desiguais estabelecidas<sup>11</sup>.

Mas como podemos exercer uma resistência ordenada, consciente? Qual seria a forma mais coerente, sustentável e fundamentada de resistir? O que nos uniria a tal ponto?

Acreditamos, na esteira do jusfilósofo espanhol Joaquim Herrera Flores, que os Direitos Humanos podem cumprir esse papel integrador para a resistência. Somente os Direitos Humanos, tendo como núcleo central o respeito à dignidade individual mais plena, pode respaldar a buscar lutas em conjunto.

Aos Direitos Humanos caberia a responsabilidade de unir os indivíduos em prol de lutas comuns e reconhecidas, garantindo aos mesmos a possibilidade de “exercer sua formas e expressões de liberdade de massa”<sup>12</sup>. Os Direitos Humanos seriam, assim, um “conjunto de lutas pela dignidade, cujos resultados, se é que temos o poder necessário para isso, deverão ser garantidos por normas jurídicas, por políticas públicas e por uma economia aberta às exigências da dignidade”<sup>13</sup>

Há, entretanto, algumas questões que devem ser resolvidas antes de elegermos os Direitos Humanos como núcleo de nossas formas de resistências. De quais direitos estamos falando? Qual o conjunto de direitos mínimos que garantiriam a dignidade do indivíduo?

Para Joaquim Herrera Flores, a grande questão passa pelo reconhecimento das diferenças culturais, pela possibilidade de entender uma ética de direitos em que o outro é um ser merecedor de respeito e que esses direitos não são entregues por alguma entidade sobrenatural. São uma construção. Tal qual seu desrespeito também o é. Para isso, devemos superar a já clássica dicotomia existente entre os estudiosos dos Direitos Humanos. A visão universalista e culturalista encontram-se, enfim, superadas, afirma o autor.

A visão universalista dos Direitos Humanos é aquela em que, centrada na concepção ocidental de direitos e de valor de identidade, busca encontrar práticas universalistas ditas neutras que estabelecem um conjunto de direitos pré-estabelecidos encabeçados pelo “Direito a ter Direito” do indivíduo. A busca dos

---

<sup>11</sup> Para Negri, *Multidão* “designa um sujeito social ativo, que age com base naquilo que a singularidade tem em comum. A multidão é um sujeito social internamente diferente e múltiplo cuja constituição e ação não se baseiam na identidade ou na unidade (nem muito menos na indiferença), mas naquilo que têm em comum”. Para Negri, essa multidão é o “único sujeito social capaz de realizar a democracia, ou seja, o governo de todos contra todos” p. 140 e 141. Para entender o conceito de Multidão, sua força e capacidade revolucionária, ver Negri, Antonio, *Multidão*, Rio de Janeiro, Ed. Record, 2005.

<sup>12</sup> Negri, Antonio, *Antipoder*, In: Cinco lições sobre o império, Rio de Janeiro, DP&A Editora, 2003, p. 203

<sup>13</sup> Herrera Flores, Joaquim, *A (re)invencção dos Direitos Humanos*, Florianópolis, Fundação Boiteux, 2009. p. 39. “Para Flores, os Direitos Humanos constituem, na verdade, “a afirmação da luta pelo ser humano em ver cumpridos seus desejos e necessidades nos contextos vitais em que está situado” p. 25.

universalistas é pelo marco comum de direitos que possibilitará a convivência harmônica entre os indivíduos.

Em sua crítica ao universalismo, afirma o autor,

“o que devemos ter em claro desde o princípio é que, nessa questão da luta pela dignidade, há muitos caminhos e há muitas formas de ação. E que a mais urgente não é lançar anúncios universalistas, mas construir espaços de encontros entre ditas formas de ação nos quais todos possam fazer valer suas propostas e diferenças”<sup>14</sup>

Por sua vez, a visão localista de direitos humanos se centra na perspectiva cultural e no valor da diferença para estabelecer um conjunto mínimo de direitos que satisfaçam os membros de determinado grupo, garantindo a eles uma existência que promova sua dignidade através do respeito a suas diferenças. Surgem assim as práticas particularistas.

Para Herrera, o problema se manifesta quando uma dessas visões “passa a ser defendida apenas por seu lado e tende a considerar inferiores as demais, desdenhando outras propostas”<sup>15</sup>. Ambas as visões, continua Flores, têm como característica situarem-se num centro de onde iniciaram suas interpretações de um todo restante. Atuando dessa forma, elas acabam agindo como “padrões de medidas”, que, numa análise mais atenta, apenas exercem a exclusão daquilo com que não se identificam. Arremata o autor:

“Nem o direito, garantia de identidade comum, é neutral; nem a cultura, garantia da diferença, é algo fechado. Torna-se relevante construir uma cultura dos direitos que recorra, em seu seio, à universalidade das garantias e ao respeito pelo diferente... ambas as afirmações são produtos de visões reducionistas da realidade. Ambas acabam por ontologizar e dogmatizar seus pontos de vista ao não relacionarem suas propostas com os contextos reais”<sup>16</sup>

Outro ponto identificado como falho por Flores nas visões analisadas é o do contexto. Enquanto para a visão universalista o pecado se situa justamente na falta de um contexto efetivo para construir seus direitos, a mesma visão se divulga como detentora de fatos e situações da realidade. Quais fatos, qual realidade? Pergunta o professor de Sevilha.

<sup>14</sup> Herrera Flores, Joaquim, *Teoria Crítica dos Direitos Humanos*, Rio de Janeiro, Lúmen júris, 2009, p. 17.

<sup>15</sup> Herrera Flores, Joaquim, *Direitos Humanos, Interculturalidade e Racionalidade de Resistência*, Sequência: Revista da pós-graduação em Direito da UFSC, nº 44, jul 2002, p. 14.

<sup>16</sup> Herrera Flores, Joaquim, *Direitos Humanos, Interculturalidade e Racionalidade de Resistência*, Sequência: Revista da pós-graduação em Direito da UFSC, nº 44, jul 2002, p. 14.

Já a visão culturalista/localista, por sua vez, comete seu deslize de forma diametralmente oposta: possui um excesso de contexto. Dessa forma constitui outro “existencialismo que somente aceita o que inclui, o que incorpora e o que valora, excluindo e desdenhando o que não coincide com ele”<sup>17</sup>.

Por fim, essas visões também erram ao constituírem-se como instrumentos que só podem ser “domados” por especialistas e que somente estes determinarão aquilo que pode ser considerado universal ou particular.

Como resultado dessas premissas falhas, surgem racionalidades e práticas sociais que não conseguem atender a função de núcleo de resistência. A visão abstrata/universalista, que se preocupa essencialmente com a coerência de suas normas e sua intenção de aplicação geral, estará atuando com um formalismo que “supõe um endurecimento da realidade que permita quantificar e representar em molde prefixado a riqueza e a mobilidade social”<sup>18</sup>.

Dessa forma, constrói uma racionalidade formal que é pautada por um sistema de regras e princípios estabelecidos e reconhecidos juridicamente. Essa construção se afasta da racionalidade real, que é hoje regida por aquilo que Flores chama de “Racionalidade da mão invisível”, ou seja, a racionalidade do capitalismo. Ao se afastar da realidade, a luta jurídica garantida pelo formalismo deixa de analisar questões importantes como poder, diversidade e, por óbvio, as desigualdades econômicas. É o Direito defendendo direitos sem se preocupar com fatores que muitas vezes o condicionam. Não há como se adequar à lógica jurídica dos Direitos Humanos, a uma “irracionalidade das premissas” de um mundo controlado pelo capitalismo. Afirma o pensador Espanhol:

“Estamos, então, diante de uma racionalidade que universaliza um particularismo: o do modelo de produção e de relações sociais capitalistas, como se fora o único modelo de relação humana. A racionalidade formal culmina em um tipo de prática universalista, que poderíamos qualificar de universalismo de partida ou *a priori*, um preconceito ao qual deve se adaptar toda a realidade.”<sup>19</sup>

Dessa maneira, a única forma de lutar pelos direitos que a visão universalista (abstrata)/racionalidade formal nos permite é a luta jurídica, e esta, apesar de importante, certamente, não é a única luta possível.

A visão localista, por sua vez, tampouco consegue construir uma racionalidade de resistência. Segundo Herrera Flores, o localismo também, e a seu modo, constrói um universalismo – chamado por ele de “universalismo de retas paralelas” –, quando se fecha em si mesmo e impede o indivíduo de compreender que há outras formas de visão de mundo.

<sup>17</sup> Herrera Flores, Joaquim, *Direitos Humanos, Interculturalidade e Racionalidade de Resistência*, Sequência: Revista da pós-graduação em Direito da UFSC, nº 44, jul 2002, p. 16

<sup>18</sup> Herrera Flores, Joaquim, *A (re)invenção dos Direitos Humanos*, Florianópolis, Fundação Boiteux, 2009. p. 159

<sup>19</sup> Herrera Flores, Joaquim, *A (re)invenção dos Direitos Humanos*, Florianópolis, Fundação Boiteux, 2009. p. 160 e 161.

Essa construção, que é fruto de uma reação ao universalismo, *a priori* acaba por desenvolver uma visão distintiva, separatista, que resultará num inevitável conflito. Essa posição não irá de forma alguma contribuir para a unificação de um conjunto de indivíduos na busca pelo fim da opressão. Só irá, como resultado, semear desagregação.

Como podem os Direitos Humanos serem o núcleo de resistência presos a essas racionalidades? É preciso transigir ao estabelecido. É preciso ultrapassar essa discussão e reconstruir a visão de direitos humanos através de novas formas de racionalidades.

## Por uma nova racionalidade

Para isso, o jusfilósofo propõe a chamada visão complexa de Direitos Humanos. Somente ela é capaz de nos levar a uma “racionalidade de resistência” que poderá contribuir para um Antipoder efetivo. Um Antipoder que é iniciado por indivíduos que se reconhecem como detentores de direitos, mesmo que de direitos diferentes, mas primordialmente detentores de direitos que estão sendo desrespeitados. É preciso se reconhecer na opressão. Para Flores, “É necessário construir uma cultura dos direitos que acolha em seu seio a universalidade das garantias e o respeito pelo diferente.”<sup>20</sup>

Ao contrário das visões que hoje protagonizam as principais discussões a respeito dos Direitos Humanos, a visão complexa não se situa no centro com o intuito de a partir de lá realizar suas análises e interpretações. Ela se coloca na periferia, ou melhor, nas periferias já que “centro só existe um”. Devemos nos lembrar que estamos todos nas periferias e que elas são muitas e só assim poderemos ver o mundo não de uma forma afastada da realidade. Diz Flores:

“Ver o mundo a partir de um suposto centro pressupõe entender a realidade material como algo inerte, passivo; algo ao que se terá de dar forma a partir de um raciocínio que lhe é alheio. Ver o mundo desde a periferia, implica reconhecer que mantemos relações que nos mantêm amarrados tanto interna quanto externamente a tudo e a todos. A solidão do centro pressupõe a dominação e violência. A pluralidade das periferias nos conduz ao diálogo e à convivência”<sup>21</sup>

A visão complexa também tem como característica ultrapassar o celeuma da contextualização ao construir o contexto como seu conteúdo, permitindo-nos a oportunidade de ouvir os mais diferentes “contextos físicos e simbólicos na experiência do mundo.”

---

<sup>20</sup> Herrera Flores, Joaquim, *A (re)invenção dos Direitos Humanos*, Florianópolis, Fundação Boiteux, 2009. p. 156

<sup>21</sup> Herrera Flores, Joaquim, *A (re)invenção dos Direitos Humanos*, Florianópolis, Fundação Boiteux, 2009. p. 157

Como última característica que se contrapõe às visões dominantes de Direitos Humanos, a visão complexa rompe com a aceitação desmedida dos discursos especializados, aceitando e valorizando a pluralidade de expressões. Segundo Flores, “a visão complexa assume a realidade e a presença de múltiplas vozes, todas com o mesmo direito a se expressar, a denunciar, a exigir e a lutar. Seria como passar de uma concepção representativa do mundo a uma concepção democrática em que prevaleçam a participação e a decisão coletivas”<sup>22</sup>.

Diante dessas premissas, construir uma racionalidade de resistência se torna possível. Segundo Herrera Flores, a racionalidade de resistência:

“não nega que se possa chegar a uma síntese universal das diferentes opções ante os direitos e também não descarta a virtualidade das lutas pelo reconhecimento das diferenças étnicas ou de gênero. O que não aceitamos é considerar o universal como ponto de partida ou um campo de desencontros”<sup>23</sup>

A busca do autor é por um “universalismo de chegada ou confluência”, pautado no diálogo, com o objetivo de ultrapassar os preconceitos e entrecruzar lutas em comum na busca por uma maior emancipação. A proposta de Herrera Flores é construir um universalismo que não tem como objetivo a imposição da convivência, mas sim a “descoberta da convivência interpessoal e intercultural”. A busca é pelo encontro com o outro. Encontro com respeito e reconhecimento. Diz Flores sobre seu projeto:

“Nossa racionalidade de resistência conduz, então, a um universalismo de contrastes, de entrecruzamentos, de mesclas. Um universalismo impuro que pretende a inter-relação mais que superposição e que não aceita a visão microscópica de nós mesmos que é imposta pelo universalismo de partida ou de retas paralelas. Um universalismo que nos sirva de impulso para abandonar todo tipo de posicionamento, cultural ou epistêmico, a favor de energias nômades, migratórias, móveis, que permita nos deslocarmos pelos diferentes pontos de vista sem pretensão de negar-lhes, nem de negar-nos, a possibilidade de luta pela dignidade humana”<sup>24</sup>

Para isso é necessário reconhecer o outro. É necessário realizar um debate intercultural<sup>25</sup>. Na busca pela possibilidade de um debate intercultural efetivo e

<sup>22</sup> Herrera Flores, Joaquim, *A (re)invenção dos Direitos Humanos*, Florianópolis, Fundação Boiteux, 2009. p. 158

<sup>23</sup> Herrera Flores, Joaquim, *A (re)invenção dos Direitos Humanos*, Florianópolis, Fundação Boiteux, 2009. p. 163

<sup>24</sup> Herrera Flores, Joaquim, *A (re)invenção dos Direitos Humanos*, Florianópolis, Fundação Boiteux, 2009. p. 165

<sup>25</sup> Herrera Flores, Joaquim, *Direitos Humanos, Interculturalidade e Racionalidade de Resistência*, Sequência: Revista da pós-graduação em Direito da UFSC, nº 44, jul 2002, p. 23

reconhecedor, que poderá construir a unidade tão desejada que nos levará a uma resistência concisa na luta contra o antipoder, importante contribuição foi dada pelo sociólogo da Universidade de Coimbra, Boaventura de Sousa Santos, quando propõe aquilo que ele também denomina de diálogo intercultural.

Esse diálogo deveria partir de algumas premissas que nos levam a uma “concepção mestiça de direitos humanos, uma concepção que, ao reconhecer falsos universalismos, organiza-se como uma constelação de sentidos locais, mutuamente inteligíveis, e que se constitui em rede de referências normativas capacitantes”<sup>26</sup>.

A primeira premissa do sociólogo se confunde com as ideias de Herrera quando o professor português afirma que é fundamental a superação do debate entre universalismo e relativismo cultural; a segunda premissa afirma que é necessária a consciência de que “todas as culturas possuem concepções de dignidade humana, mas nem todas elas a concebem em termos de direitos humanos”<sup>27</sup>, a terceira premissa afirma que há uma natural incompletude e diversos problemas na concepção de dignidade humana em todas as culturas, a quarta premissa, por sua vez, nos alerta que “todas as culturas têm versões diferentes de dignidade humana, algumas mais amplas que outras, algumas com círculos de reciprocidade mais amplo que outras, algumas mais abertas a outras culturas que outras”<sup>28</sup>; já a quinta e última premissa salienta que todas as culturas tendem a dividir os indivíduos “entre dois princípios competitivos de vínculo hierárquico. Um – o princípio da igualdade... e outro - princípio da diferença”<sup>29</sup>.

Diante e conscientes dessas premissas, realizar o diálogo intercultural pode ser muito mais produtivo e nos fortalecer como indivíduos capazes de realizar aquilo que o professor português chama de hermenêutica diatópica, ou seja, uma forma de encontrarmos lugares comuns (topoi) entre as culturas, que, ultrapassando as diferenças, nos possibilitem agir em conjunto nas lutas pelos Direitos Humanos. Relata Boaventura, “no diálogo intercultural, troca não é apenas entre diferentes saberes, mas também entre diferentes culturas, ou seja, entre universos de sentidos diferentes e, em grande medida incomensuráveis”<sup>30</sup>.

Segundo o autor, a hermenêutica diatópica baseia-se na “ideia de que os topoi de uma dada cultura, por mais fortes que sejam, são tão incompletos quanto a própria cultura a que pertencem”<sup>31</sup>, só assim, afirma o autor, ao compreendermos

<sup>26</sup> Santos, Boaventura de Sousa (org), *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2003, p. 443

<sup>27</sup> Santos, Boaventura de Sousa (org), *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2003, p. 442

<sup>28</sup> Santos, Boaventura de Sousa, (org) *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2003, p. 442

<sup>29</sup> Santos, Boaventura de Sousa,(org) *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2003, p. 442

<sup>30</sup> Santos, Boaventura de Sousa, *A gramática do tempo: por uma nova cultura política*, 2ª ed. São Paulo, Cortez, 2008, p.447

<sup>31</sup> Santos, Boaventura de Sousa, *A gramática do tempo: por uma nova cultura política*, 2ª ed. São Paulo, Cortez, 2008, p. 448

a incompletude da nossa cultura, poderemos estabelecer debates sem as amarras culturais, fortalecendo lutas como as dos direitos humanos e da dignidade da pessoa humana, já que a mesma vai estar entendida dentro de seu contexto cultural.

Para Boaventura, compreender as diferenças é o primeiro caminho para o surgimento das afinidades. Ao exemplificar sua proposta, o autor utiliza dos exemplos do *dharma* da cultura hindu e do *umma* da cultura islâmica, que, apesar de possuírem características diferentes, representam, em seu núcleo, a dignidade humana. A mesma dignidade humana ocidental.

Outro exemplo de busca pela compreensão oriunda da hermenêutica diatópica é dado por autores como Abdullahi Anna'im, que, ao fazer uma análise da relação entre o islamismo e os direitos humanos, renega tanto a visão fundamentalista quanto a visão dita modernista e busca uma interseção nessa relação.

Segundo Boaventura, Anna'im tem uma reforma islâmica que busca “encontrar fundamentos interculturais para a defesa da dignidade humana, identificando as áreas de conflito entre a Sharia e os critérios de direitos humanos e propondo uma reconciliação ou relação positiva entre eles”<sup>32</sup>.

Nesse sentido, Anna'im busca rever o contexto da criação da lei jurídica máxima do islã, encontrando inclusive leis abandonadas que pregam “a dignidade inerente a todos os seres humanos, independente de sexo, religião ou raça”<sup>33</sup>, que, por serem avançadas na época de sua criação, foram abandonadas, mas hoje podem perfeitamente ser aplicadas.

Por fim Boaventura ressalta o caráter de construção coletiva da hermenêutica proposta. É somente através da consciência do outro – e de suas diferenças - que poderemos efetivar essa nova forma de construir conhecimento e encontrar soluções para os conflitos culturais existentes. Nesse sentido, escreve Santos:

“A hermenêutica diatópica requer não apenas um tipo de conhecimento diferente, mas também um diferente processo de criação de conhecimento. A hermenêutica diatópica exige uma produção de conhecimento coletiva, participativa, interativa, intersubjetiva e reticular, uma produção baseada em trocas cognitivas e afetivas que avançam por intermédio do aprofundamento da reciprocidade entre elas. Em suma, a hermenêutica diatópica privilegia o conhecimento-emancipação em detrimento do conhecimento-regulação”<sup>34</sup>

<sup>32</sup> Santos, Boaventura de Sousa, (org) *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2003, p. 448

<sup>33</sup> Santos, Boaventura de Sousa, (org) *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2003, p. 449

<sup>34</sup> Santos, Boaventura de Sousa, (org) *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2003, p. 451

Tendo como característica principal a aceitação de outras culturas e a flexibilização do seu eu cultural, a hermenêutica diatópica abre caminhos, refaz conceitos e encontra na aceitação dos outros direitos comuns em todas as sociedades. É a emancipação do homem pelo outro.

Somente nos reconhecendo dentro de nossas diferenças, encontrando pontos em comum dentro das mais diversas formas de viver, entender o mundo e existir dentro de cada cultura, poderemos encontrar, enfim, direitos mínimos que servem para construirmos os espaços necessários para vivermos com dignidade. Como resultado, poderemos construir resistências suficientemente fortes e agregadoras capazes de nos dar conteúdo comum para realizar a insurreição contra o Poder.

Na esteira de E. Glissant, citado por Flores, “Não necessito compreender o outro, quer dizer, reduzi-lo ao modelo de minha própria transparência, para viver com esse outro e construir algo com ele”<sup>35</sup>.

É, portanto, somente entendendo as particularidade de cada um que podemos refazer a realidade de todos, encontrarmos Direitos Humanos comuns a todos para servirem de núcleo da resistência que culminará na insurreição contra o poder.

## Referências

- FLORES, Joaquim Herrera. **A (re)invenção dos Direitos Humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.
- \_\_\_\_\_. **Direitos Humanos, Interculturalidade e Racionalidade de Resistência**. In: Sequência: Revista da pós-graduação em Direito da UFSC. nº 44, jul. 2002.
- \_\_\_\_\_. **Teoria Crítica dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.
- GUIMARAENS, Francisco de. **O poder constituinte na perspectiva de Antonio Negri: um conceito muito além da modernidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- HERMIDA, Cristina. *Es el Derecho um factor de cambio social?* In: Isonomia: Revista de Teoria y filosofia del Derecho, vol. 10, abril 1999.
- HOBBSAWN, Eric. **A era dos extremos: O breve século vinte (1914-1991)**. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.
- NEGRI, Antonio. **Antipoder**. In: Cinco lições sobre o império. Rio de Janeiro: DP&A Editora, 2003. p.197-208
- NEGRI, Antonio e Cocco Giuseppe. **Glob(al): Biopoder e luta em uma América Latina Globalizada**. Rio de Janeiro: Record, 2005.
- NEGRI, Antonio e HARDT Michael. **Império**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2006.
- \_\_\_\_\_. **Multidão**. Rio de Janeiro: Record, 2005
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo: por uma nova cultura política**. 2ª ed. São Paulo: Cortez, 2008
- \_\_\_\_\_. (org). **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- SKINNER, Quentin. **As fundações do pensamento político moderno**. São Paulo: Cia. das letras, 1996.

<sup>35</sup> Herrera Flores, Joaquim, *Teoria Crítica dos Direitos Humanos*, Rio de Janeiro, Lúmen júris, 2009, p. 8

# A busca da verdade e a concretização da função Epistêmica do Processo

Fabiana Alves Mascarenhas<sup>1</sup>  
Marcella Alves Mascarenhas Nardelli<sup>2</sup>

## Resumo

O presente ensaio se destina a analisar a busca da verdade como um dos principais objetivos do processo judicial, com base na concepção de Michele Taruffo. Deste modo, uma abordagem interessante é a que parte do reconhecimento de que o procedimento de definição dos fatos deve ser permeado por noções epistemológicas fundamentais destinadas a estabelecer as formas ideais de aproximação da verdade, o que leva à necessidade de analisar as regras probatórias com vistas a melhorar essa precisão como condição para uma decisão justa. Nesse contexto, os *standards* probatórios somente cumprirão o propósito de determinar quando se mostra adequado considerar as hipóteses principais como provadas se forem estabelecidos de forma objetiva e racional, como preconiza Larry Laudan. As concepções de Taruffo sobre a verdade no processo e de Laudan sobre a objetividade dos *standards* contribuem para a ansiada racionalização das decisões judiciais.

**Palavras-chave:** Busca da verdade; provas; epistemologia; *standards* probatórios; raciocínio probatório.

## Abstract

This essay aims to explore the pursuit of the truth as one of the main goals of legal proceedings, based on Michele Taruffo's conception. Thus, an interesting approach is to recognize that procedures of facts verification should be guided by fundamental epistemological notions to establish the best way to approach the truth. In this context, it is possible to conclude that the proof legal standards will only be capable to fulfill its role to determinate if it's possible to consider the main facts as proved if established by objective and rational means, as argued by Larry Laudan. Taruffo's conceptions about the truth in the process and Laudan's view about the objectivity of the standards contribute to the awaited rationalization of judicial decisions.

**Keywords:** Truth finding; evidence; epistemology; standards of proof; evidential reasoning.

<sup>1</sup> Doutora e Mestre em Sociologia e Direito pelo Programa de Pós-graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense – PPGSD/UFF. Professora de Direito Processual na Faculdade de Direito do Centro de Ensino Superior de Valença – CESVA/FAA. Mediadora Judicial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro - TJ/RJ.

<sup>2</sup> Doutora em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito de Campos. Professora Adjunta de Direito Processual Penal na Universidade Federal de Juiz de Fora.

## Introdução<sup>3</sup>

Existem opiniões muito variadas em torno do problema de se a verdade dos fatos possa ou deva ser considerada como uma finalidade do processo judicial, bem como em que medida e sob quais limitações deva ser buscada.

A despeito de não ser este um questionamento novo, nem tampouco próprio da ciência jurídica, já que é presente também na cultura filosófica, bem como objeto de estudo de outras ciências, o problema da definição da verdade segue relevante e não parece caminhar para um consenso.

Interessante ressaltar que, para além de se estabelecer uma adequada definição de verdade, o que passa necessariamente por uma análise filosófica e será tratado em seguida, é patente que a verdade é um valor de extrema relevância no âmbito do Estado Democrático de Direito.

A verdade buscada no processo não é distinta da que se busca em outras ciências. A mais significativa diferença é que a atividade processual possui algumas regras específicas guiadas por outros valores – igualmente relevantes – e que acabam por condicionar e limitar tal descoberta. Apesar disso, a função primordial do processo e da atividade probatória é a determinação da verdade dos fatos, compreendida em sua concepção de correspondência com a realidade exterior.

Importa deixar consignado que instituir tal objetivo não significa defender ingenuamente que a decisão adotada sobre os fatos corresponderá, necessariamente, à afirmação da verdade dos mesmos, tal como ocorreram na realidade. No entanto, também não é razoável admitir as concepções que defendem que a decisão adotada corresponde unicamente à crença (ou convicção) do juiz acerca da verdade. A crença situa-se no plano subjetivo e, portanto, é insuscetível de controle, o que torna tal visão inapropriada.

Afigura-se mais adequada, portanto, a compreensão da decisão sobre os fatos no sentido da aceitação pelo julgador da verdade de uma dada proposição, em razão de ter a mesma atingido um certo grau de confirmação exigido por um parâmetro aplicável ao caso, com base nos elementos probatórios disponíveis. Isso significa que o juiz deverá valorar as provas segundo os critérios racionais, decidindo em favor da hipótese que possui amplo suporte corroborativo a partir do conjunto probatório, de modo a satisfazer os referenciais de decisão estabelecidos juridicamente. Vale lembrar que isso deve ser feito a despeito de o quão intimamente convencido esteja ele acerca da verdade da hipótese contrária, uma vez que se reconhece a diferença entre “crença” e “prova”. Crer na verdade de um enunciado não é razão suficiente para considerá-lo provado. Esta última hipótese depende da satisfação de parâmetros objetivos.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> Este artigo é inédito no Brasil, tendo sido publicado material de conteúdo semelhante na Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

<sup>4</sup> Sobre o tema ver: BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prueba y Verdad en el Derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2005.

Por outro lado, a liberdade atribuída ao julgador para formar seu convencimento não deve ser concebida como autorização para decidir segundo sua intuição. A ação de julgar deve ser concebida como uma atividade racional, científica e fundamentada nas provas praticadas, conforme Miranda Estrampes.<sup>5</sup> Deste modo, “el juzgador deberá valorar, ineludiblemente, las pruebas de acuerdo con las ‘reglas de la sana crítica’, del ‘criterio racional’ o del ‘criterio humano’; es decir, de acuerdo con las reglas de la lógica, de la psicología, de la sociología y de la experiencia”.<sup>6</sup>

Paralelamente, considerando-se que no processo a verdade é geralmente concebida em termos de probabilidade, dada a falibilidade do conhecimento humano, o convencimento judicial poderá ser, nesses termos, mais ou menos sólido, a depender do conjunto probatório levado à sua apreciação. Para tanto, entram em cena os chamados *standards* de prova. Também compreendidos como *quantum of proof*, conforme Ian Dennis<sup>7</sup>, referem-se ao grau de probabilidade segundo o qual os fatos devem ser provados para serem tidos como verdadeiros.

Em um primeiro momento será abordada a concepção da verdade que se considera mais acertada dentro da dinâmica processual a fim de orientar a configuração da atividade probatória, o que se fará principalmente a partir das posições defendidas por Michele Taruffo.

Associadamente, considerando que a definição judicial da verdade dos fatos no processo não pode se limitar à subjetividade de seu convencimento, exsurge a relevância da fixação de determinados graus de confirmação a serem atingidos a depender do conjunto probatório disponível, os quais poderão ser mais ou menos rigorosos em face da matéria e dos bens jurídicos tutelados. É nesse contexto que entra em relevo o alerta de Larry Laudan sobre a necessidade de que esses *standards* sejam estabelecidos de forma objetiva, sob pena de sua total inutilidade. Em vista disso, a segunda parte do trabalho buscará apresentar as observações do autor e suas propostas destinadas a reduzir os riscos de subjetividade na determinação judicial da verdade.

Parece relevante aliar a visão da busca da verdade, da maneira tratada por Michele Taruffo, especialmente no tocante à dimensão epistêmica do processo, com as observações de Larry Laudan, no sentido da necessidade de fixação de *standards* probatórios objetivos. Tais posições se completam e parecem caminhar rumo à almejada racionalização das decisões judiciais.

---

<sup>5</sup> MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*. Barcelona: J. M. Bosch, 1997, p. 125.

<sup>6</sup> MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*. *Op cit.*, p. 153.

<sup>7</sup> DENNIS, Ian. *The Law of Evidence*. 4th ed. London: Sweet & Maxwell, 2010, p. 450.

## A verdade como valor

Analisando a verdade como valor nos âmbitos social, político e jurídico, Taruffo<sup>8</sup> procura estabelecer algumas premissas importantes.

Em primeiro lugar, em relação à verdade como valor social, esta teria uma função importante no aspecto moral, o que, segundo o autor, estaria relacionado às regras que cada pessoa segue ou não em seu comportamento dentro de uma sociedade. Sendo assim, é difícil apontar um sistema ou conjunto de regras morais em que não se preze pela verdade e não seja condenada a falsidade.<sup>9</sup>

Da mesma forma, quando se pensa em qualquer sistema ético, é muito difícil imaginar algum que legitime a mentira, de modo a ser cabível afirmar que a verdade cumpre uma função importante no entorno da vida em sociedade. O autor frisa, com respaldo nos teóricos da comunicação social, que a própria comunicação entre os indivíduos tem como pressuposto um dever de dizer a verdade, eis que não se poderia legitimar uma comunicação baseada em falsidades.<sup>10</sup>

No aspecto político, no âmbito dos sistemas democráticos, ainda maior seria o valor atribuído à verdade, já que esta deve nortear as relações de poder estabelecidas entre os seus detentores e os cidadãos. Se a verdade não se apresenta em uma medida correta nessas relações, estar-se-á diante de um *déficit* de democracia.

O autor lembra que historicamente os sistemas totalitaristas foram fundados na mentira, repetindo o *slogan* de Joseph Goebbels, ministro da propaganda do Reich, para quem “uma mentira repetida mil vezes acaba se tornando verdade”; e também Stalin, que ordenava que se alterassem os livros de história, não para adequá-los à realidade, mas para ajustá-los ao que ele considerava apropriado e conveniente. Taruffo conclui que o valor político da verdade é um dos elementos da Democracia.<sup>11</sup>

É claro que algumas estratégias do exercício do poder político podem limitar essa verdade em virtude de questões relevantes de ordem pública ou de segurança nacional. Porém, deixar de revelar a verdade de modo fundamentado e com base em outros valores relevantes não significa legitimar uma mentira ou faltar com a democracia.

Em seguida, finalmente, o autor se põe a analisar se seria a verdade também considerada um valor jurídico. Já de antemão explica que em uma determinada sociedade na qual a verdade é um valor moral que pauta a vida social, as comunicações e também a política, não seria possível deixar de admitir a verdade como valor no âmbito do Direito. Seria como dizer que o Direito não tem qualquer relação com a moral ou com o funcionamento da sociedade.

<sup>8</sup> TARUFFO, Michele. La Verdad como Valor Social y Jurídico. In: *Proceso y Decisión: Lecciones Mexicanas de Derecho Procesal*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 41.

<sup>9</sup> *Ibidem*.

<sup>10</sup> *Ibidem*.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 42.

## A verdade e o processo

No âmbito do Direito, as normas previstas abstratamente pelo legislador pressupõem, para sua concretização, uma determinada situação fática verificada na realidade. No direito penal, por exemplo, deve ser aplicada a pena para quem pratique uma determinada conduta prevista. Se não há uma preocupação em apurar, verdadeiramente, se a conduta foi ou não praticada na realidade para que, somente então, seja a pena aplicada, o direito será um mecanismo de perpetuação de injustiças. Assim sendo, uma correta aplicação do direito pressupõe uma adequada verificação dos fatos lastreada na verdade, motivo pelo qual não há como desvincular Direito e verdade.

No mesmo sentido Greco<sup>12</sup> ressalta que “a ideia de Justiça como objeto do Direito sempre esteve axiologicamente ancorada no pressuposto da verdade, ou seja, na incidência das normas jurídicas sobre a realidade da vida tal como ela é.” E continua, constatando que “os indivíduos somente se sentem eticamente motivados a conviver sob o império da lei, quando sabem que a justiça vai dar a cada um o que é seu, em conformidade com a verdade.”

Não se pode olvidar, como ainda alerta o professor, que uma das maiores ilusões que a consciência democrática contemporânea pode difundir na sociedade é a de que, no Estado de Direito, todo aquele que tiver um direito lesado ou ameaçado receberá do Estado a mais ampla e eficaz tutela jurisdicional apta a lhe assegurar o seu pleno gozo. Isso porque, apesar de ser certo que o direito nasce dos fatos, até hoje não houve nenhuma ciência ou saber humano que fosse capaz de empreender sua reconstrução de forma absolutamente segura e aceita por todos, para que o juiz pudesse se limitar a dizer o direito aplicável.<sup>13</sup>

Essa reflexão acerca de se a verdade está ou não ao alcance do juiz por meio do processo foi responsável por originar uma série de concepções céticas que inclusive chegam a negar a verdade como um fim do processo.

Taruffo analisa essas concepções céticas em três perspectivas: a de impossibilidade teórica; a de impossibilidade ideológica e a de impossibilidade prática de o processo alcançar a verdade.

Sobre a impossibilidade teórica, estaria ela relacionada com uma negação geral da possibilidade de se estabelecer a verdade de qualquer coisa. Essa concepção vem relacionada a um ceticismo filosófico radical, que exclui a cognoscibilidade da realidade.<sup>14</sup> O autor aponta os argumentos das correntes filosóficas que sinalizam para a impossibilidade teórica de alcançar a verdade no processo, dentre os quais são citados aqueles que se baseiam em premissas de psicologia ou de sociologia do conhecimento. Em relação às primeiras, cuidam dos argumentos da falibilidade e imprecisão, complexidade e variabilidade dos métodos cognoscentes, impeditivos

<sup>12</sup> GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 92.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 83.

<sup>14</sup> TARUFFO, Michele. *La Prueba de los Hechos*. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta, 2005, p. 28.

à obtenção de um conhecimento verdadeiro dos fatos, especialmente no âmbito do processo. Em relação às segundas, seriam os argumentos segundo os quais os procedimentos cognitivos estão impregnados por condicionantes sociais que determinam a inexistência de uma forma objetiva de apuração dos fatos de um modo geral, bem como no âmbito específico do processo.<sup>15</sup>

Taruffo cita também algumas concepções de impossibilidade ideológica e prática que desvinculam o processo da busca da verdade, no que explica que há ao menos dois tipos de razões pelas quais o conceito de verdade dos fatos no processo é altamente problemático no plano da definição do papel das provas<sup>16</sup>.

O primeiro tipo de razões, que se liga às concepções de impossibilidade prática de alcançar a verdade, refere-se à contradição entre verdade formal (ou processual) – que se estabelece no contexto do processo, e verdade real – que somente seria apurada fora do processo. Essencialmente, trata-se de saber se há identidade entre essas duas concepções. Segundo os juristas, haveria, de um lado, uma verdade processual, estabelecida no processo por meio das provas e pelos procedimentos probatórios e, por outro lado, a verdade material, histórica, insuscetível de ser alcançada pelas provas judiciais. No entanto, como fora bem observado, essa distinção é inaceitável, vez que parece insustentável a ideia de uma verdade judicial totalmente distinta e autônoma da verdade ocorrida no espaço e no tempo.

Como mostra o autor italiano, a justificativa para essa distinção parece consistir na circunstância de que no processo existem normas relativas à atividade probatória, que acabam por, inevitavelmente, condicionar a apuração dos fatos, além também da existência de regras que põem fim à busca da verdade (como exemplifica o autor com a coisa julgada). Ao contrário, fora do processo, não haveria qualquer tipo de limitação à busca da verdade<sup>17</sup>.

Ainda com Taruffo, sobre as regras probatórias que podem limitar ou condicionar a busca da verdade, não significa que estas levem a uma verdade diferente da que se possa descobrir fora do processo. O que ocorre é um *déficit* na apuração da verdade que ocorre no processo em virtude de regras que limitam a introdução de provas relevantes à apuração dos fatos, o que pode levar a uma verdade limitada, incompleta, ou, nos casos mais graves, não se apura verdade alguma. Finaliza o autor asseverando que o problema não concerne à verdade, mas aos limites dentro dos quais a disciplina do processo consente que essa seja apurada.

O segundo tipo de razões para a problemática que envolve a prova e a verdade dos fatos se refere ao lugar que se atribui à verdade na teoria do processo, o que se relaciona com as concepções de impossibilidade ideológica de se alcançar

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 35.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 24.

<sup>17</sup> TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 106-107.

a verdade. Para os que consideram que a função do processo é tão somente a de colocar fim às controvérsias, conforme Taruffo, tende-se a excluir que este deva ser orientado para a comprovação da verdade dos fatos. Nesse sentido, a busca da verdade poderia até mesmo ser vista como obstáculo prático para a consecução rápida do fim de solução da controvérsia. Quem, por outro lado, considera que a função do processo é a aplicação da lei ao caso concreto, a concretização de direitos e a garantia efetiva dos direitos fundamentais, tende a atribuir à comprovação da verdade dos fatos um valor instrumental, que se deve perseguir em vista do fim principal do processo representado pela formulação de uma decisão juridicamente correta.<sup>18</sup>

É comum encontrar teorias que resolvem o impasse simplesmente afirmando que não é objetivo do processo a busca da verdade, visto que seu objetivo seria simplesmente a resolução das controvérsias e não a produção de decisões verdadeiras. Assim, a única verdade que interessaria ao processo seria aquela estabelecida pelo juiz na sentença, já que, fora essa, nenhuma outra é do interesse do Estado, da administração da justiça ou, muito menos, das partes. Porém, como o próprio autor observa, apoiado nas lições de Twining, essa constatação leva a uma contradição entre a teoria da prova e a teoria do processo. A primeira afirma que a função da prova consiste em estabelecer a verdade dos fatos, enquanto a segunda diz, ao contrário, que a função do processo não consiste, em absoluto, na determinação da verdade dos fatos. Restaria inexplicado, assim, para que serviriam as provas no processo, já que essas estão dirigidas a produzir resultados nos quais o processo não estaria interessado.<sup>19</sup>

Parece equivocado afirmar que o processo não estaria interessado na determinação da verdade dos fatos, até porque, mesmo que se conceba o processo como instrumento para resolver conflitos, essa resolução não seria justa enquanto totalmente dissociada da verdade histórica.

Como bem constatou Greco, a sociedade do nosso tempo não mais se contenta com qualquer reconstrução dos fatos, mas apenas com aquela que a consciência coletiva assimila e aceita como autêntica, porque a exata reconstituição dos fatos é um pressuposto fundamental de decisões justas e da própria eficácia da tutela jurisdicional dos direitos.<sup>20</sup>

No entanto, uma decisão judicial que se pretende por justa – e é certo que a justiça das decisões é um valor a ser tutelado em um Estado Democrático de Direito – deve estar inequivocamente assentada em pressupostos fáticos verdadeiros, o que, por sua vez, depende de uma atividade adequada de reconstrução dos fatos.

---

<sup>18</sup> TARUFFO, Michele. Consideraciones sobre Prueba y Verdad. In: \_\_\_\_\_. *Sobre las fronteras: Escritos sobre la justicia civil*. Trad. Beatriz Quintero. Bogotá: Editorial Temis, 2006, p. 263.

<sup>19</sup> TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. *Op cit.*, p. 26-27.

<sup>20</sup> GRECO, Leonardo. A Verdade no Estado Democrático de Direito. In: *Doutrinas Essenciais de Direito Civil*. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 495.

Ademais, o estudo da prova e a busca pela verdade<sup>21</sup>, como condições para se atingir os mais importantes objetivos da atividade processual, assim como a responsabilidade social impregnada no processo, nunca tiveram tanta relevância como nos dias atuais, com a natural evolução das sociedades, e, portanto, do próprio direito. Nesse sentido, “a progressiva humanização do processo acarretou, em primeiro lugar, a destruição do primado simbólico e religioso da forma e depois obrou com que se atribuísse maior importância aos seus fins sociais e políticos.”<sup>22</sup>

A partir daí a prova assumiu posição de destaque no relevo do processo, seja por representar uma “ponte” entre o direito material e o processual, seja por constituir o caminho imprescindível para que o processo perquiria seu fim, qual seja, a determinação verdadeira dos fatos.

## **A dimensão epistêmica do processo e os *standards* de prova**

Como já anteriormente enfatizado, a verdade buscada no processo não é distinta da que se busca em outras ciências, a mais significativa diferença é que a atividade processual possui algumas regras específicas guiadas por outros valores – igualmente relevantes – e que acabam por condicionar e limitar a descoberta da verdade.

Mesmo que seja cediço que a natureza humana não é capaz de chegar a uma verdade absoluta, considera-se um dever de honestidade empenhar-se com todas as forças a fim de se aproximar o máximo possível deste ideal. Deste modo, no processo, mesmo com o convencimento de que a sentença final pode não ser mais que um juízo de verossimilhança, é mister que todo o procedimento esteja ordenado a fazer a mais profunda e controlada investigação possível da verdade tal como ela é, de modo a se reduzir ao mínimo a distância entre esta e aquela alcançada pelo processo.

Nessa esteira, uma decisão que se quer por justa não pode se contentar com qualquer verdade fática, emanada do arbítrio do julgador, sob pena de transformar o direito subjetivo em um direito aleatório, como assevera Leonardo Greco<sup>23</sup>, conforme os fatos dos quais resulta fossem reputados verdadeiros ou não

<sup>21</sup> “A própria estrutura do processo civil depende do problema da verdade, e, então, não se trata de uma simples adaptação técnica do instrumento judiciário a um objetivo determinado, mas se trata, sobretudo, de uma escolha de natureza política no que respeita às formas e aos objetivos da administração da justiça civil. No processo, com efeito, a verdade não é um fim em si mesma, mas é necessário buscá-la enquanto condição para que haja uma justiça “mais justa”.” MICHELI, Gian Antonio; TARUFFO, Michele. A prova. Tradução Teresa Celina de Arruda Alvim. *Revista de Processo*. São Paulo. n.16. out/dez 1979. p. 168.

<sup>22</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva. 2003. p. 217-218.

<sup>23</sup> GRECO, Leonardo. A prova no processo civil: do Código de 1973 ao novo Código Civil. In: \_\_\_\_\_. *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005, pp. 357-392.

segundo a conveniência do juiz, suportando a possibilidade de, diante das mesmas provas, outro juiz recusar essa veracidade. O autor continua a indagação citando Gian Franco Ricci, no sentido de que o acerto da verdade deve ser o único modo para o processo atingir os seus fins, devendo este ser demonstrativo, e não simplesmente retórico, valendo-se de preferências pessoais do julgador.<sup>24</sup>

A fim de se alcançar a desejada verdade do processo, Augusto Morello, da escola processual argentina, aponta que deve-se manejar, e ter à disposição, um procedimento que facilite e concorra para a obtenção dessa verdade, com oportunos e necessários fatores para a eficácia de tal mecanismo, dentre outros que se dispõem a tais propósitos, representando “linhas de tendências”: a redução de regras de exclusão dos meios de prova; a introdução de instrumentos que assegurem a aquisição da prova; a extensão do poder de iniciativa instrutória do juiz; a adoção de um método eficaz para a assunção e prática da prova; o critério de livre valoração da prova.<sup>25</sup>

Tal flexibilização da questão probatória na seara processual argentina também se reflete no processo de família, onde Kielmanovich aponta como princípio norteador dos conflitos complexos de família o princípio do *favor probationes*, sugerindo que nos casos de dúvidas objetivas e especialmente de dificuldades probatórias, deve-se optar por um critério amplo em favor da produção, admissão e eficácia das provas, além de uma profunda e sensível exploração da pessoa e de seu entorno:

“(…) Así, si se repara en las dificultades que aparece, por ejemplo, la demostración del adulterio, la filiación, la impotencia, etcétera, fácilmente se concluye que el Derecho, y en particular el derecho procesal familiar, ha debido encontrar nuevas técnicas para permitir y favorecer la reconstrucción de hechos que, como los mencionados, no suceden a la luz del día ni a la vista de terceros, y se rodean, antes bien, de recaudos que deliberadamente apuntan a impedir su prueba o a tornarla muy dificultosa.”<sup>26</sup>

A partir do momento em que se compreende a verdade como um valor importante a orientar os esforços empregados na dinâmica processual, cumpre analisar se, e em que medida, o processo pode ser considerado “um instrumento epistemologicamente válido e racional, ou seja, se esse é um método eficaz para a descoberta e a determinação da verdade dos fatos em que se funda a decisão”<sup>27 28</sup> a despeito das regras procedimentais peculiares que o caracterizam.

<sup>24</sup> *Ibidem*.

<sup>25</sup> MORELLO, Augusto. *La prueba: tendencias modernas*. 2ª ed. La Plata: Libreria Editora Platense. 1998. p. 42.

<sup>26</sup> KIELMANOVICH, Jorge. *Procesos de Familia*. Buenos Aires: Abeledo – Perrot. 1998. p. 22.

<sup>27</sup> TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade*. *Op cit.*, p 159.

<sup>28</sup> Em sentido semelhante: LAUDAN, Larry. *Verdad, error y proceso penal: un ensayo sobre epistemología jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2013; DAMAŠKA, Mirjan. Epistemology and legal regulation of proof. *In: Law, probability and risk*. nº 02, 2003, p. 117, 130.

O procedimento probatório, em seu conjunto, engloba diferentes fases que vão desde a postulação e consequente admissão, passando pela efetiva produção e culminando com a valoração das provas, esse, sem dúvida, o momento mais relevante, vez que nele se concentra todo o resultado da atividade probatória. Em sendo a prova o instrumento de que se vale o juiz e as partes para estabelecer a verdade dos fatos – o que não é diferente do que ocorre na investigação dos fatos nas mais variadas áreas do conhecimento –, é pertinente a análise geral acerca das normas que disciplinam esse procedimento probatório, a fim de verificar se são capazes de conduzir o julgador por um processo de decisão racionalmente válido e se podem ser consideradas epistemologicamente adequadas para este propósito ou se, em sentido contrário, atuam por finalidades outras que não a da descoberta da verdade. Paralelamente, identificando-se as normas contraepistêmicas, deve-se verificar se sua manutenção é indispensável e justificável por outros valores igualmente relevantes, bem como o que pode ser feito para atenuar os efeitos desse desvio.<sup>29</sup>

Larry Laudan, grande epistemólogo norte-americano, realiza interessante análise acerca da perspectiva epistêmica do processo penal. O autor alude a três conjuntos de valores que normalmente governam os sistemas de justiça penal. Um primeiro conjunto seria composto de valores extraepistêmicos, que se relacionam às normas que visam a proteger os direitos do acusado, o devido processo legal, dentre outros, mas nenhum deles voltado à busca da verdade. O segundo conjunto de valores é denominado pelo autor de núcleo duro da epistemologia jurídica e se compõe pelas normas que visam reduzir ou minorar a probabilidade de um juízo errôneo. Finalmente, o terceiro grupo de valores é denominado por Laudan como núcleo débil da epistemologia jurídica, onde o interesse das normas não é em reduzir os erros na busca da verdade, mas em distribuí-los de uma maneira particular, segundo uma decisão política de acordo com a qual certo tipo de erro é menos aceitável que outro.<sup>30</sup>

<sup>29</sup> Tendo em vista a concepção de prova como direito e dentro da perspectiva de sua função demonstrativa, quanto maior a gama de informações disponíveis ao juiz para que desenvolva essa função cognitiva, mais próximo estará da descoberta da verdade. Por esse motivo, as limitações probatórias devem ser analisadas com certa cautela para evitar qualquer tipo de entrave à função epistêmica do processo. É certo que alguns desses obstáculos que poderão representar uma maior dificuldade na descoberta da verdade se justificam no processo para salvaguardar outra ordem de valores e, por tal motivo, deverão ser mantidos para evitar que o processo represente uma violação indevida a direitos igualmente relevantes. Conforme salienta Greco, “a verdade não pode ser obtida a qualquer preço, pois o Estado de Direito, assentado na dignidade de todos os seres humanos e na eficácia concreta dos seus direitos fundamentais, não pode admitir que a tutela dos direitos de uns se faça com o sacrifício de um núcleo intangível dos próprios direitos fundamentais de outros.” Cf. GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. *Op cit.*, p. 120.

<sup>30</sup> LAUDAN, Larry. Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar. In: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 28, 2005, p. 97.

Assim, a partir de uma escolha política de que condenar um inocente é mais abominável que absolver um culpado, algumas normas se dirigem a direcionar os eventuais erros nas decisões para a segunda hipótese. O processo penal possui várias diretrizes nesse sentido, como a presunção de inocência, o *in dubio pro reo*, a ideia segundo a qual a acusação é quem deve suportar o ônus da prova e, enfim, os *standards* probatórios.

As normas processuais destinadas a regular a atividade probatória abrangerão as diferentes fases que dizem respeito ao direito à prova, quais sejam, o direito à admissão processual das provas relevantes para demonstrar a veracidade dos fatos e à sua efetiva produção e o direito à sua valoração racional pelo julgador, culminando em uma decisão justa. Em cada um desses momentos podem ser compreendidas as regras que dispõem, respectivamente, sobre a formação do conjunto probatório (onde se situam as eventuais limitações probatórias e as consequentes regras de exclusão de provas), seguidas das que tratarão do procedimento para sua produção, além das diretrizes para nortear a atividade valorativa do julgador, as quais trarão os parâmetros a serem considerados no momento de decidir a favor de uma ou outra hipótese fática.

Para que se possa alcançar um modelo de processo que se amolde aos ditames de uma concepção racionalista da prova, é necessário adequar o procedimento probatório ao fim da determinação da verdade dos fatos segundo um ideal de correspondência, o qual conceba a prova como instrumento metajurídico apto a realizar a verificação das hipóteses segundo os métodos adequados da investigação científica.

Os cânones racionais da ciência podem ajudar o julgador no raciocínio sobre as provas de modo a verificar o que se pode racionalmente inferir a partir do conjunto probatório disponível. A valoração permitirá outorgar a cada uma das hipóteses fáticas em conflito um determinado grau de confirmação - que nunca será igual à certeza absoluta. Porém, a questão da definição do *quantum* de confirmação se faz necessário para que se possa considerar uma hipótese como provada ou não, já não é mais uma questão científica, é uma decisão política.<sup>31</sup>

No caso do processo penal, por exemplo, o método científico de valoração só permite dizer que a hipótese de o réu ser culpado possui maior suporte probatório do que a de ele ser inocente. Porém, a definição do quanto de suporte probatório é necessário para que se possa seguramente condená-lo é uma questão a ser regulada pelo direito, de modo a distribuir as chances de erro entre as partes, de acordo com os valores em jogo.

E isso não faz com que o processo seja diferente das outras áreas, a exemplo do que ocorre em uma pesquisa farmacêutica para considerar a eficácia de certo medicamento: a decisão acerca de sua segurança também estará sujeita a um determinado *standard* a ser definido pela comunidade farmacêutica, de modo que normalmente deverá exigir uma margem grande de segurança em virtude dos

<sup>31</sup> Nesse sentido, BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

potenciais riscos de danos à saúde. Por outro lado, o *standard* do historiador é normalmente mais baixo, já que os valores envolvidos e uma eventual hipótese de erro não são tão prejudiciais.

Para o presente ensaio, serão alvo de análise apenas as questões relativas à atividade valorativa no que toca aos *standards* de prova – que exprimem o grau de convencimento exigido para lastrear uma decisão –, mais especificamente o *standard* que costuma ser exigido para uma condenação penal. O problema que se apresenta, em consonância com o anteriormente exposto, é a excessiva subjetividade que permeia a formação do convencimento do julgador, o que é agravado pelo caráter subjetivo dos standards de prova, como relatou Laudan.<sup>32</sup> A subjetividade do *standard* implica no afastamento do processo ao fim almejado da busca da verdade em seu ideal de correspondência, ficando muito mais próximo, ao contrário, das concepções subjetivas de verdade, as quais consideram a formação do convencimento do julgador como objetivo primordial do processo.

A análise de Laudan parte de uma perspectiva inerente ao direito anglo-americano, onde são três os mais conhecidos *standards* de prova comumente utilizados, quais sejam, *evidence beyond a reasonable doubt*, para casos criminais, *preponderance of evidence* nos casos civis e *clear and convincing evidence* também utilizado em causas civis, mas naquelas em que se põe em pauta a liberdade individual.<sup>33</sup>

O *preponderance of evidence* seria o critério menos exigente em termos de prova, requer a verificação se o autor da pretensão provou os fatos de modo que estes pareçam mais prováveis de serem verdadeiros do que falsos. Paralelamente, em alguns casos cíveis utiliza-se o *clear and convincing evidence*, que está situado em uma escala intermediária entre o anterior, de menor grau de probabilidade e o padrão criminal, que exige um maior rigor. Esse padrão justifica-se em algumas causas que, por haver uma certa restrição de direitos, exigiria uma maior carga probatória, embora não chegue a se assemelhar ao alto padrão de exigência para os casos criminais.

Em terceiro lugar, sendo este o objeto da presente análise, situa-se o *evidence beyond a reasonable doubt*, em que se exige que a prova da acusação esteja além de uma dúvida razoável. Isso não significa que não possa haver dúvida, pois parte-se do pressuposto que esta sempre existirá, vez que a plena certeza é praticamente inacessível. O que se exige, outrossim, é que o fato adquira um certo grau de probabilidade que afaste a existência de qualquer dúvida que se mostre razoável

<sup>32</sup> LAUDAN, *Op cit.* No mesmo sentido, em obra mais abrangente: \_\_\_\_\_. *Verdad, error y proceso penal: un ensayo sobre epistemología jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 59 e ss.

<sup>33</sup> Garapon estabelece uma escala imaginária para comparação entre os três padrões de prova, sendo que o criminal, *evidence beyond a reasonable doubt*, exigiria uma probabilidade de mais ou menos 75%, enquanto o cível, *preponderance of evidence* exige mais de 50% de probabilidade. Em terceiro lugar, o *clear and convincing evidence*, situado em lugar intermediário, exigiria um nível de 60 a 65% de probabilidade. GARAPON, Antoine; PAPAPOULOS, Ioannis. *Julgar nos Estados Unidos e na França. Cultura Jurídica Francesa e Common Law em uma Perspectiva Comparada*. Trad. de Regina Vasconcelos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 108.

sobre sua culpa, sendo esta entendida não como qualquer dúvida possível, mas como uma dúvida substancial surgindo sobre a prova.<sup>34</sup> No processo penal norteamericano o *standard* é direcionado, principalmente, aos jurados, uma vez que naquele contexto a instituição do júri ainda é muito presente.

Sendo assim, os jurados, após se deterem sobre as provas apresentadas pela acusação e defesa, devem decidir por condenar o acusado se, e somente se, tiverem chegado a um grau de certeza de que ele cometeu o delito, além da dúvida razoável. Por outro lado, se persiste uma dúvida razoável de que ele possa não ter cometido, deverão absolvê-lo.

Laudan se refere a um entendimento recorrente entre os juristas acadêmicos de se referir ao *standard* em termos de probabilidade bayesiana, quantificando-o em uma probabilidade de 90% a 95% de certeza. Por outro lado, os juízes preferem tratar o *standard* qualitativamente, como uma certeza moral, uma convicção íntima, firme, acerca da culpabilidade. O autor pretende demonstrar, no entanto, que ambos os juristas (acadêmicos e profissionais) não têm mais que uma compreensão superficial do que seja um *standard* probatório e do porquê de sua necessidade.<sup>35</sup>

O maior problema dos *standards* é, na visão do autor, a subjetividade de sua formulação e a falta de um método para sua aplicação e verificação. Quando se trata do júri, os juízes presidentes não fazem qualquer esforço para explicar aos jurados quais tipos de inferências ou que classe de evidências justificariam a formação de uma crença firme na culpabilidade do acusado, como se a simples expressão “dúvida razoável” fosse autoevidente. Laudan explica que o ponto de vista oficial da Suprema Corte dos Estados Unidos acerca do *standard* é de que a condição necessária e suficiente para condenar o acusado em um juízo penal é a crença firme da culpabilidade por parte do jurado.<sup>36</sup>

Veja-se com isso que toda a definição do *standard* e sua condição de verificação depende unicamente de um critério de certeza, um estado de firme crença, o qual constitui um convencimento inteiramente subjetivo, próprio de cada indivíduo e insuscetível de controle. Diante das mesmas provas apresentadas em um determinado caso, um corpo de jurados pode chegar a uma conclusão pela condenação, por estarem intimamente convencidos da culpa do acusado, enquanto

---

<sup>34</sup> Sobre a formação do convencimento do julgador, MITTERMAIER estabelece: Todas estas impresiones, todos estos impulsos en diversos sentidos, que los hechos producen en el juez establecen una especie de lucha entre los motivos en pró y en contra, y los que triunfan forman la conviccion. La aguja de la balanza de la conciencia, por servirnos tambien de esta metáfora conocida, va y viene antes de fijarse, y sus movimientos establecen la proporcion entre las razones de creer y negar los hechos en cuestion. Asi, cuando las razones afirmativas la iclinan por su numero y su peso, de tal suerte que ya no hay lugar ni aun á que suponer como posible la negativa, adquirimos la conviccion positiva, al paso que si hay equilibrio, quedamos en la duda.” MITTERMAIER, C. J. A. *Tratado de la prueba en materia criminal*. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación, 1857, p. 58.

<sup>35</sup> LAUDAN, Larry. *Op cit.*, p. 98-99.

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 99-100.

outro (considerando que o mesmo caso fosse submetido a outros jurados) poderia considerar existente uma dúvida razoável que obstaría a condenação. E tudo isso sem qualquer possibilidade de se compreender qual foi o raciocínio dos jurados, uma vez que ainda são predominantes os veredictos imotivados.

Em sendo o *standard* justamente um mecanismo destinado a nortear o julgador a decidir, é inconcebível que este, ao estabelecer o grau de convencimento que deve estar presente, se mostre inteiramente subjetivo e direcione sua aplicação para o âmbito particular da certeza individual, íntima. Quando foram analisadas anteriormente as concepções de verdade, procurou-se frisar que aquelas subjetivas são inadequadas para estabelecer o padrão aceitável da verdade que se busca no processo. Já alertando para o problema, a seguinte indagação fora feita por Greco: “será que a contingência do conhecimento científico deveria levar o jurista a contentar-se com a ideia de certeza em lugar da ideia de verdade?” A resposta foi, inevitavelmente, negativa:

(...) A ideia de certeza é restritiva em relação à de verdade, porque pode representar apenas um juízo subjetivo meramente resultante de uma persuasão retórica, ou até mesmo um juízo formal induzido por prescrições legais inteiramente distanciadas de qualquer fundamentação científica. Penso que não. A verdade, com os significados garantístico e político acima mencionados, tem de ser objetivamente controlável e controlada, para aproximar o processo da justiça, tendendo à reconstrução mais fiel possível dos fatos da causa. Para isso, o método da prova judiciária não pode diferir substancialmente do método de investigação das ciências experimentais, adotando critérios lógico-rationais comuns a essas ciências.<sup>37</sup>

Assim, a construção do *standard* e sua aplicação deve orientar o julgador a utilizar raciocínios válidos, semelhantes aos científicos, para verificar se uma hipótese pode ou não ser considerada provada diante das evidências apresentadas. Nesse sentido, Laudan explica que a finalidade de um *standard* em outras áreas de conhecimento científico (como nas ciências naturais, nas pesquisas clínicas em medicina, na matemática, etc.) é de indicar ao investigador quando está autorizado a considerar um fato como provado, isto é, quando a relação entre a prova ou as premissas justifica a aceitação da conclusão como provada para os propósitos pretendidos. No âmbito do processo, ao contrário, o *standard* é parasitário do nível de confiança do jurado acerca da culpabilidade do acusado.<sup>38</sup>

O grande equívoco em pensar assim, conforme o raciocínio do autor, é a inversão da ordem lógica das coisas. É como, segundo ele, os matemáticos estabelecerem que um teorema é verdadeiro a partir do momento em que estejam seguramente convencidos dessa verdade. Ou, da mesma forma, dizer a um epistemólogo que a partir do momento que estejam plenamente convencidos de que existe uma conexão causal entre A e B, isso estaria provado. Ambas as situações seriam motivo de riso. O correto seria então, justamente o contrário, ou

<sup>37</sup> GRECO, Leonardo. *Op. cit.*, p. 96.

<sup>38</sup> LAUDAN. *Op. cit.*, p. 104.

seja, o investigador não está autorizado a estar totalmente convencido de A até que (e a menos que) tenha uma prova de A (sendo que a firme convicção acerca de A não conta, em absoluto, como uma prova nesse sentido).<sup>39</sup>

Destarte, pode-se concluir que um *standard* de prova apropriado não depende de uma confiança subjetiva em uma hipótese, ao contrário, o *standard* indica quando esta confiança subjetiva está justificada. Fora do direito, a confiança racional em uma conjectura segue a sua prova, nunca a precede. No direito, tal confiança precede, certifica e, inclusive, constitui a prova.<sup>40</sup>

Face a essas constatações, Laudan apresenta algumas amostras de *standards* adequados que poderiam ser estabelecidos, aptos a levar o investigador (juiz ou jurado) a raciocínios válidos. O autor ressalta que não está defendendo a adoção destes, apenas apresenta uma fórmula clara e objetiva de elaboração:

(...) (A) Se é crível a prova acusatória ou um testemunho que resultaria difícil de explicar se o acusado fosse inocente e não é crível a prova de inocência ou um testemunho que seria muito difícil de explicar caso o acusado fosse culpado, então, condene-o. Do contrário, absolva-o.

Ou, tomando as indicações de algumas das interessantes propostas de Ron Allen:

(B) Se a história da acusação acerca do delito é plausível e você não pode imaginar uma história plausível que mostre o acusado como inocente, então, condene-o. Do contrário, absolva-o.<sup>41</sup>

Em sentido semelhante, o epistemólogo cita uma instrução oficial para o jurado adotada pelo Estado da Califórnia acerca das provas circunstanciais:

(...) A conclusão pela culpabilidade a respeito da prática de um delito não pode se basear em provas circunstanciais a menos que as circunstâncias provadas sejam não só (1) coerentes com a teoria de que o acusado é culpado do crime senão que, ademais, (2) não possam ser reconciliadas com qualquer outra conclusão racional. Se as provas circunstanciais permitem duas interpretações racionais, uma que sinaliza para a culpabilidade do acusado e a outra para sua inocência, você deverá adotar esta segunda interpretação e rechaçar a interpretação que sinaliza para a culpabilidade.<sup>42</sup>

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 104-105.

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 105-106.

<sup>41</sup> Tradução livre. No original: (A) Si es creíble la prueba acusatoria o un testimonio que resultaría difícil de explicar si el acusado fuese inocente y no es creíble la prueba exculpatória o un testimonio que sería muy difícil de explicar si el acusado fuese culpable, entonces condénalo. De otro modo, absuévalo. O, tomando las indicaciones de algunas de las interesantes propuestas de Ron Allen: (B) Si la historia de la acusación acerca del delito es plausible y usted no puede imaginar una historia plausible que muestre al acusado como inocente, entonces condénalo. De otro modo, absuévalo." *Ibidem*, p. 107.

<sup>42</sup> Tradução livre. No original: Sin embargo, el hallazgo de la culpabilidad respecto de la comisión de un delito no puede basarse en pruebas circunstanciales a menos que las circunstancias

Veja-se que, nos três casos, são estabelecidos parâmetros dentro dos quais pode-se considerar provados ou não os fatos, bem como, para que possa o jurado condenar ou absolver o acusado. Por mais que ainda nesses casos haja uma margem para a subjetividade, a conclusão não fica inteiramente no campo da certeza, do convencimento subjetivo, aproximando-se mais da noção de verdade como correspondência que deve ser a responsável por guiar os esforços no processo.

As observações de Laudan foram submetidas ao debate em uma mesa redonda sobre o tema “Racionalidade e *standards* de prova”, em dezembro de 2005, durante o *XI Congreso Italo-Español de Teoría del Derecho*, tendo como debatedores Michele Taruffo, processualista, Marina Gascón Abellán e Juan Igartua Salaverría, teóricos do direito, sob a coordenação de Perfecto Andrés Ibáñez, magistrado do Tribunal Supremo da Espanha.<sup>43</sup> Será explicitado aqui um contra-argumento em particular no que toca o tribunal do júri, para o qual serão tecidos breves comentários.

Marina Gascón Abellán compartilha com Laudan o entendimento acerca da necessidade de se estabelecer um standard de forma objetiva e controlável, aduzindo que a construção deste deve observar dois parâmetros, em primeiro lugar, decidir qual o grau de probabilidade ou certeza se requer para aceitar uma hipótese como verdadeira; em segundo lugar, deve-se formular objetivamente o standard, ou seja, formular os critérios objetivos que indicam quando se alcança esse grau de probabilidade ou certeza exigido. Sobre esse ponto, a autora considera que essa objetividade deve se expressar mediante um critério controlável. E conclui:

(...) Os *standards* se inserem, pois, em um processo de valoração racional. Mais exatamente, cumprem duas funções. Uma função heurística primeiro (enquanto guias de uma valoração racional): o *standard* é o critério conforme o qual deverá o juiz formular sua valoração final sobre os fatos da causa. E uma função justificadora depois (enquanto critérios para a motivação): o *standard* é o critério conforme o qual há de reconstruir-se a justificação da decisão probatória.<sup>44</sup>

É acerca desta exigência de controlabilidade – totalmente pertinente e necessária, que reside um grande problema no manejo dos *standards* pelo júri.

---

probadas sean no sólo (1) coherentes con la teoría de que el acusado es culpable del crimen sino que además, (2) no puedan ser reconciliadas con cualquier otra conclusión racional. Si las pruebas circunstanciales permiten dos interpretaciones razonables, una que señala a la culpabilidad del acusado y la otra a su inocencia, usted deberá adoptar esta segunda interpretación y rechazar la interpretación que señala la culpabilidad. *Ibidem.* p. 108.

<sup>43</sup> Os artigos fruto das discussões compuseram o número 28 do periódico DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho, 2005, com apresentação de Jordi Ferrer Beltrán.

<sup>44</sup> ABELLÁN, Marina Gascón. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. In: DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho. *cit.*, p. 129.

Problema este que não passou despercebido por Taruffo<sup>45</sup> e Igartua Salaverría em suas observações. Considerando que, na maior parte das suas configurações, especialmente no sistema norte-americano, os jurados não motivam suas decisões, restaria ineficaz a tentativa de objetivar o *standard*. Mesmo que se considerasse que este ainda seria útil para direcionar o raciocínio dos jurados a partir das provas, priorizando, inclusive, a sua função demonstrativa, não seria possível verificar a correção das conclusões.

Conforme Igartua Salaverría, pouco valeria haver conquistado um critério objetivo se não for possível nos blindar contra uma recaída na subjetividade. É necessário formular corretamente o *standard* probatório, mas pode ser que isso não seja suficiente. É preciso, primeiro, entendê-lo corretamente; logo, aplicá-lo adequadamente; e, ao fim, como deve ser feito com um critério que se pretenda objetivo, deve-se dispor de algum mecanismo para controlar se foi manejado ou não como é devido pelo órgão responsável por sua aplicação.<sup>46</sup>

De fato, se manejado pelo juiz profissional que irá, ao final, motivar sua decisão, o *standard* objetivo estará mais apto a cumprir sua finalidade, inclusive permitindo que qualquer pessoa possa analisar a fundamentação da decisão e exercer um controle, uma fiscalização da atividade valorativa. Isso, de fato, poderia reduzir a subjetividade que acomete a busca da verdade e resulta em erros de valoração.

No entanto é certo que a situação fica mais complicada no júri, tendo em vista os veredictos comumente não motivados.<sup>47</sup> Interessante sobre esse ponto

---

<sup>45</sup> “Un punto que creo importante es que en el sistema norte-americano el problema de la aplicación del BARD surge en dos momentos: el de las instrucciones que los jueces del trial dan al jurado y el de las afirmaciones de principio que se encuentran en las sentencias de las appellate courts o de la Corte Suprema. En cambio, no es posible en absoluto verificar si el BARD o cualquier otro estándar se ha aplicado efectivamente por los jurados en el momento de la decisión, por la obvia razón de que los jurados no motivan sus veredictos. En lo que se refiere a las instrucciones dadas por los jueces a los jurados, éstas pueden ser formuladas mejor o peor según los casos, aunque sólo sea porque son dadas por jueces que no tienen formación filosófica o epistemológica (y a menudo tienen incluso una formación jurídica mediocre). En cualquier caso, la observación fundamental es que no es posible verificar si, y en qué medida, esas instrucciones son seguidas por el jurado. Se puede conjeturar que incluso si el juez ofreciese una definición filosóficamente impecable del BARD, ésta no sería más que una especie de “mensaje en la botella”, que el jurado podría no comprender o no seguir.” Vale observar que a sigla BARD corresponde ao standard norte-americano *beyond a reasonable doubt*. TARUFFO, Michele. Tres observaciones sobre “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”, de Larry Laudan. In: *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. cit., p. 120.

<sup>46</sup> SALAVERRÍA, Juan Igartua. Prolongaciones a partir de Laudan. In: *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Op cit., p. 146.

<sup>47</sup> Quanto a essa questão em particular, já está sendo delineada uma mudança de perspectiva, tendo sido inclusive objeto de análise pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos no caso Taxquet v. Bélgica, 2010. O que segue da análise feita pela Corte é que a Convenção Europeia de Direitos Humanos não exige que os jurados fundamentem as decisões. No entanto, para que as exigências do *fair trial* sejam satisfeitas, o acusado e também o público devem ser aptos a entender o veredicto dado, o que constitui uma garantia vital contra

citar o exemplo da Espanha, em que a Lei Orgânica do Tribunal do Júri (LOTJ) procurou corrigir essa subjetividade por meio, não somente da exigência de que os jurados apresentem uma sucinta explicação dos motivos que levaram à decisão, mas também pela forma como o questionário é elaborado, fazendo com que o júri se veja levado a analisar cada fato alegado pela acusação e cada fato alegado pela defesa para, através das provas produzidas, julgar se consideram cada um deles provados ou não.<sup>48</sup>

Assim sendo, evidencia-se uma tendência de o júri espanhol levar o jurado a uma análise racional (visto que deve analisar cada fato) e sujeita a controle, por meio da sucinta explicação que deve estar presente na ata da votação. Se aliado à perspectiva da construção de um *standard* objetivo, à luz das proposições de Laudan, tal sistema levaria a padrões bem mais aceitáveis de racionalidade da decisão. Modelos como esse devem servir para inspirar reformas nas instituições de júri, que não mais devem subsistir guiados unicamente por valores extra-epistêmicos.

## Considerações finais

O presente trabalho procurou situar a verdade como importante valor a ser observado no processo, como pressuposto da justiça das decisões, em que importante se fez a análise do que se compreende como conceito de verdade. Nesse contexto, a concepção de verdade como correspondência parece ser a mais adequada para nortear a atividade probatória e a valoração pelo juiz, associada à função demonstrativa da prova.

Essas conclusões são importantes para assemelhar a atividade de busca da verdade no processo àquela realizada em diversas áreas de conhecimento, como nas ciências experimentais, na reconstrução dos fatos históricos, na matemática, dentre outras.

É certo que o processo comporta uma série de limitações a essa atividade de reconstrução dos fatos, muitas delas não orientadas à finalidade epistêmica, mas fundadas em valores igualmente importantes e que merecem semelhante cuidado. É certo que algumas dessas limitações – que poderão representar uma maior dificuldade na descoberta da verdade – justificam-se no processo para salvaguardar

---

arbitrariedades. A Corte também lembrou que decisões motivadas servem para o propósito de demonstrar às partes que elas foram ouvidas e contribuem para uma maior aceitação da decisão. Além do mais, obrigam os juízes a basear suas razões em argumentos objetivos e a preservar os direitos de defesa. No caso de tribunais do júri, as funções processuais devem ser acomodadas, uma vez que os jurados não fundamentam suas decisões. Essas garantias podem estar inseridas, por exemplo, nas instruções para os jurados dadas pelo juiz-presidente e nas questões postas a eles, desde que sejam aptas a estabelecer uma racionalidade sobre a qual o veredicto se baseará, compensando suficientemente a falta de razões para as respostas dos jurados.

<sup>48</sup> Artigos 52 e 61 da LOTJ. Disponível na internet: [http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Penal/lo5-1995.html#c4](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo5-1995.html#c4). Acesso em: 29/10/2014.

outra ordem de valores e, por tal motivo, deverão ser mantidos para evitar que o processo represente uma violação indevida a direitos igualmente relevantes. Conforme salienta Greco, “a verdade não pode ser obtida a qualquer preço, pois o Estado de Direito, assentado na dignidade de todos os seres humanos e na eficácia concreta dos seus direitos fundamentais, não pode admitir que a tutela dos direitos de uns se faça com o sacrifício de um núcleo intangível dos próprios direitos fundamentais de outros.”<sup>49</sup>

No entanto, existem algumas normas que limitam a atividade probatória – e, por isso, são consideradas contraepistêmicas –, que não se respaldam em valores relevantes e, por tal motivo, devem ser suprimidas ou adaptadas para que o processo possa se orientar para a descoberta da verdade.

Em relação aos *standards* probatórios, muito pode ser feito nesse sentido. Acima foi dado destaque para o procedimento do júri tomando-se por base o modelo anglo-americano. Os jurados são orientados a decidir conforme os *standards*, no entanto, por sua formulação subjetiva e vaga, não há propriamente uma preocupação em assegurar a racionalidade no momento da formação do convencimento, o que é agravado pela falta de motivação dos veredictos e compromete a busca da verdade como correspondência. Assim, sugeriu-se uma análise do modelo espanhol de quesitação, que acaba por vincular os jurados à verificação dos fatos e provas, exigindo, ao fim, uma sucinta explicação do veredicto, o que pode servir como inspiração de reformas para os Estados que contemplam o júri em seus sistemas de justiça.

De todo modo, o que deve ficar claro é a necessidade de se reavaliar o procedimento probatório como um todo e, paralelamente aos outros interesses relevantes, direcioná-lo também à finalidade epistêmica. Dessa forma, a verdade poderá deixar de ser considerada um valor inalcançável e passar a ser um ponto de referência a orientar a atividade dos atores processuais.

## Referências

- ABELLÁN, Marina Gascón. **Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos.** In: *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. nº 28, 2005.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **A Constituição e as Provas Ilicitamente Obtidas.** In: *Temas de Direito Processual – sexta série*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- \_\_\_\_\_. **O Juiz e a Prova.** In: *Revista de Processo*. São Paulo, nº 35, p. 178-184, abril/junho de 1984.
- BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007.
- DAMASKA, Mirjan. **Truth in adjudication.** In: *Hastings Law Journal*, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Epistemology and legal regulation of proof.* In: *Law, probability and risk*. nº 02, 2003.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- FISS, Owen. **Um Novo Processo Civil: Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

<sup>49</sup> GRECO. *Op cit*, p. 120.

- GARAPON, Antoine; PAPAPOULOS, Ioannis. **Julgar nos Estados Unidos e na França. Cultura Jurídica Francesa e Common Law em uma Perspectiva Comparada.** Trad. de Regina Vasconcelos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil.** Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- \_\_\_\_\_. **A Verdade no Estado Democrático de Direito.** In: *Doutrinas Essenciais de Direito Civil.* vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- \_\_\_\_\_. **A prova no processo civil:** do Código de 1973 ao novo Código Civil. In: \_\_\_\_\_ . **Estudos de Direito Processual.** Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005.
- \_\_\_\_\_. **Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo.** in **Estudos de Direito Processual.** Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005.
- KIELMANOVICH, Jorge. **Procesos de Familia.** Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 1998.
- LAUDAN, Larry. *Verdad, error y proceso penal: un ensayo sobre epistemología jurídica.* Madrid: Marcial Pons, 2013.
- \_\_\_\_\_. Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar. In: *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 28, 2005.
- LOPES, José António Mouraz. **A Fundamentação da Sentença no Sistema Penal Português: Legitimar, Diferenciar, Simplificar.** Coimbra: Almedina, 2011.
- LOPES Jr., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal. Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- MITTERMAIER, C. J. A. **Tratado de la prueba en materia criminal.** Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación, 1857.
- MORELLO, Augusto. *La prueba: tendencias modernas.* 2ª ed. La Plata: Librería Editora Platense, 1998.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no processo civil.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- SALAVERRÍA, Juan Igartua. *Prolongaciones a partir de Laudan.* In: *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 28, 2005.
- TARSKI, Alfred. La concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica. In: SANZ, María José Frápolli; MARÍN, Juan-Antonio Nicolás. *Teorías de la verdad en el siglo XX.* Madrid: Tecnos, 1997.
- TARUFFO, Michele. La Verdad como Valor Social y Jurídico. In: \_\_\_\_\_ . *Proceso y Decisión: Lecciones Mexicanas de Derecho Procesal.* Madrid: Marcial Pons, 2012.
- \_\_\_\_\_. *La Prueba de los Hechos.* Trad. Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos.* Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.
- \_\_\_\_\_. Consideraciones sobre Prueba y Verdad. In: \_\_\_\_\_ . *Sobre las fronteras: Escritos sobre la justicia civil.* Trad. Beatriz Quintero. Bogotá: Editorial Temis, 2006.
- \_\_\_\_\_. *La Prueba.* Madrid: Marcial Pons, 2008.
- \_\_\_\_\_. Considerazioni su prova e motivazione. In: *Revista de Processo.* Ano 32, nº 151, setembro de 2007.
- \_\_\_\_\_. *La Motivación de la Sentencia Civil.* Trad. de Lorenzo Córdova Vianello. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006.
- \_\_\_\_\_. La Dimensión Epistémica del Proceso. In: \_\_\_\_\_ . *Proceso y Decisión: Lecciones Mexicanas de Derecho Procesal.* Madrid: Marcial Pons, 2012.
- \_\_\_\_\_. Tres observaciones sobre “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”, de Larry Laudan. In: *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 28, 2005.

# O Projeto Epistemológico Metaconstitucional e o Controle de Convencionalidade

Guilherme Sandoval Góes<sup>1</sup>

## Resumo

O presente estudo propõe uma nova leitura sobre a extensão da proteção dos direitos humanos advinda dos sistemas nacional e global. A questão é saber se existe ou não latitude normativa na Constituição para responder aos desafios trazidos pelo Estado pós-moderno de Direito. De fato, no contexto atual de proteção dos direitos humanos, este trabalho almeja comparar as duas grandes perspectivas que se apresentam ao constitucionalismo da pós-modernidade, quais sejam, o projeto unilateral de *Pax Americana* e o projeto epistemológico do metaconstitucionalismo. Na linha epistêmico-conceitual, o regime dos direitos humanos ganha relevância universal, na medida em que a força normativa do direito cosmopolítico kantiano não dimana de normas feitas internamente por Estados soberanos, mas sim busca sua fonte normativa nas normas metaconstitucionais cosmopolitas.

**Palavras-chave:** Direitos humanos; *pax americana*; metaconstitucionalismo.

## Abstract

This study propose a new reading about the extent of human rights protection from the national and global systems. The issue of whether there is sufficient normative latitude in the Constitution to respond to the challenges presented by the post-modern rule of law. In fact, in the present context of human right protection, this study aims at comparing two great perspectives presented to post-modern constitutionalism, namely, the *Pax Americana* unilateral project and the epistemological project known as metaconstitucionalism. In the epistemic-conceptual line, the human rights regime gains universal relevance insofar as the normative force of Kantian cosmopolitan law does not derive from norms made internally by sovereign states, but rather seeks its normative source in the cosmopolitan metaconstitucional norms.

**Keywords:** Human rights; *pax americana*; metaconstitucionalism.

---

<sup>1</sup> Pesquisador do Programa Produtividade da UNESA. Pós-doutorando em Geopolítica, Cultura e Direito pela UNIFA. Doutor e Mestre em Direito pela UERJ. Professor Emérito da ECEME. Membro do PPGCA da UNIFA e PPGSID da ESG. Professor de Direito Constitucional da EMERJ, UNESA e UCAM. Diplomado pelo Naval War College dos Estados Unidos da América (Newport, Rhode Island). Chefe da Divisão de Geopolítica e Relações Internacionais da ESG. Agradeço o apoio do Programa Pesquisa Produtividade da UNESA.

## Introdução temática

Este trabalho resulta de pesquisa em andamento no programa produtividade da Universidade Estácio de Sá (UNESA) e que versa sobre o tema “Diálogos epistemológicos entre o controle de convencionalidade e o controle de constitucionalidade: desafios do Estado Neoconstitucional de Direito”.

O direito constitucional vem sofrendo grandes transformações a partir do fim da Guerra Fria, seja pelo declínio do positivismo jurídico, seja pelo fenômeno da globalização da economia, cuja lógica neoliberal busca mitigar a segunda dimensão de direitos fundamentais.

Com efeito, a queda do Muro de Berlim, em 1989, gestou, no primeiro momento, a expansão do Estado Neoliberal de Direito, que se encontra atrelado a um dinâmico processo de globalização da economia, capitaneado pelo projeto hegemônico de poder global dos Estados Unidos da América (EUA) e seus principais aliados capitalistas, quais sejam: Europa e Japão.

Tal perspectiva é denominada *Pax Americana*, que Vicente de Paulo Barreto associa ao termo “globalização”, valendo, pois, reproduzir seu magistério, *in verbis*:

O termo “globalização” foi, também, associado a um projeto sociopolítico, a *Pax Americana*, que após a queda do Muro de Berlim, foi considerado como hegemônico. O projeto, tanto para alguns teóricos, como na prática das relações financeiras, passou a ser considerado como qualitativamente superior aos demais modelos de regimes políticos, econômicos e sociais, encontrados nas diferentes nações do planeta.<sup>2</sup>

Nesse sentido, observe, com atenção, que a visão de *Pax Americana* projeta, a um só tempo, a imagem de declínio do welfarismo constitucional e da vitória do capitalismo democrático neoliberal. Com isso, o sistema jurídico-constitucional neoliberal passa a ser instrumentalizado pela redução jurídica do Estado, elemento central da desregulamentação normativa necessária à expansão do livre mercado mundial, bem como da relativização do conceito de soberania nacional absoluta.

Tais fenômenos acabam operando a quebra de equilíbrio do sistema jurídico de proteção dos direitos humanos, na medida em que passam a privilegiar a primeira dimensão (direitos civis e políticos) em detrimento da segunda (direitos sociais, econômicos, culturais e trabalhistas), fazendo ressurgir das cinzas a hegemonia exegética dos direitos negativos de defesa.

Tal mudança brusca no cenário hermenêutico contemporâneo paulatinamente inicia a consolidação da hegemonia das liberdades individuais, colocando em risco as conquistas sociais a partir de um projeto epistemológico neoliberal, que se materializa dentro de um processo de globalização liberalizante.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 215-216.

<sup>3</sup> Realmente, resta indubitável que o projeto epistemológico neoliberal abarca um plexo de conceitos que se imbricam de tal ordem que acabam desaguando na universalização dos valores

De tudo se vê, por conseguinte, que o fim da Guerra Fria abriu espaço para a implantação de sistemas nacionais protetivos de direitos fundamentais orientados pelo projeto epistemológico neoliberal de desconstrução do Estado Democrático Social de Direito. É nesta esteira de desconstrução de direitos que a dinâmica do constitucionalismo hodierno também se acelera, especialmente a partir do surgimento de um novo ciclo democrático, ainda em construção e que a doutrina vem denominando de constitucionalismo da pós-modernidade.

Isso não é tarefa fácil, uma vez que exige análises complexas a partir de um mosaico cientificamente multinucleado,<sup>4</sup> cuja abordagem percorre desde a desconstrução do *Welfare State*, perpassa pela evolução do regime jurídico de proteção dos direitos humanos, até, finalmente, chegar à atribuição de duas grandes tendências constitucionais contemporâneas, que coloca, de um lado, o projeto epistemológico neoliberal da *Pax Americana* de poder mundial unipolar (democracia liberal de inspiração lockeana) e, do outro, a perspectiva de um projeto epistemológico metaconstitucional da ordem mundial multipolar de poder mundial multipolar (democracia cosmopolita de inspiração kantiana).

Com efeito, nunca é demais lembrar a evolução que a teoria dos direitos fundamentais vem sofrendo ao longo da História, mormente nessa era de pós-modernidade, período no qual se concentrarão nossas principais perscrutações jurídico-constitucionais e cuja pluralidade de sentidos foi muito bem capturada por Luís Roberto Barroso, valendo, pois, reproduzir suas palavras, *in verbis*:

Planeta Terra. Início do século XXI. Ainda sem contato com outros mundos habitados. Entre luz e sombra, descortina-se a *pós-modernidade*. O rótulo genérico abriga a mistura de estilos, a descrença no poder absoluto da razão, o desprestígio do Estado. A era da velocidade. A imagem acima do conteúdo. O efêmero e o volátil parecem derrotar o permanente e o essencial. Vive-se a angústia do que não pôde ser e a perplexidade de um tempo sem verdades seguras. Uma época aparentemente *pós-tudo*: pós-marxista, pós-kelseniana, pós-freudiana.<sup>5</sup>

---

ocidentais, vitória do capitalismo financeiro, neutralização axiológica da Constituição Dirigente, abertura mundial do comércio, desconstrução dos direitos sociais e trabalhistas, primazia da autonomia privada em detrimento da proteção de hipossuficientes, redução jurídica do Estado, arquétipos de estatalidade mínima nos campos da economia e da geopolítica, relativização do conceito de soberania, desterritorialização, constitucionalismo pré-weimariano etc.

<sup>4</sup> De feito, para a análise percuente das características e tendências do direito constitucional pós-moderno concorrem diversos outros ramos da ciência, como por exemplo, a teoria geral do estado/ciência política (evolução social do estado: liberalismo, *welfarismo* e neoliberalismo), as teorias realista e idealista das relações internacionais, a teoria dimensional dos direitos fundamentais, a teoria pós-positivista da eficácia constitucional etc.

<sup>5</sup> BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: *A nova interpretação constitucional. Ponderação, Direitos fundamentais e Relações Privadas*. Organizador Luís Roberto Barroso. São Paulo-Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 2.

Com a devida agudeza de espírito, o estimado leitor haverá de concordar que o conceito de pós-modernidade é cercado de um plexo quase indecifrável de significados, não sendo, por conseguinte, objetivo deste artigo enfrentar diretamente tal questão. Nossa proposta limitar-se-á a estudar as transformações do regime jurídico de proteção dos direitos humanos nesta era de estatalidade pós-moderna.

É nesse diapasão que a maestria reflexiva do Professor Antônio Celso Alves Pereira, um dos maiores jusinternacionalistas do Brasil, do tempo presente, deixa claras as transformações sociais, políticas e econômicas que informam a sociedade internacional nesses tempos pós-modernos:

Do exposto, resta claramente entendido que, diante de tão profundas transformações sociais, políticas e econômicas, e, sobretudo, da velocidade com que os acontecimentos históricos se sucedem, vivemos, na **pós-modernidade**, uma integração cultural sem precedentes na história da humanidade. Essas realidades vieram acelerar o curso das mudanças que, desde o fim da Primeira Guerra Mundial, vêm repercutindo nas estruturas jurídicas internacionais. Como sabemos, o **Direito Internacional Público**, visto como um conjunto de normas e de instituições que têm como objeto reger a vida internacional, construir a paz, promover o desenvolvimento, em suma, buscar a realização e a dignidade do gênero humano, deve prosseguir em seu **processo evolutivo**, funcionar efetivamente como instrumento das mudanças que se operam de forma acelerada na **sociedade internacional pós-moderna**. (grifos nossos)<sup>6</sup>

Dessa visão pós-moderna da sociedade internacional, impende extrair a visão de construção da paz mundial, integração cultural dos povos, promoção do desenvolvimento das nações periféricas e sacralização do princípio da dignidade da pessoa humana como novo eixo axiológico da estatalidade pós-moderna.

Ora, com tal tipo de cosmovisão em mente, fica mais fácil compreender as bases fundantes do projeto epistemológico metaconstitucional, que se contrapõe, logicamente, ao projeto epistemológico neoliberal. Eis aqui a linha mestra desse artigo: identificar o estado da arte do regime jurídico de proteção dos direitos humanos, que se encontra em transição entre o constitucionalismo garantista do Estado Neoliberal de Direito e o constitucionalismo cosmopolita do Estado Metaconstitucional de Direito.

Em consequência, para identificar os elementos teóricos do metaconstitucionalismo de inspiração kantiana como último estágio científico do regime de proteção dos direitos humanos na era pós-moderna, outro caminho não se terá senão o de traçar antes o panorama jurídico do constitucionalismo neoliberal da *Pax Americana*, cujo perfil constitucional tende para a primazia do garantismo constitucional em função do desprestígio do dirigismo constitucional.

<sup>6</sup> PEREIRA, Antônio Celso Alves. "Soberania e pós-modernidade" In: *O Brasil e os novos desafios do direito Internacional*. BRANT, Leonardo N. Caldeira, organizador. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 621.

## Estado Neoliberal de Direito, *Pax Americana* e constitucionalismo garantista

É claro que o sistema internacional e o jogo geopolítico de poder mundial se projetam e influenciam as ordens internas, notadamente, dos países de modernidade tardia, como é o caso do Brasil; o que logicamente obriga o estudioso dos direitos humanos a examinar as interferências jurídico-constitucionais advindas do projeto epistemológico neoliberal, implantado após a queda do Muro de Berlim e cujo foco passou a ser a redução jurídica do Estado e a desregulamentação do comércio global.

Nesse sentido, Paulo Bonavides, com precisão acadêmica, mostra que:

O fato novo e surpreendente do modelo de globalização em curso é que ele não opera nas relações internacionais com valores e princípios; sua ideologia, aparentemente, é não ter ideologia, posto que esteja a mesma subjacente, oculta e invisível no monstruoso fenômeno de poder e subjugação, que é a maneira como a sociedade fechada e incógnita das minorias privilegiadas, dos concentradores de capitais, faz a guerra de escravização, **conquistando mercados, sem disparar um só tiro de canhão e sem espargir uma única gota de sangue**. Desferem, simplesmente, a pretexto de reformar, modernizar e globalizar a economia, os sinistros golpes de Estado institucionais, tendo para tanto por instrumentos e executores os governos títeres da “ditadura constitucional” de que ora estamos sendo vítimas neste País.<sup>7</sup> (grifos nossos)

Da lição de Paulo Bonavides, é preciso vislumbrar a globalização, tanto sob seu aspecto positivo de integração cultural de todos os povos da Terra, mas, também, sob seu ponto de vista negativo de imposição do projeto epistemológico neoliberal, cujo símbolo máximo é a ideia de pensamento único do fim da História de Francis Fukuyama.<sup>8</sup> De fato, essa ideia-força de fim da História projeta a imagem de uma nova mundialidade sem guerras e de cooperação internacional benéfica para toda a humanidade, o que evidentemente não se confirmou, mas, que serviu de retórica de voz uníssona para convencer a elite dominante da periferia do sistema mundial, facilmente seduzida pelo projeto do capitalismo democrático neoliberal.

Infelizmente, como bem destacou Bonavides, o projeto neoliberal de *Pax Americana* faz a guerra de escravização dos países subdesenvolvidos pela conquista de mercados sem disparar um só tiro de canhão e sem espargir uma única gota de sangue. Isso não é preciso, pois, não há nenhum tipo de reação. É o próprio Congresso Nacional que se encarregará de legislar em defesa dos interesses estratégicos dos países desenvolvidos em detrimentos dos interesses nacionais.

<sup>7</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do país constitucional ao país neocolonial*. A derrubada da constituição e a recolonização pelo golpe de estado institucional. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 6-7.

<sup>8</sup> FUKUYAMA, Francis. *O fim da história*. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 1998.

Realmente, é muito triste constatar que os Parlamentos dos Países de modernidade tardia, como é o caso do Brasil, deixam de representar democraticamente o povo, passando a atuar como meros reprodutores de normas jurídicas feitas fora dos limites soberanos do Estado e fazendo valer a visão de Norberto Bobbio,<sup>9</sup> quando afirma que o poder real já não é mais o Parlamento, porque se transforma em mera câmara de ressonância de decisões políticas tomadas fora do seu âmbito.

Nesse sentido, é melancólico constatar que, na nossa região geopolítica, o projeto epistemológico neoliberal, sem nenhuma necessidade de fazer uso da força militar e sem nenhum tipo de derramamento de sangue, revelou-se eficaz e eficiente na imposição da força normativa dos mercados e seu consectário mais insensível, qual seja: a neutralização axiológica da Constituição Dirigente, retirando-lhe a eficácia positiva ou social tão arduamente conquistada, sob a justificativa de que se acentuava cada vez mais a crise do Estado Democrático Social de Direito (Estado do bem-estar social também denominado *Welfare State*).

Com efeito, com o fim da Guerra Fria, surge a tendência de adoção do **arquétipo constitucional pré-weimariano**, vale explicitar, a adoção do modelo liberal que existia antes da Constituição de Weimar, de 1919, na Alemanha, símbolo da democracia *welfarista* e do dirigismo constitucional. De fato, com o fim da competição entre liberalismo capitalista e intervencionismo welfarista, o arquétipo constitucional que se impôs em escala planetária não foi o do projeto epistemológico metaconstitucional, baseado no Estado Universal de Direito, mas sim o projeto epistemológico neoliberal, baseado no Estado Garantista de Direito.

Com espreque na livre iniciativa e na autonomia da vontade como instrumentos realizadores da democracia e da liberdade política, o projeto neoliberal da *Pax Americana* procurou justificar eticamente a desconstrução dos direitos sociais e trabalhistas de segunda dimensão, tornando obsoleto o dirigismo constitucional, acusado de retrógrado e impróprio à competitividade internacional e à abertura mundial do comércio, exatamente num momento em que a globalização da economia exigia a desregulamentação dos mercados mundiais e a relativização do conceito de soberania.

No entanto, é nesse contexto neoliberalizante de retomada do arquétipo constitucional pré-weimariano que se julga fundamental trazer de volta os direitos sociais fundamentais para a centralidade do constitucionalismo da pós-modernidade. Nas palavras de José Joaquim Gomes Canotilho:

Os direitos econômicos, sociais e culturais, na qualidade de direitos fundamentais, devem regressar ao espaço jurídico-constitucional e ser considerados como elementos constitucionais essenciais de uma comunidade jurídica bem ordenada.<sup>10</sup>

<sup>9</sup> Para Norberto Bobbio, o parlamento, na sociedade industrial avançada, não é mais o centro do poder real, mas apenas, frequentemente, uma câmara de ressonância de decisões tomadas em outro lugar. Cf. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 159.

<sup>10</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 98.

Com rigor, o que se quer aqui demonstrar é que a queda do muro de Berlim, em 1989, é o ponto de inflexão da efetividade dos direitos sociais, na medida em que o projeto epistemológico neoliberal erigiu, como novo eixo hermenêutico do mundo pós-Guerra Fria, o arquétipo constitucional pré-weimariano, que se ocupa tão somente com a revalorização da primeira dimensão (direitos civis e políticos) em prejuízo para os direitos sociais e trabalhistas de segunda dimensão.

Em termos simples, isso significa dizer que o Estado Neoliberal de Direito não reconhece os direitos sociais como direitos públicos subjetivos capazes de gerar seus efeitos de *per se*, sem necessidade de intervenção legislativa superveniente. Ou seja, os direitos sociais e trabalhistas de segunda dimensão, pela sua própria natureza jurídica intrínseca de direitos estatais prestacionais, não seriam considerados direitos públicos subjetivos, porque meros comandos axiológicos desprovidos de efetividade e dependentes de legislação posterior, o que certamente impediria que os indivíduos pudessem reivindicá-los perante o Poder Judiciário nos casos de sua violação.

Com a devida agudeza de espírito, observe que paira sobre o constitucionalismo pré-weimariano o fantasma da negação de direitos sociais e trabalhistas, criado pela era da descodificação/desregulamentação advinda do projeto epistemológico neoliberal. Assim sendo, sob o pálio da ordem democrática neoliberal, o arquétipo pré-weimariano inverte o sinal da engenharia constitucional no mundo periférico a partir de interesses das grandes potências capitalistas, colocando em risco a efetividade dos direitos sociais de segunda dimensão.

Em consequência, não deve prosperar a tese do projeto epistemológico neoliberal como único paradigma constitucionalmente adequado para garantir a competitividade mundial, notadamente nesses tempos de globalização neodarwinista de contratos leoninos entre centros mundiais de poder e países atrasados da periferia global. Há que se reconhecer que o constitucionalismo neoliberal deve curvar-se à garantia do conteúdo essencial dos direitos sociais, sem o que se corre o risco de transformar a Constituição Dirigente dos países de modernidade tardia em mera folha de papel, tal qual preconizado por Ferdinand Lassale.<sup>11</sup>

Ao contrário, a Constituição periférica deve manter sua força normativa com aptidão eficaz para não apenas regular, mas, principalmente, moldar a realidade político-social de um país. Ou seja, na confrontação entre os fatores reais de poder e a Constituição, haverá de prevalecer a força normativa da Carta Ápice, ou seja, a Constituição deve ser considerada a parte mais forte voltada para a busca do bem comum e da dignidade da pessoa humana.<sup>12</sup>

<sup>11</sup> LASSALE, Ferdinand. *O que é uma constituição?* 2ª ed. Campinas: Minelli, 2005.

<sup>12</sup> Isto significa dizer que as questões constitucionais, notadamente aquelas envolvendo a garantia de direitos fundamentais, não podem ser consideradas como meras expressões dos fatores reais de poder, seja o poder político, econômico, militar, psicossocial/cultural ou científico-tecnológico/ intelectual. Mas devem, sim, ganhar força normativa a partir da atuação de todos os poderes constituídos do Estado (Legislativo, Judiciário e Executivo).

No entanto, sob a égide de um realismo maquiavélico-hobbesiano, o projeto estadunidense de *Pax Americana* tem aspirações hegemônicas sobre todo o mundo globalizado, valendo ressaltar, com as palavras de José Luis Fiori, que o poder hegemônico estadunidense transforma-se com o fim da União Soviética, *verbis*:

O fim da Guerra Fria transfere para os Estados Unidos uma centralidade militar e monetária sem precedentes na história da economia-mundo capitalista. Ambos os poderes seguem concentrados nas mãos de uma única potência que ainda responde pelo nome de Estados Unidos.<sup>13</sup>

Eis que plenamente justificado, sob a perspectiva estadunidense, o projeto epistemológico neoliberal, na medida em que traz no seu bojo as ideias de globalização da economia, abertura mundial do comércio, engenharia constitucional pré-weimariana, era de desregulamentação/descodificação, neutralização axiológica do dirigismo welfarista, relativização do conceito de soberania, redução jurídica do Estado, constitucionalismo garantista/absenteísta etc.

Ora o resultado desse projeto de poder unilateral e neoliberal não poderia ser outro senão a criação de uma ordem civilizatória distorcida que enfraquece as tendências de proteção internacional dos direitos humanos. Trata-se, portanto, de um sistema de proteção de direitos sob ameaça, uma vez que se afasta da universalidade dos direitos humanos, o que visivelmente demonstra que o projeto neoliberal aposta no poder de influência mundial do capitalismo democrático, alterando a ordem constitucional dos países de modernidade tardia a seu talante.<sup>14</sup>

Não engloba, pois, a questão dos direitos do “outro ordenamento” ou do “outro” homem. Nesse diapasão, Vicente Barretto preleciona que:

Permanece, entretanto, uma pergunta que tem a ver com a possibilidade de manter-se a natureza libertadora dos direitos humanos mesmo em situações de risco como aquelas provocadas pelo conflito e negação desses direitos pelo direito do outro homem. É a pergunta que exige uma resposta para que se preservem os direitos humanos originais no processo de hierarquização, pressuposto para resolver conflitos entre direitos humanos sequenciais.<sup>15</sup>

Assim, a defesa dos direitos humanos não se exaure na simples concepção de direitos fundamentais de uma ordem constitucional qualquer.

<sup>13</sup> FIORI, José Luís. *O poder global e a nova geopolítica das nações*. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 59.

<sup>14</sup> Em linhas gerais, o projeto neoliberal marca o início de uma etapa na proteção dos direitos humanos, cujo constructo aposta na implantação de um sistema constitucional fechado dentro dos limites de um determinado Estado-nação.

<sup>15</sup> Cf *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*, p. 14.

Ao revés, os direitos humanos existem antes mesmo de serem promulgados por uma constituição específica.<sup>16</sup> É por isso que na próxima segmentação temática se pretende investigar as transformações paradigmáticas da **ordem metaconstitucional de direitos humanos**, na qual a questão da eficácia positiva ou simétrica dos direitos humanos transcende as fronteiras dos Estados nacionais soberanos.

Por ora importa compreender que, no campo da fundamentação ético-filosófica dos direitos humanos, o Estado Neoliberal de Direito, sem agredir sua característica central de Estado de Direito, afasta-se da objetivação jurídica metaconstitucional, na medida em que desconsidera os valores axiológicos universalmente compartilhados como base fundamental de uma ordem civilizatória humanizada, cosmopolita e calcada no empoderamento normativo de organismos supranacionais (Organização das Nações Unidas e Cortes Regionais de Direitos Humanos). Ao contrário, a *Pax Americana* aposta na manutenção de um Direito Internacional hegemônico, no qual predomina o poder geopolítico dos centros mundiais de poder (EUA, Europa, Japão e, mais recentemente, China).

E mais: desde sua gênese, o constitucionalismo liberal surgiu associado ao Estado de Direito garantista (*rule of law*) e seus dois grandes pilares de sustentabilidade, quais sejam: a separação de poderes (vislumbrada por Montesquieu) e o catálogo de direitos civis e políticos como instrumentos de limitação do poder do Estado Leviatã Absoluto. Nesse sentido, precisa a lição de Martin Loughlin:

Constitutional liberty, says Montesquieu, is achieved when the exercise of governmental power is constrained through institutional checks and balances. This system of formal constraints is what we now recognize as a modern liberal constitution and it provides us with a contemporary understanding of the idea of constitutionalism. It is only once these understandings have been set in place that we can appreciate what is meant by the modern idea of the rule of law.<sup>17</sup>

Assim, pode-se afirmar que o constitucionalismo liberal moderno nasce atrelado ao paradigma jurídico garantista como resultado das revoluções burguesas do final do século XVIII e cujas reivindicações exigiam a criação de instrumentos jurídicos de garantia das liberdades individuais a partir de uma Constituição

---

<sup>16</sup> Eis aqui a ideia de jusfundamentalidade material dos direitos humanos sendo reafirmada, seja em virtude do reconhecimento de que sua normatividade não fica adstrita à atividade legiferante de um determinado Estado nacional, seja em virtude da necessidade de aferição da retitude material da norma posta em termos axiológicos.

<sup>17</sup> LOUGHLIN, Martin. *Sword & scales: an examination of the relationship between law & politics*. Oxford; Portland Oregon: Hart publishing, 2000, p. 183.

escrita, rígida e dotada de supremacia sobre todos os poderes constituídos do Estado.<sup>18</sup>

Sem embargo de sua importância para a consolidação da democracia, bem como para a evolução do regime jurídico de proteção dos direitos humanos, o fato é que o constitucionalismo liberal garantista circunscreveu, em essência, uma era histórica que se entremostrou insuficiente na busca da dignidade da pessoa humana e da igualdade material, isto é, foi incapaz de criar as condições mínimas de vida digna, gerando a igualdade de oportunidades para todos os indivíduos. É por isso que a releitura pós-moderna do constitucionalismo garantista trazida pelo Estado Neoliberal de Direito deve ser avaliada com parcimônia, na medida em que beneficia a classe dominante de um determinado país e não o homem comum em si.

Enfim, acredita-se que a retomada do constitucionalismo garantista pode reconduzir para o epicentro constitucional da pós-modernidade a sacralização da estatalidade mínima, o que evidentemente pode agravar ainda mais o quadro lamentável de verdadeira miséria humana das periferias dos países de modernidade tardia. Infelizmente essa é a compilação que se faz do quadro protetivo de direitos humanos sob o pálio do Estado Neoliberal de Direito da *Pax Americana*.

Portanto, resta agora examinar sua antítese, isto é, o projeto epistemológico metaconstitucional, calcado na ideia kantiana de sociedade democrática universal de cidadania cosmopolita.

## **Estado Universal de Direito, Ordem Mundial Multipolar e Metaconstitucionalismo**

Como já amplamente visto, a hodierna teoria dos direitos humanos não pode deixar de enfrentar a complexa questão que se lhe apresenta e que é a confrontação de dois grandes arquétipos constitucionais excludentes entre si: o caminho da globalização neoliberal, que aposta na livre concorrência dos mercados mundiais e o caminho da globalização cosmopolita que aposta na universalização intercultural como meio de realização de vida digna para todos.

Tal situação coloca em tensão a engenharia constitucional neoliberal e a proteção metaconstitucional dos direitos humanos, em virtude do contexto mundial que surge a partir da quebra de equilíbrio geopolítico entre as duas

---

<sup>18</sup> Sob a égide do primeiro ciclo democrático da modernidade, floresce o garantismo de primeira dimensão dos direitos fundamentais com o objetivo de limitar o poder do Estado Leviatã Absoluto, violador dessas liberdades individuais. É por isso que as normas constitucionais do Estado Liberal de Direito são predominantemente direitos negativos de defesa contra o poder do Estado, daí a natureza do seu perfil constitucional, que é, a um só tempo, um constitucionalismo garantista, absentista, minimalista e positivista. Dessarte, os direitos negativos de defesa são colocados no centro da Constituição Garantista, com o desiderato de assegurar as liberdades individuais. De tudo se vê, por conseguinte, que o constitucionalismo liberal não garante a proteção dos hipossuficientes contra a inação inconstitucional do Estado, ao revés, guarda tão somente aqueles direitos subjetivos atrelados às liberdades individuais (direitos civis e políticos).

superpotências, o que logicamente também acarreta grandes transformações nos ordenamentos jurídicos das nações do planeta como um todo.<sup>19</sup> É por isso que importa comparar tais caminhos.

A consolidação da fase metaconstitucional de cunho cosmopolita pressupõe uma dinâmica jurídica que projete a supremacia das normas de direito internacional em detrimento das ordens jurídicas internas dos Estados nacionais soberanos. Observe, aqui, com atenção, que o Estado Metaconstitucional de Direito é a antítese do projeto neoliberal e da *Pax Americana*.

Já o mundo neoliberal norte-americano seria sinônimo de um poder hegemônico mundial dos EUA capaz de reger unilateralmente as relações internacionais, em todos os campos do poder nacional (político, econômico, militar, cultural e intelectual), o que evidentemente não parece ser verdadeiro. Realmente, sob a égide de uma sociedade internacional multifacetada, não se pode falar em ideologia única, liberal, capitalista, democrática e culturalmente universal. Ao contrário, é o choque entre civilizações imbricado com disputas comerciais, religiosas e tecnológicas que estão a reger o complexo cenário político-constitucional contemporâneo.

Diante de tais fatos, é possível contrapor a democracia cosmopolita à democracia neoliberal, apontando alguns elementos que sugerem a reavaliação da *Pax Americana* a partir de uma série de questionamentos, tais como, (i) em que medida as relações da comunidade local com o poder global hegemônico podem assegurar a governança dessa nova ordem mundial unipolar?; (ii) quais serão as relações entre o sistema de produção econômica na esfera planetária e a sociedade civil de cunho local, notadamente no que se refere aos desafios sociais que o capitalismo democrático impõe à tal sociedade civil? e (iii) como conciliar o cenário geopolítico sombrio da guerra ao terror da *Pax Americana* com as correntes que professam a transformação da ordem mundial contemporânea na direção de um *Estado Universal de Direito*, no qual a dignidade da pessoa humana passa a ser seu grande imperativo categórico?

Com certeza, o problema central da *Pax Americana* é que ela simboliza a desconstrução da democracia cosmopolita, ou seja, o modelo político-institucional do neoliberalismo não favorece a visão metaconstitucional como solução para a superação da teoria constitucional tradicional, que se fundamenta no conjunto de normas geradas internamente. Com efeito, o metaconstitucionalismo surge como um novo olhar para as relações entre Estado Democrático de Direito e cidadania cosmopolita, uma vez que projeta a força normativa das normas internacionais cogentes.

---

<sup>19</sup> De todos esses fenômenos destaca-se indubitavelmente a vertente econômico-financeira, como, aliás, muito bem salientam Lenio Streck e Bolzan de Moraes ao evidenciarem que a ideia de privatização é o “carro chefe das políticas neoliberais, objetiva a redução do *deficit* fiscal, aplicando para tal o receituário do Consenso de Washington. Os cortes incidem sobre gastos sociais, seguidos de compulsiva venda de patrimônio público a preços desvalorizados”. STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política & teoria do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 153.

Trata-se de uma nova perspectiva que se perfaz a partir da ruptura da teoria constitucional clássica, calcada na supremacia de normas constitucionais criadas por um Poder Constituinte Originário soberano dentro dos limites territoriais do Estado nacional. Representa, pois, a superação do constitucionalismo clássico, que cede espaço para o Estado Metaconstitucional de Direito e para a democracia cosmopolita.

Existe, indubitavelmente, um campo amplo de reflexões a fazer, no entanto, já é possível diagnosticar a dimensão humana da sociedade internacional cosmopolita, cujo centro de gravidade gira em torno da força normativa das normas metaconstitucionais e da dignidade da pessoa humana em escala mundial.

A bem da verdade histórica, há que se reconhecer que o estado da arte dos direitos humanos ainda é tímido em relação à perspectiva democrática cosmopolita, na qual a proteção internacional dos direitos humanos ainda enfrenta grandes desafios advindos da concepção constitucional dos direitos fundamentais, valendo aqui trazer à baila a lição de Celso Duvivier de Albuquerque Mello,<sup>20</sup> quando destacava que o nível de constitucionalização da política externa de um país depende do grau de internacionalização da sua vida nacional e da intensidade de suas relações internacionais. Isso significa dizer que a perspectiva cosmopolita universalizante circunscreve a ideia de que as normas de direito constitucional devem ser limitadas e interpretadas conforme as normas de direito internacional.

Já para Vicente Barretto, “o conceito de direito cosmopolita, proposto por Kant, refere-se, principalmente, ao entendimento de que a evolução histórica, e com ela as luzes da razão, iriam encontrar ou formular normas de fundamentação ética, que poderiam ser consideradas como uma forma de direito”.<sup>21</sup> Ora, nesse sentido, fica evidente que a *Pax Americana*, apesar de sua própria denominação de paz mundial patrocinada pelo poder unipolar estadunidense, não parece ser capaz de garantir uma paz duradoura (paz perpétua kantiana) nos termos de uma ordem mundial cosmopolita.

Realmente os acontecimentos recentes colocam em evidência que a *Pax Americana* não é capaz de garantir o equilíbrio mundial e a prosperidade econômica global, valendo destacar nesse sentido que a ordem mundial pós-moderna, em pouco menos de duas décadas, já vivenciou três grandes momentos de ruptura paradigmática da história da humanidade, quais sejam: a queda do muro de Berlim (1989), a queda das torres gêmeas (2001) e a crise financeira global (2008). Assim sendo, resta indubitável que a *Pax Americana* não é capaz de garantir a estabilidade da ordem mundial, nem de gerar vida digna para todos em escala planetária.

Por outro lado, há que se reconhecer que os alicerces do Estado Metaconstitucional de Direito se equilibram sobre um conjunto frágil de

<sup>20</sup> MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito constitucional internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 5.

<sup>21</sup> BARRETO, Vicente de Paulo. “Bioética, biodireito e direitos humanos”. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos direitos fundamentais*, 2002, p. 385.

realidades vinculantes, como, por exemplo, a ideia-força da construção de um **Estado Universal de Direito**, no qual a violação de um direito fundamental em determinada região pobre da África ou da América Latina repercutirá igualmente em todas as demais nações do planeta. É claro que tal perspectiva ainda não se encontra no horizonte visível da sociedade internacional atual, no entanto, o que é importante compreender é que uma ordem civilizatória metaconstitucional pressupõe a consolidação de um Estado Universal de Direito dessa natureza.

Além disso, uma ordem metaconstitucional de direitos humanos pressupõe também um plexo de realidades vinculantes em todas as expressões do poder nacional. Isso significa dizer, por exemplo, que, geopoliticamente, seu motor é a implantação de uma **ordem mundial multipolar**, sem predominância cêntrica de um único poder global ou aliança de poderes prontos para exercer a liderança mundial a seu talante.

Ora mais uma vez o leitor poderá aqui arguir razoavelmente o caráter utópico da ordem metaconstitucional, alegando que a liderança mundial dos EUA e seus aliados democráticos afasta por completo a possibilidade de implantação de uma ordem mundial multipolar, caracterizada pelo equilíbrio de poder entre as nações.

Com efeito, não se pode negar que, antes da crise financeira de 2008, os EUA, a União Europeia e o Japão (tríplice aliança do capitalismo democrático) eram as potências defensoras do livre mercado e do projeto epistemológico neoliberal e que, conjuntamente, através do Grupo dos Sete (G-7), controlavam a economia-mundo, o que logicamente confirmava a inexistência de uma ordem mundial multipolar. No entanto, hoje em dia, a tríplice aliança do capitalismo democrático nada mais representa do que um conjunto de três ex-polos de poder mundial, que lutam desesperadamente para não serem dominados pela ascensão geopolítica da China.

Com a devida agudeza de espírito, o leitor deve compreender que essa realidade vinculante demonstra que a ordem mundial pós-moderna, no campo da geopolítica, encontra-se em transição de uma ordem unipolar de hegemonia norte-americana para uma ordem multipolar de equilíbrio global, mais afeita às perspectivas do Estado Metaconstitucional de Direito.

Em outras palavras, o fim da liderança mundial dos EUA e de seus aliados neoliberais abre espaço para a construção de uma nova arena geopolítica global, focada no maior equilíbrio de poder mundial, o que logicamente entremostra a possibilidade de consolidação da perspectiva metaconstitucional nos campos do direito internacional público, da geopolítica e das relações internacionais. Com tal tipo de intelecção em mente, pode-se afirmar que a estatalidade pós-moderna se encontra hoje em dia mais próxima da ordem metaconstitucional multipolar do que da ordem neoliberal unipolar.

E mais: são realidades geopolíticas e jurídicas vinculantes quejandas que podem transformar o imperativo categórico - quase que utópico - da ordem metaconstitucional cosmopolita em materialidade empírica. É nesse sentido que se defende a superação do mundo americano e seu projeto epistemológico neoliberal,

substituindo-os pelo mundo pós-americano (ordem mundial multipolar) e seu projeto epistemológico metaconstitucional.

Com isso, começa a aparecer no horizonte da agenda mundial, a ideia kantiana de projetar justiça além fronteiras, sob a égide de uma sociedade internacional de Estados Democráticos de Direito de cidadania cosmopolita. Proclama-se, no âmbito do paradigma metaconstitucional dos direitos humanos, a pós-modernidade axiológica, na qual o regime jurídico protetivo de direitos caminha no trilho da ética universal.

É preciso, pois, galgar patamar científico mais elevado para olhar com olhos de ver que a tendência de evolução dos direitos humanos pode caminhar na direção da democracia cosmopolita, cuja racionalidade universalizante é a determinação de valores aceitos por todos os homens, independentemente de nacionalidade, cultura, etnia ou religião.<sup>22</sup> Nesse sentido, há que se estabelecer conexão exegética entre direito e moral.

É a virada kantiana privilegiando a dimensão ética universal das normas jurídicas e homenageando iniciativas de proteção ao núcleo intangível de dignidade humana dos hipossuficientes em escala planetária.

Seu grande desafio é teorizar modelos avançados de hermenêutica supraconstitucional capazes de garantir os direitos dos cidadãos do mundo, neutralizando as estruturas hegemônicas das Constituições nacionais.

Com efeito, como bem alerta Norberto Bobbio:

Direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos. Em outras palavras, a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais; haverá paz estável, uma paz que não tenha a guerra como alternativa, somente quando existirem cidadãos não mais apenas deste ou daquele Estado, mas do mundo.<sup>23</sup>

Observe, com atenção, que já não mais existe aquela antiga solidão da Constituição, deslocada de seu entorno internacional e vivendo soberanamente sem nenhum tipo de acoplamento com os sistemas protetivos universais e

<sup>22</sup> Em consequência, o estado da arte dos direitos humanos pressupõe justificativas universais para a aceitação do direito cosmopolita. Compreender a dimensão cosmopolita dos direitos humanos é fundamental para a sua evolução. Mas o grande desafio da ordem cosmopolita é a busca de um “consenso universal” de modo a rejeitar toda e qualquer modalidade de subordinação dos direitos humanos à vontade soberana dos Estados nacionais. Trata-se de reconhecer a realidade supraconstitucional dos direitos humanos, abrindo-se o debate para a questão da proteção desses direitos em escala planetária.

<sup>23</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 21.

regionais de direitos humanos. Será, portanto, a abertura constitucional a porta de entrada do projeto epistemológico metaconstitucional, notadamente, da recepção de conteúdos internacionais nos documentos fundamentais internos.

A Constituição da pós-modernidade já não mais simbolizar um corpo fechado de normas excludentemente soberanas, dentro daquela ideia-força de impenetrabilidade da ordem jurídica interna. Ao contrário, a Constituição pós-moderna será considerada um universo jurídico aberto, dinâmico e plural, que se coloca em constante mutação em atenção aos valores axiológicos compartilhados pelos povos da Terra.

Esta é indubitavelmente a melhor exegese da Constituição da pós-modernidade, um símbolo da simbiose de ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais, que faz a adequação das agendas legislativas internas  consciência cidadã universalmente comum, daí nascendo a vinculação do sentimento constitucional de justiça ao sentimento universal da ordem cosmopolita de direitos humanos.

Tal ordem consegue, através do compartilhamento de valores ticos inerentes à pessoa humana, combinar realidades nacionais muito diferentes e assimétricas, porém inseridas na mesma sociedade internacional. Há que se reconhecer, portanto, que existe um conjunto amplo de grandes desafios à perspectiva cosmopolítico-kantiana, que vão desde a falta de consenso no mundo acadmico até a falta de equilíbrio de poder global no campo da geopolítica. De fato, grande parte da doutrina, notadamente cientistas políticos e geopolíticos, tende a vislumbrar a questão dos direitos humanos como uma questão de estratégia de inserção internacional dos Estados nacionais.

É por tudo isso que se tem a impressão de que o estado da arte dos direitos humanos tende a evoluir lentamente, necessitando ainda de muito tempo para atingir o patamar almejado pelo direito cosmopolítico. Essa temática de evolução dos direitos humanos cosmopolitas circunscreve complexa matriz de impactos cruzados que mescla direito e geopolítica a partir de relações de poder e influência entre centro e periferia do sistema mundial, cujo desfecho acaba penetrando no núcleo essencial do princípio da soberania estatal, da autodeterminação dos povos e do princípio da não-interferência.

Mais uma vez com a devida acuidade acadêmica, o leitor deve compreender que essa relação de poder hegemônico em escala planetária é a negação da ordem metaconstitucional de inspiração kantiana, senão vejamos: no mundo de *Pax Americana*, a violação de um direito fundamental, cometida em determinado país que seja aliado estratégico dos EUA, certamente, não repercutirá no resto do mundo. Já a violação de um direito fundamental, cometida em país que resista, desafie ou se oponha aos EUA, indubitavelmente, repercutirá intensamente em todos os demais Estados da sociedade internacional. Ora, isso representa exatamente a antítese da ordem metaconstitucional de direitos humanos.<sup>24</sup>

<sup>24</sup> Com efeito, resta indubitável que os EUA usam força e direito de acordo com seus próprios interesses estratégicos; para Estados resistentes, a intervenção humanitária patrocinada pela

Em consequência, fácil é perceber a inaplicabilidade da eticidade nas relações internacionais de poder hegemônico global, e, na esteira acadêmica de Norberto Bobbio, constata-se a relevância da realização da eticidade enquanto manifestação do espírito superior do direito, isto é, a missão do Estado é a de realizar a eticidade, o que evidentemente traz no seu bojo a ideia de que as leis, na qualidade de manifestações da vontade do Estado, devem sempre ter um valor ético.<sup>25</sup>

Em síntese conclusiva, no plano teórico, o projeto epistemológico metaconstitucional fomenta a prática de um constitucionalismo democrático cosmopolita de inspiração kantiana, no qual a fonte primária das normas jurídicas não vem do Estado nacional soberano, mas sim da própria essência humana, cuja legitimidade democrática é extraída da comunidade internacional como um todo.

E assim é que o estado da arte da proteção internacional dos direitos humanos caminha entre dois grandes paradigmas da pós-modernidade, quais sejam, a *Pax Americana* neoliberal geopoliticamente unipolar e a Ordem Metaconstitucional geopoliticamente multipolar.

De um lado, o arquétipo constitucional neoliberal, que se ocupa tão somente da primeira dimensão de direitos (direitos civis e políticos), gerando a neutralização axiológica da Constituição Dirigente. Do outro lado, o arquétipo metaconstitucional, que se ocupa da dimensão internacional de direitos (direitos humanos cosmopolitas), gerando a neutralização da supremacia da Constituição.

Assim sendo, na contemporaneidade, o metaconstitucionalismo de índole kantiano-cosmopolita deveria ocupar o vértice do regime jurídico de proteção dos direitos humanos, mas, com efeito, não é isso o que ocorre na prática, ou seja, a ordem metaconstitucional de direitos humanos perde viabilidade eficaz em virtude do projeto neoliberal, que se materializa a partir de um processo de globalização neodarwinista, capitaneado pelo poder hegemônico dos EUA e seus aliados do capitalismo democrático.

Mas não são estes os únicos elementos a considerar. Na verdade, o que foi dito até aqui serve para introduzir outro ponto fulcral no estudo da teoria pós-positivista dos direitos fundamentais e que é a necessidade de agregar a dimensão transconstitucional dos direitos humanos a partir da consolidação do controle de convencionalidade.

---

lei internacional; para aliados subservientes, a omissão aética por conveniência estratégica. Destarte, a ideia de justiça e a proteção dos direitos humanos transformam-se em instrumento das estruturas hegemônicas do poder estadunidense.

<sup>25</sup> Para Norberto Bobbio, o Estado é o portador da missão de realizar a eticidade, que é uma manifestação do espírito superior não só para o direito, como também para a moral. Estando assim as coisas, agora fica evidente que as leis, como manifestação da vontade do Estado, possuem sempre um valor ético. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 229.

## **O controle de convencionalidade como base fundante do Estado Metaconstitucional de Direito**

Em tempos de estatalidade pós-moderna, um dos grandes desafios do Estado Democrático de Direito é deslocar para a centralidade do regime jurídico de proteção dos direitos humanos o diálogo epistemológico entre o controle de constitucionalidade e o controle de convencionalidade.

Com efeito, a evolução do pensamento jurídico contemporâneo perpassa necessariamente pela conexão entre essas duas ordens jurídicas: a dimensão interna (máxime com a ideia de supremacia da Constituição) e a dimensão metaconstitucional (máxime com a consolidação dos tratados internacionais sobre direitos humanos).

Com tal tipo de intelecção em mente, é possível buscar o aperfeiçoamento da proteção jurídica de direitos humanos, que deve se mover na direção de um marco legal mais sofisticado e que seja coerente - a um só tempo - com a normatividade internacional e o sentimento constitucional de justiça. De tudo se vê, por conseguinte, a relevância científica da dimensão metaconstitucional de direitos humanos, mormente em países de modernidade tardia. No Brasil, por exemplo, infelizmente, existem muitas pessoas vivendo sob condições excepcionalmente difíceis e que necessitam de proteção especial, como é o caso das crianças e adolescentes.

Realmente, há que se reconhecer que o estado da arte dos direitos humanos deve caminhar, para além da proteção nacional de direitos fundamentais (caracterizada pelo controle de constitucionalidade de atos do poder público), no sentido de alcançar o patamar mais elevado da proteção transnacional de direitos humanos (caracterizada pelo controle de convencionalidade desses mesmos atos do poder público). Ora, tanto a proteção constitucional assegurada pelo Estado nacional soberano quanto a proteção global prevista nas Convenções Internacionais de Direitos Humanos constituem o regime jurídico de tutela das pessoas.

Assim sendo, é certo afirmar que existe uma relação direta entre o controle de convencionalidade e a fase protetiva metaconstitucional, cujo eixo epistemológico é a garantia dos direitos do cidadão do mundo. Observe, com atenção, que a fase metaconstitucional de direitos simboliza a vitória do constitucionalismo democrático e do Estado Democrático de Direito. A questão não é de enfraquecimento da soberania nacional, mas de implantação de uma nova fórmula de proteção jurídica para o cidadão comum, independentemente da sua nacionalidade.

De fato, o constitucionalismo da pós-modernidade está vinculado à fase metaconstitucional dos direitos humanos, modelo ainda em construção, mas que projeta a proteção dos direitos humanos para além das fronteiras nacionais. Não se pretende, neste momento, tratar de todas as características do metaconstitucionalismo pós-moderno, mas, tão somente, destacar sua relevância

para o estudo dos direitos humanos, na medida em que simboliza a supremacia de tais direitos sobre o próprio Estado, superando, pois, a ideia de impenetrabilidade da ordem jurídica soberana.

Desse modo, o Estado Metaconstitucional de Direito, substituindo o Estado Neoliberal de Direito, tenta criar um sistema de direitos que garanta as condições de vida digna para toda a cidadania cosmopolita a partir de um novo domínio hermenêutico calcado na ética universal. Fácil é perceber que a fase metaconstitucional está atrelada à evolução do controle de convencionalidade. Ou seja, a partir da metaconstitucionalização, opera-se a transformação mais radicalizante da teoria dos direitos fundamentais, qual seja, a transposição do controle de constitucionalidade para o controle de convencionalidade.

Ontem, a fase moderna de constitucionalização dos direitos fundamentais e a expansão da jurisdição constitucional. Hoje, a fase pós-moderna de metaconstitucionalização dos direitos humanos e a expansão da jurisdição convencional.

Em linhas gerais, a teoria do controle de convencionalidade foi reconhecida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) a partir do famoso caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, em 2006, no qual a decisão da Corte considerou que juízes e tribunais do direito interno estão obrigados a aplicar as disposições vigentes na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, aí incluída a interpretação já formulada pela própria CIDH. Supera-se, com tal decisão jurisprudencial, a clássica Teoria Geral do Direito Constitucional e sua crença na supremacia da Constituição.

Como já visto, o tema relativo ao controle de convencionalidade assume caráter de extrema relevância na ordem metaconstitucional dos direitos humanos em virtude da vinculação do Estado brasileiro ao sistema regional de proteção dos direitos humanos. Com isso, o direito pátrio passa a distinguir dois níveis de controle de convencionalidade: o **controle realizado pela própria CIDH**, usando como parâmetro de inconveniência as normas contidas na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (exemplo: La última tentación de *Cristo e Boyce vs. Barbados*) e o **controle realizado pelos juízes locais**, como um segundo nível de controle de convencionalidade (exemplo: o já citado caso de *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*).

Observe, com atenção, que o controle de convencionalidade ocorre, seja quando o direito interno contradiz a Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou quando contradiz a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, seja quando o juiz de direito interno aplica a lei nacional à luz das normas da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, harmonizando os dois ordenamentos jurídicos.

O controle de convencionalidade projeta a imagem de que juízes e tribunais de direito interno devem ter a consciência de que estão sujeitos ao conteúdo da lei protetiva internacional e, por isso mesmo, devem garantir sua força normativa com relação ao ordenamento jurídico interno. Ou seja,

quando um Estado nacional soberanamente ratifica e internaliza a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, seu Poder Judiciário, na qualidade de Poder Constituído desse Estado, deve ficar submetido a ela, impedindo que os efeitos pretendidos sejam obstaculizados por leis ou outros atos normativos de direito interno.

Por outro lado, há que se reconhecer que nem sempre as decisões judiciais dos tribunais internos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos coincidem, como foi, por exemplo, o caso da Lei nº 6.683 de 1979, a chamada Lei da Anistia, um caso paradigmático, no qual a referida lei foi declarada válida (recepcionada pela Constituição de 1988), em controle abstrato, pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 153).

No entanto, oito meses depois, a mesma Lei de 1979 teve sua invalidez declarada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, criando uma decisão jurisprudencial internacional que se contrapõe ao *decisum* da Corte Suprema do País.<sup>26</sup>

E agora o que fazer quando há uma contradição entre a Suprema Corte do País e a Corte Interamericana de Direitos Humanos? Qual delas deve prevalecer? Qual é o documento que serve como último parâmetro definidor daquilo que é ou não é juridicamente válido dentro de um Estado, é a sua Constituição ou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos?

Tudo isso mostra que a evolução do controle de convencionalidade depende muito da postura de magistrados e tribunais do direito interno, que podem ou não acolher as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos. No caso em tela, constata-se facilmente que o STF deixou de realizar o diálogo entre jurisdições, o que evidentemente mostra que o Estado brasileiro ainda tem longo caminho a percorrer em termos de controle de convencionalidade.

Diferentemente de alguns países componentes do sistema protetivo regional americano (México, Chile, Peru, Uruguai e Argentina), tudo indica que o País ainda não acolheu plenamente a tese do controle de convencionalidade com supremacia das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos. De qualquer maneira, o controle de convencionalidade no Brasil já é uma realidade que se materializou a partir do reconhecimento do *status* superior dos tratados internacionais sobre direitos humanos.

Assim sendo, com relação ao controle de convencionalidade, é correto afirmar que os tratados internacionais de direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, terão *status* de norma constitucional, passando a atuar como parâmetro tanto do controle de constitucionalidade quanto do controle de convencionalidade.

---

<sup>26</sup> Tal fato ocorreu com a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso Gomes Lund e outros vs. Brasil, cujo desfecho determinou a revogação da Lei de Anistia de 1979, por estar em desacordo com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Já os tratados firmados pelo Brasil em matéria de direitos humanos que não forem aprovados com o mesmo rigor das emendas constitucionais serão classificados como **normas supralegais**, isto é, normas que se localizam acima das leis infraconstitucionais, porém abaixo da Constituição.

Eis aqui a relevância do controle de convencionalidade para a consolidação da fase metaconstitucional dos direitos humanos, qual seja, o descumprimento das normas da Convenção Americana sobre Direitos Humanos pelos juízes nacionais pode gerar consequências advindas da inobservância do Direito Internacional dos direitos Humanos. Portanto, resta indubitável que a jurisprudência doméstica deve ser harmonizada com a jurisdição internacional subsidiária, de modo a desenvolver a visão de que os juízes brasileiros necessitam conhecer e aplicar as decisões proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, viabilizando dessa maneira o diálogo da constitucionalidade e da convencionalidade.

Em síntese conclusiva, o controle de constitucionalidade operacionalizado pelos juízes e tribunais dos Estados-parte deve dialogar com o controle de convencionalidade representado pelas decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos e pelo conteúdo normativo da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Com isso, garante-se a harmonia entre o controle de convencionalidade - concebido pelo sistema regional de proteção - e o controle de constitucionalidade - que implica a subordinação de todo o ordenamento jurídico pátrio à Constituição, o que evidentemente irá garantir a efetividade de todos os direitos fundamentais concebidos pela Constituição do Estado, bem como todos os direitos humanos assegurados pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

## Conclusão

O presente trabalho acadêmico procurou analisar as perspectivas de implantação do projeto epistemológico metaconstitucional no âmbito do atual Estado Democrático de Direito, bem como a relevância das relações entre o controle de constitucionalidade e o controle de convencionalidade.

Nesse sentido, a metaconstitucionalização de direitos humanos, ao constituir exigências do Estado Universal de Direito, aspira instaurar um novo ciclo democrático, agora dito pós-moderno de democracia cosmopolita, cujo eixo dominante é a proteção dos direitos humanos em escala planetária.

Portanto, o projeto epistemológico metaconstitucional, de viés kantiano, encontra no controle de convencionalidade, um dos seus grandes pilares de sustentabilidade. Certamente a proteção metaconstitucional dos direitos humanos simboliza o mais avançado grau de perspectiva dogmática protetiva de direitos, podendo-se mesmo afirmar que sua implementação seria equivalente à instauração do quase utópico Estado Universal de Direito.

Essa foi a razão pela qual, durante o desenvolvimento do presente trabalho, procurou-se demonstrar que o estado da arte dos direitos humanos não pode

ficar apartado da fase metaconstitucional, paradigma ainda em construção, mas que tenta impulsionar o direito constitucional pós-moderno na direção desse Estado Universal de Direito e da democracia cosmopolita. Nesse mister precípua, um dos aspectos mais importantes que se precisa destacar é a questão do diálogo epistemológico entre a tutela constitucional de direitos fundamentais e a proteção metaconstitucional dos direitos humanos.

Não se pode olvidar que, na virada do século XX para o século XXI, o risco de neutralização axiológica da Constituição e da desconstrução dos direitos sociais foi o grande avisador de tempos sombrios para os direitos fundamentais de segunda dimensão a partir de um projeto neoliberal de poder hegemônico unipolar.

É nesse diapasão que surge a relevância da compreensão da perspectiva cosmopolita na teoria constitucional contemporânea. Não há mais espaço para intelecções ingênuas no campo político-constitucional.

A proposta central do metaconstitucionalismo, que se expressa do ponto de vista jurídico-hermenêutico pelos núcleos normativos representados pela garantia dos direitos humanos dos hipossuficientes, torna-se o sistema ideal a ser instrumentalizado através da cidadania cosmopolita, que é complexa e de difícil exequibilidade, pois pretende deslocar a proteção jurídica para o âmbito universal em detrimento da forma nacional soberana. Busca-se, aqui, a construção de uma ordem democrática cosmopolita.

É por tudo isso que o grande desiderato acadêmico do presente artigo foi examinar os principais desafios que se colocam para tal perspectiva, notadamente a implantação do Estado Neoliberal de Direito, da globalização neodarwinista da economia e, mais especificamente, da tentativa de neutralização axiológica da Constituição Dirigente e do Estado Democrático Social de Direito.

Na linha epistêmico-conceitual, o Estado Metaconstitucional de Direito ganha relevância transcendental, na medida em que a ética e o direito irão se encontrar na realização da vida digna para todos os cidadãos do planeta, independentemente da sua nacionalidade ou do catálogo jusfundamental do seu Estado de origem. Isso significa dizer que a força normativa do direito cosmopolítico kantiano não dimana de normas feitas internamente por Estados soberanos, mas sim das normas metaconstitucionais cosmopolitas de curso universal.

É por tudo isso que o estudioso dos direitos humanos tem a missão exegética de desvelar os princípios fundantes do metaconstitucionalismo, notadamente aqueles focados na proteção da dignidade da pessoa humana dos hipossuficientes, aí incluídos os idosos, as crianças e os adolescentes, as pessoas com deficiência física etc.

Nesse sentido, constatou-se que o projeto hegemônico neoliberal de *Pax Americana* é a antítese do metaconstitucionalismo e da democracia cosmopolita.

Realmente, defender a tese do projeto epistemológico neoliberal patrocinado pelo capitalismo democrático ocidental, agora reforçado pelo capitalismo de estado chinês, é concordar com a neutralização axiológica dos direitos fundamentais de segunda dimensão e sua consequência mais nóxica, qual seja, gerar um quadro de miserabilidade humana ao redor do planeta. Sem dúvida, o constitucionalismo pré-weimariano/neoliberal/garantista/absenteísta/minimalista/negativista não se coaduna com a tese da força axiológico-normativa da proteção transnacional dos direitos humanos, onde a violação de tais direitos repercutirá em todos os lugares da Terra.

É por conta disso que surge a necessidade de diálogo entre as principais tendências epistemológicas do constitucionalismo da pós-modernidade: de um lado o Estado Neoliberal de Direito e o retorno ao arquétipo constitucional pré-weimariano de índole minimalista lockeana e, do outro, o Estado Metaconstitucional de Direito e a implantação do arquétipo cosmopolita de inspiração universalista kantiana.

Em suma, preservando-se os limites da dignidade da pessoa humana, o projeto kantiano de constitucionalização universal deve ser capaz de disciplinar as regras de um direito cosmopolítico calcado na ética universal.

Parece inexorável, portanto, a compreensão dessa reconfiguração de paradigmas constitucionais no século XXI e seus impactos sobre o regime jurídico de proteção dos direitos humanos, daí a relevância do projeto epistemológico metaconstitucional e do controle de convencionalidade.

## Referências

- ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Landy, 2001.
- BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- \_\_\_\_\_. Bioética, biodireito e direitos humanos. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Teoria dos direitos fundamentais**, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- \_\_\_\_\_. **O começo da história**. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro, Renovar, 2005. t. 3.
- \_\_\_\_\_. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: **A nova interpretação constitucional. Ponderação, Direitos fundamentais e Relações Privadas**. Organizador Luís Roberto Barroso. São Paulo-Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- \_\_\_\_\_. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Tradução Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villarverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.

BONAVIDES, Paulo. **Do país constitucional ao país neocolonial**. A derrubada da constituição e a recolonização pelo golpe de estado institucional. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

\_\_\_\_\_. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 1992.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

CUÉLLAR, Roberto; ALESSANDRI, Pablo Saavedra. **Diálogo jurisprudencial: derecho internacional de los derechos humanos, Tribunales Nacionales, Corte Interamericana de Derechos Humanos**, n. 1. jul./dic. 2016.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma constituição?** 2ª ed. Campinas: Minelli, 2005.

FIORI, José Luís. **O poder global e a nova geopolítica das nações**. São Paulo: Boitempo, 2007.

LOUGHLIN, Martin. *Sword & scales: an examination of the relationship between law & politics*. Oxford; Portland Oregon: Hart publishing, 2000.

FUKUYAMA, Francis. **O fim da história**. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 1998.

GÓES, Guilherme Sandoval. Neoconstitucionalismo e dogmática pós-positivista. *In*: BARROSO, Luis Roberto. **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 113-150.

\_\_\_\_\_. Geopolítica e pós-modernidade. **Revista da Escola Superior de Guerra**, Rio de Janeiro, v. 23, nº 48, p. 95-126, jul./dez. 2007.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direito constitucional internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

PERELMAN, Chaïm; TYLECA, Lucie. **Ética e direito**. Tradução Maria Ermentina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

PEREIRA, Antônio Celso Alves. "Soberania e pós-modernidade" *In*: **O Brasil e os novos desafios do direito Internacional**. BRANT, Leonardo N. Caldeira, organizador. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PIOVESAN, Flávia. **Diálogo no sistema interamericano de direitos humanos: desafios da reforma**. Revista Campo Jurídico, n. 1, p. 163-186, mar. 2013.

\_\_\_\_\_. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Brasília: Universidade de Brasília, 1981.

SAGÜÉS, Nestor Pedro. Obligaciones internacionales y control de convencionalidad, **Revista Estudios Constitucionales**. Universidade de Talca. Centro de Estudios Constitucionales de Chile – Campus Santiago, año 8, núm. 1, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCHEPIS, Marcelo. *La influencia de los tratados internacionales en el derecho interno*. El control de convencionalidad. XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal. Buenos Aires, 11-13 nov. 2009. Disponível em: <<http://www.procesal2009bsas.com.ar/ponencias-constiproceso.html>>. Acesso em 8 jul. 2018.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política & teoria do estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

\_\_\_\_\_. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

# As taxas no Direito brasileiro

Hugo de Brito Machado<sup>1</sup>

## Resumo

O presente artigo busca analisar a relevância orçamentária e tributária das taxas, enquanto espécie de tributo, perante o ordenamento jurídico pátrio. Para tanto, o expediente argumentativo do estudo ora proposto, em um primeiro momento, expõe análise objetiva das taxas no contexto normativo da Carta Republicana de 1988, especialmente as distinções tributárias e espécies de taxas, considerando as hipóteses de fato gerador. Em seguida, mediante análise crítica da doutrina jurídica pátria, discute-se as eventuais incidências de determinados princípios constitucionais balizadores da referida espécie tributária. Por fim, o artigo discute a impugnação de taxas pelo Ministério Público, considerando a respectiva obrigação tributária diante de direitos individuais disponíveis do contribuinte, bem como direitos individuais homogêneos, perante jurisprudência e dogmática jurídica brasileira.

**Palavras-chave:** Taxa; tributo; espécie tributária; direito tributário; ministério público.

## Abstract

The present paper aims to analyze the budgetary and tributary relevance of fees, as a species of tax, towards the Brazilian legal system. In order to do so, the argumentative expedient of the study hereby proposed, at first, exposes objective analysis of the tributary fees in the normative context of the Republican Charter of 1988, especially the tax distinctions and species of rates, considering the taxable event hypotheses. Then, through a critical analysis of the Brazilian legal doctrine, the paper discusses the possible effects of certain constitutional principles that validate this tax species. Finally, the article discusses the prosecution of tributary fees by the Brazilian Public Prosecutor's Office, considering the relate tax obligation in view of individual taxpayer rights, as well as individual homogeneous rights, towards Brazilian jurisprudence and legal doctrine.

**Keywords:** Tributary fee; taxes; taxes species; tax law; Brazilian public prosecutor's office.

## Introdução

A importância das taxas como espécie de tributo, tomando-se como critério de avaliação dessa importância o valor econômico individual da exação, é deveras diminuta. Também do ponto de vista orçamentário, vale dizer, se levarmos em conta o volume de receitas produzidas pela cobrança de taxas, não se pode considerar que se trata de espécie tributária importante. Não obstante, a importância das

<sup>1</sup> Juiz aposentado do TRF da 5ª Região; Professor Titular de Direito Tributário da UFC; Presidente do Instituto Cearense de Estudos Tributários; Membro da Academia Brasileira de Direito Tributário, da Associação Brasileira de Direito Financeiro, da Academia Internacional de Direito e Economia, do Instituto Ibero-Americano de Direito Público e da *International Fiscal Association*.

taxas do ponto de vista da doutrina do Direito Tributário é notável, tendo-se em vista a quantidade de problemas que sua instituição e cobrança pode suscitar.

As questões suscitadas pelas taxas como espécie tributária começam com a definição da competência, em se tratando de uma federação, como é o nosso caso. Muitos afirmam que as taxas constituem tributo de competência concorrente, mas tal afirmação há de ser entendida em termos, pois a rigor não é de competência concorrente que se cuida.

Outras questões concernentes às taxas dizem respeito à definição de seu âmbito constitucional e à definição do fato gerador de cada taxa, à identificação de cada uma de suas duas espécies, a saber, as taxas cobradas em função do exercício do poder de polícia, e às taxas cobradas em razão da prestação de serviços públicos; a questão de saber o que é o *poder de polícia* e quando se pode considerar que o mesmo está sendo regularmente exercitado; a questão de saber o que se deve entender por *um serviço público específico e divisível*, e qual a distinção essencial entre o serviço e a obra pública, da qual decorre a distinção entre taxa e *contribuição de melhoria*; a questão concernente à distinção entre a *taxa* e o *preço público*, ou *tarifa*; e ainda a questão, de magna importância, de saber se há ou não relação entre o custo dos serviços que ensejam a cobrança de taxas e o valor total da arrecadação que estas proporcionam.

Como se vê, as taxas, como espécie tributária, embora ensejem uma arrecadação relativamente pequena em comparação com a arrecadação proporcionada pelos impostos, suscitam um grande número de importantes questões cujo exame se impõe a quantos estudam Direito Tributário.

Justifica-se, pois, o presente estudo, no qual vamos apreciar as referidas questões, embora sem alimentar, é certo, a pretensão de as resolver definitivamente, até porque todas as questões a serem aqui examinadas envolvem a questão fundamental que se coloca em todos os estudos jurídicos, a saber, a questão dos conceitos, a questão da linguagem. Questão difícil porque na verdade não existem significados exatos para as palavras ou expressões de que dispomos para expressar nossas ideias e, talvez por isso mesmo, os conceitos com os quais trabalhamos têm sempre utilidade muito relativa.

Seja como for, diante da validade apenas relativa de um conceito, não se pode deixar de utilizá-lo. Aliás, essa relatividade dos conceitos não se apresenta apenas ao jurista. Ela está presente em todas as áreas do conhecimento humano. Assim é que ao biólogo também se apresenta a dificuldade para distinguir um animal de um vegetal. É certo que ninguém duvida de que um animal tem determinadas características que o distinguem de um vegetal. Entretanto, se o estudo dessa distinção é aprofundado e se chega aos microorganismos, surge a dificuldade. Existem microorganismos que apresentam características conhecidas como próprias do animal e também outras características que são próprias do vegetal. Nem por isso, porém, deve-se desprezar a classificação dos seres vivos como animais e vegetais.

Assim também, em certos casos, vamos encontrar situações concretas nas quais os elementos que nos permitem distinguir uma taxa de um imposto, ou mesmo um tributo de uma exação não tributária, revelam-se insuficientes, ou mesmo totalmente imprestáveis, e isso não nos autoriza a negar a distinção entre imposto e taxa, ou entre um tributo e uma exação não tributária. Os elementos diferenciadores e as diferenças com base neles formuladas são úteis até certo ponto e devem seguir sendo utilizadas na medida em que são úteis.

## A taxa como espécie de tributo

### O âmbito constitucional das taxas

É importante observarmos que nossa Constituição Federal delimita, com razoável precisão, a matéria fática de que se pode valer o legislador na instituição dos tributos. Em relação aos impostos, ela o faz ao partilhar as competências entre a União, os Estados e Distrito Federal e os Municípios. Ao atribuir a cada uma dessas entidades a respectiva competência para instituir impostos, a Constituição Federal delimita a matéria de que se pode valer o legislador de cada uma dessas pessoas jurídicas de Direito Público para instituí-los, vale dizer, para definir a hipótese de incidência de cada um desses impostos.

No que diz respeito às taxas, que podem ser instituídas por qualquer das pessoas jurídicas de Direito Público, a Constituição Federal também delimita a matéria fática de que se pode valer o legislador para a respectiva instituição e o faz referindo-se à atividade estatal correspondente. Assim, estabelece que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir “*taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição.*”<sup>2</sup>

Assim, em decorrência da supremacia constitucional, tem-se como primeira das limitações constitucionais da competência tributária o que temos denominado *o âmbito constitucional do tributo*, que é precisamente a matéria fática colocada pela Constituição Federal à disposição do legislador de cada uma das entidades tributantes.<sup>3</sup> Em relação às taxas, essa matéria fática é o exercício do poder de polícia e a prestação, ou colocação ao dispor do contribuinte, de serviço público específico e divisível.

É nesse âmbito constitucional das taxas que se colhe todo o material necessário à elaboração de seu conceito, à definição de suas características e de suas espécies, além de outros elementos de grande utilidade no estudo dessa espécie tributária, como adiante se verá.

---

<sup>2</sup> Art. 145, inciso II.

<sup>3</sup> A respeito dessa limitação ao legislador, veja-se Paulo Lucena de Menezes, em *Comentários ao Código Tributário Nacional*, coordenação de Ives Gandra da Silva Martins, Saraiva, São Paulo, 1998, vol. 1, págs. 38/39.

## Competência

Entende-se por *competência tributária* a aptidão para instituir e cobrar tributos. Tal competência nada mais é do que o *poder de tributar*, aspecto da soberania estatal, juridicamente delimitado e eventualmente dividido.

Em país de organização federativa, como o nosso, é possível, em princípio, a atribuição de competência corrente, mas não foi esse o modelo adotado pela vigente Constituição, que preferiu atribuir competências privativas. Pelo menos assim é, indiscutivelmente, em relação aos impostos. Em relação às taxas, a Constituição atribuiu competência igualmente a todas as pessoas jurídicas de Direito Público interno e por isso mesmo muitos afirmam que temos, em relação a essas duas espécies tributárias, competência comum.

Celso Ribeiro Bastos, por exemplo, depois de se reportar à partilha constitucional dos impostos, assevera que em relação à taxa “a competência outorgada pela Constituição é comum a todas as pessoas políticas.”<sup>4</sup> Entretanto, aquele eminente constitucionalista deu-se conta de que admitir tratar-se de competência comum poderia parecer admitir a possibilidade de taxas sobrepostas, instituídas por duas ou mais entidades tributantes, tendo como hipótese de incidência o mesmo fato. Por isso mesmo cuidou de explicar:

“Restaria, ainda, a indagar-se a razão que impede a existência de taxas e contribuições de melhoria sobrepostas. Sim, a hipótese em tese seria passível de ocorrência, visto que, sendo a competência genérica, poderíamos em dado momento confrontarmo-nos com uma taxa municipal e outra estadual, por exemplo, fundadas no poder de polícia, ou com duas contribuições de melhoria decorrentes da realização da mesma obra. Essa suposta sobreposição não é passível de verificação porque a Carta Constitucional distribui a competência para o exercício do poder de polícia, assim como para a prestação de serviços públicos. Destarte, só é regulável juridicamente a taxa cobrada com fundamento no poder de polícia próprio de que a institui. A realização de obras também resulta de certa forma partilhada pela Constituição, uma vez que deverão manter afinidade com as competências de que ela investe as diversas pessoas de direito público.”<sup>5</sup>

É certo que, em relação à taxa, diversamente do que fez em relação aos impostos, a Constituição referiu-se genericamente ao fato que pode o legislador tomar como suporte para a incidência da regra de tributação. Isso, porém, não nos parece deva ser compreendido como atribuição de competência tributária *comum* a todas as pessoas políticas, a menos que se entenda que podem ser cobradas

<sup>4</sup> Celso Ribeiro Bastos, *Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário*, Saraiva, São Paulo, 1991, pág. 126.

<sup>5</sup> Celso Ribeiro Bastos, *Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário*, Saraiva, São Paulo, 1991, pág. 127.

indistintamente por mais de uma dessas pessoas políticas, como já ocorreu no passado.

No regime da Constituição de 1946 entendeu-se que as taxas podiam ser cobradas por mais de uma pessoa política. Por isso mesmo eram consideradas tributos de competência comum, como nos ensinou Rubens Gomes de Sousa. Como escreveu o pioneiro e Mestre do nosso Direito Tributário, tributos comuns,

“são os que a Constituição prevê expressamente como podendo ser criados tanto pela União, como pelos Estados ou pelos Municípios, porém não em concorrência uns com os outros, isto é, sem que o tributo de uma entidade exclua o de outra”.<sup>6</sup>

Aliás, Gomes de Sousa, ao indicar as taxas como exemplos de tributos comuns, deixou clara a possibilidade de cobrança simultânea por mais de uma pessoa política. Em suas palavras:

“**Tributos comuns:** finalmente, diz a Constituição, no art. 30, que tanto a União, como os Estados, o Distrito Federal e os Municípios ... podem ainda criar taxas e contribuições de melhoria. Estes tributos são comuns, isto é, podem ser criados e cobrados ao mesmo tempo pela União, pelo Estado, pelo Distrito Federal e pelo Município (ou Território Federal): quanto a eles, não tem aplicação o princípio da bitributação.”<sup>7</sup>

Tal lição do Mestre, porém, há de ser entendida em termos. A propósito do assunto já escrevemos:

Na verdade, ao Direito Tributário pertence apenas a questão de saber que a pessoa jurídica de Direito Público (União, Estado, Distrito Federal ou Município) que exercita a atividade estatal (serviço, poder de polícia ou obra pública) pode instituir e cobrar o tributo respectivo. Mas não pertence ao Direito Tributário a questão de saber qual daquelas pessoas é competente para o exercício da atividade estatal a que se vincula a instituição do tributo. Essa questão situa-se no âmbito do Direito Administrativo. Mas é relevante indagar-se a respeito da validade da instituição de uma taxa, ligada a determinada atividade estatal, por parte de uma pessoa jurídica de Direito Público que não disponha de competência para o exercício daquela atividade. O Supremo Tribunal Federal tem entendido que a competência para a instituição e cobrança de taxa depende de ter a entidade estatal competência para exercer a atividade que constitua o respectivo fato gerador (RE n.º 100.033-RS, Rel.: Min. Francisco Rezek, RTJ n.º 107, págs. 1295/1298).

<sup>6</sup> Rubens Gomes de Sousa, *Compêndio de Legislação Tributária*, Edições Financeiras, Rio de Janeiro, 4ª edição, 1964, págs. 143/144.

<sup>7</sup> Rubens Gomes de Sousa, *Compêndio de Legislação Tributária*, Edições Financeiras, Rio de Janeiro, 4ª edição, 1964, págs. 147/148.

Só a pessoa jurídica de Direito Público que exercita a atividade estatal específica pode instituir o tributo vinculado a essa atividade. A competência tributária, assim, é *privativa* do ente estatal que exercita a atividade respectiva. Indicar-se como de competência *comum* os tributos vinculados não nos parece adequado. Preferimos dizer que esses tributos são privativos de quem exerce a atividade estatal a que se ligam, sendo a competência para o exercício dessa atividade estatal matéria estranha ao Direito Tributário.<sup>8</sup>

## Fato gerador

### *O que é o fato gerador*

A expressão *fato gerador* ganhou prestígio no Brasil graças à publicação de um estudo de Jèze, financista francês, na Revista Forense nº 104, pág. 36, e na RDA nº 2, p. 50, cuja leitura foi recomendada por seu tradutor, o Professor Rubens Gomes de Sousa<sup>9</sup>.

Segundo definição albergada pelo Código Tributário Nacional, fato gerador da obrigação tributária é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência. Dito com outras palavras, o fato gerador é a situação, seja uma situação de fato seja uma situação jurídica, descrita na lei instituidora do tributo e cuja ocorrência faz nascer a obrigação tributária respectiva.

### Fato gerador e hipótese de incidência

Fato gerador é uma ocorrência do mundo fenomênico. Hipótese de incidência é simplesmente a descrição prévia, na lei, daquela ocorrência. É simples previsão legal. É apenas uma hipótese, da qual o fato gerador constitui a concretização. Isso, aliás, é ensinado pela Teoria Geral do Direito, de sorte que não constitui peculiaridade do Direito Tributário, embora no âmbito deste às vezes seja mais notória a necessidade de insistirmos na distinção.

Realmente, o fato gerador da obrigação tributária não se confunde com a hipótese de incidência. Esta é simplesmente a descrição daquele. A descrição, na lei, enquanto simples descrição daquela situação que, se e quando concretizada, faz nascer a obrigação tributária, é a *hipótese de incidência*. O fato gerador, está visto, é a sua concretização no mundo fenomênico.

Sob certo aspecto e na maioria dos textos, sejam legais, doutrinários ou manifestações da jurisprudência, as expressões *fato gerador* e *hipótese de incidência* são utilizadas indistintamente, porque a necessidade de estabelecermos a distinção só se revela quando temos de identificar o que se coloca no plano hipotético daquilo que se coloca no plano da concreção do Direito. A norma jurídica está

<sup>8</sup> Hugo de Brito Machado, *Curso de Direito Tributário*, 18ª edição, Malheiros, São Paulo, 2000, págs. 233/234

<sup>9</sup> Rubens Gomes de Sousa, *Compêndio de Legislação Tributária*, 4ª edição, Edições Financeiras, Rio de Janeiro, 1964, pág. 73.

sempre no plano hipotético. Ela alberga hipóteses. Já os fatos, a concretização daquelas hipóteses, consubstanciam os fatos jurídicos.

O fato gerador do tributo, ou da obrigação tributária como está no Código Tributário Nacional, é a situação prevista em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência, vale dizer, necessária e suficiente ao nascimento da obrigação tributária. Necessária porque sem ela a obrigação não nasce e suficiente porque basta sua concretização para que surja a obrigação tributária. A descrição dessa situação na lei, enquanto apenas descrição, denomina-se *hipótese de incidência* do tributo. A ocorrência do que na lei está descrito é que mais propriamente denomina-se o *fato gerador* do tributo. Pode-se dizer, assim, que o fato gerador é a concretização da hipótese de incidência.

### **Fato gerador e fato jurígeno**

Como se vê, embora essas expressões sejam utilizadas pela doutrina como algo próprio do Direito Tributário, na verdade elas são um modo de expressar o que ocorre no Direito em geral, são expressões da fenomenologia jurídica presente em todas as áreas do Direito.

O fato gerador nada mais é, portanto, do que o fato previsto em uma norma como necessário e suficiente à produção da consequência também nela prevista. O fato jurígeno, ou o denominado *fato temporal*, da Teoria Geral do Direito.

### **O fato gerador e a criação do tributo**

A questão de saber em que consiste a *instituição ou criação do tributo* reside essencialmente em saber se o legislador pode atribuir a outros órgãos do Estado funções normativas no pertinente à definição de elementos essenciais da obrigação tributária.

Criar um tributo é modificar o direito vigente. É instituir norma jurídica. Assim, só tem competência para fazê-lo o órgão dotado de competência legislativa. Isso é afirmado por quase todas as constituições do mundo, como informa VICTOR UCKMAR, arrolando os dispositivos de expressivo número de países. Segundo UCKMAR, só a Constituição da URSS não estabelece o princípio da legalidade tributária.<sup>10</sup>

A questão essencial, porém, reside em saber se o legislador pode, ao instituir o tributo, apenas dizer, em lei, que determinado tributo é criado, deixando a cargo da Administração a tarefa de definir o núcleo da hipótese de incidência da norma tributária, a base de cálculo e a alíquota do tributo, bem como indicar os elementos necessários à identificação dos sujeitos passivos da obrigação tributária.

No sistema jurídico brasileiro, antes da vigente Constituição, já o princípio da legalidade estava posto de sorte que não se podia admitir qualquer delegação

<sup>10</sup> Victor Uckmar, *Os Princípios Comuns de Direito Constitucional Tributário*, tradução de Marco Aurélio Greco, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1976. págs. 24/29.

legislativa, no pertinente à definição da hipótese de incidência tributária, em todos os seus aspectos. A lei que institui ou aumenta tributo, afirmou ROQUE CARRAZZA com inteira propriedade, “deve alojar todos os elementos e supostos da relação jurídica (hipótese de incidência, base impositiva, alíquota etc.), não se admitindo de forma alguma, a delegação ao Poder Executivo da faculdade de defini-los, ainda que em parte.”<sup>11</sup>

Temos sustentado que o art. 97 do Código Tributário Nacional constitui explicitação do preceito constitucional segundo o qual nenhum tributo pode ser exigido ou aumentado sem que a lei o estabeleça.<sup>12</sup> No dizer autorizado de ULHOA CANTO, “a Comissão que elaborou o anteprojeto entendeu que o CTN deveria ser explícito na enumeração pormenorizada de todos os elementos que, pela sua importância para o nascimento da obrigação tributária, a respectiva exteriorização e a constituição do resultante crédito tributário, deveriam ser matéria submetida ao princípio da reserva de lei”<sup>13</sup>

Na verdade, só terá eficácia o princípio constitucional se entendido com a explicitação constante do art. 97 do Código Tributário Nacional, pois não basta entendermos a instituição do tributo, para os fins da reserva legal, como a simples afirmação de que este *fica criado*. Na verdade criar o tributo não é apenas dizer que ele está criado. Criar o tributo é estabelecer todos os elementos necessários à determinação da expressão monetária e do sujeito passivo da respectiva obrigação. VITTORIO CASSONE é incisivo: “Se a lei, por exemplo, ao instituir um tributo, deixar de fixar a alíquota, não terá criado imposto algum, e esta falha não poderá ser suprida pelo Executivo através de decreto regulamentar dessa lei; terá o Legislativo de completar, com uma outra lei.”<sup>14</sup>

Parece-nos que o alcance do princípio da legalidade se define, assim, pela interpretação do texto constitucional, fundamentalmente no que pertence ao significado do verbo *criar*, ou *instituir*. O que foi *criado*, ou *instituído*, existe, e como tal pode ser conhecido. Admitir que a lei apenas se reporte ao tributo, deixando a definição de qualquer elemento essencial de sua hipótese de incidência, ou de seu mandamento, a ser feita por norma infralegal é admitir que a lei apenas comece o processo de criação ou instituição do tributo, desmentindo o afirmado pela Constituição. A explicitação feita pelo art. 97 do Código Tributário Nacional é muito importante, mas não é suficiente, como adiante demonstraremos.

O verdadeiro sentido do princípio da legalidade exige que todos os elementos necessários à determinação da relação jurídica tributária, ou mais exatamente, todos os elementos da obrigação tributária principal, residam na lei.

<sup>11</sup> Roque Antônio Carrazza, *O Regulamento no Direito Tributário Brasileiro*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1981, pág. 95.

<sup>12</sup> Hugo de Brito Machado, *Curso de Direito Tributário*, 1ª ed. Editora Resenha Tributária, São Paulo, 1978, pág. 32.

<sup>13</sup> Gilberto de Ulhoa Canto e Fábio de Sousa Coutinho, O Princípio da Legalidade, em *Caderno de Pesquisas Tributárias*, CEEU/Resenha Tributária, São Paulo, 1981, pág. 296

<sup>14</sup> Vittorio Cassone, *Direito Tributário*, Editora Atlas, São Paulo, 1985, pág.71.

Nesse mesmo sentido é a lição dos mais autorizados tributaristas brasileiros, entre os quais podem ser citados: AMILCAR DE ARAÚJO FALCÃO<sup>15</sup>, ALIOMAR BALEEIRO,<sup>16</sup> RUY BARBOSA NOGUEIRA,<sup>17</sup> GERALDO ATALIBA,<sup>18</sup> PAULO DE BARROS CARVALHO,<sup>19</sup> IVES GANDRA DA SILVA MARTINS,<sup>20</sup> BERNARDO RIBEIRO DE MORAES,<sup>21</sup> FÁBIO FANUCCHI<sup>22</sup>, AIRES FERNANDINO BARRETO,<sup>23</sup> DEJALMA DE CAMPOS<sup>24</sup> e YONNE DOLÁCIO DE OLIVEIRA.<sup>25</sup>

Por isso mesmo, nas ementas de vários acórdãos que lavramos em nossa rápida passagem pelo TRIBUNAL FEDERAL DE RECURSOS, fizemos constar: “A lei que delega atribuição para fixar alíquota de tributo viola o princípio constitucional da legalidade, segundo o qual só a lei pode criar tributo, vale dizer, definir o respectivo fato gerador em todos os seus aspectos.”<sup>26</sup>

Realmente, é fácil compreender que bem pouco valeria a afirmação, feita pela Constituição Federal, de que *só a lei pode instituir tributo*, se o legislador pudesse transferir essa atribuição, no todo ou em parte, a outro órgão estatal, desprovido, segundo a Constituição, de competência para o exercício de atividade legislativa.

Não vale o argumento de que a lei pode limitar-se a dizer que o tributo fica criado, reportando-se simplesmente ao *núcleo* de sua hipótese de incidência, posto que o Poder Executivo, com fundamento em seu poder regulamentar estaria autorizado a estabelecer todos os elementos necessários *à fiel execução da lei*. Como assevera, com absoluta propriedade, ROQUE ANTONIO CARRAZZA, invocando JARACH, equivocam-se “os que apregoam que o Chefe do Executivo, no que tange aos tributos, pode terminar a obra do legislador, regulamentando tudo aquilo que ele se limitou a descrever com traços largos. Falando pela via ordinária, o poder regulamentar serve para *ressaltar* alguns *conceitos menos claros*

<sup>15</sup> *O Fato Gerador da Obrigação Tributária*, 2ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1971, pág. 37.

<sup>16</sup> *Direito Tributário Brasileiro*, 10ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 1981, pág. 409.

<sup>17</sup> *Curso de Direito Tributário*, 6ª edição, Saraiva, São Paulo, 1986, pág. 154.

<sup>18</sup> *Hipótese de Incidência Tributária*, 3ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1984, pág. 109; na 4ª edição, pág. 118.

<sup>19</sup> *Curso de Direito Tributário*, Editora Saraiva, São Paulo, 1985, pág. 20.

<sup>20</sup> *O Princípio da Legalidade no Direito Tributário Brasileiro*, em *Caderno de Pesquisas Tributárias*, CEEU/Resenha Tributária, São Paulo, 1981, pág.336.

<sup>21</sup> *Compendio de Direito Tributário*, Forense, Rio de Janeiro, 1984, pág. 398/399.

<sup>22</sup> *Curso de Direito Tributário Brasileiro*, IBET/Resenha Tributária, São Paulo, 1986, pág. 125.

<sup>23</sup> *Princípio da Legalidade e Mapas de Valores*, em *Caderno de Pesquisas Tributárias*, CEEU/Resenha Tributária, São Paulo, 1981, pág. 39.

<sup>24</sup> *O Princípio da Legalidade no Direito Tributário*, em *Caderno de Pesquisas Tributárias*, CEEU/Resenha Tributária, São Paulo, 1981, pág. 231.

<sup>25</sup> *Legislação Tributária, Tipo Legal Tributário*, em *Comentários ao Código Tributário Nacional*, José Bushatsky, 1976, pág. 141.

<sup>26</sup> AC nº 143.769-RJ, D.J.U. de 24.10.1988, pág. 27520

contidos na lei, mas não para lhes agregar novos componentes ou, o que é pior, para defini-los a partir do nada”.<sup>27</sup>

O regulamento realmente nada mais é do que uma *interpretação* dada pelo Chefe do Poder Executivo às normas contidas na lei. Não mais do que isso. Assim, vincula apenas quem esteja subordinado hierarquicamente a ele. Pode apenas adotar, diante de conceitos vagos, uma das interpretações *razoáveis* da norma em que tais conceitos estejam encartados. E assim deve ser, para que fique assegurado um tratamento igual para todos os contribuintes, evitando-se que as diversas autoridades da Administração Tributária adotem cada qual a interpretação que lhe pareça melhor. Não pode, todavia, o regulamento, ou qualquer outra norma que não seja lei, criar nenhum dos elementos essenciais da obrigação tributária principal.

Na lei não deve estar apenas a hipótese de incidência tributária. No dizer de BARROS CARVALHO, a lei deve enunciar os elementos indispensáveis à composição do vínculo obrigacional.<sup>28</sup> Questão importante consiste em saber se entre esses elementos está o prazo para pagamento do tributo. GERALDO ATALIBA e LIMA GONÇALVES, examinando o art. 66 da Lei nº 7.450/85, que atribui ao Ministro da Fazenda competência para fixar prazos de pagamento das receitas compulsórias da União, manifestam-se pela inconstitucionalidade daquele dispositivo. Afirmam que “o prazo de recolhimento do **quantum** objeto da obrigação tributária integra o aspecto ou critério quantitativo da respectiva hipótese de incidência, possuindo a virtude de alterar-lhe a capacidade de afetar, mais ou menos gravosamente, a espera patrimonial do cidadão.” Não se limitam, porém, a esse argumento, para considerarem inconstitucional o suprarreferido dispositivo legal.<sup>29</sup>

A rigor, o que a lei deve prever não é apenas a hipótese de incidência, em todos os seus aspectos. Deve estabelecer tudo quanto seja necessário à existência da relação obrigacional tributária. Deve prever, portanto, a hipótese de incidência e o conseqüente mandamento. A descrição do fato temporal e da correspondente prestação, com todos os seus elementos essenciais, e ainda a sanção, para o caso de não prestação.

O prazo para o recolhimento do tributo é, a nosso ver, um desses elementos essenciais. O mandamento há de ser pague tanto até tal data. É que a inexistência, na lei, do prazo para o pagamento, deixaria a autoridade administrativa livre para fixar, discricionariamente, esse prazo, podendo exigir o tributo imediatamente após a ocorrência do respectivo fato gerador. Isso é incompatível com a própria definição de tributo como prestação pecuniária cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

<sup>27</sup> Roque Antônio Carrazza, *O Regulamento no Direito Tributário Brasileiro*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1981, pág. 95.

<sup>28</sup> Paulo de Barros Carvalho, *Curso de Direito Tributário*, Editora Saraiva, São Paulo, 1985, pág. 20.

<sup>29</sup> Carga Tributária e Prazo de Recolhimento de Tributos, em *Revista de Direito Tributário*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1988, nº 45, pág. 24/31.

É certo que alguns conceitos vagos existentes na lei podem ser determinados em normas infralegais. Essa determinação não prejudica, mas, pelo contrário, realiza a ideia de que o tributo há de ser cobrado mediante atividade plenamente vinculada.<sup>30</sup> No que pertine ao prazo, todavia, não se pode admitir que deixe o legislador o seu estabelecimento a ser feito em norma infralegal, porque a obrigação tributária resulta da lei em sentido restrito. Assim como nas obrigações decorrentes da vontade, é essencial que desta resulte o estabelecimento do prazo para o adimplemento das respectivas prestações, na obrigação legal é necessário que na lei tal prazo seja fixado.<sup>31</sup>

A fixação de prazo para pagamento de tributo, em caráter individual, pelo Ministro da Fazenda, como parece admitir o art. 66 da Lei nº 7.450/85, é inadmissível em face da própria definição de tributo como prestação pecuniária cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada. E ainda que se entenda deva essa atribuição ser exercida em caráter normativo, o dispositivo legal em referência estaria revogado pelo art. 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias de 1988.

Também no plano metajurídico, justifica-se plenamente essa compreensão do princípio da legalidade tributária. A instituição do tributo é um ato da maior importância política. Quem o pratica há de assumir a responsabilidade por ele perante o povo que vai suportar o ônus correspondente. Daí não se poder admitir que os representantes do povo no Parlamento deleguem, mesmo em parte, essa importante atribuição.

Com o advento da Constituição de 1988, essa questão ficou muito bem resolvida. Por isso mesmo afirmamos, e repetimos, que o princípio da legalidade restou consideravelmente fortalecido em virtude de algumas normas, não destinadas a regular especificamente a tributação, entre as quais merecem destaque: (a) a que atribui competência ao Congresso Nacional para sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do Poder Regulamentar ou dos limites de delegação legislativa (Art. 49, V), e (b) a que revoga, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo a prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange à ação normativa (Art. 25, item I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias).

## **O âmbito constitucional e o fato gerador das taxas**

Uma coisa é a definição genérica da matéria fática que o legislador pode utilizar para definir a hipótese de incidência de uma taxa, e outra é a definição específica da situação cuja ocorrência cria o dever de pagar determinada taxa. A

<sup>30</sup> Cf. Hugo de Brito Machado, *O Conceito de Tributo no Direito Brasileiro*, Forense, Rio de Janeiro, 1987, pág. 86.

<sup>31</sup> Não é este, porém, o entendimento predominante na jurisprudência.

definição genérica da matéria fática que o legislador pode utilizar para a definição da hipótese de incidência de uma taxa está na própria Constituição Federal, tendo o Código Tributário Nacional definido alguns conceitos albergados pelos dispositivos constitucionais, como adiante se verá.

Essa distinção, na qual insistimos, é da maior importância especialmente se temos em consideração que a competência para a definição genérica, ou delineamento dos limites do âmbito constitucional das taxas em geral, é do legislador complementar, nos termos do art. 146, inciso III, alínea “a”, posto que, ao estabelecer a matéria fática de que se pode valer o legislador para a criação de uma taxa, o legislador complementar estará definindo essa espécie tributária.

O âmbito constitucional das taxas, definido pela própria Constituição, é tornado mais preciso, melhor definido, pelo legislador complementar que estabelece normas gerais. O fato gerador é definido pelo legislador ordinário do ente público. Ao instituir uma taxa, o legislador ordinário diz em qual situação esta se faz devida. Estabelece a sua hipótese de incidência, que, quando concretizada no mundo fático, consubstancia o fato gerador da taxa individualmente considerada.

## **O conceito e as características da taxa**

O conceito de taxa deve ser extraído dos dispositivos constitucionais que estabelecem o âmbito de incidência dessa espécie tributária. Não obstante se possa falar de um conceito de taxa no plano universal da Ciência das Finanças Públicas, o conceito jurídico de taxa está indiscutivelmente ligado ao direito positivo de cada país e deve ser estabelecido, portanto, à luz de cada ordenamento jurídico.<sup>32</sup>

Ressalte-se que a maior parte das divergências doutrinárias a respeito do assunto decorre exatamente da diversidade de ordenamentos jurídicos aos quais se reporta cada doutrinador, embora as divergências possam ser constatadas mesmo entre doutrinadores de um mesmo país. BERLIRI, por exemplo, nega as características da taxa sustentadas por outros doutrinadores italianos e sustenta que a distinção essencial entre imposto e taxa reside no caráter voluntário desta,<sup>33</sup> tese que evidentemente não se pode aceitar, especialmente no Direito brasileiro, posto que a ausência da vontade é característica do gênero tributo, do qual a taxa é espécie.

Realmente, a taxa é uma espécie do gênero tributo.<sup>34</sup> É, portanto, uma prestação pecuniária compulsória, instituída em lei, que não constitua sanção de ato ilícito e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada. A este conceito genérico devem ser agregadas as características específicas, vale dizer, as características que distinguem a taxa das demais espécies de tributo, a saber, o imposto, a contribuição de melhoria e as contribuições sociais.

<sup>32</sup> Antonio Berliri, *Principios de Derecho Tributario*, tradução de Fernando Vicente – Arche Domingo, Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1964, vol. I, pág. 350, nota de rodapé nº 9.

<sup>33</sup> Antonio Berliri, *Principios de Derecho Tributario*, tradução de Fernando Vicente – Arche Domingo, Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1964, vol. I, págs. 314 e 315.

<sup>34</sup> Constituição Federal de 1988, art. 145, inciso II, e *Código Tributário Nacional*, art. 5º.

Enquanto o imposto é uma espécie de tributo cujo fato gerador não está vinculado a nenhuma atividade estatal específica relativa ao contribuinte,<sup>35</sup> a taxa, pelo contrário, tem seu fato gerador vinculado a uma atividade estatal específica relativa ao contribuinte. Por isto é que se diz, reproduzindo ideia de A. D. GIANNINI,<sup>36</sup> que a taxa é um tributo *vinculado*. A primeira característica da taxa, portanto, é ser um tributo cujo fato gerador é vinculado a uma atividade estatal específica relativa ao contribuinte. Essa característica a distingue do imposto, entretanto não basta para sua identificaao específica, porque também a contribuiao de melhoria tem seu fato gerador vinculado a atividade estatal específica. Acrescente-se, pois, que a taxa é vinculada ao *serviço público*, ou ao *exercício do poder de polícia*.

Bastante divulgada   a ideia de que a taxa é um tributo *contraprestacional*, vale dizer, o seu pagamento corresponde a uma contraprestaao do contribuinte ao Estado, pelo serviço que lhe presta, ou pela vantagem que lhe proporciona.

Em Portugal, a ideia de contraprestaao é colocada para distinguir os impostos de outras receitas públicas, sem indicaao específica de taxas, mas deixando entender-se que a ideia de contraprestacionalidade envolve a vantagem recebida por quem paga. Veja-se, a propósito, a liao de CARDOSO DA COSTA:

“Simplesmente, as receitas coactivas do Estado não têm todas a mesma natureza: aí nos aparecem receitas que são a contrapartida duma especial vantagem ou serviço prestado pelo Estado aos contribuintes, ao lado de outras que afluem aos cofres públicos sem que tenham a justificá-las qualquer contraprestaao específica por parte do Estado. Estas últimas – os impostos – são, pelo seu montante, as mais importantes não só das receitas coactivas, mas de todas as receitas públicas, e constituem, por outro lado, um domínio em que o poder de supremacia do Estado se manifesta de um modo bem peculiar e inconfundível.”<sup>37</sup>

No Brasil, Sacha Calmon Navarro Coelho sustenta que a taxa é sempre uma contraprestaao de serviço público, nela estando sempre presente o sinal gma. Para ele, a única valia da distinao entre taxas de polícia e taxas de serviço (*estricto senso*) está em tirar suporte para a cobrança de taxas de polícia em caráter potencial.<sup>38</sup>

Não nos parece que seja assim. Não nos parece que nas taxas de polícia exista sempre um serviço, uma atividade fr vel pelo sujeito passivo da taxa. Muito menos que exista correlaao entre o valor dessa atividade estatal, que se pode entender como serviço público em sentido amplo, e o valor da taxa correspondente. Aliás, mesmo em relaao às taxas relativas a serviços públicos em

<sup>35</sup> Código Tributário Nacional, art. 16

<sup>36</sup> A. D. Giannini, *Istituzioni di Diritto Tributario*, Milano, Dott. A. Giuffr  Editore, 1948, pág. 39

<sup>37</sup> José Manuel M. Cardoso da Costa, *Curso de Direito Fiscal*, Almedina, Coimbra, 1972, págs. 2 e 3

<sup>38</sup> Sacha Calmon Navarro Coelho, *Curso de Direito Tributário Brasileiro*, 2  ediao, Forense, Rio de Janeiro, 1999, pág. 534.

sentido estrito, também não nos parece que exista necessariamente uma correlação entre o valor da taxa cobrada e o valor do serviço prestado ou posto à disposição do contribuinte, ou ainda da *vantagem* que o Estado lhe proporcione. Entendemos até que a instituição e cobrança de uma taxa não têm como pressuposto essencial um *proveito*, ou *vantagem*, para o contribuinte, individualmente. O essencial, na taxa, é a referibilidade da atividade estatal ao obrigado. A atuação estatal, que constitui fato gerador da taxa há de ser relativa ao sujeito passivo desta, e não à coletividade em geral. Por isso mesmo, o serviço público cuja prestação enseja a cobrança da taxa há de ser específico e divisível, posto que somente assim será possível verificar-se uma relação entre esses serviços e o obrigado ao pagamento da taxa. Não é necessário, porém, que a atividade estatal seja vantajosa, ou resulte em proveito do obrigado.

Assim, a menos que se entenda que a contraprestação não alberga a ideia de retribuição de uma vantagem por outra mais ou menos equivalente.

A atividade estatal que constitui fato gerador da taxa não constitui necessariamente uma vantagem para o contribuinte. Por isso temos sustentado que a contraprestacionalidade não é uma característica essencial dessa espécie tributária. Não só no Brasil, como em muitos outros países, está bem claro que a atividade estatal que constitui fato gerador da taxa há de ser especificamente referida ao contribuinte, mas não necessariamente uma vantagem para este.<sup>39</sup> Talvez seja a esta referibilidade que se reporta NUNO DE SÁ GOMES, ilustre Professor da Universidade de Lisboa, ao dizer que

“a única característica distintiva das taxas em face do imposto não está na utilidade, nem na voluntariedade, nem na solicitação dos serviços pelos particulares, mas apenas no caráter bilateral ou sinalagmático das primeiras, em termos de equivalência jurídica, mas não também econômica da prestação devida.”<sup>40</sup>

Essa equivalência jurídica, mas não também econômica, bem pode ser entendida como uma contraprestação desprovida da equivalência econômica, ou mesmo da utilidade, ou benefício, para o sujeito passivo, tal como expressa por tributaristas espanhóis. Assim é que AYALA e BECERRIL, comentando a Lei 23, de 13/07/98, embora coloquem como elementos da taxa a contraprestacionalidade, asseveram que “*en definitiva, la figura de la tasa debe vincularse al pago de una prestación o de un servicio, sea beneficioso o no para el contribuyente.*”<sup>41</sup>

<sup>39</sup> Na Espanha, a Lei 23, de 13 de julho de 1998, estabelece que

“Las tasas son aquellos tributos cuyo hecho imponible consiste en la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público, en la prestación de servicios o en la realización de actividades en régimen de Derecho Público que se refieran, afecten o beneficien de modo particular al sujeto pasivo,” nas circunstâncias que indica.

<sup>40</sup> Nuno de Sá Gomes, *Manual de Direito Fiscal*, Centro de Estudos Fiscais, Lisboa, 1993, vol. 1, pág. 76

<sup>41</sup> Jose Luis Perez de Ayla e Miguel Perez de Ayala Becerril, *Fundamentos de Derecho Tributario*,

Esta é também a doutrina de GIANNINI, que, se reportando à taxa, ensina:

“Non è esatto che il fondamento giuridico di essa risieda in un servizio reso dallo Stato *a favore* dell’ obbligato, o comunque in una qualche *utilità* che egli risenta in conseguenza della esplicazione dell’attività amministrativa o giuridica dello Stato stesso, perchè, se questo elemento del fenificio, del vantaggio del singolo, tenuto al pagamento della tassa, effettivamente sussiste in molti caso, e può in altri com un po’ di buona volontà raffigurarsi, alcune volte manca assolutamente, como nelle tasse dovute per l’attuazione della legge penale, o è solo aparente, avendo la sua base in una situazione artificiosa: lo Stato pone un limite all’attività del singolo e poi stabilisce che questi, per ottenere il beneficio della rimozione del limite, deve pagare una tassa.”<sup>42</sup>

O critério da voluntariedade, sustentado por BERLIRI, além de ser absolutamente inaceitável em nosso sistema jurídico, também não deve ser aceito, mesmo no Direito italiano, como bem observou VALDÉS COSTA, ao optar, acertadamente, pela tese de GIANNINI, concluindo que:

“La opinión de GIANNINI aparece como irrefutable: “Si bien es cierto que este elemento del beneficio o ventaja del particular que viene obligado al pago de la tasa se da efectivamente en muchos casos y puede en otros imaginarse con un poco de buena voluntad, también es verdad que algunas veces falta en absoluto, como acontece en las tasas debidas por aplicación de la ley penal, o es solo aparente, por basarse en una situación artificiosa, como ocurre cuando el Estado señala un límite a la actividad del particular y después establece que este debe pagar una cantidad para obtener el beneficio de la remoción de esa traba.” El manido ejemplo del tributo que se paga por el funcionamiento de la justicia penal, que para BERLIRI no es una tasa y por el contrario es un impuesto, ha dado lugar a que ambos autores acusen a sus razonamientos del vicio de petición de principios.”<sup>43</sup>

Nos termos como está a taxa disciplinada em nosso ordenamento jurídico, não se pode admitir seja a contraprestacionalidade uma característica dessa espécie de tributo. A menos, é claro, que se entenda por contraprestação a simples referibilidade do agir do Estado, vale dizer, da atividade administrativa ao legalmente obrigado ao pagamento da taxa. Ou, como prefere dizer SÁ GOMES, uma equivalência jurídica mas não também econômica.

Para nós, a palavra contraprestação é mais adequada para indicar uma equivalência jurídica e também econômica, ainda que em termos práticos não

---

3ª ed., Edersa, Madrid, 1999, pág. 54.

<sup>42</sup> A. D. Giannini, *Istituzioni di Diritto Tributario*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1948, pág. 39

<sup>43</sup> Ramón Valdés Costa, *Curso de Derecho Tributario*, Depalma/Temis/Marcial Pons, Buenos Aires, Santa Fé de Bogotá, Madrid, 1996, pág. 154/155.

seja exata. Por isso mesmo preferimos afastar a ideia de contraprestacionalidade, substituindo-a pela ideia de referibilidade, ou de vinculação jurídica, que consideramos ser na verdade a característica que distingue a taxa do imposto.

Essa característica está, de certo modo presente, também, na contribuição de melhoria. Por isso adiante cuidaremos da distinção entre essas duas espécies, mas adiantamos desde logo que na taxa a própria atividade administrativa consubstancia diretamente o fato gerador da obrigação tributária, enquanto na contribuição de melhoria a atividade administrativa consubstancia apenas a causa do fato gerador da obrigação tributária. Em outras palavras, na taxa a atividade administrativa constitui, ela mesma, o fato gerador, enquanto na contribuição de melhoria a atividade administrativa consubstancia simplesmente uma causa de um fato econômico que é, este sim, o fato gerador da obrigação tributária.

Assim, concluímos que a taxa é *uma espécie de tributo cujo fato gerador é uma atividade estatal, ou atividade administrativa, vale dizer, é o exercício regular do poder de polícia, ou o serviço público, prestado ou posto à disposição do contribuinte*. Isso é o que se pode extrair do disposto no art. 145, inciso II, da Constituição Federal e no art. 77 do Código Tributário Nacional.

## **Distinções importantes**

### **Imposto e taxa**

Ao estudarmos as características da taxa deixamos estabelecida a distinção entre esta e o imposto. Voltamos ao tema para deixar definitivamente esclarecida essa diferença. A taxa tem como fato gerador uma atuação do Estado, uma atividade administrativa, sempre referida ao obrigado. Seja vantajosa, ou não, para o contribuinte, a atividade administrativa especificamente referida ao contribuinte é necessária ao surgimento da obrigação de pagar taxa. Já o imposto tem como fato gerador uma situação que não configura um agir especificamente estatal. Uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte.<sup>44</sup>

Por isso tem sido afirmado que a taxa é um tributo vinculado. Quer dizer, um tributo cujo fato gerador está necessariamente ligado a atividade estatal específica relativa ao contribuinte. Ao contrário do imposto, a taxa tem sempre como fato gerador uma atividade estatal específica relativa ao contribuinte.

### **Taxa e contribuição de melhoria**

Já antecipamos que na taxa a atividade administrativa constitui, ela mesma, o fato gerador, enquanto na contribuição de melhoria a atividade administrativa consubstancia simplesmente uma causa de um fato econômico que é, este sim, o fato gerador da obrigação tributária. Realmente, a taxa tem como fato gerador a atividade administrativa consistente na prestação, efetiva ou potencial, de um serviço público, específico e divisível, ou o exercício regular do poder de polícia. É a própria

<sup>44</sup> Código Tributário Nacional, art. 16.

atividade administrativa, portanto, que consubstancia o fato gerador da obrigação tributária. Já a contribuição de melhoria tem como fato gerador a valorização de um imóvel do contribuinte, decorrente, tal valorização, de uma obra pública.

A distinção entre obra pública e serviço público é relevante. Sobre ela já escrevemos:

Há quem sustente que o Poder Público pode optar entre a cobrança de uma contribuição de melhoria, ou uma taxa, quando, por exemplo, faz a pavimentação de uma rua. Não nos parece razoável esse entendimento, por maior que seja a autoridade dos que o defendem. Taxa não se confunde com Contribuição de Melhoria. Ambas, é certo, são tributos *vinculados* a atividade estatal, mas é precisamente a natureza dessa atividade que oferece a medida para a distinção entre essas duas espécies tributárias.

A taxa, como já foi estudado, tem o seu fato gerador relacionado com o exercício regular do *poder de polícia*, ou com uma *prestação de serviços*. A contribuição de melhoria tem seu fato gerador ligado a uma *obra pública*. No que diz respeito ao poder de polícia, parece claro que ninguém o pode confundir com a realização de obra pública. Resta, pois, a distinção entre obra e serviço, que tentaremos estabelecer, do modo o mais simples possível, dizendo apenas que: (a) na obra pública há o desempenho de atividade estatal que termina quando fica pronto o *bem público* correspondente; (b) no serviço público, pelo contrário, a atividade é permanente, não termina, pois se deixa de ser exercitada o serviço deixará de existir. A construção de uma avenida, por exemplo, é uma obra pública; já a limpeza e conservação desta constitui serviço público.

Ressalte-se que a *obra pública*, como atividade, não atende a necessidade nenhuma. Pelo contrário, causa quase sempre muitos transtornos. O que atende a necessidade do povo é o *bem* resultante da atividade. É a estrada, a ponte, a avenida. Não *atividade* de construção da estrada, da ponte ou da avenida.

Assim, se *serviço* público é diferente de *obra pública*, não se há de confundir a taxa que ao primeiro corresponde, com a contribuição de melhoria que se liga à segunda.<sup>45</sup>

Existem, como se vê, duas distinções essenciais entre a taxa e a contribuição de melhoria. A primeira resulta da diferença entre obra e serviço, enquanto a segunda resulta de que na contribuição de melhoria não basta a atividade, pois é necessária a ocorrência de valorização de um imóvel do contribuinte.

Assim, mesmo para os que não aceitam a diferença entre *obra pública* e *serviço* público, haverá sempre uma distinção essencial entre taxa e contribuição de melhoria, consubstanciada na necessidade de valorização imobiliária para esta última espécie tributária.

<sup>45</sup> Hugo de Brito Machado, *Curso de Direito Tributário*, 19ª edição, Malheiros, São Paulo, 2001, págs. 378/379.

## Taxa e preço público ou tarifa

Quanto à remuneração pelo uso ou pela aquisição da propriedade de bens do Estado, é pacífico o entendimento: a receita é um *preço, ou tarifa*. Nunca uma *taxa*. O problema se situa na área dos serviços, onde diversos critérios têm sido apontados pelos estudiosos da Ciência das Finanças e do Direito Financeiro para estabelecer a distinção entre *taxa e preço público ou tarifa*. Um desses critérios seria a compulsoriedade, sempre presente em relação à taxa e ausente em relação ao preço, que seria facultativo. Há, porém, quem sustente a existência de preços obrigatórios, assim como há quem afirme a existência de taxas facultativas. O Supremo Tribunal Federal já fixou entendimento pelo qual: “Preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas, diferentemente daqueles, são compulsórias e têm sua cobrança condicionada à prévia autorização orçamentária, em relação à lei que as instituiu”.<sup>46</sup>

Como se vê, o Supremo Tribunal Federal entende que a taxa é obrigatória enquanto o preço é facultativo ou voluntário. Importante, então, é saber o que caracteriza a *voluntariedade* como elemento capaz de definir o preço público, posto que o cumprimento de *todas* as obrigações jurídicas é *sempre* obrigatório, não se podendo, assim, falar de *voluntariedade* do pagamento. A esse propósito é a preciosa lição de Herrera Molina, que nos ensina ser a *voluntariedade* relacionada à utilização dos serviços.

“La voluntariedad del servicio – nota a que *deberian* ser reconducibles las distintas actividades financiadas con precios públicos – es un requisito lógico para que la obligación de pagar el precio público surja de un acuerdo de voluntades.”<sup>47</sup>

A maioria dos autores ensina que a taxa corresponde ou está ligada a uma atividade estatal *específica* relativa ao contribuinte. Justifica-se, assim, a taxa pelo exercício do poder de polícia ou pela prestação de serviço público, atividades privativas, próprias do Estado. Nem todo serviço público, porém, seria atividade especificamente estatal. O preço público, assim, seria a remuneração correspondente a um serviço público não especificamente estatal, vale dizer, uma atividade de natureza comercial ou industrial.

Acontece que a definição do que seja atividade específica do Estado enseja divergências insuperáveis. Aquilo que em determinado lugar considera-se atividade própria do Estado em outros lugares pode não ser assim considerado. E até em um mesmo lugar hoje pode ser considerado atividade própria do Estado aquilo o que não era ontem.

Não é fácil, nos domínios da Ciência das Finanças, estabelecer a diferença entre taxa e preço público. No âmbito jurídico, porém, a questão se resolve em

<sup>46</sup> Súmula 545.

<sup>47</sup> Pedro Manuel Herrera Molina, *Los precios públicos como recurso financiero*, Cuadernos Cívitas, Madrid, 1991, pág. 62.

admitir-se que a distinção entre atividade própria do Estado e atividades que podem ser exercidas por particulares há de ser formulada no plano político, vale dizer, há de ser fixada pelo Legislativo. Assim, admite-se que a lei estabeleça a fronteira entre a taxa e o preço, instituindo o que se pode entender como *taxa por definição legal*. Temos, então, que:

- a) se a atividade estatal situa-se no terreno próprio, específico do Estado, a receita que a ela se liga é uma *taxa*;
- b) se a atividade estatal situa-se no âmbito privado, a receita a ela vinculada deve ser um *preço, ou tarifa*;
- c) havendo dúvida, pode a lei definir a receita como *taxa* ou como *preço público ou tarifa*.

O importante é entender-se que, se a lei denominou a receita como *taxa*, vinculou esta ao regime jurídico tributário. Tal receita ficará, portanto, sujeita aos princípios constitucionais da tributação, entre os quais se destacam *os princípios da legalidade e da anterioridade da lei ao exercício financeiro correspondente*.

O *tributo*, por sua própria definição legal, é prestação pecuniária *compulsória* (CTN, art. 3º). Logo, sendo a taxa uma espécie de tributo, é também *compulsória*. Não tem sentido, pelo menos no Direito positivo brasileiro, falar-se em taxa facultativa. Isso, porém, há de ser entendido em seus devidos termos. Sendo o fato gerador da taxa um serviço daqueles que, no dizer do art. 79, inciso I, alínea “b”, são de utilização *compulsória*, então o pagamento da taxa efetivamente é simples decorrência de encontrar-se o contribuinte em condições de poder utilizar o serviço, ainda que o não faça. Se, porém, o fato gerador da taxa for a efetiva utilização do serviço, aí o contribuinte poderá fugir ao respectivo pagamento, bastando que o não utilize. Daí não se poderá concluir que a taxa é facultativa. Também do imposto pode-se fugir, bastando que se evite a situação que configura o respectivo fato gerador.

Ocorre que a fuga ao pagamento da taxa, pela não utilização do serviço, deixa desatendida a necessidade respectiva, que por outro meio não poderá ser satisfeita.

O que caracteriza a remuneração de um serviço público como taxa ou como preço público é a compulsoriedade, para a taxa, e a facultatividade para o preço, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal. Importante, porém, é a compreensão adequada, que se há de ter, do que sejam essa compulsoriedade e essa facultatividade.

A título de exemplo, imaginemos a necessidade que se tem de energia elétrica. Se o ordenamento jurídico nos permite atender a essa necessidade com a instalação de um grupo gerador em nossa residência, ou estabelecimento industrial ou comercial, então a remuneração que o Estado nos cobra pelo fornecimento de energia é um preço público, pois não somos juridicamente obrigados a utilizar o serviço público para a satisfação de nossa necessidade. Embora nos seja mais conveniente a utilização do serviço público, do ponto de vista econômico ou por outra razão qualquer, do ponto de vista rigorosamente jurídico nada nos impede

de, por outro meio, atender à necessidade de energia elétrica. A remuneração que pagamos pelo serviço de fornecimento de energia elétrica, portanto, não é compulsória. Por outro lado, se há norma jurídica proibindo a instalação de grupo gerador ou unidade de captação de energia solar em residências ou estabelecimentos comerciais ou industriais, de sorte que o atendimento da necessidade de energia elétrica por qualquer outro meio que não seja o serviço público torna-se impossível *sem violação da ordem jurídica*, tem-se que a utilização do serviço, e, por isso mesmo, o pagamento da remuneração correspondente, é compulsória. Nesse caso, essa remuneração correspondente é taxa.

O mesmo pode ser dito do serviço de água e esgoto. Se há norma proibindo o atendimento da necessidade de água e de esgoto por outro meio que não seja o serviço público, a remuneração correspondente é taxa. Se a ordem jurídica não proíbe o fornecimento de água em pipas, nem o uso de fossas, nem o transporte de dejetos em veículos de empresas especializadas, nem o depósito destes em locais para esse fim destinados pelo Poder Público, ou adequadamente construídos pela iniciativa privada, então a remuneração cobrada pelo serviço público de fornecimento de água e esgoto é preço público. Se, pelo contrário, existem tais proibições, de sorte a tornar o serviço público o único meio de que se dispõe para o atendimento da necessidade de água e de esgoto, então a remuneração respectiva será taxa.

Essa é a conclusão a que se chega da análise de memorável acórdão do Supremo Tribunal Federal, que apreciou questão relativa à cobrança de remuneração pela coleta de lixo do então Estado da Guanabara. Como a legislação daquele Estado proibía o uso de todo e qualquer meio para o atendimento da necessidade de livrarem-se as pessoas do lixo produzido em suas residências ou em suas atividades profissionais, tornando obrigatório, assim, o uso do serviço prestado pela empresa estatal criada para esse fim, a remuneração que vinha sendo cobrada como preço público foi considerada como taxa pela Corte Maior.

É importante compreender o fundamento dessa ideia.

Se a ordem jurídica obriga a utilização de determinado serviço, não permitindo o atendimento da respectiva necessidade por outro meio, então é justo que a remuneração correspondente, cobrada pelo Poder Público, sofra as limitações próprias dos tributos. O contribuinte estará seguro de que o valor dessa remuneração há de ser fixado por critérios definidos em lei. Terá, em síntese, as garantias estabelecidas na Constituição.

Por outro lado, se a ordem jurídica não obriga a utilização do serviço público, posto que não proíbe o atendimento da correspondente necessidade por outro meio, então a cobrança da remuneração correspondente não ficará sujeita às restrições do sistema tributário. Pode ser fixada livremente pelo Poder Público, pois o seu pagamento resulta de simples conveniência do usuário do serviço.

À liberdade que tem o Poder Público na fixação do preço público corresponde a liberdade do cidadão de utilizar, ou não, o serviço correspondente. Se o cidadão não tem essa liberdade, o Poder Público deve estar igualmente limitado pela

ordem jurídica no pertinente aos critérios para fixação do valor a ser cobrado, que será um tributo.

Para a adequada compreensão dessa distinção entre taxa e preço público, ou tarifa, é necessário que se estabeleça desde logo a distinção entre a *liberdade formal*, decorrente da lei, e a liberdade *substancial*, decorrente das circunstâncias de fato que podem estar, ou não estar, presentes em cada situação. Em outras palavras, temos de estabelecer o critério a ser adotado para definir a *facultatividade* que caracteriza os preços ou tarifas e a *compulsoriedade* que caracteriza a taxa. A ausência de esclarecimento quanto a esse critério foi questionada por Herrera Molina, com inteira propriedade:

“Desde un punto de vista teórico esta regulación parece más perfecta que la del Estado, aunque no elimina el riesgo de inseguridad jurídica. ¿Cómo se determina si el “interesado” puede utilizar “otros medios” para conseguir el servicio? ¿Habrá que tener en cuenta circunstancias puramente objetivas, o también la situación económica y personal del sujeto que solicita el servicio? Por otra parte será fuente de conflictos la diferencia entre la normativa estatal y la autonómica.

En suma, los criterios que utiliza la legislación para definir los servicios públicos improprios, no son claros ni contemplan todas las hipótesis posibles.”<sup>48</sup>

O critério para identificação da facultatividade, que caracteriza a tarifa ou preço público, e a compulsoriedade, que caracteriza a taxa, é o critério jurídico formal, vale dizer, a *facultatividade* e a *compulsoriedade* que nos interessam neste ponto são as decorrentes diretamente da norma jurídica produzida pelo Estado, norma jurídica como forma de expressão do poder estatal.

Isso não quer dizer que consideremos em qualquer caso satisfatória a visão jurídica formal do Direito. Essa visão na verdade em muitos casos é absolutamente insuficiente. Na situação de que se cuida, porém, ela atende satisfatoriamente a necessidade de identificação do tributo como forma de manifestação do poder estatal, e por isto mesmo é adequada para a definição da obrigatoriedade que caracteriza a taxa, assim como da facultatividade que caracteriza o preço público ou tarifa.

Se pretendermos que a obrigatoriedade pode ser decorrente de circunstâncias materiais, e não da lei, e que a liberdade para atendermos nossa necessidade por outros meios está ausente quando, em virtude de circunstâncias materiais, não dispomos de nenhum outro meio para o atendimento de nossas necessidades, então teremos de concluir que o pagamento de muitos serviços dos quais necessitamos é obrigatório porque dos mesmos temos necessidade premente e não dispomos de outro meio para atendê-la.

<sup>48</sup> Pedro Manuel Herrera Molina, *Los precios públicos como recurso financiero*, Cuadernos Cívitas, Madrid, 1991, págs. 45/46.

O que caracteriza a taxa, distinguindo-a do preço público ou tarifa é a obrigatoriedade, imposta pela norma jurídica, de atendimento da nossa necessidade mediante a utilização do serviço público. Imposição que pode se dar diretamente, por disposição que diga ser obrigatória a utilização do serviço, ou indiretamente, por disposições que proíbam a utilização de outros meios para o atendimento da necessidade. Ou ainda, pela criação da própria necessidade a ser atendida pelo serviço público.

Em definitivo, se alguém é obrigado pela ordem jurídica a utilizar um serviço público, a retribuição respectiva é uma taxa. E se alguém, embora em certos casos, compelido por circunstâncias materiais a utilizar o serviço público tem liberdade jurídica de não utilizar tal serviço e atender a sua necessidade por outro meio, a retribuição respectiva é um preço público ou tarifa.

## **As espécies de taxa**

### **Taxas de polícia e de serviço**

A vigente Constituição Federal atribui à União, aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios competência para instituir taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição.

No Direito Tributário brasileiro, portanto, considerado o fundamento constitucional para a instituição de taxas, podem estas ser classificadas em duas espécies, a saber, as taxas de polícia e as taxas de serviço.

### **Taxas de polícia**

O poder de polícia está legalmente definido como “a atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou a abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos”.<sup>49</sup>

A regularidade do exercício desse poder também está definida em lei. “Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder”.<sup>50</sup>

A rigor, segundo autorizados doutrinadores, poder de polícia não é atividade da Administração. É poder do Estado. Deve ser exercido mediante produção legislativa. A Administração Pública, com fundamento nesse poder, e dentro dos

<sup>49</sup> Código Tributário Nacional, art. 78

<sup>50</sup> Código Tributário Nacional, art. 78, parágrafo único.

limites impostos pelo ordenamento jurídico, exerce *atividade de polícia*. O que o Código Tributário Nacional define como poder de polícia na verdade é *atividade de polícia*. Prevaleceu, no Código, a terminologia mais difundida, embora menos adequada. Fica a observação, apenas para fins didáticos, posto que o rigor terminológico deve ser sempre um objetivo a ser alcançado, embora se reconheça que a linguagem é um instrumento precário de transmissão de ideias.

Exercendo o poder de polícia, ou, mais exatamente, exercitando atividade fundada no poder de polícia, o Estado impõe restrições aos interesses individuais em favor do interesse público, conciliando esses interesses.

Reconhecemos a dificuldade de conceituar tanto o que seja *bem-estar geral* como o que seja *interesse público*. Mesmo assim, e sem preocupação com o rigor científico, tentaremos uma demonstração: se alguém encontra trafegando nas ruas um veículo sem freios, ou dirigido por motorista não habilitado, apenas procura resguardar-se de alguma consequência danosa que isso lhe possa acarretar, mas não assume o ônus de impedir o tráfego do veículo naquelas condições. Cada pessoa, individualmente, tem interesse em que tal fato não aconteça; entretanto, esse interesse não é de tal porte que a leve a assumir o ônus de defendê-lo. Quando muito, levará o fato ao conhecimento da autoridade competente. E ao Estado compete adotar as providências cabíveis na defesa do *bem-estar geral* ou do *interesse público afetados*. Assim, entendemos que o interesse é público quando nenhum indivíduo é seu titular e, por isso mesmo, ninguém, individualmente, quer assumir o ônus de defendê-lo, embora todos reclamem sua defesa.

O poder de polícia, ou, mais exatamente, a atividade de polícia, manifesta-se das mais diversas maneiras. O art. 78, do Código Tributário Nacional, reporta-se ao interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos. Essa enumeração, como se vê, é assaz abrangente. Há quem sustente ser a mesma de caráter taxativo. Ainda assim, em face da plasticidade dos conceitos empregados, sua abrangência é praticamente ilimitada. Desde que se possa vislumbrar um interesse público, pode o Estado utilizar o seu poder de polícia, ou atividade de polícia para protegê-lo.

Quando exercita esse poder, editando lei que regula a atividade de polícia, pode instituir taxas que correspondam a essa atividade, a serem cobradas de quem a elas esteja submetido.

É o que ocorre, por exemplo, no caso dos alvarás de funcionamento ou de licenças para construir ou do conhecido “habite-se”. O Estado, nesses casos, não está prestando nenhum serviço. Está, isso sim, exercitando sua atividade de polícia. As taxas que cobra em razão dessa atividade denominam-se taxas de polícia.

Entretanto, mesmo sem ter natureza prestacional para o contribuinte, a atividade estatal há de ser efetiva. Sem o efetivo exercício do poder de polícia, que se refere através de uma atividade de fiscalização, não se justifica a cobrança da taxa. Não basta a existência de um aparato administrativo capaz de agir. É

necessária a existência de uma atividade estatal efetiva, ainda que não se deva tê-la como contraprestação. Este é o entendimento que tem prevalecido no Superior Tribunal de Justiça<sup>51</sup> e também no Supremo Tribunal Federal.<sup>52</sup>

Na verdade, admitir-se a cobrança de taxa instituída com fundamento no art. 145, inciso II da Constituição Federal, sem que exista efetivamente a atividade administrativa inerente ao poder de polícia, ou a efetiva, ou potencial prestação de serviços públicos específicos e divisíveis, seria admitir a cobrança de impostos disfarçados com o nome de taxa, com afronta evidente às garantias constitucionais do contribuinte.

## Taxas de serviço

Diversamente do que fez em relação a *poder de polícia*, o CTN não estabeleceu o que se deve entender por serviço público. Os administrativistas, em cujo campo de estudos situa-se esta matéria, não chegaram ainda a um acordo sobre o que seja serviço público.

<sup>51</sup> Veja-se, neste sentido, a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp nº 164.529 – SP, de 30.11.98, rel. Ministro Milton Luiz Pereira, Boletim de Direito Administrativo, NDJ, São Paulo, agosto/2001, pág. 662/665, que consagra a necessidade de efetiva atividade estatal para justificar a cobrança de taxas, mesmo em se tratando da espécie cujo fato gerador é o exercício regular do poder de polícia. Registre-se, porém, a impropriedade da terminologia utilizada no julgado em questão, posto que não se deve falar em contraprestação no que diz respeito às taxas de polícia, embora se deva realmente cogitar de uma vinculação necessária entre a taxa e um agir do Estado.

<sup>52</sup> Realmente, o Supremo Tribunal Federal tem decidido (RE 140.278 – CE, rel. Ministro Sydney Sanches, julgado em 27.08.96, DJU de 22.11.96, págs. 45.703):

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL, TRIBUTÁRIO E ADMINISTRATIVO. TAXA DE LOCALIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO. ARTIGO 145, II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. FISCALIZAÇÃO. PODER DE POLÍCIA. SÚMULA. 279.

1. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição. É o que estatui o art. 145 e seu inciso II, focalizados no RE.

2. Interpretando essa norma, assim como as que a precederam, seja na Constituição anterior, seja no Código Tributário Nacional, a jurisprudência do S.T.F. firmou-se no sentido de que só o exercício efetivo, por órgão administrativo, do poder de polícia, na primeira hipótese, ou a prestação de serviços, efetiva ou potencial, pelo Poder Público, ao contribuinte, na segunda hipótese, é que legitimam a cobrança de taxas, como a de que se trata neste Recurso: taxa de localização e funcionamento.

3. No caso, o acórdão extraordinariamente recorrido negou ter havido efetivo exercício do poder de polícia, mediante atuação de órgãos administrativos do município, assim como qualquer prestação de serviços, efetiva ou potencial, pelo Poder Público, ao contribuinte, que justificasse a imposição da taxa em questão.

4. As assertivas do acórdão repousam na interpretação das provas dos autos ou do direito local, não pode ser revista, por esta Corte, em R.E. (Sumulas 279 e 280).

5. Precedentes.

6. R.E. não conhecido.

Para os efeitos da adequada compreensão das taxas, podemos entender por serviço público *toda e qualquer atividade prestacional realizada pelo Estado, ou por quem fizer suas vezes, para satisfazer, de modo concreto e de forma direta, necessidades coletivas*. Não se confunde com o poder de polícia porque é sempre atividade prestacional de natureza material.

Para que o serviço público possa servir como fato gerador de taxa, deve ser (a) específico e divisível; (b) prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição e, finalmente, (c) utilizado, efetiva ou potencialmente, pelo contribuinte.

Não é fácil definir o que seja um serviço público *específico e divisível*. Diz o Código que os serviços são *específicos* quando possam ser destacados em unidades autônomas de intervenção, de utilidade ou de necessidade públicas, e *divisíveis* quando suscetíveis de utilização, separadamente, por parte de cada um de seus usuários (art. 79, incs. II e III). Não obstante estejam tais definições contidas em dispositivos separados, cuida-se de duas definições inseparáveis, no sentido de que um serviço não pode ser *divisível* se não for *específico*. Não tem sentido prático, portanto, separar tais definições, como a indicar que a taxa pode ter como fato gerador a prestação de um serviço público *específico* ou de um serviço público *divisível*. Aliás, isso decorre do próprio dispositivo constitucional, que se refere a serviço específico e divisível.

Seja como for, certo é que as definições legais em referência praticamente em nada contribuem para a solução dos problemas práticos relativos às taxas. Constituem, porém, indicações úteis a serem trabalhadas pela doutrina e pela jurisprudência.

Quando se trate de atividade provocada pelo contribuinte, individualmente, como acontece, por exemplo, no caso do fornecimento de certidões ou da prestação de atividade jurisdicional, parece indubitoso o caráter específico e divisível do serviço. Por outro lado, serviço como o de iluminação pública, por exemplo, não nos parece ser específico nem divisível, posto que é utilizável por todos de forma indistinta.

Entende-se como *prestado* ao contribuinte o serviço que este utiliza efetivamente, e como *posto à disposição* do contribuinte aquele por este apenas potencialmente utilizável. Os serviços consideram-se utilizados pelo contribuinte (a) efetivamente, quando por ele usufruídos a qualquer título e (b) potencialmente, quando, sendo de utilização compulsória, sejam postos à sua disposição mediante atividade administrativa em efetivo funcionamento.<sup>53</sup>

Se o serviço não é de utilização compulsória, só a sua utilização efetiva enseja a cobrança de taxa. Se a utilização é compulsória, ainda que não ocorra efetivamente essa utilização, a taxa poderá ser cobrada. Em qualquer caso é indispensável que a atividade estatal, vale dizer, o serviço público específico e divisível, encontre-se em efetivo funcionamento. Em outras palavras, é condição indispensável para a cobrança da taxa a efetiva existência do serviço à disposição do contribuinte.

<sup>53</sup> Código Tributário Nacional, art. 79, inciso I

## Base de cálculo

### Base de cálculo e fato gerador

Fato gerador e base de cálculo são inseparáveis. Esta não passa de um aspecto daquele. Seu aspecto mensurável. No dizer de PEREZ ROYO, podemos definir a base como expressão numérica do fato gerador. Trata-se de uma magnitude definida na lei e que expressa a medição do fato impositivo ou, mais exatamente, de seu elemento material, o critério para mensurar cada fato impositivo real ou concreto<sup>54</sup>.

Em relação às taxas nem sempre se tem propriamente uma base de cálculo, pois é comum, nessa espécie de tributo, a fixação do valor correspondente diretamente na lei, sendo possível a adoção de tabelas ou outros critérios de determinação sem que se tenha uma alíquota e uma base de cálculo, no sentido em que tais expressões são utilizadas em se tratando de impostos.

### Dispositivo constitucional meramente explicitante

Nos termos do art. 145, § 2º, da vigente Constituição Federal, as taxas não podem ter base de cálculo própria de impostos. Tal restrição, com pequenas variações redacionais, vem sendo posta no texto constitucional desde 1965, com a Emenda n. 18 à Constituição de 1946. Não obstante, a jurisprudência, inclusive e especialmente do Supremo Tribunal Federal, admitiu a cobrança da taxa de melhoramento dos portos – TMP –, cuja base de cálculo era o *valor comercial* das mercadorias que transitavam pelos portos brasileiros, quando se sabe que os impostos de importação e de exportação têm por base de cálculo o *preço normal* dessas mercadorias.

Na Constituição anterior constava a restrição assim: “Para cobrança de taxas não se poderá tomar como base de cálculo a que tenha servido para a incidência dos impostos” (art. 18, § 2º). A Constituição Federal de 1988 repetiu a vedação com fórmula tecnicamente mais adequada ao dizer que “as taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos” (art. 145, § 2º). Na verdade, não é preciso que determinada grandeza *tenha servido para incidência de impostos* nem que tenha servido para o cálculo de um imposto qualquer. Basta que seja própria, vale dizer, seja adequada para o cálculo de impostos. Se a grandeza é própria, ou adequada para o cálculo de imposto, é porque não é pertinente à atividade estatal, mas à vida do contribuinte. Logo, não tendo pertinência à atividade estatal, que constitui o fato gerador da taxa, não poderá ser sua base de cálculo.

Insistimos em que o dispositivo é, em princípio, desnecessário, justificando-se sua inclusão no texto constitucional apenas para fins didáticos, com a finalidade especial de evitar que continuem a ser instituídos sob a denominação de taxas verdadeiros impostos. Neste sentido é a lição autorizada de CARRAZZA.<sup>55</sup>

<sup>54</sup> Fernando Perez Royo, Derecho Financiero y Tributario – Parte General, 7ª edición, Civitas, Madrid, 1997, p. 170. (Tradução livre do original em espanhol)

<sup>55</sup> Roque Antônio Carrazza, Curso de Direito Constitucional Tributário, 16ª edição, Malheiros, São Paulo, 2001, págs. 461 a 465.

## **Determinação do valor das taxas**

Como já se disse, as taxas geralmente são estabelecidas em quantias prefixadas. Não se há de falar, nesses casos, de base de cálculo nem de alíquota. Mas pode ocorrer que o legislador prefira indicar uma base de cálculo e uma alíquota. Pode ainda ocorrer que a determinação do valor da taxa seja feita em função de elementos como, por exemplo, a área do imóvel, como acontece com a taxa de licença para localização de estabelecimento comercial ou industrial.

Nesses casos, é possível dizer-se que o cálculo é feito mediante aplicação de alíquota específica, aplicável sobre uma base de cálculo que não é o valor, mas uma expressão quantitativa que se presume expressar a quantidade da atividade estatal que se relaciona ao contribuinte. O uso dessa forma de cálculo das taxas é um critério válido para dividir o custo da atividade entre aqueles aos quais se refere.

## **Relação entre o valor das taxas e o custo da atividade estatal**

Considerando-se que o fato gerador da taxa é a atividade estatal consistente no exercício do poder de polícia ou na prestação do serviço público específico e divisível, tem-se de concluir que o valor dessa espécie de tributo está necessariamente relacionado com o custo da atividade estatal que lhe constitui fato gerador.

A ausência de critério para demonstrar, com exatidão, a correspondência entre o valor da maioria das taxas e o custo da atividade estatal respectiva não invalida o entendimento pelo qual o valor dessa espécie tributária há de ser determinado, ainda que por aproximação e com certa margem de arbítrio, tendo-se em vista o custo da atividade estatal à qual se vincula. A não ser assim, a taxa poderia terminar sendo verdadeiro imposto, na medida que se prestasse como instrumento utilizado com a exclusiva finalidade de carrear dinheiro para os cofres públicos.

No mesmo sentido e com toda razão assevera ROQUE ANTÔNIO CARRAZZA;

“Conquanto não seja necessária uma perfeita coincidência entre o custo da atividade estatal e o montante exigido a título de taxa, deve haver, no mínimo, uma correlação entre ambos. Queremos com tais palavras destacar que, ao contrário do que acontece com os impostos, as pessoas políticas não podem criar taxas com o fito exclusivo de carrear dinheiro para os cofres públicos.”<sup>56</sup>

A dificuldade prática na exata determinação do valor da taxa não pode ser alegada como pretexto para a fixação de valores cuja arrecadação ultrapasse significativamente o custo da atividade estatal a que corresponde. Por isso é que DIOGO LEITE DE CAMPOS, ilustre Professor Catedrático da Faculdade de

---

<sup>56</sup> Roque Antônio Carrazza, Curso de Direito Constitucional Tributário, 16ª edição, Malheiros, São Paulo, 2001, págs. 461

---

Direito de Coimbra, e MÔNICA HORTA NEVES LEITE DE CAMPOS, doutrinam, com inteira propriedade:

“As taxas são medidas pelo facto gerador, numa relação custo/utilidade/preço, em termos de que a taxa deve ser inferior ou, quando muito, equivalente ao custo do serviço ou à utilidade do bem do domínio público.”<sup>57</sup>

A limitação do valor da taxa ao custo da atividade estatal respectiva nada tem a ver com a destinação do valor dos recursos arrecadados. Não se trata de definir a taxa em função dessa destinação, em afronta ao disposto no art. 4º do Código Tributário Nacional. A limitação de que se cuida decorre da própria definição do fato gerador da taxa. Quando se diz que o fato gerador da taxa é uma atividade estatal específica relativa ao contribuinte, estamos nos reportando a um fato, a atividade estatal, que há de ser considerado em todos os seus aspectos, entre os quais o seu valor econômico, vale dizer, o custo dessa atividade.

### **Explicitações no CTN**

Diz o Código Tributário Nacional que a taxa não pode ter base de cálculo ou fato gerador idênticos aos que correspondam a impostos, nem ser calculada em função do capital das empresas.<sup>58</sup> Tal assertiva é meramente explicitante. Tem efeito meramente didático, pois é de toda evidência que uma taxa com fato gerador ou base de cálculo idêntico ao de imposto na verdade não é taxa, mas imposto.

Realmente, a diferença entre as duas espécies tributárias reside precisamente na diferença da natureza dos respectivos fatos geradores, que, por sua vez, determinam diferenças nas respectivas bases de cálculo. Assim, inteiramente desnecessária é a restrição contida no referido dispositivo legal, porquanto, com ou sem ela, nenhuma taxa poderia ter fato gerador idêntico ao de um imposto.

Todavia, especialmente na época em que entrou em vigor o Código Tributário Nacional, tal explicitação era perfeitamente justificável em face do desconhecimento dos conceitos do Direito Tributário.

## **A taxa e os princípios constitucionais**

### **Deficiência da doutrina**

A doutrina em geral não cogita da aplicação dos princípios constitucionais às taxas, talvez pela pequena importância dessa espécie tributária do ponto de vista do ônus individual que representa para o contribuinte.

---

<sup>57</sup> Diogo Leite de Campos e Mônica Horta Neves Leite de Campos, *Direito Tributário*, 2ª edição, Del Rey, Belo Horizonte, 2001, pág. 65.

<sup>58</sup> Código Tributário Nacional, art. 77, parágrafo único.

Pode-se mesmo dizer que existe entre nós certa deficiência da doutrina no trato da questão de saber se e até que ponto os princípios constitucionais da tributação aplicam-se às taxas. A jurisprudência, porém, já enfrentou questões pertinentes a esse assunto<sup>59</sup> e em obra recente manifestou-se também a doutrina.<sup>60</sup>

## Legalidade

Ninguém pode, seriamente, colocar em dúvida a aplicação do princípio da legalidade às taxas. Aliás, a Constituição Federal determina expressamente que é vedado à União, aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios exigir ou aumentar tributo sem que a lei o estabeleça.<sup>61</sup>

É certo que, na prática, muitas vezes nos deparamos com taxas que não foram instituídas por lei. Cuida-se, porém, de anomalia jurídica que, de nenhum modo, pode servir como argumento no sentido de excluir-se essa espécie tributária do princípio da legalidade.

No mais das vezes, o poder público tenta justificar a cobrança de taxas rotulando-as de preço público, mas a jurisprudência tem repellido as tentativas nesse sentido, sendo exemplos dessa orientação jurisprudencial, entre muitos outros o seguinte julgado:

EMENTA: INMETRO. FISCALIZAÇÃO DE BOMBAS DE COMBUSTÍVEIS. TAXA E PREÇO PÚBLICO.

1. O Inmetro exerce atividade tipicamente administrativa de poder de polícia ao fiscalizar as bombas de combustíveis. Incabível, portanto, cobrança de preço público em caráter compulsório dos interessados, em lugar de taxa, a qual deve ser instituída por Lei (princípio da legalidade, art. 150, I, da CF/88. Entendimento da Súmula 545 do STF).

## Apelação e remessa oficial improvidas<sup>62</sup>

Efetivamente, a aferição das bombas de combustíveis, feita pelo INMETRO, não pode ser considerada um serviço prestado ao contribuinte, vale dizer, ao proprietário das bombas. É um serviço prestado à coletividade, ao qual se submetem os proprietários das bombas de combustíveis exatamente em razão do poder de polícia.

Imagine-se a aferição das bombas feita por uma empresa privada, ou mesmo por um órgão público, por solicitação do proprietário dos citados equipamentos. Aí sim ter-se-ia um serviço, cuja remuneração seria um preço. Preço privado, se o

<sup>59</sup> Recursos Extraordinários 177.835-PE, 179.177-PE e 182.737-PE, rel. Min. Carlos Velloso, julgados em 22.04.99, Informativo STF nº 146, p. 2

<sup>60</sup> Célio Janczeski, *Taxas – doutrina e jurisprudência*, Juruá, Curitiba, 1999, págs. 77 a 84.

<sup>61</sup> Constituição Federal de 1988, art. 150, inciso I.

<sup>62</sup> TRF- 4ª Região, AC 1998.04.01.022969-6/PR, D.J.U. 2-E de 31.01.2001, pág. 365 e Revista Dialética de Direito Tributário, nº 67, pág. 240.

serviço fosse prestado por uma empresa privada cuja remuneração é determinada segundo as leis do mercado. Ou preço público, se o serviço fosse prestado por um órgão público, cuja remuneração é determinada pelo Poder Público através da atividade de tarifação.

### **Anterioridade e irretroatividade**

Embora de certa forma o princípio da anterioridade sobreponha-se ao princípio da irretroatividade, certo é que se trata de dois princípios inteiramente distintos. Pelo princípio da anterioridade tem-se que nenhum tributo pode ser cobrado, em cada exercício financeiro, sem que a lei que o instituiu, ou aumentou, tenha sido publicada antes do seu início. Para entrar em vigor no dia primeiro de janeiro, viabilizando a cobrança a partir de então, lei que institui ou eleva tributo deve ter sido publicada até o dia 31 de dezembro do ano anterior. Pelo princípio da irretroatividade nenhum tributo pode ser cobrado se o fato gerador respectivo tiver ocorrido antes do início da vigência da lei que o instituiu, ou aumentou.

Dir-se-á que o princípio da irretroatividade é inútil em face do princípio da anterioridade. Se a lei é anterior ao início do exercício financeiro, será anterior, também, ao fato gerador do tributo que se vai cobrar naquele exercício. Na verdade, é isso que geralmente acontece. Entretanto, certo é que os dois princípios se completam. Primeiro, porque nem todos os tributos estão sujeitos ao princípio da anterioridade, sendo fundamental em relação a estes o princípio da irretroatividade. Segundo, porque a rigor o princípio da anterioridade diz respeito simplesmente ao aspecto temporal do fenômeno financeiro, nada tendo a ver com o fenômeno da incidência jurídica.

Em outras palavras, o princípio da irretroatividade é que nos garante contra a incidência da lei tributária sobre fatos a ela anteriores. Não fora o princípio da irretroatividade, o legislador poderia criar um tributo em dezembro, para ser cobrado a partir de janeiro do ano seguinte, elegendo como fato gerador situações já concretizadas antes da data da edição da lei. O princípio da anterioridade estaria obedecido com a cobrança apenas a partir do ano seguinte. O princípio da irretroatividade, porém, estaria violado com a eleição de fatos já consumados para compor a respectiva hipótese de incidência.

Tanto o princípio da anterioridade como o princípio da irretroatividade aplicam-se às taxas. A Constituição Federal é expressa nesse sentido.<sup>63</sup>

### **Isonomia**

O princípio da isonomia faz parte da própria essência do Direito. Embora muitas controvérsias sejam estabelecidas em torno dele, ninguém se atreve a negar esse princípio. O que se discute é a configuração, ou não, em certos casos, de violação da isonomia. Em face de um caso concreto, alguns sustentam ter havido

---

<sup>63</sup> Constituição Federal de 1988, art. 150, inciso III, alíneas “a” e “b”.

e outros sustentam não ter havido violação do princípio isonômico. Em nenhum caso, porém, um operador do Direito nega que se deva obediência a tal princípio.

Todas as questões que se estabelecem em torno da isonomia, na verdade, são disputas em torno da questão de saber quais os critérios válidos e quais critérios não devem ser admitidos para o tratamento desigual.

Nossa Constituição, além de consagrar o direito à igualdade jurídica como um direito fundamental,<sup>64</sup> dispõe, especificamente para a matéria tributária, que é vedado à União, aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos.<sup>65</sup> Embora se possa entender que esse dispositivo constitucional, em face da referência a rendimentos, títulos ou direitos, seja dirigido aos impostos, certo é que o princípio da isonomia, porque é um princípio fundamental que integra a própria essência do Direito, aplica-se indiscutivelmente às taxas.

### **Capacidade contributiva**

A questão de saber se o princípio da capacidade contributiva é aplicável às taxas tem suscitado controvérsias. Para alguns a taxa, sendo remuneratória de um serviço público, deve ter o seu valor estabelecido em função do custo do serviço, sendo este dividido igualmente por todos os que provocam a necessidade desse serviço ou de algum modo estão relacionados à prestação deste. Não poderia ter o seu valor graduado em função da capacidade contributiva de quem está obrigada ao respectivo pagamento.

A tese é respeitável, mas parece ter seu fundamento na ideia de contraprestacionalidade da taxa que é inaceitável, pelo menos em nosso direito positivo.

Em face da expressão literal do art. 145, § 1º, de nossa Constituição, é certo que o princípio da capacidade contributiva alcança apenas os impostos, mas isso não significa dizer que tal princípio não possa ser aplicado às taxas. Sobre o assunto já escrevemos:

Na taxa, tem-se de considerar especialmente a atividade estatal. Daí porque não se deve dimensionar a taxa em razão da capacidade contributiva de quem a deve pagar. Isso, porém, não quer dizer que não se possa, de alguma forma, considerar a capacidade contributiva. Aliás, a isenção de custas judiciais para as pessoas pobres é um excelente exemplo de aplicação do princípio da capacidade contributiva no que pertine a taxas. [Cf. ERNESTO LEJEUNE VALCÁRCEL, *Aproximacion al Principio Constitucional de Igualdad Tributaria*, em *Seis Estudios Sobre*

<sup>64</sup> Constituição Federal de 1988, art. 5º.

<sup>65</sup> Constituição Federal de 1988, art. 150, inciso II.

Derecho Constitucional e Internacional Tributario, Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1980, p.118].

É importante, porém, destacar que o princípio da capacidade contributiva só está juridicizado, no Brasil, em relação aos impostos, posto que o § 1º do art.145, da Constituição Federal, referiu-se apenas à espécie impostos, e não ao gênero tributos. Assim, no Direito brasileiro, o princípio da capacidade contributiva existe como princípio jurídico constitucional apenas para os impostos, e apenas em relação a estes, portanto, se impõe ao legislador, que o não observando produzirá lei inconstitucional. Em relação às taxas, como em relação a qualquer outro tributo que não se caracterize como imposto, o legislador tem a liberdade de observar, ou não, o princípio em tela.<sup>66</sup>

Na primeira edição de nosso livro, em 1989, constava já o texto acima transcrito<sup>67</sup> e até hoje só encontramos razões para fortalecer nosso entendimento. É certo que a taxa não tem, como ocorre com o imposto, fato gerador que seja um signo presuntivo de capacidade contributiva. Não é razoável, portanto, sustentar-se que o valor da taxa há de ser determinado sempre em consideração à capacidade contributiva daquele de quem é exigida. Nada impede, porém, que o legislador coloque, entre os critérios adotados para a determinação do valor de uma taxa, um que de algum modo realize o princípio da capacidade.

Em excelente monografia a respeito das taxas, Janczeski ensina, com inteira propriedade, que o princípio da capacidade contributiva, é “a pedra angular de um sistema tributário justo.” Por isso mesmo preconiza sua utilização, ao lado do princípio da igualdade, em relação a todos os tributos. Com notável acuidade, invoca a doutrina de BUJANDA, para ensinar que “em razão da estrutura própria da hipótese de incidência de cada espécie tributária, permite-se maior ou menor efetividade ao princípio da capacidade contributiva. No imposto estas possibilidades alcançam seu ponto alto, enquanto nas taxas, pelo contrário, seu ponto mais baixo.”

Na verdade, o princípio da capacidade contributiva é uma forma de manifestação do princípio da isonomia jurídica, que manda tratar desigualmente os desiguais, na medida em que se desiguam. Em nosso sistema jurídico, ele é obrigatório para os impostos, e em relação às taxas nada impede, antes tudo recomenda, a utilização também do princípio.

Nessa linha, aliás, decidiu o Supremo Tribunal Federal, confirmando acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, do qual fui relator, dando pela constitucionalidade de taxa cobrada pela Comissão de Valores Mobiliários.

No Recurso Extraordinário interposto contra acórdão do TRF da 5ª Região, que considerou constitucional a taxa de fiscalização dos mercados de títulos e

<sup>66</sup> Hugo de Brito Machado, *Os Princípios Jurídicos da Tributação na Constituição de 1988*, 4ª edição, Dialética, São Paulo, 2001, pág. 71.

<sup>67</sup> Hugo de Brito Machado, *Os Princípios Jurídicos da Tributação na Constituição de 1988*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1989, págs. 44/45.

valores mobiliários, instituída pela Lei nº 7.940/89, o voto do relator, Min. Carlos Velloso, foi pela manutenção do julgado, admitindo que a tabela progressiva no caso adotada para o cálculo da taxa observa o princípio da capacidade contributiva, previsto no art. 145, § 1º da CF, que pode ser aplicado também a essa espécie de tributo. Pediu vista o Min. Marco Aurélio.<sup>68</sup> Em 22.04.99 o Supremo Tribunal Federal concluiu os julgamentos, confirmando acórdãos do TRF da 5ª Região, dando pela constitucionalidade de taxa cobrada pela Comissão de Valores Mobiliários.<sup>69</sup>

Esse entendimento firmou-se na jurisprudência da Corte Maior.<sup>70</sup>

## **Não confisco**

Dúvida não pode haver quanto à aplicação do princípio do não confisco às taxas.

Na verdade a taxa deve ter o seu valor fixado em razão do custo da atividade estatal à qual se relaciona. Entretanto, como a relação entre o custo da atividade estatal e o valor da taxa respectiva não pode ser estabelecido com rigor, por razões de ordem prática, eventualmente pode ocorrer que o valor de uma taxa se mostre exagerado, sendo razoável a invocação do princípio do não confisco.

Nesse sentido é a lição de Janczeski, a dizer que

A exagerada desproporção entre o custo da atuação estatal e o produto da arrecadação pode levar à configuração de tributo com efeito de confisco. Vale dizer, sempre que figurar uma intenção predatória do poder tributante, tornando excessivamente oneroso o seu cumprimento, a taxa será confiscatória e, por isso, indevida.<sup>71</sup>

## **A taxa e a imunidade recíproca**

Questão que nem sempre tem sido adequadamente colocada é a de saber se a imunidade recíproca das entidades públicas exclui a possibilidade da cobrança de taxas uma das outras. O dispositivo da Constituição Federal que institui a imunidade recíproca diz ser vedado a tais entidades instituir *impostos* sobre o patrimônio, a renda ou os serviços uns dos outros.<sup>72</sup> Daí se poderia extrair a conclusão de que essa imunidade não se aplica às taxas, mas tal conclusão, fundada exclusivamente no elemento literal, é evidentemente inaceitável.

Realmente, o fato gerador das taxas pode ser a prestação de serviços públicos ou o exercício regular do poder de polícia.

<sup>68</sup> Informativo STF nº 82, de 10/09/97, p. 2.

<sup>69</sup> Recursos Extraordinários 177.835-PE, 179.177-PE e 182.737-PE, rel. Min. Carlos Velloso, julgados em 22.04.99, Informativo STF nº 146, p. 2.

<sup>70</sup> Ag. Reg. em RE 176.382-5/CE, 2ª Turma, julgado em 09.05.2000, rel. Min. Celso de Mello, DJU de 02.06.2000, e Revista Tributária nº 37, pág. 246.

<sup>71</sup> Célio Janczeski, *Taxas – doutrina e jurisprudência*, Juruá, Curitiba, 1999, pág. 85

<sup>72</sup> Constituição Federal, art. 150, inciso VI, alínea “a”.

Não é razoável cogitar-se da prestação de um serviço público por um ente público a outro. Muito menos cogitar-se da cobrança de um tributo, no caso a cobrança de uma taxa, por um ente público a outro ente público. Mas isso diz respeito apenas àqueles serviços públicos destinados à satisfação de necessidades que não podem ser atendidas por outros meios, sendo importante retornarmos, aqui, à distinção entre taxa e preço público. O preço público naturalmente pode ser cobrado por um ente público de outro, seja diretamente, seja através de uma empresa que preste o serviço em regime de concessão.

Também não é razoável admitir-se a cobrança, por um ente público a outro, de taxa fundada no exercício do poder de polícia. A própria definição de poder de polícia deixa evidente que este não pode ser exercitado por um ente público em relação a outro ente público. O poder de polícia só existe, por definição, para limitar direitos, interesses ou liberdades, que eventualmente poderiam ser exercitados contra o interesse público. Não tem sentido admitir-se que um ente público possa, em tese, exercer suas atividades para contrariar o interesse público. Logo, não tem sentido admitir-se a cobrança de taxa, por um ente público, de outro ente público, sob o fundamento de que o primeiro estaria regulando, a bem do interesse público, as atividades do segundo.

Exatamente por isso é que o preceito constitucional que consubstancia a denominada imunidade recíproca contempla apenas os impostos. A impossibilidade de cobrança de taxas, por um ente público contra outro ente público, decorre da própria natureza dessa espécie tributária, cujo fato gerador consubstancia uma atividade estatal específica relativa ao contribuinte, e não se justifica o exercício dessa atividade estatal específica por um ente público em relação a outro ente público.

## **Impugnação de taxas pelo Ministério Público**

### **Relação tributária e direitos individuais disponíveis**

A relação tributária é uma relação jurídica obrigacional. Consubstancia-se nela a obrigação tributária, vínculo jurídico que liga o Estado ao contribuinte, e tem como objeto uma prestação pecuniária.

Os direitos do contribuinte, albergados pela relação tributária, são direitos individuais no sentido de que pertencem a titulares perfeitamente individualizados. Embora se possa falar de direitos coletivos a uma tributação obediente a certos princípios jurídicos albergados pela Constituição, na verdade tais direitos não se confundem com aqueles que se concretizam pela incidência de uma norma de tributação.

Os direitos do contribuinte, albergados na relação obrigacional tributária, que nascem da incidência de uma norma de tributação, caracterizam-se como direitos individuais porque toda obrigação tributária, ao nascer, liga o Estado como sujeito ativo a determinado sujeito passivo. E são de natureza patrimonial, porque o objeto da obrigação tributária, vale dizer, o tributo, é uma prestação pecuniária. Direitos individuais disponíveis, portanto.

## **Direitos individuais homogêneos**

### **Generalização indevida**

O ser de origem comum é característica presente em todos os direitos que decorrem da mesma norma, cujo suporte fático é absolutamente igual para várias pessoas. Assim, o direito de um contribuinte, de não pagar determinado imposto que foi criado, ou aumentado, por uma lei inconstitucional, é da mesma origem do direito de todos os demais contribuintes desse mesmo imposto. Os direitos desses vários contribuintes são, portanto, direitos individuais homogêneos.

Em princípio, por serem direitos individuais de natureza patrimonial, direitos disponíveis, o ônus de defendê-los é de seus titulares. A defesa há de ser, portanto, em princípio, praticada individualmente. A ela não se prestam os instrumentos destinados à defesa de direitos difusos ou coletivos.

Ocorre que a generalização de qualquer tese jurídica pode conduzir a equívocos que o jurista deve evitar, constatando as diferenças essenciais onde elas existam para, com isso, viabilizar a interpretação adequada das normas de sorte a permitir que todas e cada uma delas alcance a sua real finalidade.

### **Distinção necessária**

Tenho sustentado que o Ministério Público não está legitimado a promover ação civil pública para defender direitos individuais homogêneos dos contribuintes em geral, contra a exigência de tributo fundada em lei inconstitucional. Ao mesmo tempo, porém, sustento que, em certas circunstâncias, os direitos individuais homogêneos mostram-se equivalentes aos interesses difusos ou coletivos e, então, o Ministério Público pode, e deve, utilizar-se da ação civil pública para defendê-los.<sup>73</sup>

O jurista deve ter o cuidado de identificar diferenças e as considerar na interpretação das normas, evitando tratar como se fossem iguais situações desiguais. Por outro lado, na interpretação das leis, deve atribuir a estas o sentido que lhes permite a realização de suas finalidades e a preservação da harmonia do sistema jurídico. Assim agindo, estará respeitando o princípio da isonomia, que é da própria essência do Direito, evitando as generalizações injustas. E estará respeitando a presunção de constitucionalidade das leis, interpretando-as de conformidade com a Constituição.

Nem todos os interesses e direitos individuais homogêneos, todavia, são iguais. Existem aqueles direitos cuja expressão econômica é de grande monta, se considerados em relação à coletividade, mas são economicamente insignificantes se considerados em suas relações individuais. É o que acontece, por exemplo, com a taxa de iluminação pública. O valor total cobrado por um município, a título de taxa de iluminação pública, pode ser muito elevado, mas o valor da taxa de iluminação pública pago por cada contribuinte é inexpressivo.

<sup>73</sup> Hugo de Brito Machado, *Ministério Público e Ação Civil Pública em Matéria Tributária*, em *Revista Dialética de Direito Tributário*, nº 52, pág. 84 a 90.

A distinção, portanto, mostra-se absolutamente necessária para preservar a coerência do ordenamento jurídico no que diz respeito à proteção contra a violação dos direitos.

### **A finalidade da defesa coletiva**

Os direitos individuais homogêneos cuja expressão individual é inexpressiva são equivalentes aos direitos difusos e aos coletivos, posto que ninguém, individualmente, é motivado a defendê-los. São importantes para a coletividade, mas de importância diminuta para cada indivíduo.

Por isso é que sustentamos que nem todos os interesses e direitos individuais homogêneos equiparam-se aos interesses e direitos difusos, ou aos coletivos. A equiparação há de ser estabelecida em razão da finalidade para a qual se pretende que exista. Para o fim de evitar que fiquem desprovidos da proteção judicial, é evidente que se deve estabelecer a equiparação em função do valor econômico da expressão individualizada dos direitos individuais homogêneos.

A finalidade da defesa coletiva dos direitos difusos ou coletivos é evitar que, à míngua de interesse individual em defendê-los, a violação destes deixe de ser combativa. E, sendo assim, nada justifica negar-se a defesa coletiva dos direitos individuais homogêneos cuja expressão individual seja desprovida de significação econômica.

Nesses termos é que deve ser entendida a norma que está no parágrafo único, inciso III, do art. 81, da Lei nº 8.078, de 11.09.90.

Para os fins de defesa coletiva, que pode ser patrocinada pelas entidades que indica, entre as quais o Ministério Público, a referida lei equipara aos interesses e direitos difusos e aos interesses ou direitos coletivos os interesses e direitos individuais homogêneos, que define como *os decorrentes de origem comum*. (Lei nº 8.078, de 11.09.90, art. 81, parágrafo único, inciso III). O ponto nuclear da questão está em saber o que se deve entender como interesses e direitos individuais homogêneos, no contexto dessa disposição legal. Em outras palavras, a questão essencial que se há de enfrentar é a de saber quais interesses e direitos individuais homogêneos estão realmente equiparados aos direitos e interesses difusos e aos direitos e interesses coletivos, para que possam ser protegidos pela via da ação civil pública.

A nosso ver, todos os direitos individuais homogêneos, com grande expressão para a coletividade e cujas parcelas individuais sejam desprovidas de significado econômico capaz de motivar os seus titulares a defendê-los podem ser protegidos pela defesa coletiva.

### **A jurisprudência**

A primeira parte de nossa tese já está pacificada na jurisprudência. O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que não cabe ação civil pública para substituir ação direta de inconstitucionalidade (Agravo Regimental nº 1.853-99/

SP, em RDA nº 218, pág. 288), e esse entendimento foi também adotado pelo Supremo Tribunal Federal (RE 195.056/PR, rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 09.12.99 e RE 213.631/MG, rel. Min. Ilmar Galvão, mesma data, ambos publicados no Informativo do STF 174, de 6 a 10.12.99).

Não vimos apreciada, porém, a parte de nossa tese em que sustentamos a legitimidade do Ministério Público para a defesa de direitos individuais homogêneos com parcelas individuais desprovidas de significado econômico suficiente para motivar seus titulares à defesa. E essa parte de nossa tese é de bem maior importância, na medida em que nela se procura equacionar e superar uma grave dificuldade decorrente da ampliação inadequada da primeira, que deixa, na prática, excluídos da proteção judicial importantes direitos individuais homogêneos.

A distinção que fazemos garante o acesso à Justiça, sem prejuízo da tese, que também defendemos, segundo a qual não se pode confundir a ação civil pública com a ação direta declaratória de inconstitucionalidade. A falta dessa distinção, que nos parece indispensável, porém, tem levado o Supremo Tribunal Federal a deixar desprotegidos os contribuintes da Taxa de Iluminação Pública, pelo não reconhecimento da legitimidade do Ministério Público para impugnar sua cobrança mediante ação civil pública.



# As repercussões do novo CPC em relação às condições da ação no processo penal<sup>1</sup>

Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho<sup>2</sup>

## Resumo

O presente artigo trata do exame das condições da ação, à luz do CPC/2015 e da repercussão das alterações trazidas por este diploma legal no campo do processo penal.

**Palavras-chave:** Condições da ação; CPC/2015; possibilidade jurídica do pedido; interesse de agir; legitimidade; justa causa; processo penal.

## Abstract

The present article examines the conditions of the action, based on the Code of civil procedure of 2015, and the repercussion of its changes to the criminal proceedings. Criminal law.

**Keywords:** Conditions of the action; codex of civil procedure of 2015; legal possibility of the request; interest to act; legitimacy; just cause; criminal proceedings.

## Introdução

O presente artigo tem como objetivo analisar as implicações do novo Código de Processo Civil, de 2015, no direito processual penal, mais especificamente, no que tange às condições da ação.

## As inovações do CPC/2015 quanto às condições da ação

A categoria *condições da ação* foi criada pela Teoria Geral do Processo com o objetivo de identificar uma questão relacionada a um dos elementos da ação (partes, pedido e causa de pedir), situada entre as questões de mérito e as de admissibilidade<sup>3</sup>. Para seu desenvolvimento, muito contribuiu Enrico Tulio Liebman, cujas lições sobre o tema repercutiram amplamente na doutrina brasileira e restaram acolhidas pelo Código de Processo Civil de 1973.

<sup>1</sup> Este artigo contou com a indispensável contribuição de **Roberta Celli Moreira de Araujo**, advogada, mestranda pela UFRJ e pós-graduada em Direito e Processo Penal pela Universidade Candido Mendes/AVM.

<sup>2</sup> Desembargador aposentado do TJRJ. Professor Adjunto de Direito Processual Penal da UERJ. Pós-doutor pela Universidade de Coimbra, doutor pela UERJ, Mestre pela PUC-RJ.

<sup>3</sup> DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil. Salvador: *Jus podivm*. 17<sup>a</sup> ed. 2015. v. 1. p. 304.

Com efeito, o Código revogado consagrou as condições da ação, autorizando, de acordo com o inciso VI, do artigo 267, a extinção do processo sem julgamento do mérito sempre que ausente qualquer delas: possibilidade jurídica do pedido, legitimidade das partes ou interesse de agir.

Contudo, Liebman, ao lançar a terceira edição de seu *Manuale di diritto processuale civile*, acabou por reconsiderar sua posição anterior e por eliminar a condição da possibilidade jurídica do pedido, que passaria a ser tratada dentro do interesse de agir<sup>4</sup>.

O Código de Processo Civil atual, de 2015, inova a matéria, denominando-as “condições para o regular exercício do direito de ação”, dispondo, no artigo 17, que “para postular em juízo, é necessário ter interesse e legitimidade”.

Ao comparar o novel artigo com o do CPC/73, pode-se verificar que não mais utiliza o legislador a expressão “ação”. Em seu lugar, utiliza a expressão “postular em juízo”, o que o faz de maneira técnica, já que não só o autor, mas sim todos aqueles que agem em juízo exerceriam o direito de ação. Na lição de Fazzalari, “*tem ação própria qualquer outra parte: de fato cada parte tem uma série de poderes, faculdades, deveres, assinalados exatamente para realizar, como uma série de atos, a sua participação no processo, ou seja, o contraditório*”<sup>5</sup>.

Ainda: não mais há a menção expressa aos termos “condições da ação” e “carência de ação”.

Diante da mudança de redação, há, segundo Cassio Scarpinella Bueno e outros<sup>6</sup>, quem sustente a abolição da categoria “!condições da ação!”, devendo a legitimidade e o interesse, ser tratados ao lado dos pressupostos processuais, como pressupostos de admissibilidade do julgamento de mérito. Candido Dinamarco<sup>7</sup> também defende a abolição da categoria “condições da ação”.

Scarpinella ressalta que, não seria errado esta forma de pensar, mas lamenta as décadas de estudo acerca da ação e suas condições, que seriam jogadas fora. Segundo o autor, o ideal seria levar as condições da ação às últimas consequências, inclusive como técnicas de maior eficiência do processo, atendendo ao disposto no artigo 5º, LXXVIII, da CRFB<sup>8</sup>, mas alerta que não foi a opção do legislador processual.

No tocante à possibilidade jurídica do pedido, como ressaltado, não foi tratada como uma das condições da ação pelo novo diploma processual em seu artigo 17. Não há mais menção a ela como uma das hipóteses de inépcia da inicial<sup>9</sup>

<sup>4</sup> LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manuale di diritto processuale civile*. I, 1973, n. 74.

<sup>5</sup> FAZZALARI, Elio – Instituições de Direito Processual Civil. Bookseller. 2006, p. 505.

<sup>6</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. Novo Código de Processo Civil anotado. Saraiva. 2015. p. 55. FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. CUNHA, Mauricio Ferreira. Novo Código de Processo Civil para concursos. 6ª ed. Salvador: *Jus podivm*. 2016. p. 48.

<sup>7</sup> DINAMARCO, Candido Rangel. Instituições de direito processual civil. São Paulo: Malheiros. 2001. v. 2. p. 128. v. 3. p. 616-618.

<sup>8</sup> Artigo 5º, LXXVIII CRFB: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

<sup>9</sup> Artigo 330, §1º CPC/2015: A petição inicial será indeferida quando: I- for inepta; II- a

ou como uma das hipóteses de extinção do processo sem julgamento do mérito<sup>10</sup>. Aliás, crítica quanto à possibilidade jurídica do pedido ser tratada como uma das condições da ação já era formulada desde Calmon de Passos<sup>11</sup>.

Didier<sup>12</sup> então sustenta que não há mais razão para utilizarmos o termo “condições da ação”. Isso porque, a legitimidade *ad causam* e o interesse de agir passam a ser estudados dentro dos pressupostos processuais. Seriam, segundo o autor, pressupostos processuais de validade; o interesse, pressuposto processual de validade objetivo extrínseco, e a legitimidade, pressuposto processual de validade subjetivo. A possibilidade jurídica do pedido, por sua vez, passaria a ser examinada como improcedência liminar do pedido.

O estágio atual das condições da ação no Código de Processo Penal e na doutrina processual penal.

Discute-se, atualmente, a pertinência de uma teoria geral do processo e sua aplicação ao processo penal. No que toca especificamente às condições da ação, o problema se repete<sup>13</sup>.

O artigo 395, II, do Código de Processo Penal, dispõe que a denúncia ou a queixa será rejeitada quando faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal. Em outras palavras, tanto a ausência de pressuposto processual quanto a ausência de alguma das condições da ação dariam ensejo ao mesmo resultado: rejeição da peça acusatória.

A **possibilidade jurídica do pedido** é formulada na forma positiva no processo penal e inversa do que ocorre no processo civil. Assim, enquanto no processo civil, segundo a doutrina tradicional, inexistia possibilidade jurídica quando o ordenamento nega ao autor o exercício do direito de ação, porquanto não satisfeito um requisito, ou não praticado um ato, impostos pela lei, no processo penal a conceituação de possibilidade jurídica do pedido seria positiva, “como previsão expressa, no ordenamento jurídico, do pedido condenatório”<sup>14</sup>. São exemplos de Ada Pellegrini Grinover a representação do ofendido, a requisição do ministro da justiça na ação penal de iniciativa pública condicionada, a entrada

---

parte for manifestamente ilegítima; III- o autor carece de interesse processual; IV- não atendidas as prescrições dos arts. 106 e 321. §1º Considera-se inepta a petição inicial quando: I- lhe faltam pedido ou causa de pedir; II- o pedido for indeterminado, ressalvadas as hipóteses legais em que se permite o pedido genérico; III- da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão; IV- contiver pedidos incompatíveis entre si.

<sup>10</sup> Artigo 485, VI CPC/2015: O juiz não resolverá o mérito quando: (...) VI- verificar ausência de legitimidade ou interesse processual.

<sup>11</sup> PASSOS, José Joaquim Calmon. Em torno das condições da ação: a possibilidade jurídica do pedido. Revista de direito processual civil. Rio de Janeiro: Saraiva. 1964. v. 4. p. 61-62.

<sup>12</sup> DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil. 17ª ed. Salvador: *Jus podivm*. 2015. v. 1. p. 306-307.

<sup>13</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. A lide e o conteúdo do processo penal. Curitiba: Juruá. 1989. p. 147.

<sup>14</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. As condições da ação penal. São Paulo: José Bushatsky. 1977. p. 40-46 e 66-67.

do agente no território nacional no caso do CP 7º e a falta de licença no caso de imunidade parlamentar<sup>15</sup>.

Ressalta a referida autora que existem casos no processo penal em que a impossibilidade jurídica se afigura de forma negativa: ou seja, através da vedação, pelo ordenamento, do provimento jurisdicional invocado. Um exemplo trazido de Galeno Lacerda e Moniz de Aragão seria a hipótese em que a ação é rejeitada, porque não se satisfaz um requisito.

Frederico Marques, Helio Tornaghi, Tourinho Filho e Campos Barros tratam a denúncia por fato típico como hipótese de impossibilidade jurídica. Tourinho traz o seguinte exemplo: se o promotor denuncia alguém por estar usando gravata amarela, inexistente a possibilidade jurídica, pois não existe tipo penal que corresponda àquela conduta. Tornaghi complementa o raciocínio: “basta lembrar que essa possibilidade inexistente: se o fato imputado ao réu é atípico, isto é, não configura nenhuma infração penal, ou se já se extinguiu a punibilidade”. Seria o caso de rejeição da denúncia, com base no artigo 43, I do CPP.

Ada<sup>16</sup> não concorda com tal hipótese, pois tipicidade é matéria de mérito, assim rotulada pela própria lei e que, para o processo penal, representa a causa de pedir. Ressalta que no processo penal, a identificação da lide se faz pela causa de pedir e não pelo pedido, que, na ação condenatória, é sempre o mesmo: aplicação de pena. Reconhecido que o fato não constitui infração penal, o que se tem é uma sentença absolutória, de mérito (art. 386, III CPP). Ainda que se reconheça em sede preambular, a situação será a mesma, já que não se acolhe no processo penal a teoria da *prospettazione*.

Jacinto Coutinho<sup>17</sup> discorda da posição de Ada, que nega a tipicidade como condição da ação. Para ele, há que se estabelecer a seguinte distinção: uma coisa é o autor demonstrar que os fatos narrados na imputação têm, na aparência, credibilidade suficiente para serem considerados típicos, o que seria comprovável no curso do processo. Outra coisa é a comprovação efetiva.

Os exemplos dados por Ada quanto à ausência da requisição ou de representação na ação penal pública condicionada, de licença do Poder Legislativo e da não entrada do agente no território nacional de fato teriam a ver com a impossibilidade jurídica do pedido.

Passemos ao exame do **interesse de agir** ou interesse processual.

No Processo Penal, é sempre necessário o processo para que o Estado possa impor a pena. Mesmo que o réu admita o fato ou não se defenda, o Estado fica obrigado a processá-lo, cabendo ao juiz nomear defensor e proferir sentença<sup>18</sup>. Foi Leone um dos primeiros a reconhecer que o processo penal resolve um conflito latente e indisponível, mas que prescinde do conflito,

<sup>15</sup> *Op. cit.*

<sup>16</sup> *Op. cit.*, p. 68-71.

<sup>17</sup> *Op. cit.*, p. 147.

<sup>18</sup> Artigo 261 CPP: “Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor”.

porque é indefectível<sup>19</sup>. Por ser sempre necessário o processo, Ada Grinover sustenta que não existe esta condição no Processo Penal, pois o interesse está implícito em toda acusação.

Tourinho Filho<sup>20</sup> não só considera o interesse processual inteiramente pertinente à ação penal, como lhe confere um *plus*, que é a existência de um estado de fato antijurídico que serve de justa causa para a demanda penal. Só existe o direito de ação como realidade processual quando há um interesse emergente de um estado de fato contrário ao direito e interesse que se possa valer da via jurisdicional.

Dessa forma, para a propositura da ação penal, é necessário que se tenham elementos de convicção de autoria e materialidade, que, ausentes, levam à rejeição da peça acusatória. Isso porque, de acordo com o artigo 648, I do CPP, haverá constrangimento ilegal quando não houver justa causa para o exercício da ação penal, que deverá ser consequentemente trancada, consoante art. 395, III<sup>21</sup>. Esse *plus* é justificado pelo que está em jogo no processo penal: a liberdade individual. Com isso, evita-se a acusação temerária, despida de fundamento, que configurariam claro constrangimento ilegal. Conclui, o autor, sustentando que consiste “o interesse de agir ou legítimo interesse ou ‘justa causa’ como condição da ação, no processo penal, na idoneidade do pedido consubstanciado na peça inaugural, seja denúncia, seja queixa, e nos elementos que lhe servem de suporte fático”<sup>22</sup>.

Frederico Marques, citado por Ada<sup>23</sup>, leciona que interesse de agir é “a relação entre a situação antijurídica denunciada e a tutela jurisdicional requerida”, ou seja, é necessária a formulação de uma pretensão adequada à situação concreta deduzida na acusação. Aproxima-se aquele autor de Tourinho Filho, que, conforme exposto acima, entende que, diante da ausência do interesse de agir, não haverá justa causa para a propositura da ação penal.

Pacelli<sup>24</sup> entende que o interesse de agir não pode ser aplicado no processo penal tal qual o é no processo civil, já que, a partir da processualização da persecução penal, não se pode pensar em imposição de uma sanção penal sem respeito ao devido processo legal. No entanto, o autor defende que é possível falar em interesse de agir tal qual no processo civil nas sentenças não condenatórias (mandado de segurança, revisão, *habeas corpus* etc). Assim como sustentam Frederico Marques e Tourinho Filho que há um *plus* no processo penal no tocante ao interesse de agir: desloca-se para ele a efetividade do processo, ou seja, o processo deve mostrar, desde a sua instauração, um mínimo de viabilidade de satisfação futura da pretensão. Para

<sup>19</sup> LEONE, Giovanni – Diritto Procesuale Penale. 7ª edição. Nápolis: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, p. 13.

<sup>20</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. 34ª ed. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 603.

<sup>21</sup> Artigo 395, III CPP: “A denúncia ou queixa será rejeitada quando: (...) III- faltar justa causa para o exercício da ação penal”.

<sup>22</sup> *Op. cit.*, p. 605.

<sup>23</sup> *Op. cit.*, p. 110-111.

<sup>24</sup> OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. Curso de processo penal. 19ª ed. São Paulo: Atlas. 2015. p. 106-107.

ilustrar, traz como exemplo de falta de interesse em caso em que é reconhecida e incontestável a probabilidade de aplicação futura da prescrição retroativa.

A posição dos renomados autores é criticada por Ada<sup>25</sup>, que não reconhece a justa causa como inerente ao interesse de agir.

Tornaghi<sup>26</sup> considera que o interesse é presumido e decorre do “simples fato de alguém haver praticado infração penal”, razão pela qual é presumido pela lei. Exemplifica o autor a falta de interesse com a falta de antijuridicidade na conduta do agente. Já mencionamos a posição de Ada, que entende que antijuridicidade é mérito e, não, condição da ação. Interesse de agir é a necessidade de postular a prestação jurisdicional e a adequação da tutela requerida. Neste sentido, a ação penal condenatória desferida contra um menor de 18 anos careceria de interesse, pois, embora seja o menor o responsável pelo fato antijurídico, a medida pleiteada não é adequada, ante a falta de imputabilidade.

No tocante à **legitimidade**, o titular do direito de punir é sempre o Estado, que, para postular a sanção penal em juízo criou um órgão, o Ministério Público, dotado de legitimidade para a ação penal.

Em alguns casos, o Estado transfere ao ofendido o direito de invocar a tutela jurisdicional, conferindo-lhe legitimidade para a propositura da ação. Nesses casos, o ofendido age como substituto processual do Estado, com uma legitimação extraordinária ou anômala. É o Código Penal que dispõe quando o Ministério Público e quando o ofendido serão os titulares do direito de ação.

Ada<sup>27</sup> cita os seguintes exemplos de Frederico Marques de falta de legitimidade, com os quais não concorda: ação proposta em face de menor de 18 anos; casos de imunidade parlamentar e ausência de requisição ou de representação para a denúncia do Ministério Público. Entende, a autora, que a legitimidade passiva no processo penal significa que o réu deve ser o titular da relação jurídica, ou seja, deve ser a pessoa em face de quem o pedido deve ser feito. Para sustentar sua posição, traz o seguinte exemplo: denúncia oferecida não contra o indiciado, mas sim contra testemunha, que não teve participação na infração penal.

Não há dúvida de que são casos de ilegitimidade a denúncia oferecida pelo MP por crime de ação penal privado; a queixa do particular por crime de ação pública (desde que não seja o caso de ação penal subsidiária da pública, disposta no art. 29 do CPP)<sup>28</sup> e a denúncia oferecida em face de testemunha. A menoridade, por sua vez, levaria à falta de interesse e a imunidade à impossibilidade jurídica.

<sup>25</sup> *Op. cit.*, p. 115-121.

<sup>26</sup> TORNAGHI, Helio. Instituições de processo penal. 2 ed. Rio de Janeiro: Saraiva. v. 2. 1977. p. 315.

<sup>27</sup> *Op. cit.*, p. 150-151.

<sup>28</sup> Artigo 29 CPP: “Será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal, cabendo ao Ministério Público aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, intervir em todos os termos do processo, fornecer elementos de prova, interpor recurso e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal”.

Quanto à **justa causa**, a doutrina há muito reivindicava o seu reconhecimento, o que foi feito com a reforma de 2008. Discutia-se se a justa causa seria uma quarta condição da ação penal ou se estaria abarcada pelo interesse de agir. Finalmente, com a reforma de 2008, foi elencado em inciso diferente do que trata das condições da ação, de modo genérico.

Há um relativo consenso de que significaria suporte probatório mínimo. No entanto, já se sustentou, minoritariamente, que seria mais do que isso, pois não se deve limitá-la a ser um suporte probatório mínimo, ou se restrinja ao conceito de interesse de agir, ou ainda que configure a presença de tipicidade. A justa causa é tudo isso, mas não apenas isso. É uma cláusula de encerramento, que concretiza, no âmbito processual penal, os preceitos constitucionais da dignidade, da proporcionalidade, além de exercer todas aquelas funções antes referidas. Concretiza a legitimidade de submeter alguém a um processo criminal sob todas as perspectivas exigidas pela ordem constitucional<sup>29</sup>.

Quanto à tipicidade penal, a justa causa exige mais do que se subsumir a narração fática feita na denúncia ou na queixa a um tipo penal. A tipicidade é um indício da antijuridicidade, mas, não é, por si só, suficiente para fazer mover a máquina persecutória estatal.

Explica-se: algumas vezes o fato típico não justifica a demanda penal, o que ocorre quando o desvalor da conduta imputada ao agente não implica verdadeiro proveito social em submeter-se alguém ao processo criminal, ou seja, quando a conduta não é grave o bastante para justificar a pretensão de imposição de uma sanção penal, que é o mais severo modo de reação do Direito. Um processo criminal não pode ser mais grave e mais sério do que a conduta que ele visa a apurar. Nesse caso, quando o fato narrado puder ser tratado por outro modo menos ofensivo à dignidade da pessoa humana, e mais proveitoso socialmente, não haverá justa causa para a propositura da ação penal, considerando que o Direito Penal é a *ultima ratio* para recompor o tecido social injustamente violado<sup>30</sup>.

Além das condições da ação, alguns doutrinadores aludem às **condições específicas ou de procedibilidade**. As primeiras seriam condições genéricas e as segundas, como o próprio nome sugere, específicas do direito de ação, presentes apenas em determinados casos, quando a lei assim dispuser. Os autores que assim entendem trazem como exemplo o artigo 7º, § 2º, a do Código Penal, já que, para as situações elencadas no inciso II do referido artigo, seria imprescindível para a deflagração da ação penal a entrada do agente no território nacional.

Ada<sup>31</sup>, por sua vez, entende que o exemplo melhor se adequa à impossibilidade jurídica. A autora vai mais além e sustenta que não existem condições de procedibilidade, já que todas remontam às condições da ação.

<sup>29</sup> CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de *el alli* – Justa Causa Penal Constitucional. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*. 2004. p. 105.

<sup>30</sup> *Ibidem*. p. 105.

<sup>31</sup> *Op. cit*, p. 198.

No processo penal ainda temos as **condições de punibilidade**, que “pressupõem um delito completo em todos os seus elementos constitutivos: a condição, sem integrar o crime, torna aplicável a pena e, sem ela, o crime, embora perfeito, não pode ser punido, porque a punibilidade depende de condições objetivas exteriores à conduta, independentes da consciência e da vontade. A falta delas leva à absolvição e à formação da coisa julgada material”.<sup>32</sup> São exemplos de condição de punibilidade: a sentença declaratória da falência em relação aos crimes falimentares e a anulação do casamento no crime de induzimento a erro essencial ou ocultação de impedimento.

## Da inadequação de uma teoria geral de processo

O desenvolvimento dos conceitos do processo penal foi bastante influenciado pelos conceitos de processo civil, que, na verdade, não se aplicam a ele, pois construídos com uma visão subjetivista e patrimonialista. Desse modo, os conceitos de processo, interesse, pretensão e lide, que formam a base do processo civil, estão ligados à noção de satisfação do direito subjetivo de alguém, do bem jurídico, a preencher o interesse jurídico, coisa muito diferente do que ocorre no processo penal.

Uma teoria do processo penal não pode se valer da teoria do processo civil. Daí porque se nega a pretensão de uma teoria geral do processo, à moda Carnelutti<sup>33</sup>: não há qualquer unidade entre os dois ramos do direito. O processo civil não se presta a suprimir a liberdade física de qualquer das partes, como ocorre no processo penal, apenas quanto ao réu. No processo civil, há partes particulares que agem em nome próprio, enquanto que no processo penal a parte autora está sempre atuando em nome do Estado. No processo civil não há agentes oficiais encarregados de buscar elementos de prova e de, até mesmo, restringir liberdades públicas da parte contrária, como acontece no processo penal. São diferentes ramos do Direito e que se apoiam em pressupostos inteiramente diferentes.

Diante dessas razões de desequilíbrio entre as partes acima enumeradas, é que o processo penal se governa por outros princípios, sendo, talvez, o mais relevante e exclusivo o da presunção de inocência, irrelevante no processo civil.

Por isso, é preciso buscar uma alternativa de uma teoria própria para o processo penal, que deve integrar-se a uma fenomenologia integral do fenômeno jurídico criminal, coordenada com a história do direito, a criminologia, a ciência política e com o direito penal.

Consequentemente, a doutrina processual penal deve continuar buscando examinar a pertinência das condições da ação, mas que lhe sejam adequadas, seguindo, talvez, o caminho descortinado por Jacinto Coutinho: tipicidade objetiva, punibilidade concreta, legitimidade da parte e justa causa<sup>34</sup>. É um

<sup>32</sup> GRINOVER, *Op.cit.*, p. 187.

<sup>33</sup> *Op. cit.*, ps. XXXI/XXXVI.

<sup>34</sup> *Op. cit.*, p 145.

bom início para uma longa caminhada, já que a doutrina pouco se deteve nessa proposta, ainda que tenha sido apresentada pelo menos desde 1989.

Ao segui-lo, talvez o interesse de agir e a impossibilidade jurídica poderiam estar compreendidos na justa causa, entendida como aquela cláusula de encerramento, conforme sustentado anteriormente.

## Conclusão

Desse modo, é possível concluir que a alteração do Código de Processo Civil, no tocante às condições da ação, é irrelevante no Processo Penal. Não que o Processo Penal deva continuar arraigado às três clássicas condições da ação, transplantadas da doutrina processual civil, mas sim que deve buscar a sua própria sistematização das condições da ação.

Enquanto isso, o artigo 395 do Código de Processo Penal deve continuar vigorando plenamente.

## Referências

- BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil anotado**. São Paulo: Saraiva. 2015.
- CARNELUTTI, Francesco - **Sistema de Derecho Procesal Civil**, volume I, tradução de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, 1944, *Union Tipografica Editorial Hispano Americana*: B. Aires.
- CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de *el alli* – **Justa Causa Penal Constitucional**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*. 2004.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá. 1989.
- DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. 17ª ed. Salvador: *Jus podivm*. 2015. v. 1.
- DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros. 2001. v. 2 e v. 3.
- FAZZALARI, Elio – **Instituições de Direito Processual Civil**. Bookseller. 2006.
- FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. CUNHA, Mauricio Ferreira. **Novo Código de Processo Civil para concursos**. 6ª ed. Salvador: *Jus podivm*. 2016.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **As condições da ação penal**. São Paulo: José Bushatsky. 1977.
- LEONE, Giovanni – *Diritto Procesuale Penale*. 7ª edição. Nápolis: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene.
- LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manuale di diritto processuale civile*. I, 1973.
- OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 19ª ed. São Paulo: Atlas. 2015.
- PASSOS, José Joaquim Calmon. **Em torno das condições da ação: a possibilidade jurídica do pedido**. Revista de direito processual civil. Rio de Janeiro: Saraiva. 1964. v. 4.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 34 ed. São Paulo: Saraiva. 2012. v. 1.
- TORNAGHI, Helio. **Instituições de processo penal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Saraiva. 1977. v. 2.



# Ensaio sobre as iniquidades da fiança locatícia gratuita<sup>1</sup>

Maria Celina Bodin de Moraes<sup>2</sup>  
Gabriel Schulman<sup>3</sup>

*La justice doit toujours s'interroger sur elle-même  
tout comme une société ne peut vivre que du travail  
qu'elle exerce sur elle-même et sur ses institutions*  
- M. FOUCAULT

## Resumo

Em um ambiente civilista coroadado pelo princípio da dignidade humana e transformado pelo instituto da boa-fé em todas as suas manifestações, o presente ensaio sustenta que o instituto da fiança locatícia gratuita carece de legitimidade. Na atualidade, a fiança locatícia assemelha-se a uma “espada de Dâmocles” a pender sobre a cabeça do fiador, o qual, ao oferecer seu patrimônio pessoal, incluindo seu bem de família, em garantia de dívida alheia, sem qualquer contraprestação, em nome de amizade, generosidade ou ambos, mostra comportamento intrinsecamente ingênuo e inexperiente. Não obstante isso é tratado pelo ordenamento jurídico de modo muito mais rigoroso do que o devedor principal, o que contraria a causa do contrato gratuito de fiança.

**Palavras-chave:** Fiança locatícia; contrato gratuito; bem de família; interpretação à luz dos princípios constitucionais.

## Abstract

In the current private law scene, crowned by principles such as human dignity and good faith in all of their manifestations, this essay sustains that the gratuitous bail tenant contract has no legitimacy. In current times, the bail tenant contract is similar to a Damocles' sword, hovering over the bailer's head, who displays a fundamentally naïve and inexperienced behavior when he offers his personal patrimony, including his homestead, in guarantee of someone else's debt, with no benefits for himself, in the name of friendship, generosity or both. Notwithstanding, the bailer is handled by the legal system with much more rigor than the debtor is, what contradicts the very core of the gratuitous bail contract.

**Keywords:** Bail tenant contract; gratuitous contract; homestead; constitutionalized Interpretation.

<sup>1</sup> Este artigo, originalmente publicado na *Revista de Direito do Consumidor*, n. 107, set.-out. 2016, foi devidamente atualizado pelos autores para esta publicação. Agradecemos a Eduardo Nunes de Souza, professor de Direito Civil da UERJ, pela preciosa contribuição.

<sup>2</sup> Professora Titular da Faculdade de Direito da UERJ. Professora Associada da PUC-Rio.

<sup>3</sup> Professor de Direito Civil da Universidade Positivo. Mestre em Direito pela UFPR. Doutor em Direito Civil pela UERJ. Advogado.

## Introdução

A mais famosa fiança da literatura ocidental nada tem a ver com a locação, mas representa, também ela, um exemplo perfeito de profunda injustiça. Trata-se do célebre contrato realizado entre Shylock, Bassânio e Antonio, em *O Mercador de Veneza*, de Shakespeare. O “bem” que Shylock exige, em garantia ao empréstimo de três mil ducados, é uma “libra exata” de carne, a ser retirada do corpo de Antonio, fiador, se os navios com mercadorias suficientes para o pagamento do empréstimo não aportassem em dois meses. Chega-se a sentir a “leveza” com que o ingênuo amigo Antonio assina o contrato, acreditando com certeza absoluta, própria dos inocentes, que os navios chegarão a tempo e que a oferta de Shylock é, na realidade, generosa.

Bassânio, personagem em favor de quem o empréstimo estava sendo feito, não se exime de demonstrar seu temor. No diálogo com Shylock, este também se mostra bem consciente do perigo – o que, no entanto, muito lhe agrada, tendo ele sempre sido humilhado por Antonio:

(...) minha intenção dizendo que é bom, é fazer-vos compreender que o tenho na opinião de um solvente. Contudo, os recursos dele são hipotéticos: (...) navios não passam de tábuas, marinheiros, são apenas homens. Há ratos na terra e ratos na água, ladrões na terra e ladrões do mar, piratas. Depois, há o perigo das águas, dos ventos, dos recifes. Não obstante, o homem é solvente. Três mil ducados? Penso que posso aceitar a promissória.<sup>4</sup>

No final da peça, ao Juiz, como sói acontecer, cumpre o papel de, ao examinar o contrato, verificar se é ele correto, justo e adequado. E eis que, ao sentenciar, ele determina:

Uma libra de carne deste mercador te pertence. O Tribunal te adjudica essa libra e a lei ordena que ela te seja dada (...)  
Ainda não é tudo. Esta caução não te concede uma só gota de sangue. Os termos exatos são ‘uma libra de carne’. Toma, pois, o que te concede o documento; pega tua libra de carne. Mas se ao cortá-la, por acaso, derramares uma só gota de sangue cristão, tuas terras e teus bens, segundo as leis de Veneza, serão confiscados em benefício do Estado.<sup>5</sup>

<sup>4</sup> (SHAKESPEARE. *O mercador de Veneza*. Trad. de F. Carlos de A. C. Medeiros e O. Mendes. São Paulo: Editora Abril, 1978, Ato I, c. III). No original: “(...) *my meaning in saying he is a good man is to have you understand me that he is sufficient. Yet his means are in supposition (...) But ships are but boards, sailors but men: there be land-rats and water-rats, water-thieves and land-thieves, I mean pirates, and then there is the peril of waters, winds and rocks. The man is, notwithstanding, sufficient. Three thousand ducats; I think I may take his bond*”.

<sup>5</sup> (ID., *ibidem*, Ato IV, c. I). No original: “*A pound of that same merchant’s flesh is thine: The court awards it, and the law doth give it (...) Tarry a little; there is something else. This bond doth give thee here no jot of blood; the words expressly are ‘a pound of flesh’: Take then thy bond, take thou*

Dentre os tantos comentadores que louvaram o brilhantismo dessa passagem de Shakespeare, destaca-se, na direção contrária, a oposição veemente de Ihering, o qual, embora considerasse válido o título de Shylock, ressalta que a única escolha atribuída ao juiz nesse caso era a de declarar o título válido ou nulo. Assim, critica o jurista, ao decidir-se no primeiro sentido, “não podia, fora de tempo, por uma reles velhacaria, esquivar-se à execução da sentença”.<sup>6</sup> A questão serve a ilustrar o problema subjacente ao contrato gratuito de fiança no direito contemporâneo: se é possível verificar a injustiça no seu cumprimento, como parece, então é a própria validade que lhe deve ser negada, mostrando-se insuficientes os subterfúgios que mitigam a sua execução, como no conto shakespeariano.

À injustiça narrada na peça somam-se muitas outras, como se verá.

## A fiança locatícia no direito contratual contemporâneo

O direito contratual contemporâneo sofre os influxos dos valores constitucionais, que têm redesenhado os contornos dos institutos, conferindo-lhes novos significados e funções. Supera-se, dessa forma, o perfil setorizado dos institutos jurídicos, prevalecendo a unidade do ordenamento, ancorado na Constituição.

Assim, na análise da fiança locatícia, tampouco deve limitar-se o intérprete ao exame isolado das normas que regem o contrato de locação e o próprio contrato de fiança. De plano, observa-se que o instituto tem sua base em paradoxos que desafiam a legitimidade de seu regime atual. Em face da imprescindível distinção entre legalidade e legitimidade,<sup>7</sup> o instituto da fiança está a merecer, há muito, a releitura que, no direito público, costuma-se designar com a expressão “filtragem constitucional”.<sup>8</sup>

---

*thy pound of flesh; but, in the cutting it, if thou dost shed one drop of Christian blood, thy lands and goods are, by the laws of Venice, confiscate unto the state of Venice”.*

<sup>6</sup>-(IHERING, Rudolph Von. **A luta pelo direito**. Trad. de J. Vasconcelos. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. XI-XIII).

<sup>7</sup> Nesse sentido, superada a contratualidade precipuamente calcada no voluntarismo, mostra-se fundamental a distinção entre legalidade e legitimidade. Com efeito, de acordo com PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 950: “A atividade administrativa e a negocial (especialmente a contratual), para terem validade, deverão ser concretizadoras de normas e de princípios que têm força de lei formal”.

<sup>8</sup> (SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional** – construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999). Conforme SCHIER: “todo o ordenamento jurídico estatal deve ser lido sob a ótica da axiologia, materialidade e juridicidade constitucional. Tal processo de filtragem constitucional, decorrente da força normativa da Constituição, inaugura, certamente, no âmbito infraconstitucional, um momento de releitura do direito [...] surge a necessidade de buscar uma inter-relação axiológica visando à unidade sistemática e a efetiva realização dos valores estabelecidos [...] fenômeno conhecido como constitucionalização do direito infraconstitucional” (p. 25).

É voz corrente a afirmação de que o fiador na fiança locatícia ocupa a pior posição contratual de que se tem notícia – pior mesmo que a do próprio devedor. A modalidade pauta-se por poucos benefícios efetivos, os quais, de todo modo, são sempre renunciados pelo fiador. Por que alguém haveria de querer contratá-la? Quais são as razões do fiador?<sup>9</sup> Sabe-se bem quais são os benefícios para o afiançado e para o credor, mas o fiador, em nossa prática jurídica, acaba por corresponder, na acepção do termo, à figura do “bode expiatório”<sup>10</sup> – aquele que suporta todos ônus e não se beneficia de qualquer bônus.

Segundo dispõe o art. 818 CC, entende-se que, por meio do contrato de fiança, um terceiro (dito fiador) se obriga a satisfazer ao credor a dívida assumida pelo devedor, “*caso este não a cumpra*”. Da própria definição legal decorre uma ordem de responsabilidade, inerente à natureza do contrato, vez que toda e qualquer garantia é necessariamente subsidiária e acessória: primeiro deve-se cobrar a dívida de quem a criou; em seguida, obtido o insucesso, caberá investir contra o garantidor.<sup>11</sup>

Essa ordem, fruto tanto da equidade quanto da lógica, foi primeiramente enunciada por uma constituição expedida por Justiniano, em razão da qual se passou a exigir que o credor demandasse antes o devedor porque “foi quem recebeu e contraiu a dívida”.<sup>12</sup> No direito romano anterior, cabia ao credor escolher a quem executar; depois de Justiniano, o “benefício de ordem” ou o “benefício de excussão” tornou-se a regra. Essa ordem de exequibilidade chegou às Ordenações Filipinas, que também estipulavam: “O fiador não deve ser demandado em algum caso, até que o devedor principal seja primeiro demandado, e condenado, e feita a dita execução; no que se não pode haver pelos bens do principal, poderá ser demandado o fiador”.<sup>13</sup> E tal continua a ser até hoje, em tese, o direito brasileiro, na previsão do art. 827 do Código Civil: “o fiador demandado pelo pagamento da dívida *tem direito a exigir*, até a contestação da lide, que sejam primeiro executados os bens do devedor”.<sup>14</sup> No entanto, na prática jurídica, como é sabido, não se celebra contrato de fiança locatícia em que o credor não exija a renúncia do fiador à ordem.

<sup>9</sup> A questão parece passar despercebida pelo Judiciário, que deixa de considerar a relação entre os envolvidos na apreciação da (suposta) liberdade contratual que conduz a ousar ser fiador. Ilustrativamente, no STJ. Resp. 594.502, no qual se discutia “validade ou não da fiança dada pelo autor em mútuo tomado por sua filha, além do prazo inicialmente previsto no contrato celebrado pelas partes, do qual constava cláusula de prorrogação automática”. A fiança, todavia, restou afastada por fundamentos relevantes, como “respeito à plena ciência e consciência do fiador, e a regra limitativa da interpretação – veda-se a extensiva – bem norteia o escopo do legislador, de não se poder onerar o garante rigorosamente além do que ele expressamente assinou e conheceu”.

<sup>10</sup> Em uma das definições registradas no Dicionário Houaiss, “bode expiatório” significa justamente: “pessoa ou coisa sobre que(m) se faz recair as culpas de outros”.

<sup>11</sup> É o que denota também o CPC 2015, art. 794.

<sup>12</sup> Novela 4, cap. I: “*sed veniat primum ad eum qui aurum accepit debitum contraxit*”.

<sup>13</sup> Ordenações Filipinas, liv. 4.

<sup>14</sup> Grifou-se.

Parece necessário, pois, repensar o tratamento injustificadamente leniente que se tem conferido ao instituto da fiança e aos efeitos exorbitantes que pode acarretar ao patrimônio do fiador. Com efeito, o contrato seria caracterizado pelos chamados benefícios – de ordem e de divisão – que são, na prática, inexistentes, já que sistematicamente renunciados pelo fiador. Afrontando a sua natureza, que se coaduna com uma interpretação restritiva (Código Civil, art. 819), identificam-se ainda outros exageros, como a prorrogação do contrato de fiança até a entrega das chaves, sem a comunicação ao fiador (Código Civil, art. 366).

A propósito, por força do dever de informação decorrente da boa-fé, da tutela constitucional e legal da função social e do dever de mitigar o dano, seria imprescindível noticiar ao fiador o atraso do afiançado – seja em relação aos alugueres, seja em relação à saída do imóvel<sup>15</sup>. Permitir que o credor possa, a seu bel prazer, aguardar o aumento da dívida é consagrar o abuso do direito e, eventualmente, até mesmo o benefício com a própria malícia – supondo-se, por exemplo, uma relação de amizade entre credor e devedor, que pode fazer com que o credor queira deixar o devedor morando, tudo à custa do fiador –, conduta que desconhece o caráter imperativo da boa-fé objetiva.

Tampouco se pode ignorar a contundente e profunda crítica sobre possibilidade da perda do bem de família do fiador, que constitui retrocesso incompatível com a normatividade dos preceitos constitucionais e com o estado da arte do direito contratual. A expropriação do bem de família do fiador, concluir-se-á, é inconstitucional.<sup>16</sup>

<sup>15</sup> A mesma lógica se aplica na fiança prestada como acessório a outros contratos, justificando-se a ênfase à locação diante dos efeitos ainda mais duros em relação ao fiador.

<sup>16</sup> Assim, doutrina e jurisprudência. Entre os tantos, confira-se: (FACHIN, Luiz Edson. **Sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 50, 93; AINA, Eliane Maria Barreiros. **O fiador e o direito de moradia**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004; SILVA, Sérgio André Rocha Gomes da. **Da inconstitucionalidade da penhorabilidade do bem de família por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação**. **Revista de Direito Privado**, vol. 2. São Paulo: RT, abril-junho/2000, p. 50-56; SLAIBI FILHO, Nagib. **Impenhorabilidade de bem do fiador em decorrência do direito à moradia**. **Revista da EMERJ**, n. 33, 2006, p. 117-135; HORA NETO, João. **O bem de família, a fiança locatícia e o direito à moradia**. **Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe**, Aracaju: ESMESE, n. 9, 2006, p. 48; SARLET, Ingo Wolfgang. **Supremo Tribunal Federal, o direito à moradia e a discussão em torno da penhora do imóvel do fiador**. **Revista da AJURIS**, ano XXXIV, n. 107, set. 2007, p. 123-144; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo; ISAGUIRRE, Katya. **O direito à moradia e o STF: um estudo de caso acerca da impenhorabilidade do bem de família do fiador**. In: G. TEPEDINO; L. E. FACHIN, (Orgs.). **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, v. 2, p. 131-164; TEIXEIRA, José Elaeres Marques. **Direitos humanos civis no Brasil: violações e caminhos para que sejam promovidos e respeitados**. In: J. C. de C. ROSCHA *et al* (Coord.). **Direitos humanos: desafios humanitários contemporâneos**. Belo Horizonte, Del Rey, 2008, p. 193; POLETTO, Sandra. **Novos paradigmas ao contrato de fiança locatícia**. **Revista do Curso de Direito da FSG**. Caxias do Sul, ano 2, n. 4, jul./dez. 2008, p. 133-138. Favoráveis à constitucionalidade da penhora do único bem de família do fiador são SEGALLA, Alessandro. **Contrato de fiança**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 128 e ss.; CASTRO NEVES,

## O STF e a admissão de penhora do bem de família do garante

A Lei n. 8.009/1990 é exemplo legislativo concreto do potencial de uma leitura do direito à luz do princípio da dignidade da pessoa.<sup>17</sup> Não exclui a proteção do credor, mas torna ilegal a penhora do bem de família, em sintonia com a proteção da dignidade da pessoa humana e com os direitos fundamentais.

Assim, mostra-se injustificada a exceção imposta ao fiador no art. 82 da Lei de Locações, que alterou a Lei do Bem de Família para prever a possibilidade da penhora do bem do fiador na relação locatícia. À luz da Constituição, admitir a alteração de legislação infraconstitucional para retroceder na proteção de direitos fundamentais é medida que não se compatibiliza com o sistema jurídico nacional.

Renovam-se, pois, as críticas à penhora do bem de família do fiador na relação locatícia, exceção que ofende o direito à moradia consagrado na Emenda Constitucional nº 26/2000, bem como a função social da propriedade e a proteção do patrimônio mínimo<sup>18</sup>. Após a promulgação da referida emenda constitucional, o Min. Carlos Velloso, no julgamento do Recurso Extraordinário 352.940, assim se manifestou:

Ora, o bem de família – Lei 8.009/90, art. 1º – encontra justificativa, foi dito linha atrás, no constituir o direito à moradia um direito fundamental que deve ser protegido e por isso mesmo encontra garantia na Constituição. Em síntese, o inciso VII do art. 3º da Lei 8.009, de 1990, introduzido pela Lei 8.245, de 1991, não foi recebido pela CF, art. 6º, redação da EC 26/2000.<sup>19</sup>

---

José Roberto. O Contrato de fiança. In: T. F. C. NEVES. **Direito & Justiça Social**. Estudos em homenagem ao professor Sylvio Capanema de Souza. São Paulo: Atlas: 2013, p. 367; AZEVEDO, Álvaro Villaça. Bem de família: penhora em fiança locatícia e direito de moradia. In: R. M. A. NERY e R. DONNINI (Coords). **Responsabilidade civil**: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Vianna. São Paulo: RT, 2009, p. 71 e ss.; AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Bem de Família**. Comentários à Lei 8009/90. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 218). Para AZEVEDO, a penhorabilidade pressupõe que a garantia esteja registrada à margem da matrícula a qual “não se cuida de mera garantia fidejussória, que vincula, mais a pessoa do garantidor. Trata-se de direito real sobre coisa alheia”.

<sup>17</sup> (Cf. FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006).

<sup>18</sup> Confira-se a fundamentação Projeto de Lei nº 987/2011, que revoga os dispositivos que autorizam a penhora do bem de família do fiador em contrato de locação.

<sup>19</sup> (STF RE 352940/SP. Rel. Min. Carlos Velloso. Informativo do STF nº 385. 25 a 29 de abril de 2005). Com igual compreensão, sob a relatoria do Min. Carlos Velloso, no mesmo ano foram julgados diversos recursos extraordinários: RE 449.657 - DJe 09.05.2005; RE 41.556 DJe 30.05.2005; RE 349.370. DJe de 13.05.2005; RE 415.626 - DJe de 09.05.2005; RE 352.940. DJe de 09.05.2005).

A própria previsão constitucional do princípio da igualdade impediria tal discrepância entre os regimes do fiador e do devedor. Mais do que isso: é parte intrínseca da causa do contrato (acessório) de fiança não caber ao fiador obrigar-se a mais do que o devedor principal, nem em condições mais onerosas; cumprindo-lhe, ainda, poder usar todas as defesas que a este competirem.<sup>20</sup>

Permita-se resgatar a ideia já frisada no julgado de que os objetivos constitucionais de construção de uma sociedade livre, justa e solidária e de erradicação da pobreza colocaram a pessoa humana – isto é, os valores existenciais – no vértice do ordenamento jurídico brasileiro. Como aponta o voto do Min. Velloso:

Veja-se a contradição: a Lei 8.245, de 1991, excepcionando o bem de família do fiador, sujeitou o seu imóvel residencial, imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, à penhora. Não há dúvida que a ressalva trazida pela Lei 8.245, de 1991, inciso VII do art. 3º feriu de morte o princípio isonômico, tratando desigualmente situações iguais, esquecendo-se do velho brocardo latino: *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*, ou em vernáculo: onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito. Isto quer dizer que, tendo em vista o princípio isonômico, o citado dispositivo inciso VII do art. 3º, acrescentado pela Lei 8.245/91, não foi recebido pela EC 26, de 2000.

No entanto, em julgamento subsequentemente, por maioria, o plenário do STF rejeitou tal entendimento em que pese os importantes votos discordantes dos ministros Eros Grau, Ayres de Brito e Celso de Mello.<sup>21</sup>

No voto vencedor, o Min. Peluso considerou, em síntese, que o direito à moradia previsto na Constituição “comporta *redução teleológica* que, para acomodar [e] assegurar o pagamento forçado de todo o crédito do locador”.<sup>22</sup> Trata-se de grave inversão do sistema axiológico do ordenamento, que mitiga as transformações promovidas pela constitucionalização do direito civil, ao negar claramente vigência a direito fundamental.

Alheio à realidade concreta, aponta o Min. Peluso para a (suposta) liberdade de assumir a posição de fiador, assim como o risco de que a decisão pela impenhorabilidade “romperia equilíbrio do mercado, despertando exigência sistemática de garantias mais custosas para as locações residenciais, com conseqüente desfalque do campo de abrangência do próprio direito constitucional à moradia”.<sup>23</sup>

Em forte oposição, o Min. Eros Grau sustentou que o argumento enunciado no sentido de afirmar que a impenhorabilidade do bem de família

<sup>20</sup> (PERLINGIERI, Pietro, **O direito civil na legalidade constitucional**, cit., p. 741).

<sup>21</sup> STF, Tribunal Pleno, RE 407.688, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ de 13.10.2006.

<sup>22</sup> Grifou-se.

<sup>23</sup> STF, RE 407.688, cit.

causaria impacto no mercado das locações imobiliárias “não me parece possa ser esgrimido para o efeito de afastar a incidência de preceitos constitucionais, o do artigo 6º e a isonomia. Não há de faltar políticas públicas, adequadas à fluência desse mercado, sem comprometimento do direito social e da garantia constitucional”.<sup>24</sup>

É notável que se considere que o fiador é responsável, enquanto o locatário permanecer no imóvel mesmo sem sua ciência, mas, sob o argumento da segurança jurídica (*rectius*, creditória), admite-se a penhora do bem de família do garante<sup>25</sup> sem esclarecer que tipo de segurança poderá haver sem sequer o conhecimento do débito.<sup>26</sup>

O tema voltou à apreciação do Supremo Tribunal Federal em sede de Repercussão Geral no RE 612.360, em que prevaleceu a tese da penhorabilidade de bem de família de fiador de contrato de locação.<sup>27</sup> A mesma posição foi adotada pela Segunda Seção do STJ, reformando acórdão do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul.<sup>28</sup> Dessa decisão decorreu o enunciado sumular: “É válida a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação”.<sup>29</sup>

A conclusão que decorre de todos esses casos é a de que penhorabilidade do bem de família do fiador marca contradição que precisa ser afastada.<sup>30</sup>

<sup>24</sup> STF, RE 407.688, *cit.*

<sup>25</sup> Salienta o paradoxo da disparidade entre fiador e devedor também: (CAPANEMA, Sylvio. **Da locação do imóvel urbano**: direito e processo. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999, p. 646).

<sup>26</sup> Nada trataram as Cortes Superiores sobre os fiadores que ofereceram a garantia com lastro na jurisprudência dos próprios tribunais que assentavam a impenhorabilidade, o que desprestigia o argumento da segurança jurídica, tão valorizado na argumentação em favor da penhorabilidade do bem de família do fiador. Vale lembrar, a propósito, que nos termos da Súmula 205 do STJ: “A Lei 8.009/90 aplica-se à penhora realizada antes de sua vigência”.

<sup>27</sup> (STF, Tribunal Pleno, RE 612.360, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe de 02.09.2010, vencido o Min. Marco Aurélio).

<sup>28</sup> (STJ, 4ª T., REsp 1.363.368, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, DJe de 21.11.2014). O acórdão reformado assim consignou: “A pretensão de expropriação do imóvel residencial do fiador ganha maiores contornos de inadmissibilidade quando, em comparação com o direito posto ao devedor principal, percebe-se que a garantia negada ao garantidor é amplamente assegurada ao afiançado. Ora, evidentemente que o consentimento desta circunstância acabaria por afrontar o princípio constitucional da igualdade, porquanto estar-se-ia ofertando ao credor o bem residencial daquele que prestou obrigação acessória e, por outro lado, deixando incólume de qualquer constrição o imóvel de residência do contratante, que se obrigou diretamente pelo adimplemento da obrigação principal”.

<sup>29</sup> (Súmula 549, Segunda Seção, julgado em 14.10.2015, DJe 19.10.2015).

<sup>30</sup> Aqui vale citar Zagrebelsky, segundo o qual “*C’è oggi certamente una grande responsabilità dei giudici nella vita del diritto, sconosciuta negli ordinamenti dello Stato di diritto legislativo. Ma i giudici non sono i padroni del diritto nello stesso senso in cui il legislatore lo era nel secolo scorso. Essi sono più propriamente i garanti della complessità strutturale del diritto nello Stato costituzionale, cioè della necessaria, mite coesistenza di legge, diritti e giustizia. Potremmo anzi dire conclusivamente che tra Stato costituzionale e qualunque ‘padrone del diritto’ c’è una radicale incompatibilità. Il diritto non è oggetto in proprietà di uno ma deve essere oggetto delle cure di tanti e, come non ci sono ‘padroni’ così simmetricamente non ci sono ‘servi’ del diritto*” (ZAGREBELSKY, Gustavo. **Il diritto mitte**. Legge, diritto, giustizia. Nuova edizione. Torino: Giulio Editore, 1992. p. 213).

Pela sub-rogação, terceiro paga a dívida e assume a posição de credor, com os mesmos direitos. Nos termos dos arts. 349 e 831, do Código Civil, após o pagamento da dívida, o fiador se sub-roga nos direitos do credor. Contudo, não se autoriza a penhora do bem de família do afiançado,<sup>31</sup> o que reitera a posição de desvantagem do fiador, de excessiva onerosidade e de desigualdade de direitos,<sup>32</sup> desafiando-se a própria natureza do contrato de fiança, no sentido de ser inadmissível permitir que o fiador se obrigue a mais que o afiançado.

Sublinhe-se, mais uma vez, a disparidade entre o tratamento a quem efetivamente utiliza o bem e a quem o garante, cujo risco é imensamente superior:<sup>33</sup> trata-se de situação incompatível com a leitura funcionalizada do direito civil, atentatória contra a igualdade,<sup>34</sup> e proporcionalidade e razoabilidade, princípios que, conjuntamente, são indispensáveis no direito contratual contemporâneo.

<sup>31</sup> O tema foi enfrentado no REsp 1.081.963, que assim restou fundamentado: “1. A teor do artigo 1º da Lei n. 8.009/90, o bem imóvel destinado à moradia da entidade familiar é impenhorável. Excetua-se a obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação, isto é, autoriza-se a constrição de imóvel pertencente a fiador. 2. Sub-roga-se o fiador nos direitos do locador tanto nos privilégios e garantias do contrato primitivo quanto nas limitações (art. 346 e 831, CC; art. 3º, VII, Lei n. 8.009/90). 3. A transferência dos direitos inerentes ao locador em razão da sub-rogação não altera prerrogativa inexistente para o credor originário. O locatário não pode sofrer constrição em imóvel que reside, seja em ação de cobrança de débitos locativos, seja em regressiva” (STJ. REsp 1081963. Rel. Min. JORGE MUSSI. 5ª T. DJe de 03.08.2009).

<sup>32</sup> Tal sentido pode ser extraído do Código Civil, art. 832. No TJSP: “paga a dívida pelos fiadores, estes se sub-rogam nos direitos do locador podendo, inclusive, requerer a penhora do imóvel, bem de família” (TJSP. Agravo de Instrumento n. 0451206-42.2010.8.26.0000. 33ª Câmara de Direito Privado. Rel. Luiz Eurico. Registro: 10/12/2010). Com igual sentido: TJSP. 992.06.032387-5. 33ª Câmara de Direito Privado. Rel. Sá Duarte, julg. 12.07.2006. Pontua Rosane Vieira de Castro: “uma vez acionado o devedor principal, na qualidade de afiançado, pelo fiador, no exercício dos direitos acima expostos, o primeiro não poderá invocar a impenhorabilidade de seu bem de família por dever tais prestações, ou obrigação perante o fiador, em razão ou decorrência da realização e efetivação da fiança em seu benefício” (CASTRO, Rosane Vieira de Castro. **Análise econômica do direito e fiança locatícia**. Dissertação de Mestrado. PUC-Minas, 2011, p. 106).

<sup>33</sup> Vale resgatar a comparação proposta por Eros Grau por ocasião do julgamento do acórdão: “se o benefício da impenhorabilidade viesse a ser ressalvado quanto ao fiador em uma relação de locação, poderíamos chegar a uma situação absurda: o locatário que não cumprisse a obrigação de pagar aluguéis, com o fito de poupar para pagar prestações devidas em razão de aquisição de casa própria, gozaria da proteção da impenhorabilidade. Gozaria dela mesmo em caso de execução procedida pelo fiador cujo imóvel resultou penhorado por conta do inadimplemento das suas obrigações, dele, locatário” (STF RE 407.688-8. Tribunal Pleno. Rel. Min. Cezar Peluso. DJ: 13.10.2006). De modo objetivo salientou considerações que conduzem a reflexão: “o que acontece é que não estou me apegando a lógica do mercado no meu voto, mas sim, ao que diz a constituição”. A contradição entre a gratuidade da fiança e a posição do locatário já havia sido destacada antes pelo Min. Carlos Velloso (STF RE 352940/SP. Informativo do STF n. 385. 25 a 29 de abril de 2005).

<sup>34</sup> “Outra aplicação da igualdade, assim entendida, aflorou na alteração das circunstâncias: o modificar das conjunções ambientais relevantes para um contrato, exige, em contradição com a autonomia privada, e, daí, em fractura intra-sistemática, o alterar da regulação pactuada, sob pena de desigualdade. Tudo isso assenta numa vivência jurídica possibilitada pela boa fé e com ela justificada” (MENEZES CORDEIRO, António. **Da boa fé no direito civil**. Coleção Teses. Coimbra: Almedina, 1997, p. 1277).

## Limites à renúncia de direitos fundamentais

Há muito a liberdade formal isoladamente considerada, de matiz estritamente econômica, deixou de ser apta a explicar (e conferir legitimidade constitucional) aos contratos. Entre outros elementos, é preciso acrescentar ao seu fundamento o princípio da solidariedade social (CF, art. 3º, inc. I), conferindo uma perspectiva de altruísmo, reflexo da passagem do indivíduo considerado em si mesmo, para a pessoa inserida na comunidade e integrada em suas relações.<sup>35</sup>

À luz da axiologia constitucional, parece a autolegitimação da autonomia negocial, fundada em si própria<sup>36</sup> ou na simplista noção de liberdade individual, formal, que limita o sentido da liberdade a uma conotação estritamente econômica. Nas palavras de ilustre doutrina, na interpretação do STF pela penhorabilidade do bem de família do fiador, “prevaleceu a exceção legal e o sentido de liberdade que pode afrontar a própria liberdade tutelada constitucionalmente”.<sup>37</sup>

Nessa perspectiva, cumpre indagar os limites da autonomia no que diz respeito à renúncia de direitos fundamentais, com a qual convivemos em nosso cotidiano, na proteção do consumidor, na intensa pressão dos meios digitais para sufocar a privacidade por meio de bancos de dados e aplicativos invasivos.<sup>38</sup>

Na direção oposta à tutela da pessoa humana, no caso específico da fiança se verifica que a autonomia (tomada em sentido restrito de liberdade contratual) tem sido empregada como elemento suficiente inclusive para a renúncia de direitos fundamentais. O equívoco de tal leitura é ainda mais evidente nesse caso, em que o contratante é parte vulnerável<sup>39</sup> e o direito protegido é o direito de morar.

<sup>35</sup> (BODIN DE MORAES, Maria Celina. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, ano 95, v. 854, dez. 2006, p. 35).

<sup>36</sup> (PERLINGIERI, Pietro. Il principio di legalità nel diritto civile. **Rassegna di diritto civile**. anno 31, n. 1, 2010, p. 184). Ensina o autor: “*Il controllo di legittimità, cioè di conformità a Costituzione riconduce la legalità alla legittimità (...) L'autonomia individuale concorre a regolare i rapporti tra cives e si colloca nel sistema delle fonti normative, coerentemente con i criteri di gerarchia, competenza e sussidiarietà orizzontale. Sul contenuto negoziale, tuttavia, la verifica di conformità a Costituzione e quindi il rispetto del principio di legalità costituzionale si realizzano con il controllo de meritevolezza (art. 1.322 CC), ispirato a ragionevolezza, proporzionalità e adeguatezza, in coerenza con il principio di differenziazione*” (cit., p. 183-184).

<sup>37</sup> (FACHIN, Luiz Edson. **Sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 67). Para o autor, “a admissão de penhora do bem de família do fiador, a criticável decisão do Supremo Tribunal Federal é consoante ao pensamento estruturado por mecânica lógica formal, mas é dissonante dos valores incorporados nos princípios constitucionais e nos direitos fundamentais, além de minguada na fundamentação quanto às alternativas de tutela do legítimo crédito do locador” (p. 36).

<sup>38</sup> Cf. RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**: a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, *passim*).

<sup>39</sup> “Os chamados limites à autonomia, postos à tutela dos contratantes vulneráveis, não são mais externos e excepcionais, mas sim internos, enquanto expressão direta do ato e do seu significado constitucional” (PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**, cit., p. 358).

Por coerência com seu próprio conteúdo mínimo, a autonomia não permite ao indivíduo se escravizar.<sup>40</sup> Trata-se de retirar dos direitos fundamentais um núcleo mínimo intangível. Os limites e as possibilidades dos institutos (inclusive da fiança) perpassam, portanto, um exame de razoabilidade.<sup>41</sup>

Ao proceder a análise no caso do fiador, o STF parece ter agido de modo túbio na proteção dos direitos fundamentais, como denota o julgamento do RE 407.688. Do acórdão, extrai-se a seguinte ponderação: “o direito de moradia de uma classe ampla de pessoas (interessadas na locação), em dano de outra de menor espectro a dos fiadores proprietários de um só imóvel, enquanto bem de família, os quais não são obrigados a prestar fiança”.

A afirmação retoma injustificadamente o primado da vontade, deixando de realizar juízo de *mercimento de tutela* sobre o ato negocial. Trata-se, afinal, de ato de restrição a direitos fundamentais em sede negocial, cuja admissibilidade, além de excepcional,<sup>42</sup> deve estar justificada, eis que a presunção é de ilegitimidade.

Como assinalou a doutrina mais atenta: “a crítica mais contundente que possivelmente poderá ser direcionada é que tais questões, a despeito de sua relevância (pois inequivocamente está em causa uma restrição de direito fundamental) não chegaram a ser minimamente desenvolvidas na decisão”.<sup>43</sup> Em

<sup>40</sup> A lição, aliás, não é nova. Como apontou Darcy Bessone na década de 1940: “Quando, entretanto, outras ideias se rebelam contra o direito tradicional, quando os próprios fatos, a própria vida, se constituem em ataque contra os velhos quadros jurídicos e se tem como certo que os direitos são relativos, que não há autonomia de vontade, nem liberdade de contratar, onde vigora a desigualdade de forças que a propriedade, se satisfaz necessidades individuais deve cumprir a sua função social e, por isso mesmo, o seu titular deve dela se servir com delicadeza, com respeito pelos direitos dos seus semelhantes, não será estranha a solução que consista em obrigar o locador a atentar para os interesses da propriedade comercial de seu inquilino.” (BESSONE, Darcy. **Do direito do comerciante à renovação do arrendamento**. Belo Horizonte: Imprensa Oficial de Belo Horizonte. 1940, p. 23).

<sup>41</sup> Aduz Judith Martins-Costa: “Os princípios, sendo anunciados (e de forma altissonante) já no pórtico do Direito Contratual, estão a indicar que o seu valor é integrativo da disciplina contratual e vinculante ao intérprete. Os princípios compõem, cada um deles, na dimensão do peso e da ponderação que lhes é própria, a estrutura dos institutos e das regras contratuais. Daí também o seu valor operativo e prospectivo, valor de normas produtoras de norma”. Trata-se na dicção da autora de uma “*autonomia solidária*” (Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. **Revista Direito GV**, ano 1, v. 1. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, maio de 2005. p. 42).

<sup>42</sup> Alude-se mesmo à “irrenunciabilidade a direitos da personalidade pelo trabalhador”. (GEDIEL, Antonio José Peres. A irrenunciabilidade a direitos da personalidade pelo trabalhador. In: I. W. Sarlet (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006, p. 166).

<sup>43</sup> (SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas sobre a eficácia e efetividade do direito à moradia como direito de defesa. **Revista OAB/RJ**, v. 24, n. 1, jul.-dez./2008, p. 167-169): “Tanto o Ministro Joaquim Barbosa quanto o Ministro Gilmar Mendes, ambos secundados pelo Ministro Sepúlveda Pertence (este alegando que se poderia estar até mesmo chancelando a incapacidade civil do fiador!) enfatizaram, em síntese, que a regra legal que excepciona a impenhorabilidade não constitui violação do direito à moradia pelo fato de que o fiador voluntariamente, portanto, no pleno exercício da sua autonomia de vontade. Por mais que se deva admitir que a própria liberdade contratual expressa uma manifestação da mesma

comentário ao acórdão supramencionado do STF (RE 407.688), que modificou a jurisprudência e passou a admitir a penhora do bem de família do fiador, registrou-se ainda: “em se cuidando do único imóvel do fiador e servindo este de residência para ele e/ou sua família, não se pode simplesmente admitir o sacrifício do direito fundamental”.<sup>44</sup> O desafio no âmbito contratual está na adequada ponderação, a qual passa inclusive pela discussão acerca da disponibilidade de determinados direitos.<sup>45</sup>

Conhecidos os limites da liberdade real, não é à toa que o direito do consumidor e o direito do trabalho consagram a irrenunciabilidade de diversas garantias e a impossibilidade de determinadas práticas, não prevalecendo o consenso do vulnerável em sentido contrário.<sup>46</sup>

Em linha com tais situações está o rechaço à penhora de imóvel voluntariamente hipotecado quando constituir bem de família (salvo se a dívida decorrer de operação que reverteu em favor da entidade familiar). Nessa direção, no REsp 264.431, registrou-se que “o benefício conferido pela Lei n. 8.009/90 ao instituto do bem de família constitui princípio de ordem pública, prevalente mesmo sobre a vontade manifestada, *não admitindo sua renúncia*”.<sup>47</sup>

Contudo, no caso da penhora do bem do fiador, o STF estabeleceu ponderação por meio da qual a liberdade negocial foi analisada no sentido

---

dignidade da pessoa humana que serve de fundamento ao conteúdo existencial da propriedade, quando, por exemplo, serve de moradia ao seu titular, não se pode olvidar que a ordem jurídica impõe limites significativos à autonomia privada, especialmente quando se cuida de hipóteses de renúncia a direitos fundamentais.

<sup>44</sup> Prossegue o autor: “(...) e no caso, possivelmente até mesmo uma violação a dignidade da pessoa humana) por conta de uma alegação genérica e ainda por cima desacompanhada até mesmo de dados comprobatórios, de uma tutela do direito à moradia de um maior número de pessoas” (SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas sobre a eficácia e efetividade do direito à moradia como direito de defesa. **Revista OAB/RJ**, v. 24, n. 1, jul.-dez./2008, p. 169).

<sup>45</sup> Nas palavras do Min. Carlos Britto: “por ocasião do julgamento a Constituição usa o substantivo “moradia” em três oportunidades: a primeira, no artigo 6º, para dizer que a moradia é direito social; a segunda, no inciso IV do artigo 7º, para dizer, em alto e bom som, que a moradia se inclui entre as “necessidades vitais básicas” do trabalhador e da sua família; e, na terceira vez, a Constituição usa o termo “moradia” como política pública, inserindo-a no rol de competências materiais concomitantes do Estado, da União, do Distrito Federal e dos Municípios (artigo 23, IX). A partir dessas qualificações constitucionais, sobretudo aquela que faz da moradia uma necessidade essencial, vital básica do trabalhador e de sua família, entendo que esse direito à moradia se torna indisponível, é não-potestativo, não pode sofrer penhora por efeito de um contrato de fiação. Ele não pode, mediante um contrato de fiação, decair”.

<sup>46</sup> Para um exemplo singelíssimo, não há como renunciar à cláusula que impede a venda casada.

<sup>47</sup> (STJ. AgRg no AREsp 264.431. Rel. Min. Luís Felipe Salomão, 4ª T, DJe de 11.03.2013 – Grifou-se). No mesmo sentido: REsp 875.687, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, 4ª T, DJe de 22.08.2011. Em perspectiva diversa, mas alinhada à proteção da pessoa, decidiu-se: “Não se admite a renúncia à proteção conferida ao bem de família quando caracterizado que a garantia prestada à pessoa jurídica em operação bancária não promoveu benefício em prol da pessoa física garantidora (STJ, AgRg no Ag em 98.992. Rel. Min. Maria Isabel Gallotti. 4ª T. DJe 06.03.2014).

mais quantitativo do que qualitativo e, por essa via, sob a ótica formal e não substancial.<sup>48</sup>

O distanciamento dos valores constitucionais foi confesso, como se apura no voto: “No campo das relações privadas, a incidência das normas de direitos fundamentais há de ser aferida caso a caso, com parcimônia, a fim de que não se comprima em demasia a esfera de autonomia privada do indivíduo”.<sup>49</sup> É preciso diferenciar parcimônia e prudência, bem como distinguir a ponderação de valores de seu simples afastamento.<sup>50</sup>

Como aponta Perlingieri, no processo de interpretação é preciso observar os casos em que há “elementos não homogêneos, não comparáveis, que envolvem interesses não quantificáveis, por exemplo, não patrimoniais, o resultado é uma ponderação entre eles que não se pode traduzir no plano da quantidade, mas exige necessariamente uma valoração qualitativa”.<sup>51</sup> Nessas hipóteses é que entram em jogo os princípios da razoabilidade e da adequação.

---

<sup>48</sup> Em excerto bastante ilustrativo, assim afirmou o Min. Joaquim Barbosa: “A decisão de prestar fiança, como já disse, é expressão da liberdade, do direito à livre contratação. Ao fazer uso dessa franquia constitucional, o cidadão, por livre e espontânea vontade, põe em risco a incolumidade de um direito fundamental social que lhe é assegurado na Constituição. E o faz, repito, por vontade própria” (STF. RE 407688-8/SP. Tribunal Pleno. Rel. Min. Cezar Peluso. DJ: 13.10.2006).

<sup>49</sup> Em texto sobre o julgado, registrou SARLET: “o Tribunal não considerou, especialmente por falta de análise do caso concreto e do impacto efetivo da penhora sobre o devedor e sua família (por exemplo, a existência de alternativas efetivas de acesso a uma moradia digna), a dimensão defensiva do direito à moradia como direito individual e, a depender das circunstâncias, sua evidente vinculação com a garantia do mínimo existencial. Não se pode olvidar que a dignidade concreta do fiador e de sua família pode estar em causa e que no mínimo tal aspecto deveria ser suficientemente aferido, pena de se correr o risco de um *déficit* de proteção. Também as diversas questões relacionadas com o problema da renúncia aos direitos fundamentais e os seus limites (notadamente no que diz com a prevalência da autonomia privada), embora referidos com propriedade, não foram suficientemente discutidos, ainda mais quando a livre (?) opção do fiador em dar em garantia o seu imóvel pode resultar em privação da moradia para terceiros, inclusive menores, sem que se esteja a considerar aqui outras variáveis da questão a desafiar reflexão mais aprofundada” (SARLET, Ingo W. Neoliberalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. *Civilistica.com*, a. 1. n. 1. 2012).

<sup>50</sup> Assim, compartilha-se a crítica de Ingo Wolfgang Sarlet sobre o julgado: “é justamente no exame dos critérios da proporcionalidade que reside uma das lacunas da decisão ora comentada. Se aos órgãos estatais incumbe um permanente dever de proteção de todos os bens fundamentais e a restrição de algum direito encontra fundamento na tutela de outro, impõe-se, de qualquer modo, sempre a observância dos critérios da proporcionalidade na sua dupla acepção, pois tanto está vedado ao Estado intervir excessivamente na esfera de proteção de bens fundamentais quando atuar de modo manifestamente insuficiente (ou o que é pior, sequer atuar) na tutela do mesmo ou de outros bens fundamentais” (SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas sobre a eficácia e efetividade do direito à moradia como direito de defesa. *Revista OAB/RJ*, v. 24, n. 1, jul.-dez./2008, p. 146).

<sup>51</sup> (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 406).

Dessa maneira, no plano contratual, pode-se extrair do princípio da proporcionalidade, entre outros significados, o de “contribuir para recuperar coerência e eficiência ao sistema jurídico e correta competitividade concorrencial ao mercado, no justo equilíbrio entre liberdade e solidariedade, liberdade e merecimento de tutela do conteúdo”,<sup>52</sup> não se revelando digna de tutela uma garantia que em valor desproporcional em relação ao débito, ou, como no caso em tela, que exige um sacrifício mais oneroso, eventualmente excessivo. A penhora do bem de família do fiador põe em rota de colisão a proteção ao crédito e à moradia. Ora, o reconhecimento ao impedimento da perda de bens está consagrado na própria lei do bem de família, assim como na impossibilidade de doarem-se todos os bens (Código Civil, art. 548), sem a proteção dos bens essenciais à existência.<sup>53</sup>

Apesar das fragilidades indicadas em relação à penhora do bem de família do fiador, já se identificam, lamentavelmente, precedentes que permitem a penhora do bem de família para além do fiador na relação locatícia, em completo descompasso com a legalidade constitucional.<sup>54</sup> Com efeito, nada nos mencionados votos do STF faz supor tratar-se de um caso excepcional.

## **A renúncia sistemática ao benefício de ordem pelo fiador: o primeiro a pagar e o último a saber**

É usual dizer-se que o fiador responderá quando se verificar o inadimplemento do devedor principal, com o benefício de poder *exigir* a excussão dos bens daquele antes dos seus.<sup>55</sup> Tal afirmativa, todavia, oculta circunstâncias que merecem destaque.

Em primeiro, ressalta-se a contumaz e inelutável renúncia ao benefício de ordem, mediante cláusula específica, estipulando-se que o fiador é principal pagador, ou ainda, em face de disposição contratual acerca da solidariedade entre fiador e afiançado.<sup>56</sup> Em segundo, o benefício de ordem apresenta exigências

<sup>52</sup> (PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**, *cit.*, p. 407. Como registra o autor: “O princípio da proporcionalidade, assumindo um alcance geral no sistema, é destinado a exercer um papel ainda mais relevante seja na interpretação contratual” (*cit.*, p. 409).

<sup>53</sup> (Cf. FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006).

<sup>54</sup> Em caso de arrendamento mercantil, considerou-se que “o oferecimento do imóvel em garantia não constitui propriamente uma renúncia ao benefício da impenhorabilidade consagrado na Lei 8009/90, mas sim uma liberalidade indispensável à realização do negocial” (TJSP, 17ª Câmara de Direito Privado, Apelação n. 0008330-29.2013.8.26.0002, Rel. Des. Irineu Fava, registro em 22.05.2015). “Quem espontaneamente oferece bem de família para garantia de débito abdicar da proteção legal conferida pela cláusula de impenhorabilidade” (TJSP, 30ª Câmara de Direito Privado. Apelação n. 0212871-89.2011.8.26.0100, Rel. Des.: Andrade Neto, registro em 05.02.2015).

<sup>55</sup> CC, art. 818 c/c art. 827.

<sup>56</sup> “De regra é excluído no contrato pela cláusula de que o fiador se obriga como *principal pagador*” (GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 540); “O benefício de ordem não aproveita ao fiador que se obriga como devedor solidário” (STJ. 6ª T. AgRg no REsp 795.731, Rel. Min. Paulo Gallotti, DJe de 17.11.2008).

severas que mitigam sua efetiva utilidade. Cumpre ao fiador apontar bens suficientes do devedor situados no mesmo município, a tornar pouco eficaz seu exercício.<sup>57</sup> Verifica-se, portanto, que, na prática, o fiador assume obrigações de devedor principal, sem a respectiva proteção que se dedica ao devedor primitivo.

Em seu sentido originário, a responsabilidade do fiador pressupõe sua ciência e intimação para purgar a mora. Dessa sorte, fixa o Código Civil, em seu art. 822: “Não sendo limitada, a fiança compreenderá todos os acessórios da dívida principal, inclusive as despesas judiciais, desde a citação do fiador”. Cabe examinar, porém, os efeitos da falta de citação do fiador.<sup>58</sup>

Singela leitura *a contrario sensu* da disposição normativa permite concluir que o fiador não responderá por juros ou multa anteriores à sua citação. Trata-se de consequência da função da fiança, do seu fundamento e da relação com a figura do devedor subsidiário, como denota o benefício de ordem. Em sentido diverso, todavia, o STJ entendeu que “se o contrato especifica o valor do aluguel e a data de pagamento, os juros de mora fluem a partir do vencimento das prestações, a teor do artigo 397 do Código Civil”.<sup>59</sup> Assim, considerou-se que os juros fluem contra o fiador segundo a sistemática da *mora ex re*. Com tal raciocínio, o fiador, que por conta do benefício de ordem é o primeiro a pagar, acaba por ser também o último a saber – porque mesmo não comunicado da falta de pagamento, ou da demanda, sofrerá os efeitos do atraso no pagamento.

Na *mora ex re*, a ciência do devedor decorre da passagem do tempo, eis que saberá se efetuou o pagamento ou não. No caso do fiador, contudo, na ausência de comunicação pelo credor, não há como saber acerca da impontualidade no cumprimento da prestação. Nada obstante, é tratado tal como se tivesse o dever de pagar em primeiro, o que é incompatível com a finalidade da garantia e a função do contrato.

A interpretação pela qual o fiador não precisa ser comunicado do atraso, nem citado, dele subtrai a condição de devedor subsidiário e, ao mesmo tempo, suprime-lhe prerrogativas do devedor principal – assim, nem saberá do atraso, nem será constituído em mora e, principalmente, não terá assegurada a impenhorabilidade do bem de família. Essa desproteção do fiador distancia-se da natureza do contrato gratuito, e da relação não exclusivamente patrimonial estabelecida e ignora a circunstância de que por sua natureza, a posição contratual do fiador não se confunde com a figura do devedor solidário.<sup>60</sup>

<sup>57</sup> CC, art. 827, parágrafo único.

<sup>58</sup> CPC 2015, art. 513, § 5º define que “O cumprimento da sentença não poderá ser promovido em face do fiador, do coobrigado ou do corresponsável que não tiver participado da fase de conhecimento”.

<sup>59</sup> O acórdão restou assim ementado: “Fiança. Recurso Especial. Contrato de locação que especifica o valor do aluguel e a data de vencimento das prestações. Mora *ex re*. Termo inicial dos juros de mora, no que tange ao fiador. Mesmo do locatário” (STJ. 4ª T. REsp 1.264.820. Rel. Ministro Luís Felipe Salomão. DJe 30.11.2012).

<sup>60</sup> Assim: “Ação de execução de título extrajudicial movida contra os fiadores de contrato de locação de imóvel não residencial urbano após o encerramento de ação de despejo proposta contra

Os efeitos práticos de tais distinções não cessam em tais aspectos. Mesmo quando a solidariedade for pactuada (Código Civil, art. 828, II), prevalece o caráter subsidiário,<sup>61</sup> em sintonia com a acessoriedade da relação fiduciária, ou seja, o fiador deverá pagar no caso da falta de adimplemento pelo devedor principal a exigir sua citação na demanda de cobrança.

Além disso, é preciso enfrentar o tema da prescrição. Regra basilar da prescrição é a interrupção pelo exercício da pretensão. Da análise das hipóteses legais (Código Civil, art. 202), nota-se que estão todas logicamente associadas à ciência pelo devedor (protesto, citação, reconhecimento espontâneo), não encontrando justificativa a falta de lógica de o fiador não ter que ser comunicado de nada, mas vir a tornar-se responsável por tudo.

É certo que a previsão do Código Civil, art. 204, § 3º, dispensa a citação do fiador para interrupção da prescrição. A redação repete o teor do Código Civil de 1916, art. 176, § 3º,<sup>62</sup> o que permite repetir a crítica da jurisprudência ao texto legal.<sup>63</sup> Assim, os tribunais já atentaram para a necessidade de comunicar ao fiador sobre o atraso, sob pena de não se caracterizar a interrupção da prescrição.<sup>64</sup> A

---

a locatária sem a citação do casal fiador. Não caracterização de nenhuma causa interruptiva da prescrição” (STJ. REsp 1.359.510. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. 3ª T. DJe 28.06.2013). Assim também: (STJ. AgRg no REsp 1.211.351. Rel. Min. Maria Isabel Gallotti. 4ª T. DJe de 14.08.2012). Nas palavras de Paulo LÔBO: “A fiança distingue-se da solidariedade passiva, não se lhe aplicando as regras desta, em princípio, porque os direitos do credor contra o fiador são distintos dos direitos do credor contra o devedor, além de não serem simultâneos. A simultaneidade dos deveres e obrigações caracteriza a solidariedade passiva. Na fiança, a obrigação do fiador sucede o inadimplemento da obrigação do devedor. Ademais, são dívidas distintas: o devedor deve a dívida principal; o fiador promete o adimplemento por parte do devedor. Uma é a dívida principal, outra é a dívida acessória” (LÔBO, Paulo. **Direito Civil: contratos**. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 437).

<sup>61</sup> Como leciona Caio Mário da Silva Pereira: “O fiador garante o adimplemento do afiançado, e firma o compromisso de solver, se o não fizer o devedor” (**Instituições de direito civil**. 12ª ed. vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 498). “Embora solidário e renunciado ao benefício de ordem, a que se refere o art. 827 do CCB, o devedor principal será o locatário, legitimando-se a cobrança em face do fiador, somente após o principal devedor em mora não cumprir sua obrigação. Embora solidária, a solidariedade aqui se reveste de espécie subsidiária” (AGHIARIAN, Hércules. **Curso de direito imobiliário**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 338.).

<sup>62</sup> O Código Civil de 1916, art. 176, § 3º previa: “A interrupção produzida contra o principal devedor prejudica o fiador”.

<sup>63</sup> STJ. 5ª T. REsp 259.132. Rel. Min. Gilson Dipp. DJ de 04.06.2001; STJ. 6ª T. REsp 869.357, Rel. Min. Og Fernandes. DJe de 28.09.2009: “Em sede de fiança locatícia, a regra de que a interrupção produzida contra o principal devedor prejudica o fiador, inscrita no art. 176, § 3º, do CC/16, reclama interpretação mitigada, pois o caráter benéfico e desinteressado da fiança não admite interpretação extensiva ao instituto. Precedentes”.

<sup>64</sup> “Se é vetado executar fiador com base no título judicial oriundo da ação de despejo, da qual não participou, não se pode admitir que os efeitos desta ação de despejo, no caso, interrupção da prescrição, possam atingir o direito de suscitá-la” (STJ. 4ª T. AgRg no REsp 1.211.351/SP. Rel. Min. Maria Isabel Gallotti. DJe de 14.08.2012). Nos fundamentos, assinalou-se: “A jurisprudência desta Corte tem entendido que se tratando de fiança locatícia, a regra de que a interrupção produzida contra o principal devedor prejudica o fiador reclama interpretação mitigada, pois o caráter benéfico e desinteressado da fiança não admite interpretação extensiva

tal perspectiva, cumpre acrescentar igualmente a necessidade de comunicação de atraso para fazer incidir juros moratórios e cláusula penal.

Na famosa lição de Clóvis do Couto e Silva, “o adimplemento atrai e polariza a obrigação. É o seu fim”.<sup>65</sup> Não se mostra consentâneo com tal perspectiva que se possa ocultar do fiador o atraso do pagamento, impedindo-o de adimplir e evitar custas judiciais, juros moratórios.

Como pode ser possível a incidência de cláusula penal, destinada a punir o devedor, em face do fiador que não foi comunicado do atraso, nem chamado a pagar? À luz do prisma funcional cumpre ao credor tomar medidas que impeçam o aumento desmedido do débito,<sup>66</sup> tornar necessário repensar a cobrança de juros moratórios em multa ao fiador que sequer sabe do atraso. Haja vista a posição-função de garante, a cobrança de multa do fiador, sem a correspondente comunicação sobre o débito significa puni-lo por um descumprimento que não lhe é imputável e que o expõe até mesmo à perda do bem de família.

A leitura proposta não consiste em ignorar o brocardo *dies interpellat pro homine*. Diversamente, trata-se de compatibilizá-lo aos deveres de lealdade e informação emanados do princípio da boa-fé, os quais tornam indispensáveis, e mesmo uma exigência lógica e prática, a comunicação da falta de pagamento do aluguel.<sup>67</sup>

Em relatório da Comissão de Consumidor acerca do Projeto de lei 693/1999 indicou-se a importância da fiança, mas com a imposição do dever de comunicação.<sup>68</sup>

---

ao instituto”. Em sentido contrário, localizou-se um precedente envolvendo fiador o qual considerou, com fulcro em interpretação literal, o entendimento de que “a interrupção da prescrição com relação a um codevedor atinge a todos, devedor principal e fiador (art. 176, § 1º, do CC/1916; art. 204, § 1º, do CC/2002) (STJ. AgRg no REsp 466498/DF. Rel. Min. Vasco Della Giustina. 3ª T. DJe de 24.11.2009).

<sup>65</sup> SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 5.

<sup>66</sup> Analogamente, traçando as características da fiança, RIZZARDO aponta para o dever de o credor tomar providências para assegurar o recebimento, a teor do art. 834. Esclarece que “A razão que justifica a iniciativa do fiador está em não se prolongar a responsabilidade assumida pelo encargo da fiança. Se a dívida está vencida e não promove o credor a cobrança, pensa-se que assiste ao fiador reclamar, através de notificação, para que aquele providencie na medida da exigibilidade. Concederá um prazo, no qual deve intentar a competente ação. Verificada a omissão, reconhece-se o direito à ação de exoneração” (RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 1000).

<sup>67</sup> “Reiterada jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça tem exigido a ciência do fiador para todos os atos dos quais possam lhe advir gravames. Não se pode executar o fiador com base no título judicial oriundo da ação de despejo, da qual não participou” (STJ. REsp 869.357. Rel. Min. Og Fernandes. 6ª T. DJe 28.09.2009). Há projeto de lei a respeito (PL 693/1999), o qual prevê a obrigação de o locador notificar o fiador, “sempre que o locatário deixar de pagar três aluguéis, ou acessórios da locação, consecutivos, sob pena de extinção da garantia”. A medida se harmoniza com a proteção do interesse do credor que deve receber o quanto antes e não promover a majoração dos juros.

<sup>68</sup> BRASIL. **Câmara dos Deputados Federal**. Relatório sobre o Projeto de Lei n. 693/99. Brasília: 2001. “Os Projetos de Lei n.º 2.074, de 1999, e n.º 4.459, de 2001, tratam de criar a obrigação de o locador notificar o fiador sempre que o locatário tornar-se inadimplente. A

Cabe observar ainda que a Lei de Locações foi alterada pela Lei nº 11.196/2005, para acrescentar, no art. 37, o inciso IV, e incluir como modalidade de garantia a cessão fiduciária de quotas de fundo de investimento. Ao estabelecer o regime jurídico da cessão fiduciária, definiu-se expressamente que “Na hipótese de mora, o credor fiduciário notificará extrajudicialmente o locatário e o cedente, se pessoa distinta, comunicando o prazo de 10 (dez) dias para pagamento integral da dívida” (Lei n. 11.196/2005, art. 88, § 6º). Desse modo, todos os envolvidos na relação devem ter acesso às informações, inclusive o garantidor não locador (Lei n. 11.196/2005, art. 88, § 2º).

Em síntese, a ciência do fiador para cobranças de juros e multa constitui premissa consentânea com a lealdade, com o dever de mitigar o dano,<sup>69</sup> bem como se configura em decorrência lógica dos deveres decorrentes da boa-fé<sup>70</sup> e de interpretação material do art. 822 do CC.<sup>71</sup> De outro lado, parece razoável a leitura segundo a qual a falta de comunicação imediata ao fiador sobre a mora do afiançado deve importar sua exoneração em linha com a leitura constitucionalizada e funcionalizada das relações contratuais.

---

nosso ver, tal obrigação não altera a relação jurídica entre o locador e o fiador. Entretanto, devemos reconhecer que, muitas vezes, o fiador é pego de surpresa, ou seja, é avisado tardiamente do estado de inadimplência do afiançado, quando os valores já são consideráveis, fato que, sem dúvida, dificulta ao fiador cumprir sua obrigação em virtude de o valor da dívida já ter aumentado. A nosso ver, quanto antes o fiador for avisado da inadimplência do afiançado, mais fácil será a solução da inadimplência. Assim, entendemos que a obrigação proposta nos projetos de lei supracitados vem em favor da instituição da fiança, do fiador, do afiançado e do locador, trazendo maior nível de transparência e de segurança às relações de inquilinato”.

<sup>69</sup> É interessante observar que no Recurso Especial 1.426.857, considerou-se como um dos fundamentos para autorizar a exoneração do fiador a circunstância de se verificar a prorrogação da locação sem sua ciência: “a fiança prestada em contrato de locação, com cláusula de vigência “até a entrega das chaves”, não implica em renúncia à faculdade de exonerar-se o fiador da garantia, concedida pelo art. 1.500 do CC/16 e atual art. 835 do CC/02. Isso porque à expressão “entrega das chaves” não é possível atribuir a extensão pretendida de prorrogação da fiança com responsabilidade ilimitada, pois, no caso, além do prazo determinado, a prorrogação ocorreu sem o conhecimento e anuência do fiador, sendo possível, portanto, sua exoneração, na forma prevista em lei” (STJ. REsp 1.426.857/RJ. Rel. Min. Regina Helena Costa. 5ª T. DJe de 19.05.2014. Grifou-se).

<sup>70</sup> Francesco Galgano cita expressamente que “*Il dovere di buona fede nell'esecuzione del contratto ha trovato estesa applicazione in materia di fideiussioni: qui la giurisprudenza ha imposto alla banca di osservare nei confronti del fideiussore le regole della correttezza e della buona fede, pena l'inefficacia del vincolo*”, justamente para limitar o alargamento do crédito garantido com operações sucessivas (GALGANO, Francesco. **II contratto**. Corso di diritto civile. Padova: CEDAM, 2007, p. 581).

<sup>71</sup> “Entre as despesas acessórias, prevê a lei (Código Civil, art. 822) os encargos judiciais na ação movida pelo credor, para haver do devedor do pagamento, porém condicionadas à citação do fiador, o qual, no caso contrário, tem a seu favor a defesa, segundo a qual não pode ser onerado com um acréscimo desnecessário, pois se fosse convocado à lide não deixaria marchar o processo, pagando independentemente deste” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 12ª ed. vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 498).

## Responsabilidade até a entrega das chaves: imposição de deveres por conduta sem nexo de atribuição

Na forma do art. 366 do Código Civil, “importa exoneração do fiador a novação feita sem seu consentimento com o devedor principal”. De acordo com a dicção legal, a responsabilidade do fiador cinge-se à dívida estabelecida, podendo ainda limitar-se à parcela da dívida ou mesmo ao principal (Código Civil, art. 823).

Em reforço, o art. 819 dispõe sobre interpretação restritiva da fiança. Na mesma direção, o STJ consagrou, por meio da Súmula 214, o entendimento de que “o fiador na locação não responde por obrigações resultantes de aditamento ao qual não anuiu”. Tais enunciados exigem interpretação atenta ao teor do art. 39 da Lei de Locações (Lei n. 8.245/1991), que trata da extensão da garantia, mesmo sem comunicação ao fiador.

Há poucos anos, modificando sua jurisprudência,<sup>72</sup> o STJ consolidou verdadeira linha divisória entre as hipóteses de prorrogação e aditamento do contrato, impondo ao fiador a responsabilidade das obrigações relativas à prorrogação nas hipóteses de previsão de renovação automática,<sup>73</sup> afastando a incidência da Súmula 214 e restringindo o art. 366 do Código Civil.<sup>74</sup>

<sup>72</sup> Em 2005, assentou-se: “na linha de precedentes desta Corte a obrigação decorrente de fiança locativa deve se restringir ao prazo originariamente contratado ainda que no contrato locatício conste cláusula atribuindo a responsabilidade do fiador até a entrega efetiva das chaves, sendo necessária expressa anuência do fiador para que persista garantia fiduciária” (STJ. REsp 697470/SP. Rel. Min. Fischer. 5ª T. DJe de 26.09.2005).

<sup>73</sup> Em matéria de fiança bancária, assim consignou: “Havendo expressa e clara previsão contratual da manutenção da fiança prestada em contrato de mútuo bancário em caso de prorrogação do contrato principal, o pacto acessório também é prorrogado automaticamente (...). não se admite, na fiança, interpretação extensiva de suas cláusulas, a fim de assegurar que o fiador esteja ciente de todos os termos do contrato de fiança firmado, inclusive do sistema de prorrogação automática da garantia. Esclareça-se, por oportuno, que não admitir interpretação extensiva significa tão somente que o fiador responde, precisamente, por aquilo que declarou no instrumento da fiança. Nesse contexto, não há ilegalidade na previsão contratual expressa de que a fiança prorroga-se automaticamente com a prorrogação do contrato principal” (STJ. REsp 1374836/MG. Rel. Min. Luís Felipe Salomão. 4ª T. DJe de 28.02.2014).

<sup>74</sup> “A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que, na hipótese de prorrogação contratual de locação de imóvel, com o comprometimento dos fiadores até a devolução do imóvel, é inaplicável o enunciado da Súmula 214/STJ” (STJ. AgRg no REsp 604962/SP. Rel. Min. Nefi Cordeiro. 6ª T. DJe de 20.06.2014). “Na linha da recente jurisprudência da Terceira Seção, não sendo hipótese de aditamento, mas de prorrogação contratual, a que os fiadores comprometeram-se até a entrega das chaves, tem-se como inaplicável o enunciado de nº 214 de nossa Súmula” (STJ. AgRg no REsp 795731/RS. Rel. Min. Paulo Gallotti. 6ª T. DJe de 17.11.2008). Em comparação, na fiança bancária: “a orientação desta Corte sobre a matéria é no sentido de que a cláusula que prevê a prorrogação automática do contrato de mútuo é ineficaz em relação ao fiador quando não houver a sua anuência expressa” (STJ. AgRg no REsp 214.435. Rel. Min. Sidnei Beneti. 3ª T. DJe de 31.10.2012). Assim também: (STJ AgRg no REsp 849.201/RS, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti. 4ª T. DJe 05.10.2011). Em sentido contrário: STJ. REsp 1374836. Rel. Min. Luís Felipe Salomão. 4ª T. DJe de 28.02.2014).

É ilustrativo dessa alteração o acórdão proferido no julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 566.633, ocasião em que se considerou que continuam os fiadores responsáveis pelos débitos locatícios posteriores à prorrogação, se havia previsão contratual nesse sentido. O próprio acórdão, contraditoriamente, consignou:

Imprescindível frisar que esta Corte Superior possui inúmeros precedentes, no sentido de que o contrato de fiança deve ser interpretado restritivamente, pelo que é inadmissível a responsabilização do fiador por obrigações locativas resultantes de aditamentos do contrato de locação sem a anuência daquele, sendo irrelevante a existência de cláusula estendendo a obrigação fidejussória até a entrega das chaves.<sup>75</sup>

Mais adiante, afirma o Relator de forma contundente e com incompreensível facilidade: “Entretanto, ao melhor apreciar a matéria e legislação correlata, convenci-me de forma contrária”.

Dessa maneira, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem estendido a responsabilidade do fiador até a entrega das chaves, colocando-o à mercê do credor, o qual, ao receber do fiador, ganhará mais com sua inércia. Isso porque, consoante já exposto, com a mora do devedor e o desconhecimento do fiador, o credor poderá exigir multa e mesmo juros de mora sem comunicar ao fiador acerca do atraso. Enquanto isso, o devedor principal usufrui do imóvel (ou do empréstimo) sem qualquer risco de perder eventual imóvel que constitua bem de família (ao contrário do fiador).

Assim, até 2009, prevaleceu a posição segundo a qual a disposição que determinava responsabilidade do fiador até a entrega das chaves era admitida, desde que constasse cláusula expressa em contrato, a qual usualmente era considerada válida.<sup>76</sup> Com a emergência da Lei 12.112/2009, que alterou o art. 39 da Lei de Locações, a situação do fiador tornou-se ainda mais gravosa,<sup>77</sup> dispensando-se a

<sup>75</sup> STJ. ED em Embargos de divergência no REsp 566633. 3ª Seção. Rel. para acórdão: Min. Paulo Medina. DJe de 12.03.2008.

<sup>76</sup> “Havendo cláusula expressa no contrato de aluguel prevendo que a responsabilidade dos fiadores perdurará até a efetiva entrega das chaves do imóvel objeto da locação, não há de se falar em desobrigação destes, ainda que o contrato tenha se prorrogado por prazo indeterminado” (STJ. AgRg no REsp 1218734/DF, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, 4ª T. DJe 04.02.2013). “Continuam os fiadores responsáveis pelos débitos locatícios posteriores à prorrogação legal do contrato se anuíram expressamente a essa possibilidade e não se exoneraram nas formas dos artigos 1.500 do CC/16 ou 835 do CC/02, a depender da época que firmaram a avença” (STJ. EREsp n. 566.633-CE, 3ª Seção, Min. Paulo Medina, DJe de 12.03.2008).

<sup>77</sup> Na redação vigente da Lei de Locações, art. 39. “Salvo disposição contratual em contrário, qualquer das garantias da locação se estende até a efetiva devolução do imóvel, ainda que prorrogada a locação por prazo indeterminado, por força dessa Lei”.

previsão contratual,<sup>78</sup> em dissonância com a interpretação restritiva que marca a fiança:<sup>79</sup>

Jurisprudência assentada nesta Corte construiu o pensamento de que, devendo ser o contrato de fiança interpretado restritivamente, não se pode admitir a responsabilização do fiador por encargos locatícios decorrentes de contrato de locação prorrogado sem a sua anuência, ainda que exista cláusula estendendo sua obrigação até a entrega das chaves.<sup>80</sup>

Em complemento, na fiança por prazo ilimitado ou decorrido o período determinado na locação<sup>81</sup> é possível ao fiador pedir a exoneração<sup>82</sup> mediante

<sup>78</sup> “1. Com o julgamento dos REsp 566.633, ficou pacificado no âmbito do STJ a admissão da prorrogação da fiança nos contratos locatícios prorrogados por prazo indeterminado, contanto que expressamente prevista no contrato (*v.g.*, a previsão de que a fiança subsistirá “até a entrega das chaves”). 2. Todavia, a jurisprudência consolidada apreciou demandas à luz da redação primitiva do artigo 39 da Lei do Inquilinato (Lei 8.245/91). Com a nova redação conferida ao dispositivo pela Lei 12.112/09, para contratos de fiança firmados a partir de sua vigência, salvo disposição contratual em contrário, a garantia, em caso de prorrogação legal do contrato de locação por prazo indeterminado, também prorroga-se automaticamente (*ope legis*), resguardando-se, durante essa prorrogação, evidentemente, a faculdade do fiador de exonerar-se da obrigação mediante notificação resilitória” (STJ. REsp 1326557. Rel. Min. Luís Felipe Salomão. 4ª T. DJe 03.12.2012).

<sup>79</sup> “A incorporação dos valores personalistas à aplicação do direito civil impede a sua aplicação tecnicista e conservadora em decorrência do movimento de despatriomonalização do direito civil. Este movimento, por ser guiado (*rectius*, imposto) pelas normas constitucionais, deve prevalecer sobre a aplicação lógico-mecânica dos institutos clássicos (“romanistas”) do direito civil, sob pena de preponderar uma alegada racionalidade técnica e científica (embora mascaradamente política) sobre o princípio da democracia constituinte” (BODIN DE MORAES, Maria Celina. A utilidade dos princípios na aplicação do direito. **Civilistica.com**, a. 2. n. 1. 2013).

<sup>80</sup> STJ. REsp 432093/MG. Rel. Min. Vicente Leal. 6ª T. DJe de 16.09.2002. A posição manteve-se até 2006, “A jurisprudência majoritária desta Corte se firmou no sentido de que o contrato de fiança deve ser interpretado de forma restritiva e benéfica, razão pela qual o fiador somente responderá por encargos decorrentes do pacto locatício até o momento da sua extinção, sendo irrelevante a existência de cláusula estendendo a obrigação fidejussória até a entrega das chaves. Precedentes”. Em harmonia: STJ. EDcl no AgRg no REsp 780742/RS. Rel. Min. Laurita Vaz. 5ª T. DJe de 30.10.2006. Com igual compreensão: STJ. AgRg no REsp 269827/DF. Rel. Min. Hamilton Carvalhido. 6ª T. DJ: 04.02.2002; STJ. REsp 314197/DF. Rel. Ministro Gilson Dipp. 5ª T. DJ: 27/08/2001; STJ. REsp 306163/MG. Rel. Min. Felix Fischer. 5ª T. DJe de 07.05.2001).

<sup>81</sup> Uma exceção é trazida no art. 12, da Lei de Locações, a qual assim dispõe: “Em casos de separação de fato, separação judicial, divórcio ou dissolução da união estável, a locação residencial prosseguirá automaticamente com o cônjuge ou companheiro que permanecer no imóvel. § 1º Nas hipóteses previstas neste artigo e no art. 11, a sub-rogação será comunicada por escrito ao locador e ao fiador, se esta for a modalidade de garantia locatícia. § 2º O fiador poderá exonerar-se das suas responsabilidades no prazo de 30 (trinta) dias contado do recebimento da comunicação oferecida pelo sub-rogado, ficando responsável pelos efeitos da fiança durante 120 (cento e vinte) dias após a notificação ao locador”. Ante o caráter personalíssimo da fiança, a disposição convida à reflexão sobre a hipótese seja de fiança feita por um parente ou amigo em favor do cônjuge ou companheiro que deixou o lar.

<sup>82</sup> RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 1004.

notificação extrajudicial,<sup>83</sup> inclusive na hipótese de cláusula contratual com responsabilidade até a entrega das chaves,<sup>84</sup> consoante expressamente assegura o CC, art. 835 e a Lei de Locações, art. 40, X.<sup>85</sup> Não prevalece disposição em contrário.<sup>86</sup>

## A incidência do CDC sobre o contrato de fiança

Com frequência, as disposições sobre a fiança são determinadas por cláusulas *standard*, com a consequente proteção da legislação aos contratos de adesão.<sup>87</sup> Por conseguinte, devem incidir normas de proteção ao aderente, como a interpretação favorável (Código Civil, art. 424) e a nulidade das cláusulas que estipulem a renúncia antecipada (Código Civil, 425).<sup>88</sup>

<sup>83</sup> A sistemática presente no novo código civil tem se aplicado inclusive aos contratos que o antecedem (STJ. AgRg no Ag 1.337.555. 3ª T. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. DJe de 07.03.2012).

<sup>84</sup> (...) “é de ser admitido o pleito de exoneração de fiança em fase de prorrogação do período contratual, pois não é admissível a exigência de obrigações perpétuas, sem validade de cláusulas que em contrário disponham” (STJ. AgRg no REsp 895.211, Rel. Min. Nefi Cordeiro. 6ª T. DJe 04.11.2014). “(...) fiança prestada em contrato de locação, com cláusula de vigência ‘até a entrega das chaves’, não implica em renúncia à faculdade de exonerar-se o fiador da garantia, concedida pelo art. 1.500 do CC/16 e atual art. 835 do CC/02 (...) A cláusula contratual na qual consta a renúncia do fiador ao benefício previsto no art. 1.500 do CC/16 - atual 835 do CC/02 - não subsiste após o decurso do prazo inicialmente previsto para a duração da locação, uma vez que o Direito não se compraz com relação jurídica eterna e permanente, especialmente no campo dos direitos pessoais, como é o caso da fiança.” (STJ. 5ª T. REsp 1.426.857, Rel. Min. Regina Helena Costa. DJe de 19.05.2014). Sobre o tema, afirma Humberto Theodoro Jr: “Não se pode impedir a exoneração do fiador, nas prorrogações do contrato por prazo indeterminado, mediante prévia renúncia aos benefícios do art. 1.500 do antigo Código ou 835 do novo Código Civil (THEODORO JÚNIOR, Humberto. A fiança e a prorrogação do contrato de locação. **Revista CEJ**, Brasília, n. 24, p. 49-57, jan./mar. 2004. p. 55).

<sup>85</sup> De acordo com o Código Civil, o fiador permanece responsável por 60 dias após a notificação da exoneração da fiança assinada sem limite de tempo (CC, art. 835). No caso da fiança locatícia, a responsabilidade do fiador é 120 dias contados da notificação ao locador (Lei de Locações, art. 40, inc. X), ou do fim do prazo determinado, se a notificação ocorrer antes do termo final desse período.

<sup>86</sup> Para Nancy Andrighi é necessária nova manifestação do fiador: “Extingue-se a obrigação do fiador após findado o lapso original se não houver sua anuência expressa para a continuidade da condição de garante, afastando-se eventual cláusula que preveja a prorrogação automática da fiança para além do prazo original de vigência do contrato principal” (STJ. AgRg no REsp 1.225.198, Rel. Min: Nancy Andrighi. 3ª T. DJe de 22.08.2012).

<sup>87</sup> “A locação é tratada nas grandes cidades como um contrato de adesão elaborado pelas imobiliárias” (MARQUES, Claudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 454).

<sup>88</sup> Assim, em capítulo sobre a fiança, Paulo LÔBO versa “Nas relações de consumo, em razão do princípio constitucional de defesa do consumidor e da contemplação legal de sua vulnerabilidade jurídica, são consideradas nulas as cláusulas padronizadas de renúncia do benefício de ordem ou de assunção da qualidade de principal pagador. Igualmente, se tais

O que se observa é que o tratamento desfavorável do fiador é a regra, como denota a compreensão da jurisprudência de que o fiador não precisa anuir com a prorrogação, em patente desarmonia art. 819 do Código Civil. Nesse sentido, sustenta-se que: “A simples e clara previsão de que em caso de prorrogação do contrato principal há a prorrogação automática da fiança não implica violação ao art. 51 do CDC, cabendo, apenas, ser reconhecido o direito do fiador de, no período de prorrogação contratual, promover a notificação resilitória, nos moldes do disposto no art. 835 do Código Civil”.<sup>89</sup>

O entendimento encontra respaldo no art. 39 da Lei de Locações, valendo aqui as mesmas críticas já expostas, que culminam na necessidade indispensável de comunicar o fiador o atraso no pagamento dos alugueres, assim como da saída do imóvel.

Com facilidade aplica-se o CDC à fiança prestada em contratos bancários nos quais a incidência das normas de proteção ao consumidor é incontroversa, em consonância com o teor da Súmula 297 do STJ.

Já o alcance do CDC às relações locatícias, por sua vez, é mais controverso. O STJ firmou posição de que o CDC “não é aplicável aos contratos locativos”.<sup>90</sup> Essa interpretação em abstrato deixa de observar as diferentes formas que a locação pode assumir, variando o papel desempenhado, os personagens que integram, assim como a finalidade dos institutos. Tal multiplicidade reverbera na incidência de diferentes regimes jurídicos na locação com e sem intermediação,<sup>91</sup> residencial<sup>92</sup> e comercial.

---

cláusulas estiverem contidas em contratos de adesão, por importar ‘renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio’ (CC, art. 424)” (LÔBO, Paulo. **Direito Civil:** contratos. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 436). Um exemplo trazido por LÔBO é a “renúncia prévia à faculdade de o fiador exonerar-se, se inserida em contrato de locação com prazo determinado, quando prorrogado por prazo indeterminado, porque é inadmissível a perpetuidade da garantia dada pelo fiador, por ser ato benéfico e desinteressado” (*cit.*, p. 38).

<sup>89</sup> STJ. REsp 1374836 / MG. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. 4ª T. DJe 28.02.2014.

<sup>90</sup> STJ. AgRg no REsp 795731/RS. Rel. Min. Paulo Gallotti. 6ª T. DJe 17.11.2008. Na mesma linha: STJ. AgRg no REsp 1089413/SP. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. 4ª T. DJe de 28.06.2010. O CDC tem sido afastado também em outras modalidades de fiança inclusive financiamento estudantil (STJ. REsp 1155684/RN. 1ª Seção. Rel. Min. Benedito Gonçalves. DJe de 18.05.2010).

<sup>91</sup> Cabe ressaltar as situações em que a locação e administração de imóveis constitui atividade econômica principal ou relevante, em sintonia ao CDC, art. 3º. Assim: (TJMG. 2.0000.00.345723-6/000 - 3457236-54.2000.8.13.0000 (1). Rel. Armando Freire. 24.10.2001 “Na relação locatícia, só tem aplicação a Lei nº 8.078/90, se se tratar de empresa que tem por fim precípua a oferta de imóveis para alugar”.

<sup>92</sup> Nas palavras de Cláudia Lima Marques: “se tratando de locação residencial, a aplicação das normas protetivas do CDC, em minha opinião, deveria ser a regra, com o que concorda apenas parte minoritária da jurisprudência” (MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 453).

A fiança locatícia prestada por sócios em favor da sociedade<sup>93</sup> não parece se sujeitar ao mesmo regime que a locação residencial. Nesse sentido, na Nota Técnica n. 185/2006, o Ministério da Justiça aponta:

Analisando a locação residencial, por exemplo, temos a figura do fornecedor, nos termos do art. 3º do CDC, que é aquele que presta um serviço, no caso, a imobiliária, pois compromete a fornecer ao locatário, mediante remuneração, o uso e gozo do imóvel, durante certo lapso de tempo, e a figura do consumidor, que é o destinatário final do imóvel locado, no caso o locatário, considerando que segundo o art. 2º do CDC, consumidor não é somente aquele que *adquire*, mas também aquele que *utiliza* o produto.<sup>94</sup>

Nos casos de intermediação da locação por sociedade administradora de imóveis é natural identificar a relação de consumo,<sup>95</sup> com o correspondente reforço à proteção contratual e a nulidade de disposições abusivas (CDC, arts. 39, 51 e 54).<sup>96</sup>

Por outro lado, é interessante observar a posição diferenciada que assume o fiador. Não se trata de um contratante no sentido clássico (porque não celebra contrato com a sociedade imobiliária), mas, mesmo assim, sofre os efeitos do serviço, bem como é destinatário do direito à informação, mesmo não sendo o celebrante. Não deixará de ser consumidor por eventualmente não figurar

<sup>93</sup> Uma demonstração dessa distinção é a possibilidade de exoneração do fiador em face da alteração do quadro societário, haja vista a natureza *intuitu personae* presente na fiança. No STJ: AgRg no REsp 759909. Rel. Min. Celso Limongi. 6ª T. DJe de 21/06/2010; STJ. REsp n. 285.821. Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ: de 05.05.2003.

<sup>94</sup> MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Nota Técnica 185/2006.

<sup>95</sup> (STJ. REsp 509304. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. 3ª T. DJe 23/05/2013). “Recurso especial. Contrato de administração imobiliária. Prestação de serviço. Destinação final econômica. Vulnerabilidade. Relação de consumo. Incidência do código de defesa do consumidor. O contrato de administração imobiliária possui natureza jurídica complexa, em que convivem características de diversas modalidades contratuais típicas - corretagem, agenciamento, administração, mandato -, não se confundindo com um contrato de locação, nem necessariamente dele dependendo. No cenário caracterizado pela presença da administradora na atividade de locação imobiliária se sobressaem pelo menos duas relações jurídicas distintas: a de prestação de serviços, estabelecida entre o proprietário de um ou mais imóveis e essa administradora e a de locação propriamente dita, em que a imobiliária atua como intermediária de um contrato de locação (...) A atividade da imobiliária, que é normalmente desenvolvida com o escopo de propiciar um outro negócio jurídico, uma nova contratação, envolvendo uma terceira pessoa física ou jurídica, pode também se resumir ao cumprimento de uma agenda de pagamentos (taxas, impostos e emolumentos) ou apenas à conservação do bem, à sua manutenção e até mesmo, em casos extremos, ao simples exercício da posse, presente uma eventual impossibilidade do próprio dono, tudo a evidenciar a sua destinação final econômica em relação ao contratante”.

<sup>96</sup> Para Aghiarian “há que se reconhecer a aplicação da Lei 8.078/90 às relações locatícias no momento de sua formação”, especialmente diante das atividades de administração de imóveis em que o proprietário “se qualifica como destinatário hipossuficiente” bem como deve ser protegido com “privilegiada hermenêutica favorecedora dos aderentes” (AGHIARIAN, Hércules. **Curso de direito imobiliário**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 298).

diretamente no contrato de locação, porque a proteção decorre de integrar a relação, e não necessariamente de constar do texto do instrumento contratual.<sup>97</sup>

Ademais, o CDC tem sido aplicado em casos análogos, inclusive em atenção à disparidade de poder entre locador e locatário.<sup>98</sup> Assim, no TJMG o CDC foi aplicado em alguns julgados como fundamento para limitar o valor da multa moratória.<sup>99</sup> O caso também poderia se balizar pela boa-fé, pelos bons costumes<sup>100</sup> ou pela própria regra do art. 413 do CC. Em outras palavras, eventual não incidência do CDC não equivale à consagração pura e simples do *pacta sunt servanda*, inclusive à luz das disposições que protegem o aderente fora do CDC, como faz o CC nos arts. 423 e 424.

Deve-se ainda ter em conta a leitura do instituto da fiança à luz da Constituição, com a conseqüente incidência do direito à moradia e da proteção da pessoa humana independentemente da intermediação pelo legislador ordinário. Nessa senda, a tutela do fiador aderente, que coloca em risco o seu bem de família, é hipótese em que a tutela a ser conferida não é apenas de relação patrimonial, transbordando também para o campo existencial, no qual os filtros e as proteções são robustecidos, porque tutelam o núcleo essencial do direito civil.

Com efeito, a natureza dos direitos envolvidos e o padrão social amplamente conhecido para a fiança como ato de solidariedade são elementos que reforçam os limites à penhorabilidade do bem de família, sendo certo que a essencialidade do bem<sup>101</sup> exige que se assegure uma tutela constitucionalmente reforçada.<sup>102</sup>

<sup>97</sup> Claudia Lima MARQUES considera o fiador “consumidor por conexividade” (MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 458). Registra ainda: “relembre-se a posição extremamente vulnerável do terceiro, o fiador, que, como garantidor de uma relação de consumo, nesta intervém (parágrafo único do art. 2º do CDC) e é exposto (art. 29 do CDC) às práticas comerciais dos fornecedores, por exemplo, as imobiliárias, que, de posse do contrato e, muitas vezes, sem a real anuência nem mesmo do locador, modificam e aditam os termos do contrato” (*cit.*, p. 457).

<sup>98</sup> “O contrato locatício, como assim difundido no Brasil de hoje, mormente nas médias e grandes cidades, é um contrato de adesão e de consumo, devendo assim ser regido, em simbiose, pelas principiologias consumerista e civilística, além do que pelos postulados do direito civil constitucional. Destarte, defendo que, para abrandar o voraz mercado imobiliário e, portanto, afastar a penhora do bem de família do fiador da locação” (HORA NETO, João. O bem de família, a fiança locatícia e o direito à moradia. **Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe**, Aracaju, Esmese, nº 9, 2006, p. 17).

<sup>99</sup> “A limitação da multa moratória a dois por cento do valor da prestação, prevista no § 1º do art. 52 do CDC, tem aplicação às relações locatícias” (TJMG. 2.0000.00.404209-7/000 - 4042097-13.2000.8.13.0000. Rel. Belizário de Lacerda. julg. 04.03.2004). No mesmo sentido: TJMG. 200000037012110001. Rel. Belizário de Lacerda. julg. 06.02.2003; TJMG. 2.0000.00.303171-2/000(1). Rel. Dárcio Lopardi Mendes, julg. 06.04.2000.

<sup>100</sup> V. item 7, *infra*.

<sup>101</sup> (NEGREIROS, Teresa. Teoria do Contrato. **Novos Paradigmas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 462).

<sup>102</sup> Consoante PERLINGIERI: “*Chiarito che il problema del consumatore, pur nell’ambito di una salvaguardia complessiva, si pone in maniera differenziata in relazione ai diversi settori*”

## A natureza benéfica do contrato, sua característica familiar e a influência desses fatores na interpretação do instituto

Embora costumeiramente se ressalve que a fiança pode ser onerosa, já que a gratuidade não está em sua essência, dificilmente se consegue disfarçar a sua natureza de liberalidade quando prestada por pessoa natural, particularmente no âmbito das relações locatícias. A função dessa espécie de garantia, com efeito, decorre de marcante influência do direito canônico, o qual, segundo se diz, alterou o então exclusivo cunho real da caução para atribuir-lhe vinculação fidejussória, dotando-a, em consequência, de um sentido moral antes inexistente.<sup>103</sup>

A usual gratuidade desse tipo de garantia é um aspecto a ser sublinhado. Com toda probabilidade, o fiador será pessoa da família do locatário ou muito próxima, agindo de boa-fé, provavelmente ingênua ou, ao menos, extremamente generosa, tantas são as mazelas que pode sofrer. Diante de tal premissa, atribuir a qualidade de penhorável ao bem de família do fiador parte de uma pretensa livre disposição de bens<sup>104</sup> e de uma suposta aplicação do “princípio fundamental da autonomia privada”<sup>105</sup>, que parecem de todo incompatíveis, não apenas com o processo de repersonalização e constitucionalização do direito privado, mas também e particularmente com a própria realidade dos fatos.

Além disso, para admitir a falácia de que o fiador teria colocado em perigo seu bem de família *porque assim desejou*, é antes necessário admitir a possibilidade de livre renúncia de direitos fundamentais e a própria ineficácia do texto constitucional. Tal visão, que privilegia uma autonomia da vontade anacrônica,<sup>106</sup> assenta-se em

---

*(finanziario, alimentare, sanitario, informativo ecc.), perché diverse sono la natura e la rilevanza dei beni e delle condizioni soggettive, qualche considerazione deve essere dedicata alla tutela giurisdizionale” (Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2003. p. 313).*

<sup>103</sup> Assim, entre outros, Caio Mario da Silva PEREIRA, **Instituições de Direito Civil**. vol. III. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1999, 10ª ed., p. 327 e M. M. Serpa LOPES, **Curso de Direito Civil**. vol. IV. Rio de Janeiro, Ed. Freitas Bastos, 1993, 4ª ed. rev. e atual., p. 462.

<sup>104</sup> Não se descuida da autonomia do proprietário para dispor dos bens, mas a redação dos contratos insere um pequeno espaço para ciência e anuência e não uma disposição com destaque informando ao fiador sobre as consequências, algo como, permita-se a simplicidade: Estou ciente que caso o devedor não pague o débito, o credor poderá leiloar a casa da minha família para assegurar o adimplemento.

<sup>105</sup> Consinta-se repetir este excerto bastante ilustrativo, extraído do voto do Min. Joaquim Barbosa: “A decisão de prestar fiança, como já disse, é expressão da liberdade” (STF RE 407688-8/SP. Tribunal Pleno. Rel. Min. Cezar Peluso. DJ: 13.10.2006).

<sup>106</sup> Assim no TJSP consignou-se em caso de “Fiador que quitou o débito oriundo da locação, subrogando-se no crédito do locador (art. 349, CC)” estava certa a renúncia ao bem de família do fiador, mas não se poderia alcançar o bem de família do sócio, eis que “A impenhorabilidade do bem de família do sócio da locatária se constitui princípio de ordem pública, só podendo ser renunciada nos casos expressamente previstos na Lei 8.009/90”. Os próprios fundamentos do acórdão (princípio de ordem pública e restrição à renúncia) prestam-se a criticá-lo (TJSP. Apelação n. 9118195-10.2008.8.26.0000. Rel. Des. Morais Pucci, 27ª Câmara de Direito Privado, Registro: 15.11.2012).

leitura demasiadamente estreita do princípio da liberdade,<sup>107</sup> demasiadamente distante dos princípios constitucionais. Para sustentar tal entendimento, seria necessário cerrar os olhos à realidade, em violação evidente à segurança jurídica material, cujo olhar volta-se à “concretude das circunstâncias”.<sup>108</sup>

A in experiência típica do fiador remete com facilidade à figura da lesão prevista no art. 157 do CC, que ocorre quando uma pessoa, movida “por in experiência”, se obriga a prestação manifestamente desproporcional à prestação oposta. Com mais força o instituto é aplicável à fiança, típico exemplo de contrato unilateral, em que ao fiador resta apenas o risco e a responsabilidade, sem contraprestação ou vantagem.

Ilustrativamente, Joaquim de Sousa Ribeiro traz elucidativo precedente do Tribunal Constitucional Alemão, que entendeu que violaria a proteção ao livre desenvolvimento da personalidade fazer prevalecer a fiança prestada por filha de 21 anos, em garantia de dívida de 100.000 marcos alemães, contraída por seu pai junto a instituição bancária, haja vista que “a fiadora não possuía patrimônio próprio de relevo, nem qualquer grau acadêmico ou preparação profissional, auferindo, como operária o salário mensal de 1.500 marcos alemães”. Admitir a fiança implicaria sua “asfixia econômica para toda a vida”.<sup>109</sup> Casos semelhantes foram examinados pelo Tribunal alemão.<sup>110</sup>

A finalidade da garantia é parâmetro consentâneo com a função social a ser levado em conta na apreciação dos seus efeitos, correlacionando estrutura e função, como revela o afastamento da penhora do bem de família em empréstimo que

<sup>107</sup> “Não é demais frisar a amplitude do(s) sentido(s) de liberdade, seja tomada como direito, seja como princípio (ou ambos). Nesse diapasão, as tentativas de desvirtuar o sentido de “liberdade”, colocam-na sob o risco da carência de significado, notadamente diante de acepções que pretendem vinculá-la exclusivamente a uma noção de liberdade econômica irrestrita, como se a liberdade pudesse ser vislumbrada sem sua conexão inafastável com a igualdade e a dignidade. Para dizê-lo em breves palavras, tal como a igualdade, a liberdade pode ser formal ou material” (FACHIN, Luiz Edson; SCHULMAN, Gabriel. *Contratos, Ordem Econômica e Princípios: um diálogo entre o Direito Civil e a Constituição 20 anos depois*. In: B. DANTAS *et. al* (Orgs.). **Constituição de 1988, o Brasil 20 anos depois**. Brasília: Senado Federal, 2008, v. IV, p. 347-377. p. 349). Sobre o tema, v. também: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski, **Institutos fundamentais do Direito Civil e liberdade(s): Repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família**. 1ª ed. Rio de Janeiro: GZ, 2010).

<sup>108</sup> (MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil**. Do Direito das Obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações (Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira). Vol. V. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 10).

<sup>109</sup> (RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *Constitucionalização do direito civil*. In: **Direito dos contratos: Estudos**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 7-33. p. 28). Para um exemplo pátrio, confira-se: STJ. 4ª T. HC n. 12547. Rel. Min. Ruy Rosado Aguiar Jr., DJ de 12.02.2001. Vale recordar, nesse sentido, que: “O direito não é somente esquema de qualificação, mas, ao avaliar os comportamentos econômicos, é necessário determinar o seu conteúdo”, não sendo correto exaltar o dualismo forma-conteúdo (PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**, *cit.*, p. 108).

<sup>110</sup> (FAVALE, Rocco. *La fideiussione prestata dai familiari insolventi nel modello tedesco*. **RTDC**, v. 3, nº 12, out./dez., 2002, p. 171-189). Rocco FAVALE destaca, em sua análise da jurisprudência alemã, a atenção dada aos casos em que o fiador possuía um “significativo vínculo afetivo”, causando consequências desastrosas ao garante, a ponto da doutrina alemã falar em “fidúcia ruinosa”. (Obra citada, p. 172)

não reverte em favor do grupo familiar.<sup>111</sup> Na leitura constitucional das relações contratuais, deve-se ter em conta também a relevância do bem,<sup>112</sup> a determinar, por força da leitura funcional, uma tutela ainda mais reforçada.<sup>113</sup>

Evidentemente, a fiança locatícia não deve ser utilizada de modo abusivo, não se justificando o atual regime, que não atende aos pressupostos de eticidade que orientam a contratualidade contemporânea. Os fatos sociais penetram no mundo jurídico, irradiam-se as regras e os valores constitucionais, informando a atividade de cunho privado. Não se elimina a importância nem a proteção do interesse privado, mas resgata-se a tutela do interesse da comunidade, atribuindo-se uma função social aos institutos de direito privado, clara expressão do Estado Social.

Esmaecida a fronteira entre o público e o privado, essas esferas se interpenetram e edifica-se um novo sentido da autonomia privada. O Direito Civil, ainda sem desconhecer o papel da vontade, passa a contemplá-lo de modo distinto. Assim, tem-se em conta que nem sempre o contratante expressou o que quis dizer (CC, art. 112) ou manifestou-se como faria se tivesse mais informações do que possui. Os contratos devem ser cumpridos, mas sem comprometer outros valores juridicamente relevantes e merecedores de tutela. Destarte, também no âmbito da autonomia da vontade, faz-se possível notar a primazia da pessoa.

A tutela do fiador, segundo a leitura que lhe é habitualmente conferida, mostra-se tão desigual e desproporcional que se distancia das premissas materiais que constituem pressupostos para a legitimidade dos contratos. A partir da norma do art. 421 do Código Civil, resta estabelecido que também os ajustes entre particulares devem ser socialmente úteis, harmonizando interesses individuais e coletivos.

Por outro lado, ainda que a prestação de fiança seja recorrente,<sup>114</sup> o instituto deixou de ser indispensável à prática negocial diante dos novos mecanismos de

<sup>111</sup> “Segundo o entendimento dominante da Segunda Seção, é impenhorável o bem de família dado em hipoteca como garantia de dívida contraída por terceiro” (STJ. 3ª T. AgRg no REsp 1292098. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. DJe 20.10.2014).

<sup>112</sup> (NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 462).

<sup>113</sup> Consoante PERLINGIERI: “*Chiarito che il problema del consumatore, pur nell’ambito di una salvaguardia complessiva, si pone in maniera differenziata in relazione ai diversi settori (finanziario, alimentare, sanitario, informativo ecc.), perché diverse sono la natura e la rilevanza dei beni e delle condizioni soggettive, qualche considerazione deve essere dedicata alla tutela giurisdizionale*” (PERLINGIERI, Pietro. **Il diritto dei contratti fra persona e mercato**. Napoli: ESI, 2003, p. 313).

<sup>114</sup> Em pesquisa do SECOVI-SP, publicada em junho de 2018, comprova-se que a modalidade de garantia mais comum é a fiança, responsável por cerca de 45,5% das locações efetuadas, e o segundo tipo é o depósito de até três meses de aluguel, utilizado por cerca de um terço (37,5%) nos imóveis alugados; já o seguro-fiança foi adotado em apenas 17,0% das moradias locadas, com as duas primeiras formas apresentando crescimento em relação à terceira, SECOVI-SP. **Pesquisa mensal de valores de locação residencial na cidade de São Paulo**. São Paulo: jun. de 2018. Disponível em: <<http://www.secovi.com.br/pesquisas-e-indices/pesquisa-de-locacao>>.

garantia disponíveis. Ilustrativamente, estima-se que, na cidade de São Paulo, a caução e o seguro fiança tenham sido responsáveis por metade do mercado no ano de 2015. Quem arca com os custos de tais garantias, na maior parte das vezes, será o beneficiário-locatário e não um terceiro (que, de todo modo, se desejar, pode pagar as dívidas do amigo ou conhecido, sem, com isso, correr o risco de perder seu imóvel de família por se oferecer para ajudar).

À evidência, quando gratuita, a caução fidejussória é preferida tanto por credores quanto por devedores, que, assim, nada despendem com a garantia de seu crédito ou débito; gera, entretanto, inconvenientes graves para os fiadores. Estes, com surpreendente frequência, aceitaram graciosamente servir como garantes, por amizade e boa-fé, comprometendo, inadvertidamente, por falta de malícia ou por ignorância, seu patrimônio familiar.

A situação do fiador proprietário de um único bem – o bem de família – é o exemplo paradigmático da aludida inconveniência, mais apropriadamente chamada, neste caso, de iniquidade: a lei permite que o fiador tenha penhorado o imóvel que lhe serve e à sua família de residência, por dívida locatícia de outrem. É o que prevê o inciso VII do art. 3º da Lei nº 8009/90, acrescentado pelo art. 82 da Lei de Locação (Lei n. 8245/91), ao estabelecer, entre as exceções à regra da impenhorabilidade do bem de família, a “obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação”.

O problema da prestação gratuita de fiança no âmbito das relações locatícias parece ser, assim, mais uma daquelas iniquidades decorrentes da análise exclusivamente estrutural do direito, adstrita à literalidade da lei. De fato, como qualquer outro ato de autonomia privada, também o contrato de fiança há de ter seus efeitos submetidos a um juízo de merecimento de tutela, compreendido como a ponderação de todos os interesses juridicamente relevantes em jogo, a partir de uma perspectiva promocional dos valores do ordenamento.<sup>115</sup>

Nesse aspecto, justamente por acarretar repercussões não apenas patrimoniais, mas também existenciais, que surtirão drásticas consequências não só na esfera jurídica do próprio fiador mas também na de sua comunidade familiar, também devem ser levados em consideração na aferição do merecimento de tutela do contrato de fiança valores típicos das relações extrapatrimoniais, inclusive os bons costumes, reputados instrumento de promoção da própria moralidade constitucional.<sup>116</sup>

---

<sup>115</sup> (SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil. **Revista de Direito Privado**, vol. 58. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr.-jun./2014, pp. 94 e segs.).

<sup>116</sup> (CASTRO, Thamís Ávila Dalsenter Viveiros de. **A cláusula geral de bons costumes no direito civil brasileiro**. São Paulo: Almedina Brasil, 2016, no prelo).

## Conclusão

Este ensaio buscou compartilhar uma reflexão sobre as iniquidades da fiança locatícia gratuita no direito brasileiro, instituto que se funda, contraditoriamente, em relações de favor, de confiança e de solidariedade, mas se destina a provocar uma das mais desequilibradas repercussões jurídicas de que se tem notícia, justamente sobre o patrimônio do fiador.

De fato, a posição jurídica do fiador recebe um injustificado tratamento *sui generis* no direito das obrigações, em descompasso com todos os princípios que orientam a contratualidade contemporânea. Trata-se de regime incompatível com sua natureza, finalidade e origem, baseadas na solidariedade, o que se extrai de antemão da advertência (injustificadamente esquecida) de que a fiança “não admite interpretação extensiva”, decorrente tanto de tais elementos como de previsão legal expressa (CC, art. 819).

Nesse cenário, admite-se com notável facilidade a cobrança de juros, multa e cláusula penal do fiador, sem se exigir comunicação prévia a ele, bem como se permitem efeitos drásticos sobre o seu bem de família, que fundem as mais severas consequências da garantia fidejussória e real.

Como se viu, de acordo com o voto condutor no RE 407.688, a penhora decorrente da fiança em contrato de locação visa a proteger o próprio direito à moradia do locatário. Nada se diz, porém, sobre o direito à moradia do fiador. *Mutatis mutandis*, talvez se possa entrever nesse raciocínio a opinião daqueles que entendem que o fiador na fiança locatícia *mereceria* perder o próprio bem de família porque teria sido, na verdade, ele próprio quem o pôs em risco, *por livre e espontânea vontade*. A fiança locatícia gratuita se torna, nessa ótica, o reverso do instituto do estado de perigo: é o castigo que o Judiciário entendeu merecer a pessoa generosa e desprovida de malícia.

Resulta pertinente e ainda atual, portanto, a crítica à penhorabilidade do bem de família do fiador, a despeito do posicionamento aparentemente consolidado do direito brasileiro a respeito. Nada obstante, diante de sua acolhida pela jurisprudência, o problema ao menos seria minorado se, penhorado o bem de família do fiador, fosse possível pretender, em regresso, a penhora do eventual bem de família do afiançado. Essa solução tornaria um pouco menos iníqua e desigual a situação do fiador, embora soe, por outro lado, como “uma emenda tão ruim quanto o soneto”,<sup>117</sup> porque originária de premissa equivocada e injusta (penhorabilidade do bem de família do fiador), não há como dela extrair uma solução efetivamente justa. Em uma frase, os fundamentos pelos quais não se admite que o fiador promova a penhora do bem de família do afiançado em ação regressiva apenas reforçam a impenhorabilidade do bem de família em si.

<sup>117</sup> Em caso peculiar, o TJSP impediu o cofiador de penhorar o bem de família do devedor solidário, considerando que haveria uma confissão de dívida e que não haveria exceção legal aplicável (TJSP. Apelação n. 0005709-52.2010.8.26.0006. Rel.: Soares Levada. 34ª Câmara de Direito Privado. Julgamento: 29.09.2011). Remeta-se ainda ao anteriormente mencionado REsp 1081963.

O paralelismo com a posição de Ihering sobre a fiança oferecida por Antonio na peça shakespeariana não poderia ser mais pertinente. Shylock, lembra Ihering, perdeu todos os seus bens porque confiou no direito de Veneza. Diz Ihering:

O juiz que reconhecia a Shylock o direito de cortar uma libra de carne do corpo de Antonio reconhecia-lhe por isso mesmo direito ao sangue, sem o qual não pode na hipótese haver carne, e aquele que tem o direito de cortar uma libra pode levar menos se quiser.<sup>118</sup>

(...)

Certamente tudo isso se fez no interesse da humanidade, mas a injustiça cometida no interesse da humanidade deixa por isso de ser uma injustiça?<sup>119</sup>

Na reconstrução teórica da própria noção de ordenamento jurídico encontra-se um referencial significativo para tentar solucionar o impasse, baseado em conhecida interpretação formal segundo a qual não se poderia classificar a exceção prevista no inciso VII do art. 3º da Lei 8009/90 como contraditória com o sistema, tendo em vista o exposto propósito do legislador ordinário, posterior à promulgação da Constituição, de criar mais esta exceção à proteção legal.

O argumento pode ser superado a partir do reconhecimento de que também é possível cogitar de antinomia diante de iniquidades valorativas, as quais, não obstante formalmente adequadas ao sistema, na medida em que compreendem valores opostos, devem, por isso mesmo, ser ponderadas, não de um ponto de vista axiomático, mas do ponto de vista axiológico para, como resultado, identificar a situação jurídica merecedora de maior proteção jurídica.

É tempo de concretizar nas relações contratuais a perspectiva da eticidade e da solidariedade. É preciso construir uma tutela do credor que não descure dos princípios da boa-fé e função social dos contratos, em sintonia com os valores constitucionais e sua incidência nas relações interprivadas.

---

<sup>118</sup> (IHERING. **A luta pelo direito**, cit., p. XIII).

<sup>119</sup> ID., *ibidem*.



# Direito internacional, eficácia e efetividade

Raphael Carvalho de Vasconcelos<sup>1</sup>

## Resumo

O presente estudo pretende lançar mão de reflexões doutrinárias principalmente vinculadas à modernidade e ao positivismo jurídico para introduzir questionamentos acerca da relação entre política e direito especialmente na atuação de cortes e tribunais internacionais. A estrutura de coordenação internacional contraposta à subordinação interna convida à análise do direito sob as perspectivas de sua eficácia e efetividade. Poderiam política e direito cooperar garantindo normatividade ao direito internacional? A partir de instrumental teórico selecionado busca-se, dedutivamente, fixar parâmetros ao questionamento para, indutivamente, encontrar propostas que pretendem auxiliar o debate sem esgotar o tema.

**Palavras-chave:** Direito internacional; política; eficácia; efetividade; órgãos jurisdicionais internacionais.

## Abstract

This paper intends to use reflections mainly related to modernity and to the legal positivism to introduce questions on the relationship between politics and law, especially on international courts and tribunals. The international power structure based on coordination, when opposed to its subordination shape internally observed, requires the analysis of law under the perspective of its effectiveness - both as to indicate the applicable law and as to grant effectiveness itself. Could politics and law cooperate by ensuring normativity in international law? From selected theoretical instruments, it is sought, deductively, to set parameters for the questioning to inductively find proposals that intend to help the debate without exhausting the subject.

**Keywords:** International law; politics; effectiveness; international courts and tribunals.

## Modernidade, Positivismo e Direito

O positivismo jurídico moderno não é, de certo, o ponto de partida teórico do direito internacional<sup>2</sup>. A pretensão científica positivista permite, contudo, a identificação, em suas construções teóricas, das bases da atual concepção do direito das gentes. Qualquer tentativa de se compreender a organização do poder na ordem internacional nos dias de hoje pode buscar,

<sup>1</sup> Professor de Direito Internacional da UERJ e da UFRRJ. Advogado e Consultor. rvasconcelos@raphaelvasconcelos.com

<sup>2</sup> Em BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995. p. 15, clara distinção entre o positivismo filosófico e o positivismo jurídico. Neste estudo, a acepção jurídica prevalece quando houver uso do termo “positivismo” isoladamente.

portanto, em juristas positivistas as premissas que, às vezes, parecem ter se perdido na caminhada<sup>3</sup>.

Embora o questionamento acerca da natureza jurídica do direito internacional esteja superado, a tônica dos argumentos que sustentavam sua condição política é bastante útil à contextualização de vários temas contemporâneos que afligem seus operadores e pesquisadores<sup>4</sup>. Ainda que a tradição possa ser entendida como clichê, Hans Kelsen e H.L.A. Hart tornam-se obrigatórios ao que se propõe.

Revisitar principalmente esses dois autores mostra-se fundamental à compreensão dos contornos do direito das gentes atual<sup>5</sup>. Compreender a abordagem positivista do ordenamento normativo internacional serviria, portanto e mormente, para facilitar a compreensão da trajetória da disciplina e do panorama político da conveniência dos estados na modernidade<sup>6</sup>.

Trabalhar a modernidade sob a perspectiva positivista para compreender a contemporaneidade exige, ainda, que se verifiquem as premissas adotadas pelos autores que buscam superar os esquemas teóricos modernos. Vale, aqui, ressalva quanto às críticas em relação aos paralelos entre a modernidade e o positivismo jurídico e entre a pós-modernidade e o pós-positivismo jurídico<sup>7</sup>. Esses paralelos parecem para alguns, de fato, reducionismo imperdoável, mas defende-se aqui, sem restrições, que sejam feitos por desenharem de forma bastante fiel a guinada

<sup>3</sup> DOLINGER, Jacob. Dignidade: o mais antigo valor da humanidade. Os mitos em torno da declaração universal dos direitos do homem e da constituição brasileira de 1988. As ilusões do pós-modernismo/pós-positivismo. A visão judaica. *Revista do Direito Constitucional e Internacional*. Ano 18, v. 70, p. 60-61, jan.-mar/2010. Especificamente no que se refere ao poder e aos conteúdos teóricos a ele relacionados, BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade*; por uma teoria geral da política. Rio : Paz e Terra, 1987. p. 82.

<sup>4</sup> WEIL, Prosper. Le droit international en quete de son identité: cours général de droit international public. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 237, 1992-VI, pp. 09-370. p. 36. defende que “Si le droit international n’existait pas, il faudrait l’inventer”.

<sup>5</sup> Conforme ressaltado em VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. *Teoria do estado e a unidade do direito internacional* - domesticando o rinoceronte. Belo Horizonte: Arraes, 2016. p. 22, “in verbis”: “No presente estudo, “direito internacional”, ‘direito das gentes’ e ‘direito interestatal’ serão, portanto, utilizados de forma indiscriminada como sinônimos por opção mais relacionada a estilo que a padrões lógicos de uso. Não serão feitas em relação a nenhum deles, portanto, referências históricas ou conceituais específicas não expressamente indicadas.” Também GUGGENHEIM, Paul. Contribution à l’histoire des sources du droit des gens. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 94, 1958-II, pp. 01-84. p. 05. Também JELLINEK, Georg. *Das Recht des modernen Staates*. Berlin: Verlag von O. Häring, 1900. p. 120. faz considerações a esse respeito.

<sup>6</sup> Sobre a modernidade, seu conceito e limitações contemporâneas, BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. O direito na pós-modernidade. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. Especial apreço também ao emblemático excerto literário que tão bem descreve a modernidade: EMERSON, Ralph Waldo. *Essays and lectures*. New York: The Library of América, 1982. p. 364, em seu ensaio *Prudence* de 1841, “in verbis”: “*In skating over thin ice, our safety is in our speed*”.

<sup>7</sup> Sobre a superação do jusnaturalismo e do positivismo, BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional* – Tomo II. Rio: Renovar, 2003. p. 27.

do mecânico ao manual, da técnica ao improviso, do firme ao móvel, do sólido ao líquido<sup>8</sup>.

Mais que isso, resgatar o positivismo moderno e sua percepção do direito internacional evita que as fontes originais sejam julgadas a partir de suas referências atuais – muitas vezes críticas – e possibilita novas construções teóricas sobre o significado doutrinário das lições de tais autores, bem como sobre problemas jurídicos atuais direta ou indiretamente por eles tratados.

A concepção do direito de Kelsen passou por diferentes fases. Mesmo em sua teoria pura tão festejada, percebe-se amadurecimento entre o original de 1934 e sua edição da década de 60<sup>9</sup>. Reconhecido como referência da teoria do direito, o autor pode muito bem ser considerado um internacionalista. E não apenas em razão de sua construção monista com prevalência internacional, mas também pelos três cursos que ministrou na Haia e pela clara contribuição do direito das gentes à sua teoria geral<sup>10</sup>.

Conforme já sugerido em trabalhos anteriores, observa-se no positivismo jurídico tentativa de racionalizar cientificamente o direito. O que se identifica na atualidade como pós-positivismo busca ultrapassar essa mecânica formalista inicial e concentrar esforços na solução de problemas admitidos na pós-modernidade<sup>11</sup>. A assunção da incompletude do direito e dos dilemas que sequer se pretendem justificar com a racionalidade talvez seja a principal marca do pós-tudismo<sup>12</sup>. E também seu maior mérito.

---

<sup>8</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001. CASELLA, Paulo Borba. Conceito de sistema, contexto internacional e pós-modernidade. In: ADEODATO, João Maurício; BITTAR, Eduardo C. B. (Org.) - *Filosofia e Teoria Geral do Direito: estudos em homenagem a Tércio Sampaio Ferraz Junior por seu septuagésimo aniversário*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 1005.

<sup>9</sup> Na parte que cuida da ordem internacional há diferenças notáveis, mas os contornos mais contundentes permanecem, KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre – Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*. Leipzig und Wien: Franz Deuticke, 1934. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra: Armênio Amado, 1974.

<sup>10</sup> KELSEN, Hans. Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 14, 1926-IV, pp. 227-331. KELSEN, Hans. Théorie générale du droit international public : problèmes choisis. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 42, 1932-IV, pp. 117-351. KELSEN, Hans. Théorie du droit international public. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 110, 1953-III, pp. 01-203. MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de; PONTES, Jean . Hans Kelsen e a Prevalência do Direito Internacional: um lugar para a Grundnorm. In: Florisbal de Souza Del Olmo; Valesca Raizer Borges Moschen. (Org.). *Direito Internacional*. 1ª ed. Florianópolis: CONPEDI, 2015, v. , p. 1-16.

<sup>11</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional* – Tomo III. Rio: Renovar, 2005. p. 57.

<sup>12</sup> DOLINGER, Jacob. Dignidade: o mais antigo valor da humanidade. Os mitos em torno da declaração universal dos direitos do homem e da constituição brasileira de 1988. As ilusões do pós-modernismo/pós-positivismo. A visão judaica. *Revista do Direito Constitucional e Internacional*. Ano 18, v. 70, p. 60-61, jan.-mar/2010.

Especificamente quanto ao positivismo jurídico, sua abordagem delimita claramente o objeto de estudo do direito e seus autores alocam esse estabelecimento de fronteiras no centro de suas estruturas teóricas. Outras áreas de conhecimento, mesmo sob a perspectiva moderna, não se percebiam necessariamente isentas de influências externas.

Crítica que poderia ser feita à neutralidade científica pretendida diz respeito à atuação legislativa. Uma teoria puramente jurídica não deveria, em tese, ocupar-se da formação das normas de direito porque a produção normativa exige necessariamente elementos valorativos<sup>13</sup>. No pós-positivismo, tal perspectiva e correspondente crítica não se circunscreve à atividade legislativa exercida – ao menos na estrutura interna de poder do estado – pelo órgão dotado de faculdade legislativa e se estende a órgãos diversos do natural – como o judiciário, quando exerce função concreta, abandonando a mera extração da normatividade do comando legal<sup>14</sup>.

A criação de normas guarda elementos valorativos e exige discussão quanto à legitimidade do legislador. Enquanto o positivismo buscava estabelecer requisitos à legitimidade, o pós-positivismo entende possível o exercício de concreção revestido de extração de normatividade por meio do reconhecimento de plena normatividade a princípios<sup>15</sup>.

No contexto interno, tal distorção teórica prospera e rende frutos com certa facilidade em razão da estrutura formal do estado que garante força coercitiva à interpretação feita pelo judiciário plasmada em decisão – em sentença, por exemplo<sup>16</sup>. Tal arquitetura, contudo, não se adequa ao plano internacional e cria expectativas de resultados impossíveis de serem fornecidos pelos aplicadores do direito.

O direito internacional ainda é fundamentalmente positivista. Ainda é extremamente dependente da vontade dos atores com capacidade legiferante para avançar. As estruturas globais não apenas são melhor descritas e compreendidas pelo positivismo, mas também, muitas vezes, dele dependem para resistir como jurídicas. A pós-modernidade e suas consequências pós-positivistas podem ser, a título de exemplo e como se pretende demonstrar adiante, devastadoras para os tribunais internacionais.

---

<sup>13</sup> KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre – Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*. Leipzig und Wien: Franz Deuticke, 1934. p. 18. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra: Armênio Amado, 1974. p. 107.

<sup>14</sup> A adesão irrestrita à grafia do termo “estado” com inicial minúscula tem sido reiterada em trabalhos anteriores conforme apontado por CASELLA, Paulo Borba. *BRIC: Uma perspectiva de cooperação internacional*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 02. Nesse sentido, VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. *Teoria do estado e a unidade do direito internacional - domesticando o rinoceronte*. Belo Horizonte: Arraes, 2016. p. 24.

<sup>15</sup> Os conceitos de exercício de concreção e de extração de normatividade serão retomados diversas vezes ao longo do texto. Caberá referência constante a KOSKENNIEMI, Martti. *From apology to utopia: the structure of international legal argument*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2005.

<sup>16</sup> CARBONELL, Míguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

## Hart, Kelsen e o Direito Internacional

De volta à doutrina, enquanto Hart, por um lado, concentra-se na justificação da regra de reconhecimento, Kelsen lança mão do conceito de sanção e, de forma mais analítica, descreve o funcionamento das normas. Noutra sentença, percebe-se a teoria hartiana mais exemplificativa que a do autor austríaco que, na verdade, desde o princípio se circunscreveu aos limites da sua própria teoria.

Não apenas em razão dos elementos apontados, mas também da própria estrutura de validade proposta pelos dois autores, impossível se faz sugerir coesão teórica entre Kelsen e Hart. Especificamente quanto ao direito internacional, essa diferença é explícita na perspectiva que eles têm do voluntarismo na ordem internacional. O ceticismo do inglês em relação à autoimpositividade das obrigações internacionais – decorrência direta da expressão da vontade – e seu foco no reconhecimento – em fator, portanto, eminentemente interno – faz contraponto importante à centralidade da *pacta sunt servanda* e da sanção na teoria pura do direito<sup>17</sup>.

Se, por um lado, Hart fundamenta a validade da norma em sua obrigatoriedade e transfere ao reconhecimento sua força normativa – regra de reconhecimento, Kelsen vincula o sistema jurídico à sanção, à força da norma sancionadora. Esse é o esquema básico de validade adotado pelos dois referentes do positivismo.

Ambas as teorias poderiam ser plenamente aplicáveis à fundamentação do direito internacional. Questão inicial a ser ultrapassada se refere ao papel da vontade em cada uma delas e à forma como o elemento volitivo afeta as construções teóricas propostas. Distinção a ser feita, nesse sentido, diz respeito à diferença entre a vinculatividade do direito internacional e a aplicabilidade de suas normas. Para Hart, a falta de aplicabilidade das normas retiraria o caráter jurídico do direito das gentes. Na visão do autor, na década de 60 e apesar de toda a institucionalização da ordem global que estava em andamento, o direito internacional seria uma estrutura primitiva, ainda estaria em formação<sup>18</sup>. A adesão dos estados seria essencial para que se tornasse verdadeiramente funcional.

Hart funda sua perspectiva no voluntarismo enquanto que para Kelsen a participação dos estados no direito internacional seria automática<sup>19</sup>. O autor austríaco condiciona a validade da norma à sanção e aponta a guerra e a

<sup>17</sup> HART, H.L.A. *The concept of law*. Oxford: Clarendon Press, 1961. pp. 220–221. Sobre obrigações assumidas pessoalmente e com a comunidade, interessante passagem de ROUSSEAU, Jean-jacques. *Du contrat social*. Paris: Union Générale d'Éditions, 1973. pp. 74-75.

<sup>18</sup> HART, H.L.A. *The concept of law*. Oxford: Clarendon Press, 1961.

<sup>19</sup> O sistema de direito das gentes, apesar de possuir características *sui generis*, apresenta-se como absolutamente vinculante aos participantes da sociedade internacional e, em perspectiva cada vez mais predominante, também da comunidade internacional, GIRAUD, Emile. *Le droit international public et la politique*. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 110, 1963-III, pp. 419-809. p. 423.

represália como suficientes ao cumprimento desse requisito teórico pelo direito internacional.

O instrumental apontado permite, inclusive, que se defenda que o *jus cogens* possuiria elementos de voluntarismo<sup>20</sup>. Nesse sentido, o próprio texto da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados expressamente faz referência à norma “aceita e reconhecida pela comunidade internacional” e conjuga seu caráter imperativo à ampla aderência ao menos tácita a seus desígnios<sup>21</sup>.

A aceitação de regras como obrigatórias a toda a comunidade internacional por costume pressupõe, portanto, também a aceitação desse comando por aqueles que concentram o poder na ordem internacional<sup>22</sup>. A teoria do *jus cogens* pode, dessa forma, muito bem escamotear determinado desequilíbrio de poder com elementos valorativos capazes de justificar prevalência de visão de mundo ou interesse particular específico como oponível a todos os membros da comunidade internacional<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> Não se afasta, mas tampouco se busca aqui aprofundar a discussão de se Francisco de Vitória realmente se referia a algo assemelhado ao conteúdo atualmente reconhecido ao *jus cogens* em “*De Indis e De Jure Belli Relectiones*”, publicado no Brasil VITÓRIA, Francisco de. *Os índios e o direito da guerra: de indies et de jure belli relectiones*. Ijuí: UNIJUI, 2006. Sobre o voluntarismo no *jus cogens*, WEIL, Prosper. Le droit international en quete de son identité: cours général de droit international public. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 237, 1992-VI, pp. 09-370. p. 267.

<sup>21</sup> Artigo 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, decreto 7.030 de 14 de dezembro de 2009.

<sup>22</sup> Importante esclarecimento de linguagem e de conteúdo de termos deve ser feito neste momento. Adotam-se para o presente estudo os conceitos de sociedade internacional e de comunidade internacional estabelecidos por MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de direito internacional público* – v 1. Rio: Renovar, 1994. p. 45., VELASCO, Manuel Diez de. *Instituciones de derecho internacional público* – Tomo I. Madrid: Editorial Tecnos, 1978. p. 44. e CASELLA, Paulo Borba. Evolução institucional do direito internacional: à luz do quinquentenário do conceito de direito de Hart (1961). In: *Revista Brasileira de Filosofia*. Ano 60, Vol. 236, janeiro-junho, 2011. pp. 313-329. pp. 322-323, os quais, em síntese, identificam como “comunidade” a convivência internacional espontânea - que independe da vontade dos sujeitos - e, como “sociedade”, as relações que, contrariamente, dependem de elementos volitivos para se constituírem por meio de sistemas normativos, por exemplo. De se tomar nota é a posição no sentido aparentemente oposto de TOMUSCHAT, Christian. Obligations arising for states without or against their will. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 241, 1993, p. 211. Da diferenciação apontada, decorrem, ainda, os conceitos específicos utilizados ao longo do trabalho para fazer referência a “ordem” e a “ordenamento”. Como “ordem”, compreendem-se as estruturas políticas típicas da comunidade internacional - mesmo quando incorporadas e admitidas pela sociedade internacional. Sob “ordenamento”, identificam-se sistemas estruturados juridicamente para a organização do poder global. Nesse sentido, TELLES JUNIOR, Goffredo. *Iniciação na ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 2002. pp. 3-11. e MASCARO, Alysson Leandro. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Atlas, 2011. pp. 105-111.

<sup>23</sup> Dentre os autores consultados, mas não densamente utilizados como parâmetro de fundamentação, FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. São Paulo: Graal, 2009. FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nau, 2002 e

Dois elementos devem ser ressaltados a partir de tal afirmação. O primeiro diz respeito ao costume como “direito internacional geral” ou “primeiro escalão” do direito internacional apontado por Kelsen em sua obra<sup>24</sup>. A *pacta sunt servanda*, mais que um paradigma vinculante a todo participante da dinâmica de poder na ordem internacional, tem caráter costumeiro impositivo em razão de seu aspecto formal que traz maior segurança e previsibilidade às relações entre sujeitos de direito das gentes<sup>25</sup>.

Valorativamente, quando determinados aspectos relacionados aos direitos humanos são reconhecidos como vinculantes globalmente – questões, por exemplo, relacionadas ao tribunal penal internacional e a crimes específicos –, tem-se a imposição de determinada visão de mundo ao resto do planeta. Essa imposição se vê, muitas vezes, oculta por dados culturais dos aplicadores do direito que não conseguem conceber a existência de visão de mundo diversa. O reconhecimento de *jus cogens* material deve ser feito com a sinceridade que se defende neste trabalho ao direito internacional, isto é, com a assunção de que a construção jurídica que o sustenta fundamenta-se em fatores políticos de ampla adesão global. Negar isso seria ingenuidade ou má-fé.

Mais que isso, qualquer explicação para o *jus cogens* que se afaste da adesão aproxima princípios e regras caracterizados como cogentes ao direito natural<sup>26</sup>. Esse conceito de inerência, por sua vez, vai de encontro às percepções positivistas do direito que, mesmo sob protestos renomados, segue predominante na atualidade<sup>27</sup>.

---

FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir. 33ª ed. Petrópolis: Vozes, 2007. DESCARTES, René. Discurso sobre o método. Porto Alegre: L&PM, 2009

<sup>24</sup> O exemplo da *pacta sunt servanda* e a elaboração mais apurada desses escalões foram feitas por Kelsen na revisão da teoria pura. O texto de 1934 não trazia referência expressa à “fórmula” da *pacta sunt servanda*.

<sup>25</sup> A abordagem inicialmente proposta por Kelsen, conforme demonstrado adiante, fundamentava o direito internacional na *pacta sunt servanda* e concedia ao preceito natureza claramente consensual. Posteriormente, sua postura foi revista e a *pacta sunt servanda* passou a ser encarada pelo autor como norma positiva fundamentada em costume. A respeito do termo “sujeito” para designar os agentes da ordem internacional, ARÉCHAGA, Eduardo Jiménez; ARBUET-VIGNALI, Heber; PUCEIRO ROPOLL; Roberto. *Derecho internacional público* – Tomo I. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2005. p. 179. HIGGINS, Rosalyn. *Problems and process: international law and how we use it*. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 50, prefere “participantes”.

<sup>26</sup> Ainda no que se refere ao voluntarismo, o que se defende nesse estudo encontra amparo no conceito de “objeto persistente”, o membro da sociedade internacional que não reconhece determinado costume e que, em razão dessa rejeição, não se submeteria a ele contra sua vontade. Nesse sentido, TAVERNIER, Paul. L'identification des règles fondamentales, un problème résolu? In: TOMUSCHAT, Christian. THOUVENIN, Jean-Marc. (Eds.) *The fundamental rules of the international legal order: jus cogens and obligations erga omnes*. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2006. p. 14.

<sup>27</sup> A postura jusnaturalista - ainda que fundada em racionalidade e, portanto, afastada de premissas metafísicas - constitui hoje verdadeiro exercício de fé, e seus adeptos integram grupo admirável que parece conseguir racionalmente seguir acreditando na natureza humana. De maneira menos

Cabe ainda, sob tal aspecto, nova referência à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados que, em seu artigo 64, expressamente indica a possibilidade de superveniência de comando imperativo e reforça a adesão tácita fixada no artigo 53<sup>28</sup>.

Tais premissas, neste ponto, exigem alusão expressa à compreensão do ordenamento normativo coativo como ferramenta social de administração do poder<sup>29</sup>. Aspecto funcionalista que, em razão das próprias dificuldades enfrentadas, parece mais nítido no direito internacional e na forma como as forças políticas nele se desempenham e buscam modular<sup>30</sup>.

## Direito Internacional e Política

Muitos são os exemplos detratores da possibilidade de se descrever e compreender o direito internacional exclusivamente sob as premissas formalistas do positivismo. As críticas ao juspositivismo apontam, por exemplo, suas dificuldades para incorporar preceitos valorativos, mas tais reflexões podem se referir, na verdade, à relação entre o direito internacional e a política.

Sob parâmetros mais abrangentes, a negação do político no jurídico não se sustenta no plano internacional como no direito interno. A atenção que o aplicador do direito deve ter à implementação do comando jurídico e o excessivo poder nas mãos dos atores que concentram a concreção e a efetivação das normas são apenas exemplos dos entraves vislumbrados à negação referida.

A política deve ser, portanto, admitida na análise jurídica da ordem internacional. O embate de forças na aplicação das regras de direito pode exigir o afastamento de elementos valorativos e sua sobreposição por comandos de forma e de procedimento. O apego ao procedimento, às regras do jogo, aproxima o direito internacional de abordagens menos valorativas, as quais se mostram incompatíveis com um sistema de limitada coercibilidade.

---

contundente e sobremaneira mais crítica, KOSKENNIEMI, Martti. The politics of international law. *The european journal of international law* 1, 4 - 1990. p. 31. Esse artigo específico foi objeto de uma releitura em KOSKENNIEMI, Martti. The Politics of International Law – 20 Years Later. *The european journal of international law*. Vol. 20 nº 1. EJIL 2009.

<sup>28</sup> O argumento da ausência de esclarecimento do caráter declaratório ou constitutivo da superveniência pode, de fato, servir aos que defendem abordagens jusnaturalistas. A posição aqui adotada conjuga, entretanto, os dois dispositivos e reconhece em seu conjunto elementos claramente voluntaristas. Artigo 64 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, decreto 7.030 de 14 de dezembro de 2009.

<sup>29</sup> BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política* – Vol. 1. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2010. p. 349. CASELLA, Paulo Borba. Conceito de sistema, contexto internacional e pós-modernidade. In: ADEODATO, João Maurício; BITTAR, Eduardo C. B. (Org.) - *Filosofia e Teoria Geral do Direito: estudos em homenagem a Tércio Sampaio Ferraz Junior por seu septuagésimo aniversário*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 1002.

<sup>30</sup> VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. *Teoria do estado e a unidade do direito internacional* - domesticando o rinoceronte. Belo Horizonte: Arraes, 2016. pp. 151-162.

A efetivação de um sistema de valores dotado de capacidade de coerção é um desafio capaz de ser superado e objeto de experimentos constitucionalistas em países como Brasil e Colômbia, mas fica comprometido em um ordenamento que necessita da adesão dos participantes, como o internacional<sup>31</sup>. Construir o direito internacional de forma axiológica, sem levar em consideração esses elementos, seria transformá-lo em um exercício de fé<sup>32</sup>. Sobre o elemento coercitivo que prejudica a construção do direito internacional como um conjunto de normas valorativas, percebe-se que, apesar de avanços e do surgimento de incentivos ao cumprimento das normas, ainda não se aperfeiçoaram completamente mecanismos que se concentrem em reputação e em sanções não violentas.

Não se está subestimando, contudo, a proliferação de atores privados dotados de capacidade coercitiva com efeitos no direito internacional público, mas desatrelados de seus rígidos esquemas tradicionais<sup>33</sup>. Exemplos dessa dinâmica seriam as sanções indiretas decorrentes da perspectiva que entes privados fixam à capacidade de estados honrarem compromissos soberanos e os danos causados por rebaixamentos em índices globais.

O desenho da eficácia da norma internacional ainda concentra, portanto, nos estados seus traços mais marcantes. Diferentemente do modelo estatal interno, a vontade do sujeito de direito das gentes é fundamental, portanto, para a produção normativa e para seu cumprimento; daí a maior facilidade que o positivismo tem para administrar a teoria jurídica internacional<sup>34</sup>. Nesse sentido, é de se perceber que as críticas de Hart ao voluntarismo não excluem determinadas premissas voluntaristas em sua construção teórica.

No que diz respeito aos sujeitos capazes de expressar essa vontade construtora e garantidora do cumprimento das normas, a centralidade cabe ao estado<sup>35</sup>. Exclusivamente ao estado, ousa-se afirmar. Por mais que se defenda o compartilhamento do poder entre estados e organizações internacionais, os primeiros ainda preservam protagonismo e prevalecem, em última *ratio*, em relação às segundas<sup>36</sup>.

Sob perspectiva teórica mais específica, observa-se que a escolha política, concretista, não pode ser confundida com a mera exegese normativa. A extração

---

<sup>31</sup> Sobre o formato contemporâneo do ordenamento jurídico brasileiro, em vários escritos do autor e especificamente em BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional* – Tomo III. Rio: Renovar, 2005. p. 509.

<sup>32</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional* – Tomo II. Rio: Renovar, 2003. p. 12.

<sup>33</sup> DAMROSCH, Lori Fisler. Enforcing international law through non-forcible measures. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 269, 1997, pp. 09-250. p. 23.

<sup>34</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento juridico*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. pp. 164-165.

<sup>35</sup> REUTER, Paul. Principes de droit international public. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 103, 1961-II, pp. 425-656. p. 519.

<sup>36</sup> ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, G.E. do; CASELLA, Paulo Borba. Manual de direito internacional público. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 249.

da normatividade deve ser feita com base em determinados parâmetros para que não haja deslocamento de função legislativa dos que a possuem para órgãos que devem tão somente aplicar o direito ou decidir o melhor direito. Esse abandono de determinadas premissas do positivismo jurídico, que afastavam a moralidade da prática jurídica, repercutiu de maneira bastante contundente – e até mesmo caricata – na proteção do ser humano.

Durante algumas décadas, com visível intensificação após a Guerra Fria na ordem internacional, e, após a redemocratização do Brasil, no plano interno, o direito se afastou das premissas do positivismo jurídico que sustentavam a fundamentação das regras exclusivamente no plano jurídico e, apesar de não excluírem definitivamente, afastavam os esquemas de validade da moral.

A aproximação da moralidade ao direito abriu caminho para que a concreção pudesse ser realizada de forma alternativa ao previsto no ordenamento. O poder de concretizar a vontade foi revestido de revelação do melhor direito sob parâmetros axiológicos. O aplicador do direito pôde, então, relativizar o formalmente posto em nome de uma suposta razão prática que não se reconhecia como decisionismo.

No plano interno, a Constituição Federal de 1988 foi recebida com entusiasmo hipnotizante e tudo passou a ser possível com base nos princípios centrais de seu texto. O saldo inicial foi bastante positivo e o entusiasmo logo se sedimentou em doutrina. Os órgãos dotados de função de extração de normatividade passaram a exercer concreção quase ilimitada, abusando da textura aberta de grande parte dos direitos fundamentais.

As conquistas foram expressivas principalmente no preenchimento de lacunas legislativas e logo o órgão com capacidade de julgar passou a exercer função política aberta e recorrentemente. Festejados foram julgamentos sobre as pesquisas com embriões e a igualdade entre parcerias civis.

O momento atual é, contudo, de inflexão. Julgados recentes que tratam do acesso da Receita Federal a dados bancários sem autorização judicial e da relativização da presunção de inocência colocaram o sistema constitucional na berlinda. O decisionismo que exerce a escolha política e concretiza o direito revestindo-se de todo o instrumental teórico “pós-tudista” está, no momento, sob holofotes e pode ser convidado a regressar ao *status* extrator de normatividade anterior. Um momento interessante, sem dúvida<sup>37</sup>.

Mas o que a ordem internacional teria a ver com o desenho constitucional interno brasileiro<sup>38</sup>? A descrição dos dilemas constitucionais ilustra bem as

<sup>37</sup> O “pós-tudismo” como em DOLINGER, Jacob. Dignidade: o mais antigo valor da humanidade. Os mitos em torno da declaração universal dos direitos do homem e da constituição brasileira de 1988. As ilusões do pós-modernismo/pós-positivismo. A visão judaica. *Revista do Direito Constitucional e Internacional*. Ano 18, v. 70, p. 60-61, jan.-mar/2010.

<sup>38</sup> CASSESE, A.. Modern constitutions and international law. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 192, 1985-III, pp. 331-476. p. 418. ZOLLER, Elisabeth. Aspects internationaux du droit constitutionnel: contribution à la théorie de la fédération d’Etats. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 294, 2002, pp. 39-166. pp. 71-72.

questões enfrentadas internacionalmente quando disciplinada a proteção do ser humano. Ilustra apenas porque não explica. Apenas lança luz em contexto mais complexo, mais adverso e mais imprevisível que o interno.

## **Internacional e o interno: sobre eficácia e efetividade**

Enquanto o direito internacional geral consegue ater-se aos aspectos adjetivos da convivência entre os sujeitos de direito e, indiretamente, acaba reconhecendo seus limites e deixando à política importante espaço, o direito internacional dos direitos humanos seria em sua essência valorativo e por natureza, portanto, aproximado da moral.

Tanto as declarações de direito quanto os pactos específicos e as convenções regionais que disciplinam a proteção da pessoa possuem um catálogo expressivo de direitos e garantias reconhecidos. Uma conquista inegável da humanidade, não há dúvida quanto a isso. A redação desses tratados e cartas políticas, entretanto, apresenta desafios de interpretação e pode, em momentos de avanço da política sobre campos que já se pensavam conquistados pelo direito, representar grave ameaça ao ser humano.

A aproximação da moral ao direito no momento de elaboração da norma, ou seja, da concreção das vontades cumpre os requisitos estruturais de validade, mas, quando observada na extração da normatividade, pode atender a interesses específicos e contradizer o inicialmente estruturado e, especificamente no direito internacional, pactuado.

Conforme apontado acima, o positivismo jurídico parte do pressuposto de separação entre a moral e o direito. O resgate dessa estrita separação pode ter efeitos, inclusive, no debate acerca da fragmentação do direito internacional<sup>39</sup>.

A falta de diálogo entre fontes normativas concebida por Hart, por exemplo, não serviria para sustentar as teorias fragmentárias tendo em vista que o fundamento de validade do direito internacional passa pela vontade dos sujeitos que a ele se submetem<sup>40</sup>. As propostas de fragmentação partem da segregação de matérias e da sugestão de que as fontes normativas não dialogariam, o que, na prática, não ocorre ou se dá de maneira apenas aparente, que acaba falseando análises superficiais ou simplistas.

Hart negava, de fato, ao direito internacional a condição de direito, mas o autor não tratava a situação como definitiva e deixava espaço para seu aperfeiçoamento estrutural. Paralelamente à imaturidade institucional e de controle jurisdicional, um dos desafios que ainda persistem no direito das gentes,

---

<sup>39</sup> O tema já foi tratado pelo autor em VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. *Teoria do estado e a unidade do direito internacional* - domesticando o rinoceronte. Belo Horizonte: Arraes, 2016. Não há forma de se tratar do assunto sem indicar, ainda, o INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Report of the Study Group of the International Law Commission*. UN Doc A/CN.4/L.682. 2006.

<sup>40</sup> HART, H.L.A. *The concept of law*. Oxford: Clarendon Press, 1961.

sem que se afaste sua natureza jurídica, seria o de atender às expectativas por ele criadas.

Expectativas relacionadas, por exemplo, à regulamentação da relação entre os sujeitos de direito e, conseqüentemente, à prevenção de conflitos – que, nessa esfera, significam - em última instância - a guerra. As frustrações de expectativas, gize-se, não muito diferentes daquelas do direito em geral de satisfazer as demandas dos indivíduos e da sociedade como um todo.

As dificuldades para garantir sua eficácia não seriam, portanto, suficientes para retirar da ordem normativa global sua natureza jurídica, tendo em vista que o mesmo cenário se reproduz no contexto interno<sup>41</sup>. De certo, não se pode redarguir que internamente as limitações do direito são mais facilmente objeto de críticas e de correções.

Ainda no plano da efetividade, importante se faz destacar que o fundamento teórico na sanção, tratado quase como único pressuposto por análises rasteiras feitas sobre a refinada proposta kelseniana e reconduzido, no direito internacional, à retaliação e, principalmente, à guerra, precisa ser contextualizado e saneado com a simples ampliação do conceito de direito para além dos contornos puramente coercitivos<sup>42</sup>. Ultrapassar esse reducionismo significaria reconhecer, definitivamente, que a coerção não seria a única forma de dar efetividade ao direito e de fortalecer a atividade jurisdicional internacional.

Cabe referência, nesse ponto, à postura de Hart em relação ao instrumento clássico de coerção – a guerra. Tratando especificamente do direito internacional, e de sua fragilidade como sistema jurídico, sua teoria traz ao debate os fatores políticos envolvidos na decisão do uso da força pelos sujeitos de direito internacional. Situação que não se reproduz no contexto interno de um estado<sup>43</sup>.

Justamente os tribunais e cortes internacionais, quando atuam de forma responsável e percebem que o direito das gentes deve considerar a política mesmo após o cumprimento dos requisitos formais de validade das normas, possuem importante papel para a alteração desse paradigma de efetividade. Um órgão jurisdicional internacional que se concentra apenas na extração de normatividade

<sup>41</sup> Indicando que, ironicamente, a exigibilidade da sanção para o reconhecimento do direito internacional como direito parte, em regra, de não internacionalistas, WEIL, Prosper. *Le droit international en quete de son identité: cours général de droit international public. In: Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye, Volume 237, 1992-VI, pp. 09-370. p. 54.*

<sup>42</sup> Cabem, aqui, considerações a respeito do conceito de efetividade, de seu uso neste trabalho e da diferença que a doutrina estabelece entre efetividade e eficácia. Eficácia diz respeito à possibilidade de um comando normativo ser racionalmente aplicado para solucionar questão determinada com base no direito. Trata-se, por exemplo, do aperfeiçoamento do estabelecido em tratado por corte ou tribunal na forma de decisão. O direito que cumpre a função mencionada seria, portanto, eficaz. A eficácia mencionada não se traduz necessariamente, contudo, em efetividade. Isto é, a extração de normatividade do ordenamento jurídico racionalmente fixada em sentença ou laudo não garante seu cumprimento pelos destinatários últimos do comando jurisdicional. Nesse sentido, BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio: Renovar, 2006. pp. 82-83.

<sup>43</sup> HART, H.L.A. *The concept of law*. Oxford: Clarendon Press, 1961. pp. 211–215.

e ignora as limitações possíveis à implementação de sua decisão corre o risco de comprometer não apenas o direito internacional positivo, mas, principalmente, sua razão de existir como instituição decisória.

Internamente, o descumprimento de um comando jurisdicional é corrigido pelo próprio sistema, que possui formas de coibir a prática e de garantir a eficácia da decisão. Na esfera externa, o instrumental coercitivo é reduzido e a eficácia depende diretamente da adesão daquele para o qual a ordem se direciona<sup>44</sup>. Mas diversas são as formas de compelir o estado ao cumprimento de uma decisão internacional.

Fatores econômicos, potencializados por medidas sancionatórias, são o exemplo mais contundente apontado para garantir a efetividade. Mas mesmo esses procedimentos dependem da adesão dos sujeitos de direito internacional. A execução do laudo ou sentença internacional não ocorre *ex officio*. Um sujeito de direito internacional é autorizado a agir em retaliação, cabendo a ele, e não à corte ou ao tribunal que prolatou a decisão, a análise de conveniência e de oportunidade para fazê-lo<sup>45</sup>.

O mesmo modelo aplica-se às ações militares e ao exercício de direitos em relação a terceiros. A decisão de aderir cabe não apenas àquele a quem se dirige a decisão, mas a todos os membros da sociedade internacional habilitados a atuar de forma coercitiva.

Em termos práticos, observa-se a necessidade de contingenciamento específico, por exemplo, na esfera dos direitos humanos. E isso se deve à falta de consenso quanto ao conteúdo desses direitos. Não se pode negar a centralidade da temática na atualidade, mas sistemas de proteção dos direitos humanos precisam se preocupar com a formação de consensos e equilibrar a abrangência de sua extração de normatividade com a vontade de aderir do sujeito de direito internacional a qual se destina.

## **Órgãos jurisdicionais internacionais e as limitações do Direito**

Admitidas tais limitações à atuação típica dos órgãos jurisdicionais internacionais, ainda mais reduzidas seriam, conseqüentemente, as possibilidades de atuação concreta, isto é, de fixação de direitos e garantias individuais além dos limites da vontade expressada pelos sujeitos de direito internacional como partes

<sup>44</sup> DE VISSCHER, Charles. La codification du droit international. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 6, 1925-I, pp. 325-455. p. 451.

<sup>45</sup> Alguns autores estabelecem diferenças entre os conceitos de corte e tribunal. Existem definições, mormente pautadas na língua inglesa, que indicam serem as cortes órgãos jurisdicionais de caráter judicial e os tribunais os órgãos jurisdicionais arbitrais. Ainda que em alguns momentos sejam feitas referências a cortes e/ou tribunais internacionais ao longo do texto, não se pretende estabelecer qualquer parâmetro distintivo definitivo entre os termos e as referências do tipo indicarão mormente a nomenclatura utilizada por órgãos na ordem internacional.

desses sistemas. Novamente, a aproximação da moral ao direito para promover hermenêutica ampliativa e, portanto, construtiva de normas não seria vedada aos tribunais e cortes internacionais, mas encontrariam barreiras importantes na aferição da capacidade que um comando decisório constitutivo de direitos teria de ser cumprido pelo sujeito ao qual se destine.

Em ramo do direito recheado de conceitos abertos, carentes de consenso sobre conteúdo, a dotação de normatividade ampliativa de conteúdos por órgãos jurisdicionais pode aflorar, mas o abandono do formalismo positivista, por mais bem-intencionado que seja, pode custar muito caro aos direitos humanos.

O referido abandono pode, na verdade, custar muito caro ao direito internacional como um todo. A timidez da expectativa de constituição de uma norma jurídica pode ser mais revolucionária do que o vanguardismo de uma norma declarada sem eficácia e efetividade.

O formalismo positivista tradicional, exemplificado nas duas teorias de direito trazidas, garante, portanto, ao direito internacional maior estabilidade, segurança e previsibilidade. A premissa da separação do direito da moral e as limitações interpretativas estabelecidas ao aplicador do direito a partir dela mostram-se bastante mais adequadas a um sistema desprovido de instrumentos eficientes para garantir sua efetividade.

No mesmo sentido, não procederia qualquer equiparação de construções valorativas vinculantes, como as de *jus cogens*, com o papel relevante do costume no direito internacional, indicado na centralidade dada por Kelsen à *pacta sunt servanda*, por exemplo. Na prática que dá ensejo a uma regra costumeira é reconhecida adesão que não existe necessariamente em norma material, cujo ato constitutivo é indicado, por fatores políticos, como tendo natureza meramente declaratória<sup>46</sup>.

Mais que isso, a separação entre o direito e a moral do positivismo mostra-se absolutamente compatível com o primado do ordenamento jurídico internacional proposto pelo autor austríaco. Isso se deve à desvinculação da necessidade de validade interna de uma norma internacional da responsabilidade internacional do estado e do pressuposto de submissão desse sujeito de direito mediante vontade expressada por seus representantes.

Kelsen vai além e estabelece parâmetros que, transportados à atualidade, evitariam o uso político de perspectivas valorativas englobadas pelo chamado pós-positivismo. O formalismo kelseniano afasta a possibilidade de se questionar a legitimidade de um representante de sujeito de direito internacional relacionada à forma com que a coesão jurídica – e a coerção – é garantida internamente<sup>47</sup>. A

<sup>46</sup> Sobre o problema não resolvido pelo positivismo desde que superada a abordagem jusnaturalista de Grotius para o costume, QUADRI, Rolando. Le fondement du caractère obligatoire du droit international public. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 80, 1952-I, pp. 579-633. pp. 613-617.

<sup>47</sup> Sobre o monismo com primazia da ordem internacional, KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre – Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*. Leipzig und Wien: Franz Deuticke, 1934. pp. 147-150. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra: Armênio Amado, 1974. pp. 447-451.

aferição do caráter democrático de determinado regime de governo para legitimar a representação de um estado, por exemplo, não constitui condicionante para a adesão a norma internacional, salvo quando houver vontade soberanamente expressada em momento anterior<sup>48</sup>.

Também o positivismo jurídico segundo Hart se mostra compatível com as estruturas atuais do direito internacional. Suas críticas, principalmente, servem de parâmetro hábil a fundamentar o amadurecimento institucional do ordenamento global nos últimos cinquenta anos. A percepção do sistema jurídico internacional como primitivo tem em sua teoria fundamento na falta de institucionalidade que não permitia que fossem identificados órgãos dotados, por exemplo, de funções claramente legislativas no plano externo comum<sup>49</sup>.

A multiplicação de organizações internacionais, órgãos jurisdicionais e verdadeiros sistemas normativos especializados nos últimos anos claramente desatualiza a perspectiva original do conceito de direito e faz com que a teoria positivista hartiana não tenha que ser adaptada ou restringida para se adequar ao direito internacional<sup>50</sup>.

Algum estranhamento surge, na verdade, em relação ao pessimismo do autor, tendo em vista a existência de órgãos jurisdicionais comuns e de organizações internacionais consolidadas e em franco processo de consolidação à época<sup>51</sup>. Talvez por ceticismo insular, pode-se especular.

Mesmo não havendo unificação hierárquica e centralização no exercício legislativo internacional, os foros comuns multilaterais e regionais e os sistemas de tratados fazem parte de um mecanismo coeso cada vez mais habilitado a garantir as características de ordenação e unidade exigidas de um sistema de direito<sup>52</sup>. Noutro sentido, a participação cada vez maior do ser humano como sujeito ativo ou passivo de esquemas jurisdicionais internacionais pode servir de argumento contundente no confronto da realidade atual com a da época do conceito de direito<sup>53</sup>.

<sup>48</sup> SCHEUNER, Ulrich. L'influence du droit interne sur la formation du droit international. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 68, 1939-II, pp. 95-206. p. 197.

<sup>49</sup> HART, H.L.A. The concept of law. Oxford: Clarendon Press, 1961. pp. 230-231. CLAPHAM, Andrew. Brierly's law of nations. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 103. Nem jurisdicionais, podendo-se, para tanto, aplicar LOCKE, John. *Two treatises of government*. London: Guernsey Press, 1986. p. 160. e ROUSSEAU, Jean-jacques. *Du contrat social*. Paris: Union Générale d'Éditions, 1973. pp. 199-200.

<sup>50</sup> CASELLA, Paulo Borba. Evolução institucional do direito internacional: à luz do cinquentenário do conceito de direito de Hart (1961). In: *Revista Brasileira de Filosofia*. Ano 60, Vol. 236, janeiro-junho, 2011. pp. 313-329. p. 316.

<sup>51</sup> CASELLA, Paulo Borba. Evolução institucional do direito internacional: à luz do cinquentenário do conceito de direito de Hart (1961). In: *Revista Brasileira de Filosofia*. Ano 60, Vol. 236, janeiro-junho, 2011. pp. 313-329. p. 315.

<sup>52</sup> DE VISSCHER, Charles. La codification du droit international. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 6, 1925-I, pp. 325-455. p. 449.

<sup>53</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. The access of individuals to international

Bastante consistentes são, de fato, as críticas ao atual funcionamento das instituições globais<sup>54</sup>. Críticas que denunciam, por exemplo, a captura de organizações internacionais por interesses políticos específicos ou o uso da burocracia comum para atender parcela de seus membros. Todas as percepções do gênero giram em torno da relação entre política e direito e, ao invés de buscar compreender essa relação e administrá-la, propõe seu combate.

Ainda no que se refere à institucionalidade, o reconhecimento de regras secundárias no direito internacional não deve, contudo, aproximá-lo da moral. De certo, o amadurecimento institucional do ordenamento jurídico global – mencionado anteriormente – dissolve a barreira apontada por Hart para que o direito internacional seja considerado um sistema jurídico pleno e possa dar margem à aplicação das mesmas elaborações teóricas axiológicas recorrentes nas ordens particulares atualmente.

Se já enormes são os desafios dos consensos valorativos internos que instruem a principiologia pós-positivista, na esfera internacional eles se ampliam e intensificam. As teorias universalistas acabam sendo frequentemente acusadas de escamotear interesses políticos particulares<sup>55</sup>. A moralidade máxima nada mais seria, sob tal perspectiva, do que simples política<sup>56</sup>.

O próprio autor inglês elenca uma série de fatores que dificultariam a aproximação da moral ao direito internacional. Transportados à atualidade, os problemas observados encaixam-se com bastante facilidade no embate entre o universalismo e o relativismo cultural dos direitos humanos<sup>57</sup>. Em termos práticos, a própria aplicação de normativa internacional internamente pode representar desafio. Se por um lado, costuma-se apontar tal dinâmica como consagração do direito comum, limitados são ainda os mecanismos capazes de garantir o não surgimento de um direito geral localmente adaptado e temperado. No limite, antinomias hermenêuticas na leitura da mesma norma por duas competências jurisdicionais distintas<sup>58</sup>.

---

justice. *The Collected Courses of the Academy of European Law*, vol. XVIII/1. Nova Iorque: Oxford University Press, 2011.

<sup>54</sup> As críticas são tantas que um dos maiores nomes do direito internacional privado na atualidade, professor titular aposentado da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, sentiu-se compelido a consolidar sua percepção do direito internacional público na atualidade em DOLINGER, Jacob. *The case for closing the UN: international human rights: a study in hypocrisy*. Jerusalem: Gefen Publishing House, 2016.

<sup>55</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. Uma concepção multicultural de direitos humanos. In: *Lua Nova: Revista de Cultura e Política* 39, 1997.

<sup>56</sup> WALZER, Michael. *Thick and thin, moral argument at home and abroad*. Notre Dame: undp, 1994.

<sup>57</sup> HART, H.L.A. *The concept of law*. Oxford: Clarendon Press, 1961. pp. 221–226.

<sup>58</sup> CARVALHO RAMOS, André de. Direitos humanos: a crise dos tratados internacionais nacionais e a teoria do duplo controle. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, v. 15, n. 357, p. 31-32, 2011.

Guerra. A guerra sempre foi a força motriz do direito internacional<sup>59</sup>. Toda a produção normativa entre nações, povos e estados foi construída, direta ou indiretamente, para regulamentar ou para evitar a guerra<sup>60</sup>. Na contemporaneidade fundamentalmente para evitar conflitos armados ao ponto de torná-los um ilícito internacional submetido a um regime de excepcionalidade.

Tem-se em relação à guerra, na verdade, notável exemplo de restrições impostas à sua permissividade com base em dilemas de moralidade. Afastam-se, por certo, arroubos utópicos que posicionem a proibição da guerra de conquista como consagração do discurso da proteção do ser humano. As sucessivas regulamentações do uso da força, até sua completa restrição, deveram-se mais ao necessário equilíbrio entre as soberanias do que a perdas humanas. Isso mesmo quando a morte ganhou dimensão contundente e serviu de referência ao direito internacional da guerra.

O século XX cristalizou muito bem a dinâmica descrita<sup>61</sup>. Ao final da primeira guerra mundial, a sociedade internacional buscou evitar que conflito daquela envergadura se repetisse. Não apenas uma estrutura associativa internacional foi criada, a Sociedade das Nações, mas também houve a intenção de criar um compromisso abolindo o uso da guerra como meio de solução de controvérsias internacionais entre os signatários: o Pacto Briand-Kellogg.

Ambas as iniciativas não prosperaram e conflito ainda mais devastador ocorreu entre 1939 e 1945. A organização da ordem global, por meio da criação da Organização das Nações Unidas e da incorporação em sua carta das linhas gerais do pacto da década de 1920, foi posteriormente permeada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, instrumento não vinculativo de caráter eminentemente político que consolidou aspectos valorativos e axiomáticos norteadores dos movimentos pós-tudistas, que consideravam o positivismo jurídico insuficiente para administrar a ordem internacional.

Paralelamente aos eventos históricos, teóricos do direito que aproximavam a moralidade de suas propostas ganharam espaço e multiplicaram-se as teorias que buscavam estabelecer padrões lógicos à aplicação de princípios e empoderavam os atores envolvidos nas decisões<sup>62</sup>. Referenciais alheios ao direito e ao seu

<sup>59</sup> SIMMA, Bruno. From bilateralism to community interest in international law. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 250, 1994-VI, pp. 217-384. pp. 258-259.

<sup>60</sup> A afirmação não é irresponsável. Entende-se que toda e qualquer norma de direito das gentes existe para regulamentar a relação entre sujeitos de direito internacional e, portanto, para evitar conflitos e o exemplo mais contundente de conflito é a guerra.

<sup>61</sup> YUEN-LI, Liang. Le développement et la codification du droit international. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 73, 1948-II, pp. 407-532.

<sup>62</sup> Como ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. ALEXY, Robert. *Direitos fundamentais no estado constitucional democrático*. Revista de Direito Administrativo, São Paulo, n. 217, 1999, p. 55-66. DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977. DWORKIN, Ronald. *Matter of principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985. DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge/London: Harvard University Press, 1986. DWORKIN, Ronald. *Sovereign virtue*:

cientificismo formal positivista - sociólogos, antropólogos, cientistas políticos e outros - foram popularizados entre os juristas e tiveram seus esquemas teóricos adaptados, transpostos e interpretados sob os parâmetros do direito.

Para exemplificar as propostas de superação do positivismo, autor bastante festejado pelo constitucionalismo brasileiro contemporâneo enquadra-se muito bem nas considerações que aqui são feitas. A aplicação da teoria consolidada por Ronald Dworkin no Império do Direito ao direito das gentes não pode, de certo, ser atribuída ao autor norte-americano que, diferentemente do que se observa em Kelsen e Hart, não tratou especificamente do prisma internacional<sup>63</sup>.

Não se pode, na verdade e entretanto, observar a opção de não tratar diretamente do direito internacional como uma omissão. Dworkin não tratou do tema de maneira específica porque o debate em torno do enquadramento do sistema normativo global aos parâmetros gerais do direito encontrava-se definitivamente superado. Todo e qualquer questionamento teórico dirigido ao direito internacional, aplica-se ao direito em seu conjunto e a diferença estaria, conforme se defende, na maior honestidade com que referidos dilemas são tratados pela disciplina das gentes<sup>64</sup>.

Referido autor concentra suas atenções no ofício do julgador e mitiga a amplitude da discricionariedade, vinculando-a ao direito. Referida perspectiva não afasta, contudo e pelo contrário, a moralidade da atuação judicial<sup>65</sup>. Dworkin contradiz diretamente a regra de reconhecimento de Hart criticando seu suporte eminentemente fático e afirma que sob a mesma não seria considerado o papel dos princípios e sua força vinculante para o direito<sup>66</sup>. A chave do que propõe Dworkin encontra-se justamente no abandono da separação entre direito e moral

---

*the theory and practice of equality*. Cambridge/London: Harvard University Press, 2002. DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here?* Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2006. RAWLS, John. *A theory of justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1971.

<sup>63</sup> A coletânea de artigos *Taking Rights Seriously*, publicada por Dworkin em 1977, pode ser considerada um ataque contundente ao positivismo jurídico - principalmente ao modelo proposto por Hart. Em *Law's Empire*, de 1986, o autor apresentou suas propostas de forma melhor organizada e consolidou sua teoria do direito.

<sup>64</sup> Mais que isso, o *common law* - inglês - é frequentemente apontado como tendo sido pioneiro na adoção da perspectiva monista com prevalência do direito das gentes. Tal compreensão mostra-se, contudo, equivocada. O sistema de *common law*, na verdade, foi o primeiro a autorizar a aplicação do direito internacional pelo juiz nacional. Contexto que dá relevo, portanto, ao papel do julgador - teorizado por Dworkin - para o direito e, especificamente para o que aqui se investiga, para o direito das gentes. Nesse sentido, VISSCHER, Paul De. *Les tendances internationales des constitutions modernes*. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 80, 1952-I, pp. 522-524.

<sup>65</sup> Dworkin afirma essencialmente que haveria apenas uma resposta correta para os casos difíceis - *hard cases*. De forma bastante nítida, por exemplo, em DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977. pp. 279-290. Observa-se, nesse sentido, que a única resposta correta dependeria de um caso concreto, ou seja, das especificidades do problema analisado. A única resposta correta existiria, assim, apenas quando devidamente contextualizada.

<sup>66</sup> DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977. p. 84.

- marcante no positivismo jurídico - e na superação dos critérios de validade como instrumento para a solução de incongruências. O teórico propõe, em síntese, um novo modelo interpretativo que observa o direito como prática social<sup>67</sup>.

Elemento essencial da técnica hermenêutica proposta seria a separação definitiva entre os conceitos de regra e princípio. Enquanto as regras teriam condições pré-determinadas de aplicação e se submeteriam, portanto, à mera extração de normatividade, os princípios, com sua “textura aberta”, conformariam instrumento de concretização de direitos.

A centralidade dos princípios na proposta interpretativa de Dworkin busca denunciar a artificialidade da rígida separação entre direito e moral e organizar essa relação sob parâmetros jurídicos<sup>68</sup>. Interessante observar que, especificamente quanto aos princípios, o modelo hierárquico descrito pelo autor os divide em políticas, que se relacionariam com questões de bem-estar coletivo, e princípios propriamente ditos, ligados a questões de direitos individuais - os quais seriam os únicos capazes de fundamentar decisões judiciais que concretizassem direitos e abandonassem a mera extração de normatividade<sup>69</sup>. Essa classificação instrumentaliza o núcleo de sua teoria: o conceito de coerência. O direito como integridade pode ser, na verdade, sintetizado na coerência.

Para Dworkin, a estrita discricionariedade judicial hartiana não garantiria a coerência por não se encontrar vinculada a axiomas pré-estabelecidos. O juiz hércules do autor norte-americano não se atém apenas à extração de normatividade e pode, na prática, exercer concreção<sup>70</sup>.

O direito seria uma obra literária e o juiz estaria, como está o escritor, comprometido com a manutenção da coerência do texto quando instado a agregar novos parágrafos ao romance<sup>71</sup>. A integridade relativiza, portanto, conceitos básicos do convencionalismo que separa a criação da aplicação do direito e apresenta-se como alternativa ao utilitarismo ao tentar sistematizar a prática dos magistrados.

<sup>67</sup> *Law's Empire* estabelece um modelo hermenêutico de três fases: pré-interpretativa, interpretativa e pós-interpretativa. Na primeira delas haveria a identificação das normas aplicáveis ao caso concreto, na segunda, um processo valorativo que levaria em conta a moralidade, e na terceira, haveria a possibilidade de formulação de reformas da interpretação posta anteriormente, o que representaria uma hermenêutica construtiva do direito bem distante do modelo da discricionariedade judicial plena do positivismo de Hart. DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge/London: Harvard University Press, 1986. p. 05. *Ibid.* p. 65.

<sup>68</sup> RODRIGUEZ, César. *Teoría del derecho y decisión judicial em torno al debate entre H.L.A. Hart y R. Dworkin*. In: Hart y R. Dworkin. *La decisión judicial*. Siglo del Hombre Editores, 1997. Descreve muito bem o sistema interpretativo proposto pelo autor norte-americano apontando que enquanto as regras teriam caráter conclusivo, em dinâmica de “tudo ou nada”, os princípios seriam não conclusivos e se submeteriam à sistemática de “ponderação e peso”.

<sup>69</sup> ALEXÝ, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. p. 99. critica a classificação proposta por Dworkin.

<sup>70</sup> DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge/London: Harvard University Press, 1986. p. 338. DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977. pp. 279-290.

<sup>71</sup> DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge/London: Harvard University Press, 1986. p 229.

Crítica pode ser feita à aplicação em sistemas de *civil law* - como o brasileiro - de teorias que concentram grande importância e poder nos julgadores. A concreção do direito pelo judiciário é intrínseca ao sistema de *common law*, que não separa contundentemente o judiciário da função legislativa<sup>72</sup>. A falta de cuidado na transposição de teorias pode levar os aplicadores do direito a excessos perigosos. Excessos, por exemplo, nas escolhas políticas camufladas de princípios.

Internamente, a aproximação da moral ao direito tem no judiciário soldado ativo e corajoso. Mas guerras não são ganhas apenas com coragem. Estratégia é fundamental. O judiciário tomou para si, em ordens jurídicas como a brasileira e a colombiana, o ofício de concretizar direitos e assumiu tarefas que, segundo os padrões de validade do positivismo, corresponderiam ao órgão investido de funções legislativas<sup>73</sup>.

Escritos de Dworkin, Alexy, Habermas e Rawls circularam com bastante popularidade após a constituição de 1988 no Brasil. O Judiciário passou, então, a realizar as escolhas políticas que, por inércia, omissão ou ineficiência, não eram realizadas pelo Legislativo. Para tanto, os esquemas teóricos pós-tudistas serviam de verniz capaz de revestir o estritamente político com roupagem jurídica. Princípios e axiomas serviram de vestimenta.

O fenômeno interno descrito chegou a ser ensaiado na ordem internacional, mas seus limites estruturais impediram o avanço e a consagração desse movimento<sup>74</sup>.

Nenhum outro ramo do direito reconhece seus limites com tanta facilidade como o direito internacional. Quando as relações desandam, as dúvidas afloram e a força prefere, os estudiosos e agentes do direito das gentes confessam seus limites<sup>75</sup>. Não é a primeira vez que se afirma, mas não custa reforçar, que o direito internacional é a mais honesta das especialidades do direito. O direito internacional, pelas próprias limitações estruturais - aperfeiçoadas, mas persistentes, não se sente confortável lançando mão de escapes teóricos para justificar o injustificável - como frequentemente o direito interno testemunha na elasticidade insustentável de construções teóricas ou princípios que nada mais fazem do que justificar realidades políticas.

<sup>72</sup> Tratando das peculiaridades do *common law* - e dos profissionais de direito que atuam em sistemas de *common law* - sob a perspectiva do direito internacional de maneira, contudo, absolutamente aplicável ao direito como um todo, SCHWARZENBERGER, Georg. The fundamental principles of international law. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 87, 1955-I, pp. 191-385. p. 200. Também HEILBORN, Paul. Les sources du droit international. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 11, 1926-I, pp. 01-63. p. 29.

<sup>73</sup> JARAMILLO, Javier Tamayo. *La decisión judicial*: Tomo I. Bogotá: DIKE, 2011. JARAMILLO, Javier Tamayo. *La decisión judicial*: Tomo II. Bogotá: DIKE, 2011.

<sup>74</sup> VERDROSS, Alfred von. Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 52, 1935-II, pp. 191-251. p. 219. WRIGHT, Quincy. The strengthening of international law. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 98, 1959-III, pp. 01-295. p. 226.

<sup>75</sup> Sobre a relação direta entre poder e força, FLEINER-GERSTER, Thomas. *Teoria geral do estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 246.

A aproximação da moral ao direito exige argumentação teórica capaz de sustentar a fundamentação desse casamento. A honestidade na aferição da promiscuidade da política com o direito para além da elaboração da norma ou dos limites da extração de sua normatividade exige apenas franqueza. Essa assunção não seria, contudo, uma rendição. Assumir significa reconhecer os limites do direito das gentes para atuar de forma a aperfeiçoar suas habilidades sistêmicas para ultrapassá-los. O direito internacional pode fazer uso do formalismo do positivismo tradicional para equilibrar as dinâmicas de poder e evitar os empecilhos que as análises valorativas impõem à dinâmica internacional.

O positivismo jurídico tradicional serve mais ao direito internacional que às teorias pós-positivistas. A universalização de aspectos formais conforme escolha mais realista que a idealização da homogeneização do conteúdo material de um corpo normativo ou dos consensos sobre princípios e sobre sua aplicação<sup>76</sup>. O grande desafio que se impõe à aproximação da moral ao direito seria o de estabelecer de forma legítima qual moralidade seria incorporada aos padrões normativos.

Esse é o desafio dos direitos humanos. No direito material, facilmente podem ser identificados e denunciados padrões morais específicos que - revestidos de argumentos jurídicos - nada mais seriam que escolhas políticas<sup>77</sup>. A realidade descrita não seria, de fato, inexoravelmente ruim. Apenas precisaria ser analisada com honestidade. A franqueza em relação ao caráter político do conteúdo uniformizador que se pretende dar ao direito material internacional - não apenas dos direitos humanos - pode garantir o respeito às diferenças mesmo quando o objetivo claro seria o de eliminá-las.

Admitir que o estabelecimento de padrões normativos universais conforma escolha política significa fazer uma faxina nas cortinas colocadas à frente das dinâmicas de poder e exige o resgate do formalismo positivista que regulamenta a validade daquilo que se produz a partir dos acordos celebrados.

Que os direitos humanos sejam defendidos, mas que essa defesa seja feita com honestidade. A aproximação da moral ao direito em contexto global deve ter como base algum tipo de legitimidade voluntarista - produto das dinâmicas do poder - que se mostre capaz de estabelecer os padrões de moralidade que permitam plena aplicação de axiomas ao objetivamente fixado em norma. Ainda que a partir de estruturas alheias ao conteúdo desses acordos.

Não se pode descartar o chamado pós-positivismo jurídico, mas dele deve ser exigida honestidade quanto ao padrão de moralidade escolhido para ser considerado inerente ou definitivo. Para a referida escolha, o direito precisa recorrer ao positivismo tradicional e aos seus esquemas de validade rígidos. A inflexão que pode ser percebida atualmente no direito interno ainda não ocorreu no ordenamento internacional porque seus esquemas de concreção não permitem a ampla produção normativa por instrumentos jurisdicionais.

<sup>76</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional* – Tomo III. Rio: Renovar, 2005. p. 17.

<sup>77</sup> DOUZINAS, Costas. *The End of Human Rights*. Oxford: Hart, 2000.

O direito internacional ainda está em momento anterior. Ainda não cruzou a fronteira da extração de normatividade dos acordos - mesmo ensaiando essa dinâmica. Os desafios e equívocos do constitucionalismo - o brasileiro é um grande exemplo - podem auxiliar a compreensão desse momento e evitar que o direito das gentes reproduza seus erros.

Não se deve afirmar que as teorias valorativas - que trazem a moralidade ao direito - não se aplicariam ao direito das gentes definitivamente. O que se afirma é que tais teorias exigem coesão a respeito dos conteúdos da moralidade a ser levada em consideração. Nos contextos internos, existe - em regra - coesão social capaz de permitir esse tipo de abordagem valorativa do direito. No ordenamento global ainda não.

Coesão moral exige consensos políticos. E tais consensos ainda não são possíveis na dinâmica de poder internacional. Exceção poderia ser verificada nos ambientes regionais de integração. O sistema regional europeu, por exemplo, teve bastante sucesso na harmonização dos máximos locais com os mínimos atingidos no consenso regional<sup>78</sup>. Mas, claramente e por mais que se reconheça o papel do órgão jurisdicional regional na construção da integração da Europa, os mínimos morais verificados fundam-se em tratados estruturados como compromissos bastante positivistas que vinculam suas partes<sup>79</sup>.

A integridade, caso se aplique teoricamente à prática regional no contexto descrito, dependeu de formalismo positivista para ganhar espaço e aflorar. Em estruturas especiais em relação ao geral, podem ser identificados, portanto, acordos políticos que estabilizam conteúdos de moralidade e poderiam permitir o transpasso do positivismo tradicional ao positivismo valorativo pós-tudista. Mas essa é, claramente, uma exceção à regra geral da ordem internacional. Como será proposto adiante, talvez esse seja o dilema do *jus cogens*.

## Considerações finais

A modernidade e o positivismo jurídico não se encontram nas origens do direito internacional, mas o resgate das discussões teóricas sobre sua condição de direito mostra-se extremamente importante. Referenciais teóricos tradicionais permitem, na verdade, tanto a compreensão das atuais dinâmicas do direito das gentes como são também capazes de auxiliar o aperfeiçoamento de suas premissas e estruturas.

Os referenciais teóricos de Hans Kelsen e H.L.A. Hart mostram-se absolutamente habilitados ao que se propõe e plenamente capazes, portanto, de

---

<sup>78</sup> Sobre a substituição do paradigma soberano da independência pelos ideais de integração, SCHWARZENBERGER, Georg. The fundamental principles of international law. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 87, 1955-I, pp. 191-385. p. 214.

<sup>79</sup> A questão teórica ganha contornos fáticos no atual processo de saída - ainda incerto - do Reino Unido da União Europeia. Sobre os mínimos - morais -, WALZER, Michael. *Thick and thin, moral argument at home and abroad*. Notre Dame: undp, 1994.

sustentar formulações relacionadas à fundamentação do direito internacional. Em apertada síntese e sob a perspectiva do participante da ordem global - mormente do estado como sujeito por excelência -, Hart apresenta construção centrada na vontade e vinculada à adesão, isto é, à expressão do desejo político de fazer parte, enquanto Kelsen, ao menos no que se refere às bases formais, percebe o sujeito automaticamente submetido à dinâmica política e, conseqüentemente, ao direito internacional.

Participar não implica, na teoria do autor austríaco, submissão absoluta e o perfeito funcionamento do sistema. A validade de regra impositiva depende no direito das gentes igualmente de sanção - como em sua proposta para o direito em geral - e - na ausência de instituições centrais capazes de coibir descumprimentos - de identificação da coerção na guerra e nas represálias.

Submissão automática ao sistema não significa tampouco adesão tácita ao conteúdo material do conjunto normativo. A participação obrigatória não pode ser igualada à sujeição automática a deveres como muitas vezes busca-se estruturar, por exemplo, o chamado *jus cogens*. Especificamente quanto ao *jus cogens*, sua admissão afasta as construções teóricas voluntaristas e dificulta a adoção de abordagens juspositivistas tradicionais.

Diversas são as formas por meio das quais possível se faz criticar, de fato, as concepções positivistas do direito das gentes. A grande dificuldade de incorporação de axiomas ao direito fazendo uso da técnica positivista - sem abandonar a pretensão de se evitar a fundamentação externa - nesse caso, política - para o jurídico - conforma na atualidade importante dilema do direito como um todo e, também, do direito internacional.

Sem que se considere a validade do que se propõe para o direito como um todo e concentrado o enfoque na topografia de poder peculiar da ordem internacional, seja por voluntarismo ou em razão das tensões entre os sujeitos quanto aos axiomas identificados no direito, tem-se que a política precisa ser admitida como fator central do sistema jurídico internacional. Trata-se de premissa central ao que aqui se propõe.

O Estado - como sujeito internacional de direitos e de obrigações por excelência - ainda responde fundamentalmente pela eficácia do direito das gentes. A dependência que a eficácia - e, também, a efetividade - tem do voluntarismo estatal conduz seu enquadramento teórico com maior facilidade ao positivismo jurídico. O sujeito de direitos não apenas se submete ao conjunto normativo, ele também é responsável pela criação, aplicação, manutenção e cumprimento das regras.

Mas questionamentos estruturais à dinâmica entre direito e política não se aplicam apenas ao ordenamento normativo global. O direito como um todo se vê confrontado pela política e encontra exemplo marcante na concreção constitucional atípica promovida por cortes constitucionais com base em princípios. A dinâmica apontada reproduz-se, ressalte-se, no direito das gentes, claramente, nas limitações impostas pela coordenação à disciplina da proteção do

ser humano, por exemplo. O judiciário interno tem meios para tornar o decidido impositivo. O direito internacional, com suas adversidades intrínsecas, não.

As limitações políticas não retiram, contudo, do direito das gentes seu caráter jurídico. Impossível se faz, contudo, negar suas peculiaridades sistêmicas. Nesse sentido, observa-se que a textura aberta dos princípios constitucionais permite atuação política indireta porque tem a subordinação garantindo-lhe viabilidade. A amplitude conceitual dos direitos humanos, caso utilizada como instrumento de atuação política de órgãos jurisdicionais comuns pode, em contexto diverso, ameaçar o sistema de direito.

Independentemente das ameaças representadas pelos fatores políticos, a maturidade do sistema mundial de direito pode ser identificada, por outro lado, quando analisada sua institucionalidade e seus aspectos estruturais. A falta de hierarquia e de centralização não inviabiliza a coesão atualmente verificada e capaz de atribuir ao sistema características de ordenação e unidade.

As restrições apontadas pelo positivismo jurídico tradicional à aproximação do direito à moral podem ser atualmente transportadas com extrema facilidade ao embate entre o universalismo e o relativismo cultural dos direitos humanos. A necessidade política de incorporação de consensos pretensamente incontroversos ao direito, formulados como princípios, decorreu de contextos históricos vinculados pela doutrina ao extremo formalismo que caracterizava a teoria do direito.

Os esforços para revestir essas escolhas de características jurídicas se deram não apenas por meio da formulação de estruturas lógicas, mas também a partir de consensos - expressos ou tácitos - entre os participantes do discurso. O êxito possível no contexto interno de subordinação não se reproduziu com facilidade na coordenação exigida pelo voluntarismo soberano.

Moral e direito apenas se aproximam como técnica jurídica quando sustentáveis sob perspectiva teórica. No ordenamento interno, a argumentação jurídica mostra-se - atualmente menos que outrora - capaz de fornecer os fundamentos de direito necessários ao discurso. Na esfera internacional, por outro lado, a fundamentação teórica pode ser capaz de dar eficácia ao direito, mas não lhe garante plena efetividade. Os limites à concreção de normativa internacional ou à possibilidade de concreção atípica por extração de normatividade confrontam o aplicador do direito de maneira muito contundente com a política. E as limitações apontadas impõem-lhe a honestidade.

A separação entre moral e direito como dogma do positivismo tradicional imprime a suas teorias maior funcionalidade para o direito das gentes. Separar a moral do direito significa fundamentalmente separar a construção jurídica dos aspectos políticos que lhe são inerentes. A abordagem exigida pelo direito internacional da técnica juspositivista tende a se distanciar na atualidade, entretanto e de maneira contundente, da fórmula originalmente proposta.

Os desafios do pós-positivismo e sua quase absoluta inaplicabilidade a um contexto de coordenação como o do direito internacional reconduzem, conforme

aqui proposto, o direito - e especificamente o direito internacional - ao positivismo jurídico. Essa recondução não prosperaria, contudo, caso não incorporasse os ensinamentos trazidos pela aproximação da moral ao direito, é dizer, da política ao direito.

Se, nas teorias tradicionais e mesmo para o direito das gentes, a separação indicada estava contida em formulação eminentemente construtiva e propositiva, seu uso na forma como se propõe à ordem mundial atual teria características descritivas e instrumentalizaria diagnósticos.

Quando originalmente estruturadas, as teorias positivistas buscavam justificar a validade e a obrigatoriedade das normas jurídicas exclusivamente com base em premissas de direito. O desvio de finalidade dessas propostas formalistas exigiu reformulações capazes de incorporar consensos valorativos, os quais, por sua vez e em análise restrita ao contexto internacional, permitiram confusão da esfera jurídica com a política inerente às relações de poder que o direito pretende organizar.

A incorporação sistemática de valores acabou revelando em diversas de suas dinâmicas, portanto, a promiscuidade existente de forma inerente entre o direito e a política e sugerindo não apenas a inviabilidade da rígida separação, mas também a impossibilidade de se ocultar escolhas políticas no discurso jurídico.

O uso da técnica tradicional que propõe a separação do direito da moral não estaria habilitado, portanto, à justificação - superada em seu momento. Teóricos como Kelsen e Hart e suas estruturas teóricas podem, entretanto, auxiliar a prospecção dos limites políticos do direito das gentes e informar alternativas capazes de instrumentalizar seu aperfeiçoamento estrutural e teórico.

Moral e direito, isto é, direito e política devem não apenas conviver, mas, inclusive, trabalhar de maneira coesa sob perspectiva normativa. Exige-se, para tanto, contudo e preliminarmente, a aplicação de perspectivas de isolamento da esfera jurídica como fórmula para a identificação de seus limites. Uma vez verificado o que é genuinamente direito e o que seria genuinamente política, possível se faz trabalhar a zona cinzenta. Zona à qual a maior parte do direito das gentes insiste em pertencer.

## Referências

- ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, G.E. do; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de direito internacional público**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- ALEXY, Robert. **Direitos fundamentais no estado constitucional democrático**. Revista de Direito Administrativo, São Paulo, n. 217, 1999, p. 55-66.
- ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.
- ARÉCHAGA, Eduardo Jiménez; ARBUET-VIGNALI, Heber; PUCEIRO ROPOLL; Roberto. *Derecho internacional público* – Tomo I. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. Rio: Renovar, 2006.

- BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional** – Tomo II. Rio: Renovar, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional** – Tomo III. Rio: Renovar, 2005.
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.
- BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade; por uma teoria geral da política**. Rio: Paz e Terra, 1987.
- BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política** – Vol. 1. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2010.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. The access of individuals to international justice. *The Collected Courses of the Academy of European Law*, vol. XVIII/1. Nova Iorque: Oxford University Press, 2011.
- CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.
- CARVALHO RAMOS, André de. Direitos humanos: a crise dos tratados internacionais nacionais e a teoria do duplo controle. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, v. 15, n. 357, 2011.
- CASELLA, Paulo Borba. **BRIC: Uma perspectiva de cooperação internacional**. São Paulo: Atlas, 2011.
- CASELLA, Paulo Borba. Conceito de sistema, contexto internacional e pós-modernidade. In: ADEODATO, João Maurício; BITTAR, Eduardo C. B. (Org.) - **Filosofia e Teoria Geral do Direito: estudos em homenagem a Tércio Sampaio Ferraz Junior por seu septuagésimo aniversário**. São Paulo: Quartier Latin, 2011.
- CASELLA, Paulo Borba. Evolução institucional do direito internacional: à luz do cinquentenário do conceito de direito de Hart (1961). In: **Revista Brasileira de Filosofia**. Ano 60, Vol. 236, janeiro-junho, 2011. pp. 313-329.
- CASSESE, A.. Modern constitutions and international law. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 192, 1985-III, pp. 331-476.
- CLAPHAM, Andrew. Brierly's law of nations. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- DAMROSCH, Lori Fisler. Enforcing international law through non-forcible measures. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 269, 1997, pp. 09-250.
- DE VISSCHER, Charles. La codification du droit international. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 6, 1925-I, pp. 325-455.
- DESCARTES, René. **Discurso sobre o método**. Porto Alegre: L&PM, 2009
- DOLINGER, Jacob. Dignidade: o mais antigo valor da humanidade. Os mitos em torno da declaração universal dos direitos do homem e da constituição brasileira de 1988. As ilusões do pós-modernismo/pós-positivismo. A visão judaica. **Revista do Direito Constitucional e Internacional**. Ano 18, v. 70, p. 60-61, jan.-mar/2010.
- DOLINGER, Jacob. The case for closing the UN: *international human rights: a study in hypocrisy*. Jerusalem: Gefen Publishing House, 2016.
- DOUZINAS, Costas. *The End of Human Rights*. Oxford: Hart, 2000.
- DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here?* Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2006.
- DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge/London: Harvard University Press, 1986.
- DWORKIN, Ronald. *Matter of principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985.
- DWORKIN, Ronald. *Sovereign virtue: the theory and practice of equality*. Cambridge/London: Harvard University Press, 2002.
- DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

- EMERSON, Ralph Waldo. *Essays and lectures*. New York: The Library of América, 1982.
- FLEINER-GERSTER, Thomas. **Teoria geral do estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nau, 2002.
- FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. São Paulo: Graal, 2009.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 33ª ed. Petrópolis: Vozes, 2007.
- GIRAUD, Emile. Le droit international public et la politique. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 110, 1963-III, pp. 419-809.
- GUGGENHEIM, Paul. Contribution à l'histoire des sources du droit des gens. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 94, 1958-II, pp. 01-84.
- HART, H.L.A. *The concept of law*. Oxford: Clarendon Press, 1961.
- HEILBORN, Paul. Les sources du droit international. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 11, 1926-I, pp. 01-63.
- HIGGINS, Rosalyn. *Problems and process: international law and how we use it*. Oxford: Clarendon Press, 1994.
- INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Report of the Study Group of the International Law Commission*. UN Doc A/CN.4/L.682. 2006.
- JARAMILLO, Javier Tamayo. *La decisión judicial*: Tomo I. Bogotá: DIKE, 2011. JARAMILLO, Javier Tamayo. *La decisión judicial*: Tomo II. Bogotá: DIKE, 2011.
- JELLINEK, Georg. *Das Recht des modernen Staates*. Berlin: Verlag von O. Häring, 1900.
- KELSEN, Hans. Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 14, 1926-IV, pp. 227-331.
- KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre – Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*. Leipzig und Wien: Franz Deuticke, 1934.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra: Armênio Amado, 1974.
- KELSEN, Hans. Théorie du droit international public. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 110, 1953-III, pp. 01-203.
- KOSKENNIEMI, Martti. *From apology to utopia: the structure of international legal argument*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2005.
- KOSKENNIEMI, Martti. The Politics of International Law – 20 Years Later. *The european journal of international law*. Vol. 20 nº 1 EJIL 2009.
- KOSKENNIEMI, Martti. The politics of international law. *The european journal of international law* 1, 4 - 1990.
- LOCKE, John. *Two treatises of government*. London: Guernsey Press, 1986. p. 160.
- ROUSSEAU, Jean-jacques. *Du contrat social*. Paris: Union Générale d'Éditions, 1973.
- MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de; PONTES, Jean. Hans Kelsen e a Prevalência do Direito Internacional: um lugar para a Grundnorm. In: Florisbal de Souza Del Olmo; Valesca Raizer Borges Moschen. (Org.). *Direito Internacional*. 1ed. Florianópolis: CONPEDI, 2015, v. , p. 1-16.
- MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de direito internacional público** – v 1. Rio: Renovar, 1994.
- QUADRI, Rolando. Le fondement du caractère obligatoire du droit international public. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 80, 1952-I, pp. 579-633.
- RAWLS, John. *A theory of justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1971.
- REUTER, Paul. Principes de droit international public. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 103, 1961-II, pp. 425-656.
- RODRIGUEZ, César. Teoría del derecho y decisión judicial em torno al debate entre H.L.A. Hart y R. Dworkin. In: *Hart y R. Dworkin. La decisión judicial*. Siglo del Hombre Editores, 1997.

- ROUSSEAU, Jean-jacques. *Du contrat social*. Paris: Union Générale d'Éditions, 1973.
- SANTOS, Boaventura de Souza. Uma concepção multicultural de direitos humanos. *In: Lua Nova: Revista de Cultura e Política* 39, 1997.
- SCHEUNER, Ulrich. L'influence du droit interne sur la formation du droit international. *In: Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 68, 1939-II, pp. 95-206.
- SCHWARZENBERGER, Georg. The fundamental principles of international law. *In: Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 87, 1955-I, pp. 191-385.
- SIMMA, Bruno. From bilateralism to community interest in international law. *In: Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 250, 1994-VI, pp. 217-384.
- TAVERNIER, Paul. L'identification des règles fondamentales, un problème résolu? *In: TOMUSCHAT, Christian. THOUVENIN, Jean-Marc. (Eds.) The fundamental rules of the international legal order: jus cogens and obligations erga omnes*. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2006.
- TELLES JUNIOR, Goffredo. **Iniciação na ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 2002. pp. 3-11. e MASCARO, Alysson Leandro. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Atlas, 2011.
- TOMUSCHAT, Christian. Obligations arising for states without or against their will. *In: Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 241, 1993
- VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. **Teoria do estado e a unidade do direito internacional** - domesticando o rinoceronte. Belo Horizonte: Arraes, 2016.
- VELASCO, Manuel Diez de. *Instituciones de derecho internacional público* – Tomo I. Madrid: Editorial Tecnos, 1978.
- VERDROSS, Alfred von. Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale. *In: Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 52, 1935-II, pp. 191-251. p. 219.
- VISSCHER, Paul De. Les tendances internationales des constitutions modernes. *In: Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 80, 1952-I, pp. 511-578.
- VITÓRIA, Francisco de. **Os índios e o direito da guerra: de indies et de jure belli relectiones**. Ijuí: UNIJUI, 2006.
- WALZER, Michael. *Thick and thin, moral argument at home and abroad*. Notre Dame: undp, 1994.
- WEIL, Prosper. Le droit international en quete de son identité: cours général de droit international public. *In: Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 237, 1992-VI, pp. 09-370.
- WRIGHT, Quincy. The strengthening of international law. *In: Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 98, 1959-III, pp. 01-295.
- YUEN-LI, Liang. Le développement et la codification du droit international. *In: Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 73, 1948-II, pp. 407-532.
- ZOLLER, Elisabeth. Aspects internationaux du droit constitutionnel: contribution à la théorie de la fédération d'Etats. *In: Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 294, 2002, pp. 39-166.

# As várias faces da proteção integral

Rosângela M. A. Zagaglia<sup>1</sup>

## Resumo

Os problemas suscitados no âmbito do Sistema de Garantia de Direitos das Crianças e dos Adolescentes estão atravessados pelas distintas concepções jurídicas e sociais sobre o atendimento às crianças e adolescentes em conflito com a lei. O que se apresenta é uma descrição teórica sobre os aspectos fundamentais que têm guiado o funcionamento do Sistema de Garantia de Direitos das Crianças e dos Adolescentes brasileiros, destacando alguns aspectos da realidade social que atravessa grande parte dos adolescentes infratores da lei, para assinalar alguns pontos de discussão e reflexão. O objetivo é de fundamentação epistemológica na construção de conhecimentos científicos a partir da conceituação histórica, sociológica, jurídica, psicológica e humana, de forma ampla e profunda, em razão de decisões judiciais, em várias Instâncias e Tribunais onde é utilizada a doutrina da proteção integral adotada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (artigo 1º da Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990), mas que atingem à criança e ao adolescente, bem como imprimem marcas e sequelas em seu desenvolvimento. Ao final, constata-se a utilização da doutrina da proteção integral por fatores que desconsideram o desenvolvimento e a necessidade de um ser em peculiar condição de desenvolvimento.

**Palavras-chave:** Sistema de garantia de direitos das crianças e dos adolescentes; doutrina da proteção integral; crianças e adolescentes; pessoas em desenvolvimento.

## Abstract

The problems raised in the scope of the System of Guarantee of Children and Adolescents are crossed by the different legal and social conceptions on the care of children and adolescents in conflict with the law. What is presented is a theoretical description on the fundamental aspects that have guided the functioning of the System of Guarantee of Rights of Brazilian Children and Adolescents, highlighting some aspects of the social reality that crosses most of the adolescents who violate the law, to point out some points of discussion and reflection. The objective is to provide epistemological foundation in the construction of scientific knowledge from the historical, sociological, juridical, psychological and human conception, in a wide and possible way, due to judicial decisions, in several instances and courts where the doctrine of protection is adopted by the Statute of the Child and Adolescent (Article 1 of Law No. 8,069 of July 13, 1990), but which affect children and adolescents, as well as imprinting marks and sequels on their development. In the end, it is verified the use of the doctrine of integral protection by factors that disregard the development and the need of being in a peculiar developmental condition.

<sup>1</sup> Defensora Pública; Doutora pelo Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da UERJ na área Transformações do Direito Privado, Cidade e Sociedade, linha de pesquisa Direito Civil. Doutora pelo Programa de Pós-graduação da Universidad del Museo Social Argentino. Professora da Graduação e da Pós-graduação em Direito Especial da Criança e do Adolescente da Faculdade de Direito da UERJ, Professora da Graduação/EAD da UNESA, em Direito da Criança e do Adolescente.

## Introdução

A doutrina da proteção integral situa-se historicamente nos fins do século XX, quando pela promulgação da Convenção dos Direitos das Crianças de 1989, instaura-se um processo de não retorno com uma nova concepção e configuração da infância e da adolescência. Esse processo teve início com a Declaração dos Direitos das Crianças de 1959, mas é a partir da Convenção de 1989 quando se dá um giro drástico e inquestionável para que as crianças e os adolescentes sejam transformados em sujeitos de direitos e ao mesmo tempo de deveres. Esse processo tem transcurso histórico muito importante, pois mostra finalmente que se deve considerar a criança e o adolescente como sujeito de direito que pode perceber e pensar autonomamente, ou seja, um sujeito pleno de direitos e não um incapaz representado por adultos.

Para tanto, visando explicar os propósitos do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA (Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990) - e verificar se os tribunais brasileiros estão considerando a peculiar condição de desenvolvimento dessas pessoas no momento da realização da doutrina da proteção integral, assegurada pelo artigo 1º, da Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990, utiliza-se a técnica de pesquisa bibliográfica e documental na intenção de construir conhecimentos quanto ao conceito amplificado da doutrina da proteção integral da criança e adolescente, angariando elementos suficientes para subsidiar a verificação do cumprimento, na prática dos tribunais brasileiros, do princípio da peculiar condição de pessoa em desenvolvimento.

Para o momento da investigação, o método escolhido é o dedutivo, partindo-se da hipótese de que o Estatuto da Criança e do Adolescente, ao adotar a doutrina da proteção integral, foi influenciado pelo regulamento internacional, evoluindo do anterior texto normativo que sequer mencionava direitos e garantias aos menores de idade, para um estatuto garantista e participativo. Destarte, deduz-se que são assegurados direitos fundamentais à criança e ao adolescente brasileiros, fornecendo-lhes instrumentos de direito processual e material no desígnio de tutelar o direito à vida e promover o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social em condições de liberdade e respeito, proporcionando dignidade por meio da proteção integral, especialmente por serem pessoas em peculiar condição de desenvolvimento.

Ao final, defende-se que a proteção dos direitos das crianças e do adolescente se faz por meio do respeito às garantias constitucionais e estatutárias, responsabilidade maior dos juristas e aplicadores do direito. Contudo, verifica-se que a doutrina da proteção integral está sendo aplicada pelos tribunais brasileiros por meio de fatores que desconsideram o desenvolvimento e a necessidade de um ser em peculiar condição de desenvolvimento.

## **Fundamentação epistemológica da proteção integral: conceituação histórica, sociológica, jurídica, psicológica e humana**

A proteção integral das crianças e dos adolescentes é uma doutrina amplamente adotada pelos países signatários da “Convenção das Nações Unidas Sobre Direitos da Criança”, emitida em 20 de novembro de 1989 pela Assembleia Geral das Nações Unidas e oficializada como lei internacional em 1990, ano em que foi promulgada e aprovada no Brasil, por meio do Decreto Legislativo nº 28, de 14 de setembro de 1990. Contudo, sua prática guarda peculiaridades em cada um dos países signatários, diretamente influenciada pelos reflexos socioeconômicos e culturais de cada região. Por exemplo, a maneira como foi implantada a doutrina da proteção integral das crianças e dos adolescentes na Europa não é a mesma que aconteceu no Brasil, devido especialmente ao legado histórico marcado pela escravidão, pela desigual distribuição de renda, pelo baixo nível educacional e pelos índices negativos de desenvolvimento histórico-econômico.

Nesse contexto desfavorável ao desenvolvimento das crianças e dos adolescentes, ao longo da história brasileira essas pessoas têm assumido diferentes papéis nos diversos contextos em que se inserem, como na família, na sociedade, no Estado e no próprio sistema jurídico.

Este capítulo tem a função de prólogo, por essa razão é destinado à definição ampla e profunda da doutrina da proteção integral a partir de sua fundamentação epistemológica dos conceitos histórico, sociológico, jurídico, psicológico e humano.

### **Fundamentação histórica da doutrina da proteção integral**

Remontando alguns anos na história da humanidade, é possível verificar que, em meados do século XVII, teve início um curso de mudança de paradigma na forma de se conceber e de se ter acesso ao conhecimento humano sobre o mundo. Esta ruptura se origina, fundamentalmente, no marco do desajuste do sistema supranacional medieval, que implicava a superação do conhecimento teológico como princípio explicativo da fenomenologia universal e igualmente o desequilíbrio do modelo feudal como forma organizativa social.

O rompimento do modelo escolástico ocorre de maneira tão progressiva quanto radical, trazendo como consequência uma nova visão de mundo caracterizada pela substituição do princípio teológico pelo princípio de racionalidade. Este não tardou em começar a obter resultados positivos dando respostas lógicas do acontecer fenomenológico da realidade.

A partir de então, o princípio da razão segue seu curso em plena atividade na tarefa de explicar fenômenos universais. Como não poderia acontecer de outra forma, o fenômeno jurídico não ficou imune às influências da nova concepção de mundo, regida pelo princípio da racionalidade. Diante da derrocada do modelo

jurídico provindo das divindades, busca-se um sistema racional de normas válidas em todo tempo e lugar, expectativa que acabou satisfeita com o direito que ocupou lugar central no subsequente desenvolvimento da teoria político-jurídica. Essa busca acabou impulsionando a separação entre as normas criadas pelos humanos e as normas de origem divina, contudo sem deixar de admitir a possibilidade de uma coexistência pacífica entre elas.

A diminuição do poderio e incidência do princípio de autoridade religiosa para dar abertura ao princípio da racionalidade fazia surgir não apenas uma nova proposta lógica, metodológica e ao mesmo tempo gnosiológica, mas implicava uma nova postura ontológica do “ser” das pessoas, social e individualmente concebidas, o que se traduziu, também, numa maior aproximação do indivíduo à sua condição humana pelo fato de se reconhecer em sua mutabilidade. Implicou, ademais, no autoconhecimento do infinito potencial existente no seu interior e que o colocou frente à nova moralidade muito mais terrena e enfocada na própria condição humana.

Neste panorama, a inquietude intelectual que dominara o “como fazer” das ações humanas acontecia de modo natural, não planejado, do mesmo modo que era natural a necessidade de saber se essas ações também eram inerente à condição humana, o que explica, dentre outras coisas, porque a humanidade nunca parou de buscar os instrumentos e ferramentas que legitimaram sua nova condição social e pessoal.

Entre os séculos XIV e XVI surgiram movimentos que formaram um cenário perfeito para uma mudança de atitudes, a exemplo do Renascimento e da Reforma. O Renascimento se traduz na descoberta do mundo e da condição humana inserida nesse contexto, onde o centro das atenções era a vida, a que se amava intensamente na mesma medida em que as coisas terrenas, cujas ideias serviriam para impulsionar o progresso das ciências; e a Reforma Protestante, cujos idealizadores trataram de criar, a partir da religião, uma irreverência quase inaceitável para um ser humano simples da época, mas cheio de fé e dono de seu destino, centro do universo e com uma vontade interior que o fortaleceu no individualismo como fonte de liberdade interna.

Nessa mesma época, Nicolau Maquiavel (1469-1527) presenciou e participou do rompimento do modelo anterior de sociedade e, seguindo as transformações da realidade de então, mostrou interesse pelo poder, seu desenvolvimento, explicação e fundamentação teórica, o que veio acompanhado pelo fato de ter presenciado o fim do princípio de autoridade religiosa ao ver que o Papado havia se convertido num reino a mais e não no cume da pirâmide teológico-feudal. Nicolau Maquiavel revolucionou o padrão medieval da época, ao escrever “o príncipe”, de cunho humanista, afastado da teologia e dos aspectos morais e religiosos. Nessa obra desenvolve outro conceito de moral e ética, não provinda da divindade, mas do mundo prático (GRUPPI, 1986, p. 10).

Com o abandono do princípio teológico, era preciso inserir a ideia de ordem em um conceito capaz de sustentar o crescente desenvolvimento da sociedade de

então e as constantes mudanças e avanços que estavam ocorrendo como produto de sua própria dinâmica de gestação, o conceito de lei, impregnado da firmeza e contundência do recurso que deve dar conta da contingência das mudanças, das novas experiências, do crescimento, da mobilidade social, entre outros. Assim acontece o nascimento do direito positivo, que serviu para constituir o Estado, para delimitar seu funcionamento e para mostrar os limites do espaço de seus cidadãos, entre outras funções.

A forma como se vê refletida nessa nova concepção ontológica do ser humano passa pela revisão do conceito de pessoa, juridicamente falando. Se é certo que se trate de processos históricos, também é correto que esses processos produzam resultados determinantes à configuração jurídica dos modelos políticos hoje existentes, de maneira tal que, até o presente, as formas jurídicas de organização dos seres humanos estão condicionadas pelo conceito de pessoa humana concebido àquela época e que progressivamente foi sendo consolidado.

De modo muito particular, a estrutura interna do Estatuto da Criança e do Adolescente rompe de algum modo a forma normal das leis, uma vez que desenha desde princípios normativos que se traduzem logo em normas particulares e as que acolhem a singularidade da matéria que aborda. Tais princípios implicam os espaços sociais e pessoais conquistados nos processos históricos, de maneira tal que não é demais advertir o fio condutor que determina o ponto de chegada.

Não se reconhecem no Estatuto da Criança e do Adolescente nem na Doutrina da Proteção integral que o determina direitos e garantias senão porque as legislações de um sistema como o brasileiro estão, em boa maneira, condicionadas por razões e processos históricos nos quais foram criadas novas formas de interação entre os indivíduos e o Estado. Interação que vem determinada pelo respeito que lhe deve o Estado aos espaços conquistados pelo cidadão em sua máxima expressão social.

O Estatuto da Criança e do Adolescente é um microsistema jurídico completo, composto por princípios e regras distribuídas em três blocos: as normas sobre políticas públicas dirigidas obrigatoriamente a todos os adolescentes, independente da situação em que estejam; as normas que regem as medidas de proteção dirigidas a todas as crianças e adolescentes que estejam correndo risco pessoal ou social, sem terem cometido nenhum ato infracional; as normas que regem o tratamento dispensado pelo estatuto aos adolescentes que se encontram em conflito com a lei.

Esse microsistema normativo triplo, formado por normas de políticas públicas direcionadas à prevenção primária; por normas de medidas de proteção voltadas à prevenção secundária e as normas de medidas sócioeducativas, que compõem a prevenção terciária, se realiza de modo harmônico, sendo que o acionamento de cada um deles é gradativo. Assim, quando as políticas públicas preventivas não alcançarem a criança e o adolescente, o sistema secundário é acionado por meio do Conselho Tutelar, e se o adolescente estiver vivendo alguma situação em conflito com a lei, em que se lhe atribua a prática de ato

infracional, ativa-se o terceiro sistema de prevenção, que é o operador das medidas socioeducativas pelo sistema de justiça.

Esses três blocos de normas se completam e formam o microsistema jurídico do Estatuto da Criança e do Adolescente, representando, por meio de práticas descentralizantes das políticas infanto-juvenis, uma divisão de responsabilidades entre instituições municipais, estaduais e nacionais. Destarte, o afastamento da família ou a internação do adolescente em conflito com a lei em instituições socioeducativas, que antes eram práticas correntes por força da Doutrina da Situação Irregular, agora são realizados apenas em situações extremas.

## **Fundamentação política da doutrina da proteção integral**

Na nova sociedade que nasceu depois de profundas mudanças sociais, dirigida por um novo indivíduo consciente da força modeladora do princípio da razão que lhe assistia e que acabara de descobrir, foram realizadas transformações de transcendência considerável.

A ideia que se tem de governo moderno fundamenta-se nas premissas teóricas edificadas pelo iluminismo, principalmente na fonte dos teórico-contratualistas, como Thomas Hobbes (1588-1679), John Locke (1632-1704), Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) e Emanuel Kant (1724-1804). Foi nesse panorama que Thomas Hobbes, teórico do absolutismo, desenvolveu sua proposta filosófico-política e ajudou a romper o paradigma do modelo de Estado até então conhecido.

Thomas Hobbes consolidou sua abordagem teórica num momento em que a superação do princípio teológico, como princípio explicativo dos fenômenos, havia trazido como consequência a ideia de que Deus e tudo o que lhe fora pertinente deveria ser abordado pela teologia e, de outra parte, a natureza e seu conhecimento deveriam ser tratados pela filosofia. A partir dessa distinção, foi possível criar um modelo de ordem social baseado na lei escrita, criada pelos homens e não por Deus. Em tal sentido, Thomas Hobbes se esforçou para mostrar que o princípio de razão, que tão bons resultados havia aportado nas áreas do saber, gerando uma sensação de domínio e controle sobre todo tipo de acontecimentos, seria também satisfatoriamente aplicado ao âmbito do social, à conformação do Estado assim como a sua estruturação jurídica.

Nesse sentido, Thomas Hobbes começou a repensar as configurações originárias do Estado e propôs desmembrar e separar cada uma das vontades que as conformam para reagrupá-las novamente através de um procedimento específico que evidencia uma nova forma de ordem.

O método de reestruturação do Estado que Thomas Hobbes propôs vai da singularidade da vontade de cada cidadão até a conformação definitiva do Estado, passando pelo contrato que subscrevem os intervenientes. Cada participante se encontrou em igualdade de condições frente aos outros e, por isso, ninguém está facultado para governar, decidir ou mandar. Isso é o que Hobbes chamou de Estado de Natureza, entendido como uma condição do Estado Social em que

não existem limitações impostas por terceiros e em que devem ser expressas com a maior habilidade possível as potencialidades pessoais para poder sobreviver. É a condição social na qual todos têm direito a tudo e somente os limitam suas próprias capacidades:

Tendo assim estabelecido os alicerces para o assunto ao qual me propus, demonstro primeiramente que o estado dos homens sem a sociedade civil (ao qual podemos corretamente chamar de Estado de Natureza), nada mais é que uma guerra de todos contra todos, e nesta guerra, todos os homens têm direitos iguais sobre todas as coisas; e em sequência, que todos os homens assim que entendem esta condição odiosa (até porque a natureza os compele a isto) desejam livrar-se dessa miséria. Mas isso não pode ser feito a menos que, através de um pacto, abdicuem do direito pelo qual todos são possuidores de todas as coisas (HOBBS, 2009, p. 14-15).

Portanto, este homem precário, de sentimentos egoístas, ambicioso, passional, que se sente completamente livre, estava dotado de razão, princípio humano que lhe indicaria que as condições do Estado de Natureza deveriam ser superadas, pelo que aparece a figura do pacto sustentado sobre a ideia de um acordo de todos, gerando a possibilidade de criar um espaço alternativo à guerra e ao caos. Porém, essa ideia não teria êxito ao menos que se fizesse repousar em formas de controle exercido por alguém específico a quem se cederia uma cota dos direitos da maioria, as quais seriam manejadas no sentido do benefício e da utilidade comuns.

Para Thomas Hobbes (2009, p. 15), aquele que exercer o controle em benefício coletivo deve fazê-lo tendo como base pautas ou regras de conduta, de obrigatório cumprimento, que deverão observar todos sem exceção, o que viria por meio natural através da convicção pessoal que dita a razão correta, assinalando que este é precisamente o caminho adequado para a obtenção da paz.

Indistintamente do tipo e forma de contratação que Thomas Hobbes (2009, p. 15) propôs, por meio do seu pacto, no qual o importante é advertir que essa proposta só poderia funcionar fundamentada em uma estrutura normativa que estabeleceria claramente as regras do jogo, tanto para quem está encarregado da administração do poder como para os súditos, e desde que a normatividade estivesse sob o controle humano e não divino. Surge assim o império da lei criada pelo homem e que atuaria como instrumento suficientemente contundente para o resguardo de que a vontade da minoria seria atendida e obedecida por todo o social. Hobbes é contundente em expressar que não existem dois poderes, mas apenas um, o poder que provém do Estado (2009, p. 54).

O Estado não é criação divina e seu funcionamento não é regido por leis que vêm impostas pela vontade de Deus, isso também reconsiderou o problema ontológico da condição do homem, pois agora este se converteu no protagonista de seus acertos e desventuras e se colocou no centro da tomada de decisões dos

assuntos de seu interesse. A partir de então, as leis criadas pelos homens são entendidas como dispositivos normativos de natureza imperativo-coativa criadas em forma exclusiva por quem exerce o poder soberano para o exercício do controle da sociedade.

Diz-se que um Estado é instituído quando uma multidão de homens concorda e pactua, cada um com cada um dos outros, que a qualquer homem ou assembleia de homens a quem seja atribuído pela maioria o direito de representar a pessoa de todos eles (ou seja, de ser seu representante), todos sem exceção, tanto os que votaram a favor dele como os que votaram contra ele, deverão autorizar todos os atos e decisões desse homem ou assembleia de homens, tal como se fossem seus próprios atos e decisões, a fim de viverem em paz uns com os outros e serem protegidos dos restantes homens. É desta instituição do Estado que derivam todos os direitos e faculdades daquele ou daqueles a quem o poder soberano é conferido, mediante o consentimento do povo reunido (HOBBS, 1983, p. 61).

Em sentido amplo, esse é o processo que acontece dentro da filosofia política como a estruturação do Estado moderno, cuja instauração e funcionamento com base na lei escrita de origem humana significaram o império do jurídico assim como os primeiros passos do que, posteriormente, conhecer-se-á como Estado de Direito, teoria cujo originário desenvolvimento se localiza historicamente na Alemanha (FRANCA FILHO, 1997, p. 110).

A proposta hobbesiana foi emoldurada no que se denominou uma concepção individualista das liberdades que se originam com o jusnaturalismo, que se encarrega de converter o sujeito em titular de seus direitos com base na igualdade.

Nessa perspectiva, o contrato social é o instrumento de edificação da sociedade política, processo que se produz por vontade e decisão dos indivíduos. Isso significou que o Estado que nasceu desse acordo só veio a consolidar e a ordenar o que já existia, vale dizer, não é criador de nada e não apareceu para fundar nada, mas apenas para reconhecer. Esse modelo, a organização de sujeitos politicamente ativos, conformou em si mesmo um poder constituinte autônomo que precede os poderes criados com o Estado mediante um Pacto. É aí que o constitucionalismo moderno assenta suas raízes, na necessidade de garantir os direitos e liberdades reconhecidos.

Por exemplo, a relação entre o indivíduo e o Estado, de igual forma que a relação que se dá entre súdito e amo se rege por uma correlação de forças, de tal modo que se o Estado respeita os direitos e se constitui sobre um modelo garantista e protetor de espaços reconhecidos universalmente como próprios dos cidadãos, nesse Estado o indivíduo tem um espaço prudencial no qual se move e se desenvolve em sua dinâmica social e pessoal. E, ao contrário, se o Estado é arbitrário, repressivo e expressa sua razão mediante a aplicação de um máximo controle, nesse modelo o indivíduo conta com pouco espaço de mobilidade, não podendo se expressar sobre tudo e na melhor medida possível; significa que a folga em matéria de decisões é de total domínio e controle do Estado. Onde há maior espaço para o Estado, há menor espaço para o indivíduo e vice-versa.

Portanto, o findar do século XVII e o porvir do século XVIII trazem consigo o apogeu do absolutismo moderno proposto por Thomas Hobbes e assumido parcialmente por seus seguidores e, com ele, a conduta de novas exigências políticas por parte da cidadania, assim como de novos compromissos assumidos por quem exercia o poder soberano. O curso do século XVIII esteve marcado pela cristalização das novas abordagens que já vinham sendo gestadas desde o Renascimento, e que, de maneira progressiva, foram tomando forma. Tais abordagens tiveram sua expressão jurídica num momento histórico que se conhece como a ilustração e que se identificou basicamente por uma considerável redução na desumanidade no trato dos governados, fomento da educação popular, processo de equalização dos súditos frente à lei, afirmação da liberdade religiosa, limitação da tortura judicial.

Nesse cenário em que imperou a razão, entendida como uma energia, uma força que não pode ser compreendida fora de seu exercício e em sua ação, são necessários alguns apontamentos sobre John Locke (1632-1704), que foi quem também mostrou interesse na questão da formação do Estado e sua fundamentação lógico-jurídica. Então, noções como irrepetibilidade, singularidade e originalidade se entendiam estreitamente vinculadas ao conceito de ser humano, dando ao homem uma nova dimensão ontológica.

John Locke discordava da pretensão absolutista do poder, inclinando-se pelo regime burguês representativo. Partiu do conceito de Estado de Natureza, mas no sentido de que os indivíduos são iguais e livres e de que o Estado de Natureza não é um estado de guerra. Para ele, os sujeitos ativos políticos se organizaram e confiaram o exercício do poder a alguns poucos que o exerciam sobre a base de limitações e por via de representação. Tal representatividade era produto do livre consentimento de todos, na medida dos seus direitos:

Para compreender corretamente o poder político e traçar o curso de sua primeira instituição, é preciso que examinemos a condição natural dos homens, ou seja, um estado em que eles sejam absolutamente livres para decidir suas ações, dispor de seus bens e de suas pessoas como bem entenderem, dentro dos limites do direito natural, sem pedir a autorização de nenhum outro homem nem depender de sua vontade. Um estado, também, de igualdade, onde a reciprocidade determina todo o poder e toda a competência, ninguém tendo mais que os outros; evidentemente, seres criados da mesma espécie e da mesma condição, que, desde seu nascimento, desfrutam juntos de todas as vantagens comuns da natureza e do uso das mesmas faculdades, devem ainda ser iguais entre si, sem subordinação ou sujeição, a menos que seu senhor e amo de todos, por alguma declaração manifesta de sua vontade, tivesse destacado um acima dos outros e lhe houvesse conferido sem equívoco, por uma designação evidente e clara, os direitos de um amo e de um soberano (LOCKE, 1994, p. 83).

Liberdade e igualdade em John Locke são estados próprios da condição humana e sobre eles estrutura a fundamentação da filosofia liberal burguesa, juntamente com sua abordagem sobre o direito de propriedade ao que entendeu como conatural à condição humana, traduzindo-o na capacidade inata que se tem de transformar qualquer coisa que a natureza haja proporcionado, sacando-a de seu estado original e colocando-a ao serviço da satisfação de uma necessidade pessoal (LOCKE, 1994, p. 97).

Para John Locke, as razões que levaram os indivíduos a abandonar o estado de natureza, mesmo não sendo um estado de guerra, foi a preservação da propriedade. Também desenhou, mesmo que de forma incipiente, a teoria da separação dos poderes, que já havia sido mencionada por Aristóteles de Estagira (385-322 a.C.), em sua clássica obra “política”, escrita por volta de 325 a.C., onde encara, além dos poderes políticos, a estrutura e o comportamento das autoridades administrativas e judiciárias<sup>2</sup> e que, tempos depois, viria a ser retomada e desenvolvida em sua máxima expressão por Charles de Montesquieu (1689-1755).

A proposta de Aristóteles sobre a separação dos poderes do Estado estava estreitamente vinculada às limitações que John Locke entendeu como necessárias ao exercício do poder, argumentando que, se o Estado se instaurou com objetivos muito bem delimitados, era óbvio que seu exercício não poderia degenerar em arbitrariedade, ao contrário, deveria estar sempre ao serviço dos interesses dos súditos e, fundamentalmente, do resguardo de seus interesses. Daí que sua abordagem distancia muito da de Hobbes, apesar de nascer de um tronco comum, qual seja, o Estado de Natureza.

Em John Locke tanto como em Thomas Hobbes a constituição do Estado e seu funcionamento se apoiaram firmemente no recurso da lei escrita de criação humana, sendo que na proposta de John Locke funciona como barreira de contenção diante dos excessos do soberano. A lei é concebida não apenas como mecanismo de controle, mas sua criação é colocada ao serviço do controle de comportamento dos indivíduos e do próprio Estado.

No marco dessa mesma filosofia e havendo recebido a influência de Thomas Hobbes, de John Locke e outros estudiosos do assunto, importa destacar alguns pontos importantes da doutrina de Charles de Montesquieu para essa pesquisa, que foi quem comungou com a ideia de entender e compreender a sociedade a partir dos mesmos princípios explicativos das ciências naturais. Charles de Montesquieu descobriu que o funcionamento das sociedades foi manejado por leis intrínsecas distintas às do mundo físico e submetidas à vontade dos particulares, pelo que advertiu que deveriam ser criadas leis por parte da autoridade em procura da paz social.

---

<sup>2</sup> “Em todo governo, existem três poderes essenciais, cada um dos quais o legislador prudente deve acomodar da maneira mais conveniente. Quando estas três partes estão bem acomodadas, necessariamente o governo vai bem, e é das diferenças entre estas partes que provêm as suas. O primeiro destes três poderes é o que delibera sobre os negócios do Estado. O segundo compreende todas as magistraturas ou poderes constituídos, isto é, aqueles de que o Estado precisa para agir, suas atribuições e a maneira de satisfazê-las. O terceiro abrange os cargos de jurisdição” (ARISTÓTELES, 2004, p. 19).

Normalmente atribui-se à proposta de governo limitado pela divisão dos poderes de Charles de Montesquieu o lançamento da semente que fez germinar o constitucionalismo moderno adotado pela Declaração de Direitos da Virgínia de 1776<sup>3</sup> e transformado em princípio fundamental da organização política liberal, expressa no artigo XVI da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789: “toda sociedade que não assegura a garantia dos direitos, nem determina a separação de poderes, não tem Constituição” (Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789). Essa declaração marca o início do Estado de Direito.

A teoria da divisão dos poderes não só estruturou o poder sobre a base da separação de funções como trouxe uma nova funcionalidade política na qual a alocação de funções separadamente limitou o poder do soberano e garantiu a liberdade do cidadão.

Em matéria de constituição do Estado, é evidente que tanto Thomas Hobbes, como John Locke e Charles de Montesquieu formularam propostas políticas filosóficas em que os espaços de reconhecimento e respeito pelos direitos inerentes ao ser humano foram abertos, individualmente concebidos, isso não é nada mais do que o resultado de todos os processos antes assinalados, reafirmados e consolidados no âmbito do esclarecimento, em que foi produzida a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, máxima expressão do reconhecimento dos direitos do homem em sua nova dimensão.

Nesse cenário de afloramento de ideias como o individualismo, muitos fenômenos foram tomando corpo, aperfeiçoando-se e enriquecendo-se com os aportes uns dos outros, seguindo o curso natural daquilo que se mostrava com ares revolucionários, criticando e questionando o existente e pedindo sua substituição por novos modelos que se ajustaram às mudanças vivenciadas.

Esses fenômenos são basicamente: a) a igualdade natural do indivíduo, depois transmutada à igualdade social (perante a lei); b) o império da razão, que buscava construir um modelo de organização humana visando à convivência pacífica e que desembocou no contratualismo aperfeiçoado de Jean-Jacques Rousseau (1712-1778), para quem o contrato social é um acordo entre indivíduos com o intuito de se criar o Estado, a quem são atribuídos poderes e normas com a finalidade de proteger os interesses vitais da própria sociedade que o instituiu; c) o entendimento de que a infâmia e a degradação humana não compunham o único cenário possível de se fazer justiça, com fundamento na aceitação das normas jurídicas como instrumentos idôneos para estabelecer controles e regulações em sociedades quantitativamente estruturadas de forma

---

<sup>3</sup> “Parágrafo V: o Poder Legislativo e o Poder Executivo do Estado devem ser distintos e separados da autoridade judiciária; e a fim de que também eles de suportar os encargos do povo e deles participar possa ser reprimido todo o desejo de opressão dos membros dos dois primeiros devem estes em tempo determinado, voltar a vida privada, reentrar no corpo da comunidade de onde foram originariamente tirados; os lugares vagos deverão ser preenchidos pôr eleições, frequentes, certas e regulares” (Declaração de Direitos da Virgínia de 1776).

muito mais complexa; d) a representatividade como instrumento de garantia da participação de todos; a nova dinâmica socioeconômica que aos poucos foi delimitando sua forma; e) a consolidação da classe social burguesa.

Foi essa complexidade fenomenológica que fez desembocar a Revolução Francesa de 1789, onde tais ideais foram cristalizados na mais perfeita e insuperada expressão num texto jurídico de imensurável transcendência histórica para a humanidade.

O Estatuto da Criança e do Adolescente conjuntamente com a doutrina sobre a que se apoia, traduzem-se no fiel reflexo da proposta individualista no reconhecimento das liberdades dos cidadãos, toda vez que delimita de maneira clara as formas de respeito do Estado frente ao indivíduo em sua condição de titular de direitos e garantias.

As formas políticas dos governos determinam o tipo de legislação sobre a qual fundamentarão suas atuações e, ao mesmo tempo, essas normas passam a ser legítimas na medida em que respeitem os limites políticos de tais sistemas. No caso da Doutrina da Proteção Integral, é preciso destacar que o Estatuto da Criança e do Adolescente levou em conta a forma de governo democrático, social, de direito e de justiça, que está definido na Constituição Federal de 1988, daí sua legitimidade e conseqüentemente validade.

## **Fundamentação jurídica da doutrina da proteção integral**

Os processos descritos nos itens anteriores e que foram sendo criados desde a Idade Média, que se consolidaram com o jusnaturalismo e se tornaram o atual constitucionalismo, têm sua forma mais notória na identificação da teoria dos poderes, cujo antecedente de maior peso é a Declaração dos Direitos Humanos de 1789. Tal identidade se mantém na atualidade no plano político e jurídico adicionando-se, no século XIX, a teoria do garantismo na França e a teoria do Estado de Direito na Alemanha (MORAIS; SOUZA; SALGADO, 2015, p. 468).

Nessa etapa de evolução social da humanidade, o funcionamento estatal e a vida dos indivíduos que o conformam são regidos e resguardos por normas. O império jurídico-normativo que já vinha tomando forma desde Thomas Hobbes adquire nesse novo momento a força do “universal” e a contundência do “irrefutável”.

A partir de então, o modelo da configuração dos Estados, com base nos documentos escritos que os constituem e os legitimam, universalizou-se e é adotado amplamente pelos sistemas políticos modernos, independentemente do nível de inclinação que tenham pelo respeito aos direitos de seus cidadãos.

Em suas origens, especialmente no modelo de sistema jurídico-normativo hobbesiano, a tarefa tutelar do Estado em relação aos direitos do indivíduo estava concentrada no direito à vida. Depois foi paulatinamente sendo estendido a outros direitos, dando lugar às primeiras declarações de direito assim como às primeiras constituições que se conhecem. Posteriormente, a proteção alcança os direitos

políticos e, por fim, os direitos sociais, pelo que a história do constitucionalismo não é senão a história dessa progressiva ampliação da esfera pública dos direitos (FERRAJOLI, 1995, p. 12).

Assim, a lista dos direitos constitucionalizados deixou de se referir aos direitos naturais da tradição jusnaturalista para passar a conformar complexas redes normativas destinadas à proteção tanto do interesse pessoal como do interesse coletivo. A dignidade humana, que é o valor fundamental tanto da democracia como do Estado Liberal, já não é o correlato do indivíduo ilhado e soberano absoluto de seu espaço vital, senão que se corresponde com uma imagem de homem fundada no conceito de pessoa.

Como explica Luigi Ferrajoli (1995, p. 905), o paradigma da democracia constitucional é filho da filosofia contratualista, sendo que as constituições modernas são contratos firmados pela sociedade de forma escrita e positiva, pactos fundantes da convivência civil gerados historicamente pelos movimentos revolucionários. Prossegue dizendo que se é certo que os direitos fundamentais não são senão o conteúdo do pacto constituinte, é preciso reconhecer a Thomas Hobbes a invenção desse paradigma.

A partir de então, o fenômeno jurídico enfrentou nova realidade ontológica, que veio dada pela condição de ser colocado pela autoridade competente. Trata-se do momento que se conheceu como positivismo jurídico-clássico, a partir do qual a juridicidade de uma norma vem dada por sua positividade, que se manifestou mediante o princípio da legalidade.

Foi produzida então uma estreita relação dialética entre a nova realidade ontológica do indivíduo e sua nova condição exposta no estatuto jurídico, que não apenas controlou seus espaços, como também lhe reconheceu e resguardou direitos inerentes à sua condição humana. Esse reconhecimento de direitos mostrou como a norma jurídica não foi reduzida à forma, mas também transcendeu nos espaços do que se conhece como axiologia jurídica (teoria dos valores jurídicos) (FERMENTÃO, 2007, p. 78).

A vida, a liberdade, a segurança, a dissidência, a propriedade, entre outros estados sociais, abandonaram sua condição originária e adquiriram a categoria de valores, entendidos como o substrato último da norma jurídica. O reconhecimento desses valores reduziu o espaço do Estado, que assumiu obrigações de tutela e garantia do indivíduo, reconhecendo-lhe como titular desses direitos e, em consequência, capaz de fazê-los valer. O valorativo impregnou os espaços jurídicos e a norma passa a ser o vínculo necessário para garantir, proteger e reclamar direitos dos seres humanos. O conteúdo da norma jurídica traspassou as barreiras do simplesmente posto pela autoridade competente mediante um procedimento determinado.

Nesse sentido, as Constituições adotaram em seus dispositivos os direitos humanos, inalienáveis e imprescritíveis, cuja tutela é indispensável à compleição da comunidade pacífica. Tais direitos funcionaram e seguem funcionando como limites substanciais vinculantes ao exercício do supremo poder do Estado. Esse

princípio da supremacia da lei implica que, na atualidade, todo poder político deve estar legalmente limitado<sup>4</sup>.

Os aspectos politicamente relevantes das organizações jurídicas modernas são: a separação dos poderes e a garantia constitucional das liberdades. O primeiro está ligado às organizações jurídicas democráticas e o segundo ao surgimento das organizações jurídicas liberais. Em uma e na outra forma de organização, a delimitação dos direitos fundamentais passa pela consideração do valor da pessoa humana assumida como fim em si mesmo. Em tal sentido, igualdade, democracia, paz e a lei do mais débil se debatem, na teoria contemporânea do direito, como os quatro critérios axiológicos que sustentam a noção de direitos fundamentais. Esses critérios se convertem nos fins para cuja obtenção os direitos fundamentais são o meio necessário.

A partir dessa abordagem se pode conceituar os direitos humanos tanto a partir de uma perspectiva formal, que refere quais são os direitos fundamentais consagrados em um ordenamento jurídico, como numa perspectiva material, que alude quais devem ser os direitos reconhecidos nessa categoria (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2005, p. 109-110).

A primeira perspectiva acena a descrição dos direitos que tais qualificações coletaram em determinada ordem legal, enquanto que a segunda perspectiva alude a expectativa que deve ser abrangida pela denominação de direitos fundamentais em dito ordenamento jurídico, vale dizer, os direitos que deveriam ser incluídos sob a denominação.

Uma e outra forma de conceituação dos direitos fundamentais aportam enfoques marcados pela temporalidade e as singularidades de um ordenamento jurídico determinado para além das características tutelares mais ou menos favoráveis de um ordenamento jurídico no reconhecimento dos direitos fundamentais. O conceito destes deve girar em torno da condição de generalidade e abstração e, portanto, devem estar ao serviço de qualquer ordenamento jurídico. Por Luigi Ferrajoli (1995, p. 290) se inclina por uma proposta conceitual formal, que atende à estrutura que dita expressão está chamada a cumprir na relação com a funcionalidade protetora que lhe há sido encomendada.

Nesse sentido, pode-se entender por “direitos fundamentais” aqueles direitos subjetivos que as normas de determinado ordenamento jurídico atribuem universalmente a todos. Esses direitos, num sistema político como o brasileiro, devem ser identificados unicamente com o ideal de justiça e em nenhuma medida como fim específico que se lhes atribua, pois estariam sendo instrumentalizados em função da obtenção de dito fim.

Quando os direitos fundamentais se orientam em função de um fim específico, corre-se o risco de que tais fins não sejam, num momento histórico e

---

<sup>4</sup> “Estado de Direito é um Estado ou uma forma de organização político-estadual cuja atividade é determinada e limitada pelo direito. ‘Estado de não direito’ será, pelo contrário, aquele em que o poder político se proclama desvinculado de limites jurídicos e não reconhece aos indivíduos uma esfera de liberdade ante o poder protegida pelo direito” (CANOTILHO, 1999, p. 04).

em um sistema político determinado, os valores inerentes à pessoa e garantia do respeito por esses direitos.

Agora resta assinalar que hoje em dia a proposta normativa de um Estado que se digne ser democrático, não escapa à teoria dos direitos fundamentais, entre outras razões, pela universalidade do sujeito titular de tais direitos. O conceito de pessoa humana transcende a barreira de qualquer forma jurídica para chegar a converter-se num conceito definidor e condicionante de sistemas políticos e dentro destes dos sistemas jurídicos (ASCARELLI, 1952, p. 43).

Os direitos fundamentais são a base dos sistemas constitucionais democráticos, gerando uma legalidade por e para os valores, ou legalidade espelhada num ordenamento superior, cujos princípios fundamentais constituem, ao mesmo tempo, os parâmetros de valor positivo e materiais da legitimação e medida da legalidade.

Dessa maneira resta superado o modelo de Estado Liberal, dando lugar ao Estado Democrático Constitucional, cuja condição se reflete não apenas no limitado exercício do poder, mas também na garantia da tutela dos cidadãos em seus direitos fundamentais.

## **Proteção integral no Estatuto da Criança e do Adolescente**

O Estado brasileiro não escapou do modelo constitucionalista de base axiológica de que foi feita referência. Politicamente seu funcionamento se define sobre a base dos princípios democráticos e de separação dos poderes e sua qualidade se descreve na Constituição Federal de 1988, mais especificamente no preâmbulo e no Título I, que versa sobre os princípios fundamentais (artigos 1º ao 4º), garantindo o cumprimento dos princípios, direitos e deveres consagrados na constituição como um dos fins essenciais do Estado.

As normas constitucionais se complementam e uma se refere diretamente ao conteúdo da outra, pois um Estado não pode pretender a condição de democrático e social de direito e de justiça obviando o reconhecimento de tais direitos e garantias e aludindo a assunção de certas obrigações em função de que tais direitos se façam efetiva.

Na Constituição Federal de 1988, conformada por princípios, como é usual nas normas de natureza constitucional, consagraram-se diretrizes que precisaram ser desenvolvidas ou explanadas em todas as suas implicações, formal e materialmente, nas legislações ordinárias. Nesse sentido, é pertinente recordar que os princípios jurídico-normativos se inspiraram nas exigências da moral crítica ou ideal e se converteram em normas de direito, ou pelo costume, ou por sua adoção ou reconhecimento no direito positivo (constituição ou lei). Compõem a origem ou fundamento das normas e em definitivo a causa do direito positivo, cuja noção lhe é própria à ideia de precedência, vale dizer, a primazia dos princípios sobre

as normas e, igualmente, a de dinamismo potencial que lhes confere o caráter de valores abertos que vão mais além da legalidade formal e em certa maneira positivam os princípios de direito natural, superando os limites do positivismo jurídico. São, então, primeiros, prioritários e principais. O princípio ilumina o caminho da norma até seu fim no conjunto harmônico do ordenamento jurídico (REALE, 2004, p. 304).

A tal efeito os princípios devem ser entendidos como as normas norteadoras da lei, vale dizer, desde sua consideração devem ser desenhadas na realidade a interpretação, a valoração e a implementação e postas em prática na lei, tendo o supremo valor que transcende ao próprio texto da norma, que orienta em todo sentido a interpretação da mesma e que impõe a orientação a que devem encaminhar-se as políticas sociais, administrativas e penais que sejam pertinente tomar. Por essa razão, os princípios transcendem o plano do estritamente normativo desde a perspectiva positivista para avançar até uma visão axiológica e teleológica que lhes imprima um caráter de supremacia.

Na medida em que os princípios expressam valores superiores, contém também as razões últimas para atuar, e essas razões possuem sentido ético. O princípio torna-se a base fundadora de tudo o mais em seu campo de aplicação. Os princípios servem para explicar as normas e as instituições, assim como a prática. O princípio não é propriamente a norma, mas o norte que permite compreendê-la e projetá-la em toda sua dimensão dentro do ordenamento jurídico (DE DIEGO *apud* GRAU, 1991, p. 117-118).

Adicionalmente, a subscrição à Declaração Universal dos Direitos das Crianças, de 20 de novembro de 1959, e a intenção expressa da Constituição Federal de 1988 de dar caráter constitucional à referida normativa internacional reafirma os princípios que norteiam a matéria. Assim, em referência à Doutrina da Proteção Integral, deve-se afirmar que nela não apenas se desenvolveram os princípios constitucionais pertinentes à área de crianças e adolescentes, como também os princípios do texto normativo internacional. Este desenvolvimento se fez sobre a base de cinco princípios, que, estando dentro do Estatuto da Criança e do Adolescente, explanam desde logo o máximo detalhe o que está articulado na lei. Esses princípios constitucionais e internacionais obedecem, por sua vez, a teoria dos direitos fundamentais.

Em tal sentido, em consonância com o assinalado anteriormente, se a Constituição Federal de 1988, como norma básica de constituição e definição do Estado brasileiro, afirma expressamente que o Brasil é um Estado Democrático e Social de Direito e Justiça. Destarte, sua legitimidade como tal passa pelo reconhecimento expresso dos direitos fundamentais assim como pela criação das condições para que nos organismos e instâncias requeridas seja possível consolidar a efetiva materialização de tais direitos. O avanço alcançado pela teoria do direito em particular pelo constitucionalismo substancial, e dentro deste pela doutrina dos direitos fundamentais, se convertem primordialmente na exigência de se desenvolver tais possibilidades.

No desenho do Estatuto da Criança e do Adolescente, como instrumento normativo especial da área de crianças e adolescentes, pode palpar-se com clara evidência em que consiste a limitação do exercício do poder do Estado, bem como a materialização do princípio democrático por meio da participação direta da sociedade e das crianças e dos adolescentes nas medidas e decisões que se precisem tomar em relação a eles. Fenômenos como esse são próprios das democracias pluralistas nas quais o processo de formação da vontade política não se circunscreve aos distintos poderes públicos, mas se estendem a uma rede social na qual operam diferentes grupos da sociedade civil, condicionando de alguma maneira as decisões a serem tomadas.

Nos Estados Democráticos e Sociais de Direito e Justiça, como o brasileiro, não apenas se institucionalizam formas especiais de justiça política que resolvem conflitos de atribuição entre os distintos ramos do poder público, como também se equilibram as decisões legislativas com os valores estabelecidos na Constituição. Isso pode ser percebido sem reserva no tenaz processo de criação e desenho do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual foi exposto numa sucinta relação dos fatos que lhe deram lugar.

Nessa ordem de ideias, pode-se destacar que o articulado no Estatuto da Criança e do Adolescente, ao mesmo tempo em que desenvolveu princípios constitucionais e princípios normativos internacionais, e pelo fato de constituir em si mesmo uma ruptura em relação ao velho modelo da situação irregular, desenvolveu os princípios sobre os quais estrutura dito modelo e que, lido de forma integral, é conhecido pelo nome de “doutrina da proteção integral”, a saber: o princípio da criança e do adolescente como sujeitos de direitos; o princípio de interesse superior da criança; o princípio da prioridade absoluta; o princípio da participação e o princípio do papel fundamental da família (NOGUEIRA, 1996, p. 15-16).

À sua vez, essas normas fundamentais são o desenvolvimento dos princípios consagrados na Declaração Internacional dos Direitos das Crianças de 1959, na qual são reconhecidos direitos fundamentais que podem ser agrupados em quatro categorias, cada uma delas contendo os direitos singulares que lhes são conceituadamente pertinentes: direito de sobrevivência; direito ao desenvolvimento, direito à proteção e direito à participação.

Feitos esses apontamentos, é pertinente regressar ao ponto inicial no qual foram formuladas algumas interrogantes na ideia de procurar uma abordagem sobre a essência do fundamento da Teoria da Proteção Integral.

A proteção integral abrange o conjunto de ações, políticas, planejamentos, projetos e programas que, com prioridade absoluta, são ditados e executados pelo Estado, com a participação e solidariedade da família e da sociedade, para garantir que todas as crianças e adolescentes gozem, de modo efetivo e sem discriminação, dos direitos fundamentais à sobrevivência, ao desenvolvimento e à participação,

ao tempo que atende às situações especiais e em que se encontram as crianças e adolescentes individualmente considerados, ou determinado grupo de crianças e de adolescentes cujos direitos foram vulnerados<sup>5</sup>.

A Doutrina da Proteção Integral se constitui em três bases fundamentais: a) primeiro a criança e o adolescente como sujeitos de direitos, o que significa que são sujeitos titulares das exigências positivas ou negativas, vale dizer, de direitos e obrigações; são sujeitos plenos de direitos, como todos os demais membros da sociedade; b) em segundo lugar, o direito à proteção especial, já que por meio da Doutrina da Proteção Integral, de modo genérico se englobam todas as dimensões da vida e desenvolvimento das crianças e adolescentes; c) em terceiro lugar, o direito a condições de vida que permitam o desenvolvimento integral através da construção do conceito de cidadania, dando a titularidade de todos os direitos fundamentais a todos, sem restrições.

Portanto, a proteção integral se traduz numa série de instrumentos jurídicos cujo fim essencial não é mais do que proteger e garantir a proteção das crianças e dos adolescentes, em todas as suas áreas de desenvolvimento, tratando alcançar uma engrenagem do que é a família, o Estado e a comunidade, para que os direitos dessas pessoas em desenvolvimento sejam garantidos e respeitados.

Esses conceitos resultam uma série de instrumentos internacionais que serviram de base para unificar critérios e tomar o melhor de cada um para obter um ótimo resultado quanto à definição de proteção integral de crianças e adolescentes, ou pelo menos ter um entendimento mínimo do que se queira prever como proteção integral. Entre esses instrumentos destacam-se os seguintes:

a) a Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959, que consagra a necessidade de proporcionar às crianças uma proteção especial;

b) a Convenção sobre os Direitos das Crianças de 1989, cujo artigo 1º diz que “nos termos da presente Convenção, criança é todo o ser humano menor de 18 anos [...]”, a qual reconhece a esses indivíduos todos os direitos que se consagram nos pactos internacionais de direitos humanos sem nenhum tipo de discriminação;

c) as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça, da Infância e da Juventude (Regras de Beijing) de 1985, que contém orientações básicas com o objetivo de prevenir delitos, assim como as regras para processar menores de idade que incorram em delitos;

d) as Diretrizes das Nações Unidas para a Proteção de Menores Privados da sua Liberdade de 1990 (Regras de Riyadh Guidelines) que se embasa em: estabelecer normas mínimas aceitas pelas Nações Unidas para a proteção dos

---

<sup>5</sup> “El conjunto de acciones, políticas, planes y programas que con prioridad absoluta, se dictan y ejecutan desde el Estado, con la participación y solidaridad de la familia y la sociedad, para garantizar que todos los niños y niñas gocen, de manera efectiva y sin discriminación, de los Derechos Humanos a la supervivencia, al desarrollo y a la participación, al tiempo que atiende las situaciones especiales en que se encuentran los niños individualmente considerados o determinados grupos de niños que han sido vulnerados en sus derechos” (VALERA, 2014, p. 84).

menores privados de liberdade em todas as suas formas de maneira compatível com os direitos humanos e liberdades fundamentais para neutralizar os efeitos prejudiciais de todo tipo de detenção e fomentar a integração na sociedade;

e) a Recomendação nº 146 da Organização Internacional do Trabalho relativa à Idade Mínima de Admissão ao Emprego e a Convenção nº 138 da Organização Internacional do Trabalho sobre a Idade Mínima de Admissão ao Emprego; e

f) a Carta da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura - UNESCO - sobre a educação para todos de 1978.

Parece ilógico identificar ou equiparar, desde a perspectiva conceitual, a Doutrina de Proteção Integral com os princípios que a sustentam, levando-se em conta que os princípios, sendo entendidos como as diretrizes que marcam o norte que se deve seguir na valoração, interpretação e aplicação das normas particulares, servem para mostrar o substrato sobre o qual se apoia o fundamento último ou a razão de ser da Doutrina da Proteção Integral, mas não se identificam qualitativamente com ela, porque o princípio é a forma na qual a filosofia do pensamento da Doutrina da Proteção Integral se expressa. Essa aceção decorre do conceito de princípio, de que não se trata de uma norma, mas do seu fundamento, permitindo a compreensão e projeção em toda sua dimensão.

Assim, não é possível equiparar a Doutrina da Proteção Integral com os princípios que a constituem, já que estes não são senão o veículo pelo qual se concretiza no mundo normativo, vale dizer, a forma que adota para se mostrar e se apresentar diante dos destinatários da norma.

Para reafirmar essa ideia, vale um exercício mental onde se supõe que se agregam mais um par de princípios aos que já existem no Estatuto da Criança e do Adolescente. Pode-se perceber que não se produzem modificações nos fundamentos da Doutrina da Proteção Integral. Identificar princípios da Doutrina da Proteção Integral significa, por exemplo, identificar direitos fundamentais do ser humano com ser humano, o que não é viável desde o ponto de vista lógico. Assim, forma de expressão com a matéria expressada não tem identidade lógica porque a primeira atende à forma e a segunda ao conteúdo. Na definição de Antônio Carlos Gomes Costa (1991, p. 14):

Essa doutrina (proteção integral) afirma o valor intrínseco da criança como ser humano; a necessidade de especial respeito à sua condição de pessoa em desenvolvimento; o valor prospectivo da infância e da juventude, como portadores da continuidade do seu povo, da sua família e da espécie humana e o reconhecimento da sua vulnerabilidade, o que torna as crianças e os adolescentes merecedores de proteção integral por parte da família, da sociedade e do Estado, o qual deverá atuar por meio de políticas específicas para o atendimento, a promoção e a defesa de seus direitos.

É preciso destacar que o reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de direitos, ao lado do tratamento especial normativo como pessoas em condição peculiar de desenvolvimento “implica a compreensão de que a expressão de todo o seu potencial quando pessoas adultas, maduras, tem como precondição absoluta o atendimento de suas necessidades enquanto pessoas em desenvolvimento” (SANTOS, 2007, p. 130).

Foi no intento de regularizar os princípios constitucionais de proteção à criança e ao adolescente, instituiu-se o Estatuto da Criança e do Adolescente, cujo primeiro passo para vencer os obstáculos do preconceito gerado em torno da criança e do adolescente foi o desaparecimento da figura do menor, expressão estigmatizada, passando-se a tratar esses indivíduos como sujeitos de direitos, protegidos juridicamente, devendo ter os mesmos direitos dos adultos e que sejam aplicáveis à sua idade, e ainda, contando com direitos especiais advindos da sua condição específica de pessoa em fase de desenvolvimento.

O Estatuto da Criança e do Adolescente foi constituído com o objetivo maior de instrumentalizar direitos e garantias constitucionais, surgindo para ser instrumento de garantia da satisfação das necessidades das crianças e dos adolescentes, assegurando o cumprimento dos seus direitos à proteção integral. Para tanto, introduziu instrumentos modernos de transformação sociocultural, corporificando-se como legislação especial que traz avanços jurídicos de ampla magnitude, além de estabelecer direitos e deveres inerentes ao conceito de “sujeitos de direitos”. Dentre os avanços alcançados destacam-se a participação social, municipalização do atendimento, prevenção e proteção especial, entre outros, como forma de melhoria das condições de vida dos segmentos infanto-juvenis.

Como a história da infância brasileira revela abandono físico, moral, material, maus-tratos, castigos, segregação e exclusão, evidenciando negligência, discriminação, crueldade, opressão, exploração e violência, principalmente nos segmentos mais pobres, o Estatuto da Criança e do Adolescente, ao entrar em vigor, no início da década de noventa, encontrou um país que apresentava desacertos estruturais aos quais a sociedade brasileira estava exposta, fruto de um ambiente social desigual e injusto, além de uma roupagem de benevolência/favor no atendimento a crianças e adolescentes.

Rompendo com vetustas praxes assistencialistas, o legislador conferiu no artigo 227 da Constituição Federal de 1988, e no artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, prioridade absoluta no acesso à saúde, alimentação, educação, cultura e ao lazer, bem como na preservação da dignidade, da liberdade e do respeito à convivência familiar e comunitária, sinalizando como indispensável, imperiosa e imediata a mudança de paradigma na atenção às crianças e aos adolescentes brasileiros.

A adoção da Doutrina da Proteção Integral pela Constituição Federal de 1988 e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente teve como base os instrumentos

internacionais que serviram de fonte na mudança de visão da legislação interna brasileira, a qual garante a todas as crianças e adolescentes, o pleno gozo de seus direitos.

Finalmente, para mostrar a pertinência do que se vem apontando no desenvolvimento deste texto, limita-se à harmonia conceitual dos textos normativos aos quais é feita referência, a saber: Convenção Internacional dos Direitos da Criança; Constituição Federal de 1988 e Estatuto da Criança e do Adolescente; o princípio da criança e do adolescente como sujeitos de direitos; o princípio da prioridade absoluta; o princípio da participação da sociedade e o princípio do papel fundamental da família. Mais especificamente, discorre-se sobre o princípio da pessoa em desenvolvimento, já que o objetivo deste texto é verificar se a prática da Doutrina da Proteção Integral no Brasil leva em conta, efetivamente, as questões relacionadas às necessidades vitais e humanas de um ser em peculiar condição de desenvolvimento.

## **Princípio da pessoa em desenvolvimento**

Os direitos humanos são hoje reconhecidos como o conteúdo essencial, a substância do sistema democrático. Funcionam como fundamento de um complexo sistema de promoção e garantia do desenvolvimento de todas as pessoas, sem discriminação. Os direitos humanos orientam e limitam o Estado e seus órgãos, impondo-lhes deveres e definindo objetivos a serem realizados.

Devido à necessidade de ampliar ao máximo a garantia desses direitos e a existência de grupos que, apesar da generalidade dos instrumentos, continuam fora desta evolução, novos acordos foram efetivados, especificamente em tais áreas ou grupos em que foram firmados. Nesse diapasão aconteceu com as crianças e os adolescentes que, mesmo nunca tendo sido excluídos dos instrumentos gerais de direitos humanos, na verdade sua proteção, como estabelecem as normas internas, nunca foram efetivamente alcançada.

É em razão disso que, a par da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, surge a Convenção sobre os Direitos da Criança e do Adolescente de 1989, instrumento destinado à não discriminação, à reafirmação do reconhecimento das crianças e dos adolescentes como pessoas humanas, em toda a acepção e sem limitações, e responde à necessidade de contar com instrumentos jurídicos idôneos para proteger seus direitos, com base no entendimento de que a criança e o adolescente precisam de proteção ampla e integral.

Entende-se por Doutrina da Proteção Integral o conjunto de ideias filosóficas, éticas, jurídicas e políticas que determinam como se deve compreender, assumir, reconhecer e garantir os direitos das crianças e dos adolescentes. Concebe esses indivíduos como sujeitos de direitos, com capacidades e portadores da necessidade de respeito especial à condição de pessoas em desenvolvimento e que possuem uma percepção autônoma das próprias necessidades e situações que os rodeiam. São sujeitos porque são seres humanos com idêntica ou maior integridade e

dignidade que os adultos. São capazes de se manifestarem, pois, em função de seu desenvolvimento e maturidade já podem tomar decisões próprias de seu estágio evolutivo socioafetivo. São detentores de necessidade de respeito especial, eis que sua condição de seres humanos em desenvolvimento requer atenção prioritária e específica. Possuem uma percepção autônoma de suas necessidades e situação, já que compreendem, naturalmente, e conhecem o meio onde vivem.

Portanto, além dos direitos fundamentais de todo ser humano, as crianças são detentoras de direitos próprios e especiais, por se tratar de uma fase peculiar da vida, em que o desenvolvimento físico e psíquico é imensamente mais significativo se comparado com as demais fases da vida humana.

Como sujeitos de direitos, ao invés de meros objetos de proteção como acontecia no passado, as crianças e os adolescentes contemporâneos “além de serem titulares das garantias expressas a todos os brasileiros, também ostentam direitos especiais, como é o direito de brincar”, por exemplo, (ROSSATO; LÉPORE; CUNHA, 2003, p. 45).

O Estatuto da Criança e do Adolescente, logo em seus primeiros artigos, já dispõe sobre a atenção integral à criança e ao adolescente, como doutrina (conjunto das ideias básicas contidas num sistema filosófico, político, religioso, econômico entre outros, levando em conta “a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento” (artigo 6º, parte final do Estatuto da Criança e do Adolescente). Desse modo, todas as crianças (pessoas de até doze anos incompletos) e adolescentes (indivíduos de doze a dezoito anos de idade)<sup>6</sup>, gozam dos direitos fundamentais inerentes a qualquer ser humano, bem como de “todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade” (artigo 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente).

Mais adiante, agora no capítulo segundo, do título II, artigos 15 a 18, o Estatuto da Criança e do Adolescente protege integralmente o direito à liberdade, ao respeito e à dignidade das crianças e dos adolescentes como seres humanos “em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis” (artigo 15, do Estatuto da Criança e do Adolescente).

Ainda, em conformidade com o Estatuto da Criança e do Adolescente, no capítulo terceiro do título II, artigos 19 ao 52-D, é dever da família, da comunidade e da sociedade em geral, bem como do poder público, assegurar e garantir, prioridade absoluta à “efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária” (artigo 4º, do Estatuto da Criança e do Adolescente). A referida norma, também, garante proteção integral ao direito à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer (título II, capítulo IV, artigos 53 a 59).

<sup>6</sup> Artigo 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Já no capítulo V, do título II, artigos 60 a 69, o Estatuto da Criança e do Adolescente proíbe todo tipo de trabalho a adolescente com menos de quatorze anos de idade, exceto na condição de aprendiz. Ao adolescente, por sua vez, assegura o direito à profissionalização e à proteção no trabalho, observados, dentre outros aspectos, o respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e a capacitação profissional adequada ao mercado de trabalho.

O título III, quando aborda a prevenção, artigos 70 a 85, determina que: é dever de todos (família, comunidade, Estado) prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente, garantindo o direito à informação, à cultura, ao lazer, aos esportes, às diversões, aos espetáculos e aos produtos e serviços que respeitem sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Na parte especial, ao dispor sobre “política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente”, artigos 86 a 97, o Estatuto da Criança e do Adolescente afirma que tal política será realizada por meio de um conjunto articulado de ações governamentais e não governamentais, da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, a fim de proteger integralmente os direitos das crianças e dos adolescentes.

Quanto às medidas de proteção à criança e ao adolescente, artigos 98 ao 102, aplicam-se, em todas as situações de violações ou ameaça aos direitos: por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável; ou em razão de sua conduta (artigo 98, do Estatuto da Criança e do Adolescente). Nas circunstâncias definidas no artigo 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente, as medidas de proteção têm como destinatários as crianças e os adolescentes.

Essas medidas de proteção podem ser aplicadas, além das circunstâncias citadas no texto da lei, aos adolescentes com prática infracional. Em relação à prática infracional, artigos 103-109, assim definida, é a conduta descrita como crime ou contravenção penal (artigo 103, do Estatuto da Criança e do Adolescente). Desta forma nenhum adolescente poderá ser privado de sua liberdade senão em flagrante de ato infracional ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente (direitos individuais); e nenhum adolescente será privado de sua liberdade sem o devido processo legal (garantias processuais).

A respeito das medidas socioeducativas, artigos 112 a 125, a condição do adolescente como pessoa em desenvolvimento deve ser considerada para limitar, garantir e adequar a resposta ao ato praticado e a fase de desenvolvimento dos mesmos. Isso implica reduzir a sanção como uma resposta automática frente à comissão de um ilícito infracional e introduzir critérios e medidas que avaliem tanto a gravidade do fato quanto as condições pessoais, familiares e sociais dos adolescentes. Por exemplo, a contida no artigo 100, a qual assegura que “na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários”.

Destaca-se que as medidas socioeducativas são aquelas impostas aos adolescentes infratores, destinadas à formação, ao atendimento do ser em peculiar desenvolvimento, cuja natureza jurídica, de toda e qualquer medida aplicável, é a socioeducação, a qual é empreendida com a finalidade de auxiliar o adolescente na reflexão de seus atos. O adolescente, para atingir a integração social, a qual se destinam as medidas, previstas no artigo 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>7</sup>, só poderá ser aplicada depois de apurada a responsabilidade pelo ato praticado, mas seguindo o devido processo legal, respeitados os direitos individuais (artigos 106 a 109) e as garantias processuais (artigos 110 e 111).

Nas explicações de Mario Volpi e João Batista C. Saraiva (1998, p. 16), “o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê e sanciona medidas socioeducativas e medidas de proteção eficazes”, além de reconhecer “a necessidade de privação provisória de liberdade ao infrator, inclusive ao não sentenciado em caráter cautelar e oferece alternativas de responsabilização, cuja mais grave impõe o internamento sem atividades externas”. Porém, apesar da responsabilização legal, não se realiza como punição, pois o Estatuto da Criança e do Adolescente foi instituído para enfatizar a situação de pessoas em desenvolvimento e dar-lhes o *status* de sujeitos de direito, projetando, para tal fim, a proposta da responsabilização social. Nesse sentido assim se manifestaram Josiane Rose Petry Veronese e Fernanda da Silva Lima (2009, p. 34).

O Estatuto da Criança e do Adolescente foi criado para dar maior ênfase à situação da criança e do adolescente e dar-lhes o *status* de sujeitos de direito. Para tal fim, se projeta com uma proposta insurgente: a responsabilização social. Assim, para atos infracionais cometidos por menores de dezoito anos, o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê medidas socioeducativas que são dispostas em grau de severidade, no seu artigo 112, dependendo, para a aplicação de cada medida, de algumas questões fundamentais que são: a capacidade do adolescente em cumprir determinada medida, as circunstâncias que sucedeu o suposto ato infracional e a gravidade deste último.

O Estatuto da Criança e do Adolescente tratou de impor limites às condutas dos adolescentes. Desse modo, quando um adolescente praticar uma infração e esta prática for comprovada, através do devido processo legal e todas as suas

---

<sup>7</sup> “Artigo 112: verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas: I - advertência; II - obrigação de reparar o dano; III - prestação de serviços à comunidade; IV - liberdade assistida; V - inserção em regime de semiliberdade; VI - internação em estabelecimento educacional; VII - qualquer uma das previstas no artigo 101, incisos I a VI. Parágrafo 1º: a medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração. Parágrafo 2º: em hipótese alguma e sob pretexto algum será admitida a prestação de trabalho forçado. Parágrafo 3º: os adolescentes portadores de doença ou deficiência mental receberão tratamento individual e especializado, em local adequado às suas condições”.

garantias, que se trata de uma conduta antijurídica, o adolescente, como sujeito de direito, deverá ser responsabilizado e lhe aplicada uma medida socioeducativa que pode ser desde restritiva de direitos até privativa de liberdade, dependendo da gravidade do ato e de eventual reincidência. A responsabilização do adolescente infrator também pode ser fundamentada pelo princípio da equivalência:

Ao invés da mera punição ou compaixão paternalista, que desumanizam ainda mais o jovem infrator, negando-lhes acesso aos elementos constitutivos da cidadania, o sistema de responsabilização deve favorecer a constituição de seres morais, ou seja, de indivíduos capazes de compreender que o convívio em comunidade exige o respeito das esferas de dignidade dos demais, e para isso sua esfera de dignidade deve ser respeitada. A responsabilização e punição dos adolescentes infratores é, nesse sentido, não um direito dos adultos e do Estado, mas um dever. Um dever em relação aos próprios infratores. Assim, a responsabilização legal se torna um dever do Estado de buscar, por intermédio da aplicação da lei, possibilitar ao adolescente o desenvolvimento de um superego capaz de reprimir os impulsos de destruição e inseri-la num convívio social pacífico (PEREIRA, 1996, p. 540).

Assim sendo, o adolescente infrator, como sujeito de direitos e de obrigações, tem que ser devidamente amparado e tutelado pelas garantias constitucionais do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, a exemplo do devido processo legal, do inciso LIV; a ampla defesa e o contraditório, do inciso LV; a presunção de inocência, do inciso LVII; dentre outras. Os princípios constitucionais que são asseguram aos adolescentes infratores como sujeitos de direitos e obrigações, significando que se forem levados ao Poder Judiciário, devem receber todas as garantias do artigo 227, parágrafo 3º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988: “garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica”. Portanto, a socioeducação como a garantia de direitos aos adolescentes infratores, estão previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, nos artigos 112 a 128, das medidas socioeducativas.

O legislador do Estatuto da Criança e do Adolescente, direcionando-o à formação do tratamento tutelar para reestruturação do adolescente infrator, não economizou métodos pedagógicos, sociais, psicológicos e psiquiátricos, tendo como fundamento a especialidade que reveste estes indivíduos, mormente no que se relaciona à formação da personalidade do futuro adulto, visando especialmente sua reintegração à própria família e à sociedade onde vive.

Uma das características mais importantes do Estatuto da Criança e do Adolescente é sua integralidade, no sentido de abarcar todas as dimensões da vida e desenvolvimento das crianças e dos adolescentes. No âmbito do estritamente jurídico, contém um conjunto de disposições destinadas a reconhecer e garantir

os direitos desses indivíduos à sobrevivência, ao completo desenvolvimento, à proteção e à participação, direitos esses integrados entre si, à Constituição Federal de 1988 e à normativa internacional.

A amplitude de suas disposições permite assinalar que o Estatuto da Criança e do Adolescente constitui verdadeiro programa de ação, destinado a proteger o desenvolvimento integral pelo desfrute dos direitos que reconhece. Estes direitos são estritamente interdependentes, exigindo-se a satisfação conjunta à consecução efetiva do desenvolvimento. Essa interdependência impõe uma proteção integral dos direitos das crianças e dos adolescentes, devendo-se avaliar qualquer situação vulneração, ameaça ou restrição de direitos, na perspectiva dos efeitos que produzem sobre o conjunto de direitos protegidos.

Do caráter integral e interdependente dos direitos consagrados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, à Luz da Constituição Federal de 1988 e da Convenção dos Direitos das Crianças de 1989, é que surge a necessidade de uma proteção integral, que é a aspiração fundamental.

Outra característica de destaque quanto ao enfoque dos direitos humanos aplicado à infância é constituir uma nova concepção de criança e de adolescente e suas relações com a família, a comunidade e o Estado. Esta nova concepção se embasa no reconhecimento expresso da criança e do adolescente como sujeito de direitos, em oposição à ideia antes predominante de que esses indivíduos seriam definidos a partir de sua incapacidade jurídica. Na concepção atual, ser criança e adolescente não é ser menos adulto, ou seja, não significa apenas uma etapa de preparação para a vida adulta, mas são formas de ser pessoa e ter igual valor que qualquer outra etapa da vida. Também não pode ser conceituada como uma fase da vida definida a partir das ideias de dependência ou subordinação aos pais ou outro adulto, ao contrário, é definida como um período de desenvolvimento efetivo e progressivo da autonomia, pessoal, social e jurídica.

Significa dizer, em essência, que o desenvolvimento integral de crianças e adolescentes exige uma proteção social e jurídica, igualitária, ampla, plena e efetiva que garanta a autonomia desses indivíduos no exercício dos direitos. A essa proteção estão especialmente obrigados os pais ou responsáveis e o Estado, mas, em última instância, a sociedade como um todo.

## **Doutrina da Proteção Integral e sua aplicação**

Nesse momento da pesquisa se faz uma reflexão jurídica sobre proteção integral das crianças e dos adolescentes na prática brasileira. O objetivo será de conceituação, a mais ampla possível e profunda, em razão de decisões judiciais, em várias Instâncias e Tribunais onde é utilizada a Doutrina da Proteção Integral na forma adotada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, mas que acabam atingindo negativamente essas pessoas, além de imprimirem marcas e sequelas em seu desenvolvimento.

A adoção da Doutrina da Proteção Integral da Criança e do Adolescente pela ordem jurídica brasileira significa um marco histórico transformador quanto aos cuidados com essas pessoas em pleno processo de desenvolvimento físico e mental.

Essa Doutrina da Proteção Integral exerce função organizatória e estruturante do sistema de direitos que define, pois reconhecem por meio do conceito de integralidade, os direitos específicos que derivam da condição peculiar das crianças e dos adolescentes enquanto seres humanos em desenvolvimento, que produzem, reproduzem e articulam de forma recíproca (CUSTÓDIO, 2008, p. 32).

O principal objetivo da Doutrina da Proteção Integral é suprimir a regra de que a criança e o adolescente, para merecer a proteção jurídica, deve ter praticado ato contrário ao disposto na lei, praticado algum desvio de conduta. O Estatuto da Criança e do Adolescente vem solidificar o compromisso com essas pessoas que representam o futuro do país de lhes assegurar todos os meios para que possam desfrutar de melhor qualidade de vida, principalmente no que diz respeito aos direitos próprios e especiais de sujeitos de direitos em desenvolvimento. Foi editado justamente para proporcionar condições e direitos propendendo à satisfação das necessidades desses indivíduos, oferecendo-lhes, inclusive, instrumento processual para o cumprimento desses direitos especiais e específicos pela sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

O devido conhecimento que permite a melhor interpretação dos preceitos do Estatuto da Criança e do Adolescente é instrumento plausível de transformação sociocultural, levando-se em conta que seu texto desenha um sistema jurídico de tutela integral dos direitos das crianças e dos adolescentes, com base nos seus princípios norteadores, a saber: o princípio do melhor interesse das crianças e dos adolescentes e o princípio da prioridade absoluta dessas pessoas em desenvolvimento.

Pelo princípio do melhor interesse, todas as condutas e ações dos adultos em relação às crianças e adolescentes devem ser tomadas levando-se em conta o que for melhor para eles. Isso não significa que as vontades dessas pessoas especiais em desenvolvimento devem sempre ser realizadas, mas que deve ser priorizados tudo aquilo que atender melhor aos seus interesses reais.

O princípio da prioridade absoluta, ao seu turno, quer dizer que cada ato direcionado a crianças e adolescentes deve ser estudado e analisado para que esteja em harmonia com o disposto no artigo 227 da Constituição Federal de 1988, na medida em que a criança e o adolescente tem prioridade absoluta em seus cuidados.

Ao tratar do assunto Antônio Carlos Gomes da Costa (*apud* VILAS-BÔAS, 2011, p. 01) explica que a implantação do microsistema do Estatuto da Criança e do Adolescente depende de três mudanças básicas: adequação normativa dos estados e municípios aos preceitos do Estatuto da Criança e do Adolescente, especialmente quanto aos conselhos tutelares e ao direcionamento de fundos às ações voltadas à implementação de sua normativa; ordenação das instituições

para que o sistema de proteção integral apresentado pelo Estatuto da Criança e Adolescente seja realizado em todos os seus sentidos, incluindo as Fundações Centro de Atendimento Socioeducativo ao Adolescente, o Poder Judiciário, as famílias, as escolas, enfim, todas as instituições que tratam com crianças e/ou adolescentes; e aperfeiçoar as formas de atenção direta às crianças e adolescentes, especialmente a capacitação de profissionais para que rompam, na prática, com a cultura assistencialista, corretiva e repressora.

O problema é que até mesmo o Poder Judiciário, no momento de dar vida ao microsistema do Estatuto da Criança e do Adolescente, acaba por repetir erros do passado ao invés de realizar a doutrina da proteção integral e contribuir com as transformações no modo de compreender o papel das crianças e adolescentes na evolução da sociedade e no funcionamento das instituições criadas para protegê-las e promovê-las em relação ao futuro.

Decisões que acabam não levando em conta a situação de pessoa em desenvolvimento.

Solução possível: melhor capacitação dos aplicadores do Estatuto da Criança e do Adolescente.

## Referências

- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- ARISTÓTELES de Estagira. **Colección ciencias políticas**. Montevideo, Uruguay: Libros en Red - Amertown International S.A., 2004.
- ASCARELLI, Tullio. **Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione**. Milano: Giuffrè, 1952.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Estado de direito. Cadernos Democráticos da Fundação Mário Soares**. Lisboa: Edição Gradiva, 1999.
- COSTA, Antonio Carlos Gomes da. **De menor a cidadão: notas para uma história do novo direito da infância e da juventude no Brasil**. Brasília: Ministério da Ação Social, Centro Brasileiro para a Infância e Adolescência, 1991.
- CUSTÓDIO, André Viana. **Teoria da proteção integral: pressuposto para compreensão do direito da criança e do adolescente**. In: *Revista do Direito; Revista do Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado*, nº 29, p. 22-43. Santa Cruz do Sul: UNISC, jan./jun. 2008.
- DIREITO INTERNACIONAL. **Declaração dos Direitos da Criança de 1959**. Adotada pela Assembleia das Nações Unidas de 20 de novembro de 1959 e ratificada pelo Brasil. Disponível em: <[http://198.106.103.111/cmdca/downloads/Declaracao\\_dos\\_Direitos\\_da\\_Crianca.pdf](http://198.106.103.111/cmdca/downloads/Declaracao_dos_Direitos_da_Crianca.pdf)>. Acesso em: 22 jul. 2017.
- DIREITO INTERNACIONAL. **Declaração dos Direitos da Virgínia, 12 de junho de 1776**. In: *DHnet, Rede Direitos Humanos e Cultura*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/dec1776.htm>>. Acesso em: 20 jul. 2017.
- DIREITO INTERNACIONAL. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789**. Aprovada pela Assembleia Nacional Constituinte da França revolucionária no dia 26 de agosto de 1789 e votada em definitivo no dia 02 de outubro de 1789. In: *DHnet, Rede Direitos Humanos e Cultura*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/dec1789.htm>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. **Direito e axiologia**: o valor da pessoa humana como fundamento para os direitos da personalidade. In: *Revista Jurídica Cesumar*, vol. 7, nº 01, p. 57-80, jan./jun. 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechi y razón**: teoría del garantismo penal. Madrid: Editora Trotta, 1995.

FRANCA FILHO, Márcilio Toscano. **A Alemanha e o Estado de Direito**: apontamentos de teoria constitucional comparada. In: *Revista de Informação Legislativa*, ano 34, nº 133, p. 109-119. Brasília, jan./mar. 1997.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 2ª ed., São Paulo: RT, 1991.

GRUPPI, Luciano. **Tudo começou com Maquiavel**. Porto Alegre: L&PM Editora, 1986.

HOBBS, Thomas. **O cidadão (1642)**. São Paulo: Martin Claret, 2009.

HOBBS, Thomas. **O Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 3ª ed. São Paulo: Abril Cultural, Coleção Os Pensadores, 1983.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Introdução de J. W. Gough. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de; SOUZA, Leonardo da Rocha de; SALGADO, Karine. **Teoria e filosofia do Estado**. Organização CONPEDI/ UFMG/ FUMEC/Dom Helder Câmara. Florianópolis: CONPEDI, 2015.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. 3ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1996.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e do adolescente**: uma proposta interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

ROSSATO, Luciano Alves, LÉPORE, Paulo Eduardo, SANCHES, Rogério Cunha. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: Lei nº 8.069 comentada por artigo. 5ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SANTOS, Eliane Araque. **Criança e adolescente**: sujeitos de direitos. In: *Inclusão Social*, vol. 02, nº 01, p. 130-134, Brasília, out. 2006/mar. 2007.

SARAIVA, João Batista da Costa. **Adolescente em conflito com a lei**: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

VILAS-BÓAS, Renata Malta. **A doutrina da proteção integral e os princípios norteadores do direito da infância e juventude**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, nº 94, nov. 2011. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10588&revista\\_caderno=12](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10588&revista_caderno=12)>. Acesso em: 20 jul. 2017.

DIREITO INTERNACIONAL. **Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça, da Infância e da Juventude (Regras de Beijing)**. Adotadas pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, em 29 de novembro de 1985, por meio da Resolução nº 40/33. Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c\\_a/lex47.htm](http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex47.htm)>. Acesso em: 22 jul. 2017.

DIREITO INTERNACIONAL. **Diretrizes das Nações Unidas para Prevenção da Delinquência Juvenil de 1990 (Riyadh Guidelines)**. Adotadas pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, por meio da Resolução nº 45/112. Nova Iorque: Assembleia Geral das Nações Unidas, 1990.

OIT, Organização Internacional do Trabalho. **Convenção nº 138 da Organização Internacional do Trabalho sobre a Idade Mínima de Admissão ao Emprego**. Aprovada na 58ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra - 1973), em vigor no plano internacional desde 19 de junho de 1976. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/>>

documents/2237892/0/Conven%C3%A7%C3%A3o+138+da+OIT++Idade+m%C3%ADni  
ma+de+admiss%C3%A3o+ao+emprego>. Acesso em: 22 jul. 2017.

OIT, Organização Internacional do Trabalho. **Recomendação nº 146 da Organização Internacional do Trabalho relativa à Idade Mínima de Admissão ao Emprego**. Aprovada em 27 de junho de 1973. Disponível em: <<http://www.oit.org.br/sites/all/ipec/normas/rec146.php>>. Acesso em: 22 jul. 2017.

UNESCO, Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura. **Carta Internacional da Educação Física, da Atividade Física e do Esporte de 1978**. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0023/002354/235409POR.pdf>>. Acesso em: 22 jul. 2017.

VALERA, Yuri Emilio Buaiz. **Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia Comentada de El Salvador**. Libro Segundo. Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial. San Salvador, El Salvador: CNJ-ECI, 2014.

VERONESE, Josiane Rose Petry; LIMA, Fernanda da Silva. **Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - SINASE: breves considerações**. In: *Revista Brasileira Adolescência e Conflitualidade*, nº 01, ano 01, p. 29-46. São Paulo: UNIBAN, 2009.



Informações Gráficas

Formato: 16 x 23cm

Mancha: 11,5 x 21cm

Tipologia: Adobe Garamond Pro

Papel: AP90 g/m<sup>2</sup> (miolo) – Triplex 250 g/m<sup>2</sup> (capa)

Tiragem: 100 exemplares

Projeto editorial, impressão e acabamento: Editar Editora Associada – Juiz de Fora/MG

Tel.: (32) 3213-2529 – (32) 3241-2670 – [www.editar.com.br](http://www.editar.com.br) – [contato@editar.com.br](mailto:contato@editar.com.br)

Impresso em dezembro de 2018



É com grande satisfação que apresentamos à comunidade brasileira a edição comemorativa da Revista Interdisciplinar de Direito da Faculdade de Direito, referente aos 50 anos da Faculdade de Direito de Valença. A produção científica que conforma esta obra coletiva tem como autores renomados juristas nacionais, bem como integrantes do corpo docente.

Convidamos todos à leitura.

Valença, 02 de novembro de 2018.

**José Rogério Moura de Almeida Filho**  
Presidente da Fundação Educacional D. André Arcoverde