

## ORGANIZADORES

Liton Lanes Pilau Sobrinho  
Ivan Guérios Curi  
Karen Beltrame Becker Fritz

# CONSTITUCIONALISMO E RELAÇÕES SOCIAIS

## COLABORADORES

Tiago Neu Jardim  
Marcel Andreatta de Miranda  
André Friedrich Dorneles  
Elisângela Sampaio Teixeira  
Aline Dip Toniolo  
Caroline Nnhoato dos Santos  
Rodrigo Dal Forno de Camargo  
Monica Giusti Rigo  
Roseane Ferrari  
Ana Paula Caimi  
Karina Carla Girardi  
Guilherme Lohmann Togni  
Tiago Ramos  
Osny Antônio Spannenberg  
Jean Carlos Menegaz Bitencourt



## **ORGANIZADORES**

**Liton Lianes Sobrinho  
Ivan Guérios Curi  
Karen Beltrame Becker Fritz**

# **CONSTITUCIONALISMO E RELAÇÕES SOCIAIS**

## **COLABORADORES**

**Tiago Neu Jardim  
Marcel Andreato de Miranda  
André Friedrich Dorneles  
Elisângela Sampaio Teixeira  
Aline Dip Toniolo  
Caroline Nnhoato dos Santos  
Rodrigo Dal Forno de Camargo  
Monica Giusti Rigo  
Roseane Ferrari  
Ana Paula Caimi  
Karina Carla Girardi  
Guilherme Lohmann Togni  
Tiago Ramos  
Osny Antônio Spannenberg  
Jean Carlos Menegaz Bitencourt**



**UNIVALI  
2014**

**ISBN 978-85-7696-140-6**

**Reitor**

Dr. Mário César dos Santos

**Vice-Reitora de Graduação**

Cássia Ferri

**Vice-Reitor de Pós-Graduação, Pesquisa,  
Extensão e Cultura**

Valdir Cechinel Filho

**Vice-Reitor de Planejamento e  
Desenvolvimento Institucional**

Carlos Alberto Tomelin

**Procurador Geral da Fundação UNIVALI**

Vilson Sandrini Filho

**Diretor Administrativo da Fundação UNIVALI**

Renato Osvaldo Bretzke

**Organizadores**

Dr. Liton Lianes Sobrinho

Dr. Ivan Guérios Curi

Dr. Karen Beltrame Becker Fritz

**Colaboradores**

Tiago Neu Jardim

Marcel Andreatta de Miranda

André Friedrich Dorneles

Elisângela Sampaio Teixeira

Aline Dip Toniolo

Caroline Nnhoato dos Santos

Rodrigo Dal Forno de Camargo

Monica Giusti Rigo

Roseane Ferrari

Ana Paula Caimi

Karina Carla Girardi

Guilherme Lohmann Togni

Tiago Ramos

Osny Antônio Spannenberg

Jean Carlos Menegaz Bitencourt

**Diagramação/Revisão**

Alexandre Zarske de Mello

Heloise Siqueira Garcia

Rafaela Borgo Koch

**Capa**

Alexandre Zarske de Mello

**Comitê Editorial E-books/PPCJ****Presidente**

Dr. Alexandre Morais da Rosa

**Diretor Executivo**

Alexandre Zarske de Mello

**Membros**

Dr. Clovis Demarchi

MSc. José Everton da Silva

Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho

Dr. Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino

**Créditos**

Este e-book foi possível por conta da Editora da UNIVALI e a Comissão Organizadora E-books/PPCJ composta pelos Professores Doutores: Paulo Márcio Cruz e Alexandre Morais da Rosa e pelo Editor Executivo Alexandre Zarske de Mello

**Endereço**

Rua Uruguai nº 458 - Centro - CEP: 88302-202,  
Itajaí - SC – Brasil - Bloco D1 – Sala 427,  
Telefone: (47) 3341-7880

C767 Constitucionalismo e relações sociais [recurso eletrônico] / organizadores, Liton Lianes Sobrinho, Ivan Guérios Curi, Karen Beltrame Becker Fritz ; colaboradores, Tiago Neu Jardim... [et al.] - Dados eletrônicos. - Itajaí : UNIVALI, 2014.

Livro eletrônico.

Modo de acesso: World Wide Web: <<http://www.univali.br/ppcj/ebook>>

Incluem referências.

ISBN 978-85-7696-140-6 (e-book)

1. Direito - Pesquisa. 2. Constitucionalismo – Aspectos sociais. 3. Relações humanas. 4. Democracia. I. Lianes Sobrinho, Liton. II. Curi, Ivan Guérios. III. Fritz, Karen Beltrame Becker. IV. Jardim, Tiago Neu. V. Título

CDU: 340(07)

## SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO .....	VII
OS LIMITES ECONÔMICOS DA JUSTIÇA .....	11
Tiago Neu Jardim .....	11
A CRISE DE REPRESENTATIVIDADE E OS PARTIDOS POLÍTICOS BRASILEIROS: UMA ANÁLISE CRÍTICA .....	36
Marcel Andreato de Miranda .....	36
DIVERSIDADE CULTURAL COMO LIMITE À UNIVERSALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS .....	48
André Friedrich Dorneles.....	48
A INCONSTITUCIONALIDADE DO DECRETO Nº. 8.243/2014 À LUZ DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO .....	58
Elisângela Sampaio Teixeira .....	58
ASPECTOS RELEVANTES SOBRE A GUARDA COMPARTILHADA.....	74
Aline Dip Toniolo .....	74
HABERMAS: BREVES APONTAMENTOS SOBRE AGIR COMUNICATIVO, SOBERANIA POPULAR E DEMOCRACIA.....	95
Carolinne Nhoato dos Santos .....	95
A JUSTIÇA (RE)DISTRIBUTIVA FRENTE AO PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA .....	110
Rodrigo Dal Forno de Camargo .....	110
A FORMAÇÃO DO CONTRATO SOCIAL E OS PRINCIPAIS AUTORES CONTRATUALISTAS.....	128
Mônica Giusti Rigo .....	128
O AGIR COMUNICATIVO DE JÜRGEN HABERMAS APLICADO A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS COMUNITÁRIA: UM INSTRUMENTO DE EMANCIPAÇÃO DO CIDADÃO E DA EFETIVAÇÃO DA DEMOCRACIA LOCAL .....	144
Roseane Ferrari .....	144
DA AUTONOMIA PRIVADA EM KANT À AUTONOMIA PÚBLICA E PRIVADA EM HABERMAS: EM BUSCA DA LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA DA AUTONOMIA .....	157
Ana Paula Caimi .....	157
A UNIÃO ESTÁVEL COMO ENTIDADE FAMILIAR: COMPARANDO O ENTENDIMENTO NO DIREITO BRASILEIRO E PORTUGUÊS .....	173
Karina Carla Girardi.....	173
O INSTITUTO BRASILEIRO DA SÚMULA VINCULANTE E OS PRECEDENTES JUDICIAIS DO DIREITO INGLÊS – UM ESTUDO DE DIREITO COMPARADO.....	191
Guilherme Lohmann Togni .....	191
A AVALIAÇÃO DOS CURSOS DE DIREITO A PARTIR DOS RESULTADOS OBTIDOS PELO EXAME NACIONAL DE DESEMPENHO DE ESTUDANTES (ENADE) .....	208
Tiago Ramos.....	208
IGUALDADE E LIBERDADE NA BUSCA DA FELICIDADE.....	229

Osny Antônio Spannenberg.....	229
CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE POLÍTICAS PÚBLICAS JUDICIAL REVIEW OF PUBLIC POLICIES.....	240
Jean Carlos Menegaz Bitencourt .....	240

## APRESENTAÇÃO

A Universidade de Passo Fundo por meio do seu Programa de Pós Graduação em Direito – Curso de Mestrado em Direito – no intuito de dar condições para o desenvolvimento de um conjunto de pesquisas que acolham problemas jurídicos concretos a partir de reflexões teóricas e, considerando a influência das matrizes filosóficas que sustentam a teoria do direito, sobretudo nesta fase conhecida como pós-positivista apresenta o primeiro e-book produzido pelos mestrandos em Direito.

Os objetivos essenciais do Mestrado em Direito da UPF é estudar de forma crítica e reflexiva os novos paradigmas do Direito; investigar as grandes questões ligadas aos dilemas contemporâneos: como se aplica e se existe uma teoria da decisão jurídica ou condições para tal. Também objetiva fomentar o estudo da Teoria e da Filosofia do Direito enquanto suporte epistemológico do conjunto de reflexões do Programa.

Através da presente obra buscou-se o cumprimento do dever em desenvolver tais pesquisas nas disciplinas oferecidas no decorrer do curso e levar este conhecimento adiante. Desta forma, houve o incentivo aos mestrandos para que apresentassem um artigo produzido em qualquer das disciplinas do mestrado no ano de 2014 no intuito de divulgar seus trabalhos e contribuir com a produção científica da área do Direito.

Portanto, a obra marca o início da produção científica da primeira turma de mestrandos do PPGDireito UPF e o fomento desta instituição em levar o conhecimento desenvolvido por seus mestrandos ao público acadêmico

Não houve proposta temática para a produção do presente *ebook*, cada aluno apresentou um artigo desejado, todavia dentro das linhas de pesquisa do mestrado, que estão alicerçadas em:

**Jurisdição Constitucional e Democracia:** formação ligada aos fundamentos da jurisdição constitucional, ao papel do Estado na consecução de políticas públicas, ao papel do Estado na intervenção da economia e ao atravessamento que o direito público faz nos direitos privados, também sob o prisma de uma teoria dos direitos fundamentais.

**Relações Sociais e Dimensões do Poder:** formação a partir dos estudos da democracia no paradigma do Estado Constitucional contemporâneo, com ênfase nas mais diversas questões que envolvem o pacto federativo, as respectivas garantias negativas e positivas em termos de políticas criminais, o papel dos novos sujeitos sociais que se inserem

nessa nova forma de Estado e de Constituição e, por fim, os sistemas de justiça, nos quais se vislumbra o processo constitucional como metodologia de garantia dos direitos fundamentais, o problema do acesso à justiça e a solução por meio dos novos paradigmas que proporcionam uma efetiva tutela jurisdicional, sem esquecer as funções essenciais da Justiça e a alternativa de meios de sua realização no Estado de Direito.

Importante destacar que nesta obra contamos com os seguintes temas e colaboradores:

Os limites econômicos da justiça

**Tiago Neu Jardim.** Mestrando em Direito pela Universidade de Passo Fundo - UPF. Possui graduação em Ciências Econômicas pela Universidade Federal de Santa Maria - UFSM (2007), graduação em Direito pela mesma Universidade (2009) e especialização em Finanças pelo Centro Universitário Franciscano - UNIFRA (2009). Procurador do Município de Horizontina. Professor do curso de Ciências Econômicas da Faculdade Horizontina – FAHOR.

A crise de representatividade e os partidos políticos brasileiros: uma análise crítica.

**Marcel Andreatta de Miranda.** Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Especialista em Direito Civil. Mestrando em Direito pela UPF. E-mail: marcel.andreatta@gmail.com

Diversidade cultural como limite à universalização dos direitos humanos.

**André Friedrich Dorneles.** Advogado. Pós-graduado em Direito material e processual do trabalho pela IPEJUR – Instituto de Pesquisas Jurídicas. Professor e mestrando pela Universidade de Passo Fundo, estado do Rio Grande do Sul, Brasil. Email: andredorneles@upf.br

A inconstitucionalidade do decreto nº. 8.243/2014 à luz do princípio democrático.

**Elisângela Sampaio Teixeira.** Advogada. Mestranda em Direito do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo. Bolsista Prosup/Capes. Email: elisangelateixeira.adv@gmail.com

Aspectos relevantes sobre a guarda compartilhada.

**Aline Dip Toniolo.** Advogada. Mestranda do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo. Bolsista Prosup/Capes. E-mail: alinediptoniolo@gmail.com

Habermas: breves apontamentos sobre agir comunicativo soberania popular e democracia.

**Caroline Nnhoato dos Santos.** Mestranda do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo. Bolsista do Prosup/Capes. Email: carolinnenhoato@gmail.com

A justiça (re)distributiva frente ao princípio da capacidade contributiva.

**Rodrigo Dal Forno de Camargo.** Advogado. Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo. Especialista em Direito Tributário. E-mail: rcamargo@upf.br

A formação do contrato social e os principais autores contratualistas.

**Monica Giusti Rigo.** Mestranda em Direito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo – UPF. Bolsista do PROSUP/CAPES. E-mail: Monica.grigo@hotmail.com

O agir comunicativo de Jürgen Habermas aplicado a mediação de conflitos comunitária: um instrumento de emancipação do cidadão e da efetivação da democracia local.

**Roseane Ferrari.** Advogada. Mestranda em Direito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo. Bolsista PROSUP/CAPES. Especialista em Direito Processual Civil pela Anhanguera/Uniderp. E-mail: roseane\_ferrari@hotmail.com

10. A autonomia privada em Kant à autonomia pública e privada em Habermas: em busca da legitimação democrática da autonomia.

**Ana Paula Caimi.** Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Mestranda em Direito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo.

A união estável como entidade familiar: comparado o entendimento no direito brasileiro e português.

**Karina Carla Girardi.** Advogada. Mestranda em Direito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo. Especialista em Direito Previdenciário. E-mail: karinagirardi@yahoo.com.br.

12. O instituto brasileiro da súmula vinculante e os precedentes judiciais do direito inglês – um estudo de direito comparado.

**Guilherme Lohmann Togni.** Advogado. Mestrando em Direito do Programa de Pós-Graduação em Direito pela Universidade de Passo Fundo.

13. A avaliação dos cursos de direito a partir dos resultados obtidos pelo exame nacional de desempenho de estudantes (ENADE).

**Tiago Ramos.** Mestrando em Direito do Programa de Pós-Graduação em Direito pela Universidade de Passo Fundo. Analista de Graduação no Setor de Legislação e Normas da UPF. Email: tiagoramosrs@gmail.com

14. Igualdade e liberdade na busca da felicidade.

**Osny Antônio Spannenberg.** Mestrando em Direito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo. Especialista em Direito Previdenciário. Professor na Universidade de Passo Fundo. E-mail: oaspannenberg@gmail.com

15. Controle de constitucionalidade de políticas públicas.

**Jean Carlos Menegaz Bitencourt.** Procurador do Município de Lagoa Vermelha – RS. Mestrando em Direito do Programa de Pós Graduação da Universidade de Passo Fundo. Bolsista do PROSUP/CAPES. Email: jean.bitencourt@gmail.com.

Obrigado aos nossos colaboradores e boa leitura!

**Dr. Liton Lianes Sobrinho**

**Dr. Ivan Guérios Curi**

**Dra. Karen Beltrame Becker Fritz**

# OS LIMITES ECONÔMICOS DA JUSTIÇA

Tiago Neu Jardim<sup>1</sup>

## INTRODUÇÃO

A dependência econômica dos direitos sociais implica na realização de determinadas escolhas, por vezes trágicas, e na inserção de um novo aspecto na tomada de decisão política. Um dos grandes problemas que se coloca hoje no direito diz respeito ao embate entre a administração e a jurisdição. A crise que se tem enfrentado até agora foi resultado, principalmente, da submissão do direito à política. Com efeito, a confusão que se estabeleceu entre Estado e Governo, no qual o Judiciário restava excluído do processo de tomada das decisões, fez com que as possibilidades de efetividade normativa da constituição ficassem veladas. A má gestão da administração pública fica então disfarçada sob o manto da chamada “reserva do possível”.

Estado e sociedade formam, numa democracia, um todo indivisível. O Estado, cuja competência e limites de atuação estão definidos precipuamente na Constituição, deriva seu poder de legislar e de tributar a população da legitimidade que lhe outorgou o poder constituinte. A sociedade, por seu turno, manifesta seus anseios e demandas através de canais formais ou informais de contato com as autoridades constituídas. É pelo diálogo democrático entre o Estado e a sociedade que se definem as prioridades a que o Governo deve ater-se para a construção de uma nação mais próspera e justa.

Nos últimos anos, assistiu-se em todo o mundo a um debate acalorado sobre o papel que o Estado deveria desempenhar na vida contemporânea e o grau de intervenção que deveria ter na economia. No Brasil, o tema adquire relevância particular, tendo em vista que o Estado, em razão do modelo de desenvolvimento adotado, desviou-se de suas funções precípuas para atuar com grande ênfase na esfera produtiva. Num sistema capitalista, Estado e mercado, direta ou indiretamente, são as duas instituições centrais que operam na coordenação dos sistemas econômicos.

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito pela Universidade de Passo Fundo - UPF. Possui graduação em Ciências Econômicas pela Universidade Federal de Santa Maria - UFSM (2007), graduação em Direito pela mesma Universidade (2009) e especialização em Finanças pelo Centro Universitário Franciscano - UNIFRA (2009). É Procurador do Município de Horizontina e Professor do curso de Ciências Econômicas da Faculdade Horizontina – FAHOR.

A Primeira Grande Guerra Mundial e a Grande Depressão constituíram o marco da crise do mercado e do Estado Liberal. Surge em seu lugar um novo modelo de Estado que assume um papel decisivo na promoção do desenvolvimento econômico e social. A partir desse momento, o Estado passa a desempenhar um papel estratégico na coordenação da economia capitalista e na prestação de direitos.

## **1. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO**

### **1.1 A constitucionalização dos Direitos Fundamentais e a vitória de Themis sobre Leviatã**

O advento do Estado Democrático de Direito representou, acima de tudo, a vitória de Themis sobre Leviatã. O processo histórico que se erigiu sobre as ruínas do antigo regime culminou com a consolidação dos valores democráticos e com a fortificação dos ideais republicanos. A Constituição de 1988 representou, assim, um marco ao romper com os princípios positivistas que, ao apartar o direito das demais ciências e ao romper com qualquer análise crítica, acabou barrando a evolução da ciência jurídica.

A justificativa da chamada “reserva do possível” contrapõe-se à crise de governança pela qual o Brasil vem passando. Não se pode admitir que a efetividade normativa da constituição seja tolhida pela má gestão dos recursos ou por políticas econômicas inadequadas. Em consonância com essa corrente teórica, entende-se que, ao se defrontar com uma causa envolvendo as políticas públicas, o juiz deve deixar de ser o aplicador formalista da lei para se tornar um agente das transformações sociais, atuando por intermédio do controle judicial não só da constitucionalidade da lei formal, mas também, das questões materiais relativas às próprias políticas públicas<sup>2</sup>. De acordo com Appio<sup>3</sup>,

A discussão sobre a judicialização da política, ao contrário do que se imagina, não é recente, tendo suas raízes na colidência de formulações acerca do papel da Constituição em uma determinada Nação, entre os que afirmam que a Constituição é um documento estritamente político (...) e os que a consideram um verdadeiro documento jurídico a impor valores que devem ser buscados ao longo da evolução do país.

A qualidade com a qual um país administra as suas contas ou, em outras palavras, a maneira como ele investe o que arrecada, é de fundamental importância uma vez que pode ser um dos principais determinantes da magnitude do seu crescimento. A esse respeito,

---

<sup>2</sup> Direitos de 3ª geração.

<sup>3</sup> ÁPPIO, E. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005, p. 2.

Oliveira Jr.<sup>4</sup>, entende que

(...) a efetividade política dos direitos não pode se dar sem qualquer critério, descolada de princípios jurídicos. E aqui princípios jurídicos fruto de uma construção histórica dos direitos, através da positivação da lei. A política e o direito são as duas faces de uma mesma moeda, que é o poder, e precisam andar juntas.

O Brasil, mormente na última década, tem comprometido uma parcela significativa da sua receita com o pagamento dos juros da dívida pública em detrimento de aplicações em setores produtivos geradores de emprego e renda. A política que um determinado país adota exige uma série de importantes decisões sobre como e onde alocar os seus recursos. Escolhas erradas podem levá-lo a comprometer todo o seu desenvolvimento futuro.

## 2. O GOVERNO E A GESTÃO ECONÔMICA DOS RECURSOS PÚBLICOS

A difícil conciliação entre a efetividade normativa e a eficiência econômica<sup>5</sup> se evidencia justamente quando se assume uma perspectiva de judicialização da política aliado à dupla função exercida pelo executivo no Brasil. Para se compreender melhor esse ponto, é mister analisá-lo mais de perto.

Alguns autores, dentre os quais Roberto Alessi na Itália e Celso Antônio Bandeira de Mello no Brasil, vêm defendendo uma divisão entre os conceitos de interesse público. De acordo com eles, o interesse público poderia ser dividido em primário e secundário. Enquanto aquele diz respeito a principal função da administração pública, qual seja a de atender às necessidades da população, este estaria adstrito às próprias necessidades do poder público. Nas palavras de Mello<sup>6</sup>

Assim, independentemente do fato de ser, por definição, encarregado dos interesses públicos, o Estado pode ter, tanto quanto as demais pessoas, interesses que lhe são particulares, individuais, e que, tal como os interesses delas, concebidas em suas meras individualidades, se encarnam no Estado enquanto pessoa. (...) Esta distinção a que se acaba de aludir, entre interesses públicos propriamente ditos – isto é, interesses primários do Estado – e interesses secundários é de trânsito corrente e moente da doutrina italiana, e a um

---

<sup>4</sup> OLIVEIRA JR, José Alcebíades de. **Política do Direito e Juridificação da Política**. Santa Catarina: Revista Sequência, julho de 1996. N.32. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/sequencia>>. p. 3.

<sup>5</sup> Uma situação econômica é considerada ótima ou eficiente no sentido paretiano se não for possível melhorar a situação, ou a utilidade de um determinado indivíduo sem ocasionar uma piora na situação ou utilidade de qualquer outro. O modelo Pareto-eficiente, parte do pressuposto que o sistema econômico que esteja numa estrutura de mercado perfeitamente competitivo, onde não existam falhas, pois qualquer tipo de desajuste que ocorresse no sistema econômico seria de imediato suprimido por uma espécie de “mão invisível” que guiaria o mercado novamente para a condição de equilíbrio.

<sup>6</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. 20ed. p. 55.

tal ponto tal que, hoje, poucos doutrinadores daquele país se ocupam em explicá-los, limitando-se a fazer-lhes menção, como referência a algo óbvio, de conhecimento geral.

Essa distinção entre interesse público primário e secundário constitui um dos pontos nevrálgicos de toda a análise que ora se vem fazendo. O Estado, enquanto ente que se corporifica a partir de um “acordo de vontades”, acabou criando vida própria. Adverte o ilustre jurista Celso de Mello<sup>7</sup>, que “os interesses secundários não são atendíveis senão quando coincidirem com interesses primários, únicos que podem ser perseguidos por quem axiomático os encarna e representa”.

De acordo com o eminente Ministro<sup>8</sup>, “a Administração não pode proceder com a mesma desenvoltura e liberdade com que agem os particulares, ocupados na defesa das próprias conveniências, sob pena de trair sua missão própria e sua própria razão de existir”. De certo modo, os conceitos de efetividade normativa e de eficiência econômica se confundem com os de interesse público primário e secundário. Nesse sentido, Barroso<sup>9</sup> expõe o seguinte:

O interesse público primário é a razão de ser do Estado e sintetiza-se nos fins que cabe a ele promover: justiça, segurança e bem-estar social. Estes são os interesses de toda a sociedade. O interesse público secundário (...) pode ser identificado como o interesse do erário, que é o de maximizar a arrecadação e minimizar as despesas.

Na medida em que os direitos fundamentais alicerçados na constituição começam a ser negligenciados tendo em vista a escassez de recursos, o problema político passa a ser também um problema jurídico. A questão dos assim chamados casos fáceis e casos difíceis trazidos à baila por Dworkin e da tão almejada resposta correta, deixa de ter importância quando as decisões esbarram na “reserva do possível”. Nesse ponto, é importante observar que um dos grandes problemas do Brasil, mormente do Direito Brasileiro até agora, foi ter transplantado modelos de países desenvolvidos, cuja realidade sócio-econômica é completamente diferente.

Como qualquer empresa, o governo também está submetido a uma restrição orçamentária. Dessa forma, se houver um aumento de gastos em algum setor e, se o objetivo for o de manter o equilíbrio das contas públicas, então ele será obrigado a reduzir os dispêndios em outras áreas ou comprometer sua poupança interna e com isso os

---

<sup>7</sup> MELLO. **Curso de Direito Administrativo**. p. 61.

<sup>8</sup> MELLO. **Curso de Direito Administrativo**. p. 61.

<sup>9</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 69

investimentos, a produção e o emprego. Tal hipótese, é claro, desconsidera a possibilidade de um aumento na arrecadação através da política tributária.

Uma das grandes questões que tem sido debatida por alguns economistas, no que se refere à política fiscal brasileira, é a seguinte: Os gastos realizados pelo governo são produtivos? Essa questão é importante na medida em que a proporção produtiva dos gastos públicos em uma economia pode ser vital para o seu desenvolvimento.

Note-se que o condicionamento da realização de direitos fundamentais à existência de recursos do Estado significa reduzir a sua efetividade normativa transformando a Constituição em uma mera “folha de papel”; a subordinação aos condicionantes econômicos relativiza sua força, condenando-a a um instrumento simbólico e decorativo para a sociedade.

Todas estas obrigações envolvem a elaboração de políticas públicas, a serem realizadas por ações do Poder Executivo e, como não há recursos ilimitados, será preciso priorizar e escolher em que o dinheiro público será investido. Essas escolhas recebem a influência direta das opções constitucionais acerca dos fins que devem ser perseguidos em caráter prioritário. Isso implica em que as escolhas em matéria de gastos públicos não constituem um tema integralmente reservado à deliberação política; ao contrário, o ponto recebe importante incidência de normas jurídicas constitucionais.

Na realidade, o conjunto de gastos do Estado é exatamente o momento no qual a realização dos fins constitucionais poderá e deverá ocorrer. Dependendo das escolhas formuladas em concreto pelo Poder Público, a cada ano, esses fins poderão ser mais ou menos atingidos, de forma mais ou menos eficiente.

Como visto, as funções do Estado devem estar todas voltadas à realização, em maior ou menor grau, de direitos fundamentais. É o que leva o tributarista a afirmar que o equilíbrio do orçamento público hoje deve ser visto não como a equivalência entre receita e despesa, mas como o equilíbrio qualitativo entre receita e despesa pública, de um lado, e a realidade econômico-social, de outro.

Apesar de toda a corrupção, desperdício e ineficiência que caracterizam diversos setores da Administração Pública no Brasil, é inegável a insuficiência de recursos para realizar as tarefas constitucionalmente atribuídas aos entes públicos e, se isso se deve em parte à sonegação, em parte se deve à baixa carga tributária, que, além de tudo, é, muitas

vezes, regressiva, tributando mais quem tem menor capacidade contributiva.

A concepção tradicional de um Estado demasiadamente forte no Brasil, contrastando com uma sociedade fragilizada, é falsa, pois pressupõe que o Estado consiga fazer com que suas determinações sejam respeitadas. Na realidade, o que há é a inefetividade do direito estatal. Não é razoável, ainda, a alegação de que o Judiciário não poderia interferir na política orçamentária, com base em suposta violação da separação de poderes. É também inaceitável que o cumprimento das decisões judiciais que tutelem direitos fundamentais fique subordinado à prévia existência de recursos orçamentários.

Assim, para ele, a Administração está obrigada a incluir no orçamento os recursos necessários para o atendimento a tais decisões judiciais, de modo que seria inconstitucional a legislação orçamentária que as omitisse, caracterizando-se, portanto, um direito à medida legislativa concreta. Para Krell<sup>10</sup>,

Torna-se cada vez mais evidente que o vetusto princípio da separação dos poderes, idealizado por Montesquieu no século XVIII, está produzindo, com sua grande força simbólica, um efeito paralisante às reivindicações de cunho social e precisa ser submetido a uma nova leitura, para poder continuar servindo ao seu escopo original de garantir Direitos Fundamentais contra o arbítrio e, hoje também, a omissão estatal.

Quando o orçamento fixa uma despesa pública, está impondo aos agentes públicos uma obrigação de realização das políticas públicas, conferindo executoriedade e efetividade aos direitos fundamentais sociais contidos nas normas constitucionais e garantindo em abstrato as condições de pagamento a quem for necessário na concretização de tais direitos. A realidade é que grande parte da doutrina e da jurisprudência brasileira está ainda atrelada ao modelo francês de Estado Liberal de Direito, ignorando as transformações introduzidas no sistema constitucional desde as Constituições de 1891 e de 1934. Citando mais uma vez as lições de Krell,

na medida em que as leis deixam de ser vistas como programas condicionais [imposição de sanções aos particulares e de limitações ao poder estatal] e assumem a forma de programas finalísticos [imposição de tarefas ao poder público e de direitos a que estas sejam cumpridas], o esquema clássico da divisão dos poderes perde sua atualidade<sup>11</sup>.

O primeiro parâmetro a ser identificado é aquele do respeito aos percentuais

---

<sup>10</sup> KRELL, Andréas Joachim. **Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa)**. Brasília: Revista de Informação Legislativa, out./dez. 1999. N. 144. Disponível em <[http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ri/ri/Pdf/pdf\\_144/r144-17.PDF](http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ri/ri/Pdf/pdf_144/r144-17.PDF)>. Acesso em 10/06/09. p. 88.

<sup>11</sup> KRELL. **Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa)**. p. 90.

mínimos de gastos que a Constituição estabelece para determinadas áreas, como educação (art. 212), saúde (art. 198, § 2º), seguridade social e educação (art. 195). Trata-se de apurar se as leis orçamentárias estão contemplando estes percentuais mínimos e se as despesas efetivamente a eles correspondem.

Com efeito, se os direitos fundamentais demandam recursos materiais para sua universalização, não se pode negar a existência de deveres para o Estado em matéria de instituição e arrecadação de tributos, bem como de uma adequada distribuição dos mesmos no momento da elaboração orçamentária. Se deveres existem, é imperativo reconhecer que a legitimidade para invocar o seu descumprimento e a respectiva aplicação de sanções.

Note-se que estamos falando da única razão legítima para a existência do Estado: a universalização dos direitos fundamentais. Se não entendermos que devem entrar em ação mecanismos para exigir o cumprimento desta função, poder-se-á dizer que abdicamos do valor do Estado, de sua contribuição para uma convivência social em que cada um possa exercer a sua condição humana.

É indispensável, em um sistema equilibrado de partilha de competências institucionais, que o Poder Judiciário possa concluir acerca da racionalidade e da razoabilidade sempre que for questionada lesão ou ameaça de lesão a direito individual ou coletivo, sob pena de permitir-se, pelo menos em tese, o arbítrio do legislador.

Num primeiro estágio, os direitos fundamentais se confundem com as garantias liberais clássicas oriundas dos contributos ingleses, franceses e americanos. A configuração dos direitos fundamentais se dá mediante a proteção do indivíduo, daí que as primeiras constituições são liberais e centradas no individualismo. Posteriormente, as constituições do Estado de Bem Estar Social incorporam a proteção de direitos econômicos, políticos, culturais e sociais, após sangrentas lutas travadas pelos excluídos que vivem à margem da proteção do Estado Liberal.

Diante da crescente necessidade de preservar os direitos fundamentais e os valores constitucionais, a nova metodologia constitucional impõe que o juiz exerça uma atividade discricionária a visar à solução de casos difíceis em que os métodos tradicionais se tornaram insuficientes.

Consoante a hipótese de Wagner ou Lei dos Dispendios Públicos Crescentes<sup>12</sup>, o aumento dos gastos e a expansão do Estado seria uma consequência natural do progresso. Uma das hipóteses determinadas por Wagner explicava o aumento das despesas públicas em virtude da prestação de serviços à sociedade como educação, recreação, cultura, saúde e serviços de bem-estar. Não é o que acontece no Brasil. De acordo com Sachs-Larrain<sup>13</sup>,

os gastos públicos podem ser divididos em quatro categorias: (1) *Consumo* do governo, (...) inclui os salários pagos pelo governo aos trabalhadores do setor público e o pagamento de bens adquiridos para o consumo corrente. (2) *Investimento* do governo inclui as várias formas de gastos de capital como a construção de estradas e aeroportos. (...) (3) *Transferências* ao setor privado incluem pensões de aposentadoria, seguro-desemprego (...) e outros benefícios sociais. (4) *Juros sobre a dívida pública* são o último tipo de gasto governamental.

Transpondo essas categorias para o caso brasileiro, pode-se perceber que grande parte dos gastos públicos estão concentrados nas categorias 3 e 4, mas principalmente na categoria 4 (juros sobre a dívida pública).

Entretanto, a magnitude dos gastos públicos despendidos com os serviços da dívida e responsáveis por essa expansão, não tem contribuído sobremaneira para o aumento da demanda e, tampouco, para o incremento da produção e do emprego. Isso poderia evidenciar que a qualidade dos gastos realizados pelo governo não tem sido boa, ou, pelo menos, não tem sido a melhor no sentido de promover o progresso econômico e social.

Outro dado alarmante é que o valor despendido em investimentos do governo, rubrica imprescindível para a geração de emprego e renda representou pouco mais de 8% do valor arrecadado. Os dados fazem prova, pois, de que, ao contrário do que se tem alegado, não há insuficiência de recursos, mas sim má alocação. Em vista disso, o papel do Poder Judiciário torna-se crucial para fazer a ponte entre o orçamento-planejamento e a realidade por intermédio da Constituição.

## **2.1 A “reserva do possível” e os limites econômicos da justiça**

A necessidade de uma maior intervenção do Estado na economia como forma de superar as sucessivas crises do mercado, acabaram trazendo em seu bojo a idealização de um Estado provedor de direitos fundamentais, sobretudo a partir da Constituição de 1988.

---

<sup>12</sup> De acordo com a Lei de Wagner, os gastos do governo cresceriam proporcionalmente mais do que a renda nacional. O crescimento das atividades do estado seria, segundo ele, uma consequência natural do progresso social.

<sup>13</sup> SACHS-LARRAIN. **Macroeconomia**. São Paulo: Makron Books, 2000. p. 205

Poucas palavras dentro do direito despertam tanto clamor e interesse quanto a palavra “justiça”. Uma adequada definição de justiça vem sendo procurada desde os filósofos gregos até os dias atuais.

É curioso, entretanto, que, não importa qual definição se tome como a mais correta, ela estará acabará muitas vezes esbarrando em determinados limites impostos pela escassez de recursos. Seja no direito privado onde se busque do devedor que satisfaça o seu crédito, seja perante o Estado quando se pretenda a realização de políticas públicas, a verdade é que em ambos a “justiça” dependerá da existência de recursos.

Se o devedor inadimplente não possui quaisquer bens que satisfaça o crédito, teoricamente não há como forçá-lo a efetuar o pagamento, haja vista que no Brasil não há prisão civil por dívidas. Embora não seja de fato um “devedor” no estrito senso da palavra, o Estado, embora, também esteja submetido a uma restrição orçamentária, é possível que a coletividade, exija, pelo menos uma adequada gestão dos seus recursos.

De acordo com Cunha Júnior<sup>14</sup>, “a chamada reserva do possível foi desenvolvida na Alemanha, num contexto jurídico e social totalmente distinto da realidade brasileira”. Para ele<sup>15</sup>,

a inaplicabilidade do limite da reserva do possível ainda é mais patente se for considerado mais de perto o caso brasileiro, pois, paradoxalmente, o Brasil é um país que se encontra entre os dez países com a maior economia do mundo, muito embora dados do IBGE mostrem que, em 1998, aproximados 14% (21 milhões) da população brasileira são de famílias com renda inferior à linha da indigência e 33% (50 milhões) à linha de pobreza.

Sob o prisma dos limites à intervenção judicial, são já conhecidos os conceitos da “reserva do possível fática” (ausência de recursos financeiros) e da “reserva do possível jurídica” (suposta impossibilidade de alteração da legislação orçamentária). A ausência de recursos financeiros não se pode extrair pura e simplesmente da ausência de previsão de recursos orçamentários. Dessa forma, o interesse público secundário, para Barroso, representa significativa importância, pois para ele<sup>16</sup>,

Dos recursos financeiros provêm os meios para a realização do interesse primário, e não é possível prescindir deles. Sem recursos adequados, o Estado não tem capacidade de promover investimentos sociais nem de prestar de maneira adequada os serviços públicos que lhe tocam.

---

<sup>14</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público**. São Paulo: Saraiva, 2008. 2ed. p. 316.

<sup>15</sup> CUNHA JÚNIOR. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público**. p. 318.

<sup>16</sup> BARROSO. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. p. 70.

Em seguida, o mesmo autor, expõe aquilo que vem a ser o demiurgo de toda a questão dizendo que, “em nenhuma hipótese será legítimo sacrificar o interesse público primário com o objetivo de satisfazer o secundário.

O Direito ou, em outras palavras, o Judiciário, passa a legitimar a política e a determinar juntamente com os demais poderes a própria economia no sentido da onde os recursos serão alocados. De acordo com o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado<sup>17</sup>,

O governo brasileiro não carece de “governabilidade”, ou seja, de poder para governar, dada sua legitimidade democrática e o apoio com que conta na sociedade civil. Enfrenta, entretanto, um problema de governança, na medida em que sua capacidade de implementar as políticas públicas é limitada pela rigidez e ineficiência da máquina administrativa.

É impossível negar que a implementação efetiva de políticas públicas, garantidas implícita ou explicitamente no texto constitucional, constitui pressuposto fundamental para a existência da democracia e da liberdade, de modo que o tema em questão é um dos mais relevantes para a construção de uma sociedade em que todos tenham iguais oportunidades de desenvolver o seu potencial. Para Bucci<sup>18</sup>,

Políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades provadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. (...) Adotar a concepção das políticas públicas em direito consiste em aceitar um grau maior de interpenetração entre as esferas jurídica e política ou, em outras palavras, assumir a comunicação que há entre os dois subsistemas, reconhecendo e tornando públicos os processos dessa comunicação na estrutura burocrática do poder, Estado e Administração Pública. E isso ocorre seja atribuindo-se ao direito critérios de qualificação jurídica das decisões políticas, seja adotando-se no direito uma postura crescentemente substantiva e, portanto, mais informada por elementos da política.

A diferenciação entre os interesses, categorizando-os em primário e secundário foi, originalmente, feita pelo doutrinador italiano Renato Alessi e, posteriormente aqui no Brasil pelo professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Tal raciocínio é completamente pertinente pois permite traduzir o que de fato acontece no âmbito da Administração Pública.

No Brasil, o chamado orçamento-programa foi introduzido por intermédio da Lei 4.320/64 e do Decreto-Lei 200/67. O orçamento-programa é a técnica orçamentária vinculada ao planejamento econômico e social que surgiu como uma necessidade de levar à prática os planos governamentais de desenvolvimento. Com a criação da Lei Complementar

---

<sup>17</sup> PLANO DIRETOR DA REFORMA DO APARELHO DO ESTADO. 1995. Disponível em <http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf>. p. 13.

<sup>18</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 241.

101, conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal em 2000, procurou-se trazer mais transparência e equilíbrio na gestão dos recursos públicos. Dispõe o § 1º do art. 1º:

A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultado entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange à renúncia de receita, geração de despesa com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidadas e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar.

À luz do Estado Democrático e de Direito, é inadmissível considerar que a alocação de recursos fique subordinada à discricionariedade do administrador. Como visto, a alegação de que os recursos são insuficientes para garantir efetividade aos direitos não podem ser alegados de maneira irresponsável ou negligente para eximir-se de cumprir as obrigações do Estado.

Com efeito, a atual realidade brasileira impõe que se busque a máxima efetividade dos direitos fundamentais previstos na Constituição. Sobre a possibilidade do controle judicial das políticas públicas como maneira de efetivar os direitos sociais, assevera com autoridade o eminente ministro Celso de Mello.

(...) Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade<sup>19</sup>.

Como base nesse entendimento, Cunha Júnior<sup>20</sup> afirma:

Em suma, nem a reserva do possível nem a reserva de competência orçamentária do legislador podem ser invocados como óbices, no direito brasileiro, ao reconhecimento e à efetivação de direitos sociais originários a prestações. Por conseguinte, insistimos, mais uma vez, na linha da posição defendida por este trabalho, que a efetividade dos direitos sociais – notadamente daqueles mais diretamente ligados à vida e à integridade física da pessoa – não pode depender da viabilidade orçamentária.

A questão da “reserva do possível” está intimamente relacionada com a questão da eficiência econômica gerando o objetivo da alocação o máximo de bem-estar coletivo. A eficiência é medida pela capacidade que determinada medida de alocação de bens ou recursos tem para gerar a maximização da riqueza social. A esse respeito, o mestre Carvalho

---

<sup>19</sup> ADPF 45. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Ministro CELSO DE MELLO Relator decisão publicada no DJU de 4.5.2004.

<sup>20</sup> CUNHA JÚNIOR. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público**. p. 321.

Filho<sup>21</sup> destaca:

Enquanto o ponto central da função legislativa consiste na criação do direito novo e o da função jurisdicional descansa na composição de litígios, na função administrativa o grande é, de fato, a gestão de interesses coletivos na sua mais variada dimensão, conseqüência das numerosas tarefas a que se deve propor o Estado moderno. Exatamente pela ilimitada projeção de seus misteres é que alguns autores têm distinguido **governo** e **administração**, e função administrativa e função política, caracterizando-se esta por não ter subordinação jurídica direta, ao contrário daquela, sempre a regras jurídicas superiores.

Dessa forma, qualquer política governamental que não tenha como objetivo uma melhoria das condições sociais, na medida em que desatende os postulados normativos e os direitos assegurados pela constituição, incute ao Judiciário a delicada posição de ter que aplicar a norma observando à questão da eficiência econômica.

## **2.2 O Executivo entre a efetividade normativa e a eficiência econômica**

A política econômica que um determinado país adota exige uma série de importantes decisões sobre como e onde alocar os seus recursos. Escolhas erradas podem levá-lo a comprometer todo o seu desenvolvimento futuro. Como visto anteriormente, o Brasil tem apresentado um significativo desvio de recursos de suas contas, mormente em decorrência de uma gestão negligente de sua política.

O fim último da ciência econômica e, diga-se, do direito deve ser o de promover a máxima satisfação e bem-estar de toda a coletividade. Entretanto, com a globalização financeira, a conseqüente mobilidade de capitais entre os países tomou proporções colossais. A lógica irracional do mercado passou a ditar a forma com que cada país deve conduzir e ajustar a sua política econômica. Tal fenômeno tem se refletido, sobretudo, nos países emergentes que acabam ficando a mercê da flutuação e da volatilidade dos investimentos internacionais.

Uma das principais questões de grande relevância para as economias ditas emergentes, mormente a do Brasil, é a forma de financiamento do seu desenvolvimento. Uma das funções vitais do governo, portanto, é a de tentar restringir ao máximo a sua vulnerabilidade utilizando-se de suas políticas macroeconômicas a fim de torná-las menos vulneráveis. Esse fenômeno, ao colocar o governo frente a constantes decisões de adequarem-se aos desígnios do mercado, põe em risco a possibilidade de realização de

---

<sup>21</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. 19ed. p. 4.

políticas públicas e, conseqüentemente, a efetividade normativa da Constituição e a própria concretude do direito. A inclusão do Judiciário enquanto garantidor da efetividade dos direitos fundamentais, dentre os quais aqueles previstos no art. 6º da Constituição<sup>22</sup> atribui ao Executivo a difícil missão de conciliador.

Inserir o Poder Judiciário na esfera política, ao mesmo tempo em que parece cada vez mais necessário, colocaria o Executivo diante de um difícil dilema: observar o cumprimento tanto quanto possível das normas ao mesmo tempo em que viabiliza o crescimento econômico do Estado e administra suas variáveis macroeconômicas a fim de manter as contas públicas em equilíbrio e efetivamente realizar o direito. Sua concretização não depende, portanto, de técnicas interpretativas ou teorias decisórias, mas dos meios materiais necessários que por sua vez estão relacionados com o orçamento público. Essa também é a posição da Suprema Corte consubstanciada na ADPF 45<sup>23</sup>:

A limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.

Em razão disso e, com fundamento, pois, no art. 2º da Magna Carta<sup>24</sup>, faz-se necessária uma maior intervenção do Judiciário como instituição harmonizadora dos demais, haja vista que exerce a função de “ponte” entre a realidade e a política. É justamente através das demandas judiciais que se pleiteiam direitos que, embora, expressos não são inteiramente observados.

A despeito disso, a questão que inegavelmente se interpõe é a de que se a concessão

---

<sup>22</sup>Art. 6º - São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

<sup>23</sup>ADPF 45. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

<sup>24</sup>Art. 2º - São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

indiscriminada de direitos comprometeria a programação financeira e os limites orçamentários do governo. Isto porque ao mesmo tempo em que a Lei 4.320/64 inseriu a idéia de um orçamento programa a Constituição de 1988, em seu art. 165 previu a elaboração de metas e prioridades para a alocação de recursos através do Plano Plurianual, da Lei de Diretrizes Orçamentárias e do Orçamento Anual.

Assim é que o Executivo elabora o orçamento e remete ao legislativo para ser aprovado. A forma com a qual a relação entre esses dois poderes se dá, permite que a bancada governista cuja maioria apóia o governo da situação atenda aos próprios interesses do poder público. A causa desse problema pode ser atribuído à dupla função acumulada pelo Executivo e do chamado “interesse público secundário.” Para Dallari<sup>25</sup>,

(...) como o presidente necessita de base legal para os seus atos mais importantes, sobretudo para efetuar despesas, é indispensável que ele mantenha relações com o legislativo, E a prática tem demonstrado, segundo se argumenta, que o executivo, mais forte do que o legislativo, obtém deste o que quiser (...). E se o legislativo, na prática, tiver meios para se sobrepor ao executivo, este ficará totalmente cerceado, não podendo agir com eficácia, do que resulta a ineficiência do Estado.

A “vontade de constituição”, assim, partir de uma maior integração dos direitos nela previstos com a elaboração dos problemas de duração continuada mediante inclusão no orçamento. O função do judiciário é, justamente, o de desvelar o aspecto normativo da constituição equilibrando-o com o aspecto político haja vista que até agora o resultado desse jogo de forças políticas tem sido a inefetividade do direito, transformando a Constituição em uma mera “folha de papel” no dizer de Lassale.

O mestre Baiano Dirley da Cunha Júnior inicia, aquela que pode ser considerada uma de suas obras de maior vulto<sup>26</sup>, dizendo o seguinte:

Nada é mais angustiante para o individuo do que se encontrar diante de um direito constitucionalmente reconhecido e ver-se, porém, impotente e privado de exercê-lo, em face da omissão dos órgãos do poder público (...). Tal situação lhe incute um sentimento de desamparo e descaso, que esvazia o pouco de esperança e confiança que ainda detinha e que depositara numa Constituição democrática, perspectivada como o estatuto que lhe traria a felicidade plena.

Com efeito, a crise de efetividade normativa da Constituição não quer dizer apenas o descumprimento de qualquer lei dentro do ordenamento, mas pôr em xeque todo o arcabouço jurídico, isso porque a Constituição representa a verdadeira razão de ser do

---

<sup>25</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2006. 25ed. p. 246.

<sup>26</sup> Trata-se da obra *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*, amplamente discutida ao longo desse trabalho.

direito, pois, na visão de Kelsen, é justamente dela que todas as demais normas retiram o seu fundamento de validade. A Constituição representa o documento fundamental que dá suporte e completude do direito. Para Celso de Mello,

O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental<sup>27</sup>.

A constituição do Estado democrático e de Direito deve garantir os meios materiais para a realização plena dos direitos fundamentais. Neste sentido, os direitos políticos assumem relevante papel de destaque porque instrumentalizam a cidadania ativa e tornam cidadãos autores do projeto de realização do direito mediante a participação direta nos pleitos eleitorais e, também, através da defesa de direitos mediados pelo Poder Judiciário.

No direito constitucional contemporâneo se reconhece que a doutrina da separação dos poderes deve ser vista sob uma nova perspectiva com a existência de uma Jurisdição Constitucional, que além de deter as competências típicas, lhe é reservada a missão indelegável de efetivar os direitos fundamentais. Uma lei só possui utilidade se ela for eficaz. Ora, só deve o Estado intervir na sociedade de forma a beneficiar o maior número de súditos, uma vez que, se assim não se suceder, não haveria motivo para que os indivíduos se submetessem a ele.

A atual crise de efetividade constitucional parece cada vez mais justificar e exigir uma nova postura do chamado “Terceiro Poder”. A concepção segundo a qual o Judiciário passa a assumir um papel político elevou-o a categoria de protagonista das transformações sociais, principalmente após a Constituição de 1988.

### **3. O CONFLITO ENTRE A POLÍTICA E O DIREITO**

O tema referente ao conflito entre Política e Direito envolve, invariavelmente, a discussão das diferentes concepções em torno da Constituição, mormente a do processo de constitucionalização do direito e de uma releitura da teoria das fontes. Com efeito, é justamente nesse ponto que a dialética cujo método vem sendo seguido, patenteia-se. O

---

<sup>27</sup> ADFP 45. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

conceito de Política está aqui relacionado com maneira com que o Estado articula as suas ações. A relação conflituosa entre as esferas política e jurídica remete invariavelmente a uma releitura de Niklas Luhmann. De acordo com o autor<sup>28</sup>,

(...) la fórmula Estado de Derecho expresa una relación parasitaria entre política y derecho. El sistema político se beneficia con ele hecho de que em otra parte (em el derecho) se encuentra codificada y administrada La diferencia entre lo que es conforme a derecho/y lo discrepante. A La inversa, el sistema jurídico se beneficia con ele hecho de que La paz – La diferencia de poderes claramente establecia y el hecho de que las decisiones se puedan imponer por La fuerza – está asegurada em outra parte: em el sistema político. El término “parasitário” no expresa otra cosa, aqui, que la posibilidad de crecer gracias a uma diferencia externa.

No que tange ao aspecto jurídico<sup>29</sup>, Cunha Júnior<sup>30</sup>, diz que, para Celso Ribeiro Bastos, “o conceito de Constituição é eminentemente normativo, consistente num conjunto de normas jurídicas. Assim, por ser norma, não descreve a real maneira de ser das coisas, mas sim institui a maneira pela qual as coisas devem ser. Para Bastos *apud* Cunha Júnior<sup>31</sup>, a Constituição representaria um conjunto de normas “de maior força hierárquica dentro do ordenamento jurídico e que tem por fim organizar e estrutura o poder político, além de definir os seus limites, inclusive pela concessão de direitos fundamentais ao cidadão”.

Já no que concerne a concepção política, Schmitt *apud* Cunha Júnior<sup>32</sup>, entende que “a Constituição só existe porque antes dela já existia uma unidade política, e somente a decisão conjunta de um povo sobre o modo e a forma de sua existência é que confere a um conjunto de normas o caráter de Constituição”.

A análise dessas duas diferentes percepções em torno da Constituição, impõe a questão de saber sob qual ponto de vista ela deve ser encarada para que dela se extraia a máxima efetividade, pois, afinal de contas, o problema se resume em descobrir como concretizar direitos. Para Luhmann<sup>33</sup>,

La comprensión que se logró para vincular política y derecho se resumió y se superó finalmente em el esquema “Estado de Derecho. (...) Como Estado de Derecho, el Estado era simultáneamente uma institución jurídica y uma instancia de responsabilidad política que

---

<sup>28</sup> LUHMANN, Niklas. *El Derecho de La Sociedad*. México: Universidade Iberoamericana, 2002. p. 492.

<sup>29</sup> Dentre os principais paladinos da concepção sociológica, estão Sanchez Agesta, Georg Jellinek, Hans Kelsen, Hauriou, Manoel Gonçalves Ferreira Filho e Celso Ribeiro Bastos.

<sup>30</sup> CUNHA JÚNIOR. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*. p. 25.

<sup>31</sup> CUNHA JÚNIOR. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*. p. 25.

<sup>32</sup> CUNHA JÚNIOR. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*. p. 21.

<sup>33</sup> LUHMANN. *El Derecho de La Sociedad*, 2002. p. 481.

miraba por el derecho: por La imposición y el subsiguiente desarrollo jurídico; por La adaptación a las cambiantes circunstancias sociales y a los fines políticos realizables.

É sob essa perspectiva que a aplicação das normas pelo judiciário passa a ser a chave para o desvelamento da Constituição e para a consolidação dos valores democráticos. O termo “desvelar” significa tirar do papel, tornar efetivo, aparente. Enquanto o executivo atua administrativamente gerindo as suas finanças e elaborando políticas econômicas e o legislativo, representando do povo, criando textos legais, compete ao judiciário o difícil papel de harmonizar ou buscar um equilíbrio entre os dois.

O grande problema que se coloca hoje no direito vem a ser o embate entre a administração e a jurisdição, resquícios do antigo regime, onde o monarca detinha todos os poderes em suas mãos. A crise de constitucionalidade, que de certo modo também é do Estado, é resultado da submissão da lei à política. Para Bucci<sup>34</sup>, “o risco dessa interpenetração entre direito e política é a descaracterização da lei, em sua peculiaridade, pela lógica das políticas, com valores de programas para a realização de direitos”.

Assim, a falta de efetividade normativa da Constituição fez necessário o de um novo paradigma. O neoconstitucionalismo surge em substituição à dogmática do direito e a pragmática do positivismo como possível resposta à democracia não consolidada.

Mas, afinal, como se deu essa mudança de visão onde o intérprete do texto legal passa a ter maior espaço de atuação, pautado nos princípios que passam a despontar como a “condição de possibilidade” para a concretização dos valores sociais e democráticos até então esquecidos? Celso de Mello, na ADPF 45, deixa clara a necessidade de uma nova concepção da separação de poderes<sup>35</sup>.

A apreciação dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos cabe, principalmente, aos governos e parlamentos. Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional. No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais.

Com efeito, a confusão que se estabeleceu entre Estado e Governo, no qual o

---

<sup>34</sup> BUCCI. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. p. 37.

<sup>35</sup> ADPF 45. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Judiciário restava excluído do processo de tomada das decisões (os juízes constituiriam mera “boca da lei” na visão de Montesquieu) fez com que a efetividade normativa da Constituição ficasse encoberta. A má gestão da administração pública fica então escondida (velada) sob o manto de uma espécie de blindagem chamada de “reserva do possível”.

A questão se complica ainda mais quando se percebe que o Executivo quando exerce o seu papel de governo à frente da economia, no intuito de mostrar bons resultados, utiliza-se de políticas macroeconômicas por vezes perversas para o desenvolvimento social. Foi assim, por exemplo, que, utilizando-se de elevadas taxas de juros para combater os altos índices inflacionários, acabou elevando drasticamente a dívida pública e comprometendo recursos preciosos para o pagamento dos juros em detrimento de políticas públicas.

A má gestão das políticas fiscal e monetária acabaram levando a um desvio de receitas de áreas imprescindíveis como saúde, educação e saneamento básico. Qual teria sido a atitude do governo nestas mesmas circunstâncias se o Poder Judiciário passasse a determinar a inclusão dessas políticas públicas no orçamento?

Com efeito, a maneira com a qual um governo conduz a sua política determina, em maior ou menor grau, a disponibilidade de recursos destinados à realização de políticas públicas. A melhor forma de governo é aquele no qual se priorize, sempre que possível, o equilíbrio entre a política e o direito. Um Estado no qual o corpo de leis não tenha efetividade suficiente para garantir à coletividade o mínimo existencial pode ser perigoso, pois as normas constituem a garantia contra os abusos e arbitrariedades que as negociações da política exigem.

Com efeito, a arte da política exige, invariavelmente, a detenção de poder. Nicolau Maquiavel, em *O Príncipe*, procurou demonstrar o homem de maneira cética ao preconizar a prática acima da ética, pois, segundo ele, tudo seria válido desde que o objetivo fosse o poder. Nele, o autor florentino, dá uma série de conselhos ao soberano sobre como governar e gerir a política do Estado. Em uma das passagens, Maquiavel<sup>36</sup> diz o seguinte:

(...) a experiência nos faz ver que, nestes nossos tempos, os príncipes que mais se destacaram pouco se preocuparam em honrar suas promessas; que, além disso, eles souberam, com astúcia, ludibriar a opinião pública; e que, por fim, ainda lograram vantagens sobre aqueles que basearam as suas condutas na lealdade.

---

<sup>36</sup> MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*. Porto Alegre: L&PM POCKET, 2004. p. 84.

Em outra passagem<sup>37</sup>, o autor, assim preconiza:

E há que compreender-se que um príncipe, (...) para conservar-se no poder, terá de agir contra a sua palavra e contra os seus preceitos da caridade, contra os da humanidade e contra os da religião. Por isso, será preciso que ele possua uma natural disposição para transmutar-se segundo o exijam os cambiantes ventos da fortuna e das circunstâncias.

Ao mesmo tempo, um Estado em que as leis limitam exageradamente o funcionamento da máquina administrativa, inviabiliza o desenvolvimento de toda a sua estrutura e conjunto social.

### **3.1 A Constituição como elemento econômico, político e normativo do Estado**

A questão até aqui suscitada se resume em saber em que aspecto a Constituição de um Estado realmente o constitui. A assim chamada “carta política” fornece um importante indício de sob que circunstâncias ela vem sendo conhecida. Para Hesse<sup>38</sup>, a tese fundamental de Ferdinand Lassale poderia ser colocada da seguinte forma: “questões constitucionais não são questões jurídicas, mas sim questões políticas”, já que a Constituição de um determinado Estado expressar-se-ia, segundo ele, através das “relações de poder nele dominantes.” No dizer de Dallari<sup>39</sup>,

Enquanto que uma corrente doutrinária pretende caracterizar o poder do Estado como poder político, incondicionado e preocupado em assegurar sua eficácia, sem qualquer limitação, uma diretriz oposta qualifica-o como poder jurídico, nascido do direito e exercido exclusivamente para a consecução de fins jurídicos.

Se o objetivo aqui proposto é justamente o de buscar elementos que viabilizem a efetividade normativa da Constituição, é necessário, então, encontrar subsídios que sejam capazes de equilibrar ambas as forças. Como visto, a Constituição representa o fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico.

A primeira vista, a Constituição, representa uma verdadeira “carta”, onde o constituinte originário estabeleceu uma série de princípios e regras afim de estabelecer diretrizes ao Estado e à coletividade. Não é por acaso que ela tem sido chamada de “carta política”. Uma análise mais profunda, entretanto, revelará que a sua essência significa muito

---

<sup>37</sup> MAQUIAVEL. **O Príncipe**. p. 86.

<sup>38</sup> HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1991. p. 9.

<sup>39</sup> DALLARI. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. p. 112.

mais do que isso. Em outra passagem, Dallari<sup>40</sup>,

O minucioso exame das características do poder do Estado, de sua origem, de seu modo de funcionamento e de suas fontes leva à conclusão de que, assim como não se pode admiti-lo como estritamente político, não há também como sustentar que seja exclusivamente um poder-jurídico.

É através do direito que o Estado consegue exercer sua autoridade sob seus súditos e existir como tal. A Constituição de fato “constitui” o Estado através do seu elemento normativo e legal, pois enquanto a política é o meio segundo o qual ele administra, aloca e distribui os seus recursos, cria relações entre os diversos entes sociais, o direito é a própria fonte de poder.

A Constituição representa para o Estado, enquanto órgão vivo na concepção de Gierke, uma verdadeira célula que compõe todo o seu arcabouço que lhe dá sustentáculo e lhe permite a própria existência. Seguindo com a referida analogia, é possível dizer que a Constituição está pautada basicamente em fatores de ordem econômica e política. Para Lassale, “fatores reais de poder”. São esses elementos que compõe os princípios e as normas. Entretanto, por trás desses elementos, servindo como verdadeiro líquido intersticial está o Direito. É através do Direito que as normas tanto as de cunho político quanto econômico retiram sua força e legitimidade.

O poder judiciário possui, assim, a difícil missão de romper com as “relações de poder” que, no Brasil revelam-se através dos resquícios do patrimonialismo onde o aparelho do Estado funciona como uma extensão do poder do soberano. Em conseqüência, a corrupção e o nepotismo são inerentes a esse tipo de administração. No momento em que o capitalismo e a democracia se tornam dominantes, o mercado e a sociedade civil passam a se distinguir do Estado. Neste novo momento histórico, a administração patrimonialista torna-se uma excrescência inaceitável.

O elemento normativo da Constituição não representa apenas um núcleo, mas um verdadeiro composto que se distribui e complementa todo o seu corpo. Olhando superficialmente para o conjunto, o elemento normativo, de per si, constitui um aspecto de difícil identificação, isso porque, ele não representa propriamente um núcleo, mas uma espécie de “pano de fundo” que irradia sua força para fora de si mesmo. Para Robert Alexy, a chamada “tese da irradiação” evidencia-se por intermédio de um Tribunal Constitucional.

---

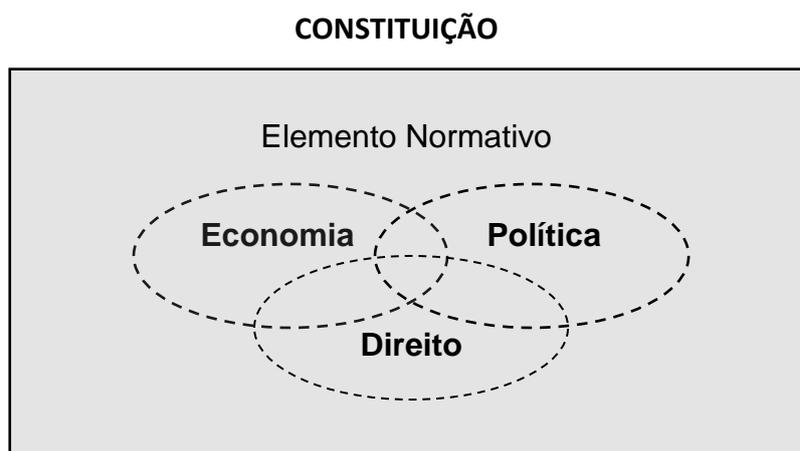
<sup>40</sup> DALLARI. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. p. 114.

De acordo com Alexy<sup>41</sup>,

O Tribunal Constitucional Federal procura conceber o “efeito irradiador” das normas de direitos fundamentais no sistema jurídico com o auxílio do conceito de ordem objetivo de valores. (...) “Segundo a jurisprudência reiterada do Tribunal Constitucional Federal, as normas de direitos fundamentais contêm não apenas direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra o Estado, elas representam também uma ordem objetiva de valores, que vale como decisão constitucional fundamental para todos os ramos do direito, e que fornece diretrizes e impulsos para a legislação, a Administração e a jurisprudência”.

A presença do elemento normativo na Constituição somente pode ser sentido quando se passa a observar e sentir os seus efeitos sobre os demais núcleos que o compõe. O modelo abaixo simboliza a relação dos três elementos que compõem a Constituição do Estado.

#### Quadro 1



Fonte: Elaborado pelo autor.

Discutir o confronto entre política e direito induz o estudioso do direito a ter de compreender, antes de tudo, a origem do poder constituinte. Sob uma perspectiva jusnaturalista, o direito natural representava o ideal de liberdade pré-existente quando da formação do Estado. Contrapondo-se a essa concepção, o positivismo jurídico parte do pressuposto de que o direito só nasce com o surgimento do Estado e que, portanto, o poder constituinte seria resultado de uma força política, alheia ao próprio direito. Segundo Bobbio<sup>42</sup>,

<sup>41</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 524.

<sup>42</sup> BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 127.

A negação do direito natural, finalmente, encontra sua mais radical expressão no positivismo jurídico, que é a doutrina dominante entre os juristas desde a primeira metade do século passado até o fim da Segunda Guerra Mundial; concordam com essa doutrina, diga-se de passagem, os dois maiores juristas alemães da primeira metade do século, embora eles sejam habitualmente considerados como representantes de duas visões antitéticas do direito e da política, Hans Kelsen e Carl Schmitt.

Para Barroso<sup>43</sup>, “é fora de dúvida que o poder constituinte é um fato político, uma força material e social, que não está subordinado ao Direito positivo preexistente. Não se trata, porém, de um poder ilimitado ou incondicionado”. Por fim, cumpre observar que em um Estado que se arroga o título “Democrático e de Direito” quem governa é a Constituição, cabendo aos poderes constituídos a fidelidade aos desígnios do poder constituinte.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A discussão em torno do papel do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito, exigiu a análise de diversas outras categorias ou elementos dentre eles a política e o direito. A procura por evidências que justificassem uma maior inserção do intérprete da norma perpassou por questões bastante intrincadas e de difícil solução.

O problema proposto no início, qual seja, a da crise de efetividade normativa da Constituição, caracterizada, principalmente, pelo descumprimento dos princípios fundamentais exigiu uma importante transformação no campo jurídico-político inserindo uma mudança de paradigma na relação entre os poderes do Estado. A justificativa apresentada pelo próprio Estado para a omissão frente aos clamores da sociedade encontra-se na escassez de recursos.

A tentativa de buscar evidências empíricas para a resposta muito pouco plausível do Poder Público acabou transcendendo meras questões de natureza orçamentária e revelando uma série de outras verdades igualmente instigantes, por exemplo, a de que existe uma espécie conflito a administração e a jurisdição e que a crise que se tem enfrentado é resultado da submissão do Direito à Política.

A conseqüência disso foi que o Estado acabou criando vida própria e o todo passou a superar a soma das partes. Política e Direito estão desvinculados. O jogo político levado a efeito no Brasil, por diversas vezes tem privilegiado um “interesse público secundário”, em

---

<sup>43</sup> BARROSO. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. p. 110.

detrimento da coletividade. Os direitos fundamentais pautados pela Constituição acabaram assim, ficando submetidos ao sabor da economia. É inadmissível que todos os pressupostos assegurados pela Constituição esbarrem na chamada "reserva do possível". Que a negligência na forma de se conduzir a política econômica acabe impedindo que os princípios de liberdade, igualdade e fraternidade sejam levados a efeito.

A constitucionalização do direito abriu espaço para que o Judiciário passasse a ser visto sob uma nova perspectiva, despontando como uma possível solução para o problema da efetividade. O direito passou de determinado para determinante da política e da própria economia, no sentido da alocação eficiente dos recursos.

O Judiciário surge, assim, como uma esperança de transformação social, já que ele é o responsável pela compreensão da realidade e pelo processo de metamorfose texto-norma. A atual crise de efetividade do direito, caracterizada pelo descumprimento dos princípios fundamentais garantidos pela Constituição de 1988, exigiu, assim, uma importante transformação no campo jurídico-político demonstrando a necessidade da adoção de um novo paradigma.

As noções de Estado Liberal, Estado Social e Estado Democrático de Direito designaram, cada uma delas, um determinado momento evolutivo dessa transformação evidenciada por características marcantes. Assim, enquanto que no modelo Liberal-individualista a preponderância era do Poder Legislativo e a particularidade era a garantia da obediência à lei, no modelo Social, a diferença será acentuada pela intervenção direta do Executivo tanto na esfera política quanto na esfera econômica do Estado.

Com o esgotamento desses modelos, fez-se necessário o surgimento do Estado Democrático de Direito acrescentando-se um qualitativo em relação a eles. O Judiciário, até então tido como a "mera boca da lei", passivo diante dos problemas sociais, passa a assumir uma posição relevante frente aos demais poderes que não conseguiram dar respostas efetivas aos anseios da sociedade e, principalmente, às promessas da modernidade.

Na verdade, o que se pôde perceber é que tanto o Executivo quanto o Judiciário encontram-se frente a dilemas que lhe foram impostos ao longo da história. O primeiro precisa defrontar-se com a difícil missão de buscar um equilíbrio entre efetividade normativa e eficiência econômica ou conciliar diferentes interesses. Por outro lado, o Judiciário inseriu-se em uma espécie de armadilha hermenêutica já que o intérprete da norma necessita por

vezes fazer escolhas trágicas ao decidir pela coletividade em detrimento do indivíduo.

Com efeito, a Constituição é composta basicamente por três núcleos que se comunicam mutuamente. Tal fenômeno foi denominado por Luhmann de “acoplamento estrutural”. O grande fator de onde se irradia toda a sua força e legitimidade encontra-se oculta ou velada nela mesma. Esse composto vem a ser o aspecto normativo, um mecanismo que só é acionado pelo intérprete. A efetividade, portanto, está nas mãos do único Poder que efetua e leitura ao mesmo tempo interpretativa, compreensiva e aplicativa do direito.

## REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ADPF 45. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**: Ministro CELSO DE MELLO Relator decisão publicada no DJU de 4.5.2004

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ÁPPIO, E. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005.

\_\_\_\_\_. **A Judicialização da Política em Dworkin**. Santa Catarina: Revista Sequência, dezembro de 2003. N.47. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/sequencia>>.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil)**. Salvador: Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, março/abril/maio 2007. N. 9. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/revistas.asp>>. Acesso em 05/07/09.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. **Políticas Públicas: Reflexões sobre o Conceito Jurídico**. Org. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. 19ed.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público**. São Paulo: Saraiva, 2008. 2ed.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2006. 25ed.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1991.

KRELL, Andréas Joachim. **Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa)**. Brasília: Revista de Informação Legislativa, out./dez. 1999. N. 144. Disponível em <[http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ri/ Pdf/pdf\\_144/r144-17.PDF](http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ri/ Pdf/pdf_144/r144-17.PDF)>

LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL. Lei Complementar nº 101 de 4 de maio de 2001. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm)>

LUHMANN, Niklas. **El Derecho de La Sociedad**. México: Universidade Iberoamericana, 2002.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. Porto Alegre: L&PM POCKET, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. 20ed.

OLIVEIRA JR, José Alcebiádes de. **Politização do Direito e Juridicização da Política**. Santa Catarina: Revista Sequência, julho de 1996. N.32. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/sequencia>>.

PLANO DIRETOR DA REFORMA DO APARELHO DO ESTADO. 1995. Disponível em <<http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf>>

SACHS-LARRAIN. **Macroeconomia**. São Paulo: Makron Books, 2000.

# **A CRISE DE REPRESENTATIVIDADE E OS PARTIDOS POLÍTICOS BRASILEIROS: UMA ANÁLISE CRÍTICA**

**Marcel Andreatta de Miranda<sup>1</sup>**

## **INTRODUÇÃO**

A ideia moderna de um Estado Democrático de Direito remonta ao Século XVIII e conjuga as ideias de participação popular – noção de governo do povo –, de obediência à lei – presente desde o advento do Estado de Direito como característica distintiva – e de proteção de direitos fundamentais da pessoa humana.

Não obstante a relevância do entendimento político-filosófico de que não podem ser associados a democracia e o governo representativo, uma vez que, no segundo modelo, os representantes eleitos não estariam e não se veriam obrigados a realizar a vontade do povo, afastando-se da ideia de uma soberania popular indireta, é bastante corrente a ideia de que, na atualidade, o sistema representativo e, logo, os partidos políticos são essenciais para o estabelecimento e a manutenção de um Estado Democrático de Direito.

Com efeito, o regime de democracia direta estabelecida nas antigas repúblicas, dificilmente, poderia se instaurar em dias atuais, em virtude da heterogeneidade da população e do tamanho adquirido pelos Estados-nação.

Surge, assim, para os tempos atuais, uma imprescindibilidade do sistema representativo para a instalação e a manutenção da democracia – embora, já se antecipa, possa ser conjugado com outros mecanismos de participação popular mais direta e efetiva –, que empresta a sua essencialidade a seus elementos formadores, quais sejam, as eleições e os partidos políticos.

Historicamente, o mecanismo de funcionamento do sistema representativo sofreu alterações contemporâneas ao reconhecimento dos direitos políticos dos cidadãos. Enquanto prosperava o sufrágio restrito (censitário, capacitário e masculino), conviviam-se

---

<sup>1</sup> Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Especialista em Direito Civil. Mestrando em Direito pela UPF. E-mail: marcel.andreatta@gmail.com

com um grupo de partidos de quadros, verdadeiros burgos eleitorais, que selecionavam a militância pela influência econômica e/ou política que poderiam exercer. O reconhecimento do sufrágio universal como direito político fundamental provocou uma alteração na organização interna dos partidos políticos, que se transformaram em partidos de massa, abertos à filiação partidária daqueles que compartilhassem com a ideologia profetada.

Na época, leciona Manin<sup>2</sup>, a transformação provocou uma noção de crise de representatividade, logo superada pela constatação de que o alargamento do eleitorado e a aproximação entre representantes e representados é salutar para a democracia.

Atualmente, vive-se nova transformação, com acentuado declínio da identificação entre representantes e representados, tornando-se um lugar comum na doutrina a assertiva de que nos encontramos em momento de grave crise de representação dos partidos políticos.

Empiricamente, a constatação do apontado momento de crise pode ser extraído de uma pesquisa realizada pelo IBOPE em 2013, durante as manifestações que tomaram as ruas brasileiras, na qual se constatou que a maioria dos entrevistados dizia não se sentir representado por partido (89%) ou político brasileiro (83%)<sup>3</sup>.

Doutrinariamente, a crise de representatividade dos partidos políticos pode ser constatada, segundo Miguel<sup>4</sup>, pela percepção do aumento significativo na abstenção eleitoral, pela estatística sobre a ampliação da desconfiança do cidadão em relação às instituições legislativas e pelo esvaziamento dos partidos políticos.

No presente artigo, partindo-se da premissa de que existe uma crise de representatividade entre os partidos políticos e os cidadãos, refletir-se-á uma pesquisa acadêmica que, utilizando-se do método categórico-dedutivo para um enfoque geral sobre o tema, cotejando-o com o método empírico-indutivo para uma análise da realidade brasileira, procurou identificar algumas possíveis causas dessa crise, no intuito de auxiliar na compreensão do processo democrático brasileiro.

---

2 MANIN, Bernard. **As metamorfoses do governo representativo**. Revista Brasileira de Ciências Sociais, v. 10, n. 29, 1995. p. 5-34.

3 Disponível em <<http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/Paginas/89-dos-manifestantes-nao-se-sente-m-representados-por-partidos.aspx>>. Acesso em julho de 2014.

4 MIGUEL, Luis Felipe. **REPRESENTAÇÃO POLÍTICA EM 3-D Elementos para uma teoria ampliada da representação política**. Revista Brasileira de Ciências Sociais, v. 18, n. 51, 2003.

## 1. A CRISE E SUAS CAUSAS

A crise de representatividade dos partidos políticos não é, certamente, provocada por um fator específico e acidental, mas, sim, por aspectos sócio-culturais que, apesar da multiculturalidade mundial, podem ser identificados em grande parte do globo.

O primeiro dos fatores que contribuem para a crise de representatividade dos partidos políticos pode ser considerado a própria crise de legitimação que acomete os Estados contemporâneos. Em outras palavras, a noção de desprendimento, de não pertencimento do cidadão em face do Estado contemporâneo acaba por provocar idêntico sentimento em relação a suas instituições, inclusive os partidos políticos.

Conforme acentuam Bobbio, Matteucci e Pasquino<sup>5</sup>, com base nos escritos de O'Connor, enfrenta-se uma crise de legitimação do Estado contemporâneo ocasionada pela dificuldade de integração ideológica da sociedade liberal, em virtude da difícil compatibilização entre os valores da liberdade e da igualdade, principalmente diante da heterogeneidade cultural intra e interestatal. É necessário, segundo os aludidos doutrinadores, que se encontre um outro fundamento para a legitimação do Estado contemporâneo, uma vez que

A legitimação não pode assentar na crença da legalidade, como acontece em Weber; a lei universal e abstrata não pode mais referir-se a um contexto econômico e social profundamente não homogêneo e, por isso, a sua aplicação se realiza através de processos administrativos cada vez mais funcionalmente adaptados a claros interesses, que vão surgindo num aparelho produtivo amplamente diversificado. A legitimação da autoridade política do Estado tem de buscar outro fundamento<sup>6</sup>.

A perda de legitimação do Estado é também identificada nas críticas formuladas pelo comunitarismo ao liberalismo implantado na maioria dos países ocidentais, no sentido de que a neutralidade estatal que caracteriza o modelo liberal impede que os cidadãos aceitem as restrições exigidas pelo Estado de bem-estar social – modelo que, saliente-se, está em processo de aparente superação nos países desenvolvidos.

Kymlicka<sup>7</sup> assim sintetiza a crítica formulado pelo comunitarismo:

---

5 BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução: Carmen C. Varriale et al. 12. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2000, v. 1.

6 BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO. **Dicionário de política**. p. 405

7 KYMLICKA, Will. **Filosofia política contemporânea: uma introdução**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 290.

Esse 'distanciamento' da forma de vida compartilhada da comunidade significa que passamos a estar pouco dispostos a suportar os fardos da justiça liberal. Como resultado, as democracias liberais estão passando por uma 'crise de legitimação' – pede-se aos cidadãos que se sacrifiquem cada vez mais em nome da justiça, mas eles compartilham cada vez menos coisas com aqueles pelos quais estão se sacrificando. Não há nenhuma forma de vida compartilhada subjacente às exigências do Estado neutro.

Um pouco além das críticas formuladas pelo comunitarismo, Rosanvallon, ao dissertar sobre a crise do Estado-providência, assevera que “Não há mais nenhum meio, para os indivíduos, de ver a relação entre os descontos individuais e sua utilização coletiva”<sup>8</sup>, sendo a crise o sinal de um déficit de identidade cultural.

No Brasil, embora se possa afirmar que não se chegou a implementar o Estado-providência<sup>9</sup>, não há dúvida de que o Estado fiscal foi completamente aperfeiçoado, já que, aqui, apresentam-se umas das mais altas cargas tributárias do mundo, de modo que aqui se pode verificar também a perda de identificação dos cidadãos com o Estado e a decorrente crise de legitimação da autoridade política.

Um segundo fator colaborador para a crise de representação de que padecem os partidos políticos brasileiros, bastante relacionado ao apontado anteriormente (crise de legitimação do próprio Estado contemporâneo), consiste na existência, no Brasil, de um monopólio e de uma dominação estamental-ideológico da mídia, precipuamente televisiva, principal formadora da opinião pública.

A questão pode ser observada sob duas perspectivas interdependentes, mas distintas: o papel da mídia para a construção da agenda política e o papel da mídia para a formação de um imaginário popular provocador de desagregação .

Conforme acentua Miguel, “a função de representação política significa participar de processos de tomada de decisão em nome de outros (primeira dimensão), mas também participar da confecção da agenda pública e do debate público em nome de outros”<sup>10</sup>. O exercício do poder não pode ser resumido à tomada de decisões, existindo, ainda, uma segunda dimensão, consistente no controle sobre a agenda pública e que tem influência, inclusive, em questões de “não-decisão”, quer dizer, na delimitação de assuntos que sequer serão levados ao debate público.

---

8 ROSANVALLON, Pierre. **A crise do Estado-providência**. Tradução de Joel Pimentel de Ulhôa. Goiânia: Universidade de Brasília, 1997. p. 95.

9 STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

10 MIGUEL. **REPRESENTAÇÃO POLÍTICA EM 3-D Elementos para uma teoria ampliada da representação política**. p. 133.

Nessa perspectiva, a mídia torna-se essencial para o exercício dessa segunda dimensão do poder, pois se apresenta como difusora de diversas concepções filosóficas e políticas, estilos de vida e circunstâncias fáticas particulares que demandam a intervenção do público.

Destarte, se a mídia se apresenta monopolizada e ideologizada, dominada por um estamento minoritário da população, o efeito é o de que a agenda pública que se apresentaria relevante para a maioria da população é desalojada do cenário político e, conseqüentemente, surge o desinteresse no político e a desvinculação entre os cidadãos e os representantes do Poder. Ainda nos dizeres de Miguel<sup>11</sup>:

Há um forte incentivo para que as intervenções e os projetos dos parlamentares sejam ligados aos temas veiculados na mídia, por dois motivos: (i) são os temas de maior visibilidade efetiva, isto é, o parlamentar que age a respeito deles mostra-se como mais atuante; e (ii) são os temas de maior visibilidade pessoal potencial, isto é, a intervenção a respeito deles tem mais chance de receber destaque na mídia.

Os meios de comunicação brasileiros, conforme expõem Streck e Morais<sup>12</sup>, são dominados por uma ideologia de manutenção do *status quo* e acabam por refletir, em sua programação regular, para os receptores da informação, a inevitabilidade de um mundo de desigualdade, formando estereótipos de riqueza e sucesso, com preponderância para o desenvolvimento econômico sobre o social, potencializando a adoção de condutas atomistas, individualistas, não solidárias.

Nesse contexto, acabam sendo retirados da agenda pública os temas mais relevantes para a maioria numérica da população brasileira, marcadamente pobre e padecida de um analfabetismo funcional, afastando-se representante e representado. Mais, cria-se, no imaginário popular, “magmas de significações sociais instituintes”<sup>13</sup> que forçam a identificação da massa com um estereótipo elitista, incutindo na consciência do povo um ideal patrimonialista, consumista, individualista, não-solidário, de modo a tornar “aceitável” uma agenda pública que contempla apenas as perspectivas da minoria detentora do poder. O cenário, obviamente, conduz à perda de identificação dos cidadãos com as mais diversas categorias políticas, pois, não obstante a provocação de vontades consumistas e patrimonialistas pela mídia, a maioria do povo se vê, sempre, despido do respectivo acesso.

---

11 MIGUEL. **REPRESENTAÇÃO POLÍTICA EM 3-D Elementos para uma teoria ampliada da representação política**. p. 132.

12 STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do Estado**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

13 OST, François. **Contar a Lei: as Fontes do Imaginário Jurídico**. Tradução de Paulo Neves. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005. p. 56.

O terceiro fator relevante para a perda da legitimação dos partidos políticos está na incapacidade dos mecanismos da democracia formal de provocar uma inversão da crescente desvinculação entre os cidadãos e as autoridades político-estatais, na medida em que resumir a democracia à eleição de representantes “favorece o desinteresse sistemático dos administrados pela vida política, a apatia, a abstenção, a resignação ante a corrupção, a falta de confiança nos governantes e a abdicação da participação na vida pública”<sup>14</sup>.

Realmente, como bem aponta a aludida doutrinadora nas linhas seguintes às transcritas acima, uma maior identificação do povo com o mundo político depende da adoção de mecanismos que criem, no imaginário popular, a convicção de que os seus interesses serão tutelados pelo Estado, de que o único objetivo de seus representantes políticos será o atendimento das suas perspectivas. No contexto atual de falta de confiança dos cidadãos na classe política, que, segundo é repetido a todos os ventos, apropriou-se da coisa pública, dirigindo-a para fins próprios, particulares, há evidente ruptura da legitimidade do exercício político.

Relacionalmente, há um quarto e último fator que desponta, entre os demais, como determinante para a crise de representatividade que vivem os partidos políticos brasileiros: o fenômeno mundial da dominação do poder político pelo poder econômico.

Nos Estados Unidos da América, a dominação do poder político pelo econômico foi apontada já em 1956 pelo sociólogo C. Wright Mills, em sua famosa obra *A Elite do Poder*, a qual denunciou que, não obstante a aparência democrática que ostentava aquela federação, as decisões políticas eram, na verdade, tomadas por uma minoria, que, assim, guiava os rumos do País de acordo com os seus interesses.

Mills afirmava veementemente que o domínio do político pelo econômico era a chave do declínio da política como o local autêntico do debate público para o alcance das decisões possíveis, que fez dos Estados Unidos “mais uma democracia política formal do que uma estrutura democrática social, e mesmo sua mecânica da política formal é fraca”<sup>15</sup>. Eis um resumo, nas palavras do próprio Mills, sobre a ascensão da elite econômica ao poder político nos Estados Unidos da América<sup>16</sup>:

---

14 SANTIN, Janaína Rigo. **O tratamento histórico do poder local e a gestão democrática municipal**. Revista Estudos Jurídicos, v. 40, n. 2, jul./dez. 2007. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/publicacoes/12878.pdf>. p. 77.

15 MILLS, C. Wright. **A elite do poder**. Tradução de Waltensir Dutra. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1975. p. 325.

16 MILLS. **A elite do poder**. p. 327.

Durante o *New Deal*, os chefes de empresas ingressaram no diretório político; quando da II Guerra Mundial, já o haviam dominado. Há muito ligados ao governo, assumiram plenamente a direção da economia do esforço de guerra e do pós-guerra. Esta transferência dos dirigentes de empresas para o diretório político acelerou o afastamento, que vinha ocorrendo, dos políticos profissionais do Congresso para os níveis médios do poder.

É importante esclarecer que, na visão de Mills, o domínio do político pelo econômico, ao menos nos Estados Unidos da América, não se revelava em medidas corruptivas tomadas para a ascensão do poder nem em atos ilegais ou imorais de condução da coisa pública. Na verdade, o autor sustentava que havia uma impossibilidade de os representantes do poder econômico que ascendem ao poder político se dissociarem do compromisso que têm com o mundo da economia, seja em razão da presença de interesses condizentes, formação semelhante, composição de círculos de amizade e confraternização comuns etc. Em resumo, “A questão não é tanto o interesse financeiro ou pessoal numa determinada empresa, mas a identificação com o mundo econômico em geral”<sup>17</sup>.

No Brasil, a situação histórica de dominação do político pelo econômico não é distinta.

Hamel historiciza, em obra dedicada à política deliberativa em Habermas sob a perspectiva nacional, que, desde a época colonial, há determinados estamentos minoritários – como, no início, os proprietários rurais – que monopolizaram o sistema político, impondo a exclusão das massas populares que não detinham poder econômico das decisões políticas relevantes. Baseando-se na interpretação de Faoro, Hamel bem sintetiza a dominação do político pelo econômico no decorrer da história brasileira, provocador de uma apropriação do público pelo privado e, logo, causador de uma desidentificação dos cidadãos com a política, uma separação entre a sociedade e o Estado<sup>18</sup>:

A propósito da administração pública brasileira e, portanto, do domínio do poder político nacional, desde o Brasil Colônia até a era Vargas, na interpretação de Faoro (1984), de Dom João I a Getúlio Vargas, manteve-se uma estrutura político-social que resistiu a todas as transformações fundamentais. Nessa, a comunidade política conduz, comanda, supervisiona os negócios como negócios privados seus, numa realidade histórica de persistência secular da estrutura patrimonial como forma de domínio, na qual (...)

O traço característico da estrutura político social, numa viagem de seis séculos, será o predomínio do estamento no foco superior do poder, do quadro administrativo, o qual de aristocrático se burocratiza de forma progressiva, em plena mudança de acomodação.

---

17 MILLS. *A elite do poder*. p. 337.

18 HAMEL, Márcio Renan. *A política deliberativa em Habermas: uma perspectiva para o desenvolvimento da democracia brasileira*. Passo Fundo: Méritos, 2009. p. 45-46.

Atualmente, no Brasil, a dominação do econômico sobre o político não se alterou, conforme se constatou nas audiências públicas realizadas pelo Supremo Tribunal Federal, em meados do ano de 2013, finalizadas em setembro do citado ano, para democratizar o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade n. 4.650, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, em questionamento de alguns dispositivos da Lei das Eleições (Lei federal n. 9.504/97) e da Lei dos Partidos Políticos (Lei federal n. 9.096/95).

A seguir, a fim de demonstrar o quadro empírico atual de dominação do político pelo econômico, serão apresentadas algumas manifestações de profissionais relacionados ao tema sob os mais distintos aspectos.

Por exemplo, o Deputado Federal Henrique Fontana Júnior, ouvido da Tribuna e demonstrando extrema preocupação com os reflexos das doações eleitorais no resultado das eleições, asseverou que “Nós vivemos, cada vez mais, a democracia do dinheiro, e, cada vez menos, a democracia das ideias, dos projetos, dos compromissos”<sup>19</sup>. Em seguida, depois de apresentar os números da evolução cronológica dos gastos de campanha, arrematou que “O poder econômico, em especial o empresarial, captura boa parte do poder político e quebra o princípio da igualdade-republicanismo que devemos perseguir”<sup>20</sup>.

Fontana Júnior<sup>21</sup>, na mesma linha defendida no presente artigo, apresentou, como quadro empírico subjacente ao debate, que, por meio do financiamento de campanha, o capital indica a lista de concorrentes aos cargos políticos de acordo com a sua preferência ideológica, direcionando o resultado das eleições.

O Professor Daniel Sarmiento identificou também essa dominação do político pelo econômico, conforme se percebe no seguinte trecho de sua fala<sup>22</sup>:

Se nós pensarmos, também, em termos de forças políticas, de concepções ideológicas, é evidente que se favorece o interesse do capital em detrimento do interesse dos grupos excluídos. E a legislação brasileira, nesse particular, tem vícios que são até chocantes. O que explica, por exemplo, que se permita a doação de empresas de pessoas jurídicas, de maneira bastante ampla, e não se permita a doação por sindicatos? Quer dizer, essa é uma violação flagrante da igualdade entre concepções ideológicas distintas que se apresentam na esfera pública.

---

<sup>19</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4650**. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acessado em junho de 2014.

<sup>20</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4650**. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acessado em junho de 2014.

<sup>21</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4650**. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acessado em junho de 2014.

<sup>22</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4650**. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acessado em junho de 2014.

O Doutor Fernando Borges Mânica<sup>23</sup>, do Instituto Atuação, fez observação no mesmo sentido ora defendido ao afirmar que o domínio econômico da política acaba por afastar o cidadão do debate público, tornando-o mero coadjuvante no sistema eleitoral e representativo.

O Senhor Cezar Busatto<sup>24</sup>, da Secretaria Municipal de Governança de Porto Alegre, em erudita sustentação, mostra que, também nos Estados Unidos da América, para além do contexto em que publicada a obra de Wright Mills, trabalhada acima, existe ainda o controle do político pelo econômico, o que, nas palavras de Al Gore, ditadas pelo interlocutor, representaria “um golpe de estado empresarial em câmera lenta que ameaça destruir a integridade e o funcionamento da democracia americana” - segundo Cezar Busatto, a citação teria sido retirada do livro “The Future: Six Drivers of Global Change”.

Finalmente, o Advogado Sílvio Queiroz Teles<sup>25</sup>, também da tribuna do plenário do Supremo Tribunal Federal, relatou um fato estarrecedor que bem delineia como funciona, no Brasil, a dominação do político pelo econômico:

Um advogado me contou espontaneamente que um grupo empresarial, sediado na região metropolitana de Cuiabá, não fez a maior doação à campanha de um importante candidato, como declarada à Justiça Eleitoral, tendo sido, na verdade, ao contrário, o partido político dele quem doou a vultuosa quantia através de pessoa jurídica, utilizando grande lastro fiscal que a mesma possuía para tanto junto à Secretaria da Receita Federal. E tal desonestidade legal não é peculiaridade do Estado, quiçá exclusividade em Mato Grosso. Ou seja, cogente, concluiu que, na prática, ao que parece, pelo Brasil, tem ocorrido compra de vaga na convenção partidária, praticamente a compra do mandato, devido à grandiosa quantia injetada durante o pleito, e a interferência ilícita na Administração Pública, pós-posse do candidato eleito, quando esse tem que cumprir com seus compromissos de campanha e garantir vitória, em certame licitatório, da pessoa jurídica doadora. Como sabemos, muitas vezes, com valores superfaturados.

Decerto, a demonstrada dominação do poder político pelo poder econômico é um grave fator de deslegitimação da representação dos partidos políticos no Brasil. Nesse quadro, efetivamente, os cidadãos não têm a convicção de que os seus interesses serão tutelados por seus representantes políticos, havendo a forte aparência de que, na verdade, a coisa pública é dirigida para fins próprios, particulares.

---

<sup>23</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4650**. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acessado em junho de 2014.

<sup>24</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4650**. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acessado em junho de 2014.

<sup>25</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4650**. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acessado em junho de 2014.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A inegável crise de representatividade de que padecem os partidos políticos brasileiros, que não gozam mais de identificação com o eleitorado, é provocada por diversos fatores sócio-culturais.

A crise de legitimação dos Estados contemporâneos, o monopólio e a dominação estamental-ideológica da mídia brasileira, a insuficiência dos mecanismos de democracia formal e o controle do poder político pelo poder econômico são fatores determinantes para a perda de identificação do povo com o mundo político.

A desidentificação entre a sociedade e o Estado, no plano político, acaba por refletir negativamente na implementação de políticas sociais de emancipação e promoção dos direitos fundamentais, em um verdadeiro sistema de autopoiese, na medida em que, desalojando-se as massas populares do poder político, há a perpetuação do *status quo* de desigualdade, o que, por sua vez, faz manter o contexto de concentração de informação e capital, contribuindo para o paradigma da crise de representatividade.

A superação do paradigma demanda, decerto, a realização de uma ampla reforma eleitoral, que deverá contemplar também a questão do financiamento público de campanhas eleitorais, a fim de reduzir significativamente a influência do poder econômico sobre o político, como preconiza o artigo 14, §9º, de nossa Constituição da República.

Apresenta-se também com acentuada relevância a adoção de mecanismos de gestão democrática que possibilitem a participação direta do cidadão, ainda que por meio de entidades não governamentais, na tomada de decisões concretas sobre a coisa pública, diminuindo o distanciamento entre Estado e sociedade.

Nesse contexto, abstendo-se a crítica sobre a constitucionalidade formal do ato normativo, mostra-se condizente com o intento de resgate da legitimação da classe política o Decreto 8.243 de 2014, da Presidência da República, que instituiu a Política Nacional de Participação Social - PNPS e o Sistema Nacional de Participação Social – SNPS, que traz mecanismos de participação direta da sociedade civil na tomada de decisões pela administração pública federal .

Além disso, faz-se necessário o estrito cumprimento dos ditames da Lei 12.527/2011, chamada Lei da transparência, bem como a criação de instrumentos eficazes de *accountability*, adotando-se, da visão formalista da representação política, os benefícios

decorrentes da exigida prestação de contas sobre o exercício do mandato por parlamentares e membros do Poder Executivo.

Certamente, o incremento da participação política das massas populares provocará, em um processo simétrico, a implementação de direitos sociais, com a redução da pobreza, das desigualdades sociais e da marginalização, construindo uma sociedade livre, justa e solidária, objetivos fundamentais da República, e o resgate da representatividade das chamadas autoridades políticas perante os representados.

#### **REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS**

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4650**. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acessado em junho de 2014.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução: Carmen C. Varriale et al. 12. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2000, v. 1.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

HAMEL, Márcio Renan. **A política deliberativa em Habermas: uma perspectiva para o desenvolvimento da democracia brasileira**. Passo Fundo: Méritos, 2009.

KYMLICKA, Will. **Filosofia política contemporânea: uma introdução**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MANIN, Bernard. **As metamorfoses do governo representativo**. Revista Brasileira de Ciências Sociais, v. 10, n. 29, p. 5-34, 1995.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MIGUEL, Luis Felipe. **REPRESENTAÇÃO POLÍTICA EM 3-D Elementos para uma teoria ampliada da representação política**. Revista Brasileira de Ciências Sociais, v. 18, n. 51, 2003.

MILLS, C. Wright. **A elite do poder**. Tradução de Waltensir Dutra. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1975.

OST, François. **Contar a Lei: as Fontes do Imaginário Jurídico**. Tradução de Paulo Neves. São

Leopoldo: Editora Unisinos, 2005.

ROSANVALLON, Pierre. **A crise do Estado-providência**. Tradução de Joel Pimentel de Uihôa. Goiânia: Universidade de Brasília, 1997.

SANTIN, Janaína Rigo. O tratamento histórico do poder local e a gestão democrática municipal. Revista Estudos Jurídicos, v. 40, n. 2, jul./dez. 2007. Disponível em: <<http://www.plataformademocratica.org/publicacoes/12878.pdf>>

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do Estado**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

# DIVERSIDADE CULTURAL COMO LIMITE À UNIVERSALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

André Friedrich Dorneles<sup>1</sup>

## INTRODUÇÃO

Falar em direitos humanos é falar na defesa e no respeito à dignidade da pessoa humana, especialmente no que tange a proteção do direito à vida, à liberdade, à igualdade. Fala-se na história global, nas lutas sociais, nas revoluções, enfim, nas mais variadas formas que o ser humano buscou e ainda busca para o bem individual e coletivo de determinadas sociedades.

Falar em universalidade dos direitos humanos é trazer à tona os meios que se tem para proteção desses direitos a nível internacional, de forma igualitária. É dizer que os direitos humanos tem o mesmo valor para todos os cidadãos do mundo, independentemente da origem, da raça, do sexo, etc.

Entretanto, essa universalidade encontra divergência de teses quando se questiona o multiculturalismo, ou a diversidade cultural, haja vista que a história da humanidade revela, em absoluto, a imensa diferença de culturas que o mundo vive, demonstrando assim, a resistência real e legítima de aceitar a imposição do direito internacional com normas jurídicas – de caráter moral e ético – para determinadas nações.

A doutrina debate acerca da imposição de direito humano ocidental, com normas, regras e princípios contrários a cultura oriental, demonstrando, assim, que a universalidade dos direitos humanos é uma tarefa árdua e de difícil consagração.

No presente estudo será analisada a questão histórica e a evolução internacional dos direitos humanos, com ênfase na diversidade cultural.

---

<sup>1</sup>Advogado. Pós-graduado em Direito material e processual do trabalho pela IPEJUR – Instituto de Pesquisas Jurídicas. Professor e mestrando pela Universidade de Passo Fundo, estado do Rio Grande do Sul, Brasil. email: andredorneles@upf.br

## 1. SURGIMENTO DOS DIREITOS HUMANOS

Não há na doutrina uma especificidade unanime em relação ao surgimento dos direitos humanos, haja vista que o único consenso ainda existente é da dificuldade de conceituar e definir o que é direitos humanos, o que leva, portanto, a incerteza do seu surgimento.

Numa coisa existe certa unanimidade de opiniões que é a noção de que os direitos humanos surgiram como meio de proteção a dignidade da pessoa humana contra atrocidades cometidas pelo Estado. Cita-se como alguns elementos dessa ideia histórica, o Código de Hamurabi (1.500 a.c), os sistemas de proteção aos valores humanos marcados pelo humanismo ocidental greco-romano e judaico-cristão, a Carta Magna de Joao Sem Terra (1215), a Petição de Direito (1628), etc.

Para Perez-Luno<sup>2</sup>, a historia dos direitos,

são ingredientes básicos na formação histórica da idéia dos direitos humanos duas direções doutrinárias que alcançam seu apogeu no clima da Ilustração: o jusnaturalismo racionalista e o contratualismo. O primeiro, ao postular que todos os seres humanos desde sua própria natureza possuem direitos naturais que emanam de sua racionalidade, como um traço comum a todos os homens, e que esses direitos devem ser reconhecidos pelo poder político através do direito positivo. Por sua vez, o contratualismo, tese cujos antecedentes remotos podemos situar na sofística e que alcança ampla difusão no século XVIII, sustenta que as normas jurídicas e as instituições políticas não podem conceber-se como o produto do arbítrio dos governantes, senão como resultado do consenso da vontade popular.

Porém, consoante já referido, dificilmente haverá uma definição do marco inicial do seu surgimento, porquanto a historia revela que desde o nascimento do homem, já se pode falar em direitos humanos, porém, sem expressar exatamente que direitos são estes.

Nesse sentido, cumpre lembrar que o direito das gentes surge e ressurgue ao longo da historia da própria humanidade, tanto que a doutrina, para fins acadêmicos, apresenta as gerações dos direitos humanos, as quais são definidas de acordo com a evolução da sociedade, de tal forma, que uma geração não extingue a outra.

Sobre o tema, Flavia Piovesan<sup>3</sup> destaca:

[...] adota-se o entendimento de que uma geração de direitos não substitui a outra, mas com ela interage. Isto é, afasta-se a idéia da sucessão "geracional" de direitos, na medida em que acolhe a idéia da expansão, cumulação e fortalecimento dos direitos humanos consagrados,

---

<sup>2</sup> PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique. **La universidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional**. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2002. p. 23

<sup>3</sup> PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Max Limonad. 1999.

todos essencialmente complementares e em constante dinâmica de interação. Logo, apresentando os direitos humanos uma unidade indivisível, revela-se esvaziado o direito à liberdade, quando não assegurado o direito à igualdade e, por sua vez, esvaziado revela-se o direito à igualdade, quando não assegurada a liberdade.

Assim, denota-se que os direitos humanos são, em verdade, o resultado da própria evolução histórica da sociedade, passando por questões advindas da idade antiga, da idade média e da idade moderna, não existindo, portanto, um marco inicial do surgimento.

Revela-se, nesse interim, que as nações buscam salvaguardar direitos que entendem relevantes para o próprio bem estar social, reprimindo ações que violam ou desrespeitem as regras e a conduta imposta por determinada cultura. Direitos humanos representam valores para estas diferentes culturas, mas que, numa análise mais específica, representa à defesa a dignidade da pessoa humana, que é o que a diferencia dos demais seres.

E, por dignidade da pessoa humana, tem-se a ideia que “como qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado.”<sup>4</sup>

Porém, não obstante a histórica caminhada das diversas nações na busca pela mínima proteção aos direitos, independente de existir um conceito unânime – mas na forma e método que a cada cultura assim interessa ou entende -, a sociedade moderna convive, a muitos anos, com situações de total desrespeito aos direitos humanos, seja decorrente de guerras (1ª e 2ª guerra mundial), seja decorrente de exploração do trabalho infantil (análogo a de escravos), seja ao desrespeito a saúde, a segurança, a moradia, a alimentação, etc,

Em face disso é que se busca a melhor forma de dar proteção a esses direitos – reconhecidos como o direito à garantia a dignidade – através de instrumento de proteção internacional, especialmente após ser promulgada a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Entretanto, essa internacionalização sobre certa resistência em face da diversidade cultural, o que será analisado ao final do presente artigo.

## **2. INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS**

Tema de maior unanimidade é com relação ao processo de internacionalização e universalização dos direitos humanos, tendo em vista que tal matéria é recente e de

---

<sup>4</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 40

interesse quase universal.

Não obstante a indefinição quanto ao surgimento dos direitos do homem, certo é que o processo de universalização e de proteção internacional se deu no período pós-segunda guerra mundial, com a promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, tendo em vista as consequências devastadoras e atrocidades deixadas pelo Nazismo de Hitler e o fracasso, com a criação da Liga das Nações (1920), ao tentar estabelecer a paz no final da primeira guerra mundial.

Essa necessidade de positivizar direitos até então vista em instrumentos de pouca efetividade foi abraçada por diversas nações em todo o mundo, sendo certo que a Declaração Universal dos Direitos Humanos atingiu esse objetivo, tendo inicialmente a aprovação de 48 Estados, com apenas 8 abstenções. A partir disso, a ideia é de proteção do indivíduo pelo simples fato de ser um ser humano, passando a ser sujeito de direito internacional.

Nesse sentido, Piovesan<sup>5</sup>:

a partir da Declaração de 1948, começa a se desenvolver o Direito Internacional dos Direitos Humanos, mediante a adoção de diversos instrumentos internacionais de proteção. A Declaração de 1948 confere lastro axiológico e unidade valorativa a esse campo do Direito, com ênfase na universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos.

Entretanto, apesar deste primeiro passo para o processo de internacionalização ter sido atingido com a criação da Declaração Universal, a violação aos direitos humanos ainda persistiam, pelo simples fato de que a Declaração não possuía um valor soberano ou, um valor vinculante, pois foi constituído na forma de resolução com força de uma recomendação jurídica e social.

Por tal motivo, o esforço seguinte foi a promulgação de outros instrumentos, pactos e convenções internacionais, objetivando ratificar as normas estabelecidas na Declaração Universal. Dentre estes, cita-se o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, ambos de 1966. Sobre o tema, Jayme Benvenuto Lima Jr<sup>6</sup>:

eles representam a busca de “jurisdicalização” da Declaração Universal, entendida como uma mera carta de intenções, destituída, portanto, de força de lei. Representam também o

---

<sup>5</sup> PIOVESAN, Flavia; Luciana Paula Vaz de Carvalho. **Direitos humanos e direito do trabalho**. São Paulo, Atlas, 2010. p. 9

<sup>6</sup> LIMA JUNIOR, Jayme Benvenuto. **Os direitos humanos econômicos, sociais e culturais**. Rio de Janeiro. Ed. Renovar, 2001. p. 30

detalhamento de direitos, definidos muito genericamente na Declaração Universal. Nesse sentido, são instrumentos de adicional proteção dos Direitos Humanos, destinados a ser usados quanto vierem a falhar as instituições nacionais na concretização da justiça.

Referidos instrumentos tiveram adesão dos Estados muito mais significativa que a própria declaração, o que representou um avanço muito grande na caminhada rumo à universalização.

Além do Pacto de Direitos Civil e Políticos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o mundo ganhou relevância neste processo de internacionalização, proteção e repressão a violação dos direitos humanos, diante da criação do Tribunal Penal Internacional, aprovado em 1998, na Conferencia de Roma, tendo 120 votos favoráveis e 7 contrários (China, EUA, Filipinas, Índia, Israel, SriLanka e Turquia), com competência para julgar crimes de guerra, de agressão, genocídio e contra a humanidade.

O Brasil ratificou o pacto referente ao Tribunal Penal, passando a vigorar no país a partir de 1º de setembro de 2012, conforme decreto numero 4388 de 2012<sup>7</sup>.

Ainda, cumpre registrar que no ano de 1993, em Viena, na Áustria, aconteceu a II Conferencia Mundial de Direitos Humanos, resultando na promulgação da Declaração de Viena e Programa de Ação, com aprovação de 171 Estados, atingindo o objetivo deste instrumento internacional que é o fortalecimento e aperfeiçoamento da proteção dos direitos humanos em nível mundial, com afirmação da necessidade de observância desses direitos.

Sobre o tema, Estevaso Martins<sup>8</sup> afirma: “[...] a conferência de Viena buscou sistematizar a agenda internacional na passagem do longo itinerário teórico para uma prática considerada urgente, vale dizer, um valor normativo a ser observado como pauta comportamental de indivíduos e de governantes.”

Diante desse panorama global, observa-se com extrema clareza que a nação mundial caminha com passos largos na busca da universalização dos direitos humanos, estabelecendo normas e princípios protetivos dos direitos do homem nas cartas constitucionais internas e, ainda, cada vez mais, aderindo a pactos internacionais na busca da concretização para proteção máxima contra a violação da dignidade da pessoa humana.

---

<sup>7</sup> [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4388.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm)

<sup>8</sup> MARTINS, Estevaso de Rezende. **Ética e relações internacionais: elementos de uma agenda politico cultural**. Revista brasileira de politica internacional. Ano 44, n. 2, p. 6, 2001.

### 3. UNIVERSALIDADE E A DIVERSIDADE CULTURAL

O ponto central do presente artigo é saber exatamente qual a ideia que se tem sobre direitos humanos, com estudo a partir do surgimento desses direitos, da sua internacionalização e, por fim, neste tópico, como se divide os posicionamentos adotados pelas correntes que defendem a existência de um direito natural e universal e a corrente que defende a existência de um direito relativo, diante da diversidade cultural.

É bom lembrar que, consoante já descrito acima, não há na doutrina uma definição exata do que são os direitos humanos. O que existe, sim, é um movimento muito grande na concretização da universalização desses direitos, que tem sua caminhada a partir da Declaração Universal de 1948 com um grande avanço na Conferencia Mundial de Direitos Humanos em Viena de 1993.

Na Conferencia de Viena<sup>9</sup>, de 1993, no artigo 5º da declaração, estabelece:

todos os Direitos do homem são universais, indivisíveis, interdependentes e interrelacionados. A comunidade internacional tem de considerar globalmente os Direitos do homem, de forma justa e equitativa e com igual ênfase. Embora se devam ter sempre presente o significado das especificidades nacionais e regionais e os antecedentes históricos, culturais e religiosos, compete aos Estados, independentemente dos seus sistemas político, económico e cultural, promover e proteger todos os Direitos do homem e liberdades fundamentais.

Porém, essa caminhada pela universalização dos direito humanos esbarra na diversidade cultural que, como corolário do direito à diferença (ou direito a igualdade), deve ser assim respeitada, eis que, diante da interpretação dos direitos do homem há uma divergência atribuída pela cultura de cada nação, não sendo crível que alguém possa impor o certo e o errado para as diferentes culturas em sua maneira de viver.

Um simples exemplo pode ser lembrado que, como faz referencia Daudt que “o significado do direito à vida tanto pode, em uma cultura, servir como argumento contrario à pena de morte, como, em outra, ser justamente o fundamento de sua aplicação”<sup>10</sup>. O mesmo autor prossegue:

---

<sup>9</sup> Conferencia de Direitos Humanos de Viena de 1993. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/viena/viena.html>. Acesso em 24.07.2014

<sup>10</sup> DAUDT, Gabriel Pithan. **Reserva aos tratados internacionais de direitos humanos: o conflito entre a eficácia e a promoção dos direitos humanos**. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 2006. p. 131.

o problema esta em dizer quais são os direitos universais. Isso porque cada cultura pode entender que o seu padrão de direitos deve ser o universal. Exemplo disso é a Declaração Islâmica Universal dos Direitos do Homem, na qual se propõe a universalidade dos direitos sob o ponto de vista islâmico<sup>11</sup>.

Assim, em um mundo onde há regimes democrático, comunistas; culturas orientais, ocidentais, islâmicas (regime discriminatório as mulheres); budistas e com modos e tradição de viver e pensar diferentes, a imposição de um direito universal não seria, por si só, a violação aos direito humanos?

Boaventura de Souza Santos<sup>12</sup>, ao comentar o tema, aduz que

os direitos humanos têm que ser reconceptualizados como multiculturais. O multiculturalismo, tal como eu o entendo, é pré-condição de uma relação equilibrada e mutuamente potenciadora entre a competência global e a legitimidade local, que constituem os dois atributos de uma política contra-hegemônica de direitos humanos no nosso tempo.

O que parece existir de fato é realmente a imposição de regras que historicamente foram definidas como corretas, especialmente para o mundo ocidental, onde ocorreu o processo de desenvolvimento dessa ideologia.

Nesse sentido, a corrente que defende a relativização dos direitos humanos frente a diversidade cultural e moral, sustenta que a visão universal dos direitos humanos não é capaz de responder a pluralidade de culturas dos povos no mundo, como também, essa própria ideia da universalidade desrespeita a dignidade individual e coletiva dos seres humanos, pois culminaria na imposição de mudanças culturais.

Para Piovesan<sup>13</sup>,

neste prisma, cada cultura possui seu próprio discurso acerca dos direitos fundamentais, que está relacionado às específicas circunstâncias culturais e históricas de cada sociedade. Neste sentido, acreditam os relativistas, o pluralismo cultural impede a formação de uma moral universal, tornando-se necessário que se respeite as diferenças culturais apresentadas por cada sociedade, bem como seu peculiar sistema moral.

É que tamanha é a diversidade de culturas – e assim, o que para alguns pode ser certo, para outros, ser algo errado – tamanha é a dificuldade de se atingir determinado critério logico para saber o que realmente pode ser considerado como direito universal, pois “todas as culturas tendem a considerar os seus valores máximos como os mais abrangentes,

---

<sup>11</sup> DAUDT, Gabriel Pithan. **Reserva aos tratados internacionais de direitos humanos**. p 131.

<sup>12</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. **Uma concepção multicultural de direitos humanos**. Revista Lua Nova, v. 39, São Paulo, 1997.

<sup>13</sup> PIOVESAN, Flavia. **A universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos: desafios e perspectivas**. In: BALDI, César Augusto (Org.). **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

mas apenas a cultura ocidental tende a formulá-los como universais”<sup>14</sup>

Defensores da universalização dos direitos humanos utilizam a ideia de que independente do pluralismo cultural mundial, do contexto geográfico, político, social, há questões centrais de interesse universal e que merecem proteção absoluta, como elemento central dos direitos humanos.

Trindade destaca a universalidade dos direitos humanos, a entender, a partir de uma concepção histórica, que são direitos inerentes a todo ser humano independente da diferença cultural, pois “não se questiona que, para lograr a eficácia dos direitos humanos universais, há que tomar em conta a diversidade cultural”.<sup>15</sup>

Na linha de raciocínio a defesa da universalização resta compreender que a codificação dos direitos humanos com vinculação universal e obrigatória significa a imposição de cultura, de religião, de moral, de ética, fato que poderá gerar a falsa identidade do ser humano com suas origens. Porém, buscando-se o respeito ao pluralismo cultural, a manter certas questões e as fortes tradições dos povos, a universalização é tarefa a começar pela identificação comum do que são direitos humanos para todos.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Após uma breve análise sobre o problema que envolve o presente tema, conclui-se que a tendência mundial é cada vez mais caminhar na busca da universalização dos direitos humanos, com respeito máximo a questão da diversidade cultural.

Entretanto, há certa dificuldade advinda da própria evolução histórica em compreender exatamente o que são direitos humanos e quais os limites da universalização, considerando o pluralismo cultural, em especial, para que não ocorra violação aos direitos das minorias que preservam culturas importante e muito respeitada, mas que para outras nações são pouco significativas.

Sabe-se que a cultura é algo essencial para o desenvolvimento e formação da própria identidade do ser humano. Algo necessário para o bem social e o convívio de paz para todas as nações. Exigir de forma diversa é exigir a mudança de cultura e isso é violar direitos

---

<sup>14</sup> SANTOS, Boaventura Souza. p. 112

<sup>15</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. vol. III. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997.p. 416

humanos.

Nesse sentido, denota-se que a corrente que defende a diversidade cultural e assim, a impossibilidade de se atingir a universalidade dos direitos humanos, sustenta questões de ordem filosófica, sociológica, moral, histórica e cultural, como também, que a ideia da universalização é uma luta do ocidente, que não deve ser imposta as demais nações.

## REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho.** Rio de Janeiro. Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. **O problema da guerra e as vias da paz.** Tradução de Alvaro Lorencini. São Paulo. Ed. UNESP, 2003.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil:** Promulgada em 5 de outubro de 1988/ obra coletiva de autoria da editora saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto e Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt – 26 ed. Atual. E ampl. – São Paulo: Saraiva, 2006.

Conferencia de Direitos Humanos de Viena de 1993. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/viena/viena.html>. Acesso em 24.07.2014

DAUDT, Gabriel Pithan. **Reserva aos tratados internacionais de direitos humanos: o conflito entre a eficácia e a promoção dos direitos humanos.** Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 2006.

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos de 1948. Disponível em <http://www.onu.org.br>. Acesso em 24 de junho de 2014

LIMA JUNIOR, Jayme Benvenuto. **Os direitos humanos economicos, sociais e culturais.** Rio de Janeiro. Ed. Renovar, 2001

MARTINS, Estevao de Rezende. **Ética e relações internacionais: elementos de uma agenda politico cultural.** Revista brasileira de politica internacional. Ano 44, n. 2, p. 6, 2001.

\_\_\_\_\_ [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4388.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm). Acesso em 24.07.2014.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional.** São Paulo: Max

Limonad. 1999.

\_\_\_\_\_ PIOVESAN, Flavia. A universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos: desafios e perspectivas. In: BALDI, César Augusto (Org.). **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique. **La universidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional**. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2002.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Uma concepção multicultural de direitos humanos**. Revista Lua Nova, v. 39, São Paulo, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Difnidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. vol. III. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997.

# A INCONSTITUCIONALIDADE DO DECRETO Nº. 8.243/2014 À LUZ DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO

Elisângela Sampaio Teixeira<sup>1</sup>

## INTRODUÇÃO

Em meio às manifestações populares ocorridas no ano de 2013 e à insatisfação dos cidadãos com a situação política do país, veio a lume o Decreto 8.243 de 23 de maio de 2014, expedido pela Presidente da República, instituindo a Política Nacional de Participação Social – PNPS e o Sistema Nacional de Participação Social – PNPS, com vistas a avigorar os mecanismos de democracia participativa.

Não obstante ser imprescindível o aprimoramento de métodos de participação popular, a Constituição Federal restringe o conteúdo do decreto executivo ao regulamento de leis e à organização da administração pública, desde que não haja aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos, bem como à extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos.

Ademais, o decreto presidencial sequer passa por controle prévio do Congresso Nacional, justamente por esse ato não inovar o ordenamento jurídico nem penetrar na esfera jurídica do cidadão.

Assim, o presente estudo irá examinar a inconstitucionalidade do citado ato executivo, sob os aspectos formal e material, em vista de a Chefe do Executivo, por meio do aludido decreto, haver extrapolado sua competência constitucional e disciplinado matérias que exigem lei, além de violar o princípio da separação dos poderes e, especialmente, o princípio democrático, por regular institutos de soberania popular em ato que não passa pela via democrática de elaboração.

---

<sup>1</sup> Advogada, Mestranda em Direito do Programa de Pós Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, Bolsista Prosup/Capes - Artigo apresentado à disciplina Direito, Estado e Constituição, em 07 de junho de 2014, ministrada pela Profa. Dra. Janaína Rigo Santin (UPF)

## 1. DEMOCRACIA

Em vista do objeto do presente trabalho, qual seja, o exame, frente à Constituição Federal de 1988 do Decreto nº 8.243/2014 que regulamenta mecanismos de participação democrática, torna-se conveniente fazer um breve estudo sobre democracia, regime político fundado no princípio da soberania popular.

Cuidando-se de um conceito umbilicalmente ligado à evolução política do Estado que lastreia seu poder na vontade do povo, a democracia é histórica e revela-se como instrumento de concretização dos direitos fundamentais do homem, sendo que o progresso gradual destes é diretamente proporcional ao avanço da noção de democracia.

Nesse passo, aponta Silva: “Sob esse aspecto, a democracia não é um mero conceito político abstrato e estático, mas é um *processo* de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história”<sup>2</sup>.

Compreendendo-se a democracia como mecanismo de realização dos direitos e garantias individuais e coletivos, mediante a participação do povo nas decisões políticas do Estado, assim como de estruturação e organização do poder em proveito do povo, revela-se o *princípio democrático*, de força normativa e constitucionalmente positivado em nosso ordenamento jurídico (art. 1º, *caput*, e parágrafo único da Constituição de 1988), regente de todos os aspectos da vida social e política, podendo ter sua definição resumida na fórmula de Lincoln (apud Silva): “governo do povo, pelo povo e para o povo”<sup>3</sup>.

Seguindo nessa linha, cabe trazer a noção de Canotilho sobre democracia como princípio de eficácia normativa:

Da mesma forma que o princípio do estado de direito, também o princípio democrático é um princípio jurídico-constitucional com dimensões materiais e dimensões organizativo-procedimentais. (...) *normativo-substancialmente*, porque a constituição condicionou a *legitimidade* do domínio político à prossecução de determinados fins e à realização de determinados valores e princípios (soberania popular, garantia dos direitos fundamentais, pluralismo de expressão e organização política democrática); *normativo-processualmente*, porque vinculou a *legitimação* do poder à observância de determinadas regras e processos (*Legitimation durch Verfahren*).<sup>4</sup>

Percebe-se, com efeito, que o princípio democrático atua no controle do domínio político, na medida em que o exercente do poder, emanado pelo povo, somente deterá

<sup>2</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 126.

<sup>3</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 126.

<sup>4</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 288.

legitimidade se proporcionar a efetiva concretização dos direitos fundamentais e o pluralismo na organização e estruturação do Estado, com plena, livre e igual participação de todos os cidadãos, de forma direta ou indireta, assim como estará atribuído de legitimação se ingressar no poder segundo o processo democrático, definido e controlado pelo povo.

Nesse trilhar, é interessante notar a igualdade e liberdade como valores de função democrática. Afinal, a democracia apenas revelar-se-á em um ambiente fundado na livre participação popular na vida do Estado e na realização da justiça social, amparada na igualdade substancial que assegura a todos os cidadãos a concretude dos direitos econômicos, sociais e culturais.

A propósito, vale transcrever novamente as palavras de Canotilho<sup>5</sup>:

Tal como são um elemento constitutivo do estado de direito, os **direitos fundamentais** são um elemento básico para a realização do princípio democrático. Mais concretamente: *os direitos fundamentais têm uma função democrática*, dado que o exercício democrático do poder: (1) significa a contribuição de *todos* os cidadãos para o seu exercício (princípio-direito da igualdade e da participação); (2) implica participação *livre* assente em importantes garantias para a liberdade desse exercício (o direito de associação, de formação de partidos, de liberdade de expressão, são, por ex., direitos constitutivos do próprio princípio democrático); (3) coenvolve a abertura do processo político no sentido da criação de direitos sociais, económicos e culturais, constitutivos de uma democracia económica, social e cultural. Realce-se esta dinâmica dialéctica entre os direitos fundamentais e o princípio democrático. Ao pressupor a participação igual dos cidadãos, o princípio democrático entrelaça-se com os direitos subjectivos de *participação e associação*, que se tornam, assim, fundamentos funcionais da democracia. Por sua vez, os direitos fundamentais, como *direitos subjectivos de liberdade*, criam um espaço pessoal contra o exercício de poder antidemocrático, e, como direitos legitimadores de um domínio democrático, asseguram o exercício da democracia mediante a exigência de *garantias de organização* e de *processos* com transparência democrática (princípio maioritário, publicidade crítica, direito eleitoral). Por fim, como direitos subjectivos a *prestações sociais, económicas e culturais*, os direitos fundamentais constituem dimensões impositivas para o *preenchimento intrínseco*, através do legislador democrático, desses direitos.

No mesmo caminho segue Silva<sup>6</sup>:

Igualdade e liberdade, também, não são princípios, mas valores democráticos, no sentido de que a democracia constitui instrumento de sua realização no plano prático. A igualdade é o valor fundante da democracia, não a igualdade formal, mas a substancial. (...) Assim, a democracia – governo do povo, pelo povo e para o povo – aponta para a realização dos direitos políticos, que apontam para a realização dos direitos económicos e sociais, que garantem a realização dos direitos individuais, de que a liberdade é a expressão mais

---

<sup>5</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, 2003, p. 290-291.

<sup>6</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, 2006, p.131-132.

importante. Os direitos econômicos e sociais são de natureza igualitária, sem os quais os outros não se efetivam realmente. É nesse sentido que também se pode dizer que os direitos humanos fundamentais são valores da democracia. Vale dizer: ela deve existir para realizá-los, com o que estará concretizando a justiça social.

Em meio a esse estudo da democracia, cumpre destacar a adoção, em nosso ordenamento constitucional (preâmbulo e artigo 1º, *caput*, e parágrafo único), do princípio democrático como postulado dirigente do Estado brasileiro, fundado nos valores de liberdade, igualdade e soberania popular. Veja-se:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos (...)

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

A Constituição da República, ao optar pelo regime democrático, buscou, como se verifica pelo dispositivo supracitado, assentar que o exercício do poder dá-se pelo modo republicano, indiretamente, por representantes eleitos pelo povo no processo democrático, e, também, pelos próprios cidadãos, mediante mecanismos de participação popular. Em ambos os casos, o preceito constitucional deixa claro que o titular do poder é o povo, aliás, essa é a lição de Sundfeld:

A Constituição brasileira não se contentou, contudo, adotar o modelo republicano (art.1º, *caput*), baseado essencialmente na representação, é dizer, no exercício indireto do poder pelo povo, através de seus representantes eleitos. A ele somou instrumentos de *participação popular direta*, anunciando, já no parágrafo único de seu art. 1º (...).<sup>7</sup>

Por sua vez, Santin aduz que:

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, parágrafo único, adotou como regime de governo a democracia semidireta, ou seja, o governo é colocado nas mãos de representantes escolhidos pelo povo periodicamente nas urnas eleitorais, mas ainda é garantida a participação do cidadão na gestão pública mediante instrumentos diretos, previstos na

---

<sup>7</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 4. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 51.

própria Carta. Dessa forma, no ordenamento jurídico brasileiro a democracia representativa e a democracia participativa podem conviver conjuntamente (...).<sup>8</sup>

Convém, nesse contexto, definir os meios de exercício da democracia e sua previsão no ordenamento constitucional pátrio. Assim, o princípio da soberania popular – postulado que apoia a titularidade do poder pertencente ao povo e exercido em razão de sua vontade livre e igualitária – está assente em outros dois princípios: da representação e da participação.

O princípio da representação informa que a democracia é indireta e assim o é pela extensão e complexidade orgânica do Estado, o que torna a representatividade imprescindível.

Nesse sistema democrático, o povo transfere o exercício do poder a representantes eleitos de acordo com o processo democrático consagrado pelos direitos políticos, assim como pelas instituições e sistema pluralistas de representatividade (os partidos políticos, o direito eleitoral, o sufrágio universal, voto igualitário...). Nessa forma de democracia o domínio do poder é realizado por órgãos soberanos do Estado constitucionalmente organizados e que detêm autorização dos cidadãos para a persecução dos interesses e anseios populares.

Abordando essa noção, pondera Silva:

*A democracia representativa* pressupõe um conjunto de instituições que disciplinam a participação popular no processo político, que vem a formar os direitos políticos que qualificam a cidadania, tais como as eleições, o sistema eleitoral, os partidos políticos etc., como constam dos arts. 14 a 17 da Constituição (...). A ordem democrática não é apenas uma questão de eleições periódicas, em que, por meio do voto, são escolhidas as autoridades governamentais. (...) Realmente, nas democracias de partido e sufrágio universal, as eleições tendem a ultrapassar a pura função designatória, para se transformarem num instrumento, pelo qual o povo adere a uma política governamental e confere seu consentimento, e, por consequência, legitimidade, às autoridades governamentais.<sup>9</sup>

A Constituição de 1988 estrutura o sistema representativo no artigo 1º, que elenca como fundamento da República Federativa do Brasil o pluralismo político (III); nos artigos 14 ao 17, onde consagra os direitos políticos e aponta para a livre criação de partidos políticos; e nos artigos 44 e seguintes, que definem os órgãos de representação e impõem o devido processo legislativo para a inovação da ordem jurídica.

---

<sup>8</sup> SANTIN, Janaína Rigo. A gestão democrática municipal no estatuto da cidade e a teoria do discurso habermasiana. **Revista da faculdade de direito UFPR**. Curitiba, n. 42, p. 121-131, 2005, p. 126.

<sup>9</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, 2006, p. 137-138.

Por sua vez, o princípio participativo traz a ideia de que, ao lado da participação democrática através do voto, o povo pode atuar diretamente na vida política do Estado.

Nesse sentido, Santin anota que:

o Brasil elegeu o regime democrático de Estado de Direito, mediante uma democracia representativa, isto é, as deliberações coletivas são tomadas não de modo direto pelos integrantes da sociedade, mas por representantes eleitos para essa finalidade. Porém, tratou de institucionalizar formas de democracia participativa, a fim de que os cidadãos não apenas elessem seus representantes, mas participassem pessoalmente de decisões sobre o interesse da coletividade, visando com isso uma participação democrática mais completa, capaz de ir além do direito de votar e ser votado. (...) a participação popular é a emanação de soberania popular, é o poder de intervir nos negócios do Estado e, em conjunto com os representantes eleitos, decidir sobre as questões de políticas públicas.<sup>10</sup>

Destarte, o regime participativo busca a plena intervenção popular no poder estatal, mediante uma sociedade civil atuante e capaz de definir os rumos do Estado, em conjunto com os representantes eleitos. É imperioso que os cidadãos influenciem as estruturas estatais e não o contrário, caso em que se instituiria uma democracia meramente formal.

Vale destacar, nesse contexto, a contribuição de Habermas, citado por Santin<sup>11</sup>, para o desenvolvimento da democracia participativa, o qual enxerga a “importância da sociedade civil como esfera pertencente ao mundo da vida capaz de introduzir a racionalidade comunicativa nas esferas sistêmicas do Estado e do Mercado”. Ainda, segundo a referida autora, lembrando a lição daquele filósofo, “com a participação ativa da população na gestão da máquina pública, estar-se-á inserindo mecanismos de racionalidade comunicativa dentro do mundo sistêmico estatal, dominado por uma racionalidade instrumental”<sup>12</sup>.

Trilhando essa noção, embora necessária a democracia representativa em vista da complexidade estrutural e orgânica do Estado, a titularidade do poder é do povo, não se podendo reduzir a sua vontade à mera designação de mandatários para subir ao domínio político, sob pena do desinteresse e alienação dos representados na vida do Estado, assim como do descontrole dos administradores.

Nesse contexto, são novamente oportunas as palavras de Santin:

---

<sup>10</sup> SANTIN, Janaína Rigo. Princípio da participação: uma análise a partir do ordenamento jurídico brasileiro. **Revista de direito público**. Lisboa, n. 05, p. 59-105, jan./jun. 2011, p. 65-74.

<sup>11</sup> SANTIN, Janaína Rigo. **A gestão democrática municipal no estatuto da cidade e a teoria do discurso habermasiano**. Revista da faculdade de direito UFPR, n. 42, 2005, p. 128.

<sup>12</sup> SANTIN, Janaína Rigo. Princípio da participação: uma análise a partir do ordenamento jurídico brasileiro. **Revista de direito público**. Lisboa, n. 05, p. 59-105, jan./jun. 2011, p.95.

Assim, não se pode resumir a democracia apenas no poder do povo em eleger seus representantes de quatro em quatro anos. Essa concepção favorece o desinteresse sistemático dos administrados pela vida política, a apatia, a abstenção, a resignação ante a corrupção, a falta de confiança nos governantes e a abdicação da participação na vida pública, fatores que corroem o ideal democrático.<sup>13</sup>

Portanto, a soberania popular é concretizada com a participação direta dos cidadãos na tomada de decisões que culminem no atendimento de seus interesses.

Com esse escopo, a Lei Maior prevê determinados mecanismos de participação democrática na gestão pública em conjunto com as instituições estatais. Destacam-se a iniciativa popular, o plebiscito e o referendo, arrolados no artigo 14, I, II e III, da Constituição, institutos que cuidam da atuação popular na função legislativa; além da ação popular, prevista no artigo 5º, LXXIII, da Carta Constitucional, que serve a qualquer cidadão para anular ato lesivo ao patrimônio e moralidade administrativos, ao patrimônio histórico e cultural, bem como ao meio ambiente.

O art. 31, 3º da Constituição Federal permite a participação do cidadão para examinar, apreciar as contas do Município no prazo de sessenta dias. Ademais o Estado Brasileiro possibilita a participação ativa do cidadão em conselhos municipais, sendo o princípio básico do conselho a participação efetiva do cidadão, tal como pode ser citado em Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS) n.º 8.742/93, a Lei 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente, criou o conselho municipal da criança e adolescente. Não obstante os governos locais podem criar conselhos ambientais, podem estabelecer fundos ambientais especiais para promover melhor o uso dos recursos naturais ou apoiar projetos locais.<sup>14</sup> Ou seja, o cidadão tem o poder de contribuir com a definição de políticas governamentais, através de normas estabelecidas pelo Sisnama, para a exploração e preservação do meio ambiente e recursos naturais, trata-se de uma participação efetiva na condução ambiental de interesse local do município.

Além desses institutos, a Constituição consagrou outros meios de participação do cidadão, seja de forma individual seja em órgãos colegiados (artigos 10, 11, 31, §3º, 37, §3º, 74, §2º, 194, VII, 206, VI, 216, §1º).

---

<sup>13</sup> SANTIN, Janaína Rigo. **A gestão democrática municipal no estatuto da cidade e a teoria do discurso habermasiana**. Revista da faculdade de direito UFPR, n. 42, 2005, p. 128-129.

<sup>14</sup> CAVALCANTI, Clóvis. Economia e ecologia: problemas da governança ambiental no Brasil. **Revista Iberoamericana de Economía Ecológica**, v. 1, 2004, p.01. [http://ddd.uab.cat/pub/revibec/revibec\\_a2004v1/revibec\\_a2004v1a5.pdf](http://ddd.uab.cat/pub/revibec/revibec_a2004v1/revibec_a2004v1a5.pdf), Barcelona.

A participação direta ou indireta do cidadão na vida política de seu país é um preceito fundamental e tutelado não só no contexto brasileiro mas também em normas internacionais tal como preconizado pelo art. 21 da Declaração Universal dos Direitos do Humanos, perante a ONU através do art. 25 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos; da Carta Iberoamericana de Participação Cidadã na Gestão Pública de 2009; dentre outros.

A participação do cidadão brasileira é incentivada, protegida e tutelada para além dos votos concedidos em período eleitoral, está prevista em diversas leis municipais ou federais.

Por todo o exposto, é lícito concluir que, ao adotar o Estado Democrático de Direito e positivar os princípios democrático e da soberania popular, a Constituição não buscou apenas definir um regime político estruturante do Estado, mas também estabelecer um postulado jurídico-normativo regente de todo o ordenamento jurídico e tendente a legitimar o exercício do domínio do poder à realização dos direitos fundamentais, bem como à persecução da livre e igualitária participação dos cidadãos nas decisões políticas.

## **2. INCONSTITUCIONALIDADE DO DECRETO Nº. 8.243/14**

Em 23 de maio de 2014, a Presidenta da República publicou o Decreto nº 8.243, que instituiu a Política Nacional de Participação Social – PNPS e o Sistema Nacional de Participação Social – SNPS, “com o objetivo de fortalecer e articular os mecanismos e as instâncias democráticas de diálogo e a atuação conjunta entre a administração pública federal e a sociedade civil” (artigo 1º).

Não obstante a medida pareça acentuar-se louvável e até salutar ao exercício da democracia participativa, num segundo momento percebe-se que o ato presidencial padece de vícios de inconstitucionalidade material e formal. Entretanto, antes de se aprofundar na análise proposta, convém lembrar brevemente as noções dessas espécies de inconstitucionalidade.

Nesse sentido, sabe-se que o fundamento do controle de validade das normas é o princípio da supremacia da constituição. Por esse postulado, imagina-se o ordenamento jurídico como uma pirâmide, estando no seu topo a Constituição, da qual as demais normas

inferiores devem extrair a respectiva validade. É o que Silva<sup>15</sup> chama de compatibilidade vertical, de modo que “as normas de grau inferior somente valerão se forem compatíveis com as normas de grau superior”.

Ainda segundo o indigitado autor<sup>16</sup>, a incompatibilidade vertical pode se manifestar de duas formas: “(a) *formalmente*, quando tais normas são formadas por autoridades incompetentes ou em desacordo com formalidades ou procedimentos estabelecidos pela constituição; (b) *materialmente*, quando o conteúdo de tais leis ou atos contraria preceito ou princípio constitucional”.

Com base nessas sucintas anotações, mostra-se possível atestar a inconstitucionalidade do Decreto presidencial.

Primeiramente, examinem-se as incoerências formais do ato, cujo fundamento dá-se nos artigos 84, *caput*, incisos IV e VI, alínea “a”, da Constituição Federal, e tendo em vista o disposto no artigo 3º, *caput*, inciso I, e no artigo 17 da Lei nº 10.683/03.

Sabe-se que ao chefe do Poder Executivo é atribuído o poder regulamentar, pelo qual pode expedir decretos e regulamentos para fiel execução das leis (artigo 84, IV, da Constituição Federal), assim como lhe é conferida a competência para expedir decretos administrativos, a fim de organizar a administração pública desde que não implique em aumento de despesas nem em criação ou extinção de órgãos públicos (artigo 84, VI, da Constituição Federal).

Entretanto, o ato executivo extrapola a competência constitucional, na medida em que subtrai a necessidade da lei, imposta pelo § 3º do artigo 37 da Constituição, para disciplinar os modos de participação do administrado na administração pública. Veja-se a sua redação: “A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, **regulando especialmente:** (...)” (grifos nosso).

Perceba-se que a disposição constitucional é imperativa ao exigir a lei, sendo enumerativa apenas quanto às hipóteses de exercício da participação. Assim, não deveriam tais situações ser disciplinadas por mero decreto executivo.

Nesse contexto, a Lei nº 10.683, em artigo 3º, justificadora do indigitado decreto regulamentar, não institui qualquer forma de participação popular, mas somente dispõe

---

<sup>15</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, 2006, p. 47.

<sup>16</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, 2006, p.47

sobre eventual criação de instrumentos de consulta e participação dos administrados de interesse do Poder Executivo, os quais, frise-se, não deveriam expressar-se na forma de decreto.

Ademais, o Decreto nº 8.243 fundamenta-se na possibilidade de expedição de decreto administrativo, para organização da administração federal. Contudo, o ato executivo, nesse ponto, também peca pela inconstitucionalidade formal, uma vez que não se restringe a organização administrativa sem gerar despesas ou não extinguindo e criando órgãos.

Indo além, em seu artigo 9º, cria o Comitê Governamental de Participação Social – CGPS, nítido órgão de assessoramento (função que lhe é atribuída) da “Secretaria-Geral da Presidência da República no monitoramento e na implementação da PNPS e na coordenação do SNPS” e que “será coordenado pela Secretaria-Geral da Presidência da República, que dará o suporte técnico-administrativo para o seu funcionamento” (§ 1º). Além disso, realçando sua natureza de órgão administrativo hierarquizado, “Ato do Ministro de Estado Chefe da Secretaria-Geral da Presidência da República disporá sobre seu funcionamento” (§2º).

Denota-se o vício de forma do dispositivo supracitado, pois, além da violação ao artigo 84, VI, *a*, da Constituição, esta manda que a criação e extinção de órgãos da administração pública federal ocorram por lei emanada do Congresso e sancionada pelo Presidente da República (artigos 48, XI, e 88).

Portanto, o Decreto em análise é, por completo, formalmente inconstitucional, pois renegou a lei como instrumento constitucionalmente adequado para disciplinar os meios de participação popular na administração pública, assim como para a criação de órgãos administrativos.

Destaque-se que se fosse possível a elaboração de decreto autônomo de maneira irrestrita, não teria sentido a existência de medida provisória, espécie legislativa, de caráter limitado quanto ao conteúdo, privativo do Presidente da República, que passa pelo controle de legitimidade do Congresso Nacional *ad referendum* (artigo 62 da Constituição).

Ademais, infere-se que o Decreto presidencial fere os princípios da separação dos poderes e o democrático, revelando-se a sua inconstitucionalidade material.

Na medida em que a Presidenta da República excedeu ao seu poder regulamentar e

normativo (artigo 84, IV e VI, da Constituição) e adentrou no âmbito de competência do Congresso, ela violou o postulado da separação dos poderes consagrada na Lei Maior, em seu artigo 2º.

Sublinhe-se que o aludido princípio preconiza a independência e a harmonia entre os órgãos de poder do Estado, evitando o abuso, o arbítrio e a hipertrofia de algum desses, assim como exigindo o respeito e a limitação das funções atribuídas a cada órgão.

Nesse sentido, vale transcrever a lição de Novelino: “A *independência* entre eles tem por finalidade estabelecer um sistema de “freios e contrapesos” para evitar o abuso e o arbítrio por qualquer dos Poderes. A *harmonia* se exterioriza no respeito às prerrogativas e faculdades atribuídas a cada um deles.”<sup>17</sup>

No mesmo sentido, citam-se as palavras de Sundfeld<sup>18</sup>: “Percebe-se a importância da separação dos Poderes no controle do exercício político. Cada Poder corresponde a um limite ao exercício das atividades do outro. Assim, o poder freia o poder, evitando a tirania”.

Igualmente, ao afastar a formalidade e ao se sobrepor à competência do Congresso Nacional, a Chefe do Executivo afrontou o princípio democrático. Consoante registrado no tópico anterior o princípio democrático não deve ser visto tão-somente como um postulado político, mas também compreendido como um postulado jurídico com força normativa, iluminando todo o ordenamento jurídico e legitimando o exercício do domínio político à participação popular, direta e indiretamente.

O ato executivo atacado, entretanto, vai de encontro ao princípio em destaque. Aliás, é logicamente antagônico, uma vez que visa estabelecer mecanismos de democracia participativa, de maneira antidemocrática.

Com efeito, a coerência constitucional, amparada no regime democrático, dita que as questões relativas ao exercício do poder, especialmente de que maneira ele será exercido, devem passar pelo crivo do povo, que é seu titular soberano. E, de acordo com o estudo até aqui realizado, o procedimento constitucionalmente adequado para abordar a soberania popular é o da elaboração da lei, emanada pelos representantes eleitos pela via democrática.

Nessa ambiência, é interessante sublinhar que os direitos políticos e a cidadania, não

---

<sup>17</sup> NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Método, 2012, p. 375.

<sup>18</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 4. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 43.

podem ser objeto de medida provisória, conforme preceitua o artigo 62, I, *a*, da Constituição. Convém anotar, aliás, que os direitos políticos são instrumento de realização da democracia e qualificam o indivíduo como cidadão. Veja-se o entendimento de Moraes sobre os direitos políticos:

É o conjunto de regras que disciplina as formas de atuação da soberania popular, conforme preleciona o *caput* do art. 14 da Constituição Federal. São direitos públicos subjetivos que investem o indivíduo no *status activae civitatis*, permitindo-lhe o exercício concreto da liberdade de participação nos negócios políticos do Estado, de maneira a conferir atributos da cidadania.<sup>19</sup>

Ora, não sendo possível ao Poder Executivo disciplinar institutos de soberania popular em medida provisória (em vista da necessidade de manifestação dos representantes do povo sobre a matéria), muito menos poderá fazê-lo por mero decreto, como desejou a Presidente.

Aqui é lícito aplicar a máxima “os fins não justificam os meios”, já que, embora o escopo seja o fortalecimento da intervenção popular nos negócios do Estado, tal finalidade não pode ser atingida por meio que renega a própria participação popular, seja direta ou indireta. Se fosse possível, restaria afastado o regime democrático, instaurando-se uma oligarquia ou uma democracia elitista (que não passam de regimes antidemocráticos), onde os poucos que alcançam o poder se sentem autorizados a identificar e promover o bem comum, independente da manifestação de vontade dos cidadãos, situação que remete a épocas totalitárias da história brasileira. Nesse sentido, cabe transcrever o ensinamento de Afonso da Silva:

Elitismo, governo de poucos, não é apenas uma posição distinta da democracia, governo do povo, mas é algo a ela oposto. (...) Esta foi também a doutrina da segurança nacional que fundamentou o constitucionalismo do regime militar que a atual Constituição suplantou. Segundo ela, compete às elites a tarefa de promover o bem comum. (...) Coerente com sua essência antidemocrática, o elitismo assenta-se em sua inerente desconfiança do povo, que reputa intrinsecamente incompetente.<sup>20</sup>

Nessa esteira, explorando as recentes manifestações populares e o descontentamento do povo com o rumo político do País, a Chefe do Executivo tomou para si a oportunidade de promover a realização da democracia participativa, sem qualquer consulta à população, sequer por meio do órgão parlamentar, o que retira a legitimidade do ato, na medida em que pode esconder sob um pano de suposta efetivação da soberania

---

<sup>19</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 225.

<sup>20</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, 2006, p. 126-127.

popular o autoritarismo e interesses avessos aos anseios coletivos.

As palavras de Santin bem se adéquam ao contexto criado pelo indigitado Decreto:

A falta de confiança do povo na classe política é a expressão desse sentimento de alienação do poder de participar da gestão da coisa pública, que não é mais vista como questão da cidadania, mas dos próprios titulares da gestão, os quais se apropriam dela e de seus fins, numa ruptura com a legitimidade do exercício político. O povo precisa sentir-se como o verdadeiro titular do poder e acreditar que seus interesses deverão ser os únicos objetivos dos governantes, como professa o ideal democrático.<sup>21</sup>

Ademais, tendo a Constituição adotado o Estado Democrático de Direito, optou-se por um ordenamento jurídico fundado em princípios normativos de conteúdo aberto, adequáveis à realidade social, com a finalidade de ampliar a efetividade dos direitos fundamentais e o exercício pleno da soberania popular, consagrando uma dimensão substancial da democracia. Colaciona-se, a propósito, a lição de Novellino:

Ao fim da Segunda Grande Guerra Mundial, na tentativa de consolidar as conquistas e suprir as lacunas das experiências anteriores, surge um novo Estado que tem como notas distintivas a introdução de novos mecanismos de *soberania popular, a garantia jurisdicional da supremacia da Constituição, a busca pela efetividade dos direitos fundamentais e ampliação do conceito de democracia*. (...) promove o desenvolvimento de uma *dimensão substancial da democracia*, a fim de assegurar que os direitos fundamentais sejam efetivamente usufruídos por todos, inclusive pelas minorias perante a vontade popular majoritária.<sup>22</sup>

Destarte, o decreto presidencial ofende à Constituição Cidadã, porquanto busca positivar e institucionalizar conceitos que se renovam historicamente, como a noção de sociedade civil, limitada pelo artigo 2º, I, do ato executivo.

Vale dizer: num ordenamento jurídico aberto e maleável à história e ao contexto político e social, iluminado por uma Constituição principiológica, não se pode tolerar que o mundo sistêmico regule o mundo fático, como preconizado por Habermas, sob pena de afastar o cidadão das decisões políticas e de aumentar a sensação de que poucos administram muitos, como visto alhures.

Em vista de todo o exposto, revela-se a inconstitucionalidade formal e material do Decreto nº 8.243/2014, pela violação à forma de lei exigida para disciplinar as formas de participação dos administrados na gestão pública, assim como aos princípios da separação de poderes e democrático.

---

<sup>21</sup> SANTIN, Janaína Rigo. **A gestão democrática municipal no estatuto da cidade e a teoria do discurso habermasiana**, 2005, p. 129.

<sup>22</sup> NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Método, 2012, p. 44-45.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sem dúvida, definir a participação democrática cidadã, os incentivos a serem dados para que isso aconteça e a forma como se deve proceder para promovê-la não é tarefa fácil, trata-se de discussão com diferentes interpretações. Ademais, não há fórmulas prontas para que a participação seja exercida.

Não faz-se necessário impor a participação cidadã através de um decreto tendo em vista que existem diversas leis que possibilitam exercer tal direito, seja em nível municipal, estadual ou federal. Ademais, se houve a intenção de estabelecer melhoria do processo participativo deveria ter sido realizado via poder legislativo através do Congresso Nacional.

Destarte, apesar da provável boa intenção, verificou-se que o Decreto nº 8.243/14 é um ato ilegítimo e inconstitucional na medida em que disciplina matérias relativas à soberania popular sem, todavia, consultar o próprio titular do poder, sequer por seu órgão parlamentar representativo. Ademais, abandonou a formalidade constitucional, desrespeitando a exigência da lei, elaborada pela via democrática, como instrumento adequado a tratar sobre as formas de exercício da vontade popular.

A priori, o referido decreto teve como intenção abrir um diálogo com a sociedade através da secretaria geral da presidência da república para controle a implementação do sistema nacional de participação social (PSNPS), no entanto, deversei-a motivar o exercício da utilização dos mecanismos diretos e indiretos de participação já definidos por lei, utilizando-se assim os canais de participação social que existem, sem a necessidade de regulação via decreto.

Afinal, a definição da política nacional sem a efervescência trazida do mundo da vida e sem a reivindicação do cidadão, individual ou coletivamente, como titular da soberania, do direito de intervir diretamente nas decisões políticas do Estado, constitui uma apropriação ideológica da participação. Realizar o “incentivo” de participação através de um decreto é demonstração de controle excessivo por parte do poder executivo, até porque, a própria essência da palavra “decreto” designa algo imposto, “uma deliberação superior que obriga à observância”<sup>23</sup>.

---

<sup>23</sup> Priberam Dicionário, disponível em: [www.priberam.pt/DLPO/decreto](http://www.priberam.pt/DLPO/decreto), acesso em: 10 de outubro de 2014.

Com efeito, a implementação de uma política nacional de participação popular é imprescindível para a consolidação e o avanço das instituições democráticas do país, mas a própria definição da política participativa, sob pena de contrariar a sua finalidade, não pode se dar de forma antidemocrática.

#### REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa Brasil de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm) >. Acesso em: 25 jun. 2014.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 8.243, de 23 de maio de 2014**. Institui a Política Nacional de Participação Social – PNPS e o Sistema Nacional de Participação Social – SNPS, e dá outras providências. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2014/Decreto/D8243.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Decreto/D8243.htm) > Acesso em: 25 jun. 2014.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003**. Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/l10.683.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.683.htm) > Acesso em: 25 jun. 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAVALCANTI, Clóvis. Economia e ecologia: problemas da governança ambiental no Brasil. **Revista Iberoamericana de Economía Ecológica**, v. 1, 2004, p.01. [http://ddd.uab.cat/pub/revibec/revibec\\_a2004v1/revibec\\_a2004v1a5.pdf](http://ddd.uab.cat/pub/revibec/revibec_a2004v1/revibec_a2004v1a5.pdf), Barcelona.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Método, 2012.

SANTIN, Janaína Rigo. A gestão democrática municipal no estatuto da cidade e a teoria do discurso habermasiana. **Revista da faculdade de direito UFPR**. Curitiba, n. 42, p. 121-131, 2005.

\_\_\_\_\_. Princípio da participação: uma análise a partir do ordenamento jurídico brasileiro. **Revista de direito público**. Lisboa, n. 05, p. 59-105, jan./jun. 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros,

2006.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 4. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

## ASPECTOS RELEVANTES SOBRE A GUARDA COMPARTILHADA

Aline Dip Toniolo<sup>1</sup>

### CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

A entidade familiar é o cerne da sociedade, nela os indivíduos moldam sua personalidade e desenvolvem seus valores morais para interagir com o grupo social. Antigamente, o homem detinha a autoridade sobre os filhos e a esposa, já com o advento da Constituição Federal de 1988, promulga-se a igualdade formal, entre homens e mulheres, entretanto, ainda hoje as mulheres vivenciam muitas discriminações.

No entanto, com a entrada em vigor da Lei do Divórcio, presencia-se um número elevado de rupturas conjugais e nasce a disputa sobre a guarda dos filhos. O instituto da guarda sofre diversos avanços como a desvinculação da guarda ao cônjuge inocente pelo fim do relacionamento, bem como a Lei da Guarda Compartilhada. O método a ser utilizado para a abordagem da pesquisa será o hipotético dedutivo, o qual contempla uma verdade geral e universal para a obtenção da autenticidade em casos particulares e específicos.

Contudo, diante dos problemas de falta de consenso entre os genitores, verifica-se a tendência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul a decidir pela guarda unilateral, em casos que há possibilidade de adoção da guarda compartilhada, bem como, observa-se a possibilidade legal de ser imposta a guarda compartilhada sem o consenso dos genitores. Conseqüentemente, a aplicação da modalidade de guarda compartilhada com os pais em dissabor, mostra-se como uma alternativa viável, em razão da criança pode compartilhar da companhia dos genitores.

Dessa maneira, a realização deste trabalho se dá, em especial, na busca demonstrar que a possibilidade de ser aplicada a guarda compartilhada, mesmo sem o consenso dos genitores, visando reduzir os sérios prejuízos acarretados aos filhos, devido a separação do casal. Entretanto, a modalidade de guarda compartilhada oferece muitas vantagens, como a participação mútua dos pais no desenvolvimento da prole, quando há a colaboração dos

---

<sup>1</sup> Mestranda do Programa de Pós Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. Bolsista Prosup/Capes. E-mail: alinediptoniolo@gmail.com.

genitores.

E este é o ponto que justifica o presente trabalho, uma vez que se faz necessário zelar pelos interesses das crianças e adolescentes de modo que sejam observados os princípios da convivência familiar e do melhor interesse da criança. Todas as crianças e adolescentes têm o direito de conviver com seus pais, mesmo que os genitores não vivam sob o mesmo teto, questão esta que deve ser observada e tutelada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

## **1. A GUARDA COMPARTILHADA NO DIREITO COMPARADO**

No ambiente familiar o indivíduo aprimora seus valores éticos e morais, por isso, o estudo do núcleo familiar para o direito de família origina parâmetros que se refletem no ordenamento jurídico. Por meio de uma análise do Código Civil de 1916, verifica-se que esse diploma legal destinava o pátrio poder de forma exclusiva ao marido, chefe da sociedade conjugal.<sup>2</sup> No entanto, a família patriarcal adotada como modelo pelo Código Civil de 1916, declina com a introdução dos valores advindos da Constituição de 1988, tanto que o matrimônio desvinculou-se da ideia de procriação, cabendo ao casal a optarem por ter filhos e o poder familiar passou a ambos os genitores em igualdade de condições.

A entidade familiar, dessa maneira, passa a valorar seus integrantes de modo individual, especialmente, no que concerne ao vínculo afetivo. Dias<sup>3</sup> compreende que o vocábulo “poder familiar”, originado recentemente, diz respeito ao antigo pátrio poder, expressão que remete ao direito romano: *pater potestas* – direito absoluto e ilimitado conferido ao chefe da organização familiar sobre a pessoa dos filhos.

Houve progressos em relação ao poder familiar e o texto constitucional, pois foi implantada a igualdade de direitos e obrigações entre o casal, tanto que com o advento da Constituição Federal consagrou-se a igualdade entre o homem e a mulher como direito fundamental, no art. 5º, inc. I, nos seguintes termos “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”. Ainda, a Magna Carta traz no bojo do art. 226, § 5º que “os direitos e deveres referentes a sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e mulher”.

Trata-se de um grande avanço para o núcleo familiar, que deixa de ser centrado na

---

<sup>2</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.376

<sup>3</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 2007. p. 377

figura paterna e, possibilita que o desenlace do casal não interfira no relacionamento entre pais e filhos, de modo que os genitores participem de forma igualitária e equilibrada na vida da prole. A propósito, faz-se importante mencionar o instituto do poder familiar para compreender melhor o instituto da guarda, em especial, o da guarda compartilhada. Nesse sentido, o poder familiar é um *múnus público*, ou seja, uma qualidade de função relacionada a um cargo privado, diga-se, é um poder-dever que cabe aos genitores.

Almeja-se, com esse *múnus público* à proteção dos filhos, sendo irrenunciável, inalienável e imprescritível aos pais<sup>4</sup>. Constata-se que, a autoridade parental é um atributo conferido aos pais, possuindo caráter inalienável e irrenunciável. Além disso, a autoridade parental consiste em uma garantia fundamental, que permite aos pais participarem do crescimento dos filhos.

Consoante Dias<sup>5</sup>, percebe-se que quando um ou ambos os pais ficam inertes aos deveres decorrentes do poder familiar, mantendo comportamentos lesivos a prole, o Poder Judiciário pode intervir, através de decisão judicial, em situações elencadas no ordenamento jurídico. Nesses casos, pode haver a suspensão ou perda do instituto, bem como a delegação do exercício desse poder parental a uma terceira pessoa. Convém ressaltar que a intervenção judiciária ocorre justamente para zelar a criança, buscando coibir negligências, discriminações ou qualquer forma de violência, exploração e crueldade sob pena de perder ou haver a suspensão da autoridade parental.

O poder familiar é exercido por ambos os cônjuges, tornando-se exclusivo de um deles no caso de morte ou ausência judicialmente declarada em situações tais como interdição judicial, suspensão ou perda do poder familiar e a falta de reconhecimento jurídico do filho. Assim, assegura-se o poder familiar nos casos de extinção da sociedade matrimonial, mesmo estando a guarda sob a detenção de apenas um dos pais, vigorando a titularidade do poder familiar de ambos os genitores, sendo que o não detentor tem direito não apenas as visitas ao filho, como a compartilhar de decisões que digam respeito ao crescimento e desenvolvimento do filho, permanecendo íntegra tal prerrogativa, exceto no que se refere a dispor da companhia do filho<sup>6</sup>.

Todavia, a não convivência entre o casal não é critério para alterar a titularidade do

---

<sup>4</sup> ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2003. Disponível em:<http://www.siaibib01.univali.br/pdf/Dorival%20Bernardino%20Pereira.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2014

<sup>5</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 2007, p. 386

<sup>6</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 2007, p. 381.

poder familiar. Retomando ao Código Civil de 2002, presencia-se como hipóteses para a decretação da perda da autoridade parental, o castigo imoderado, abandono do filho, prática de atos contrários à moral e aos bons costumes, prática reiterada das hipóteses de suspensão, constituindo-se como medida drástica resultante dessas agressões aos deveres paternos mediante comprovação <sup>7</sup>.

No que concerne à perda do poder familiar, depara-se com a relevância de ser observado o melhor interesse da criança, o que ocorre quando se verifica respeito à integralidade física e moral. A justificativa para a breve menção acerca do poder familiar, consiste no fato de a guarda integrante do referido instituto, contendo em seu interior atributos desse poder, como garantias e obrigações aderentes à assistência material, educacional e moral.

Observa-se que, enquanto mantida a sociedade conjugal, os filhos não têm “tempo dividido” com os genitores, pois moram no mesmo lar, compartilhando atividades diárias e de maneira integral, como almoçar juntos, passear. Só que com a separação, torna-se difícil o infante desfrutar ao mesmo tempo da companhia de ambos os pais. Contudo, com a ruptura conjugal persistem as prerrogativas relacionadas ao poder familiar de acompanhar de perto e de participar do crescimento do filho, contribuindo para a manutenção dos cuidados que moldam a conveniência da estrutura psíquica e moral que compõem o processo de aprendizagem, formação e interação dos filhos com o mundo<sup>8</sup>.

Verifica-se um dilema decorrente da dissolução conjugal, quem fica com a guarda do filho? Será o pai, a mãe, ambos compartilharão a guarda? A guarda implícita no texto constitucional, mais especificadamente no art. 229 da Constituição Federal elenca que “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”.<sup>9</sup>

Ressalta-se que a guarda não é sinônimo de poder familiar, porque este pode ser presenciado sem que os genitores possuam a guarda do filho, fato vivenciado na modalidade de guarda unilateral. Convém ressaltar que a guarda é um ônus que acarreta a obrigação dos

---

<sup>7</sup> LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Famílias**. 2 ed. São Paulo: Saraiva. 2008. p. 281

<sup>8</sup> MADALENO, Rolf. Fundamentos da Guarda Compartilhada. In CHAVES, Adalgisa Wiedemann; WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen. **Direitos Fundamentais do Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 346

<sup>9</sup> MADALENO, Rolf. Fundamentos da Guarda Compartilhada. In CHAVES, Adalgisa Wiedemann; WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen. **Direitos Fundamentais do Direito de Família**. 2004. p. 342

pais aos filhos de zelo, atenção, cuidado, assistência, vigilância, visto que na infância há o desenvolvimento da personalidade da criança.

Diante disso, quando o casal mantém o relacionamento, existe a presunção do exercício comum da guarda aos pais. Entretanto, quando houver o desenlace dos genitores, inicia-se o conflito de quem ficará com a guarda do filho. No que concerne à guarda, presencia-se que ela apresenta modalidades, que podem ser estabelecidas de forma consensual ou mediante determinação judicial, entre as quais são aplicadas no ordenamento jurídico brasileiro: a guarda unilateral e a guarda compartilhada.

Primeiramente, a guarda unilateral é aquela em que um dos pais detém o zelo dos filhos, enquanto o outro exerce o direito de visitas, podendo essa modalidade de guarda decorrer de decisão judicial ou mediante um acordo judicial dos pais, resultando ao ascendente que apresentar melhores condições ficar com a guarda física, tendo o genitor não guardião o atributo de supervisionar se estão sendo atendidos os melhores interesses da criança<sup>10</sup>.

Por outro lado, a guarda compartilhada ou conjunta permite aos pais participarem conjuntamente na vida dos filhos, dividindo de maneira igualitária as responsabilidades que lhes competem, não se sobrecarregando e visando o bem estar da criança, que possuem ambos os genitores lhe dando assistência. Embora seja importante elencar um apanhado sobre a implantação da modalidade de guarda compartilhada em diversos países, ressalta-se que as situações presenciadas nas entidades familiares são distintas entre os países, no que se refere aos costumes e as práticas.

As entidades familiares são influenciadas por diversos fatores, tais como o nível de progresso cultural, desenvolvimento e características específicas de cada povo. Entretanto, como se vive na era da globalização, os indivíduos que obtêm êxito tendem a influenciar todos os 'setores vitais', inclusive na familiar, seguindo os mais distintos segmentos do grupo social. No entanto, como se fala do Instituto da Guarda Compartilhada, faz-se importante abordar sobre sua aplicação em outros países, isto é, como se deu essa modalidade de guarda no Direito Comparado.

Destaca-se a Inglaterra como pioneira na introdução da guarda compartilhada que ocorreu aproximadamente em meados da década de sessenta, por meio de uma sentença

---

<sup>10</sup> MADALENO, Rolf. Fundamentos da Guarda Compartilhada. In CHAVES, Adalgisa Wiedemann; WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen. **Direitos Fundamentais do Direito de Família**. 2004. p. 343

judicial que dividia as responsabilidades dos pais em razão da guarda. Assim, Garcia apud Leite<sup>11</sup>, nos remete:

[...] na Inglaterra o pai sempre foi considerado proprietário de seus filhos, logo, em caso de conflito, a guarda lhe era necessariamente concedida. Somente no século XIX, o Parlamento Inglês modificou o princípio e atribuiu à mãe a prerrogativa de obter a guarda de seus filhos e, a partir de então, a prerrogativa exclusiva do pai passou a ser atenuada pelo poder discricionário dos Tribunais. Pelo fato da guarda conferir ao seu titular poderes muito amplos sobre a pessoa do filho, a perda desse direito do pai se revelou injusta e os Tribunais procuraram minorar os efeitos de não-atribuição, através da split order (guarda compartilhada) que nada mais é, senão, um fracionamento do exercício do direito de guarda entre ambos os genitores. Enquanto a mãe se encarrega dos cuidados cotidianos da criança, care and control (cuidado e controle), ao pai retorna o poder de dirigir a vida do menor, custody (custódia).

Essa modalidade de guarda foi consequência de diversas modificações sociológicas, visando a proteção dos filhos, os quais eram os mais atingidos com a ruptura conjugal, em virtude de passarem a desfrutar de tempo dividido com os pais. Evidencia-se que a guarda compartilhada é uma modalidade de guarda adotada em muitos países, tais como Estados Unidos, Canadá, Espanha, Alemanha e, constitui-se como sendo o modelo de guarda mais favorável à criança, consoante aponta Garcia<sup>12</sup>.

Convém destacar que foi na França que foi editada a primeira lei, tratando a guarda compartilhada, que vinculou o Código Civil Francês com a jurisprudência em vigor desde 1976. Essa lei era intitulada de “Lei Malhuret”, nome do então secretário de Estado dos Direitos Humanos, publicada em 22 de julho de 1987, sob o número 87.570/87, que incumbia ao juiz intervir almejando zelar pelo melhor interesse da prole<sup>13</sup>.

Assim, no Estado Francês se há o desenlace do casal, a guarda pode ser exclusiva de um dos genitores, possibilitando ao genitor não guardião o direito de visitas, ou compartilhando a ambos. No que concerne ao Direito Americano, verifica-se que os Estados Unidos adotaram a nova tendência da Guarda Compartilhada. Analisa-se que os pais americanos são favoráveis a essa modalidade de guarda, por vários motivos em que beneficiam a criança, como a elevação de autoestima, relacionamento, adaptação, melhor desenvolvimento psicológico<sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. **Síntese de direito civil: direito de família**. Curitiba: Editora: JM, 1997. p. 266

<sup>12</sup> GARCIA, José Diogo Leite. **Guarda Compartilhada: comentários aos artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil com a redação dada pela Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008**. São Paulo: Edipro, 2011. p. 80

<sup>13</sup> SILVA, Ana Maria Milano. **Guarda Compartilhada**. São Paulo: Editora de Direito, 2012. p. 81

<sup>14</sup> SILVA, Ana Maria Milano. **Guarda Compartilhada**. 2012. p. 82

Aliás, observa-se que grande parcela dos Estados Americanos disponibiliza de legislação que engloba a modalidade de guarda compartilhada nos casos de custódia, e em outros, como a Califórnia, evidencia-se a adoção dessa modalidade de guarda<sup>15</sup>. Nos Estados Unidos, o incentivo para a adoção dessa modalidade de guarda é tão forte, que há uma ampla propagação de informações aos genitores sobre esse tipo de modalidade de guarda e, existem programas de educação para pais, visando auxiliar a superar essa nova situação enfrentada pela entidade familiar.

Segundo Silva<sup>16</sup>, presencia-se que “O Estado do Colorado confere a guarda compartilhada em 90 a 95% dos casos e, na Califórnia, esse número é de aproximadamente 80%.” No que diz respeito à modalidade de guarda compartilhada em Portugal, também intitulada de guarda conjunta, analisa-se que ela surge da possibilidade de permitir aos genitores a escolha pelo exercício conjunto do poder familiar. Convém mencionar, que a Suprema Corte já admitia a Guarda Compartilhada, antes de haver legislação versando sobre o assunto, conforme se depreende de Silva<sup>17</sup>.

Além disso, há uma similitude entre o Código Civil Português e a Legislação Brasileira, no que concerne ao Direito de Família. Em Portugal, inclusive, existem associações visando auxiliar na manutenção dos laços entre pais e filhos, quando ocorre a separação do casal. Ainda no ano de 1999, a Legislação Civil Portuguesa foi privilegiada com uma emenda que versava sobre a guarda compartilhada, elencando-a a nível de lei, com o intuito de resguardar as garantias de pais e filhos ao convívio após o desenlace do casal.

Quanto a Espanha, evidencia-se que ela também consagra a igualdade entre o casal, além de defender que os pais possuem idêntica titularidade na atribuição do poder familiar, tendo o direito de dispor da companhia dos filhos. Importa referir que na Espanha há julgados que possibilitam uma imposição por parte do magistrado, se for do interesse do filho.

Retratando a guarda compartilhada na Argentina, cabe citar que nas leis civis argentinas predomina o exercício conjunto da guarda aos genitores, independente do estado civil dos pais. Todavia, o magistrado pode interferir e analisar qualquer litígio que seja levado a sua apreciação, referente ao melhor interesse da criança. Aliás, aos genitores

---

<sup>15</sup> GARCIA, José Diogo Leite. **Guarda Compartilhada**: comentários aos artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil com a redação dada pela Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008. 2011. p. 82

<sup>16</sup> SILVA, Ana Maria Milano. **Guarda Compartilhada**. 2012. p. 83

<sup>17</sup> SILVA, Ana Maria Milano. **Guarda Compartilhada**. 2012. p. 86

argentinos há o direito e obrigação de sustento a prole, conforme suas disponibilidades financeiras.

No que se refere à Itália, percebe-se que, após a reforma no Direito de Família em 1975, houve profundas mudanças no Código Civil, havendo igualdade de condições entre o casal, cabendo a ambos o exercício do poder familiar em comum consenso. Consoante Garcia<sup>18</sup>, constata-se que “o exercício decisório do poder paternal perdurará mesmo após a ruptura conjugal”, exceto, se o juiz entender conveniente o contrário.

Diante dessa sucinta exposição que versou sobre a guarda compartilhada no Direito Comparado, passa-se no próximo tópico a abordar sobre as possíveis implicações advindas da Guarda Compartilhada e o Princípio do Melhor Interesse da Criança.

## **2. AS POSSÍVEIS IMPLICAÇÕES ADVINDAS DA GUARDA COMPARTILHADA E O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA**

Observam-se no ordenamento jurídico brasileiro duas modalidades de guarda há serem aplicadas, quais sejam: a guarda unilateral e a guarda compartilhada. Diferente de outras épocas, vive-se em uma era onde homens e mulheres atuam no mercado de trabalho e, por essa razão, cabe a homens e mulheres igualdade de condições no que concerne a guarda dos filhos. E uma maneira de igualar os direitos dos pais em relação aos filhos diz respeito a aplicação da guarda compartilhada ou conjunta.

Convém destacar que a guarda compartilhada resulta em uma divisão de responsabilidades dos genitores para os filhos, sendo que ambos exercem em paridade as tarefas de zelar pela criança através da educação, alimentação, saúde, vestuário, lazer e outros itens indispensáveis a formação do infante. Entretanto, o exercício da guarda compartilhada não significa que os filhos morem em duas residências, isto é, as crianças podem morar apenas com um dos pais e, mesmo assim, haver a configuração da guarda conjunta. Dessa forma, a guarda compartilhada mostra-se como um modelo mais apto a cumprir o melhor interesse da criança, visto ser mais direcionado a manutenção dos vínculos afetivos entre pais e filhos. Mesmo que haja a ruptura do casal, não seria justo que a prole fosse punida com a ausência do genitor que não detém a guarda.

---

<sup>18</sup> GARCIA, José Diogo Leite. **Guarda Compartilhada**: comentários aos artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil com a redação dada pela Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008. 2011. p. 86

Nesse sentido, compartilhar a guarda de um filho traz as crianças, como aos pais, uma série de fatores positivos, desde a formação psíquica, emocional, física e saudável da criança, como inibe maiores conflitos entre os pais. Analisa-se que a guarda compartilhada proporciona aos pais a tomada de decisões conjuntas a respeito da vida dos filhos, tais como em que escola estudar, atendimento médico ou odontológico, atividades culturais e de lazer.

Sabe-se que a guarda compartilhada não é um modelo de guarda instituído para ser aplicado ao processo litigioso de disputa da guarda dos filhos, pois pressupõe que para sua implantação haja pleno acordo dos genitores. No entanto, essa modalidade de guarda tende a contribuir para que pais e filhos tenham preservados seus direitos de convivência e propicia a redução dos efeitos da separação do casal a prole.

Contudo, com a entrada em vigor da Lei nº 11.698/2008 verifica-se a possibilidade de ser aplicada a modalidade de guarda conjunta sem o consenso dos pais. Nesse sentido, retira-se do artigo 1.584, §2º do Código Civil que “quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada”.

Filiando-se a posição majoritária, é compreensível que a guarda compartilhada não poderia ser imposta pelo juiz, devendo ser sopesado o veredito dos pais no momento de proferir a decisão de adoção dessa modalidade de guarda, visto que para a guarda conjunta ter êxito depende de uma série de fatores, entre os quais não se inclui o conflito entre os genitores<sup>19</sup>. Assim, a guarda compartilhada pode não ser viável em casos que envolvam disputa litigiosa da guarda do menor, se os pais não tiverem um acompanhamento de profissionais, visando extinguir os dissabores que há entre o casal.

No entanto, como elucida Madaleno<sup>20</sup>, a Lei da Guarda Compartilhada sugere para o êxito da aplicação dessa modalidade de guarda que se recorra a uma orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, demonstrando ser inviável sua implantação quando os pais não residam no mesmo município ou a uma distância geográfica significativa.

No ordenamento jurídico brasileiro, a guarda compartilhada pressupõem o concordância entre os pais, mesmo havendo a Lei nº 11.698/2008 que visa impor a sua aplicação ao conceder a faculdade ao magistrado de impô-la sem o consenso dos genitores. Acontece que se for adotada a guarda unilateral e o casal não tiver um bom relacionamento,

---

<sup>19</sup> OLIVEIRA, José Francisco Basílio de. **Guarda Compartilhada**. Comentários à Lei nº 11.698/2008. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2008. p. 09

<sup>20</sup> MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5. ed. Ver., atual. E ampl. Rio de Janeiro. Forense, 2013. P. 443

o filho sofrerá com a ausência do genitor não guardião, visto que em razão do acirramento de ânimos entre os pais, o genitor guardião poderá vir a ter atitudes que não propiciem o convívio entre o filho e o outro genitor.

Frisa-se que a guarda compartilhada mostra como uma modalidade de tutela em que os filhos recebem mais afeto e atenção dos pais, em razão de poderem dispor da companhia dos genitores de modo igualitário, havendo divisão de direitos e deveres, em prol do bem estar da criança. Em decorrência disso, a guarda conjunta busca equilibrar as relações entre pais e filhos, resultando em uma melhor saúde mental as crianças.

Outrossim, a guarda conjunta não sobrecarrega os pais, pois atua de forma a dividir encargos e responsabilidades dos genitores, motivo pelo qual aconselha-se aos genitores que entrem em consenso e dialoguem, procurando evitar conflitos, que porventura venham a causar dor aos filhos. No entanto, a adoção do modelo de guarda compartilhada não acarreta eximir o genitor de contribuir com pensão alimentícia, bem como não implica na unicidade de residência ao filho. Além disso, torna-se explícito que a guarda compartilhada almeja manter o contato frequente entre pais e filhos, de modo que não estabelece um período para conviverem, podendo a criança ficar com os pais sem fixação de dias preestabelecidos.

No tocante a educação da prole, percebe-se como é essencial a participação e o diálogo dos genitores referente ao turno frequentado pela criança, bem como a tudo o que se refira ao desenvolvimento intelectual e cultural da criança. No que concerne aos alimentos, esses são devidos no caso de guarda compartilhada. Decorre tal encargo do dever de assistência e vigilância dos genitores, devidamente expresso no Código Civil e na Constituição Federal. Em virtude disso, proporcionar alimentos aos filhos não abrange apenas a alimentação, mais ao lazer, educação e ao suprimento das necessidades de toda criança, inclusive, no intuito de tutelar pela dignidade da criança.

No que concerne à guarda dos filhos, cabe abordar brevemente o Princípio do Melhor Interesse da Criança, que se constitui como norte constitucional principal, pois quando se estipula a quem compete à guarda, deve-se sempre considerar o bem dos filhos. A Constituição Federal reconhece que crianças e adolescentes merecem a proteção estatal, possuindo direitos e garantias que lhes são específicos.

Dessa maneira, ao analisar Lôbo<sup>21</sup>, conclui-se que o Princípio do Melhor Interesse da Criança deve ter seus interesses vistos com prioridade, pelo órgão estatal, pelo grupo social, pela entidade familiar, vendo-se as crianças e adolescentes como pessoas em crescimento e que possuem dignidade.

Considera-se criança “a pessoa até doze anos de idade não completos e adolescente o indivíduo que possui entre doze a 18 anos de idade”, entendimento este, extraído do Estatuto da Criança e Adolescente, Lei nº 8.069/90, na íntegra do artigo 2º. É imprescindível o zelo dado as crianças e adolescentes e, devido a isso, não há como não mencionar que sempre se deve observar qual o melhor interesse do infante, não só pelo fato de essas pessoas em formação gozarem de proteção legal, mas pelo motivo de estarem em desenvolvimento moldando sua personalidade, fixando seus valores, interagindo com o grupo social.

Ainda, os filhos usufruem da proteção da legislação civil que traz as modalidades de guarda unilateral e compartilhada e o momento de suas atribuições. No entanto, com a entrada em vigor da Lei nº 11.698 de 13 de junho de 2008, que trouxe a instituição da guarda compartilhada, presencia-se uma tendência ao prevalectimento dessa modalidade de guarda, evidenciando acarretar menos desgastes à relação entre pais e filhos, pois há que se zelar pela manutenção dos laços afetivos e participação de ambos os genitores conjuntamente na vida da criança<sup>22</sup>.

Para Leite<sup>23</sup>, o “interesse do menor” teria como finalidade vigiar como é exercido o poder familiar, sem indagar sobre os direitos dos pais, priorizando que a criança seja educada por ambos os genitores, podendo ser retirada a autoridade parental daquele que exceder ou usar inadequadamente tal prerrogativa. Na sociedade contemporânea, verifica-se que ocorreram diversas modificações na estrutura familiar, tanto que as mulheres ocupam lugares de destaque no mercado de trabalho. Importante mencionar que nas dissoluções conjugais dos pais o interesse da prole era irrelevante; atualmente, todas as decisões devem ter por parâmetro o bem estar dos filhos, como aponta Lôbo<sup>24</sup>. Convém ressaltar que “o princípio é um reflexo do caráter integral da doutrina dos direitos da criança

---

<sup>21</sup> LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Famílias**. 2 ed. São Paulo: Saraiva. 2008, p. 53.

<sup>22</sup> SILVA, Ana Maria Milano. **Guarda Compartilhada**. 2012. p. 46

<sup>23</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. **Síntese de direito civil: direito de família**. Curitiba: Editora: JM, 1997, p. 195.

<sup>24</sup> LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Famílias**. 2 ed. São Paulo: Saraiva. 2008, p. 54.

e da estreita relação com a doutrina dos direitos humanos em geral”<sup>25</sup>.

Óbvio que não se limita só a isso as aferições que devem ser estipuladas no momento da decretação da guarda, contudo, cabe ao magistrado investigar sobre a capacidade educativa dos pais, como é o ambiente familiar e cultural onde moram os genitores e como podem melhor dedicar-se e participar da vida dos filhos. Após as breves abordagens das possíveis implicações advindas da aplicação da guarda compartilhada, segue-se com a análise de julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul concernentes a esse instituto.

### **3. QUAL É O POSICIONAMENTO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL ACERCA DA GUARDA COMPARTILHADA**

A Lei 11.698/2008 regulamenta a Guarda Compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro. Antes de entrar em vigor tal Lei, havia nos entendimentos dos julgados pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul a predominância da aplicação da guarda unilateral ou exclusiva a um dos genitores.

Destaca-se que o próprio Instituto da Guarda Compartilhada foi constituído com o objetivo de ser aplicado quando os pais tivessem de acordo, devido ao fato de que se não fosse uma relação pacífica, a criança sofreria os impactos da relação amistosa entre os pais, o que poderia desencadear um quadro de alienação parental. Com o advento da Lei 11.698/2008, nasce a possibilidade de o magistrado impingir a guarda compartilhada, mesmo quando os genitores não entrassem em consenso, desde que se privilegiasse o melhor interesse da criança.

Assim, o magistrado passa a ter a faculdade de fixar a guarda compartilhada, mesmo sem que haja consenso entre os pais, cabendo por meio do instrumento de mediação familiar contornar as dificuldades do antigo casal, deixando de lado os atritos egoístas e rancores para priorizar o bem estar dos filhos. Para Serpa<sup>26</sup>, a mediação familiar caracteriza-se como “um processo que enfatiza a responsabilidade dos cônjuges de tomar decisões, que dizem respeito a suas próprias vidas”.

Por meio da redação dada pela Lei 11.698/2008 ao artigo 1.583, caput, do Código

---

<sup>25</sup> LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Famílias**. 2008, p. 54.

<sup>26</sup> SERPA, Maria de Nazareth. **Mediação de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 18.

Civil entende-se que “a guarda será unilateral ou compartilhada”. Pode, ainda, ser atribuída a guarda unilateral por acordo entre os pais ou por decisão judicial. Conseqüentemente, no artigo 1.583, §2º do mesmo Diploma Legal, verifica-se que a guarda unilateral será concedida ao genitor que apresentar melhores condições de zelar pela criança. No caso, são apontados como fatores para ser decretada a guarda exclusiva: saúde, segurança, afeto, entre outros elementos, visto que o rol é exemplificativo.

Veja-se que em uma apelação cível nº 70040448482, julgada em 30/06/2011 pela Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, foi decidido pela improcedência da guarda compartilhada entre o casal, no qual o Relator Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, menciona que em razão da falta de consenso entre os genitores e pelas condições dos autos, deferir-se a guarda compartilhada somente seria motivo para maiores conflitos, colocando em seu centro a criança. Aliás, percebe-se nessa lide que o objetivo do genitor consistia na exoneração da obrigação de prestar alimentos a criança.

Importante destacar que o Tribunal do Rio Grande do Sul manteve a preferência a guarda unilateral em casos em que falta entendimento entre os pais. Versando sobre guarda unilateral é inegável não mencionar que o extenso volume de lides referentes a pedido e execução de alimentos se origina de casos em que é implantada a guarda unilateral.

No entanto, antes de ser deferida a guarda unilateral deve ser buscada uma solução para o conflito dos pais, de modo que tentem os genitores entrarem em consenso sobre a utilização da modalidade de guarda conjunta, visto que se direciona a atender o melhor interesse dos filhos, analisando cada caso concreto. Requer uma análise de cada caso, porque pode presenciar-se ocorrência de pais violentos, usuários de entorpecentes, que possuam condutas que lesem a moral e a integridade dos filhos, motivo que não aconselha a guarda compartilhada.

O julgado a seguir foi escolhido para compor esse trabalho, porque demonstra a possibilidade de ser aplicada a guarda compartilhada em casos de união estável, por exemplo. O Instituto da Guarda Compartilhada pode ser utilizado em qualquer tipo de relacionamento, no qual surjam os filhos, seja união estável, casos de adoção. Devem-se levar em consideração, os mais variados tipos de entidades familiares que compõem a sociedade moderna. Logo, a guarda compartilhada não se atém somente ao matrimônio.

Dessa maneira, a apelação cível nº 70054412416, julgada em 01/08/2013 pela Oitava

Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, nega provimento aos genitores que viviam em união estável, devido ausência de consenso entre os pais, no qual o Relator Desembargador Rui Portanova reconhece a união estável do casal, visto que a prova dos autos é farta e robusta, e demonstra à sociedade a existência de relacionamento afetivo contínuo, público e duradouro entre o apelante e a apelada, como se casamento fosse, inclusive com coabitação e com geração de filha. Entretanto, devido a intensa animosidade vivenciada entre os litigantes, é descabido o deferimento da guarda compartilhada da filha comum.

Já a decisão seguinte, traz em seu teor um caso de indeferimento de alteração de guarda. À partir do momento em que foi decretada a modalidade de guarda compartilhada, pode haver a sua alteração, desde que haja fundamentos que o justifiquem. Dessa maneira, se comprovado que um dos genitores não exerce corretamente a autoridade parental, praticando maus-tratos ao filho, por exemplo, cabe ao outro genitor requerer a guarda exclusiva. Porém, tal medida deve ser provada, pois se constitui como um mecanismo rígido. Assim, o ideal seria haver um acompanhamento pericial e psicológico para constatar a veracidade das alegações do genitor que pleiteia a modificação da guarda.

Outra situação envolvendo a guarda compartilhada referente à alteração de tutela, versa sobre um conflito em que é mantida a guarda compartilhada, sob pena do contraditório e de não haver questões que justifiquem a alteração da guarda. Veja-se que se depara com um caso em que a criança vai dispor da companhia de ambos os genitores, porque a guarda conjunta consiste em uma cooperação de direitos e responsabilidades entre os genitores.

Denota-se essa situação no agravo de instrumento nº 70055626220, julgado em 18/07/2013 pela Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que negou seguimento ao recurso em que se pleiteava a alteração de guarda de menor, no qual a Relatora Desembargadora Liselena Schifino Robles Ribeiro decide pela manutenção da guarda compartilhada. Auxilia esse entendimento o fato de tratar-se de discussão sobre a guarda de criança, sendo imperiosa a observância do contraditório e o esclarecimento das questões fáticas controvertidas.

Convém ressaltar que pode haver a reversão da guarda compartilhada para guarda unilateral. Isso se dá quando há beligerância entre os pais, atribuindo a um deles a guarda exclusiva do filho. Acontece que, perante conflitos entre os genitores, conceder a guarda

unilateral pode não ser a melhor medida. Conseqüentemente, a guarda exclusiva nesses casos pode impulsionar a alienação parental, que além de afastar o vínculo afetivo entre genitor alienado e a criança, produz muito sofrimento.

Demonstra-se essa situação no agravo de instrumento nº 70055492573 julgado em 10/07/2013 pela Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em que houve a reversão de guarda compartilhada para unilateral pela genitora, na qual a Relatora Desembargadora Sandra Brisolara Medeiros mencionou que sendo manifesta a beligerância entre os genitores, por medida de cautela, deve ser mantida a reversão da guarda da filha menor, unilateralmente, em favor daquela pessoa com quem efetivamente reside, ainda que provisoriamente, minimizando a verificada situação de conflito, não havendo cogitar prejuízo para a infante não ocorrendo alteração, até o momento, no convívio da infante com o genitor (regime de visitas). Além disso, foram arbitrados alimentos a criança, cabendo essa obrigação ao genitor e a administração incumbida a genitora guardiã.

No que concerne aos alimentos, a guarda compartilhada persiste com a obrigação alimentar. Assim, mesmo os pais tendo a guarda conjunta devem prestar assistência material ao filho, como elenca o Código Civil. Pode haver casos em que seja reduzido o valor da pensão alimentícia. Nessa seara, a guarda compartilhada tende a fazer com que o genitor cumpra de maneira espontânea o pagamento do ônus alimentar, pois ele tem uma participação maior na vida da criança, além de ter poder de decisão a tudo que se refere ao filho, desde a escola.

No julgado a seguir, percebe-se a tendência que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul está criando a respeito de prevalecer a guarda compartilhada, quando a criança está sob o cuidado de ambos os genitores, sem presenciar situação de risco atual e iminente. Visa a segunda instância zelar pelo melhor interesse da criança. A consequência disso, é que mesmo que um dos pais ajuíze uma demanda requerendo a reversão da guarda conjunta para exclusiva, se não configurar situação de risco, será desprovido o recurso.

Importante entendimento, visto que atende ao melhor interesse da criança, princípio resguardado pela Constituição Federal, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pelo Direito de Família. Menciona-se, ainda, que dessa decisão observa-se a aplicação do vetor constitucional da Convivência Familiar, porque é direito fundamental da criança dispor da companhia de ambos os pais, devido ao fato de o fim do relacionamento entre os genitores não acarretar a alteração no poder familiar, cabendo aos pais o dever de vigilância e

assistência à prole.

Nesse aspecto, a apelação cível nº 70054283841, julgada em 29/05/2013 pela Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, negou provimento a alteração de guarda compartilhada para unilateral para a genitora, no qual o Relator Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves expõe não caber a alteração da guarda no interesse pessoal da genitora, pois a filha está sob os cuidados de ambos os genitores, já que restou definida a guarda compartilhada na ação de divórcio consensual, ficando claro que ela está sendo bem cuidada e mantém ótimo vínculo com ambos os genitores.

Assim, de maneira sucinta foram selecionados os principais conflitos em que se depara o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, analisando brevemente alguns julgados anteriores à introdução da Lei da Guarda Compartilhada e outros posteriores a sua introdução no ordenamento jurídico. À partir disso, constata-se como elemento norteador nas decisões do referido Tribunal o Princípio do Melhor Interesse da Criança.

Deve-se primar pelo bem estar dos filhos, de modo a preservá-los dos atritos existentes entre os genitores. A guarda compartilhada tende a minimizar a animosidade entre os genitores após a ruptura do relacionamento. Faz-se imprescindível que os pais entrem em consenso sobre a criação dos filhos e deixem de lados os dissabores que sentem mutuamente, atendendo ao interesse da criança.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A sociedade enfrenta diversas transformações e, com isso, no ordenamento jurídico tem surgido leis para regular os mais diversos assuntos, inclusive, no que diz respeito ao Direito das Famílias. Nessa seara, em razão do magistrado ter a faculdade de decidir pela guarda compartilhada, com ou sem consenso dos pais, é um grande atributo a obediência dos Princípios do Melhor Interesse da Criança, quando aplicada de acordo com o desejo dos pais.

Assim, quando não houver acordo entre os pais, entra em cena o trabalho de especialistas da área de família, visando incentivar os genitores a aceitarem a guarda compartilhada, que tende a ser mais favorável aos pais e aos filhos. Renasce, então, uma grande tarefa a Ciência Jurídica: resolver conflitos decorrentes de problemas familiares, complicados por envolverem sentimentos, mas que solucionados refletem a todo o grupo

social, pois a família é o núcleo do indivíduo, onde ele forma seus valores.

Porém, cada situação é única e deve haver uma análise de cada caso em concreto. Todavia, a guarda compartilhada tem se mostrado uma modalidade de tutela mais viável aos filhos e aos pais, por fazer com que os genitores colaborem mutuamente e dividam encargos e responsabilidade em relação a prole. Além disso, a guarda compartilhada possibilita a convivência familiar entre os filhos e os pais separados, de modo a reduzir o impacto que a separação ou que a ausência do outro genitor pode causar.

Outrossim, a guarda compartilhada tende a observar o Princípio do Melhor Interesse da Criança, quando for adotada com o consenso dos genitores, pois no momento em que se prioriza o bem estar dos filhos, a proteção a sua integridade e a satisfação de suas necessidades, que não se restringem apenas ao setor financeiro, mas ao afeto, ao carinho, à atenção. Percebe-se que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul tem se posicionado a favor da guarda unilateral, quando há atritos entre os genitores e, não tem revertido a guarda compartilhada nos casos em que essa modalidade de guarda foi decretada e mostra-se não prejudicial a criança.

No mesmo sentido, Núñez<sup>27</sup> menciona que na atividade jurídica os operadores do direito vêm entendendo que a guarda compartilhada “deve ser aplicada em casos de consenso, sob o argumento de que, assim, os pais poderão dialogar sobre os interesses da criança”. Lembra-se que a guarda pode ser revertida a qualquer tempo, desde que haja indícios de estar sendo inconveniente a prole. Ora, se pode haver a reversão da guarda, por que não tentar a guarda compartilhada, mesmo diante de resquícios de conflito entre os pais.

O que deve ser almejado é o melhor interesse da criança e, em uma sociedade individualista e egocêntrica, nada mais justo que os genitores se submeterem a colaborar com a implantação da guarda conjunta, pensando no amor que sentem pelos seus filhos. De fato, se o amor entre o casal não existe mais, não cabe aos filhos serem penalizados ou se tornarem moedas de troca entre os pais. Trata-se de uma questão de respeito e conscientização que um filho é o elo sensível e que merece atenção, proteção, amor de ambos os pais.

A guarda compartilhada almeja apenas atender ao melhor interesse da criança, qual

---

<sup>27</sup> NÚÑEZ, Carla Alonso Barreiro. **Guarda Compartilhada: Um Caminho para Inibir a Alienação Parental.** Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/877>>. Acesso em: 23 jun. 2014. P. 01

seja, ter a presença de seus pais ao longo do seu desenvolvimento físico, psicológico e emocional, tornando adultos saudáveis e sem problemas em conviver com a sociedade. Veja-se a tendência de muitas crianças que crescem sem a convivência de um dos genitores são mais propensas a seguirem rumos errados em suas vidas como o uso de entorpecentes, alcoolismo, prostituição

Além disso, é indiscutível que não se pode abrir espaço para as condutas alienadoras e, que nos casos em que há conflito entre os genitores, é importantíssimo o auxílio de uma equipe que oriente o ex-casal a se respeitar, isto é, a não tentar induzir a criança a escolher entre um ou outro genitor. Ainda, é indissociável que haja um trabalho de conscientização para que os genitores separados não comecem a denegrir a imagem um do outro para a criança, pois os filhos são muito vulneráveis, sensíveis, estão em formação de valores e não tem envolvimento com o relacionamento dos pais, a não ser o fato de serem filhos.

Assim, diante de todo o aparato legal disponível, deveria ser aplicada a modalidade de guarda compartilhada pelos Tribunais, visando incentivar essa modalidade até mesmo nos casos em que envolvam a falta de consenso entre os pais. Nos casos em que os genitores estivesse em atrito, deveria haver um acompanhamento de profissionais da área da Vara de Família, informando ao ex-casal a importância de deixarem de lado as desavenças e pensarem no bem-estar dos menores no espólio das separações.

## REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BRASIL. **Código Civil.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em: 07 jun. 2014.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituição/constituiçãocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituição/constituiçãocompilado.htm)>. Acesso em: 07 jun. 2014.

\_\_\_\_\_. **Lei Federal nº 8.069 de 13 de Julho de 1990.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em: 17 de jun. 2014.

\_\_\_\_\_. **Lei Federal nº 11.698 de 13 de Junho de 2008.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm)>. Acesso em:

03 jun. 2014.

CHAVES, Adalgisa Wiedemann; WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen. **Direitos Fundamentais do Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GARCIA, José Diogo Leite. **Guarda Compartilhada**: comentários aos artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil com a redação dada pela Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008. São Paulo: Edipro, 2011.

ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2003. Disponível em: <<http://www.siaibib01.univali.br/pdf/Dorival%20Bernardino%20Pereira.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2014.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Síntese de direito civil**: direito de família. Curitiba: Editora: JM, 1997.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Famílias**. 2 ed. São Paulo: Saraiva. 2008.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5. ed. Ver., atual. E ampl. Rio de Janeiro. Forense, 2013.

\_\_\_\_\_. In CHAVES, Adalgisa Wiedemann; WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen. **Direitos Fundamentais do Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

NÚÑEZ, Carla Alonso Barreiro. **Guarda Compartilhada**: Um Caminho para Inibir a Alienação Parental. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/877>>. Acesso em: 23 jun. 2014.

OLIVEIRA, José Francisco Basílio de. **Guarda Compartilhada**. Comentários à Lei nº 11.698/2008. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2008.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento nº 70015113707**, da Oitava Câmara Cível. Relator Desembargador José Ataídes Siqueira Trindade. Comarca de Viamão, 22 de junho de 2006. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=guarda+compartilhada&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28Tip>>

oDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29.Secao%3Acivel&requiredfields=OrgaoJulgador%3AOitava%2520C%25C3%25A2mara%2520C%25C3%25ADvel.Relator%3AJos%25C3%25A9%2520Ata%25C3%25ADdes%2520Siqueira%2520Trindade&as\_q=> Acesso em: 15 jun. 2014.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70040448482**, da Oitava Câmara Cível. Relator Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos. Comarca de Triunfo, 30 de junho de 2011. Disponível em: <

[http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=guarda+compartilhada&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29.Secao%3Acivel&requiredfields=OrgaoJulgador%3AOitava%2520C%25C3%25A2mara%2520C%25C3%25ADvel.Relator%3ALuiz%2520Felipe%2520Brasil%2520Santos&as\\_q=&ini=10](http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=guarda+compartilhada&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29.Secao%3Acivel&requiredfields=OrgaoJulgador%3AOitava%2520C%25C3%25A2mara%2520C%25C3%25ADvel.Relator%3ALuiz%2520Felipe%2520Brasil%2520Santos&as_q=&ini=10)> Acesso em: 15 jun. 2014.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70054412416**, da Oitava Câmara Cível. Relator Desembargador Rui Portanova. Comarca de Bagé, 01 de agosto de 2013. Disponível em:

[http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=guarda+compartilhada&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29.Secao%3Acivel&requiredfields=OrgaoJulgador%3AOitava%2520C%25C3%25A2mara%2520C%25C3%25ADvel.Relator%3ARui%2520Portanova&as\\_q=](http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=guarda+compartilhada&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29.Secao%3Acivel&requiredfields=OrgaoJulgador%3AOitava%2520C%25C3%25A2mara%2520C%25C3%25ADvel.Relator%3ARui%2520Portanova&as_q=)  
Acesso em: 15 jun. 2014.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento nº 70055626220**, da Sétima Câmara Cível. Relatora Desembargadora Liselena Schifino Robles Ribeiro. Porto Alegre, 18 de julho de 2013. Disponível em:

<[http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=guarda+compartilhada&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29.Secao%3Acivel&requiredfields=OrgaoJulgador%3AS%25C3%25A9tima%2520C%25C3%25A2mara%2520C%25C3%25ADvel.Relator%3ALiselena%2520Schifino%2520Robles%2520Ribeiro&as\\_q=](http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=guarda+compartilhada&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29.Secao%3Acivel&requiredfields=OrgaoJulgador%3AS%25C3%25A9tima%2520C%25C3%25A2mara%2520C%25C3%25ADvel.Relator%3ALiselena%2520Schifino%2520Robles%2520Ribeiro&as_q=)> Acesso em: 15 jun. 2014.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento nº 70055492573**, da Sétima Câmara

Cível. Relatora Desembargadora Sandra Brisolara Medeiros. Comarca de Montenegro, 10 de julho de 2013. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=guarda+compartilhada&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29.Secao%3Acivel&requiredfields=OrgaoJulgador%3AS%25C3%25A9tima%2520C%25C3%25A2mara%2520C%25C3%25ADvel.Relator%3ASandra%2520Brisolara%2520Medeiros&as\\_q=>](http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=guarda+compartilhada&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29.Secao%3Acivel&requiredfields=OrgaoJulgador%3AS%25C3%25A9tima%2520C%25C3%25A2mara%2520C%25C3%25ADvel.Relator%3ASandra%2520Brisolara%2520Medeiros&as_q=>)>. Acesso em: 15 jun. 2014.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70054283841**, da Sétima Câmara Cível. Relator Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Porto Alegre, 29 de maio de 2013. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=guarda+compartilhada&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29.Secao%3Acivel&requiredfields=OrgaoJulgador%3AS%25C3%25A9tima%2520C%25C3%25A2mara%2520C%25C3%25ADvel.Relator%3AS%25C3%25A9rgio%2520Fernando%2520de%2520Vasconcellos%2520Chaves&as\\_q=>](http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=guarda+compartilhada&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29.Secao%3Acivel&requiredfields=OrgaoJulgador%3AS%25C3%25A9tima%2520C%25C3%25A2mara%2520C%25C3%25ADvel.Relator%3AS%25C3%25A9rgio%2520Fernando%2520de%2520Vasconcellos%2520Chaves&as_q=>)>. Acesso em: 15 jun. 2014.

SERPA, Maria de Nazareth. **Mediação de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

SILVA, Ana Maria Milano. **Guarda Compartilhada**. São Paulo: Editora de Direito, 2012.

# HABERMAS: BREVES APONTAMENTOS SOBRE AGIR COMUNICATIVO, SOBERANIA POPULAR E DEMOCRACIA

Carolinne Nhoato dos Santos<sup>1</sup>

## INTRODUÇÃO

Habermas é considerado um filósofo inovador a partir do abandono do paradigma da consciência pelo paradigma da comunicação, entendendo que a linguagem é um recurso natural usado pelo ser humano, sendo que o agir comunicativo é uma função importante da coordenação da ação.

É no agir comunicativo que se legitimará as normas, bem como os atores são os autores e destinatários destas, preservando a ordem social e positivando o direito.

Assim, o direito moderno se adequa especialmente à integração social de sociedade econômicas que, em domínios de ação neutralizados do ponto de vista ético, dependem das decisões descentralizadas de sujeitos singulares guiados pelo sucesso próprio.

Nesse sentido, a ligação entre direito subjetivo e público, bem como os direitos humanos e a soberania do povo, racionalizam o processo de legitimação e aplicação do direito positivo.

A teoria do discurso vem mostrar um caminho para a soberania popular, a democracia participativa conscientemente praticada pelo cidadão, através de associações que atuem como mediadoras do processo, sem praticarem a indução de ideologias, mas a imparcialidade no processo.

Esta breve análise perpassa pelos pontos relevantes da obra de Habermas, o qual esclarece no prefácio do livro *Direito e Democracia – entre a facticidade e a validade* que ao escrever sua teoria pensou nos Estados Unidos e na Alemanha, afirmando que destes Estados possui maior conhecimento, sendo assim, um desafio poder adequá-la a situação política brasileira, mas ao mesmo tempo nos proporcionando buscar soluções plausíveis

---

<sup>1</sup> Mestranda do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo – Rio Grande do Sul – Brasil.  
Bolsista do Prosup/Capes. carolinnenhoato@gmail.com

diante, do que podemos chamar, da crise de representatividade atual.

## 1. O DIREITO COMO CATEGORIA DE MEDIAÇÃO SOCIAL

O direito reflete os princípios da sociedade, conforme esta evolui, o direito também a acompanha e modifica-se. Habermas entende que a racionalidade está no *medium* linguístico, no agir comunicativo, uma vez que o direito positivo só encontra a legitimação necessária na participação dos destinatários da norma no processo político de construção destas.

Hegel e Aristóteles entendem que a sociedade encontra sua unidade na vida política e na organização do Estado, já a filosofia prática da modernidade parte de que os indivíduos pertencem a uma sociedade como membros da coletividade ou como partes de um todo que se estabelece pela ligação dessas partes, esta última definição não pode mais ser usada indistintamente, pois a teoria marxista renunciou a teoria normativa do Estado, uma vez que a sociedade que administra democraticamente a si mesma tem um Estado que deve fundir-se com a economia capitalista. Assim, o Estado passa a ser um subsistema junto de outros subsistemas sociais especificados, acontecendo o mesmo com as pessoas e sua sociedade<sup>2</sup>.

Diante disso, os cidadãos devem gozar de liberdades subjetivas iguais, com papel de co-legisladores, participando do debate político sobre suas necessidades e usando sua liberdade comunicativa, de forma que desenvolvam os parâmetros e critérios para tratarem os iguais igualmente e os desiguais, desigualmente<sup>3</sup>.

Habermas procura um caminho diferente dos vestígios do normativismo do direito racional, substituindo a razão prática pela razão comunicativa<sup>4</sup>, na qual

A razão comunicativa distingue-se da razão prática, por não estar adstrita a nenhum ator singular nem a um macrossujeito sociopolítico. O que torna a razão comunicativa possível é o *medium* linguístico, através do qual as interações se interligam e as formas de vida se estruturam. Tal racionalidade está inscrita no *telos* linguístico do entendimento, formando um *ensemble* de condições possibilitadoras e, ao mesmo tempo, limitadoras. Qualquer um que se utilize de uma linguagem natural, a fim de entender-se com um destinatário sobre algo no mundo, vê-se forçado a adotar um enfoque performativo e a aceitar determinados

---

<sup>2</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre a facticidade e validade**. V. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro, 1997, p. 17-18.

<sup>3</sup> CARLEHEDEM, Mikael. GABRIELS, René. Uma conversa sobre questões da teoria política – entrevista de Jürgen Habermas. In: **Novos Estudos**, CEBRAP, nº 47, mar. 1997, p. 99-100.

<sup>4</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre a facticidade e validade**, V. I, 1997, p. 19.

pressupostos. Entre outras coisas ele tem que tomar como ponto de partida que os participantes perseguem sem reservas seus fins ilocucionários, ligam seu consenso ao reconhecimento intersubjetivo de pretensões de validade criticáveis, revelando a disposição de aceitar obrigatoriedades relevantes para as consequências da interação e que resultam de um consenso. E o que está embutido na base de validade da fala também se comunica às formas de vida reproduzidas pela via do agir comunicativo. A racionalidade comunicativa manifesta-se num contexto descentrado de condições que impregnam e formam estruturas, transcendentalmente possibilitadoras; porém, ela própria não pode ser vista como uma capacidade subjetiva, capaz de dizer aos atores o que *devem* fazer<sup>5</sup>.

Ou seja, a razão comunicativa apenas orienta as pretensões de validade, mas não o que devemos fazer, pois não é prática. É na razão comunicativa que se desenvolverá os pressupostos para uma democracia onde haja a participação do cidadão, pois ela permite o discurso e a *práxis* da argumentação.

Deste modo, Habermas situa o conceito de razão comunicativa no âmbito da teoria reconstrutiva da sociedade, sendo então um fio condutor para a reconstrução do emaranhado de discursos formadores de opinião e preparadores de decisão, na qual está embutido o poder democrático exercido conforme o direito, sendo o ponto de partida a força social integradora de entendimento, a qual não é coerciva, mas motivada racionalmente, capaz de salvaguardar distâncias e diferenças reconhecidas, na base de sustentação de uma comunhão de convicções<sup>6</sup>.

Já a incondicionalidade que expressa à distinção entre verdade e aceitabilidade racional só pode ser traduzida se entendermos a *práxis* da justificação, ou seja, nossa argumentação, como parte integrante do evento, as convicções devem ser formadas somente sobre a escolha do melhor argumento, formada sobre a luz da “melhor de todas” as informações e razões disponíveis<sup>7</sup>.

Se os fundamentos são bons ou não, é algo que somente será estabelecido na prática da participação da argumentação, não através da observação neutra do participante do discurso que o considera somente um bom fundamento<sup>8</sup>.

Habermas explica que o conceito “agir comunicativo”, leva em conta o entendimento linguístico como um mecanismo de coordenação da ação, faz com que as suposições

---

<sup>5</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre a facticidade e validade**, V. I, 1997, p. 20.

<sup>6</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre a facticidade e validade**, V. I, 1997, p. 21-22.

<sup>7</sup> CARLEHEDEM, Mikael. GABRIELS, René. Uma conversa sobre questões da teoria política – entrevista de Jürgen Habermas, 1997, p. 96.

<sup>8</sup> HABERMAS, Jürgen. **Para a reconstrução do materialismo histórico**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 2 ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1990, p. 240.

contrárias dos atores que orientam seu agir por pretensões de validade, que se mantêm na maneira de reconhecimento de pretensões de validade normativas, adquiram imediata relevância na construção e manutenção de ordens sociais. Diante disso, a tensão entre validade e facticidade volta no modo de integração entre indivíduos socializados, no mínimo comunicativamente, sendo trabalhada entre os participantes, bem como estabilizada na integração social realizada pelo direito positivo<sup>9</sup>.

Ainda, sobre a tensão entre facticidade e validade, entre a positividade do direito e a legitimidade pretendida por ele, afirma que esta não pode ser menosprezada nem ignorada, ressaltando que os argumentos favoráveis à legitimação do direito devem ser compatíveis com os princípios morais da justiça e da solidariedade universal, e também com os princípios éticos de uma conduta de vida auto-responsável, projetada conscientemente<sup>10</sup>.

É na comunicação, na apresentação de argumentos, que o indivíduo socializado e educado em um estado de liberdade democrática fará as análises e ponderações das melhores ideias e escolhas para si, mas principalmente a busca pelo bem da comunidade.

Por conseguinte, é reconstruído o *dever-ser* que migrou para a *práxis*, a fim de constatar que no direito positivo e no Estado Democrático de Direito estão corporificados princípios que dependem de uma fundamentação, desta forma, estão ajustados na consciência pública de uma cultura política liberal, fornecendo a dinâmica de compreensão da constituição como um projeto que devemos levar adiante ou abandonar<sup>11</sup>.

Assim, a integração social, passa a ter a linguagem trabalhada primariamente, consistindo o “agir comunicativo” na negociação de interpretação comum dos atores falantes e ouvintes, harmonizando entre si os seus planos de entendimento, na busca incondicionada de fins ilocucionários, quando “passam a adotar o enfoque performativo de um falante que deseja *entender-se* com uma segunda pessoa sobre algo no mundo, as energias de ligação da linguagem podem ser mobilizadas para a coordenação de planos de ação”<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre a facticidade e validade**, V. I, 1997 p. 35

<sup>10</sup> CERQUEIRA, Katia Leão. Entre facticidade e validade: A legitimação do direito à luz da razão comunicativa. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 82, nov 2010. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8647&revista\\_caderno=23](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8647&revista_caderno=23)>. Acesso em out 2014.

<sup>11</sup> CARLEHEDEM, Mikael. GABRIELS, René. **Uma conversa sobre questões da teoria política – entrevista de Jürgen Habermas**, 1997, p. 94.

<sup>12</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre a facticidade e validade**, V. I, 1997 p. 36.

Portanto,

No uso da linguagem orientada pelo entendimento, ao qual o agir comunicativo está referido, os participantes unem-se em torno de pretensa validade de suas ações de fala, ou constataam dissensos, ao quais eles, de acordo comum, levarão em conta no decorrer da ação.

[...]

Entretanto, as pretensões de validade incondicionais e ideais ultrapassam todos os padrões regionais exercitados e aceitos num determinado local; isso faz com que a supracitada tensão ideal imigre para a facticidade do mundo da vida [...] A teoria do agir comunicativo destranscendentaliza o reino inteligível, porém com o único intuito de aninhar a força idealizadora de antecipações transcendentais nos pressupostos pragmáticos inevitáveis dos atos de fala, portanto no coração da prática comunicativa cotidiana<sup>13</sup>.

Sobre o mundo da vida, o autor explica que é onde acontecem situações de fala e ao mesmo tempo se constitui as fontes de interpretações, que serão reproduzidas através da ação comunicativa, pois durante o agir comunicativo o mundo da vida nos dá a certeza de que vivemos e falamos diretamente, o agir comunicativo tudo perpassa, apesar de não percebido, sendo condensado e deficiente de saber e poder, mas o nivelamento entre facticidade e validade estabiliza a situação. Ainda, o mundo da vida é um complexo de tradições, do qual as instituições fazem parte, sendo estas reproduzidas pelo agir comunicativo. As restrições à comunicação protegem contra o problema da validade, mas acaba assegurada quando a integração entre as coletividades sociais com o risco do dissenso pode ser interpretada na própria dimensão da validade<sup>14</sup>.

No processo democrático da apresentação dos argumentos o grupo que o analisa escolherá o argumento que melhor cabe à situação daquele sistema, comunidade, é nesse espaço de agir comunicativo onde a opinião e a vontade são apresentadas, a participação dos destinatários leva a legitimação da norma, pois não haverá futura contestação sobre aquilo que participaram na constituição.

O direito moderno permite a substituição das convicções através de sanções, na medida em que libera os motivos que acompanham a obediência às regras, porém impõe respeito, isso evita o dissenso fundamentado na medida em que os destinatários não podem questionar a validade das normas a serem seguidas. Portanto, a validade e a facticidade se distinguem na validade jurídica, pois a aceitação da ordem jurídica é distinta da aceitabilidade dos argumentos sobre os quais apoia a sua pretensão de legitimidade, isso

---

<sup>13</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre a facticidade e validade**, V. I, 1997, p. 36.

<sup>14</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre a facticidade e validade**, V. I, 1997, p. 40-44.

remete a circunstância de que a positividade e a pretensão à legitimidade também fazem jus a comunicação não-circunscrita que expõem todas as normas e valores a análise crítica. Para Habermas: “Os membros do direito têm que poder supor que eles mesmos, numa formação livre da opinião e da vontade política, autorizaram as regras às quais eles estão submetidos como destinatários.”<sup>15</sup>. O processo de legitimação é um componente do sistema jurídico, uma vez que necessita de institucionalização jurídica frente às contingências da comunicação cotidiana, sem risco da contradição, que é transformado na “[...] força produtiva de uma formação política, presumivelmente racional, da opinião e da vontade”<sup>16</sup>.

Diante disso, consideram-se dois aspectos do direito, primeiro, a positividade ao se criar conscientemente uma estrutura de normas, surge um fragmento de realidade social produzida artificialmente, porque pode ser modificada qualquer de seus elementos, em segundo, o aspecto da modificabilidade, pois a validade do direito positivo é a expressão pura de uma vontade, que empresta duração a determinadas normas para que não sejam declaradas sem efeito. A força do direito é extraída da junção que a positividade estabelece com a pretensão a legitimidade, essa ligação é a estruturação entre a aceitação que fundamenta os fatos e aceitabilidade exigida por pretensões de validade, que já estava no agir comunicativo e na ordem social na forma de tensão entre facticidade e validade, que garante a aceitação da regra e a ideia de autolegislação que as tornam racionalmente aceitáveis<sup>17</sup>.

A tensão da validade do direito implica a organização do poder político, que impõe legitimamente o direito, sendo que o direito lhe deve a sua positividade. Assim, no Estado de Direito a autolegislação dos cidadãos assume uma figura institucional, a qual faz valer internamente a autonomia política contra a facticidade do poder “não domesticado juridicamente”, o que vem de fora do direito. Então, o melhoramento do Estado de Direito pode ser entendido como “uma sequência aberta em princípio, de medidas cautelares, conduzidas pela experiência, contra a subjugação do sistema jurídico através do poder – ilegítimo – das circunstâncias”, que contradiz sua autocompreensão normativa. É a relação externa entre a facticidade e a validade, entre norma e realidade<sup>18</sup>.

Portanto,

---

<sup>15</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre a facticidade e validade**, V. I, 1997, p. 59-60.

<sup>16</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre a facticidade e validade**, V. I, 1997, p. 60.

<sup>17</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre a facticidade e validade**, V. I, 1997, p. 60-61.

<sup>18</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre a facticidade e validade**, V. I, 1997, p. 61.

Nas sociedades modernas são integradas não somente através de valores, normas e processos de entendimento, mas também sistematicamente, através de mercados e poder administrativo. Dinheiro e poder administrativo constituem mecanismos da integração social, formadores de sistemas, que coordenam as ações de forma objetiva, como que por trás das costas dos participantes da interação, portanto não necessariamente através da sua consciência intencional ou comunicativa.

[...] o direito esta ligado às três fontes de integração social. Através de uma prática de autodeterminação, que exige dos cidadãos o exercício comum de suas liberdades comunicativas, o direito extrai sua força integradora, em última instância, de fontes de solidariedade social.

[...]

Em uma vez que o direito interliga não somente com o poder administrativo e o dinheiro, mas também com a solidariedade, ele assimila, em suas realizações integradoras, imperativos diferentes procedências<sup>19</sup>.

O dinheiro e o poder administrativo são contrabalanceados pela solidariedade, podendo se vislumbrar que através desta a sociedade exerce sua liberdade comunicativa, buscando que o sistema não seja submergido pelo dinheiro e pelo poder administrativo.

O agir comunicativo traz a tona assim a soberania popular, ou seja, o poder que emana do cidadão e pelo cidadão, onde o processo legislativo é o espaço de integração social e concretização de direitos racionalizados.

## **2. DIREITO HUMANOS E SOBERANIA DO POVO**

Os direitos devem ser usufruídos igualmente por todos, assim, a Constituição, bem como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, são exemplos da busca pela equidade do direito, o tratar os iguais como iguais e os desiguais, desigualmente, enquanto, subjetivamente, em sociedades econômicas os indivíduos são guiados pelo sucesso pessoal.

O direito moderno se retira das normas morais e transfere para as leis a garantia das liberdades de ação, que obterão sua legitimidade pelo processo legislativo apoiado na soberania do povo, auxiliada por direitos que garantem ao cidadão o exercício da autonomia política, direitos esses que abrem esferas de livre arbítrio. O processo legislativo democrático precisa que os participantes se orientem pelo bem da comunidade, pois a legitimação deste processo está no entendimento dos cidadãos sobre as regras de

---

<sup>19</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre a facticidade e validade**, V. I, 1997, p. 61-62.

convivência<sup>20</sup>.

Essa busca pelo sucesso pessoal faz com que o Estado tenha que criar mecanismos nos quais os cidadãos não se apresentarão em disparidade, para que possam manifestar-se igualmente, tendo todos o direito de manifestação garantido, mas estas ações não podem ser momentâneas, elas devem ser contínuas.

O Estado Democrático de Direito somente possui força legitimante se todos os grupos tenham acesso à esfera pública política, com voz ativa, e articulem suas necessidades sem marginalização ou exclusão, ou seja, devem ser asseguradas as premissas da igualdade de chances dos direitos, se aplicando não só aos direitos de participação política, mas a participação social e aos direitos individuais, pois o indivíduo não conseguirá agir de forma autônoma se a sua autonomia privada não estiver assegurada<sup>21</sup>.

Os Estados Democráticos de Direito determinam-se pela ideia dos direitos humanos e da soberania do povo, mas esse idealismo constitucional não deve ser entendido somente como uma fase da história política, ele é o reflexo da tensão entre facticidade e validade, a positividade do direito e a legitimidade pretendida por ele, que não pode ser ignorada, uma vez que o mundo da vida impede que se cubra a necessidade da legitimidade do direito estabelecido. A conduta pessoal e as tradições culturais cada vez mais estão presentes nos discursos de auto-entendimento, assim, a história substitui as interpretações religiosas/metafísicas se tornando o *medium* da autoconscientização dos povos e culturas, de maneira que “identidades coletivas só se podem formar na figura quebradiça, dinâmica e desafiada de tal consciência pública e descentralizada, tornando-se possíveis e inevitáveis *discursos ético-políticos* que atingem o fundo”<sup>22</sup>. Assim, as relações interpessoais legitimamente regulamentadas passam a ser problematizadas, o sujeito singular forma uma consciência moral dirigida por princípios e orienta seu agir pela autodeterminação, equivalendo a construção de uma sociedade justa, com liberdade política do direito racional, ou seja, de autolegislação democrática<sup>23</sup>.

Ainda, os direitos humanos possuem teor universal que automaticamente forcem a concretização da cidadania mundial, não estando nenhum legislador político autorizado a

---

<sup>20</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre a facticidade e validade**, V. I, 1997, p. 114-115.

<sup>21</sup> CARLEHEDEM, Mikael. GABRIELS, René. **Uma conversa sobre questões da teoria política – entrevista de Jürgen Habermas**, 1997, p. 97.

<sup>22</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre a facticidade e validade**, V. I, 1997, p. 131.

<sup>23</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre a facticidade e validade**, V. I, 1997, p. 128-131.

limitar ou eliminar direitos fundamentais absolutos, assim

[...] os direitos humanos não podem ser relegados ao legislador nem tampouco instrumentalizados para a realização dos fins deste. Autonomia privada e autonomia do cidadão pressupõem-se reciprocamente. Esta origem comum da soberania popular e dos direitos humanos explica-se a partir do fato de que a autolegislação cidadã tem que se institucionalizar na forma dos direitos políticos à participação. Isto pressupõe, contudo, o *status* dos sujeitos do direito como portadores de direitos individuais, e esta ordem de *status* não pode existir sem os direitos civis clássicos. Não existe qualquer direito positivo sem tais direitos, e o direito positivo é a única linguagem na qual os cidadãos podem assegurar para si, reciprocamente, a participação na *práxis* da autolegislação<sup>24</sup>.

Então, os discursos constituem o lugar em que se forma a vontade racional, em último caso a legitimidade do direito se apoia no arranjo comunicativo, no qual os participantes do discurso podem encontrar a norma que encontra ou encontraria assentimento de todos os possíveis atingidos, conseqüentemente, o nexos interno entre soberania popular e direitos humanos só se estabelecerá quando o sistema de direitos apresentar as condições específicas sobre as quais as formas de comunicação se institucionalizam, os destinatários são os autores dos seus direitos, portanto, os “direitos humanos inserem-se, então, nas condições formais para institucionalização jurídica desse tipo de formação discursiva de opinião e da vontade, na qual a soberania do povo assume figura jurídica”<sup>25</sup>.

A autolegislação do cidadão não pode ser moral ou singular, esta autonomia é geral e neutra, acontecendo pelo princípio da democracia, o qual é a união existente entre o princípio do discurso e a forma jurídica, uma *gênese lógica de direitos*, que pode ser reconstruída etapa por etapa. Assim, seu início é com a aplicação do princípio do discurso ao direito às liberdades subjetivas de ação em geral e termina com a institucionalização jurídica de condições para o exercício discursivo da autonomia política. “Por isso, o princípio da democracia só pode aparecer como núcleo de um sistema de direitos, que formam um processo circular que se constitui de modo co-originário<sup>26</sup>.”

O cidadão dá um salto da busca pelo sucesso próprio para a realização de uma sociedade justa, na qual estejam assegurados seus direitos e dos demais do grupo que participa, mas, como vimos, para que esse processo aconteça é necessária à ação do Estado

---

<sup>24</sup> CARLEHEDEM, Mikael. GABRIELS, René. **Uma conversa sobre questões da teoria política – entrevista de Jürgen Habermas**, 1997, p. 99.

<sup>25</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre a facticidade e validade**, V. I, 1997, p. 139-139.

<sup>26</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre a facticidade e validade**, V. I, 1997, p. 158.

para criação de meios que permitam esta integração e análise do melhor argumento, que se concretizam na autolegislação, gerida democraticamente.

As categorias de direito geram o próprio código jurídico, que determinam o *status* das pessoas de direito, a categoria 1 necessita dos correspondentes 2 e 3, sendo que na medida que esses sujeitos se reconhecem como destinatários da lei, passam a ser também autores na categoria 4, estas quatro categorias são reflexo da interpretação dos direitos constitucionais e na configuração política, o que implica a categoria 5<sup>27</sup>, vejamos:

(1) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação*.

[...]

(2) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *status de um membro* numa associação voluntária de parceiros do direito;

(3) Direitos fundamentais que resultam imediatamente da *possibilidade de postulação judicial* de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual.

[...]

(4) Direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processo de formação de opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua *autonomia política* e através dos quais eles criam direito legítimo.

[...]

(5) Direitos fundamentais a condição de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados de (1) até (4)<sup>28</sup>.

Mas para que isso aconteça, o próprio Habermas em entrevista afirma que

Sob as condições das sociedades complexas, somente é possível uma democracia concebida a partir da teoria da comunicação. Para tanto, há que se inverter a relação centro e periferia: em meu modelo, são sobretudo as formas de comunicação de uma sociedade civil que advêm de esferas privadas mantidas intactas, são os fluxos comunicativos de uma esfera pública vitalizada e assentada numa cultura política liberal que carregam o peso da expectativa normativa. Por isso, os Srs, tem razão: sem a força inovativa, provisoriamente efetiva, dos movimentos sociais nada muda, o mesmo valendo para as energias e imagens utópicas que impulsionam estes movimentos<sup>29</sup>.

Nas palavras do filósofo já percebemos o que foi afirmado inicialmente, que ao fazer sua teoria estava pensando em países desenvolvidos democraticamente como a Alemanha e

---

<sup>27</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre a facticidade e validade**, V. I, 1997, p. 159.

<sup>28</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre a facticidade e validade**, V. I, 1997, p. 159-160.

<sup>29</sup> CARLEHEDEM, Mikael. GABRIELS, René. **Uma conversa sobre questões da teoria política – entrevista de Jürgen Habermas**, 1997, p. 87

os Estados Unidos, mas podemos já de antemão, compreender que para a efetivação de um agir comunicativo baseado na *práxis* da argumentação, que leva a uma autolegislação democrática, é necessário que a própria sociedade se transforme educacionalmente, que não permita a desigualdade dos autores do discurso.

### 3. A DEMOCRACIA NA PRÁXIS COMUNICATIVA

Logo que falamos de direitos humanos e soberania popular, não podemos deixar de transcorrer sobre a democracia. Habermas, a partir do agir comunicativo e da teoria do discurso desenvolve uma *práxis* democrática, a qual, parte como modelo transformador da relação indivíduo e Estado, vindo a confirmar tudo que foi apresentado sobre a autolegislação.

A Revolução Francesa trabalhou o liberalismo e a democracia radical, o que causou grande impacto, tentando conciliar igualdade e liberdade, unidade e multiplicidade, direito da maioria e direito da minoria, assim, segundo Habermas, Rousseau entendeu a liberdade como a autonomia do povo, com a participação igual de todos na prática da autolegislação, Kant, no mesmo caminho, refere que o poder legislador cabe a vontade conjunta da população, assim “apenas a vontade unanime e conjunta de todos, à medida que cada um delibera o mesmo sobre todos e todos sobre cada um, apenas a vontade totalmente conjunta do povo pode ser legisladora”<sup>30</sup>, na qual

[...] a vontade conjunta dos cidadãos é constringida *per se* a uma operação que exclui todo o interesse que não possa ser generalizado, admitindo apenas aquelas regulamentações que garantam liberdades iguais a todos. O exercício conforme a normas da própria soberania popular assegura, ao mesmo tempo, os direitos humanos<sup>31</sup>.

O Estado intervencionista fechou-se num subsistema centrado em si e orientado pelo poder, deslocando os procedimentos de legitimação para a sua esfera, modificando a ideia de auto-organização da sociedade, por isso deve ser distinguido o poder gerado de maneira comunicativa e o poder utilizado administrativamente, nos dois a formação espontânea de opinião em espaços públicos autônomos se interpenetram, assim, como o sistema político em geral é programado por políticas e leis produzidas a partir de processos de formação de opinião a vontade se torna um problema, sendo que na perspectiva administrativa o que conta é a eficácia na implementação de programas e não a razão prática do uso das normas.

---

<sup>30</sup> HABERMAS, Jürgen. Soberania popular como procedimento: um conceito normativo de espaço público. In: **Novos Estudos**, CEBRAP, nº 26, p. 100-113. mar. 1990, p. 102.

<sup>31</sup> HABERMAS, Jürgen. Soberania popular como procedimento: um conceito normativo de espaço público, 1990, p. 102.

Diante disso, o poder gerado comunicativamente pode atuar sobre o sistema político quando acolhe em sua gestão o fundamento de que as decisões administrativas devem ser racionalizadas, residindo o principal problema em como a formação já institucionalizada de opinião e vontade pode se tornar autônoma, é aqui onde o poder comunicativo só poderá originar decisões se essas se derem de maneira discursiva<sup>32</sup>.

A evolução do agir comunicativo pretende a participação de todos, não como meros expectadores da argumentação, para que escolham a melhor opinião entre todas, mas que todos participem como atores no processo argumentativo, a fim de que se sobressaia o melhor argumento. Assim, o poder administrativo ao propiciar meios para que a comunicatividade funcione, consegue a racionalização das decisões, bem como a equidade dos participantes, se apropriando tanto de aspectos do estado liberal como do republicano, mas evitando a tomada antecipada de ideologias partidárias, por isso sendo de suma importância os grupos/sindicatos que ajudam o poder público na imparcialidade do processo.

Na perspectiva liberal o processo democrático se realiza na forma de compromissos de interesse, as regras de formação desses compromissos asseguram a equidade dos resultados, que passam pelo voto, composição representativa dos parlamentares, modo de decisão, que são fundamentadas, em seu fim, nos direitos fundamentais liberais. Já a formação republicana entende que a formação democrática da vontade realiza-se na forma de auto-entendimento ético-político, com respaldo do consenso entre os sujeitos privados, exercida pelas vias culturais, pré-compreensão socialmente integradora que renova-se através da “recordação ritualizada do ato de fundação da república”<sup>33</sup>.

Para Habermas a teoria do discurso assimila elementos de ambos os lados, com um conceito ideal de deliberação e tomadas de decisão, pois o nexos interno entre razões chega a resultados racionais e equitativos, mas estas não devem vir a partir de ideias já incutidas nos indivíduos, mas do agir comunicativo de forma natural<sup>34</sup>, pois

A conexão interna pressuposta entre formação política de vontade e a formação política de opinião só poderia assegurar a racionalidade esperada das decisões se as deliberações no

---

<sup>32</sup> HABERMAS, Jürgen. Soberania popular como procedimento: um conceito normativo de espaço público, 1990, p. 108-109.

<sup>33</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre a facticidade e validade**. V. II. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro. Editora Tempo Brasileiro, 2003, p. 19.

<sup>34</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre a facticidade e validade**. V. II, 2003, p. 19.

interior das corporações partidárias não ocorram sob premissas dadas de antemão ideologicamente<sup>35</sup>.

Diante disso, percebemos que na teoria do discurso o nascimento da política deliberativa não depende de uma cidadania capaz de agir coletivamente, mas da institucionalização dos processos e pressupostos comunicacionais, do jogo entre deliberações institucionalizadas e opiniões públicas que se formam informalmente, pois se assegura na intersubjetividade de processos de entendimento, de um nível superior, que se realizam por processos democráticos ou na rede comunicacional de esferas públicas políticas<sup>36</sup>, assim, “A opinião pública, transformada em poder comunicativo segundo processos democráticos, não pode ‘dominar’ por si mesma o uso do poder administrativo, mas pode de certa forma direcioná-lo”<sup>37</sup>.

Porém, essa soberania popular não poderá ser operada sem a retaguarda de uma cultura política que lhe dê apoio, sem uma maneira de pensar de um povo habituado à liberdade política, uma vez que “não há formação racional de vontade política sem o auxílio de um mundo de vida racionalizado”<sup>38</sup>, é essa cultura anterior aos processos comunicativos que não permitirá a impregnação de ideologias durante a argumentação, complementado Habermas afirma que

As comunidades políticas, filtradas deliberativamente, dependem das fontes do mundo da vida – de uma cultura política libertária e de uma socialização política esclarecida, especialmente das iniciativas de associação que formam opinião – as quais se formam e se regeneram quase sempre de modo espontâneo, dificultando as intervenções do aparelho político<sup>39</sup>.

Estas associações trabalham como mediadoras no processo das deliberações políticas, regulando de modo imparcial as condições de convivência, resguardando os princípios gerais da justiça para que o processo seja totalmente democrático, recorrendo em última instância aos laços linguísticos para que seja mantida a coesão<sup>40</sup>.

Portanto, no caminho de uma democracia deliberativa ou participativa, o processo comunicativo, como Habermas afirma, ocorrerá em comunidades democráticas complexas, não facilmente dominadas por ideologias, mas que em sua essência possuem uma cultura

---

<sup>35</sup> HABERMAS, Jürgen. Soberania popular como procedimento: um conceito normativo de espaço público, 1990, p. 111.

<sup>36</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre a facticidade e validade**. V. II, 2003, p. 20-22.

<sup>37</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre a facticidade e validade**. V. II, 2003, p. 23.

<sup>38</sup> HABERMAS, Jürgen. Soberania popular como procedimento: um conceito normativo de espaço público, 1990, p. 111.

<sup>39</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre a facticidade e validade**. V. II, 2003, p. 25.

<sup>40</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre a facticidade e validade**. V. II, 2003, p. 31.

politicamente libertaria, na qual através do processo de autolegislação superam a prática pela comunicação, com pressupostos de dever-ser que auxiliam os participantes, mas não lhe dão as respostas, a fim de que tenham que participar do processo comunicativo e assim, pelo direito, legitimam as normas.

Com o poder administrativo fomentando a criação e manutenção de espaços nos quais isso aconteça, é proporcionada condições para que o cidadão se aproxime dos sistemas de poder, bem como também possam agir solidariamente, mudando a perspectiva de visão individual para a visão coletiva, buscando o bem do seu sistema, comunidade.

### **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Habermas criou uma teoria complexa, a qual em poucas páginas é dificilmente resumível, porém dela podemos extrair desde o início a importância da participação dos indivíduos para que toda a teoria funcione.

O Brasil atualmente sofre com a crise de representação política, gerada pela corrupção, tanto por parte dos políticos como dos votantes, pelo paternalismo partidário, por uma história de clientelismo e falta de participação dos cidadãos na política.

Apesar de criados mecanismos como as consultas populares, assembleias, grupos para aprovação de projetos nos quais é necessária a participação de indivíduos que não façam parte do poder administrativo, isso acaba por ser ineficaz ou mal direcionado, diante de uma população que não passou ou passa por uma educação política efetiva, mas apenas votam de dois em dois anos.

Assim, a teoria habermasiana não pode ser aplicada diretamente em nosso país, pois diante de nossas raízes históricas de clientelismo político, primeiro precisamos de uma educação possibilitadora de espaços nos quais possamos nos comunicar sobre situações básicas e acessíveis aos cidadãos, ou seja, não em espaço muito amplo, mas começando nas escolas, comunidades, bairros, em pequenos espaços nos quais todos poderão se manifestar, sobre problemas próximos de si, que facilmente poderão deliberar e expor seus argumentos de forma ordenada, sem imposição. Claro, que para isso é fundamental a vontade do poder público de propiciar e proteger esses espaços de interação.

Destarte, Habermas foi além de seu tempo, acreditando que pelo diálogo organizado

se poderia fazer uma sociedade melhor, perante o poder administrativo e do dinheiro que levam os indivíduos a busca do sucesso individual. Assim, sua teoria não deve ser desprezada, mas sim adequada à situação atual. Podemos acreditar que aos poucos, bases de mudanças possam ser implementadas, pois já há diversos cidadãos reclamando por uma democracia efetiva, com o poder popular sendo efetivo, se fazendo ouvir.

#### REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

CARLEHEDEM, Mikael. GABRIELS, René. Uma conversa sobre questões da teoria política – entrevista de Jürgen Habermas. In: **Novos Estudos**, CEBRAP, nº 47, p. 85-102. mar. 1997.

CERQUEIRA, Katia Leão. Entre facticidade e validade: A legitimação do direito à luz da razão comunicativa. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 82, nov 2010. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8647&revista\\_caderno=23](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8647&revista_caderno=23)>. Acesso em out 2014.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre a facticidade e validade**. V. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro. Editora Tempo Brasileiro, 1997.

\_\_\_\_\_, **Direito e Democracia: entre a facticidade e validade**. V. II. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro. Editora Tempo Brasileiro, 2003.

\_\_\_\_\_, Soberania popular como procedimento: um conceito normativo de espaço público. In: **Novos Estudos**, CEBRAP, nº 26, p. 100-113. mar. 1990.

\_\_\_\_\_, **Para a reconstrução do materialismo histórico**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 2 ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1990. p. 219-247.

# A JUSTIÇA (RE)DISTRIBUTIVA FRENTE AO PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA

Rodrigo Dal Forno de Camargo<sup>1</sup>

## INTRODUÇÃO

A desigualdade econômica e social, que assola grande parte das nações, é um dos principais problemas que vem preocupando seus governantes. Frente a esta preocupação, diversas são as propostas apresentadas na literatura e nas legislações contemporâneas que buscam alternativas viáveis e justas para a erradicação da pobreza e, principalmente, para ver diminuída a desigualdade econômica e social.

Dentre as diversas propostas apresentadas, talvez, a mais utilizada seja a redistribuição de renda através de tributos proporcionais que levam em consideração a capacidade contributiva de cada contribuinte isoladamente.

Porém, será que a redistribuição de renda através da tributação progressiva é justa? A utilização da capacidade contributiva individual é isonômica? O princípio da capacidade contributiva leva em consideração as diferentes capacitações dos indivíduos tributados?

Para resolvermos tais indagações, propomos no presente artigo analisar o pensamento de Ronald Dworkin e de Amartya Sen a respeito da redistribuição de renda e, principalmente, verificar se a utilização do princípio da capacidade contributiva pode ser um critério de injustiça devido as diferentes capacitações dos indivíduos inseridos em uma mesma sociedade.

Para tanto, num primeiro momento iremos analisar o pensamento de Ronald Dworkin sobre a forma mais justa de redistribuição de renda, para, em um segundo momento, apresentar a redistribuição de renda proposta pela Constituição Federal de 1988, artigo 145, § 1º, bem como suas principais características.

---

<sup>1</sup> Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo – Rio Grande do Sul - Brasil. Advogado Especialista em Direito Tributário. E-mail: rcamargo@upf.br.

Por fim, será apresentado o pensamento de Amartya Sen sobre a diminuição de desigualdades através de redistribuição de renda em contrapartida com os diferentes conjuntos de capacitações apresentados pelos indivíduos de uma mesma sociedade.

## 1. A REDISTRIBUIÇÃO SEGUNDO DWORKIN

Antes de adentrarmos, especificamente, na proposta apresentada por Ronald Dworkin quanto a melhor forma de redistribuição de renda, necessária a apresentação de sua teoria de justiça distributiva.

Através de uma concepção contratualista de situação inicial, Dworkin entende que todos os indivíduos de uma sociedade devem partir de uma situação de igualdade de “recursos”.

Para entendermos esta situação inicial se faz necessária a utilização do exemplo hipotético criado pelo próprio filósofo, onde naufragos precisam dividir bens de uma ilha deserta de forma que satisfaça a todos:

Suponhamos que o responsável pela divisão entregue a cada imigrante um número grande e igual de conchas de mariscos, que são suficientemente numerosas e sem valor intrínseco para ninguém, para usarem como fichas em um mercado do seguinte tipo. Cada objeto da ilha (sem incluir os próprios imigrantes) é enumerado como lote a ser vendido [...] O leiloeiro propõe, então, um conjunto de preços para cada lote e descobre se tal conjunto de preços se adapta a todos os mercados, isto é, se haverá apenas um comprador por aquele preço, e todos os lotes serão vendidos. Caso contrário, o leiloeiro ajusta os preços até alcançar um conjunto que se adapte a todos os mercados. Mas o processo não para porque os imigrantes continuam livres para alterar seus lances, mesmo quando já se tiver alcançado um preço ideal aceitável, ou para propor lotes diferentes<sup>2</sup>.

Após o recebimento de todos os lances, para a finalização do leilão, faz-se necessária a realização do “teste de cobiça”, que corresponde a satisfação dos interesses dos arrematantes que deverão se por satisfeitos nos lotes adquiridos em comparação com os lotes dos demais, ou seja, preferir o(s) seu(s) lote(s) adquirido(s) do que os demais lotes arrematados.

Assim, “ninguém pode afirmar que é tratado com menos consideração do que outra pessoa na distribuição de recursos, pois, se alguém preferisse o pacote de bens sociais de

---

<sup>2</sup> DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 83-84.

outra pessoa, poderia ter feito um lance por ele”<sup>3</sup>.

Através do exemplo apresentado, demonstra-se que a “igualdade de recursos” proposta, corresponde, à primeira vista, a uma forma de igualar economicamente os participantes de um leilão.

Desta forma, a “igualdade de recursos” serve apenas para nivelar os membros da sociedade fazendo com que os mesmos participem de decisões futuras em pé de igualdade. Por outro lado, a igualdade inicial corresponde apenas a situações econômicas e, de forma alguma, de situações de igualdade física, de igualdade mental, de igualdade de formação e de igualdade de capacitações que, em momento posterior, acarretará a desigualdade social e econômica entre os cidadãos.

Tal afirmação é apresentada pelo próprio filósofo quando diz que:

[...] não devemos permitir que a distribuição de recursos em momento nenhum seja sensível aos atributos, isto é, seja afetada por diferenças de capacidades do tipo que produz diferenças de rendimentos em uma economia de *laissez-faire* entre pessoas que tenham as mesmas aspirações<sup>4</sup>.

Por outro lado, mesmo corroborando que sua distribuição de recursos inicial não leva em consideração as diferentes características de cada indivíduo, em momento algum podemos dizer que o nobre filósofo não se preocupou com as consequências que as diferentes capacitações podem gerar.

Deve-se ressaltar que, para proceder uma distribuição levando em consideração as diferentes capacitações existentes, seria necessária a mensuração individual de cada incapacitação, fato que na utilização de sua teoria igualitária se demonstra impossível.

Como bem diz Will Kymlicka: “nenhuma quantidade de dinheiro pode capacitar uma pessoa com desvantagens severas a conduzir uma vida tão boa quanto a de outras pessoas”<sup>5</sup>.

Se a distribuição de recursos não pode levar em consideração as capacidades de cada indivíduo, qual é a solução apresentada por Dworkin para promover uma distribuição justa entre indivíduos tão heterogêneos?

---

<sup>3</sup> KYMLICKA, Will. **Filosofia política contemporânea**: uma introdução. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 100.

<sup>4</sup> DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**, 2013, p. 113.

<sup>5</sup> KYMLICKA, Will. **Filosofia política contemporânea**: uma introdução, 2006, p. 102.

Para resolver este problema, Dworkin se refere a um esquema de seguro, onde, da mesma forma que os bens estariam dispostos para serem arrematados em um leilão hipotético em idênticas condições de recursos, haveria a oferta de um seguro que cobrisse as possíveis deficiências apresentadas posteriormente.

Salienta-se que, em momento algum é incluído nas coberturas do seguro hipotético a compensação por diferentes “talentos” apresentados pelos indivíduos, o que se busca dar cobertura são as diferentes capacidades oriundas de deficiências físicas ou mentais apresentadas de nascença ou que venham a se apresentar em período posterior. Já, para os demais casos, onde a incapacitação é uma questão de falta de “talento”, a solução será apresentada posteriormente.

Outro fato a ser ressaltado é que por mais que se pense em distribuições compensatórias a indivíduos com deficiências físicas ou mentais, ditas compensações jamais conseguiram tornar seus beneficiários iguais àqueles que não possuem qualquer deficiência, servindo apenas para minimizar tais desigualdades.

Sendo assim, a ideia do seguro é apresentada da seguinte forma

Para completar o leilão, agora eles criam um mercado hipotético de seguros que instalam por meio de seguros compulsórios para todos a preço fixo, conforme as especulações sobre o que o imigrante normal compraria como seguro, se os riscos antecedentes de diversas deficiências tivessem sido os mesmos<sup>6</sup>.

Nota-se que o leilão, além dos bens, apresentará a contratação de seguros compulsórios, ou seja, todos os participantes do leilão estarão obrigados a comprar o seguro a preço fixo que levará em consideração uma média de coberturas que seriam contratadas em situação de livre mercado.

Neste momento cabe salientar que a ideia de seguro, a nosso ver, parece influenciada pelas políticas sociais Norte Americanas, tendo em vista que, no momento em que o filósofo apresenta a sua teoria na prática, utiliza como referência o sistema de seguro-saúde utilizado naquele país<sup>7</sup>.

A primeira vista a proposta apresentada nos parece adequada, porém, ao analisarmos com base em graus diferenciados de deficiência verificamos que a sua implantação poderá acarretar consequências injustas.

---

<sup>6</sup> DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**, 2013, p. 101.

<sup>7</sup> Ver DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**, 2013. p. 131-149.

Se o seguro será obrigatório e em valores fixos, conseqüentemente, as coberturas também deverão ser fixas. Deste modo, pessoas que possuam graus de deficiências distintos acabaram por ser compensadas de forma igualitária. A compensação equitativa é justa nestes casos?

Temos que ter em mente que, ao falarmos de deficiências físicas ou mentais, podemos encontrar incapacitações distintas. Dentre elas estão aquelas que diminuem a capacidade laborativa e, também, estão aquelas que incapacitam de forma permanente o indivíduo.

Ao nosso ver, compensar de forma igualitária diferentes incapacitações possui uma consequência inversa, que corresponde a desigualdade de perspectiva social e econômica.

Vale lembrar que, como já dito, as compensações não servem para igualar os indivíduos capacitados daqueles que possuem deficiências, pois isso se demonstra impossível, porém, servem para minimizar as diferenças. Por outro lado, entendemos que a compensação deve levar em consideração os graus diversos de deficiência.

Além do mais, “Dworkin não pensa no leilão e no esquema de seguros como diretamente traduzíveis para a realidade. O esquema apresentado por ele tende a constituir, simplesmente, um modelo para orientar uma política igualitária”<sup>8</sup>.

Por fim, e em relação ao principal foco do trabalho, cabe trazer à baila o enfrentamento da questão relativa a capacidades oriundas dos “talentos”, ou, da deficiência deles.

Até o presente momento foram apresentadas as formas propostas para promover a igualdade de recursos iniciais e como compensar as deficiências físicas e mentais apresentadas em uma sociedade. Mas qual será o critério adotado para deficiências de cunho externo?

É evidente que diferenças de capacitações geram desigualdades sociais e econômicas mesmo que se tenha partido de um ponto inicial com igualdade de recursos, ou seja, devido a diferenças de “talentos” existentes e não compensadas, a igualdade inicial aos poucos desaparece, retornando as desigualdades pré-existentes.

Sendo assim, a solução apresentada por Dworkin está pautada na redistribuição

---

<sup>8</sup> GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**: um breve manual de filosofia política. Tradução de Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p.71.

através de tributos:

Devemos voltar-nos, portanto, para uma ideia mais conhecida: a redistribuição periódica dos recursos por meio de algum imposto de renda. Convém elaborar um esquema de redistribuição, na medida do possível, que neutralize os efeitos dos talentos diferentes, mas preserve as consequências da escolha de ocupação segundo a noção que a pessoa tem do que deseja fazer da vida, escolha essa que é mais dispendiosa para a comunidade do que a escolha que um outro faz. O imposto de renda é um dispositivo plausível para essa finalidade, porque deixa intacta a possibilidade de escolher uma vida na qual se fazem sacrifícios constantes e se impõe uma disciplina contínua em nome do êxito financeiro e dos recursos adicionais que traz, embora, é claro, não endosse nem condene tal escolha. Mas também reconhece o papel da sorte genética<sup>9</sup>.

Ao entender que a redistribuição periódica de recursos corresponde a forma mais correta para lidar com o problema das diferentes capacitações deixa evidente que a sua teoria não tem como objetivo promover a igualdade de oportunidades, na verdade, o que se pretende é a minimização destes fatores.

Além do que, através da tributação de renda apenas se “penaliza” aqueles que devido a diversos fatores obtêm condições para atingir seus objetivos, mas, por outro lado, não agrega qualquer aumento de capacidades ou de oportunidades aos menos favorecidos.

Outro fato a ser destacado é que “pessoas que começaram com talentos naturais iguais poderão vir a ter níveis de habilidades diferentes mais tarde”<sup>10</sup> e, tais níveis, as vezes, representam apenas diferenças oriundas do critério de escolha de que cada indivíduo possui como ideal.

Imperiosa se torna a presente citação de Dworkin sobre os objetivos de sua própria teoria

[...] a igualdade que procuramos está nos próprios recursos pessoais e impessoais, e não na capacidade que as pessoas têm para alcançar o bem-estar com tais recursos. A diferença nessas metas igualitárias é profunda: é a diferença entre uma nação de iguais e uma nação de viciados<sup>11</sup>.

Evidencia-se que a teoria apresentada possui um apego a igualdade de recursos em seu momento inicial, mas, posteriormente, não preocupa-se com o nível de desigualdades geradas pela utilização dos “talentos” de cada um.

---

<sup>9</sup> DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**, 2013, p. 116.

<sup>10</sup> KYMLICKA, Will. **Filosofia política contemporânea: uma introdução**, 2006, p. 107.

<sup>11</sup> DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**, 2013, p. 427.

## 2. A CAPACIDADE CONTRIBUTIVA:

Por inúmeras vezes a expressão renda é encontrada no texto da Constituição Federal de 1988 e, obviamente, tais aparições não se apresentam como algo não intencional, meramente fatos do acaso. Pelo contrário, a atual Constituição Brasileira preocupou-se em grande parte a defesa dos direitos sociais, juntamente com a erradicação da pobreza e a diminuição das desigualdades sociais e econômicas.

Vale aqui ressaltar que, conforme afirma Norberto Bobbio, os direitos sociais estão cada vez mais presentes nas constituições contemporâneas e passaram a ser considerados como direitos fundamentais dos homens. Senão vejamos:

O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc. Direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII, como a propriedade *sacre et inviolable*, foram submetidos a radicais modificações nas declarações contemporâneas; direitos que as declarações nem sequer mencionavam, como os direitos sociais, são agora proclamados com grande ostentação nas recentes declarações<sup>12</sup>.

Demonstra-se que, além do Brasil, diversos países vêm se preocupando em proteger os direitos sociais de seus cidadãos através de seus textos constitucionais, porém, no nosso caso, a Constituição Federal de 1988 tratou de enumerar em seu texto o que deve ser considerado como direito social.

Mas o que vem a ser os direitos sociais? Segundo Alexandre de Moraes os direitos sociais são:

Direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras *liberdades positivas*, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando a concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal<sup>13</sup>.

Corroborando com tal conceituação, José Afonso da Silva entende que estas prestações positivas proporcionadas pelo Estado “possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais”<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> BOBBIO, Norberto. **Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 18.

<sup>13</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 202

<sup>14</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 285.

Nota-se que ambos os doutrinadores citados são uníssonos quanto ao objetivo dos direitos sociais, ou seja, que ditos direitos visam a promover a concretização da igualdade social através de prestações positivas promovidas direta ou indiretamente pelo Estado.

Tais prestações positivas do Estado são fundadas no artigo 3º, inciso III, da Constituição Federal que, por sua vez, traça como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a erradicação da pobreza e da marginalização além da redução das desigualdades sociais e regionais.

Tanto a erradicação da pobreza, quanto a redução das desigualdades sociais, são objetivos universais de praticamente todas as declarações nacionais devido às consequências negativas trazidas pela pobreza ao próprio indivíduo e, também, a toda coletividade.

Nota-se, por óbvio, que a busca destes objetivos deve ser analisada de forma ampla e através de ações conjuntas ocorridas em todos os setores públicos que, direta ou indiretamente, apliquem efetivamente as políticas públicas adotadas pelo Estado, pois, somente assim, poderão refletir de forma positiva no processo econômico de distribuição e/ou redistribuição justa.

Visando atender o objetivo de diminuição de desigualdades sociais e erradicação da pobreza, a Constituição Brasileira de 1988, em seu artigo 145, § 1º, ratificou o princípio da Capacidade Contributiva ao determinar que sempre que possível os impostos serão graduados de acordo com a capacidade econômica do seu contribuinte.

Como bem diz Carraza: “O princípio da capacidade contributiva hospeda-se nas dobras do princípio da igualdade e ajuda a realizar, no campo tributário, os ideais republicanos”<sup>15</sup>.

O princípio da capacidade contributiva corresponde a um instrumento de política econômica que, através da utilização de tributos com alíquotas diferenciadas de acordo com a capacidade econômica do contribuinte, tende a produzir um efeito redistributivo de renda e, conseqüentemente, diminui a desigualdade econômica existente entre os cidadãos.

Dito princípio constitucional tributário, diferentemente do que muitos imaginam, é direcionado ao legislador pátrio e não ao contribuinte, pois, ao determinar que “sempre que

---

<sup>15</sup> CARRAZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 74.

possível” os impostos deverão ser graduados de acordo com a capacidade econômica do contribuinte, em outras palavras, está-se dizendo que o legislador deverá proceder desta forma ao modificar ou criar impostos.

Tal incumbência não corresponde a uma tarefa fácil de realizar, uma vez que “há necessidade premente de ater-se o legislador à procura de fatos que demonstrem signos de riqueza, pois somente assim poderá distribuir a carga tributária de modo uniforme e com satisfatória atinência ao princípio da igualdade”<sup>16</sup>.

Mas quais seriam os fatos que demonstram signos de riquezas? Quais são os impostos que podem ser utilizados com este fim?

Primeiramente, antes de resolvermos tais indagações, necessário se faz o esclarecimento sobre a aplicação do princípio da capacidade contributiva nos tributos em geral, tendo em vista que a previsão constitucional contida no artigo 145, § 1º, expressa apenas os impostos.

Como bem ensina Janaína Rigo Santin:

Dessas espécies tributárias, importa ressaltar que o princípio da capacidade contributiva só está juridicizado com relação aos impostos, tributos não vinculados a uma atividade estatal. Somente a essa espécie o legislador e o julgador estão obrigados a observar a capacidade contributiva do contribuinte, sob pena de inconstitucionalidade. Com relação às taxas e contribuições de melhoria – tributos vinculados – há uma faculdade conferida ao legislador e ao aplicador na observância do princípio<sup>17</sup>.

Ou seja, a obrigação à observância do princípio da capacidade contributiva se dá no tocante aos impostos, quanto aos demais tributos não há uma obrigação e, sim, uma faculdade de observância.

Por outro lado, diante ao fato da Constituição de 1988 prever em seu artigo 3º a erradicação da pobreza e a diminuição das desigualdades econômicas e sociais como objetivos do Estado, fica evidente que a utilização de alíquotas progressivas levando em conta a capacidade econômica do contribuinte é um dos principais instrumentos de concretude destes objetivos e, assim, deve ser observado quando da elaboração de qualquer tributo.

---

<sup>16</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 215.

<sup>17</sup> SANTIN, Janaína Rigo. **Princípio da Capacidade Contributiva e o Mínimo Isento**: Uma abordagem de direito comparado. CONPEDI, 2008, p. 4823.

Além do mais, como bem ensina Hugo de Brito Machado: “No estágio atual das finanças públicas, dificilmente um tributo é utilizado apenas como instrumento de arrecadação. Pode ser a arrecadação o seu principal objetivo, mas não o único”<sup>18</sup>.

A utilização de tributos com objetivos diversos ao da simples arrecadação tem se verificado cada vez mais frequentemente, passando a fazer parte do nosso cotidiano e, também, sendo estudado pela própria doutrina através da nomenclatura *função extrafiscal* dos tributos.

O princípio da capacidade contributiva, assim, não possui como principal objetivo a arrecadação de valores para os cofres públicos, muito pelo contrário, se demonstra um instrumento de redistribuição de renda e, desta forma, corresponde a utilização da função extrafiscal do tributo.

Carraza entende que não há como atingir a igualdade tributária sem impostos progressivos, e que “a progressividade das alíquotas tributárias, longe de atritar com o sistema jurídico, é o melhor meio de se afastarem, no campo dos impostos, as injustiças tributárias, vedadas pela Carta Magna”<sup>19</sup>.

Vale lembrar, também, que o princípio da capacidade contributiva deve estar disposto de forma a não penalizar o contribuinte a ponto de afetar sua renda necessária para a realização de suas necessidades mínimas.

Eduardo Sabbag argumenta da seguinte forma:

Se o “mínimo vital” se traduz na quantidade de riqueza mínima, suficiente para a manutenção do indivíduo e de sua família, sendo intangível pela tributação por via de impostos, é de todo natural que a capacidade contributiva só possa se reputar existente quando se aferir alguma riqueza acima do mínimo vital. Abaixo dessa situação minimamente vital haverá uma espécie de isenção, para fins de capacidade contributiva aferível<sup>20</sup>.

Agir de forma distinta, além de corresponder a uma falta de eficiência aos preceitos buscados pelo Estado, também fere ao princípio do não confisco.

### **3. REDISTRIBUIÇÃO E CAPACITAÇÃO EM AMARTYA SEN**

Amartya Sen, por sua vez, apresenta sua ideia de justiça de forma mais objetiva e

---

<sup>18</sup> MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 87.

<sup>19</sup> CARRAZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**, 2002, p. 77.

<sup>20</sup> SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 155.

factual em comparação a Dworkin. Também verifica-se em seus estudos a análise crítica ao pensamento de Dworkin, muitas vezes demonstrada através de dados empíricos.

Para o economista indiano o principal problema das teorias de justiça apresentadas é a criação de hipóteses perfeitas para serem utilizadas em situações bem definidas em detrimento da comprovação prática.

Dada a importância do problema da não existência de um arranjo social identificável como perfeitamente justo, um argumento extremamente importante a favor da abordagem comparativa da razão prática na justiça não é apenas a inviabilidade da teoria transcendental, mas sua redundância. Se uma teoria da justiça deve orientar a escolha arrazoada de políticas, estratégias ou instituições, então a identificação dos arranjos sociais inteiramente justos não é necessária nem suficiente<sup>21</sup>.

Frente a esta concepção, o autor se propõe a apresentação de uma teoria comparativa que visa a análise factual dos problemas apresentados e, por vezes, utilizando as demais teorias transcendentais.

Em sua teoria de justiça o fator principal que deve ser defendido é a “liberdade”, aqui não podemos entender como uma liberdade restrita, muito pelo contrário, Sen defende uma liberdade ampla que irá refletir diretamente nas capacidades e nas oportunidades dos indivíduos da sociedade e, assim, deixa em segundo plano os preceitos de “bens primários”, “igualdade de recursos” e “renda”.

Em momento algum estamos afirmando que Sen não leve em consideração os preceitos acima transcritos, muito pelo contrário, em seus estudos se verifica a interligação existente entre “bens primários”, “igualdade de recursos” e “renda” frente a concessão de liberdade ampla.

A interligação entre renda e liberdade é corroborada pela própria afirmação: “Geralmente temos excelentes razões para desejar mais renda ou riqueza. Isso não acontece porque elas sejam desejáveis por si mesmas, mas porque são meios admiráveis para termos mais liberdade para levar o tipo de vida que temos razão para valorizar”<sup>22</sup>.

Podemos dizer que estamos diante de uma via de mão dupla, ou seja, maior renda propicia maiores liberdades e, inversamente, maiores liberdades podem propiciar uma maior renda.

---

<sup>21</sup> SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2014, p. 46.

<sup>22</sup> SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2013, p. 28.

E o apego às liberdades individuais são assim justificadas:

A liberdade é valiosa por pelo menos duas razões diferentes. Em primeiro lugar, mais liberdade nos dá mais *oportunidade* de buscar nossos objetivos – tudo aquilo que valorizamos. Ela ajuda, por exemplo, em nossa aptidão para decidir viver como gostaríamos e para promover os fins que quisermos fazer avançar. Esse aspecto da liberdade está relacionado com nossa destreza para realizar o que valorizamos, não importando qual é o processo através do qual essa realização acontece. Em segundo lugar, podemos atribuir importância ao próprio processo de escolha. Podemos, por exemplo, ter certeza de que não estamos sendo forçados a algo por causa de restrições impostas por outros<sup>23</sup>.

Para o nobre autor a liberdade é fator fundamental para a consecução dos objetivos traçados pelo agente e, quanto maior a liberdade, mais fácil se apresenta o cumprimento da meta de vida objetivada.

Fato que deve vir novamente à tona é que as liberdades aqui mencionadas dizem respeito a mais ampla conceituação de liberdade. Está se falando das liberdades óbvias (física, intelectual, política), bem como das liberdades derivadas (religião, etnias, sexo, falta de instrução).

Para o economista, diversos são os fatores que impedem o gozo efetivo e completo das liberdades, sendo que, talvez a principal se refira a “capacidade”

A ‘capacidade’ [*capability*] de uma pessoa consiste nas combinações alternativas de funcionamentos cuja realização é factível para ela. Portanto, a capacidade é um tipo de liberdade: a liberdade substantiva de realizar combinações alternativas de funcionamentos (ou, menos formalmente expresso, a liberdade para ter estilos de vida diversos). [...] O “conjunto capacitário” consistiria nos vetores de funcionamento alternativos dentre os quais a pessoa pode escolher. Enquanto a combinação dos funcionamentos de uma pessoa reflete suas *realizações* efetivas, o conjunto capacitário representa a *liberdade* para realizar as combinações alternativas de funcionamentos dentre as quais a pessoa pode escolher<sup>24</sup>.

A liberdade substantiva, então, corresponde a um conjunto capacitário que irá influenciar diretamente na realização dos objetivos traçados e, por muitas vezes, irá limitar o indivíduo devido à escassez deste conjunto.

Mas quais são os fatores que podem influenciar na formação do conjunto capacitário de cada pessoa?

Como visto anteriormente, a teoria transcendental apresentada levava em conta apenas deficiências físicas e mentais ou as chamadas deficiências de “talentos”. Por outro

---

<sup>23</sup> SEN, Amartya. **A ideia de justiça**, 2014, p. 262.

<sup>24</sup> SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**, 2013, p. 105.

lado, Sen exterioriza diversos outros aspectos que, direta ou indiretamente, influenciam na composição do conjunto capacitário. Dentre eles podemos citar a idade, a descendência, o sexo, a religião, a pobreza, etc.

Dos poucos conjuntos apresentados, podemos exemplificar de forma simples: 1º Idade – obviamente as capacidades estão ligadas a diferentes faixas etárias; 2º Descendência – hoje ainda vivemos em um ambiente segregado que monopoliza funções ou cargos com base na cor da pele; 3º Sexo – hodiernamente a diferenciação entre remuneração masculina em contrapartida a feminina tem sofrido um diminuição, porém, ainda há diferenciações; 4º Religião – muitas religiões segregam parte da sociedade, principalmente mulheres, ao estabelecer comportamentos não igualitários aos homens; 5º Renda – objeto do nosso estudo por ser, talvez, a principal responsável pela diferença de capacitação.

Nessa perspectiva, a pobreza deve ser vista como privação de capacidades básicas em vez de meramente como baixo nível de renda, que é o critério tradicional de identificação da pobreza. A perspectiva da pobreza como privação de capacidades não envolve nenhuma negação da ideia sensata de que a renda baixa é claramente uma das causas principais da pobreza, pois a falta de renda pode ser uma razão primordial da privação de capacidades de uma pessoa<sup>25</sup>.

Sem dúvida alguma podemos afirmar que a baixa renda se traduz em diminuição de capacitação e limitação de liberdades. Podemos afirmar que o inverso também se verifica, ou seja, a limitação de liberdades e a diminuição de capacitações se traduzem em uma menor renda.

Normalmente o indivíduo que possui um conjunto capacitário deficiente tende a auferir menos renda. Diz-se normalmente porque, dependendo da ocupação proposta, o conjunto capacitário, mesmo que deficiente em comparação aos demais, pode não influenciar no resultado final.

Podemos exemplificar utilizando o exemplo de esportistas, pois, como se sabe, muitos possuem origem em camadas sociais menos abastadas e, conseqüentemente, devido a pouca renda, possuem impedimentos de capacitações. Por outro lado, por consequência de um “talento”, superam a deficiência de suas capacitações e obtêm um grande crescimento econômico e social.

Vale lembrar que o exemplo se fez necessário para demonstrar que a falta de renda nem sempre ocasionará limitações de liberdades, mas, deixa-se claro que estes exemplos

---

<sup>25</sup> SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**, 2013, p. 120.

são exceções a regra.

Ao estabelecer que a noção de justiça encontra-se intimamente ligada com um conjunto amplo de liberdades, e que o conjunto capacitário corresponde a liberdade substantiva, podemos concluir que uma baixa renda, por limitar a formação de capacidades, indiretamente irá ocasionar situações injustas de desigualdades sociais.

Mas podemos afirmar que a redistribuição de renda através da aplicação de alíquotas progressivas nos tributos, levando em consideração a capacidade econômica de cada contribuinte seria, para Sen, um instrumento justo de políticas sociais.

Ao nosso ver o princípio da capacidade contributiva não pode ser considerado o instrumento mais justo para Sen, que afirma:

Uma pessoa com uma grave deficiência não pode ser considerada em maior vantagem apenas porque tem uma maior renda ou riqueza do que um vizinho forte e são. Na verdade, uma pessoa rica com alguma deficiência pode estar sujeita a muitas restrições às quais a pessoa mais pobre sem a desvantagem física pode não estar. Ao julgar as vantagens que diferentes pessoas têm em relação a outras, temos de olhar para as capacidades totais que conseguem desfrutar. Esse é certamente um argumento importante para usarmos, como base de avaliação, a abordagem das capacidades em vez do foco sobre a renda e a riqueza, que é centrado em recursos<sup>26</sup>.

Com isso, Sen propõe uma inversão de abordagem avaliativa, onde, de forma contrária a normalmente utilizada, pretende alterar o foco da renda para o conjunto capacitário de cada cidadão que, por motivo de deficiências diversas pode não possuir condições de auferir as mesmas vantagens que um indivíduo sem qualquer deficiência conseguiria, até mesmo, com condições financeiras inferiores.

Desta forma, fica evidente que o princípio da capacidade contributiva não pode ser considerado, na visão do economista, como um critério justo de distribuição, pois, como já dito e asseverado, a capacidade econômica e de riqueza pode inverter-se no momento em que são analisadas eventuais deficiências individuais.

Nas palavras do próprio economista:

[...] é importante distinguir renda como uma *unidade* na qual se *mede* a desigualdade e renda como o *veículo* de redução da desigualdade. Mesmo se a desigualdade de capacidades for bem medida no que diz respeito a rendas equivalentes, não decorre que transferir renda seria o melhor modo de combater a desigualdade observada<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> SEN, Amartya. **A ideia de justiça**, 2014, p. 287.

<sup>27</sup> SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**, 2013, p. 116.

Não se pode negar que a renda é um dos principais fatores causadores de desigualdades sociais, porém, ao tratarmos em casos equivalentes com deficiências de capacidades verifica-se que nem sempre podemos considerar a renda como fator preponderante e, nestes casos, o princípio da capacidade contributiva pode possuir um amplo grau de injustiça.

Por fim, vale trazer à baila os vários tipos de contingências que podem resultar em variações na conversão da renda nos tipos de vida que as pessoas podem levar, senão vejamos:

*(1) Heterogeneidades pessoais:* As pessoas têm características físicas dispare em relação a idade, gênero, deficiência, propensão à doença etc., tornando suas necessidades extremamente diversas. Por exemplo, uma pessoa deficiente ou doente pode precisar de mais renda para fazer as mesmas coisas elementares que uma pessoa menos adoentada pode fazer com determinado nível de renda [...]; *(2) Diversidades no ambiente físico:* Quão longe determinada renda pode chegar dependerá também das condições ambientais, incluindo condições climáticas, como faixas de temperatura ou incidência de inundações [...] Mas um indivíduo isolado pode ter de aceitar muito das condições ambientais dadas para converter receitas e recursos pessoais em funcionamentos e qualidade de vida; *(3) Variações no clima social:* A conversão de recursos pessoais em funcionamentos é influenciada também pelas condições sociais, incluindo a saúde pública e as condições epidemiológicas, a estrutura do ensino público e a prevalência ou ausência de crime e violência nas localidades [...]; *(4) Diferenças de perspectivas relacionais:* Os padrões estabelecidos de comportamento em uma comunidade também podem variar substancialmente a necessidade de renda para realizar os mesmos funcionamentos elementares [...]<sup>28</sup>

Diversas são as contingências que devem ser consideradas em conjunto com a renda ao se buscar uma solução para os problemas sociais existentes.

Então, qual é a solução apresentada por Sen para a minimização desses problemas? O ilustre economista afirma que “quanto mais inclusivo for o alcance da educação básica e dos serviços de saúde, maior será a probabilidade de que mesmo os potencialmente pobres tenham uma chance maior de superar a penúria”<sup>29</sup>.

Ou seja, caberia ao poder público, através de políticas sociais adequadas, proporcionar uma maior cobertura a saúde e a educação. Com isso, utilizando de despesas públicas reprodutivas, o aumento de capacitação individual acarretaria como consequência o aumento de renda e a diminuição das desigualdades sociais e econômicas.

---

<sup>28</sup> SEN, Amartya. **A ideia de justiça**, 2014, p. 289-290.

<sup>29</sup> SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**, 2013, p. 124.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao analisarmos a teoria de justiça de Dworkin, verifica-se que o filósofo possui uma visão mais ampla sobre desigualdades e, assim, não se atem às especificidades das diferentes situações que podem se apresentar no mundo real.

Desta forma, preocupa-se inteiramente a promoção de uma igualdade de recursos iniciais, deixando de lado a igualdade de capacitações entre os diferentes indivíduos. Deixa-se claro que, em momento algum, o nobre filósofo esquece das consequências que podem vir a ocasionar, mas, por entender que a mensuração das diferentes deficiências eventualmente apresentadas entre indivíduos é algo impossível de ser procedido, propõe a utilização dos tributos para a resolução dos problemas.

Neste ponto apresenta-se a função extrafiscal dos tributos, mais precisamente a utilização do princípio constitucional da capacidade contributiva como instrumento de redistribuição de renda.

Dito princípio visa minimizar as desigualdades de renda através da utilização de alíquotas progressivas de acordo com a capacidade econômica e de riqueza individual do contribuinte.

Segundo demonstrado, os doutrinadores são veementes quanto a sua eficiência na busca do objetivo traçado pelo constituinte, porém, tal entendimento não é ratificado por Amartya Sen.

O economista demonstra, claramente, que nem sempre o critério renda representa a forma mais justa de analisar a capacidade de cada indivíduo que, por motivos diversos, podem possuir dificuldades não apresentadas por seus pares em situações de igual riqueza.

Tal fato não é, nem pode ser, observado pelo princípio da capacidade contributiva e, sendo assim, talvez não corresponda a uma justiça distributiva justa e, também, igualitária entre os cidadãos.

Por outro lado, entendemos que, dentre os diversos instrumentos utilizados pelo Estado para a diminuição das desigualdades sociais, o princípio da capacidade contributiva, mesmo que com pequenas deficiências, apresenta-se como um dos mais efetivos na consecução dos objetivos traçados na Constituição Brasileira.

Por fim, conclui-se que as desigualdades sociais e econômicas existem em todos os

povos e, conseqüentemente, deve ser objetivo de todos os povos minimizar tais desigualdades através de programas de distribuição e redistribuição de rendas, mas, além disso, deve também buscar políticas públicas que invistam também em formação de capacitação.

Nenhuma sociedade conseguirá igualar por completo o seu povo e garantir uma liberdade ampla a todos. O que se deve buscar é a minimização dessas diferenças através distribuição e/ou redistribuição de renda e, conseqüentemente, utilizando de instrumentos viáveis como é o caso do princípio da capacidade contributiva.

Salienta-se que a igualdade é algo utópico, mas com a utilização de políticas sociais e, até mesmo tributárias, pode-se formar uma sociedade menos desigual e, finalmente, mais próspera.

#### **REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS**

BOBBIO, Norberto. **Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. **Constituição Federal (1988)**. Brasília, 1988.

CARRAZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política**. Tradução de Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

KYMLICKA, Will. **Filosofia política contemporânea: uma introdução**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São

Paulo: Companhia das Letras, 2013.

\_\_\_\_\_. **A ideia de justiça.** Tradução de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

SANTIN, Janaína Rigo. **Princípio da Capacidade Contributiva e o Mínimo Isento:** Uma abordagem de direito comparado. CONPEDI, 2008. p. 4807-4827.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

# A FORMAÇÃO DO CONTRATO SOCIAL E OS PRINCIPAIS AUTORES CONTRATUALISTAS

Mônica Giusti Rigo <sup>1</sup>

## INTRODUÇÃO

O contrato social pode ser considerado por um mecanismo de passagem do estado de natureza para o estado de convivência social. Para isso, os homens, reunidos em grupo, com o fim de superação das incoerências e adversidades do estado de natureza, constituem um acordo entre si “que funciona como instrumento de passagem do momento “negativo” de natureza para o estágio político (social); serve, ainda, como fundamento de legitimação do “Estado de Sociedade”<sup>2</sup>.

A teoria do contrato social precisa ser diferenciada de outras obrigações e de relações de obediência. A obrigação de um filho para com seu pai e mãe é relativo ao fato de que por eles foi originado; a obrigação de um escravo para com seu dono decorre de um delito grave que tenha cometido, ou de uma guerra que tenha provocado injustamente, e tenha perdido, já a obrigação de um súdito para com seu soberano decorre de contrato. O que se percebe desta colocação é o fato que diferentemente das obrigações de filho e escravo, a de súditos em relação a seus governantes decorre de um ato voluntário de adesão para que este possa se considerar legitimamente no poder<sup>3</sup>.

Assim, o contratualismo tem como a idéia central o indivíduo, aparecendo assim em Hobbes e Locke. “O consentimento era dado pelo indivíduo, sendo que o último aprofundou, tornando-o periódico e condicional, moldando uma política de confiança, coerente com

---

<sup>1</sup> Mestranda do programa de Pós-Graduação do Curso de Direito da Universidade de Passo Fundo – UPF, bolsista do PROSUP/CAPES. E-mail: Monica.grigo@hotmail.com

<sup>2</sup> STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 33.

<sup>3</sup> BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. **Sociedade e estado na filosofia moderna**. 4. ed. São Paulo: Brasiliense, 1996. p. 62.

suas invocações anteriores”<sup>4</sup>. A teoria do contrato social é antiga, e foi utilizada pelos legisladores na Idade Medieval, contudo ela se torna parte da teoria política somente com os jusnaturalistas.

## 1. THOMAS HOBBS

Segundo Thomas Hobbes o Estado é o Leviatã e o contrato social é formado para que se preserve a própria vida do ser humano. Assim, para que se possa pôr fim à guerra instaurada no estado de natureza, de “todos contra todos”, em troca da segurança recíproca com o Estado, chamado de Leviatã<sup>5</sup>.

Hobbes acredita, em sua teoria, que o homem sem o Estado para controlá-lo viveria em “estado de guerra”. Desse modo, motivado a sair deste estado de barbárie, o homem cria o Estado e passa a ser controlado por este. O controle do homem pelo Estado se dá pelo medo da represália caso atue em confronto com as leis estatais.

Assim, os extintos naturais do homem são contrários as leis de natureza, diante disso, sem que exista um temor capaz de fazer com que sejam respeitadas, o homem tenderia a “parcialidade, o orgulho, a vingança e coisas semelhantes. E os pactos sem a espada não passam de palavras, se força para dar qualquer segurança a ninguém”<sup>6</sup>.

As leis estatais vêm para substituir as leis da natureza, isso ocorre pois, as leis da natureza são respeitadas devido a própria vontade. Diante dessas, o homem depende para sua segurança da própria capacidade e força contra todos os outros seres humanos.

Nos tempos primórdios os homens viviam em pequenas comunidades ou famílias, que na união roubavam de outros grupos próximos. A única lei da natureza a ser respeitada era a de não ser cruel para com os outros, poupando-lhes apenas a vida e os seus materiais de trabalho. Hobbes explica que apenas o fato de se viver em grupo não garante a segurança. Isso se dá devido ao fato que com apenas o aumento em número de pessoas de um outro grupo rival, bastaria para que o outro grupo fosse abalado<sup>7</sup>.

Ainda, mesmo que houvesse uma grande multidão, se esta não estivesse sendo

---

<sup>4</sup> STRECK. **Ciência política e teoria geral do estado**. p. 50.

<sup>5</sup> STRECK. **Ciência política e teoria geral do estado**. p. 33.

<sup>6</sup> HOBBS, Thomas. **Leviatã**: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. 1ª Ed. São Paulo: Abril, 1974. (Os pensadores, v. 14). p. 107.

<sup>7</sup> HOBBS. **Leviatã**. p. 108.

governada por um mesmo poder em comum seria domada por um pequeno grupo. Isso se dá ao fato de que, se cada um agisse de acordo com seu próprio julgamento, não protegeria ninguém nem mesmo agiria em prol do grupo como um todo, como, também, acabaria atrapalhando os que lutassem a seu favor.

Hobbes explica que, mesmo sem que exista um inimigo em comum, este grande grupo de homens acabaria por fazer guerra uns contra os outros, sendo necessário, mesmo assim, alguém que comandasse este grande grupo. De mesmo modo, se fosse garantido a liderança temporária, como no caso de uma guerra. Após esta estar finalizada contra o inimigo externo, a guerra interna, de uns contra os outros, do mesmo grupo, se reiniciaria.

Impossível seria uma multidão agir todos de acordo com as leis da justiça, pois, se fosse possível imaginar este fato, toda a humanidade também não necessitaria de comando para se governar como um todo. “Nesse caso não haveria, nem seria necessário, qualquer estado civil, ou qualquer Estado, pois haveria paz sem sujeição”<sup>8</sup>.

Ao comparar os homens a criaturas primitivas como as abelhas e as formigas, “socialmente” organizadas, pelo bem de todos. Hobbes explica que o homem tem como característica a competição contra os outros, e em razão desta competição surgem sentimentos como a inveja e o ódio, dando origem, assim, a guerra. Outrossim, que estes animais não fazem o uso da razão, deste modo não julgam a maneira como o outro administra o bem comum. Diferentemente do homem, que, em sua grande maioria, possui uma pré-disposição a pensar ser o mais sábio e mais competente a administração geral, tendendo a querer a implementação de suas técnicas, levando a completa desordem, e possível guerra civil<sup>9</sup>.

Além disso, permanece diferenciando os homens dos animais referindo que os animais ao se sentirem satisfeitos não se confrontam com os de sua espécie. Já o homem, por mais que se sinta satisfeito e confortável em sua posição, por assim o estar, procura a dominação dos outros, por meio dos que comandam o Estado. Ainda, refere que os animais para agirem em propósito comum vêm de um pacto natural, e os homens de um artificial. Logo, somente este pacto artificial não é o bastante para fazer com que os homens cumpram as suas leis, sendo necessário algo maior para que isso ocorra<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> HOBBS. *Leviatã*. p. 108.

<sup>9</sup> HOBBS. *Leviatã*. p. 109.

<sup>10</sup> HOBBS. *Leviatã*. p. 109.

O Estado é caracterizado como o Leviatã na obra de Hobbes, que o designa como “deus mortal”, porque a ele – por debaixo do Deus imortal – devemos a paz e a defesa de nossa vida. Esta dupla denominação resulta fortemente significativa: *o Estado absolutista que Hobbes edificou é, em realidade, metade monstro e metade deus mortal*<sup>11</sup>.

Deste modo, o Estado aparece, como a instituição de um poder comum de todos os homens, sendo aquele que irá protegê-los das invasões de outros Estados, bem como da guerra interna. Este Estado será formado por um homem, ou a um concurso de vários, os quais por meio do voto irão ser reduzidos a uma só vontade, pelo bem de todos. Fazendo, assim, uma união de vontades, na concordância de um mesmo propósito, por meio do consentimento de própria liberdade em governar-se a este homem ou grupo de homens, que irá governar a todos. O portador deste comando deverá ser chamado de soberano, e aqueles que o seguem de súditos<sup>12</sup>.

A opinião segundo a qual o monarca recebe de um pacto seu poder, quer dizer, sob certas condições, deriva de não se compreender esta simples verdade: que os pactos, não passando de palavras e vento, não têm qualquer força para obrigar, dominar, constranger ou proteger ninguém, a não ser a que deriva da espada pública. Ou seja, das mãos livres e sem peia daquele homem, ou assembléia de homens que detém a soberania, cujas ações são garantidas por todos, e realizadas pela força de todos os que nele se encontram unidos<sup>13</sup>.

Para além disso, Hobbes refere ser de duas as maneiras de possuir este poder. A primeira seria de maneira hereditária, na qual um homem obriga os seus filhos, e os filhos destes a seu poder. Também, pelo mesmo caminho, seria de modo a quando na guerra, os vitoriosos obrigam seus inimigos a aderirem a sua vontade, estes seriam os Estados por aquisição. Um segundo modo de possuir o poder de comando seria aquele em que os homens em consenso de vontades, com o propósito de bem comum e proteção, delegam a sua liberdade de auto governança a um homem ou grupo de homens, chamado de Estado por instituição<sup>14</sup>.

Diz-se que um Estado foi instituído quando uma multidão de homens concordam e pactuam, cada um com cada um dos outros, que a qualquer homem ou assembléia 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 assembléia de

---

<sup>11</sup> STRECK. *Ciência política e teoria geral do estado*. p. 33-34.

<sup>12</sup> HOBBS. *Leviatã*. p. 109-110.

<sup>13</sup> HOBBS. *Leviatã*. p. 112.

<sup>14</sup> HOBBS. *Leviatã*. p. 110.

homens, tal como se fossem seus próprios atos e decisões, a fim de viverem em paz uns com os outros e serem protegidos dos restante homens<sup>15</sup>.

Desta reunião e consentimento acima descrito que nascem os poderes do soberano. “Por outro lado, cada homem conferiu a soberania àquele que é portador de sua pessoa, portanto se o depuserem estarão tirando-lhe o que é seu, o que também constitui injustiça”<sup>16</sup>. Logo, após realizado o pacto, ninguém poderá negar-se a cumpri-lo, pois se assim o fizeram, estarão desfazendo o pacto como um todo, levando a barbárie dos tempos primórdios. De mesmo modo a justiça terá sido feita, caso alguém tente romper com o pacto e for castigado pelo soberano.

## 2. JOHN LOCKE

Locke refere que no estado de natureza, o homem, é regado pelo direito natural. Neste estado todos os homens devem respeitar o próximo como sendo igual, livre e independente, não podendo lesar a ninguém, agindo contra sua vida, liberdade e propriedade. No estado de natureza não existe hierarquia entre os homens, deste modo, ninguém poderá dispor destes “direitos” de outrem. A única exceção a esta regra, ocorre no caso de alguém infringir as regras do direito natural, sendo, então, punido por qualquer um que transgredir tais regras.

O transgressor deverá, neste estado, ser punido “na medida em que a tranquilidade e a consciência o exigem, a pena proporcional a sua transgressão. Pois estas são as únicas duas razões por que um homem pode legalmente ferir outro, o que chamamos de punição”<sup>17</sup>.

Segundo ele ninguém poderá sair do estado de natureza sem que haja o seu consentimento. Deste modo, o único jeito pelo qual alguém abre mão de sua liberdade e começa a fazer parte de uma sociedade “é através de acordo com outros homens para se associarem e se unirem em uma comunidade para uma vida confortável, segura e pacífica uns com os outros, desfrutando com segurança de suas propriedades e melhor protegidos contra aqueles que não são daquela comunidade”<sup>18</sup>.

---

<sup>15</sup> HOBBS. *Leviatã*. p. 111.

<sup>16</sup> HOBBS. *Leviatã*. p. 111.

<sup>17</sup> LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre Governo Civil e Outros Escritos**. Ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. 3. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2001. p. 85.

<sup>18</sup> LOCKE. **Segundo Tratado Sobre Governo Civil e Outros Escritos**. p. 139.

Deste modo, quando alguém decide fazer parte de uma sociedade ou comunidade, associando-se a outros, ou inserindo-se a um grupo já existente, é formado uma sociedade política. Nesta sociedade a maioria em consenso tem o direito de decidir pelos demais, dando assim a este grupo um “corpo único”. “E assim, cada homem, consentindo com os outros em instituir um corpo político submetido a um único governo, se obriga diante de todos os membros daquela sociedade, a se submeter à decisão da maioria e concordar com ela”<sup>19</sup>. Do contrário, se não aderir as decisões da maioria, não será considerado como parte da comunidade, e sim integrante do estado de natureza, não integrando o pacto do contrato social.

Locke define a sociedade política, e a entrada do homem nela saindo do estado de natureza, no momento em que este renuncia o seu poder de punir o outro segundo o Direito Natural, delegando ao Poder Legislativo e ao magistrado o poder de punição em nome da sociedade como um todo<sup>20</sup>. Definindo sociedade política

(...) onde cada um dos membros renunciou ao seu poder natural e o depositou nas mãos da comunidade em todos os casos que os excluem de apelar por proteção à lei por ela estabelecida; e assim, excluído todo julgamento particular de cada membro particular, a comunidade se torna um árbitro; e, compreendendo regras imparciais e homens autorizados pela comunidade para fazê-las cumprir, ela decide todas as diferenças que podem ocorrer entre quaisquer membros daquela sociedade com respeito a qualquer questão de direito e pune aquelas ofensas que qualquer membro tenha cometido contra a sociedade com aquelas penalidades estabelecidas pela lei.<sup>21</sup>

O poder político, segundo Locke, legítimo a governar o estado é aquele direito que em razão do bem público, do direito de fazer leis, aplicar sanções, regular a propriedade, empregando a execução das leis de defesa do Estado, contra ataques de estrangeiros<sup>22</sup>.

Locke em sua teoria considera que “o contrato serve principalmente como instrumento necessário à finalidade de permitir a afirmação de um certo princípio de legitimação (a legitimação baseada no consenso) contra outros princípios”<sup>23</sup>. Assim, a sociedade só pode ser concebida pelo consenso de todos que nela fazem parte. Ainda que este consenso não seja expresso entre os que originaram a sociedade, em forma de contrato escrito, ele terá sido tácito.

---

<sup>19</sup> LOCKE. *Segundo Tratado Sobre Governo Civil e Outros Escritos*. p. 140.

<sup>20</sup> LOCKE. *Segundo Tratado Sobre Governo Civil e Outros Escritos*. p. 133.

<sup>21</sup> LOCKE. *Segundo Tratado Sobre Governo Civil e Outros Escritos*. p. 133.

<sup>22</sup> LOCKE. *Segundo Tratado Sobre Governo Civil e Outros Escritos*. p. 182.

<sup>23</sup> BOBBIO. *Sociedade e estado na filosofia moderna*. p. 64

Deste modo, todas as sociedades políticas “começaram a partir de uma união voluntária e do acordo mútuo de homens que escolhiam livremente seus governantes e suas formas de governo”<sup>24</sup>. Por obviedade não há de se discutir quando o acordo é feito de maneira expressa pelos aderentes do contrato.

Locke, como supramencionado, refere-se a um consentimento tácito a este contrato, referindo que qualquer um que tenha posses ou “desfrute de qualquer parte dos domínios de qualquer governo, manifesta assim seu consentimento tácito e, enquanto permanecer nesta situação, é obrigado a obedecer as leis daquele governo como todos os outros que lhe estão submetidos”<sup>25</sup>.

Deste modo, não importa se está neste governo de modo permanente ou transitório, usufruindo apenas do direito à liberdade de locomoção, o indivíduo deverá respeitar as leis estabelecidas por aquele governo. Locke explica que haveria uma contradição entre aquele que participa de uma sociedade com o direito à propriedade, mas estas estão fora do julgamento das leis daquele Estado.

O direito a esta propriedade pode ser advindo de aquisição ou de direito de herança, este necessariamente fará parte deste governo. Porém, a partir do momento que estas terras não pertençam mais a este indivíduo, ele tem a liberdade para unir-se a outra comunidade ou sociedade, pois os deveres e direitos se referem somente a terra, e ao que a ela se agrupar.

Neste pacto social todos aqueles que fizerem parte saem do estado de natureza, e revogam o seu próprio direito de liberdade e escolha, em razão da escolha da maioria. Isso só não se dará, nos casos em que o pacto refira que o número necessário para a tomada de decisões seja maior que a maioria dos indivíduos integrantes da comunidade.

### **3. IMMANUEL KANT**

Apesar de todos os contratos surgirem de união de homens em sociedade, o contrato que vai estabelecer uma sociedade civil – pactum sociale – se diferencia de todos os outros em sua execução ao passo que no centro de sua instituição – constitutionis civilis –, em

---

<sup>24</sup> LOCKE. *Segundo Tratado Sobre Governo Civil e Outros Escritos*. p. 143.

<sup>25</sup> LOCKE. *Segundo Tratado Sobre Governo Civil e Outros Escritos*. p. 153.

razão de ser constituição em comunidade – *germein Wesen*<sup>26</sup>.

No estado de natureza a injustiça é permanente, nela os homens vivem no risco constante da ameaça da hostilidade uns dos outros, neste sentido o Estado surge como um dever moral da sociedade. O contrato social é um modelo de Estado, no qual a autonomia individual é garantida em razão de uma liberdade individual<sup>27</sup>.

*A liberdade como homem, cujo princípio para constituição de uma comunidade eu exprimo na fórmula: Ninguém me pode constranger a ser feliz à sua maneira (como ele concebe o bem-estar dos outros homens), mas a cada um é permitido buscar a sua felicidade pela via que parecer boa, contanto que não cause dano à liberdade de os outros (isto é, ao direito de outrem) aspirarem a um fim semelhante, e que pode / coexistir com a liberdade de cada um, segundo uma lei universal possível*<sup>28</sup>.

O conceito de direito não tem relação com o fim para que a sociedade foi concebida, ou os direitos naturais de cada um, mas tem relação com a liberdade exercida entre os homens entre si.

“O direito é a limitação da liberdade de cada um à condição da sua consonância com a liberdade de todos, enquanto esta é possível segundo uma lei universal; e o *direito público* é o conjunto das *leis exteriores* que tornam possível semelhante acordo universal”<sup>29</sup>.

Ao contrário da maior parte dos autores, Kant em sua teoria não se preocupa em saber o fundamento do contrato entre Estado e súditos, ele entende que a origem do poder advém do povo à que a ele está submetido por entender ser “imperscrutável”. Deste modo, o súdito não tem o direito de fazer a investigação da origem do contrato social original. O que importa aqui é a maneira como o Estado se dirige aos seus súditos, e como se o seu poder estivesse embasado em um contrato originário<sup>30</sup>.

Para que este Estado se concretizar são necessários três princípios a fundarem-no: liberdade, igualdade e independência, liberdade como homem de todos os integrantes da sociedade; igualdade entre todos como súditos; e independência do homem como cidadão na comunidade em que está inserido. Estes princípios não são originários do Estado, mas são essenciais para que haja estabilidade enquanto comunidade ou sociedade civil. Este é um estado fundado no governo patriótico, todos são capazes de direitos.

---

<sup>26</sup> KANT, Immanuel. **A paz perpétua e outros opúsculos**. Lisboa: Edições 70, 1995. p. 73.

<sup>27</sup> MÖLLER, Josué Emilio. **A justiça como equidade em John Rawls**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2006. P. 36-37

<sup>28</sup> KANT. **A paz perpétua e outros opúsculos**. p. 75.

<sup>29</sup> KANT. **A paz perpétua e outros opúsculos**. p. 74.

<sup>30</sup> BOBBIO. **Sociedade e estado na filosofia moderna**. p. 65.

Com efeito, o modo de pensar é *patriótico* quando cada qual no Estado (sem exceptuar o chefe) considera a comunidade como o seio materno, ou o país como o solo paterno de quem provêm e no qual nasceu, e que deve deixar também / atrás de si como um penhor precioso para unicamente preservar os direitos do mesmo mediante leis da vontade comum, mas não para se sentir autorizado a dispor dele segundo o seu capricho incondicional. – Este direito da liberdade advém-lhe, a ele que é membro de uma comunidade, enquanto homem, ou seja, enquanto ser que em geral é capaz de direitos.<sup>31</sup>

A igualdade diz respeito em relação a todos os homens inseridos nesta sociedade, com exceção do chefe de Estado. Isso se dá ao fato de o chefe de Estado não é membro da comunidade, mas fundador e conservador desta. Assim, ele tem o poder de coibir a todos a obedecer as leis do Estado e manter a ordem deste.

O direito será um único, referente a forma como este se dá perante a todos, e não referente à aquele de quem se tem garantia. Pois o direito a igualdade perante a todos garante que ninguém será coagido se não pelo Estado na forma do chefe de Estado, em razão da lei pública<sup>32</sup>.

Segundo Kant, para que essa liberdade seja assegurada, todos dependem de todos, e para isso cita exemplos de dependência tais como de um filho para com seus pais, do dever de um de obedecer e de outro de dar ordens; de um que serve, tal como o jornaleiro; e assim por diante<sup>33</sup>. Mas todos estes com seus direitos têm o dever de obedecer as leis do Estado em igualdade, como participantes deste.

Assim como posteriormente virá a dizer Rawls, no que se refere a talentos naturais, Kant faz uma leitura de que cada indivíduo poderá chegar a um patamar de “condições” no que se referir as suas habilidades, talentos e sorte. E para que isso possa ocorrer, a igualdade entre todos deverá prevalecer, para que ninguém possa servir como obstáculo a outro ser humano.

Isso ocorre devido a uma limitação da liberdade de todos, assim o direito “é simplesmente o estado de uma legislação efectiva, conforme a este princípio e apoiada pela força, em virtude da qual todos os que, como súditos, fazem parte de um povo se encontram num estado jurídico (*status juridicus*) em geral”<sup>34</sup>.

---

<sup>31</sup> KANT. **A paz perpétua e outros opúsculos**. p. 76.

<sup>32</sup> KANT. **A paz perpétua e outros opúsculos**. p. 77.

<sup>33</sup> KANT. **A paz perpétua e outros opúsculos**. p. 77.

<sup>34</sup> KANT. **A paz perpétua e outros opúsculos**. p. 77.

A independência surge como princípio porquanto cada membro da sociedade é tratado como cidadão, que deverá não somente obedecer as leis do Estado, mas garantir para que todas sejam obedecidas por todos. É necessário que haja harmonia entre todos perante a lei, pois o direito dependerá dessa harmonia e obediência.

#### 4. JEAN-JACQUES ROUSSEAU

Rousseau em sua teoria prescreve que o homem no estado de natureza, por ter uma vida cheia de obstáculos e dificuldades, em razão de cada indivíduo lutar por si mesmo, resolveu mudar o seu modo de vida. Deste modo, os homens da época, resolveram em comunhão de forças, unir-se, para agir de como único corpo, em consonância de decisões. Assim, o Estado foi formado diante do contrato social realizado por eles.

O contrato social surgiu como a solução para o problema de como unir estas forças sem que os direitos naturais fossem violados. As cláusulas desse contrato podem ser reduzidas a uma só senão que “a alienação total de cada associado, com todos os seus direitos, a toda comunidade”<sup>35</sup>.

Assim, quando todos se doarem integralmente, todos serão iguais perante este contrato, não tendo nenhum dos participantes interesse em tornar onerosa a aderência para alguma das partes contraentes. Cada um doa-se no total a união, e ganha cada um daqueles que participam do pacto como parte indivisível deste.

A diferença entre o contrato como fato histórico e o contrato como fundamento de legitimação é clara em Rousseau, onde o pacto entre ricos e pobres que deu historicamente origem ao Estado, tal como é descrito na segunda parte de *Discurso sobre a desigualdade*, é um pacto urdido com o engano (e portanto, a rigor, ilícito), enquanto o “contrato social” através do qual o homem corrompido da sociedade civil deveria reencontrar a felicidade, ou pelo menos a pureza originária, é pura idéia reguladora da razão<sup>36</sup>.

A união de todas essas pessoas “tomava outrora o nome de *Cidade*, e hoje o de *República* ou de *corpo político*, o qual é chamado por seus membros de *Estado* quando passivo, *soberano* quando ativo e *Potência* quando comparado a seus semelhantes”<sup>37</sup>. Os participantes do pacto serão chamados quando unidos de povo, e individualmente de cidadão, e em relação as autoridades serão chamados de súditos.

---

<sup>35</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 21.

<sup>36</sup> BOBBIO. **Sociedade e estado na filosofia moderna**. p. 64

<sup>37</sup> ROUSSEAU. **O contrato social**. p. 22.

Cada um nesta relação se encontra em duplo sentido de igualdade. No primeiro sentido como parte do soberano perante a todos, e no segundo sentido, para o soberano, como componente do Estado. Cada homem se acha comprometido consigo mesmo no contrato social, e neste sentido faz com que se comprometa ao todo a que faz parte.

(...) o soberano, sendo formado apenas pelos particulares que o compõem, não tem nem pode ter interesse contrário ao deles; conseqüentemente, o poder soberano não tem nenhuma necessidade de garantia em face dos súditos, porque é impossível que o corpo queira prejudicar todos os seus membros e veremos a seguir que não pode prejudicar ninguém em particular. O soberano, só pelo fato de sê-lo, é sempre tudo aquilo que deve ser<sup>38</sup>.

Deste modo, todos têm que lutar pela união do Estado, pois caso alguém seja prejudicado, estará prejudicando a todos como um corpo só. Isso não significa que a opinião não possa entrar em divergência em relação a outro membro. Sendo assim, a concordância dos homens com o pacto será tácita.

Sem este Estado, os pactos celebrados entre os membros não teriam validade, e os humanos viveriam em barbárie e tirania. Isso se dá pois, “a fim de que o pacto social não venha a constituir pois, um formulário vazio, compreende ele tacitamente esse compromisso, o único que pode dar força aos outros: aquele que se recusar a obedecer à vontade geral a isso será estrangido por todo o corpo”<sup>39</sup>.

Neste contrato social, o homem passa do Estado de Natureza para o Estado Civil. Nele faz a suas ações um caráter moral antes inexistente. Deste modo, há uma troca da sua liberdade e extintos, por um estado seguro e justo. No Estado Civil o homem tem o desenvolvimento de suas habilidades ligadas a razão, saindo da irracionalidade animal.

Isto é, o homem tem tirada sua liberdade de agir de acordo com seus impulsos, porém, em seu lugar tem a garantia a uma “liberdade civil” e o direito a ser dono de tudo que possuir, ganha a inovação do direito a propriedade. Neste sentido, “o Estado, perante seus membros, é senhor de todos os seus bens pelo contrato social, que no Estado serve de base a todos os direitos; mas não o é perante as outras potências senão pelo direito de primeiro ocupante que recebeu dos particulares”<sup>40</sup>.

No estado de natureza o direito do mais forte prevalecia. Onde havia o ganho territorial pela força devido a necessidade de ceder, mas não pela legalidade ou legitimidade

---

<sup>38</sup> ROUSSEAU. **O contrato social**. p. 24.

<sup>39</sup> ROUSSEAU. **O contrato social**. p. 25.

<sup>40</sup> ROUSSEAU. **O contrato social**. p. 27.

em ceder este espaço de terra. Este direito não era permanente do tempo, se não o termo a chamar seria dever, e não obediência ao mais forte.

Com o advento do Estado Civil, o direito daquele que é o primeiro ocupante da propriedade passa a vigorar. Primeiramente, este terreno não pode estar sendo ocupado e este seja necessário a subsistência. E como único meio de demonstração da posse, o homem deve cultivar a terra, fazer com que seja utilizada por ele. Deste modo, preenchidos requisitos, o homem será considerado como depositário do bem público<sup>41</sup>.

## 5. JOHN RAWLS

Primeiramente, deve-se trazer que Rawls opta por dois princípios da justiça que deverão nortear o sistema do direito à aplicação nas instituições básicas da sociedade. Parte, assim, de um sistema de compreensão de justiça pública, onde todos acolhem os princípios norteadores da justiça<sup>42</sup>. Na teoria contratualista de Rawls, se percebe como elemento de aceitação por todos do Estado, ocorrendo, assim, o consentimento de todos em razão a este e seus princípios.

Todos os indivíduos que compõem a sociedade, por meio de representantes, escolhem os princípios norteadores do sistema de justiça do Estado, que irão ser acolhidas pelas instituições sociais. “A justiça é a primeira virtude das instituições sociais”<sup>43</sup>. Ainda, ressalta o autor:

(...) a idéia norteadora é que os princípios da justiça para a estrutura básica da sociedade são o objeto do consenso original. São esses princípios que pessoas livres e racionais, preocupadas em promover seus próprios interesses, aceitariam numa posição inicial de igualdade como definidores dos termos fundamentais de sua associação. Esses princípios devem regular todos os acordos subseqüentes; especificam os tipos de cooperação social que se podem assumir e as formas de governo que se podem estabelecer. A essa maneira de considerar os princípios da justiça eu chamarei de justiça como equidade<sup>44</sup>.

A estrutura básica da sociedade é composta pelas instituições sociais. Por meio destas instituições são feitas as distribuições dos recursos, direitos e vantagens fundamentais. Para Rawls “não existe um critério independente que possa nos dizer o que é justo fazer, embora

---

<sup>41</sup> ROUSSEAU. **O contrato social**. p. 28-29.

<sup>42</sup> RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 5.

<sup>43</sup> RAWLS. **Uma teoria da justiça**. p. 3.

<sup>44</sup> RAWLS. **Uma teoria da justiça**. p. 12.

existam procedimentos que podem ajudar-nos a chegar a resultados equitativos”<sup>45</sup>.

A posição original de onde os representantes da sociedade escolhem os princípios da justiça é dotado de um “véu de ignorância”. Isto é, nenhum dos representantes tem acesso as suas condições particulares de vida, tais como situação econômica. “O desinteresse mútuo apresenta-se como uma maneira sutil de antepor o recuso da razão prática à escolha dos princípios, modelando restrições para que possamos adotar uma concepção política de justiça adequada à uma sociedade democrática constitucional”<sup>46</sup>.

O sistema contratualista de Rawls, para que tenha efetiva aplicação, possui a necessidade de que toda a sociedade cooperem. Deste modo, segundo a teoria do “véu da ignorância”, os princípios escolhidos não estarão subordinados as escolhas particulares e egoístas, mas pensando na distribuição dos recurso à sociedade como um todo. Pois os sujeitos representantes que farão a sua escolha estarão desprovidos de conhecimento a respeito da classe social e modo de vida que leva. Assim, o representante resta obrigado a decidir de acordo com o justo a todas as classes sociais existentes.

Deste modo, as escolhas realizadas pelos representantes agem em prol do bem comum, de acordo com o que beneficia o bem estar de todos na sociedade, deste modo ninguém seria “favorecido ou desfavorecido pela sorte natural ou por circunstâncias sociais em decorrência da escolha dos princípios”<sup>47</sup>.

O momento da escolha dos princípios é denominado como posição original, sendo está “artifício de representação deslocado da sociedade, a partir do qual, um acordo equitativo válido para todos possa ser estabelecido, sabendo-se das diferentes concepções morais, religiosas e políticas que compõem uma sociedade pluralista”<sup>48</sup>.

O primeiro princípio no qual “cada pessoa deve ter um direito igual ao mais amplo sistema total de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdade para todos”<sup>49</sup>. O “princípio da igualdade de tratamento ou princípio das liberdades iguais”<sup>50</sup>, determina que todas as pessoas têm o direito a liberdades individuais

---

<sup>45</sup> GARGARELA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**. Um breve manual de filosofia política. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 20.

<sup>46</sup> MÖLLER. **A justiça como equidade em John Rawls**. p. 49.

<sup>47</sup> RAWLS. **Uma teoria da justiça**. p. 20.

<sup>48</sup> ZAMBAM. **A teoria da justiça em John Rawls: uma leitura**. p. 51.

<sup>49</sup> KUKATHAS, Chandran; PETTIT, Philip. **Rawls: uma teoria da justiça e seus críticos**. Lisboa: Gadiva, 1995. p. 59.

<sup>50</sup> MÖLLER. **A justiça como equidade em John Rawls**. p. 67.

básicas assegurado.

O segundo princípio preceitua que: “as desigualdades econômicas e sociais devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos”<sup>51</sup>. Este princípio rege a distribuição de riquezas e às organizações estatais que fazem esta distribuição.

Devido ao sistema de objetivos contratuais da sociedade de Rawls a injustiça “se constitui simplesmente de desigualdades que não beneficiam a todos”<sup>52</sup>. Pois todos devem ser dentro do sistema a mesma acessibilidade aos recursos, o que irá determinar o seu posicionamento na sociedade será a sua própria tomada de decisões.

Para o igualitarismo, e desde o pioneiro trabalho de John Rawls sobre a teoria da justiça, os talentos devem ser considerados um mero produto da “loteria natural”: alguns foram favorecidos e outros prejudicados nessa atribuição inicial de recursos internos, mas o sistema institucional não deve sobrecarregar os indivíduos com o peso dessa situação<sup>53</sup>.

Segundo este entendimento não existe injustiça a serem aceitos pela sociedade, o requisito básico seria de que todos devem ser beneficiados pela distribuição de vantagens. Independentemente do nível melhora de vida do indivíduo, pois o ponto de partida seria medido de acordo com o ponto inicial de cada indivíduo em sua particularidade.

A alocação dos itens produzidos ocorre de acordo com o sistema público de regras, e esse sistema determina o que é produzido, quanto é produzido, e por que meios. Também determina reivindicações legítimas que, quando respeitadas, criam a distribuição resultante. Assim, nesse tipo de justiça procedimental, a correção da distribuição está fundada na justiça do esquema de cooperação do qual ela surge e na satisfação das reivindicações de indivíduos engajados nele<sup>54</sup>.

Rawls não pretende que todos se estabeleçam em uma mesma situação social ou de recursos, mas que a distribuição dos bens seja justa, independente do estado inicial de cada um. Negar a existência das desigualdades torna impossível uma teoria na qual se tenha por objeto uma organização da sociedade justa. “A justiça de um esquema social depende essencialmente de como se atribuem direitos e deveres fundamentais e das oportunidades econômicas e condições sociais que existem nos vários setores da sociedade”<sup>55</sup>.

---

<sup>51</sup> RAWLS. **Uma teoria da justiça**. p. 64.

<sup>52</sup> RAWLS. **Uma teoria da justiça**. p. 20.

<sup>53</sup> GARGARELA. **As teorias da justiça depois de Rawls**. Um breve manual de filosofia política. p. 29-30.

<sup>54</sup> RAWLS. **Uma teoria da justiça**. p. 94.

<sup>55</sup> RAWLS. **Uma teoria da justiça**. p. 8.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Primeiramente, se tem a abordagem da teoria de Hobbes, descrevendo o Estado como sendo o Leviatã, sendo criado com o objetivo de frear os instintos primitivos do homem. Hobbes descreve o homem em sua obra como sendo mal. O homem no estado de natureza, em razão da falta do Estado para controlá-lo, viveria em completa barbárie.

Após, em um segundo momento, tem-se a teoria de Locke, na qual se tem o Estado legitimado por um poder de consenso entre todos a que nele está inserido. Em sociedade os homens delegam o poder de governo a um homem ou assembleia de homens que irá decidir por toda a multidão, tendo a minoria que aceitar as decisões da maior parte da sociedade.

O terceiro autor a ser abordado será Immanuel Kant, o qual não refere a sua teoria ao modo pelo o Estado foi constituído, mas ao dever existir moral dele. No qual a importância maior se dá a como o Estado se remete a seus súditos, e a maneira como está emanado de um contrato originário.

O quarto autor abordado é Jean-Jacques Rousseau, que entende que o pacto social surgiu da necessidade da segurança, já que a vida no estado de natureza era injusta. Ele acreditava que cada um possuísse um duplo sentido de igualdade, se equivalendo aos outros membros da sociedade, e ao soberano.

John Rawls é o quinto autor a ter sua teoria exposta no artigo, considerado um contratualista liberal, possui em sua teoria contratual dois princípios basilares de justiça nos quais a liberdade de acesso aos bens comum deve ser igual entre todos.

O que pode-se perceber diante de todas as definições de contrato social, e que a consonância entre todos os autores, é no fato de que o contrato social seria um termo assinado por todos, ainda que tacitamente, em concordância e com o consentimento de todos. Porém ainda permanece uma dúvida, se este contrato social é consentido por todos, de que maneira alguns indivíduos permanecem a margem deste sistema, ainda desprotegidos de direitos e garantias do Estado?

## REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. **Sociedade e estado na filosofia moderna**. 4. ed.

São Paulo: Brasiliense, 1996.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

GARGARELA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**. Um breve manual de filosofia política. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. 1ª Ed. São Paulo: Abril, 1974. (Os pensadores, v. 14)

KANT, Immanuel. **A paz perpétua e outros opúsculos**. Lisboa: Edições 70, 1995.

KUKATHAS, Chandran; PETTIT, Philip. **Rawls: uma teoria da justiça e seus críticos**. Lisboa: Gadiva, 1995.

LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre Governo Civil e Outros Escritos**. Ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. 3. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2001.

MÖLLER, Josué Emilio. **A justiça como equidade em John Rawls**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2006.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

ZAMBAM, Neuro José. **A teoria da justiça em John Rawls: uma leitura**. Passo Fundo: Ed. Universidade de Passo Fundo, 2004.

WEFFORT, Francisco C. (Coord). **Os clássicos da política**. 10. ed. São Paulo: Ática, 2005.

# O AGIR COMUNICATIVO DE JÜRGEN HABERMAS APLICADO A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS COMUNITÁRIA: UM INSTRUMENTO DE EMANCIPAÇÃO DO CIDADÃO E DA EFETIVAÇÃO DA DEMOCRACIA LOCAL

Roseane Ferrari <sup>1</sup>

## INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como intuito em um primeiro momento demonstrar a evolução das fases do Estado e da prestação da tutela jurisdicional, começando pela centralização do poder na figura do “Príncipe” de Maquiavel até Montesquieu e a separação dos poderes, a chegada do Estado Liberal, e então a descentralização do “poder” cada vez maior em decorrência da soberania popular, onde o povo que é o verdadeiro detentor do “poder”.

Em um segundo plano, se irá demonstrar que a sociedade em razão de diversos fatores está sofrendo constantes mudanças, estas ocorridas de forma muito rápida, o que impossibilita o ordenamento jurídico de acompanhá-las de forma adequada. Em decorrência dessas constantes mudanças, evidencia-se, aliado a outras deficiências do sistema legal a atual ineficiência do direito. Na tentativa de se criar possíveis soluções para tal crise, surgem inúmeras opções passíveis de êxito, mas vislumbra-se na teoria neo-sistêmica de Habermas, tal opção.

Por meio da teoria da ação comunicativa de Habermas, propõe-se a informalização do direito, fugindo do formalismo normativista e visando a criação de consensos livres de todo e qualquer tipo de coerção. Sendo, a mediação de conflitos uma forma de solução destes litígios, com enfoque na mediação comunitária e na teoria da ação comunicativa de Habermas.

Salienta-se, neste sentido por meio da Justiça Comunitária, se irá demonstrar a

---

<sup>1</sup> Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo/UPF. Bolsista PROSUP/CAPES. Especialista em Direito Processual Civil pela Anhanguera/Uniderp. Advogada. E-mail: roseane\_ferrari@hotmail.com

efetividade do agir comunicativo e da mediação como instrumento de descentralização do acesso à justiça as pessoas não atendidas pelo sistema clássico, oportunizando a realização não somente de justiça a essas pessoas, mas o exercício da cidadania, a maior participação dessa população na democracia local, a emancipação e a conscientização do cidadão por meio do diálogo.

## **1. EVOLUÇÃO DAS FASES DO ESTADO E DA PRESTAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL DO DIREITO**

Ronald Dworkin em *O Império do Direito* refere que “Vivemos na lei e segundo o direito.”, e ainda menciona que é o direito que nos faz o que somos, a saber, cidadãos, cônjuges, companheiros, empregados, dentre outros, ou seja, tudo é realizado, estabelecido em nome do nosso “soberano abstrato e etéreo”, tudo em nome do direito.<sup>2</sup>

Neste, sentido importante tecer as primeiras considerações em relação ao direito e as fases pelas quais o Estado passou, iniciando-se pelo Estado Absolutista.

No Estado Absolutista todos os poderes são concentrados na mão do monarca, sendo que a única fonte da lei que é reconhecida é a que decorre do “Estado”, editada e ditada pelo monarca, ou seja, a única fonte do direito é o próprio monarca.

Importante contribuição foi dada por Maquiavel, em sua obra “O Príncipe”, onde o autor ensina o príncipe a governar, passando pelas eventuais crises e problemas até tornar-se bem sucedido, bem como a importância de se observar os grandes feitos dos homens do passado. Maquiavel dispõe que os principados, conforme se verifica pela história podem ser governados de duas formas: por um príncipe, sendo que todos os demais são seus servos; ou, por um príncipe e por barões, onde estes possuem senhorio em determinada localidade.<sup>3</sup>

No capítulo IV, quando o autor faz um contraste entre a França e o reino de Dario, que foi ocupado por Alexandre Magno, mais conhecido como “Alexandre O Grande”, refere que não houve revolta contra seus sucessores, pois o reino de Dario consistia apenas de uma figura central de maior importância, concentrada no “príncipe”, sendo que os demais eram

---

<sup>2</sup> DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. (Tradução de Jefferson Luiz). São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. XI.

<sup>3</sup> MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. Texto Integral. Coleção A Obra Prima de Cada Autor. São Paulo: Editora Martin Claret, 2005, p. 27-42.

apenas servos deste. Por esta razão quando da morte de Dario, não houve revoltas contra seus sucessores, ao contrário do que se percebia nas revoltas existentes na França, pois na França, os “[...] barões possuem estados e súditos próprios que os reconhecem como senhores e nutrem por eles natural afeição.”<sup>4</sup>

Assim na França, tinha-se o príncipe, e seus barões, o que não criava uma figura central forte e cujo poder se fosse contestado, poderia ser reavido, pois os demais barões poderiam ser cabeças de rebeliões contra esse novo “senhor”. Mostra-se na organização existente na França, a dificuldade de conquistá-la integralmente.<sup>5</sup>

Neste ponto, importante adentrar nos comentários referentes à separação entre poderes, e a contribuição de Montesquieu, em *O Espírito das Leis*, quando este visa criar uma teoria para controlar o poder do Estado. Com ideologias liberais, visando a não ocorrência de abusos pelos poderes, Montesquieu, cria uma teoria em que um poder controla o outro, é o denominado, sistema de freios e contrapesos.<sup>6</sup>

Já o Estado Liberal surge no pós-contexto da Revolução Francesa. É nesse contexto de iluminismo, Revolução Francesa que surge em 1791, a primeira constituição da França com a inclusão dos ideais buscados com a Revolução, sintetizados muito bem nos três princípios muito conhecidos da "Liberdade, Igualdade e Fraternidade". O povo passa a ter seus direitos individuais respeitados, como é o caso da liberdade formal e da autonomia da vontade, bem como o monarca perde seu poder absoluto, criando-se uma efetiva separação entre os poderes legislativo, executivo e judiciário.

Concentrando a análise nos poderes, mais precisamente no poder judiciário, como bem salienta Pontes de Miranda:

A especificidade da função de julgar [...] teve por fito impedir a desordem, os excessos (e, pois, injustiças) da justiça de mão própria e assegurar a realização menos imperfeita possível (em cada momento) das regras jurídicas.<sup>7</sup>

Uma vez que o Estado passa a assumir uma posição de maior independência, passa a trazer para si a prestação da tutela jurídica e conseqüentemente, passa a proibir os atos de

---

<sup>4</sup> MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. Texto Integral. Coleção A Obra Prima de Cada Autor. São Paulo: Editora Martin Claret, 2005, p. 43-46.

<sup>5</sup> MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. Texto Integral. Coleção A Obra Prima de Cada Autor. São Paulo: Editora Martin Claret, 2005, p. 43-46.

<sup>6</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O Espírito das Leis**. Texto Integral. Coleção A Obra Prima de Cada Autor. São Paulo: Editora Martin Claret, 2005, p. 165-174.

<sup>7</sup> MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 5. Edição revista e aumentada. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997, p. 81-82.

justiça realizados por mãos próprias, autotutela.

Nos bancos da academia, aprendemos sobre a jurisdição, ou seja, a função Estatal de dizer o direito, quando provocado. A jurisdição tem grande importância no presente estudo, mais precisamente em sua função legitimadora dos procedimentos jurisdicionais.

A função legitimadora conforme Luhmann, não está em se produzir o consenso entre as partes, mas em produzir a aceitação de uma decisão, dentro de uma margem de tolerância, pois apesar de descontentes e decepcionadas com o resultado final, as partes ao longo do procedimento vão aprendendo a aceitar a decisão que ocorrerá, e os motivos que as partes possam ter para se sentirem obrigadas ou não a aceitar tal decisão, vão sendo reduzidos e especificados, até certo ponto que o endereçado se vê na contingência de assumi-la, mesmo que esta lhe seja desfavorável.<sup>8</sup>

A decisão põe fim à função legitimadora do procedimento, pois a função de uma decisão é absorver e reduzir a insegurança, e para legitimá-la, basta que seja contornada a insegurança de qual decisão será proferida, favorável ou não a parte, ou se ela vai aceitá-la ou não, pela segurança de que independente de qual decisão será proferida, ela será proferida. Basta contornar a insegurança para legitimar a decisão.<sup>9</sup>

Fazendo uma breve recapitulação, se buscou primeiramente tecer algumas considerações sobre o estudo do “poder” centralizado nas mãos de um indivíduo, o monarca/príncipe. Posteriormente, acompanhou-se a inevitável descentralização do “poder”, culminando na Revolução Francesa, onde se vislumbra a destituição do poder absoluto do monarca, bem como a efetiva separação entre os três poderes.

O Estado seja ele considerado o próprio monarca, *L'État est moi*, “O estado sou eu”, como bem se intitulou Luís XIV, ou como hoje é considerado, viveu e vive uma descentralização do “poder” cada vez maior, em decorrência da soberania popular, onde o povo que é o verdadeiro detentor do “poder”.

Assim cabe ao Estado, criar meios de se levar esse poder para mais perto do cidadão. Quando se trata da federação, por exemplo, nota-se exemplificada tal descentralização, onde os Municípios, antes de menor extensão, podem de forma mais eficaz do que um

---

<sup>8</sup> LUHMANN, Niklas, DE GEORGI, Raffaele. **Legitimação pelo Procedimento** – vol. I. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980, p. 01-04.

<sup>9</sup> LUHMANN, Niklas, DE GEORGI, Raffaele. **Legitimação pelo Procedimento** – vol. I. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980, p. 05.

governo central, estimular a participação da sociedade nas decisões públicas para aquela parcela. A partir da Constituição Federal de 1988, começou a ocorrer um pouco da descentralização das esferas do poder para mais perto do real detentor desse poder, o povo.

Neste ponto, que surge a teoria da ação comunicativa, de Jürgen Habermas, pois a mesma busca a legitimação de uma decisão no consenso alcançado pelas partes.

A teoria dos sistemas trabalhada por diversos autores, dentre eles Luhmann e Habermas, visa à ligação das diferentes áreas do saber, percebendo a sociedade como um sistema estruturado, cujas ações são significativamente relacionadas, pois todos os sistemas estão sempre em contato.<sup>10</sup>

Indispensável para possibilitar a estabilização das expectativas geradas através das interações sociais, o direito é tido como uma estrutura definidora de limites a sociedade, pois

[...] o direito existe em qualquer sociedade; mas o grau de diferenciação estrutural do direito modifica-se ao longo do desenvolvimento social, e isso na medida em que a complexidade da sociedade aumenta e melhor se caracteriza a necessidade de expectativas comportamentais normativas, congruentemente generalizadas.<sup>11</sup>

Assim, percebe-se que:

Quanto mais complexo é o próprio sistema, tanto mais complexo pode ser o ambiente no qual ele é capaz de orientar-se coerentemente. [...] Por isso as questões estruturais, e entre elas as questões jurídicas, são a chave para as relações sistema/ambiente e para o grau de complexidade e seletividade alcançável nessas relações.<sup>12</sup>

Ocorre que a sociedade está sofrendo constantes mudanças, estas ocorridas de forma muito rápida, o que impossibilita o ordenamento jurídico de acompanhá-la de forma adequada. Em decorrência dessas constantes mudanças, evidencia-se, aliado a outras deficiências do sistema legal a atual ineficiência do direito.

Na tentativa de se criar possíveis soluções para tal crise, surgem inúmeras opções passíveis de êxito, mas vislumbra-se na teoria do agir comunicativo de Habermas, tal opção.

## 2. A TEORIA DO AGIR COMUNICATIVO DE JÜRGEN HABERMAS

---

<sup>10</sup> ROCHA, Leonel Severo. **O Direito na Forma da Sociedade Globalizada**. In: Anuário do programa de pósgraduação em direito. Mestrado e Doutorado. São Leopoldo: Unisinos, 2001, p. 124.

<sup>11</sup> LUHMANN, Niklas, DE GEORGI, Raffaele. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 119.

<sup>12</sup> LUHMANN, Niklas, DE GEORGI, Raffaele. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 168.

Para Habermas, atualmente as sociedades estão estruturadas em condições precárias de integração social, arranjos que potencializam os conflitos, que dificultam a resolução dos conflitos e a emancipação do homem.

Neste sentido, Habermas se opõe a racionalidade instrumental e cria a “racionalidade comunicativa”. O autor assume o caminho de reconstruir racionalmente as interações linguísticas, visando interpretar a razão e compreender a racionalidade de forma mais ampla. Assim, desenvolve o conceito de “racionalidade comunicativa”, que nos permite a presunção da criação de consensos livres de todo e qualquer tipo de coerção.

Para Habermas, as interações comunicativas são aquelas em que:

[...] as pessoas envolvidas se põem de acordo para coordenar seus planos de ação, o acordo alcançado em cada caso medindo-se pelo reconhecimento intersubjetivo das pretensões de validade. No caso de processos de entendimento mútuo linguísticos, os atores erguem com seus atos de fala, ao se entenderem uns com os outros sobre algo, pretensões de validade, mais precisamente, pretensões de verdade, pretensões de correção e pretensões de sinceridade, conforme se referem a algo no mundo objetivo (enquanto totalidade dos estados de coisas existentes), ou a algo no mundo social comum (enquanto totalidade das relações interpessoais legitimamente reguladas de um grupo social) ou a algo no mundo subjetivo próprio (enquanto totalidade das vivências a que têm acesso privilegiado). Enquanto que no agir estratégico um atua sobre o outro para ensejar a continuação desejada de uma interação, no agir comunicativo um é motivado racionalmente pelo outro para uma ação e adesão – e isso em virtude do efeito ilocucionário de comprometimento que a oferta de um ato de fala suscita.<sup>13</sup>

É a partir da “racionalidade comunicativa”, que Habermas cria a teoria da ação comunicativa, onde as pessoas, através da comunicação, se organizariam socialmente sem qualquer tipo de coerção. Para o autor, a emancipação se dá pela comunicação, esta através do fortalecimento da competência comunicativa.

Apresenta ainda o modelo ideal de ação comunicativa, através do discurso, que pressupõe interação, comentando que somente a comunicação através de discurso permitiria um acordo entre indivíduos.

Portanto, quando se trata da teoria da ação comunicativa, bem como de sua aplicação/eficácia, uma das formas que pode ser utilizada para confirmar a aplicabilidade da teoria de Habermas, seria através dos métodos considerados alternativos de resolução de

---

<sup>13</sup> HABERMAS, Jürgen. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 79.

conflitos, como é o caso da mediação, por exemplo.<sup>14</sup>

Citadino<sup>15</sup>, contextualizando Habermas, afirma que “a ação comunicativa, por facilitar o diálogo acaba por trazer uma melhor decisão para os indivíduos e diferentemente do mundo sistêmico, o mundo da ação comunicativa é, o mundo vivido ou o mundo da vida”.

A contribuição inicial da sociologia para a administração da justiça foi dada pela antropologia, que teve um grande impacto no desenvolvimento da sociologia do direito, tais como o conhecimento de novas formas e padrões totalmente diferentes do direito existente. Novas formas de resolução dos conflitos regidos pela informalidade, rapidez, uma participação ativa da comunidade, dentre outros.<sup>16</sup>

Assim, se têm aliado ao Poder Jurisdicional do Estado, esses métodos considerados “alternativos de solução dos conflitos”, mais informais, céleres, descentralizados. Salienta-se não são métodos substitutivos ao procedimento clássico, mas de métodos auxiliares, paralelos, alternativos.

### **3. A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS NA COMUNIDADE: O DIÁLOGO COMO INSTRUMENTO DE EMANCIPAÇÃO DO CIDADÃO E EFETIVIDADE DA DEMOCRACIA**

Ao se falar em conflitos que aparecem dentro das comunidades, a manutenção dos vínculos é algo primordial, pois as relações das pessoas inseridas nesta comunidade são por muitas vezes contínuas e duradouras, sendo que a resolução do impasse com a adjudicação judicial, na maioria das vezes não é a melhor saída.

A mediação de conflitos é geralmente definida como a interferência consentida de uma terceira parte em uma negociação ou em um conflito instalado, com poder de decisão limitado, cujo objetivo é conduzir o processo em direção a um acordo satisfatório, construído voluntariamente pelas partes, e, portanto mutuamente aceitável com relação às questões em disputa.<sup>17</sup>

No caso da mediação comunitária, o mediador fala a mesma linguagem que os

---

<sup>14</sup> ROCHA, Leonel Severo. **Interpretação Jurídica: semiótica: Diferenciação e Ação Comunicativa**. In: LEAL, Rogério Gesta; ARAÚJO, Ernani Bonesso (Org.). **Direitos sociais e Políticas Públicas. Desafios contemporâneos**. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2001, p. 239.

<sup>15</sup> CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**. 3.ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 108.

<sup>16</sup> MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Secretaria de Reforma do Judiciário. **Justiça Comunitária: uma experiência**. Brasília, 2010, p. 19.

<sup>17</sup> MENDONÇA, Ângela Hara Buonomo. **Mediação Comunitária. Uma ferramenta de Acesso a Justiça?** Rio de Janeiro, 2006. 176 p. Tese (Mestrado em Ciências Sociais), p. 24.

conflitantes, possuindo uma “legitimidade que não é atribuída pelo Estado e sim pelas próprias partes, em função de suas características, da sua condutado seu código de ética e de moral.”<sup>18</sup>

O que se pretende com a mediação comunitária, é o estímulo ao diálogo, à consciência de que o cidadão pode solucionar seu conflito de forma amigável, sem a necessidade da intervenção do Estado-Juiz, tão distante da sua realidade. A mediação comunitária é uma forma emancipadora de acesso à justiça, servindo, não só como um “instrumento de pacificação social, mas também como um meio para o exercício da cidadania e para independência da comunidade”.<sup>19</sup>

Então, por intermédio da ação comunicativa, a mediação propicia uma reflexão dos indivíduos enquanto integrantes de uma comunidade, bem como procura fortalecê-los, mostrando-lhes a importância de serem sujeitos das suas relações (sejam elas conflituosas ou não), bem como da necessidade de que a escolha de resolverem seus conflitos na comunidade, além de incentivar seus integrantes, tem como fim o alcance da pacificação social na localidade.

Para corroborar as lições trazidas à baila de forma prática e concreta, importante destacar que em algumas cidades brasileiras, vem sendo desenvolvido o Programa Justiça Comunitária, tal programa consiste em uma alternativa ao processo clássico, voltado à descentralização do acesso à justiça a população que se encontra excluída do modelo clássico e é basicamente fundamentado na mediação, está realizada pelos membros da própria comunidade onde o programa está inserido.

A cidade de Passo Fundo/RS é uma das cidades que vem sendo desenvolvido o programa, na qual existe “O Projeto Justiça Comunitária”, que começou a ser implantado no município de Passo Fundo/RS, em meados de março de 2011. Vinculado ao PRONASCI (Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania), planejado e executado através de uma parceria entre a Prefeitura Municipal da cidade de Passo Fundo e a Escola de Direito da Faculdade Meridional/IMED, o programa vem sendo desenvolvido.

Na cidade de Passo Fundo, o projeto tem como intuito garantir o acesso à justiça em

---

<sup>18</sup> SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. **A mediação Comunitária como Meio de Tratamento de Conflitos**. Pensar, Fortaleza, v.14, jul./dez.2009, p. 280.

<sup>19</sup> VEDANA, Vilson Marcelo Malchow. **O perfil da mediação comunitária: acesso à justiça e empoderamento da comunidade**. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). Estudos em arbitragem, mediação e negociação. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003, p. 264.

um território considerado vulnerável, como é o caso da realidade encontrada nos bairros Zacchia e Valinhos. A escolha por estes bairros foi resultado de uma pesquisa realizada pela Faculdade Meridional/IMED, onde foram coletados dados junto a Diretoria da UAMPAF (União das Associações de Moradores de Passo Fundo), Delegacia de Polícia, Brigada Militar, Secretaria da Educação do município de Passo Fundo, IBGE, Conselhos Tutelares, Ministério Público, Varas de Família e a Vara do Juizado da Infância e da Juventude de Passo Fundo. Tal pesquisa, da qual resultou um vasto levantamento de dados, apontou para a existência de um índice significativo de conflitos que se desenvolveram no meio familiar, registro de números consideráveis de pequenos furtos, dentre outros. Os referidos bairros, conjuntamente, abrangem mais de 139 vilas, loteamentos ou núcleos habitacionais, e contam com cerca de 8.000 (oito mil) moradores, destes, 40% têm idade entre 06 e 18 anos.<sup>20</sup>

A implantação do Projeto mostrou-se relevante nesses bairros, levando-se em consideração que muitas dessas pessoas, ainda não possuem documentação básica (Carteira de Identidade, CPF, Carteira Profissional) o que, segundo os organizadores do Projeto é um dos maiores paradoxos existentes, se levarmos em conta que Passo Fundo é considerado a “Capital Nacional da Literatura”.

O Projeto visa proporcionar a solução pacífica dos diversos tipos de conflitos através da atuação dos agentes comunitários, que são membros integrantes e ativos dos próprios bairros, visando à harmonização das relações pessoais, familiares e de vizinhança, bem como de levar informação a essa parcela. O Projeto, aliado aos demais trabalhos que já são desenvolvidos nos bairros, tem por objetivo promover a segurança e a convivência pacífica entre seus moradores,<sup>21</sup> visando à promoção da paz e cidadania.

Neste sentido:

A cidadania expressa um conjunto de direitos que dá à pessoa a possibilidade de participar ativamente da vida e do governo do seu povo. Quem não tem cidadania está marginalizado ou excluído da vida social e da tomada de decisões, ficando numa posição de inferioridade dentro do grupo social.<sup>22</sup>

O cidadão tem que participar ativamente da vida e do governo, tem que estar

---

<sup>20</sup> JUSTIÇA COMUNITÁRIA. **Justiça Comunitária Passo Fundo.** Disponível em: <http://justicacomunitariapf.blogspot.com/p/projeto.html>. Acesso em: 31.07.2014.

<sup>21</sup> JUSTIÇA COMUNITÁRIA. **Justiça Comunitária Passo Fundo.** Disponível em: <http://justicacomunitariapf.blogspot.com/p/artigos.html>. Acesso em: 31.07.2014.

<sup>22</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos Humanos e Cidadania.** São Paulo: Ed. Moderna, 1998, p. 14.

consciente de seus direitos e obrigações/responsabilidades, pois o bom andamento da comunidade depende da atuação/desenvolvimento de todos.

Neste ponto, o acesso à justiça ocorre na medida em que seus participantes têm a oportunidade de resolver pacificamente seus conflitos de acordo com seus próprios interesses, estabelecendo, deste modo, uma ordem justa.

A mediação comunitária é um processo democrático de solução de conflitos, na medida em que possibilita o acesso à Justiça (resolução dos conflitos) por partes dos hipossuficientes. Além de possibilitar essa resolução, oferece aos cidadãos o sentimento de inclusão social. A base do processo de mediação é o princípio da solidariedade social. A busca de soluções adequadas para casos pelas próprias partes incentiva a conscientização delas para a necessidade da convivência em paz.<sup>23</sup>

Assim, após apresentar “O Projeto Justiça Comunitária”, como exemplo da aplicação da mediação comunitária com base no agir comunicativo de Habermas, pode-se compreender que a mediação comunitária busca conscientizar a população a refletir sobre o contexto dos problemas que enfrentam, sendo este individual ou até mesmo coletivo, observando-o pelas diferentes perspectivas envolvidas, para se chegar a uma possível solução que perdure no futuro.

Mas não somente isso, mas também fazer reafirmar a capacidade emancipatória daquela parcela. A população é capaz de aprender algo diferente do que sempre lhe foi imposto, parar de somente “ouvir” e começar a falar, agir, participar na democracia mais ativamente, não somente no momento de eleger seus representantes.

Assim de acordo com Pinho:

As partes compreendem que o vínculo que as une é mais importante que um problema circunstancial e talvez temporário. A mediação é o método de solução de controvérsias ideal para as relações duradouras, como é o caso de cônjuges, familiares, vizinhos e colegas de trabalho, entre outros.<sup>24</sup>

Ainda, nota-se na mediação a possibilidade de emancipação do cidadão, pois este não mais será apenas um “ouvinte”, “aprenderá” que tem capacidade para agir e em decorrência disso, participará das decisões tomadas em nível local, e decidirá, e isso se ocorrer, irá resultar em uma maior participação no exercício de seus direitos políticos, refletindo,

---

<sup>23</sup> SALES, Lília Maia de Moraes. **Justiça e Mediação de Conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 154.

<sup>24</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de Pinho. DURÇO, Karol. **A Mediação no Direito Brasileiro: Evolução, Atualidades e Possibilidades no Projeto do Novo Código de Processo Civil**. Disponível em: <[http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/a\\_mediacao\\_e\\_o\\_processo\\_civil\\_brasileiro\\_-\\_evolucao\\_atualidades\\_e\\_expectativas\\_no\\_ncpc\\_-\\_200511.pdf](http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/a_mediacao_e_o_processo_civil_brasileiro_-_evolucao_atualidades_e_expectativas_no_ncpc_-_200511.pdf)>. Acesso em 31/07/2014, p. 13.

portanto na cidadania e na democracia local.

Portanto, ao abrigar a prática da mediação, a população começa a se conscientizar de que os conflitos internos podem ser solucionados no seio da sua comunidade, não havendo necessidade de buscar o meio judicial clássico para ver satisfeitos os seus direitos.

Ademais, vislumbra-se neste sentido, a grande contribuição para mediação comunitária da teoria do agir comunicativo de Jürger Habermas, pois ao adotar o uso de técnicas de interação e promoção do diálogo, estas funcionarão junto com a comunicação e sua ação comunicativa, como instrumentos perfeitos para consolidação dos direitos fundamentais, da participação social e da democracia.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Os métodos de jurisdição clássicos encontram-se por muitas vezes despreparados para enfrentar a atual realidade social. Portanto, são necessários novos métodos que tragam um maior e melhor efeito à pacificação social.

Neste contexto, a mediação comunitária apresenta-se como um importante instrumento que possibilita uma mudança de paradigma com a criação de um diálogo transformativo que irá prevenir o surgimento de novos conflitos na medida em que o cidadão passa a ter consciência de que é de sua responsabilidade deliberar sobre seus problemas e encontrar a solução que melhor se adeque a seu caso.

Neste sentido, a inserção da ação comunicativa de Habermas com a facilitação do diálogo, promove um acordo de entendimentos nas comunidades carentes e contribui para que os cidadãos e sujeitos da relação se reconheçam reciprocamente em seus direitos e deveres, e com o diálogo exercem a democracia local.

## **REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS**

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**. 3.ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos Humanos e Cidadania**. São Paulo: Ed. Moderna, 1998.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. (Trad. de Jefferson Luiz). São Paulo: Martins Fontes, 1999.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

JUSTIÇA COMUNITÁRIA. **Justiça Comunitária Passo Fundo**. Disponível em: <<http://justicacomunitariapf.blogspot.com/p/artigos.html>>. Acesso em: 31.07.2014.

JUSTIÇA COMUNITÁRIA. **Justiça Comunitária Passo Fundo**. Disponível em: <<http://justicacomunitariapf.blogspot.com/p/projeto.html>>. Acesso em: 31.07.2014.

LUHMANN, Niklas, DE GEORGI, Raffaele. **Legitimação pelo Procedimento** – vol. I. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

\_\_\_\_\_. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983..

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. Texto Integral. Coleção A Obra Prima de Cada Autor. São Paulo: Editora Martin Claret, 2005.

MENDONÇA, Ângela Hara Buonomo. **Mediação Comunitária. Uma ferramenta de Acesso a Justiça?** Rio de Janeiro, 2006. 176 p. Tese (Mestrado em Ciências Sociais).

FGV-CPDOC.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Secretaria de Reforma do Judiciário. **Justiça Comunitária: uma experiência**. Brasília, 2010.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 5. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O Espírito das Leis**. Texto Integral. Coleção A Obra Prima de Cada Autor. São Paulo: Editora Martin Claret, 2005.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de Pinho. DURÇO, Karol. **A Mediação no Direito Brasileiro: Evolução, Atualidades e Possibilidades no Projeto do Novo Código de Processo Civil**. Disponível em: <[http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/a\\_mediacao\\_e\\_o\\_processo\\_civil\\_brasileiro\\_-\\_evolucao\\_atualidades\\_e\\_expectativas\\_no\\_ncpc\\_-\\_200511.pdf](http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/a_mediacao_e_o_processo_civil_brasileiro_-_evolucao_atualidades_e_expectativas_no_ncpc_-_200511.pdf)>. Acesso em 31/07/2014.

ROCHA, Leonel Severo. **Interpretação Jurídica: semiótica: diferenciação e ação comunicativa**. In: LEAL, Rogério Gesta; ARAÚJO, Ernani Bonesso (Org.). Direitos sociais e

políticas públicas. Desafios contemporâneos. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2001.

\_\_\_\_\_. **O Direito na Forma da Sociedade Globalizada.** In: Anuário do programa de pósgraduação em direito. Mestrado e Doutorado. São Leopoldo: Unisinos, 2001.

SALES, Lília Maia de Moraes. **Justiça e Mediação de Conflitos.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. **A Mediação Comunitária como Meio de Tratamento de Conflitos.** Pensar, Fortaleza, v.14, jul./dez.2009.

VEDANA, Vilson Marcelo Malchow. **O Perfil da Mediação Comunitária: Acesso à Justiça e Empoderamento da Comunidade.** In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). Estudos em arbitragem, mediação e negociação. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003.

# DA AUTONOMIA PRIVADA EM KANT À AUTONOMIA PÚBLICA E PRIVADA EM HABERMAS: EM BUSCA DA LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA DA AUTONOMIA

Ana Paula Caimi<sup>1</sup>

## INTRODUÇÃO

A modernidade é fruto do Iluminismo, da luta pela liberdade e da assunção da racionalidade como traço distintivo da humanidade, e dela decorre a ideia kantiana do homem como fim em si mesmo, dotado de autonomia. A autonomia, a racionalidade e o Estado de Direito são, pois, herança do Iluminismo. Se de um lado, a modernidade traz a garantia do Estado de Direito – garantindo a liberdade e a igualdade – de outro lado leva ao ápice do individualismo.

O modo de produção capitalista – espelho econômico do liberalismo, o consumismo exagerado e mercadorizado, exemplos de democracias autoritárias, o desenvolvimento global desigual, a incapacidade dos Estados em eliminar a miséria, a concepção patrimonialista e individualista que durante muito tempo perdurou no Direito, evidenciaram que o exacerbamento do individualismo não contribuiu para a solução das dificuldades sociais, pois o homem não vive isolado, e no convívio com seus semelhantes, a autodeterminação da razão prática, fundada na moral kantiana não basta para a regulação social, motivo pelo qual o Direito, como heteronomia, é chamado a regular e pacificar as relações, distinguindo a sociedade moderna como um sistema jurídico que dá a todos os mesmos direitos.

A tensão entre autonomia e heteronomia é um dos objetos de análise da filosofia política, e essa disputa marca as conformações do Estado moderno - instituição onde deságua o concurso das vontades individuais, já cristalizada na vontade soberana do povo -, e mantém sempre atual a questão: até que ponto o Estado – como autoridade que

---

<sup>1</sup> Mestranda no Programa de Pós Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. Juíza de Direito em Carazinho, Rio Grande do Sul, Brasil. E-mail: apcaimi@gmail.com.br

representa em nome da sociedade a titularidade do Direito – pode intervir nos projetos de vida dos indivíduos, e com que o legitimidade o faz.

Essa tensão se faz significativa no que se refere às restrições (até mesmo voluntárias) à direitos fundamentais. A questão das restrições voluntárias a direitos fundamentais, notadamente nas relações privadas, é um tema que desperta indagações acerca da intensidade da tutela estatal e da legitimidade de intervenção do Estado na esfera privada de cada indivíduo, bem como acerca das condições de possibilidade para o exercício da autonomia privada quando em colisão com direitos fundamentais.

Restrições voluntárias a direitos fundamentais são diretamente ligadas ao conflito entre autonomia e heteronomia, sendo que muitas vezes o Legislativo e Judiciário são convocados para resolver o conflito. Situações como a participação voluntária em pesquisa de terapias experimentais, participação em *reality shows*, recusa a tratamento médico, doação de órgãos, alteração de sexo, controle de natalidade mediante esterilização consensual, eutanásia, para que se discuta na seara dos valores existenciais; além de outras restrições voluntárias mais cotidianas, e de cunho negocial, como a constituição de hipoteca sobre bem impenhorável, ou mesmo a pactuação em contrato de alienação de sociedade empresarial em que se estabeleça a vedação definitiva do estabelecimento de concorrência.

Desde que o positivismo jurídico desconstruiu a relação original entre Direito e Moral, muitas das questões relativas ao conflito da autonomia privada e a heteronomia careceram de uma justificação substantiva, que legitimasse as restrições que o Direito traz à autonomia individual.

O estudo pretende, à luz da autonomia privada em Kant e da dupla autonomia habermasiana (privada e pública), verificar a legitimação da tensão entre autonomia e heteronomia.

## **1. A AUTONOMIA PRIVADA EM KANT**

A autonomia Kantiana é sobretudo de ordem moral, e decorre da razão prática, significando a “supremacia da razão” na condução da ação humana. Segundo Kant, a racionalidade é fundamental ao homem, e visa libertá-lo daquilo que chama de “minorismo”. A razão, portanto, pode levar ao homem ao esclarecimento, e *“torná-lo capaz de portar-se de acordo com seu próprio entendimento. Para este esclarecimento*

[<Aufklärung>], porém, nada mais se exige senão liberdade. E a mais inofensiva entre tudo aquilo que se possa chamar liberdade, a saber: a de fazer um uso público de sua razão em todas as questões”.<sup>2</sup>

A razão teórica pode levar o homem ao conhecimento, e a razão prática<sup>3</sup>, é a vontade condicionada pela razão, dirigindo-a para que as ações humanas atendam a um conteúdo moral.

Como refere Farias a abordagem de Kant constrói uma noção de moralidade universalista e de caráter deontológico. Kant pretende que todos os indivíduos – como seres racionais capazes de dirigir sua vontade – ajam de acordo com a lei moral, e isso é agir de acordo com o imperativo categórico, a ordenar o comportamento humano.<sup>4</sup>

O imperativo categórico está assentado num ideal normativo com pretensão de universalidade: “Age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal”.<sup>5</sup>

Assim, como refere Weber, “somente uma razão que se dá a própria lei e que pode querer que a máxima de suas ações se converta em lei, tem autonomia”<sup>6</sup>, de forma que o cerne da autonomia kantiana é a razão livre e esclarecida de dar-se as próprias leis, conduzindo a vontade a partir dela, com pretensão de universalização.

Segundo Kant, “a vontade é concebida como a faculdade de se determinar a si mesmo a agir em conformidade com a representação de certas leis. E uma tal faculdade só se pode encontrar em seres racionais”<sup>7</sup>, pressupondo-se, ainda, a liberdade de escolha com algo inerente à vontade. Por isso Kant faz uma defesa intransigente do valor absoluto e próprio do homem, como algo que constitui um fim em si mesmo, e que deve ser considerado em todas as ações humanas. Porque “existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade”<sup>8</sup>.

---

<sup>2</sup> KANT, Immanuel. **Resposta à pergunta:** O que é o esclarecimento? Trad. Luiz Paulo Rouanet. 1783. Obtido em [http://ensinarfilosofia.com.br/\\_\\_\\_pdfs/e\\_livros/47.pdf](http://ensinarfilosofia.com.br/___pdfs/e_livros/47.pdf). Acesso em 31.07.2014.

<sup>3</sup> “Tudo na natureza age segundo leis. Só um ser racional em a capacidade de agir segundo a representação das leis, isto é, segundo princípios, ou: só ele tem uma vontade. Como para derivar as ações das leis é necessária a razão, a vontade não é outra coisa senão razão prática.” In: KANT, Immanuel. **Fundamentos da Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Edições 70, 1995, p. 47.

<sup>4</sup> FARIAS, José Fernando de Castro. **Ética, Política e Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 14.

<sup>5</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentos da Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Edições 70, 1995, p. 59.

<sup>6</sup> WEBER, Tadeu. **Ética e Filosofia do Direito: autonomia e dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Vozes, 2013, p. 12.

<sup>7</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentos da Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Edições 70, 1995, p. 67.

<sup>8</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentos da Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Edições 70, 1995, p. 68.

A condução da ação humana de acordo com a vontade racional, inspirada no imperativo categórico de universalidade transforma o indivíduo em legislador universal de sua conduta. Isso é o que Kant denomina de autonomia<sup>9</sup>, e ela é o “fundamento da dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional”<sup>10</sup> Em contraposição, quando a ação humana é dirigida por uma vontade subordinada a algo externo, tem-se a heteronomia.

Segundo Kant, “quando a vontade busca a lei, que deve determiná-la, em qualquer outro ponto que não seja a aptidão das suas máximas para a sua própria legislação universal (...) o resultado é então, sempre heteronomia.”<sup>11</sup>

Quando há móbil externo à vontade que não sua própria razão, capaz de condicioná-la para determinado fim, tem-se o hiperativo hipotético. O direito, para Kant, é um imperativo hipotético, e como tal, heterônomo<sup>12</sup>. É a forma possibilitadora da coexistência das liberdades e seria, talvez, dispensável se o homem agisse como o imperativo categórico.

Se a razão prática moral dita a legislação interna, o Direito é para Kant o “conjunto de leis para as quais é possível uma legislação exterior”<sup>13</sup>, e estabelece o “conjunto de condições sob as quais o arbítrio de um pode se harmonizar com o arbítrio do outro, segundo uma lei universal de liberdade”.<sup>14</sup> O Direito valida-se, pois, pela conformação das liberdades.

O conceito de liberdade é importante na construção do conceito de Direito kantiano. Conforme Bobbio, “o âmbito da moralidade diz respeito à liberdade interna, a do direito se amplia para a liberdade externa”<sup>15</sup>, sendo que a liberdade do direito é a liberdade jurídica, que significa a possibilidade de agir no mundo (externo), sem ser impedido por uma igual liberdade dos outros seres humanos, restando evidente que o Direito se destina a regular a relação de um indivíduo com todos os demais, ao passo que liberdade moral (ou interna) é

---

<sup>9</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentos da Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Edições 70, 1995, p. 75.

<sup>10</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentos da Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Edições 70, 1995, p. 79.

<sup>11</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentos da Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Edições 70, 1995, p. 86.

<sup>12</sup> Se a autonomia kantiana é dada pela vontade racional livre e universalizável, o Direito, como explicita Bobbio (BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**. 4.ed. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1997, p. 63), é uma “esfera de heteronomia”, ainda que isso não seja explícito na obra de Kant. Daí que a moral, funcione através de imperativos categóricos (o dever pelo dever, porque a razão impõe a conduta como moralmente adequada) e o Direito através de imperativos hipotéticos (o dever visando um fim, uma vez que outros elementos condicionam a conduta). A concepção Kantiana é prevalentemente formal, pois o Direito prescreve não o que deve ser feito, mas como deve ser feito, pois se ocupa de prescrever uma forma de coexistência de liberdades e arbítrios

<sup>13</sup> KANT, Immanuel. **Metafísica dos Costumes**. Bauru: Edipro, 2003, p. 35.

<sup>14</sup> KANT, Immanuel. **Metafísica dos Costumes**. Bauru: Edipro, 2003, p. 36.

<sup>15</sup> BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**. 4.ed. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1997, p. 58.

uma relação do indivíduo com ele mesmo.

Assim, em Kant, Moral e Direito encontram seu fundamento último na liberdade, se distinguem por gerar ordens normativas distintas: a autonomia e a heteronomia.

A lei jurídica somente é relevante, para Kant, a fim de que ação seja conforme ao Direito. De outro lado, não pretendendo ser internalizada como o motivo do agir, basta a conduta externa, sendo desnecessária seja internalizada como conduta ética a ser adotada. Esse “direito puro”, “inteiramente externo” que exige apenas fundamentos externos de determinação do arbítrio, é por Kant chamado de direito estrito, e que aqui chamamos de heteronomia -, pois é dado pela “consciência da obrigação de cada um, de acordo com a lei”<sup>16</sup>, e e no nível deontológico, tem sua eficácia na possibilidade de coerção exterior<sup>17</sup>. A validade do Direito em Kant, segundo Saldanha, está no alcançar a justiça como um ideal de realização de igual liberdade.<sup>18</sup>

Nesse sentido - já dizia Bobbio sobre a concepção kantiana de Estado - tem-se o “reconhecimento de que o poder do Estado tinha limites enquanto podia, sim, ampliar sua jurisdição sobre fatos externos do indivíduo, mas não sobre fatos internos, e existia ainda algo no indivíduo, a consciência, que estava completamente excluída desta jurisdição.”<sup>19</sup>

De outro lado, como afirma Waldron<sup>20</sup>, na “transição da filosofia moral para filosofia política, Kant insiste em que agora nos demos conta de que há outros no mundo além de nós”, impondo determinadas restrições ao exercício das liberdades a fim de possibilitar a vida em sociedade. É certo, porém, que subjetivamente a concepção de justiça e do certo não pode ser alcançada de forma unânime, motivo pelo qual cabe ao Direito construir critérios intersubjetivos que possibilite a convivência em sociedade, visando construir

---

<sup>16</sup> BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**. 4.ed. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1997, p. 38.

<sup>17</sup> Kant – por ser um contratualista, ainda que ficcional -, não despreza a força e a necessidade do Direito, nem entende que seu imperativo categórico, traduzido em uma moral deontológica pura dispensa o Direito. Nesse sentido, Waldron aponta: “Para Kant, a hipótese de que uma pessoa pode forçar a outra a entrar com ela na sociedade civil indica que o fundamento da obrigação política não é individualizado dessa maneira hobbesiana. O sujeito individual não deve considerar essa fidelidade à legislatura apenas em função do benefício para os seus próprios interesses. Se quer pensar a respeito das vantagens de ser membro da sociedade civil, deve pensar em conexão com as vantagens que ela assegura, no que diz respeito à relação entre imposição externa dos seus direitos e a imposição externa dos direitos dos outros. Sua submissão à legislatura civil é tão necessária para o interesse dos outros na integridade eficaz de um sistema unívoco de direitos – outros que teriam o direito de obrigá-lo a ingressar se ele não quisesse – quanto é para os seus próprios.” (WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 72).

<sup>18</sup> SALGADO, Joaquim Carlos. **A idéia de Justiça em Kant: Seu fundamento na liberdade e na igualdade**. 2. ed. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 1995, p. 277.

<sup>19</sup> BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**. 4.ed. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1997, p. 57.

<sup>20</sup> WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 76.

parâmetros objetivos do que é considerado justo e certo em determinada sociedade.

A autonomia do indivíduo e o exercício de seu arbítrio podem chocar-se com o exercício do arbítrio de outro, em especial porque o homem não é movido apenas pelo imperativo categórico extraído da racionalidade, mas sensível a interesses e paixões. O Direito, como heteronomia, é a condição de possibilidade para a coexistência dos arbítrios individuais do ser humano. Essa relação, contudo, é marcada pela tensão e por limites recíprocos e alternância de prevalência<sup>21</sup>.

Salgado afirma que para Kant, “há, pois, somente um dever comum a todos os tipos de imperativo: aquele que surge para a vontade, na medida em que essa vinculação criada por uma lei que tem origem na razão. É a limitação da vontade pela lei através da máxima. Daí que o dever moral e o dever jurídico não se distinguem em substância. A ação é que, na medida em que se relaciona com o dever pode ser moral ou jurídica (ou de outra ordem normativa)”<sup>22</sup>.

Se do princípio da autonomia, “ninguém se obriga a não ser pela adesão de sua vontade à criação da norma que lhe impõe uma conduta”<sup>23</sup>, como diz Salgado, tem-se que a vinculação de todos à lei – através da vontade - no caso do Direito, somente se compatibiliza com o ideal kantiano num Estado Democrático de Direito, em que todos concorrem com sua vontade para a criação da lei e que por isso terá sua validade conformada pela razão. A existência da sociedade civil (decorrente do contrato social admitido por Kant) atua como princípio unificador das vontades individuais, coalizadas em uma vontade geral.

As categorias deontológicas de Kant – no seu imperativo categórico e no imperativo hipotético – sempre tem por fundamento a liberdade, e essa assenta-se na razão. Como diz Saldanha

Na moral, a autonomia diz-se da vontade individual pura que legisla para si mesma (ou liberdade interna). No direito, é a mesma vontade legisladora, não mais enquanto legisla apenas para si mesma, mas enquanto participa da elaboração (pela possibilidade de sua aprovação) de uma legislação universal limitadora dos arbítrios individuais. Essa liberdade jurídica no sentido próprio ou liberdade externa, que em essência é sempre a mesma

---

<sup>21</sup> Assim, por exemplo, campo negocial, no predomínio do Estado liberal a autonomia teve seu exercício acentuado com o predomínio da vontade; já no Estado Social a heteronomia prevaleceu, dando ensejo ao dirigismo contratual e reduzindo a autonomia (ainda que sob o adequado pretexto de equilibrar as relações sociais massificadas).

<sup>22</sup> SALGADO, Joaquim Carlos. **A idéia de Justiça em Kant: Seu fundamento na liberdade e na igualdade**. 2. ed. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 1995, p.253

<sup>23</sup> SALGADO, Joaquim Carlos. **A idéia de Justiça em Kant: Seu fundamento na liberdade e na igualdade**. 2. ed. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 1995, p. 254.

autonomia, pois que é a 'faculdade de não obedecer a outra lei externa a não ser aquela a que eu possa ter dado minha aprovação.<sup>24</sup>

Segundo Bobbio, a filosofia Kantiana deve ser interpretada de acordo com o momento histórico do Iluminismo, do surgimento do Estado moderno e do fim do absolutismo. Assim, não cabia ao Estado imiscuir-se na vontade interna do indivíduo, bastando a esse que houvesse o cumprimento da legislação (jurídica), de forma que havia (há) um espaço de liberdade personalíssimo, de íntima convicção e de questões de consciência, onde não cabe ao Estado invadir. Nesse sentido, tem-se o “reconhecimento de que o poder do Estado tinha limites enquanto podia, sim, ampliar sua jurisdição sobre fatos externos do indivíduo, mas não sobre fatos internas, e existia ainda algo no indivíduo, a consciência, que estava completamente excluída desta jurisdição.”<sup>25</sup>

Bobbio, analisando o contratualismo em Kant, busca elucidar como é possível compatibilizar a liberdade como autonomia e o direito como limite das liberdades externas. Segundo ele:

A liberdade como autonomia representa o momento da liberdade política, ou seja, o momento em que o homem tornou-se cidadão e está portanto subordinado às leis do Estado, conservando-se livre somente enquanto seja ele próprio o criador das leis as quais deve obedecer. As duas liberdades são tão pouco inconciliáveis, que a luta pelo Estado moderno foi empreendida em favor de uma e de outra, e as constituições modernas dos Estados Democráticos reconheceram as duas, a primeira sob a forma de atribuição dos assim chamados direitos de liberdade (...), a segunda, sob a forma de atribuição dos assim chamados direitos políticos (ou seja, os direitos relativos à participação direta ou indireta do cidadão na formação das leis). A concepção de Estado para Kant, segundo Bobbio, “é garantir a cada cidadão uma esfera de liberdade como faculdade de agir sem encontrar obstáculos nos outros.”<sup>26</sup>

Segundo Habermas, contudo, Kant não deixa claro a questão da legitimidade das leis gerais, pois sua teoria do direito “não esclarece bem a relação entre princípio da moral, do direito e da democracia”, esse último chamado por Kant de modo de governo republicano<sup>27</sup>.

---

<sup>24</sup> SALGADO, Joaquim Carlos. **A idéia de Justiça em Kant: Seu fundamento na liberdade e na igualdade**. 2. ed. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 1995, p. 260.

<sup>25</sup> BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**. 4.ed. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1997, p. 57.

<sup>26</sup> BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**. 4.ed. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1997, p. 132.

<sup>27</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre a facticidade e validade**. Vol I, 2.ed., Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 122.

## 2. AUTONOMIA PRIVADA E AUTONOMIA PÚBLICA EM HABERMAS

No positivismo, o Direito responderia aos conflitos de forma técnica e neutra. Habermas afirma que o “direito moderno tira dos indivíduos o fardo das normas morais, e as transfere para as leis que garantem a compatibilidade das liberdades de ação”<sup>28</sup>. A legitimidade das leis se encontraria no processo legislativo, concretizador da vontade soberana do povo.

Habermas discorre que o direito privado (direito subjetivo) esteve legitimado enquanto a autonomia privada (como poder jurídico) esteve apoiada na autonomia moral da pessoa, e que rompida essa sustentação moral dada ao direito, o positivismo colocou o direito como a forma pela qual se dá obrigatoriedade à vontade<sup>29</sup>, passando pela concepção utilitarista<sup>30</sup>, até chegar em Kelsen, segundo o qual o direito subjetivo é tido, em geral, “como interesse protegido, objetiva e juridicamente, e como liberdade de arbítrio”<sup>31</sup>, restando afastado o direito da moral, propiciando – ainda segundo Habermas – interpretações funcionalistas dos direitos subjetivos.

Num sentido semelhante, Nobre

Com a modernidade, o direito se autonomizou progressivamente em relação a uma eticidade determinada, a uma eticidade única. O direito passou a ser crescentemente o direito positivo e pode cada vez menos recorrer a um fundamento sagrado ou superior que seja compartilhado pelo conjunto dos cidadãos, mesmo que sob a forma já moderna do direito natural.<sup>32</sup>

Essa situação somente começaria a ser objeto de revisão crítica depois que os desmandos da Segunda Guerra Mundial se tornaram conhecidos, quando a teoria do direito volta a se ligar à moral, inclusive através dos direitos prestacionais sociais. Esse movimento do Estado Social, contudo, não dá conta de reverter a totalidade do fenômeno através do qual os direitos subjetivos passaram a ficar subordinados à ordem objetiva, cuja legitimidade está adstrita ao formalismo legal decorrente da dominação política. Habermas

<sup>28</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre a facticidade e validade**. Vol I, 2.ed., Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 114.

<sup>29</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre a facticidade e validade**. Vol I, 2.ed., Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 116.

<sup>30</sup> Cfe. Ihering, (*apud* HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre a facticidade e validade**. Vol I, 2.ed., Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003), é o proveito e não a vontade que constitui o objeto do direito, de forma que “o direito subjetivo é conceitualmente um poder jurídico, conferido ao indivíduo através da ordem jurídica, cujo fim consiste em ser um meio para a satisfação de interesses humanos.”

<sup>31</sup> KELSEN *Apud* HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre a facticidade e validade**. Vol I, 2.ed., Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 118.

<sup>32</sup> NOBRE, Marcos. TERRA, Ricardo (org). **Direito e Democracia: Um guia de leitura de Habermas**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 19.

constrói, então a sua crítica no sentido de apontar a falta de legitimidade do direito positivo, pois não preserva o conteúdo moral do direito subjetivo, que é a proteção da liberdade individual<sup>33</sup>.

Essa situação é agravada uma vez que o Direito acaba servindo como instrumento de colonização do mundo da vida pelo sistema (político e/ou econômico), desviando-se de sua potencial função transformadora. Essa colonização, contudo, não elimina a existência de conflitos e dissensos, os quais, uma vez que sejam exponencialmente tensionados podem levar ao rompimento da própria ordem jurídico-social. Esse atravessamento dominante da lógica instrumental (como ação orientada para o êxito e que neutraliza os conflitos, objetivando-os) dos sistemas para o mundo da vida – sem a atuação adequada dos influxos comunicativos do mundo da vida que ascendem ao sistema através de mecanismos semelhantes a eclusas, e sem que o Direito faça a intercessão entre o mundo da vida e o sistema, ora traduzindo ao mundo sistêmico os influxos comunicativos do mundo da vida, ora usando a coercitividade para impor a lógica instrumental do sistema a mundo da vida – e a tensão dos conflitos irresolvidos, para Habermas, conduziria a sociedade moderna à sua própria destruição.

Para Habermas, apenas uma razão comunicativa – um agir baseado no discurso que seja capaz de levar ao entendimento, ao consenso - é capaz de romper com tal dominação e dissolver os conflitos e dissensos. Para tanto, determinadas regras do discurso devem ser observadas, já que sua fundamentação pragmático-universal reside no fato de que todo falante deve argumentar com pretensões de intelegibilidade, veracidade, correção e verdade.

Partindo do contratualismo Kantiano, - que serve para a institucionalização do direito natural de liberdade – e da autodeterminação, a legitimação do direito positivo somente poderia estar, portanto na formação do direito que conjugue um procedimento democrático capaz de aglutinar “o consenso racional dos participantes”<sup>34</sup>. Assim, “no contrato de sociedade, o direito dos homens a iguais liberdades subjetivas, fundamentado moralmente, interliga-se com o princípio da soberania do povo”<sup>35</sup>, dando aos direitos do homem a

---

<sup>33</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre a facticidade e validade**. Vol I, 2.ed., Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 122.

<sup>34</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre a facticidade e validade**. Vol I, 2.ed., Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 127.

<sup>35</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre a facticidade e validade**. Vol I, 2.ed., Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 127.

dimensão de ordem positiva, através da autonomia política. É uma dimensão interna, resultante da tensão entre a facticidade e validade, entendida a primeira como a coercibilidade do direito e a segunda, como sua legitimação.

A tensão entre direitos humanos e soberania do povo está presente nas concepções contratualistas de Kant e Rousseau, conforme sustenta Habermas, como um nexos interno a permitir a autonomia política, pois ninguém iria aderir à leis que atentassem contra sua autonomia privada.<sup>36</sup>

Mas qual seja esse nexos interno, Habermas aponta que a filosofia de Kant (e a de Rousseau) não conseguiu elucidar. A pretensão de validade de uma norma jurídica não pode estar, segundo Habermas, nas qualidades lógico-semânticas das leis gerais, mas exsurge sob as condições pragmáticas de discursos, cuja coerção se estabelece pela preponderância do melhor argumento. Habermas elucida, então, que o “nexos interno entre soberania do povo e direitos humanos reside no conteúdo normativo de um modo de exercício da autonomia política”, que resta assegurado pela ética do discurso, não meramente pela forma de leis gerais e abstratas<sup>37</sup>.

No pensamento filosófico político moderno, a tradição liberal prioriza a autonomia privada; de forma que as liberdades individuais, como direitos fundamentais de defesa face à intervenção do Estado assumem especial relevo nessa corrente política, as quais visam preservar o espaço autônomo das escolhas relativas aquilo que pode ser qualificado como privado. De outro lado, na tradição republicana prepondera a autonomia pública, pois deve ser priorizado o produto da soberania popular, aquilo que a autolegislação produzida pela vontade coletiva assim definiu como sendo o bem a ser perseguido e que a todos irá beneficiar.

Essas duas visões políticas divergentes opõe a autonomia privada e autonomia pública, tensionando e alternando sua posição.

Analisando a obra de Habermas, Silva refere que a tensão entre as duas formas de autonomias jurídicas estava nessa oposição recíproca da vontade individual à vontade coletiva, e que a partir da teoria habermasiana passa haver um fundamento comum entre

---

<sup>36</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre a facticidade e validade**. Vol I, 2.ed., Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 135.

<sup>37</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre a facticidade e validade**. Vol I, 2.ed., Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 137.

elas, que é um discurso isento de coerções.<sup>38</sup>

Na teoria do discurso, segundo Silva, a autonomia privada deve ser compreendida proteção à esferas de ação “comunicativamente reguladas” e “eticamente enraizadas”<sup>39</sup>. Habermas não define, contudo, quais são os direitos subjetivos que devem proteger a autonomia privada, e sequer específica o conteúdo que permite a circunscrição da esfera de ação privada, pois tal tarefa compete à teoria do discurso<sup>40</sup>.

São os destinatários dessa esfera de ação que devem definir os direitos subjetivos, e isso se dá através do exercício da autonomia pública, informada pelo agir comunicativo.

No agir comunicativo, segundo Habermas, assenta-se a legitimidade do Direito, através do qual os participantes de discursos racionais, que versem sobre normas controvertidas, podem verificar se todos os possíveis atingidos por ela dariam seu consentimento.<sup>41</sup>

Através da teoria do discurso, se revelará, então, a “co-originariedade da autonomia privada e pública”, em face de um modelo de autolegislação em que efetivamente sejam “os destinatários simultaneamente os autores de seus direitos”.<sup>42</sup>

O princípio do discurso (D) consiste em afirmar que “são válidas as normas de ação à quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais”<sup>43</sup>. Um dos desdobramentos é o princípio moral (U), que resulta de que as normas de ação somente encontram justificativa quando resultam de simétricas ponderações de interesses, ou seja, de universalização.

Conforme esclarece Cenci, em Habermas, o princípio (D) “tem o papel de esclarecer que o princípio (U) exprime apenas o conteúdo normativo de um processo de formação

---

<sup>38</sup> SILVA, Felipe Gonçalves. **A solidariedade entre público e privado**. In: NOBRE, Marcos. TERRA, Ricardo (org). Direito e Democracia: Um guia de leitura de Habermas. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 102.

<sup>39</sup> SILVA, Felipe Gonçalves. **A solidariedade entre público e privado**. In: NOBRE, Marcos. TERRA, Ricardo (org). Direito e Democracia: Um guia de leitura de Habermas. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 104.

<sup>40</sup> SILVA, Felipe Gonçalves. **A solidariedade entre público e privado**. In: NOBRE, Marcos. TERRA, Ricardo (org). Direito e Democracia: Um guia de leitura de Habermas. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 107.

<sup>41</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre a facticidade e validade**. Vol I, 2.ed., Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 138.

<sup>42</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre a facticidade e validade**. Vol I, 2.ed., Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 139

<sup>43</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre a facticidade e validade**. Vol I, 2.ed., Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 142.

discursiva da vontade”<sup>44</sup>, pois ao assumir a forma de um princípio de universalidade, é por meio de (U) que se avalia se um interesse específico encontra justificção universal, servindo ele como regra de argumentação para tomadas decisões racionais.<sup>45</sup>

O outro desdobramento de (D) é o princípio da democracia (Pd), segundo o qual as normas de ação do direito são justificadas através de argumentos de ordem pragmática, ético-políticos e também – mas não exclusivamente – morais.

Em face deste desdobramento do princípio do discurso é que Habermas aponta a estreita conexão entre o princípio da democracia e legitimação do direito. Através desse princípio é que os indivíduos “se reconhecem mutuamente como membros iguais e livres de uma associação estabelecida livremente”<sup>46</sup>, motivo pelo qual se possibilita a construção de um sistema de direitos em que a cada indivíduo está garantido igual possibilidade de participação na construção normativa da sociedade. O direito será tanto mais legítimo quanto mais assegurada a participação de todos os indivíduos no discurso de sua elaboração.

Para Habermas, um sistema de direitos deve fazer jus à autonomia privada e à autonomia pública, de forma que propõe uma teoria do direito na qual os direitos fundamentais são objeto do consenso dos cidadãos, através do princípio da democracia. A instauração do sistema de direitos tem como *a priori* poucos direitos fundamentais, todos ligados ao status do cidadão, assim enunciados por Habermas:

- Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação*.
- Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *status de um membro* numa associação voluntária de parceiros do direito;
- Direitos fundamentais que resultam imediatamente da *possibilidade de postulação judicial de direitos* e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual.<sup>47</sup>

Esses direitos fundamentais não são – ainda – os direitos de defesa contra o Estado, pois antecedem a própria organização do Estado. São direitos decorrentes da autonomia

---

<sup>44</sup> CENCI, Ângelo Vitório. **Da ética do discurso à teoria do discurso**. In: NOBRE, Marcos; REPA, Luiz. (org). Habermas e a reconstrução. Campinas: Papirus, 2012, p. 109.

<sup>45</sup> CENCI, Ângelo Vitório. **Da ética do discurso à teoria do discurso**. In: NOBRE, Marcos; REPA, Luiz. (org). Habermas e a reconstrução. Campinas: Papirus, 2012, p. 127.

<sup>46</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre a facticidade e validade**. Vol I, 2.ed., Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 145.

<sup>47</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre a facticidade e validade**. Vol I, 2.ed., Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 159.

privada, que regulam as relações dos indivíduos “livremente associados, antes de qualquer organização objetiva ou jurídica de um poder do Estado”.<sup>48</sup> A maior parte dos direitos subjetivos – e fundamentais – são conformados a partir do exercício da autonomia pública.

No passo seguinte, esses sujeitos do direito passam a ser os autores da ordem jurídica a que se submetem, através dos seguintes direitos fundamentais:

- (4) Direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua autonomia política e através dos quais criam o direito legítimo.<sup>49</sup>
- (5) Direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados de (1) a (4).<sup>50</sup>

Os três primeiros direitos fundamentais atuam também como princípios jurídicos que orientam a atuação do legislador constitucional na especificação dos direitos fundamentais; conformam o sistema de direitos; e, informam aos indivíduos quais direitos devem ser reciprocamente reconhecidos para que haja um sistema heterônomo legítimo<sup>51</sup>. A partir do direito de participação política, os indivíduos passam a ser autores e destinatários do direito legitimamente produzido. A autonomia deixa de estar no código moral, apenas, e passa a ser expressada no “código do direito”<sup>52</sup>.

Segundo Silva, a autonomia pública, em face da compreensão discursiva habermasiana, tem três caracteres que a distinguem. É uma autonomia procedimental, pois os resultados obtidos não são considerados legítimos por se tratarem de valores compartilhados comunitariamente, mas por terem observado procedimentos imparciais tidos como justos. Essa coletividade que titulariza a vontade da autonomia pública faz parte de uma mesma coletividade jurídica. Acarreta um compromisso com as liberdades individuais, pois somente indivíduos dotados de liberdade e capacidade de opiniões

---

<sup>48</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre a facticidade e validade**. Vol I, 2.ed., Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 159.

<sup>49</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre a facticidade e validade**. Vol I, 2.ed., Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 159.

<sup>50</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre a facticidade e validade**. Vol I, 2.ed., Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 160.

<sup>51</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre a facticidade e validade**. Vol I, 2.ed., Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 163.

<sup>52</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre a facticidade e validade**. Vol I, 2.ed., Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 163.

próprias podem contribuir discursivamente<sup>53</sup>.

É dessa forma que Habermas explica a co-originariade da autonomia pública e autonomia privada, e a interligação dos direitos humanos e a soberania do povo. A definição da esfera de ação outorgada à autonomia privada se dá pelo exercício da autonomia pública; e de outro lado, é a autonomia privada que possibilita aprioristicamente o exercício da autonomia pública, bem como porque a obtenção de resultados válidos no procedimento discursivo requer a existência de indivíduos com capacidade de autodeterminação e de expressar livremente seus argumentos.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na teoria habermasiana, o reconhecimento do caráter intersubjetivo do ordenamento jurídico, produzido discursivamente pelos sujeitos do direito que são ao mesmo tempo destinatários e autores das normas jurídicas distensionam a relação entre autonomia e heteronomia, produzindo uma compreensão da harmonia entre autonomia privada e autonomia pública.

Um Direito que seja efetivamente autoral pode preservar o conteúdo ético do direito e, assumindo o pluralismo, respeitar as diferenças nas escolhas existenciais dos indivíduos.

É através do modo de produção discursiva do Direito que Habermas aponta como a legitimidade das normas jurídicas pode derivar da legalidade, bem como se pode validar a autodeterminação do indivíduo e sua liberdade ética, pois através do exercício da autonomia pública, os indivíduos especificaram o conteúdo da autonomia privada, ou seja, quais são os direitos subjetivos – e fundamentais – que constituirão a substância e os limites dessa autonomia.

A teoria de Habermas acerca da co-originariade entre autonomia pública e privada não é isenta de críticas. Segundo Silva, duas ordens de objeções são levantadas à tentativa de harmonização habermasiana<sup>54</sup>:

(i) de um lado, os que apontam que a teoria não consegue harmonizar autonomia pública e privada, sendo que há autores que sustentam que a tese sustentada em “Direito e

---

<sup>53</sup> SILVA, Felipe Gonçalves. **A solidariedade entre público e privado**. In: NOBRE, Marcos. TERRA, Ricardo (org). Direito e Democracia: Um guia de leitura de Habermas. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 109-110.

<sup>54</sup> SILVA, Felipe Gonçalves. **A solidariedade entre público e privado**. In: NOBRE, Marcos. TERRA, Ricardo (org). Direito e Democracia: Um guia de leitura de Habermas. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 112-114

Democracia” privilegiaria a autonomia privada (argumentam que Habermas já fornece um programa completo ao legislador, tolhendo a autonomia pública) e outros sustentam que o autor deu mais peso à autonomia pública (porque as liberdades individuais seriam meramente instrumentais, e a autonomia privada subordinada à autonomia pública, nos mesmos moldes da tradição republicana)

(ii) de outro lado, os que entendem que Habermas logrou harmonizar autonomia pública e privada, todavia acabou por anular a proteção jurídica dada a uma delas. Nesse sentido, os liberais apontaram que a “abstração” das liberdades individuais assumidas por Habermas – cuja conformação foi atribuída à autonomia pública destruíram as proteções da esfera privada. Os republicanos, por seu turno, criticaram a afirmação de que a distribuição de liberdades iguais fosse o único meio para a formação de uma vontade popular democrática, pois o caráter universalista dos direitos fundamentais desconsidera diferenças culturais e desvaloriza a necessidade de bens coletivos.

Qualquer que seja o entendimento adotado, isso não invalida o fato de que a construção de normas jurídicas de forma discursivamente intersubjetiva amplia a possibilidade de legitimação democrática do exercício/restrrição da autonomia privada.

Seja em discursos de fundamentação, seja em discursos de aplicação do Direito<sup>55</sup>, assegurar a situação de fala dos indivíduos, como ação comunicativa direcionada para o entendimento, pode aproximar o Direito dos influxos comunicativos do mundo da vida.

Especialmente em discursos de aplicação, assumir a tensão da facticidade e validade do direito, na sua dimensão externa, permitindo o efetivo atravessamento do mundo da vida no sistema, poderá levar – parafraseando Nobre, que a dimensão emancipatória contida nas normas possa ser mobilizada contra obstáculos sociais, políticos ou econômicos, e que de outro lado, normas conservadoras, possam ser desafiadas através das concretas lutas sociais.<sup>56</sup>

---

<sup>55</sup> Nesse sentido, acerca do uso da razão comunicativa e a ampliação da legitimidade do Direito aplicado nos Tribunais, vale citar a admissibilidade de diversos *amicus curiae* e das audiências públicas realizadas no Supremo Tribunal Federal, nos paradigmáticos julgamentos das ADPF 54 (antecipação terapêutica do parto em caso de comprovada anencefalia) e ADI 3510 (pesquisa com células tronco embrionárias), ocasiões em que a corte superior delimitou afirmativamente o espaço de proteção da autonomia privada.

<sup>56</sup> NOBRE, Marcos. TERRA, Ricardo (org). **Direito e Democracia: Um guia de leitura de Habermas**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 34.

## REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**. 4.ed. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1997.

CENCI, Ângelo Vitório. **Da ética do discurso à teoria do discurso**. In: NOBRE, Marcos; REPA, Luiz. (org). **Habermas e a reconstrução**. Campinas: Papyrus, 2012.

FARIAS, José Fernando de Castro. **Ética, Política e Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre a facticidade e validade**. Vol I, 2.ed., Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

KANT, Immanuel. **Resposta à pergunta: O que é o esclarecimento?** Trad. Luiz Paulo Rouanet. 1783. Obtido em [http://ensinarfilosofia.com.br/\\_\\_\\_pdfs/e\\_livros/47.pdf](http://ensinarfilosofia.com.br/___pdfs/e_livros/47.pdf). Acesso em 31.07.2014

\_\_\_\_\_. **Fundamentos da Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Edições 70, 1995.

\_\_\_\_\_. **Metafísica dos Costumes**. Bauru: Edipro, 2003.

NOBRE, Marcos. TERRA, Ricardo (org). **Direito e Democracia: Um guia de leitura de Habermas**. São Paulo: Malheiros, 2008.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A idéia de Justiça em Kant: Seu fundamento na liberdade e na igualdade**. 2. ed. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 1995.

SILVA, Felipe Gonçalves. **A solidariedade entre público e privado**. In: NOBRE, Marcos. TERRA, Ricardo (org). **Direito e Democracia: Um guia de leitura de Habermas**. São Paulo: Malheiros, 2008

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WEBER, Tadeu. **Ética e Filosofia do Direito: autonomia e dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Vozes, 2013.

# A UNIÃO ESTÁVEL COMO ENTIDADE FAMILIAR: COMPARANDO O ENTENDIMENTO NO DIREITO BRASILEIRO E PORTUGUÊS

Karina Carla Girardi<sup>1</sup>

**“Cada qual sabe amar a seu modo; o modo, pouco importa; o essencial é que saiba amar”.**

**(Machado de Assis)**

## INTRODUÇÃO

O presente busca estudar um dos vários ramos do Direito de Família, o que mais teve notoriedade nos últimos anos, ou seja, a união estável, comparando as principais diferenças entre a sistemática brasileira com a de Portugal. É sabido que os relacionamentos afetivos tendem, cada vez mais, a se informalizar, procurando uma alternativa ao casamento, e na maioria das vezes indo ao encontro da união estável.

Outrossim, as relações familiares foram alvo de grande evolução nas últimas décadas, em especial pelo reconhecimento da pessoa humana como valor maior do sistema jurídico. Diante dessa visível inovação, inadmissível que se exijam regras, até certo ponto inflexíveis, tais quais as do casamento. Ora, os companheiros têm a autonomia de assumir um relacionamento como a união estável senão pretendem contrair um matrimônio com todas as suas formalidades. Para o autor Rolf Madaleno, a união estável, “muito próximo da quase absoluta neutralidade, o Estado deve interferir tão-somente, como guardião da ordem pública matrimonial”<sup>2</sup>.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos consagra a dignidade da pessoa humana, sendo o indivíduo, sem dúvida, sujeito de respeito e consideração perante a comunidade e o Estado. Tal ato constitui motivo suficiente para que a família seja vista como

---

<sup>1</sup> Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo – Rio Grande do Sul – Brasil. Advogada Especialista em Direito Previdenciário. E-mail: karinagirardi@yahoo.com.br.

<sup>2</sup> MADALENO, Rolf. **Novas Perspectivas no Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 16.

um instituto de afirmação e promoção pessoal do ser humano, objetivando realizações e felicidade, e não somente com caráter de instituição jurídica, ou até mesmo patrimonial.

Diante disso, para o desenvolvimento da pesquisa, será utilizado o método dialético, o qual visa discutir e debater as oposições da realidade, compreendendo-a como contraditória e em permanente transformação. Assim, o raciocínio dialético fundamenta-se a partir do pressuposto de que a contradição está na realidade, formulando o seu pensamento por meio da lógica do conflito.

Para tanto, será utilizada vasta bibliografia referente ao tema pretendido, bem como leitura e discussão de livros, artigos científicos e demais publicações que tenham relação próxima com os objetivos da pesquisa, valendo-se, ainda, de análise jurisprudencial e da legislação pátria.

O presente trabalho tem como base teórica o macro princípio da dignidade da pessoa humana, o mais universal entre todos os princípios, disposto inclusive no inciso III, do artigo 1º da Constituição Federal Brasileira. Tal princípio abrange outros de fundamental importância ao objetivo da pesquisa, a exemplo do princípio da autonomia da vontade, o princípio da mínima intervenção do Estado, o princípio da igualdade, o princípio do pluralismo das entidades familiares e o princípio da efetividade.

Se busca, portanto, analisar o conceito da união estável brasileira e portuguesa, bem como a respectiva evolução que embasou o conceito atual, buscando as principais semelhanças e diferenças na aplicação e do modo de ver referente ao mesmo instituto, mas em culturas diferentes.

## **1. CONCEITO E EVOLUÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL**

A união estável, sempre existiu na vida em sociedade, embora sob outros nomes, mas com a mesma forma e finalidade. No entanto, para melhor entender o significado de união estável, mister se faz compreender o atual significado de família.

Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira, na obra *Direito de Família e o Novo Código Civil* afirmam que:

Para entender o que é família, é preciso buscar ajuda em outros campos do conhecimento. Assim, podemos adotar um conceito mais profundo e entender a família em qualquer época e em qualquer espaço geográfico ou cultura, acima de conceitos, muitas vezes estigmatizantes.

Buscando na Antropologia e na Psicanálise [...] a entendem como uma estruturação psíquica, em que cada membro ocupa um lugar, uma função<sup>3</sup>.

O modelo de família consagrado pelo Direito era baseado no matrimônio. As formas de uniões entre as pessoas as quais não passassem pela formalidade do casamento não eram reputadas família, sendo excluídas do sistema jurídico por não serem relevantes ao Direito.<sup>4</sup>

Dito isso, é de suma importância lembrar que a família antecede o casamento, já que família, realmente é um fato natural, enquanto que o casamento, não passa de uma criação humana. Pelo raciocínio de Carlos Alberto Bittar:

O casamento é um acordo de vontades tendente à comunhão espiritual e material de pessoas de sexo oposto, dispostas a constituir família, nos termos da lei. Configura contrato solene que opera a integração de homem e de mulher desimpedidos para a consecução das respectivas finalidades, individuais e sociais, consoante o direito aplicável<sup>5</sup>.

Assim, a família não poderia ser apenas como aquela proveniente do casamento, ainda mais onde os vínculos afetivos se mostram, de fato, de tão diferentes formas, como expõe Silvio Neves Baptista:

Por conseguinte, chega-se a conclusão de que o casamento é um contrato especial, e a circunstância de existir um acentuado número de normas imperativas que induziram a doutrina a considerá-lo também uma instituição, não descaracteriza a sua natureza contratual, posto que não são essas normas que regem no dia a dia-a-vida interior do grupo familiar, e sim, o disciplinamento interno estabelecido pelos próprios parceiros, sem a mínima interferência do poder estatal<sup>6</sup>.

A dificuldade de as relações extramatrimoniais serem vistas como família, demonstrava a tendência em sacralizar o seu conceito concentrado no casamento civil. Mesmo inexistindo qualquer diferença estrutural com os relacionamentos oficializados, era negado a estes novos arranjos os regramentos do direito familiar, nem ao menos por analogia, revelando a tentativa de preservação da instituição da família dentro dos padrões convencionais<sup>7</sup>.

---

<sup>3</sup> DIAS, Maria Berenice. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família e o Novo Código Civil**. 4 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 221.

<sup>4</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **As Famílias não Fundadas no Casamento e a Condição Feminina**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 32.

<sup>5</sup> BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993, p. 65.

<sup>6</sup> BAPTISTA, Silvio Neves. Contratos do direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Família e solidariedade: teoria e prática do direito de família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 440.

<sup>7</sup> DIAS, Maria Berenice. Homoafetividade e o direito à diferença. In: **Direito Contemporâneo de Família e das Sucessões: Estudos jurídicos em homenagem aos 20 anos de docência do Professor Rolf Madaleno**. MILHORANZA, Mariângela Guerreiro. PEREIRA, Sérgio Gischkow. Rio de Janeiro: GZ, 2009, p. 162.

A evolução da regulamentação da união estável se deu de forma lenta e gradativa. Até mesmo não podia ser de outro modo, já que o casamento, dentre as formas de constituição de família, é a que maior recebe incentivo do Estado<sup>8</sup>.

Porém, com o passar dos anos, com a flexibilização das relações afetivas, a primazia pelo afeto e o bem estar social acima de tudo, e ainda para contemplar uma realidade já existente, surgiu no ordenamento jurídico a união estável, fazendo com que o legislador percebesse que precisava amparar também as pessoas que resolvessem constituir família sem passar pela égide do casamento.

Seguindo o raciocínio, importante salientar a delimitação do conceito de família e entidade familiar. Entidade familiar é feita no sentido de núcleo familiar, família no mais estrito sentido da palavra, abrangendo os mais diversos arranjos familiares, dentro de uma perspectiva pluralista, de respeito à dignidade da pessoa humana, com o significado de unidade integrada pela possibilidade de manifestação de afeto, através da (con)vivência, publicidade e estabilidade<sup>9</sup>.

Como já dito, a união estável existiu na sociedade desde os mais remotos tempos. No entanto, o que se conhece por união estável hoje, era conhecido como concubinato, forma impura de um homem e uma mulher viverem sua sexualidade, sem haver nenhum amparo jurídico aos sujeitos e ainda, sempre tratados com discriminação.

Dessa forma, a união estável é regulada basicamente pelo afeto entre os companheiros que mutuamente decidem constituir uma família, sem passar pelos trâmites do casamento.

Ainda, esse instituto também é conhecido por sociedade de fato, família de fato, ou companheirismo, e, em suma, é o relacionamento mantido entre duas pessoas de sexos diferentes, como se casadas fossem. Distingue-se do casamento tão-somente pela inexistência de formalidades legais, sem perder a mesma proteção dispensada a qualquer outro núcleo familiar<sup>10</sup>.

A doutrina argentina se manifesta acerca da caracterização do que chama de “*uniones consensuales*” ou “*unión de hecho*”, afirmando:

---

<sup>8</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família: Uma abordagem psicanalítica**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 27.

<sup>9</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Família e Cidadania: O Novo CCB e a Vacatio Legis**. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002, p. 144.

<sup>10</sup> FARIAS, Cristiano Chaves. ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 390-391.

A las uniones consensuales entre un hombre y una mujer, en las que no median impedimentos matrimoniales, se les ha denominado uniones libres; pero conforme a la legislación constitucional y familiar de Panamá reciben la denominación de matrimonios de hecho. Así lo define el artículo 53 del Código de la Familia que al respecto preceptúa: “La unión de hecho entre personas legalmente capacitadas para contraer matrimonio, mantenida durante cinco (5) años consecutivos en condiciones de singularidad y estabilidad surtirá todos los efectos del matrimonio civil<sup>11 12</sup>.”

Por fim, nunca é demais ressaltar que o objetivo maior da união estável, o cerne, mesmo, de seu conceito, é a constituição da família de fato<sup>13</sup>.

O princípio da dignidade da pessoa humana é fundamental ao Estado Democrático de Direito. Assim, a família, acima de tudo está condicionada ao desenvolvimento da dignidade das pessoas que a integram. A finalidade da entidade familiar é justamente ser o instrumento da realização existencial de seus membros<sup>14</sup>.

Desse modo, basilar ao Direito de Família a dignidade da pessoa humana. Basicamente, este princípio é a base da união estável, por defender o bem estar físico e psicológico das pessoas que compõem as mais variadas formas de família.

Rompe com a orientação legal centenária, que reconhecia, tão-somente, o casamento como exclusiva entidade familiar, e como tal, a única forma idônea a receber a proteção do Estado<sup>15</sup>. Leciona Carmem Lucia Silveira Ramos:

[...] a família nuclear sempre foi plural, no plano social, tendo como fonte não apenas o matrimônio, mas também relacionamentos de fato, de variados perfis, relacionamentos estes que se manifestavam tanto imitando a família matrimonializada quanto paralelamente a união conjugal, engendrando, quando desfeitos, caso havidos filhos do relacionamento, famílias monoparentais<sup>16</sup>.

No Direito de Família, a dignidade da pessoa humana se espraia em todos os seus institutos, em toda a sua extensão, como forma de garantia e do reconhecimento da função

---

<sup>11</sup> PITTÍ G., Ulisses. Las uniones de hecho: sus nuevos paradigmas. In: CARLUCCI, Aída Kemelmajer de. *El derecho de familia y los nuevos paradigmas*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, Tomo III, p. 199.

<sup>12</sup> Tradução da autora: As uniões entre um homem e uma mulher, que não mediam impedimentos para o casamento, têm sido denominada uniões livres, mas ao abrigo do direito constitucional e da família no Panamá são conhecidos como uniões de fato. Isto é definido no artigo 53 do Código de Família que estabelece que, a este respeito: "A união de fato entre pessoas legalmente capazes de contrair casamento, mantido por cinco (5) anos consecutivos, em termos de unicidade e estabilidade terá todos os efeitos do casamento civil.

<sup>13</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Comentários ao Código Civil: parte especial: direito de família*, v. 19. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 253.

<sup>14</sup> LÔBO, Paulo. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 39.

<sup>15</sup> ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. Famílias simultâneas e concubinato adúltero. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Família e cidadania: o novo CCB e a vacatio legis*. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002, p. 145.

<sup>16</sup> RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A família constitucionalizada e pluralismo jurídico. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *A Família na Travessia do Milênio*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 61.

que cada membro desempenha no seio da sua família, representando o ápice de tal princípio<sup>17</sup>.

## 2. VISÃO CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL DA UNIÃO ESTÁVEL NO BRASIL

A Constituição Federal de 1988, reconheceu de forma ímpar os direitos fundamentais e, trouxe profundas mudanças na parte atinente ao Direito de Família. Com efeito, afirma Cristiano Chaves de Farias: “o conceito trazido no *caput* do artigo 226 é plural e indeterminado, firmando uma verdadeira *cláusula geral de inclusão*. Dessa forma, é o cotidiano, são as necessidades e os avanços sociais que se encarregam da concretização dos tipos<sup>18</sup>.

O legislador constituinte, então, equiparou os conviventes aos cônjuges, não fazendo e proibindo qualquer diferenciação neste sentido. Ainda mais porque a Constituição Federal reconheceu juridicidade ao afeto, ao elevar as uniões formadas pelos vínculos afetivos à categoria de entidade familiar<sup>19</sup>.

Ora, se a essência do casamento é a família, tal como ocorre na união estável, e tendo conhecimento que os propósitos de ambos são os mesmos, não há razão jurídica para não serem equiparados em direitos e deveres<sup>20</sup>.

Assim entendeu o legislador quando da elaboração da Constituição Federal, bem como do Código Civil de 2002, assegurando todos os direitos atinentes à família, à união estável, equiparando-a ao casamento e delegando direitos e deveres semelhante aos do casamento aos conviventes.

Após a Carta Magna de 1988, surgiram diversas legislações para regulamentar o “novo” instituto que se criara: a Lei 8.971/94 e a Lei 9.278/96, além, claro do Código Civil de 2002, Lei 10.406/2002.

Pela Lei 8.971/94, para que se enquadrasse em união estável e gerasse direitos alimentares e sucessórios, era necessário que um homem e uma mulher estivessem na condição de companheiros, ambos solteiros, separados judicialmente, divorciados ou viúvos

---

<sup>17</sup> SEREJO, Lourival. **Direito Constitucional da Família**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.18

<sup>18</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. **A Separação Judicial à Luz do Garantismo Constitucional: A Afirmação da Dignidade Humana como um Réquiem para a Culpa na Dissolução do Casamento**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 63.

<sup>19</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**, 2007, p. 157.

<sup>20</sup> WELTER, Belmiro Pedro. **Estatuto da União Estável**. 2 ed. Porto Alegre: Síntese, 2003, p. 82.

e ainda que convivessem por no mínimo cinco anos, ou, antes disso tivessem prole.

Com a Lei 9.278/96, os requisitos mudaram<sup>21</sup> e se tornaram muito semelhantes ao que há no atual Código Civil, como se vê do *caput* do seu artigo 1.723<sup>22</sup>, que se transcreve: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

Muito se evoluiu no instituto da união estável para vê-la equiparada ao casamento, mas, o que há de se ressaltar foi o grande salto, não só nas legislações, mas na própria aceitação social, de quem decide viver em união estável, com naturalidade, reconhecendo que as relações não são e nunca foram perpétuas e de que o afeto que une as pessoas em tal relação é o mesmo que as une no casamento.

Pela leitura do texto legal do artigo 1.723 do Código Civil, é reconhecida como união estável a convivência pública, contínua e duradoura, se equiparando, para a sociedade ao casamento, só faltando aos companheiros “o papel passado”.

Ainda, para Fábio Ulhoa Coelho:

Para a ordem jurídica atual, é absolutamente indiferente se homem e mulher desimpedidos casam ou optam por se unir sem a formalidade do casamento. As consequências pessoais, inclusive para os filhos, e patrimoniais serão rigorosamente as mesmas. Finalmente, pode-se dizer que o casamento se tornou uma simples *folha de papel*<sup>23</sup>.

Para Euclides de Oliveira, a união estável somente existe e perdura enquanto traduzir uma “união feliz”, consistente numa relação de puro afeto entre homem e mulher, tendo por objetivo a constituição de família e a mútua felicidade, sem a necessidade de intervenção cartorária ou judicial<sup>24</sup>.

### 3. VISÃO LEGISLATIVA DA UNIÃO ESTÁVEL NO DIREITO PORTUGUÊS

Embora na prática, a *união de facto*, como é chamada a união estável em Portugal, de fato sempre existiu, somente em 1999 passou a ser regulamentada. Antes disso existiam

---

<sup>21</sup> Art. 1º da Lei 9.278/96: “É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família”.

<sup>22</sup> RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 887.

<sup>23</sup> COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 122.

<sup>24</sup> OLIVEIRA, Euclides de. União estável: conceituação e efeitos jurídicos. In: BARBOSA, et. al. (Coord.). **Direito de Família: Direito Civil**. v. 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 332.

apenas regulamentações tratando de outras questões, trazendo em segundo plano a conceituação de união estável, a exemplo é de citar o regulamento que tratava sobre alimentos entre conviventes<sup>25</sup>.

Assim, diante da necessidade de regulamentar a questão da união estável, em 1999 fora inserido no ordenamento português a Lei n.º 135/99, de 28 de agosto, a qual foi revogada pela Lei n.º 7/2001, de 11 de maio, atualizada pela Lei n.º 23, de 30 de agosto de 2010<sup>26</sup>, os quais os principais artigos serão vistos abaixo.

#### 4. REQUISITOS PARA A CONFIGURAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL

Para Carlos Roberto Gonçalves, os requisitos da união estável se dividem em objetivos e subjetivos. Os pressupostos objetivos seriam a diversidade de sexos; a notoriedade; estabilidade ou duração prolongada; continuidade; inexistência de impedimentos matrimoniais e relação monogâmica. Já os requisitos apontados como de ordem subjetiva: convivência *more uxorio* (aparência de casado) e *affectio maritalis* (ânimo ou objetivo de constituir família)<sup>27</sup>.

As características já foram demarcadas tanto pela doutrina como pela jurisprudência, como pode ser observado por Acórdão proferido pela Desembargadora Vanessa Verdolin Hudson Andrade, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, fazendo uma citação de Rodrigo da Cunha Pereira, as quais seriam:

[...] durabilidade, estabilidade, convivência sob o mesmo teto, prole, relação de dependência econômica. Entretanto, se faltar um desses elementos, não significa que esteja descaracterizada a união estável. É o conjunto de determinados elementos que ajuda a objetivar e a formatar o conceito de família. O essencial é que se tenha formado com aquela relação afetiva e amorosa uma família, repita-se. Os elementos intrínsecos e extrínsecos, objetivos e subjetivos, em cada caso concreto, são os que nos ajudarão a responder se ali está caracterizada, ou não, uma união estável<sup>28</sup>.

Desse modo, as relações de caráter meramente afetivo, ou ainda, simples relações

---

<sup>25</sup> Art. 2020, do CCiv (Código Civil); Decreto-Lei (DL) n. 496/77, DL n. 322-90.

<sup>26</sup> 1 – A presente lei adota medidas de protecção das uniões de facto.

2 – A união de facto é a situação jurídica de duas pessoas que, independentemente do sexo, vivam em condições análogas às dos cônjuges há mais de dois anos.

<sup>27</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 2. ed. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 540.

<sup>28</sup> MINAS GERAIS. **Tribunal de Justiça**. *Apelação Cível Nº. 1.0024.05.738147-7/00*. Relator: Des. Vanessa Verdolin Hudson Andrade. Belo Horizonte, 30 de janeiro de 2009. Disponível em <www.tjms.jus.br>. Acesso em 14 out. 2009.

sexuais, mesmo que repetidas por largo espaço de tempo, não configuram união estável<sup>29</sup>.

É de salientar que em geral, aqueles que estabelecem uma união estável para constituição de família, é porque não querem a interferência do Estado em suas relações pessoais e íntimas. Além disso, uma das características mais marcantes da união estável é a ausência de formalismo, independendo de qualquer solenidade, bastando o fato da vida em comum, diferente do que ocorre no casamento.

Para que seja configurada este tipo de entidade familiar, é necessário ver presente os requisitos supra citados, sob pena das partes estarem vivendo algum outro tipo de relacionamento, que não a união estável. Assim, primeiramente, analisam-se os requisitos peculiares de cada caso para averiguar se realmente trata-se desse instituto.

Já, Arnaldo Rizzardo entende que além dos requisitos constantes no Código Civil, em seu artigo 1.723, *caput*, para que se caracteriza uma união estável, há várias outras exigências, tais como a *affectio societatis* familiar; a posse de estado de casado; a notoriedade do relacionamento e honorabilidade da conduta; o dever de fidelidade; a habitação comum; a convivência *more uxorio*; a comunidade de leito; a continuidade da união; a dependência efetiva de um companheiro ou convivente em relação ao outro; a continuidade e período de duração<sup>30</sup>.

Sílvio de Salvo Venosa também delimitou algumas características, quais sejam, a estabilidade na união entre o homem e a mulher; a continuidade de tal relação; a diversidade de sexos; a publicidade, bem como o objetivo de constituição de família<sup>31</sup>.

Dessa gama, será analisado o significado de cada requisito da união estável a fim de elucidar suas características, assim, desdobrar o seu conceito prático.

O principal requisito da união estável, sem sombra de dúvidas, é o objetivo dos partícipes em constituir uma família (*affectio maritalis*). “É em vista desse objetivo que a ordem jurídica confere ao relacionamento conjugal informal a proteção merecida pelas famílias”<sup>32</sup>. O *affectio maritalis* passou a ser o requisito de maior importância na concepção atual da união estável. Assim, presente tal característica, já está meio caminho andado à caracterização da união estável.

---

<sup>29</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 31.

<sup>30</sup> RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**, 2004, p. 890-893.

<sup>31</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 9 ed. v. 6. São Paulo: Atlas, 2009, p. 42-44.

<sup>32</sup> COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. 2006, p. 125.

Devido ao caráter monogâmico desse tipo de relação familiar, pelo fato, principalmente, da união estável se espelhar no casamento<sup>33</sup>, tem-se como requisito, a unicidade de vínculo, ou seja, a lealdade ou fidelidade entre os conviventes.

Aliás, em muitos casos, o elemento caracterizador da relação é a presumida fidelidade recíproca entre os companheiros, pois ela não só revela o propósito de vida em comum, como cria uma presunção *juris tantum*, de que o filho havido pela mulher é do seu companheiro<sup>34</sup>, ou seja, até que se prove o contrário, admite-se como fato verdadeiro.

Ainda, tem-se a convivência pública ou notoriedade (publicidade), que pressupõe que os companheiros queiram tornar conhecida de toda a sociedade a circunstância de que vivem como se marido e mulher fossem, e que esta convivência se destina ao fim de constituir família (convivência *more uxorio*). A fama do casal é de que são companheiros e isso há de ser notório, ou seja, de todos conhecido<sup>35</sup>. “Se preferem esconder da família e das pessoas em geral a convivência informal que nutrem, então ela não é merecedora, pela lei, de proteção”<sup>36</sup>. Salienta-se que não é exigível que os companheiros tenham vida social, participando de eventos, festas, mas sim que o relacionamento não seja furtivo, às escondidas, típico dos amantes que não querem ser notados.

Outro requisito fundamental é que o relacionamento perdure no tempo, ou seja, tem que ser estável.

Até aqui, os requisitos se assemelham tanto no Brasil, como em Portugal.

No entanto, no Brasil, segundo Matiello<sup>37</sup>, não há na lei prazo mínimo de duração, mas certamente não se pretende que qualquer aventura ou relacionamentos efêmeros sejam tratados como entidade familiar digna de proteção do Estado. Assim, também se faz necessária uma convivência contínua, não podendo ocorrer interrupções significativas no decurso do prazo do relacionamento destinado à constituição de família. Busca-se evitar a quebra da estabilidade em razão de períodos mais ou menos longos, em que a convivência

---

<sup>33</sup> SANTOS, Simone Orideschi Ivanov dos. **União Estável: Regime Patrimonial e Direito Intertemporal**. São Paulo: Atlas, 2005, p. 40.

<sup>34</sup> RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil: Direito de Família*. 28. ed. Atualizada por Francisco José Cahali. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 259.

<sup>35</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado**. 6 ed. rev. ampl.e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 1117.

<sup>36</sup> COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. 2006, p. 126.

<sup>37</sup> MATIELLO, Fabrício Zamprogna. **Código Civil Comentado: Lei n. 10.406, de 10.01.2002**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 1126.

deixou de existir<sup>38</sup>.

À luz da Lei 8.971/94, tinha-se como requisito primordial um prazo mínimo para a delimitação da união estável. Esse prazo consistia, em cinco anos de convivência, ou a ocorrência de prole, para só então o relacionamento começar a produzir os efeitos caracterizadores de uma entidade familiar<sup>39</sup>. Por evidente, os problemas decorrentes dessa conceituação frágil deram vida curta a essa lei.

Já a Lei 9.278/96, conhecida como Estatuto da União Estável<sup>40</sup>, se absteve quanto ao tempo de convivência como requisito fundamental à sua constituição, introduzindo o conceito contido em seu artigo 1º. Embora já citado anteriormente, é importante frisar que, atualmente, pelo Código Civil também não se exige prazo mínimo para determinar a configuração da união estável, apenas trazendo a tona o termo “duradura”, se abstendo em delimitar prazo taxativo.

É de se ressaltar, também, que ambas as leis supracitadas (Lei 8.971/94 e Lei 9.278/96) continuam vigorando na matéria em que o Código Civil não as revogou com disposição contrária. A título de exemplo, tem-se a competência de todos os procedimentos judiciais pertinentes à união estável, disposta no artigo 9º da Lei 9.278/96, qual seja, as Varas de Família.

Logo, no Brasil não existe um tempo determinado mínimo para que seja reconhecida a união estável, diferentemente do que ocorre em Portugal, que segundo a Lei n.º 7/2001, de 11 de maio, atualizada pela Lei n.º 23, de 30 de agosto de 2010, em seu número 2 do artigo 1º, determina como lapso temporal mínimo para configuração da união estável o prazo de dois anos que o casal conviva.

Mais um requisito buscado pela união estável é que suas partes estejam desimpedidas de casar. Segundo o artigo 2º, na alínea “c”, da Lei n.º 7/2001, em Portugal é causa de exceção à configuração da união estável, ou melhor, *união de facto*, quando o casamento anterior não tiver sido dissolvido, salvo se tiver sido decretada separação judicial de pessoas e bens.

---

<sup>38</sup> COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. 2006, p. 126.

<sup>39</sup> Art. 1º: A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de cinco anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade.

<sup>40</sup> NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**: Direito de Família. v. 5. Rio de Janeiro: 2006, p. 595.

Já no Brasil, para o reconhecimento da união estável, basta estarem separados judicialmente, ou, simplesmente de fato, como pode ser visto por acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO ESTÁVEL. AUSÊNCIA DE PROVA DOS REQUISITOS INDISPENSÁVEIS À CARACTERIZAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL. COMPANHEIRO CASADO. IMPEDIMENTO PARA CONFIGURAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL. O reconhecimento da união estável depende de prova plena e convincente de que o relacionamento se assemelha, em tudo e perante todos, ao casamento. A existência de relação amorosa entre as partes, sem os requisitos exigidos pela lei, não se caracteriza como união estável. Ausência de prova da coabitação, continuidade, publicidade e objetivo de constituir família, ônus que incumbia à autora. Impossibilidade de reconhecimento de união estável concomitante ao casamento, quando não evidenciada a separação de fato de um dos concubinos. APELAÇÃO PROVIDA<sup>41</sup>.

A doutrina de Paulo Lôbo, preceitua:

A lei não exige que, para o início da união estável, o companheiro casado tenha antes obtido o divórcio [...]. Mas é necessário ao menos que esteja separado de fato de seu cônjuge, ou separado judicialmente. Assim, na hipótese de o relacionamento com o outro companheiro ter começado quando ainda havia convivência com o cônjuge, somente após a separação de fato se dá o início da união estável, pois antes configurava concubinato<sup>42</sup>.

A diversidade de sexos, explícita no Código Civil, também é tida como um elemento da união estável, seguindo expressamente a Constituição Federal, em seu artigo 226, § 3º. Dito isso, para Paulo Nader,

[...] tal disposição deixa estreme de dúvida a impossibilidade da união estável nas relações homoafetivas. Para que ocorra um tal avanço, o ponto de partida será a remoção do obstáculo constitucional. Se a Constituição equiparou, praticamente, a união estável ao casamento e para este é indispensável a diversidade de sexos, seria um contrasenso a dualidade de orientação. Destarte, pensamos, caso a união estável entre homossexuais se torne juridicamente possível, a permissão deverá estender-se ao instituto do casamento. Por ora, a relação homoafetiva gera efeitos jurídicos na esfera obrigacional, podendo configurar sociedade de fato se ambos contribuíram, com seu esforço, para a formação do patrimônio. Não obstante este entendimento, há acórdãos reconhecendo as uniões homoafetivas, inclusive à luz de princípios constitucionais<sup>43</sup>.

No entanto, tal entendimento está totalmente superado. Desse modo, a homoafetividade tem provocado o pronunciamento dos Tribunais, inclusive com a recente Resolução n. 175, de 14 de maio de 2013, do Conselho Nacional de Justiça, baseados em

---

<sup>41</sup> RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça**. *Apelação Cível Nº 70027944925*, da 7ª Câmara Cível. Relator: Des. André Luiz Planella Villarinho. Porto Alegre, 16 de setembro de 2009. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 28 set. 2009.

<sup>42</sup> LÔBO, Paulo. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 157.

<sup>43</sup> NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 2006, p. 589.

julgados do STF<sup>44</sup>, no sentido de reconhecimento de tais relacionamentos, indicando o caminho de aceitação de vínculos baseados no amor, e não na dualidade de sexos, como pode ser observado pela decisão jurisprudencial a seguir:

EMBARGOS INFRINGENTES. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL ENTRE HOMOSSEXUAIS. PROCEDÊNCIA. A Constituição Federal traz como princípio fundamental da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3.º, I) e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3.º, IV). Como direito e garantia fundamental, dispõe a CF que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (art. 5.º, caput). Consagrando princípios democráticos de direito, ela proíbe qualquer espécie de discriminação, inclusive quanto a sexo, sendo incabível, pois, discriminação quanto à união homossexual. Configurada verdadeira união estável entre a autora e a falecida, por vinte anos, deve ser mantida a sentença de procedência da ação, na esteira do voto vencido. Precedentes. Embargos infringentes acolhidos, por maioria<sup>45</sup>.

Isso em Portugal, foi há muito sedimentado, vez que consta expressamente no teor legal já citado (o artigo 1.º, número 2, da Lei n.º 7/2001), “A união de facto é a situação jurídica de duas pessoas que, **independentemente do sexo**, vivam em condições análogas às dos cônjuges há mais de dois anos”. (grifo meu)

Outra situação peculiar em que se analisa a diferença entre a união estável brasileira e portuguesa, é quanto a disposição do regime de bens. Enquanto no Brasil, o regime de bens é como regra similar ao casamento, em Portugal se aplica o regime geral das relações obrigacionais e reais.

Por fim, o que mais merece destaque fora o fato de que, embora reconhecida juridicamente, a *união de facto* independente do sexo do casal, em Portugal, a união estável não é considerada como relação de família (entidade familiar), o que diverge absolutamente do Brasil, sendo esta a principal diferença desse instituto, já que no Brasil indiscutivelmente foi dado à união estável o *status* de família.

Esse entendimento em Portugal, segundo Diogo Leite de Campos<sup>46</sup>, se dá porque, embora os efeitos de direito sejam semelhantes ao casamento, a *união de facto* não respeita os requisitos de validade impostos ao matrimônio.

No entendimento português, enquanto casamento se define como um contrato entre

---

<sup>44</sup> Acórdão prolatado em Julgamento da ADPF 132/RJ e da ADI 4277/DF.

<sup>45</sup> RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça**. *Embargos Infringentes nº 70030880603*, da 4ª Grupo de Câmaras Cíveis. Relator: Des. José Ataídes Siqueira Trindade. Porto Alegre: 14 de agosto de 2009. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 22 set. 2009.

<sup>46</sup> CAMPOS, Diogo Leite de. **Lições de Direito da Família e das Sucessões**. Coimbra: Almedina, 1997, p. 48.

peças que pretendem constituir família tendo em vista uma plena comunhão de vida no plano pessoal e também patrimonial, respeitado o regime de bens adotado, a *união de facto* não implica a existência de qualquer contrato escrito, podendo ser realizada com pessoas do mesmo sexo, não sendo fonte de relações familiares entre os seus membros, podendo ou não estabelecer-se uma plena comunhão de vida no plano pessoal, mas nunca no plano patrimonial<sup>47</sup>.

Outro argumento usado para excluir a união estável como entidade familiar, é que nos termos do artigo 1576º do Código Civil Português<sup>48</sup>, a *união de facto* ficou excluída como relação jurídica familiar.

Contrariamente a este entendimento, o artigo 36, nº 1 da Constituição da República Portuguesa, consta que “Todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade”, sendo a *união de facto* uma relação familiar, pois formam uma família de fato.

Neste ponto, Francisco Pereira Coelho entende que o nº 1 do art. 36º da Constituição da República Portuguesa não se refere a *união de facto*, mas somente à filiação, já que o direito de constituir família é um direito a procriar e um direito a estabelecer as relações de paternidade e maternidade correspondentes<sup>49</sup>.

Visto toda a árdua evolução do instituto no Brasil, o caminho que se espera é que o Direito de Família português passe a entender a união estável como família, no mais puro conceito.

Percebe-se que o Direito de Família, principalmente no que concerne à união estável evoluiu muito, principalmente nos últimos anos, sendo essa a tendência nos países ocidentais, tendo muito mais a evoluir (exemplo disso é o Estatuto das Famílias – Projeto de Lei. 470/2013), pois a atual sociedade não vê mais a família apenas como um instrumento de força produtiva ou procriação, mas sim como uma garantia de realização pessoal do indivíduo.

Por isso, o surgimento de tantas formas de entidades familiares, todas diversas entre

---

<sup>47</sup> CAMPOS, Diogo Leite de. **Lições de Direito da Família e das Sucessões**. Coimbra: Almedina, 1997, p. 58.

<sup>48</sup> São fontes das relações jurídicas familiares o casamento, o parentesco, a afinidade e a adoção (sic).

<sup>49</sup> COELHO, Francisco Pereira. OLIVEIRA, Guilherme de. **Curso de direito de Família: Introdução Direito Matrimonial**. Coimbra: Coimbra editora, 2001, p. 117.

si, mas com o mesmo intuito, de trazer felicidade aos seus membros. Em suma, a união estável é uma forma efetiva de viver a conjugalidade sem a oficialidade que exige o casamento e vem ganhando o reconhecimento do Estado.

### **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Conforme analisado, a família e a união estável presentes no seio da humanidade desde seus primórdios, decorrem de fato natural. Suas histórias se confundem com a história da natureza humana, tendo sido objeto de constantes transformações, respeitadas épocas históricas, usos e costumes de cada povo.

No Brasil, somente com o advento da Constituição Federal, em 1988, e mais precisamente em seu artigo 226, é que restou assegurada como uma verdadeira entidade familiar o relacionamento conhecido como união estável. Foram estudadas também algumas das regulamentações que surgiram após a Constituição Federal acerca do assunto, entre elas, as Leis 8.971/94 e 9.278/96. No entanto, tais leis não conseguiam regularizar as situações de fato que ocorriam na sociedade em geral. Foi só com o advento do Código Civil, em 2002, que a união estável ganhou o merecido destaque, quando foi disposta no livro do Direito de Família, no artigo 1.723 e seguintes.

Em Portugal, somente em 1999 passou a ser regulamentada a *união de facto*. Diante da necessidade de regulamentar a questão da união estável, em 1999 fora inserido no ordenamento português a Lei n.º 135/99, de 28 de agosto, a qual foi revogada pela Lei n.º 7/2001, de 11 de maio, atualizada pela Lei n.º 23, de 30 de agosto de 2010.

Desse modo, passou-se a verificar que a união estável já não estava à margem da lei, então, para delimitar quais casos se aplicariam este instituto foram abordados os requisitos caracterizadores da união estável, e as semelhanças e coincidências do entendimento dos requisitos no Brasil e em Portugal.

Por fim, discorrido sobre os requisitos, chegou-se a conclusão de que, emora na grande maioria deles muito se assemelham, Portugal não reconhece a união estável como entidade familiar, diversamente do que ocorre no Brasil.

### **REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS**

ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. Famílias simultâneas e concubinato adúltero.

In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Família e cidadania: o novo CCB e a vacatio legis**. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002, p. 143-153.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Comentários ao código civil: parte especial – do direito de família**. v. 19. São Paulo: Saraiva, 2003.

BAPTISTA, Silvio Neves. Contratos do direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Família e solidariedade: teoria e prática do direito de família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.

CAMPOS, Diogo Leite de. **Lições de Direito da Família e das Sucessões**. Coimbra: Almedina, 1997.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2006.

COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de. **Curso de direito de Família: Introdução Direito Matrimonial**. Coimbra: Coimbra editora, 2001.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 3 ed. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_ **Manual de Direito das Famílias**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_ **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_ Homoafetividade e o direito à diferença. In: **Direito Contemporâneo de Família e das Sucessões: Estudos jurídicos em homenagem aos 20 anos de docência do Professor Rolf Madaleno**. MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PEREIRA, Sérgio Gischkow. Rio de Janeiro: GZ, 2009, p. 159-174.

\_\_\_\_\_ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família e o Novo Código Civil**. 4 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **A Separação Judicial à Luz do Garantismo Constitucional: A Afirmação da Dignidade Humana como um Réquiem para a Culpa na Dissolução do Casamento**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FARIAS, Cristiano Chaves. ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Lumen

Juris, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 2 ed. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2006.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza. DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 3 ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey. 2010.

LÔBO, Paulo. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil: Famílias**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MADALENO, Rolf. **Novas Perspectivas no Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MATIELO, Fabrício Zamprogna. **União Estável – Concubinato: Repercussões Jurídico-Patrimoniais**. Porto Alegre: Sagra-Luzzatto, 1997.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MINAS GERAIS. **Tribunal de Justiça**. *Apelação Cível Nº. 1.0024.05.738147-7/00*. Relator: Des. Vanessa Verdolin Hudson Andrade. Belo Horizonte, 30 de janeiro de 2009. Disponível em <[www.tjms.jus.br](http://www.tjms.jus.br)>. Acesso em 14 jul. 2014.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 37 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. v. 5. Rio de Janeiro: 2006.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado**. 6. ed. rev. ampl.e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Euclides de. União estável: conceituação e efeitos jurídicos. In: BARBOSA, Águida Arruda et. al. (Coord.). **Direito de Família: Direito Civil**. v. 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 150-167.

\_\_\_\_\_. A escalada do afeto no direito de família: ficar, namorar, conviver, casar. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Família e dignidade humana**. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006, p. 315-339.

\_\_\_\_\_. União estável: conceituação e efeitos jurídicos. In: BARBOSA, Águida Arruda. VIEIRA, Claudia Stein (coords.). **Direito de Família: Direito Civil**. v. 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**. 16. ed. v. 5. Rio

de Janeiro: Forense, 2006.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família: Uma abordagem psicanalítica**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

\_\_\_\_\_. **Família e Cidadania: O Novo CCB e a Vacatio Legis**. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM, Del Rey, 2002.

PITTÍ G., Ulisses. Las uniones de hecho: sus nuevos paradigmas. In: CARLUCCI, Aída Kemelmajer de. **El derecho de familia y los nuevos paradigmas**. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, Tomo III, p. 197-215.

RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A família constitucionalizada e pluralismo jurídico. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **A Família na Travessia do Milênio**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 61-70.

RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça**. *Embargos Infringentes nº 70030880603*, da 4ª Grupo de Câmaras Cíveis. Relator: Des. José Ataídes Siqueira Trindade. Porto Alegre: 14 de agosto de 2009. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 14 jul. 2014.

\_\_\_\_\_. **Tribunal de Justiça**. *Apelação Cível Nº 70027944925*, da 7ª Câmara Cível. Relator: Des. André Luiz Planella Villarinho. Porto Alegre, 16 de setembro de 2009. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 12 jul. 2014.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: Direito de Família**. 28 ed. Atualizada por Francisco José Cahali. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2004.

SANTOS, Simone Orodeschi Ivanov dos. **União Estável: Regime Patrimonial e Direito Intertemporal**. São Paulo: Atlas, 2005.

SEREJO, Lourival. **Direito Constitucional da Família**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey: 2004.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 9. ed. v. 6. São Paulo: Atlas, 2009.

WELTER, Belmiro Pedro. **Estatuto da União Estável**. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003.

# O INSTITUTO BRASILEIRO DA SÚMULA VINCULANTE E OS PRECEDENTES JUDICIAIS DO DIREITO INGLÊS – UM ESTUDO DE DIREITO COMPARADO

Guilherme Lohmann Togni<sup>1</sup>

## INTRODUÇÃO

Os crescentes questionamentos à crônica demora na prestação jurisdicional, bem como aos elevados custos da máquina judicial tem levado tanto a doutrina nacional quanto a própria dogmática jurídica a ocupar-se do tema da efetividade da justiça brasileira. Nesse contexto, diversas alterações foram implementadas pela Emenda Constitucional nº45/2004, por meio da qual pretendeu-se a reforma do Poder Judiciário. Por meio da referida Emenda Constitucional, a razoável duração do processo foi reconhecida como direito fundamental, e dentre as diversas medidas voltadas a assegurar a brevidade e a celeridade dos processos judiciais e administrativos, está a institucionalização do efeito vinculante das Súmulas do Supremo Tribunal Federal.

Nesta senda, para além de uma análise dogmática do instituto, o presente artigo tem por objeto o estudo do instituto da Súmula Vinculante, por meio da utilização do método de direito comparado, contrapondo as suas características com as dos precedentes no direito inglês. Para tanto, inicialmente serão abordadas as famílias de direito da *civil law*, na qual tradicionalmente se insere o direito brasileiro, e a da *common law*, passando em seguida para a análise do espaço reservado à jurisprudência em cada uma das famílias. Posteriormente, será realizada abordagem acerca da dogmática do instituto da Súmula Vinculante no direito positivo brasileiro. Com base em tais elementos, pretende-se analisar se está em curso no direito brasileiro um processo de aproximação ou fusão entre as diferentes famílias de direito em estudo, bem como questionar se o instituto da Súmula Vinculante corresponde ao precedente da *common law* e se presta a alcançar os objetivos aos quais foi inserido na ordem jurídica brasileira.

---

<sup>1</sup> Discente do Curso de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo UPF

## 1. BREVES APONTAMENTOS SOBRE AS CARACTERÍSTICAS DAS FAMÍLIAS DE DIREITO DA *COMMON LAW* E DA *CIVIL LAW*

Na atualidade, verifica-se a existência de uma multiplicidade de direitos, na medida em que cada Estado possui um direito que lhe é próprio e, muitas vezes em seu próprio interior são diversos direitos, aplicados de forma concorrente. Essa multiplicidade se estende para além da variedade de regras aplicáveis em cada Estado, na medida em que o fenômeno jurídico se revela mais amplo do que apenas um determinado conjunto de regras, e para além disso, está vinculado a uma concepção de ordem social, que determina o modo de aplicação e a própria função do direito<sup>2</sup>. É a partir dessa concepção, levando em conta as técnicas de enunciação das regras, o modo de classificação e raciocínio utilizado para a interpretação, que o referido autor agrupa os direitos em famílias. Cumpre salientar, todavia, sem se olvidar que as grandes famílias de direito contemporâneo não se reduzem à *civil law* e à *common law*, que o presente estudo, que se propõe a utilizar o método de estudo do direito comparado para analisar institutos ordens jurídicas que tradicionalmente se filiam a estas duas famílias, ficará restrito a tal dicotomia, ressaltando, de início, as características de uma e outra família.

Como assevera Streck<sup>3</sup>, o estudo do sistema da *common law* deve ter início pela análise do direito inglês, na medida em que a partir da atividade dos tribunais reais da justiça na Inglaterra que este modo de conceber o direito começa a tomar forma.

David<sup>4</sup> sintetiza a evolução do direito inglês em quatro períodos. O primeiro é o período anterior à conquista normanda de 1066. O segundo, que vai de 1066 ao advento da dinastia dos Tudors, onde efetivamente se forma *common law*. O terceiro período, que vai de 1485 a 1832, é marcado pelo desenvolvimento em paralelo ao sistema da *common law*, de um conjunto de regras de equidade, a *equity*. O quarto período, que começa em 1832 e se desenvolve até a atualidade, é o período moderno, nos qual se fundem as jurisdições da *common law* e da *equity*, muito embora a distinção entre elas permaneça relevante na

---

<sup>2</sup> DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1986. p. 24-25

<sup>3</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no Direito Brasileiro: Eficácia, poder e função: A ilegitimidade constitucional do efeito vinculante**. 2ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 37.

<sup>4</sup> DAVID. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo** p. 284.

atualidade.

Com efeito, como afirma Barboza<sup>5</sup>, as origens da *common law* remontam ao período da conquista Normanda, em 1606, após a qual ocorreu a centralização do governo e da administração da justiça na Inglaterra. Nesse processo, os juízes desenvolveram novos procedimentos, remédios e um corpo de direitos substantivos aplicável a todos os cidadãos ingleses, daí o nome *common law*. De acordo com Streck<sup>6</sup>, a aplicação do direito se dava em circuitos periódicos dos condados e, após, em Londres, nas Cortes Reais. A doutrina dos precedentes, característica marcante do direito da família da *common law*, surge a partir da confiança depositada nos julgamentos anteriores pelos juízes da época. Verifica-se que nesse processo, a *common law* foi elaborada na dependência de processos formalistas. Por isso, aponta David<sup>7</sup>, que ela estava exposta a um duplo perigo: o de não poder desenvolver-se com a liberdade necessária para a satisfação às necessidades da época, e o da esclerose resultante da rotina dos homens da lei. Não conseguindo superar tais dificuldades, a *common law* vê o surgimento de um sistema rival, caracterizado pelo recurso à autoridade real diante da incapacidade dos Tribunais Reais de fornecer soluções justas aos litígios. Diante de tais situações, em que as jurisdições reais decidiram mal, os particulares passaram a dirigir petições diretamente ao rei para que este remediasse o erro de seus próprios Tribunais. Tais petições eram apreciadas inicialmente pelo Chanceler, que as passavam ao rei caso julgasse oportunos. As decisões eram tomadas inicialmente em consideração pela equidade do caso particular e foram tornando-se cada vez mais sistemáticas, dando ensejo ao surgimento da doutrina da *equity*. O surgimento da *equity*, representou risco à continuidade da *common law*, porém o que se observou, em lugar, foi um compromisso para que subsistissem, lado a lado, em equilíbrio de forças, os tribunais de *common law* e a jurisdição de chanceler. Com efeito, a partir deste momento, o direito inglês passa a ter uma estrutura dualista, em que ao lado das regras da *common law*, que são obra dos Tribunais Reais, ele apresenta soluções de *equity*, que vieram a aperfeiçoá-las e complementá-las, ingressando-se assim no quarto período referido por David, que tem como marco a Lei de Organização Judiciária, que fundiu as referidas jurisdições.

---

<sup>5</sup>BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 38-42

<sup>6</sup>STRECK. **Súmulas no Direito Brasileiro**: Eficácia, poder e função: A ilegitimidade constitucional do efeito vinculante. p. 38.

<sup>7</sup>DAVID. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. p. 295-298.

Por sua vez, a família romano-germânica, *civil law* conforme David<sup>8</sup>, agrupa os países nos quais a ciência do direito se formou sobre a base do direito romano. As regras jurídicas são concebidas como regras de conduta, estreitamente ligadas a preocupações de justiça e moral.

No que tange à questão das fontes do direito, o mesmo autor afirma que, em teoria, a lei, considerada *lato sensu*, é aparentemente a fonte primordial, quase exclusiva, do direito nos países da família romano-germânica. Inclusive, a partir do século XIX, a maioria deles passou a editar códigos. Nesta senda, a tarefa dos juristas passa a ser interpretativa, de descobrir os significados da lei. As outras fontes aparecem, nesta análise, ocupando uma posição subordinada e de importância muito reduzida em confronto com a lei. Todavia, conforme afirma Streck<sup>9</sup> a soberania absoluta da lei é uma mera ficção, de modo que espaços se abrem para que o costume, a doutrina, os princípios gerais do direito, e, o que mais interessa ao presente estudo, a jurisprudência façam parte do que modernamente se chama de fontes do direito. Com efeito, nos países da família romano-germânica, o direito não é apenas produto do processo legislativo, mas sim resultado de sua imbricação com o trabalho hermenêutico-aplicativo dos tribunais. De qualquer sorte, nos direitos de tradição romano-germânica, a lei, produto do exercício democrático, é realçada enquanto fonte do direito, de modo que nela devem ser encontradas as respostas às questões relativas à solução de litígios.

Cumprido salientar, novamente invocando-se a lição de David, que nessa família, doutrina goza de grande prestígio na formação do direito, de modo que a regra de direito deixou de ser entendida fundamentalmente como uma regra própria para a solução de um caso concreto. Pelo esforço de sistematização dos doutrinadores, ela foi elevada a uma concepção de regra de conduta, dotada de certa generalidade, situando-as acima das aplicações que dela podem ter de fazer os tribunais em casos concretos. A regra de direito decanta a prática, rejeitando os elementos discordantes e supérfluos e reduz a massa dos elementos que devem ser considerados, conferindo-lhes sentido e mostrando como concorrem para assegurar a justiça social e uma ordem econômica e moral mais segura, ou ainda orientar a sociedade em direção a determinados fins. Com efeito, situa-se a meio caminho entre a decisão do litígio (aplicação concreta) e os princípios dotados de elevada

---

<sup>8</sup>DAVID. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. p. 17-18.

<sup>9</sup>STRECK. *Súmulas no Direito Brasileiro: Eficácia, poder e função: A ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*. p. 67-68.

generalidade, concepção que é base fundamental da codificação, tal como concebida na Europa Continental, a qual, como afirma Streck<sup>10</sup>, visa a atender uma exigência de maior certeza e segurança para as relações jurídicas, na medida em que possibilita a elaboração e a alteração do direito legislado com maior rapidez.

Com efeito, verifica-se existir diferença de estrutura entre os sistemas jurídicos da *common law* e da família romano-germânica. A lei e a jurisprudência não desempenham a mesma função em cada uma dessas famílias. Conforme asseveram Streck e Abboud<sup>11</sup> na tradição romano-germânica, a jurisprudência possui uma maior autolimitação em relação à legislação, porquanto prevalece o direito escrito. Na *common law*, não há que se falar em perda de importância do texto legal, mas sim, na existência de uma tradição jurídica mais aberta e flexível em virtude da função exercida pela lei, que não é a principal forma de expressão e atua de forma mais restrita. Isso, porque no sistema em questão a jurisprudência é tipicamente uma das fontes do direito, no sentido formal, ao lado do direito legislativo, constitucional e das regras do executivo, diferença que será abordada de modo específico a seguir.

## **2. A JURISPRUDÊNCIA COMO FONTE DO DIREITO NOS SISTEMAS DAS FAMÍLIAS DA COMMON LAW E ROMANO-GERMÂNICA**

Ensina David<sup>12</sup>, que a concepção da regra de direito é diferente nos sistemas da *common law* e da *civil law*. Isso porque, na essência, o direito inglês, tomado como parâmetro para o presente estudo, tradicionalmente é um direito essencialmente jurisprudencial e as regras são fundamentalmente as que se encontram na *ratio decidendi* das decisões dos Tribunais Superiores.

Nesta senda, como afirma Marinoni<sup>13</sup>, na *common law*, as razões de decidir ou os fundamentos da decisão importam porque a decisão judicial não diz respeito somente às partes envolvidas no litígio, mas, vista como precedente, interessa aos juízes e aos jurisdicionados, de modo geral, posto que àqueles incumbe dar coerência à aplicação do direito e a estes que necessitam segurança e previsibilidade para desenvolvimento de suas

---

<sup>10</sup>STRECK. **Súmulas no Direito Brasileiro: Eficácia, poder e função: A ilegitimidade constitucional do efeito vinculante.** p. 78.

<sup>11</sup>ABBOUD, Georges; STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto? – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 2ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 35-36

<sup>12</sup>DAVID. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo.** p. 324.

<sup>13</sup>MARINONI, Luis Guilherme. **Precedentes Obrigatórios.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 221-222.

atividades. Ainda que, conforme o mesmo autor, não haja sinal de acordo na *common law* a respeito da definição de *ratio decidendi*, parece-nos adequada a noção trazida por Streck<sup>14</sup>, que, ao partir da ideia de que a aplicação da lei determinado conjunto de fatos é sempre baseada em um princípio legal, afirma que a *ratio decidendi* é a parte essencial desse princípio legal, que embasa a tomada de decisão.

A *ratio decidendi*, como ensina David<sup>15</sup>, é encontrada quando no processo decisório, o juiz faz a distinção entre as declarações que são e que não são estritamente necessárias ao juízo da causa. Assim, a chamada *legal rule* inglesa coloca-se ao nível do caso concreto em razão do qual foi admitida. Todavia, conforme adverte Streck<sup>16</sup>, na atualidade, em razão da maior sistematização das fontes do direito e pelo fato de que grande parte do direito é encontrado nas *law reports*. Com efeito, o direito jurisprudencial e o direito legislado, situam-se em semelhante plano enquanto fontes de direito.

Desse modo, na Inglaterra, historicamente, conforme David<sup>17</sup>, a função da jurisprudência não foi apenas a de aplicar as regras de direito, mas também a de destacar as regras do direito, adquirindo assim autoridade maior do que a que dispõe no direito continental europeu. Para o mesmo autor, como decorrência lógica de um sistema de direito baseado fundamentalmente na jurisprudência, surge a obrigação de respeito aos precedentes judiciais (*stare decisis*), regra que se estabelece no direito inglês a partir da primeira metade do Século XIX, com o incremento da demanda por certeza e segurança.

Nesse particular, importante esclarecer, como bem o fizeram Streck e Abboud<sup>18</sup> que a doutrina dos precedentes não é sinônimo de *stare decisis*. A doutrina dos precedentes caracteriza a evolução histórica da filosofia da *common law*, que se baseia na casuística e na dimensão histórica do fenômeno. Assim, a linha de judicial, que consiste na aplicação de uma norma jurídica em casos análogos, é a evidência da existência e da validade da norma aplicada. Nesse contexto, a decisão judicial não é apenas exemplo de aplicação da norma, mas prova de sua existência e recepção pelo judiciário, de modo que o juiz tem a obrigação de encontrar o direito na análise dos casos e declará-lo. Essa teoria declaratória vincula a fonte do direito no precedente à fonte no costume, que por sua vez se liga à fonte

---

<sup>14</sup>STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3ed. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2013. p. 359.

<sup>15</sup>DAVID. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. p. 324.

<sup>16</sup>STRECK. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. p. 358.

<sup>17</sup>DAVID. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. p. 341.

<sup>18</sup> ABBLOUD; STRECK. **O que é isto?** – o precedente judicial e as súmulas vinculantes? p. 39-42.

do direito na razoabilidade. Com a doutrina dos precedentes, as decisões judiciais são alçadas à condição de fontes do direito.

A estrutura do direito na *common law*, sempre ligada à história e à tradição, foi a condição para o posterior surgimento da doutrina da *stare decisis*, a partir do século XIX. A doutrina da *stare decisis* surgiu como modo de sistematização das decisões, para que fosse possível a distinção entre a construção do caso (*holding*) e a mera *dictum*, argumentação utilizada pela corte, que seria dispensável à decisão, logo não era vinculante. Com a doutrina da *stare decisis*, a apreciação de um determinado caso passa a ser tratada como obrigatória em um tribunal em julgamento de caso semelhante no futuro.

A proposição da regra do precedente é analisada teoricamente por David<sup>19</sup>, por meio de três proposições: 1) As decisões tomadas pela Câmara dos Lordes constituem precedentes obrigatórios a todas as jurisdições, salvo, excepcionalmente a ela própria; 2) as decisões tomadas pela *Court of Appeal* constituem precedentes obrigatórios para as jurisdições inferiores e a este Tribunal, exceto na matéria criminal, para a própria corte; 3) As decisões da *High Court of Justice*, em que pese não sejam rigorosamente obrigatórias às cortes inferiores, têm valor de persuasão e são geralmente seguidas.

Nota-se, nesse sentido, que ao magistrado é conferida certa margem de discricionariedade na decisão, mas que, todavia, esta deverá ser justificada a partir das circunstâncias do caso concreto. Outro dado interessante a ser considerado, conforme lembra Streck<sup>20</sup> é que as decisões são proferidas para a solução de casos concretos, portanto, não pensadas de imediato para que possam servir de precedentes no futuro.

Já na tradição jurídica da *civil law*, como se afirmou anteriormente, em que, por conceito, a fonte primordial do direito é encontrada na lei, a jurisprudência estaria a ela limitada. Assim, como referem Streck e Abboud<sup>21</sup>, a importância da jurisprudência é aferida levando-se em conta sua relação com a lei. Assim, em tese, as decisões judiciais deveriam ser fundamentadas em um texto legal, expressão da democracia. Com efeito, o papel da jurisprudência deveria ficar caudatário ao direito, entendido como conceito interpretativo, naquilo que é emanado das instituições jurídico-políticas e as questões a ele relativas encontram respostas nas leis, princípios constitucionais, regulamentos, e nos precedentes em

---

<sup>19</sup> DAVID. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. p. 341.

<sup>20</sup> STRECK, Lenio Luiz. **O efeito vinculante das súmulas e o mito da efetividade: uma crítica hermenêutica**. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Porto Alegre, Instituto de Hermenêutica Jurídica, v. 1, n. 3, 2005, p. 83-129.

<sup>21</sup> ABBODD; STRECK. **O que é isto?** – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?

matéria constitucional, não na vontade do aplicador.

Desde meados do século XX, como refere Theodoro Junior et al<sup>22</sup>, diversos sistemas jurídicos apresentam uma tendência de junção das duas tradições, de modo que na tradição continental europeia, da *civil law*, abre-se espaço para o direito jurisprudencial, enquanto em sistemas da *common law* incorporam-se regras legisladas.

No que é particular aos sistemas da *civil law*, como afirma Marinoni<sup>23</sup>, principalmente em razão do impacto do constitucionalismo, aos juízes foi atribuído poder que se assemelha ao do juiz da *common law*, na medida em que a supremacia da lei é substituída pela supremacia da Constituição, e aos julgadores é conferida a prerrogativa do controle de constitucionalidade. O autor, ainda, de forma ousada refere que o juiz brasileiro, inclusive possui maior poder criativo do que o juiz inglês, na medida em que não presta o adequado respeito aos precedentes.

Outro ponto de relevo a exigir papel ativo do Judiciário brasileiro, em especial do Supremo Tribunal Federal se deve ao fato de que o Brasil não está alheio ao movimento de uma nova concepção do direito, conforme identificado por Barboza<sup>24</sup>, e teve início na Europa no decorrer do Século XX, como resposta aos flagrantes desrespeitos aos direitos humanos praticados por ocasião das duas grandes guerras mundiais e visa limitar o poder das maiorias representadas no Parlamento. Nesse sentido, mesmo na América Latina, passou-se a reconhecer a supremacia das Constituições e dos direitos humanos nela positivados. Com isso, percebe-se a preocupação em colocar os direitos humanos como supremos, a fim de resgatar os valores éticos esquecidos nos períodos de guerra. Esses direitos, dotados de conteúdo moral, passam a ser parâmetro material comum à jurisdição, contribuindo para a expansão do controle de constitucionalidade e, por consequência da atividade do Poder Judiciário ou dos Tribunais Constitucionais, e, no, caso brasileiro, do Supremo Tribunal Federal na interpretação dos direitos humanos e fundamentais.

Nesta senda, o direito brasileiro não se vê afastado desse contexto debate acerca da aproximação, entre as diferentes famílias de direito em uma mesma ordem jurídica. Um dos mecanismos de abertura para a criação jurisprudencial do direito em nosso sistema jurídica,

---

<sup>22</sup>THEODORO JUNIOR, Humberto. **Breves considerações sobre a politização do judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro** – análise da convergência entre civil law e common law e dos problemas da padronização decisória. *Revista de Processo* vol. 189, p. 9, Nov / 2010. p. 15.

<sup>23</sup>MARINONI, Luis Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 40-41.

<sup>24</sup>BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 140.

que como se sabe, é de tradição romano-germânica, é o instituto da Súmula Vinculante. O passo seguinte do presente estudo, assim, volta-se à caracterização do instituto no direito positivo pátrio, bem como à realização de considerações críticas sobre ele, para que, então se estabeleça um comparativo entre o instituto e os precedentes do sistema inglês.

### **3. O INSTITUTO DA SÚMULA VINCULANTE NO DIREITO BRASILEIRO**

#### **3.1 Contexto de crise institucional.**

Em nosso entender, toda a discussão a respeito da adoção de um sistema de precedentes no direito brasileiro, em geral, e em particular acerca do instituto da Súmula Vinculante, um dos produtos desse debate, necessário é que se remonte à crise institucional para o qual tais institutos têm sido utilizados como pretensas soluções.

Nesse sentido, refere Theodoro Júnior et al<sup>25</sup> que, em função de uma crise da democracia, resultante de uma soma de fatores tais como a existência de um Parlamento sem agenda, do encolhimento do espaço público, da esfera da opinião pública, bem como de um atraso histórico do Brasil em relação a outros países resultante do atraso na assunção da cultura do constitucionalismo, o Poder Judiciário tem sido correntemente utilizado para a implementação de direitos fundamentais. Desse modo, principalmente após a Constituição de 1988, verifica-se a tendência de utilização do Poder Judiciário como compensador dos déficits de funcionalidade dos demais poderes. Nesse sentido, prosseguem os autores que uma crise de duas acaba por ser instalada no Judiciário Brasileiro, de fundamentação e de eficiência. A crise de eficiência pode ser compreendida de dois modos, um qualitativo, outro quantitativo, e esta última vertente é aquela com a qual o sistema processual pátrio costuma preocupar-se.

Nesta senda, aponta o referido autor que a grande carga de litigiosidade remetida ao Poder Judiciário, apresenta-se de três formas distintas, quais sejam: individual, envolvendo lesões e ameaças a direito isoladas; litigiosidade coletiva: envolvendo direitos coletivos e difusos, nos quais se utilizam procedimentos coletivos representativos, normalmente patrocinados por legitimados extraordinários em massa que dá margem a propositura de ações repetitivas que possuem como base pretensões que, embora contenham

---

<sup>25</sup>THEODORO JUNIOR. **Breves considerações sobre a politização do judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro** – análise da convergência entre civil law e common law e dos problemas da padronização decisória. p. 9.

especificidades, apresentam questões (jurídicas e/ou fáticas) comuns para a resolução da causa.

Para a superação dessa crise de eficiência quantitativa, que tem como consequências mais visíveis a demora na prestação jurisdicional e a correspondente crise de legitimidade que daí decorre, além do debate teórico acerca da consolidação de um sistema de precedentes obrigatórios, ao sistema processual brasileiro têm sido acrescentados instrumentos que, pretensamente buscam aporte teórico na tradição da *common law*, todos eles conferindo maior protagonismo à decisão judicial na determinação do direito. Dentre tais instrumentos, destacam-se a possibilidade de prolação sentença de improcedência antes da citação, nos termos do artigo 285-A do Código de Processo Civil, a repercussão geral no Recurso Extraordinário, a súmula impeditiva de recursos, do artigo 518, §1º do Código de Processo Civil, e, no que interessa ao presente estudo, a Súmula Vinculante.

### **3.2 A Súmula Vinculante no direito positivo brasileiro**

A existência de institutos que tenham por característica tornar impositivos a outros poderes e órgãos de Estado os fundamentos e interpretações subjacentes às decisões proferidas em sede de jurisdição constitucional é anterior à instituição do instituto da Súmula Vinculante. Exemplos de dispositivos que previam o efeito vinculante no direito positivo brasileiro, destacam-se o disposto no artigo 59, §2º da Constituição de 1891, o qual impunha ao Poder Judiciário Federal o dever de observar a jurisprudência dos tribunais estaduais, quando aplicável a legislação estadual, e vice-versa, a competência atribuída ao Supremo Tribunal Federal para a interpretação autêntica de leis em tese, atribuída pela Emenda Constitucional nº7 de 1977, e as decisões proferidas em sede de ação declaratória de constitucionalidade, instituto inserido na atual Constituição pela Emenda Constitucional nº3, de 1993, que visa elidir a insegurança ou Estado de incerteza sobre legitimidade de lei ou ato normativo federal. A Emenda Constitucional nº45/2004, por sua vez, estendeu expressamente o efeito vinculante às decisões proferidas em sede de ação direta de inconstitucionalidade<sup>26</sup>.

A Emenda Constitucional nº45/2004, com efeito, não foi pioneira em instituir a previsão de efeito vinculante na jurisdição constitucional brasileira, mas sim, promoveu

---

<sup>26</sup> LEAL, Roger Stiefelman. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 130-141.

alterações no seu regime jurídico.

Além da alteração acima referida, no âmbito das ações diretas de inconstitucionalidade, a Emenda Constitucional nº45/2004 inseriu no texto da Constituição o artigo 103-A<sup>27</sup>, que atribui também efeito vinculante às súmulas aprovadas por 2/3 dos votos do Supremo Tribunal Federal incidente sobre matéria constitucional objeto de reiteradas decisões do Tribunal.

De acordo com Martins<sup>28</sup>, os objetivos da instituição da Súmula Vinculante no direito brasileiro são o desafogo e a sobrecarga do Judiciário, em especial no controle da proliferação de feitos repetitivos, bem como o alcance da segurança jurídica, possibilitando assim uma resposta judiciária isonômica, a ser proferida em tempo razoável. Quanto a este último aspecto, rememora-se que a mesma Emenda Constitucional nº45 introduziu no rol de direitos fundamentais, a razoável duração do processo.

Com efeito, nos termos do artigo 103-A, da Constituição da República, os requisitos formais para a edição de Súmula Vinculante são a aprovação por maioria qualificada de 2/3 dos votos do Supremo Tribunal Federal; a preexistência de decisões reiteradas do STF sobre matéria; o objetivo de superação de controvérsia atual sobre a validade, a interpretação e eficácia de normas determinadas, capaz de gerar insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos. De acordo com Branco e Mendes<sup>29</sup>, considerando a ampla competência do Supremo Tribunal Federal, as normas sobre as quais exista a controvérsia tanto podem ser federais, como estaduais.

Na esteira do artigo 103-A, caput e §2º, a aprovação, a revisão, ou cancelamento de súmulas podem ser procedidas de ofício pelo próprio STF ou ainda serem provocadas pelos mesmos legitimados à propositura de ação direta de inconstitucionalidade. A legitimidade,

---

<sup>27</sup> Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

<sup>28</sup> MARTINS, Sandro Gilbert. **Súmula Vinculante**. *Revista de Processo*. vol. 172, p. 313, Jun / 2009. p. 313.

<sup>29</sup> BRANCO, Paulo; MENDES, Gilmar. **Curso de Direito Constitucional**. 6ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 1006.

todavia, poderá ser estendida a outros atores, na medida em que o texto constitucional autoriza ao legislador a ampliação do elenco de legitimados. Nesse sentido, é possível constatar que a Lei nº11.417/06, insere no rol de legitimados o Defensor Público-Geral da União e os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares, além de prever a possibilidade de propositura de edição, revisão ou cancelamento de Súmula Vinculante pelo Município, de modo incidental a processo no qual figurar como parte.

A respeito da disciplina constitucional da matéria, cumpre ressaltar ainda o disposto no artigo 103-A, §3º que estabelece o cabimento de reclamação constitucional, instrumento apto a preservar a competência e garantir a autoridade das decisões do STF, para fins de impugnação do ato administrativo ou decisão que contrariar a súmula vinculante aplicável ou a aplicá-la indevidamente. Em caso de procedência, o Tribunal determina a anulação do ato administrativo ou cassação da decisão judicial, determinando que outra seja proferida, com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso. A reclamação constitucional, igualmente não é novidade introduzida pela Emenda Constitucional nº45/2004. O que há de novo no regime constitucional da reclamação pelo descumprimento de Súmula Vinculante é o cabimento contra atos administrativos.

Como se afirmou, a Súmula Vinculante foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro com o intuito de assegurar valores como celeridade, isonomia, segurança jurídica, bem como para aliviar a carga de processos levados ao conhecimento do Poder Judiciário. Entretanto, o instituto é objeto de críticas por parte da doutrina nacional, parte delas referidas a seguir.

Em interessante artigo sobre o efeito vinculante das súmulas, Streck (2005, p.83-129)<sup>30</sup> expõe as consequências hermenêuticas da vinculação sumular. Ao partir do óbvio, por vezes esquecido, de que se está a tratar de textos jurídicos, e, portanto, passam pelo processo de interpretação, afirma, para além das críticas à compreensão que se costumam ter os juristas do processo interpretativo, sem a atenção ao *“linguistic turn”*, que no caso particular das súmulas, o problema se agrava, na medida em que estas têm a função de representar uma espécie de concepção universalizante do direito, como se fosse possível

---

<sup>30</sup> STRECK. O efeito vinculante das súmulas e o mito da efetividade: uma crítica hermenêutica. p. 83-129.

alcançar essências, desconsiderando a particularidade dos casos concretos. A Súmula Vinculante, neste contexto, representaria a reificação linguística, que aprisiona os fatos e impede o acontecer das singularidades. Outro aspecto de crítica apontado pelo autor refere-se justamente ao ataque, em nosso ver com razão, ao argumento da efetividade. Isso porque tal questão se resolve não com uma solução de funcionalidade do sistema, mas sim a partir de uma mudança estrutural nas instituições encarregadas da aplicação da justiça, além da superação do paradigma da filosofia da consciência.

Outro aspecto a criticar na adoção do instituto da Súmula Vinculante é o empobrecimento das instâncias ordinárias do Poder Judiciário, que naturalmente decorre da adoção de um modelo de vinculação aos verbetes sumulares do Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, retira-se a autonomia dos julgadores das instâncias inferiores, atribuindo-lhes o papel de tão somente aplicar as Súmulas valendo-se de um procedimento de mera subsunção, tolhendo também a possibilidade de apreciação da singularidade dos casos.

#### **4. SÚMULA VINCULANTE NO DIREITO BRASILEIRO E PRECEDENTE DO DIREITO INGLÊS**

Traçadas as linhas gerais acerca dos institutos do precedente do direito inglês e da Súmula Vinculante do direito brasileiro, o objetivo do estudo passa a ser analisar as semelhanças e diferenças entre ambos.

Conforme se asseverou, a instituição da Súmula Vinculante no direito brasileiro teve como objetivo assegurar, em nosso sistema jurídico, filiado à tradição romano-germânica alguns dos valores que caracterizam o sistema jurídico inglês, representante por excelência da família da *common law*. Nessa esteira, ensina Wambier<sup>31</sup>, que as finalidades dos precedentes vinculantes do sistema brasileiro, dentre os quais a autora insere a Súmula Vinculante, são as mesmas que se apresentam no sistema inglês, quais sejam, gerar previsibilidade e respeitar a isonomia, reforçando a noção de sistema jurídico, ainda que, entre nós, existam questionamentos à capacidade do instituto da Súmula Vinculante em assegurá-los.

Entretanto, a principal distinção que entendemos haver entre os institutos, reside no fato de que, no sistema inglês, os precedentes constituem a principal fonte do direito. É

---

<sup>31</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Arruda Alvim. **Interpretação da lei e de precedentes**: civil law e common law. *Revista dos Tribunais*, vol. 893, p. 33, Mar 2010. p. 33.

verdade que, como anteriormente se afirmou, invocando-se a lição de Streck<sup>32</sup>, hodiernamente o direito inglês tem recorrido às *law reports*, portanto ao direito legislado, para maior sistematização e clarificação das fontes do direito, de modo que, em movimento contrário, naquele sistema, o papel dos juízes tem se aproximado do que exercem tradicionalmente os juízes dos sistemas da família romano-germânica, fato que igualmente acaba por demonstrar que a aproximação entre as famílias. De qualquer sorte, como também já se referiu, os precedentes ingleses seguem sendo importantes fontes do direito naquele sistema jurídico. E, nesta senda, como ensina Wambier<sup>33</sup>, “a mecânica dos sistemas de *common law* não consiste “simplesmente” em seguir precedentes. Também estes precisam ser interpretados, assim como, para nós, a lei é, necessariamente, objeto de interpretação”. Assim, como se afirmou para que se alcance a *rule of law*, necessário é distinguir a *ratio decidendi* das chamadas *obiter dictas*, distinguindo-se quais são as declarações estritamente necessárias à solução da causa, e que terão efeito vinculante. Esse juízo possui caráter interpretativo e é realizado concretamente pela decisão subsequente e sempre atento à situação de fato que se apresenta à decisão. Isso porque, como ensina Dworkin<sup>34</sup>, a força gravitacional do precedente explica-se pela equidade de tratar casos semelhantes do mesmo modo. Isso porque, para ele, um precedente é um relato de uma decisão política anterior e o próprio fato dessa decisão oferece alguma razão para se decidir outros casos de maneira similar no futuro.

Enquanto isso, no direito brasileiro, a Súmula Vinculante, pela inteligência do artigo 103-A da Constituição da República, é editada, após reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal, mas com a pretensão de abstração e generalidade, para o futuro. Nesse sentido, ao contrário dos precedentes do direito inglês, não surge para a resolução de um caso, mas tem a função de resolver todos os casos que podem ser abrangidos por seu texto. Nesse particular, como lembram Abboud e Streck<sup>35</sup>, deve-se ter presente que a Súmula Vinculante é um texto jurídico e como tal, deve ser interpretado. Desse modo, um dos principais riscos da adoção de um sistema dessa natureza reside no modo como será realizada essa interpretação. A prática atual aponta para a utilização de métodos

---

<sup>32</sup> STRECK. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. p. 358.

<sup>33</sup> WAMBIER. *Interpretação da lei e de precedentes: civil law e common law*. p. 33.

<sup>34</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 2ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 174-176.

<sup>35</sup> ABOUD, Georges; STRECK, Lênio Luiz. *O que é isto? – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 2ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 65-67.

interpretativos datados do Século XIX, baseados na subsunção, e, nesse sentido, pode representar um indesejado retorno ao exegetismo.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do que foi dito, é possível afirmar, sem novidades, que as famílias de direito da *common law* e romano germânica apresentam entre si, uma fundamental diferença de estrutura, a qual passa, em nossa visão, fundamentalmente pela consideração acerca da teoria das fontes do direito. Com efeito, enquanto no família romano-germânica tradicionalmente a lei ocupa o lugar de maior destaque em uma escala de fontes, na família da *common law*, os precedentes judiciais acaba por ser a principal fonte do direito.

Isso, todavia, não implica em dizer que a lei não tenha espaço no sistema de direito inglês, representante por excelência da *common law* ou que a jurisprudência não tenha papel na escala das fontes do direito brasileiro, de tradição romanística. Aliás, o que o estudo de direito comparado permite verificar, de início é que cada vez mais o direito inglês é composto também por normas oriundas do Poder Legislativo. Tanto é que, na atualidade, boa parte do direito atual pode ser encontrado nas "*law reports*". E a recíproca é verdadeira, no direito brasileiro, cada vez mais são inseridos institutos que buscam inspiração em sistemas da família da *common law*, em especial para elevação e valorização da jurisprudência em uma escala de fontes do direito. Por tais razões, uma das primeiras conclusões a que se chega é que se vislumbra um movimento de aproximação conceitual entre as duas grandes famílias de direito contemporâneo.

Ainda, uma segunda conclusão alcançada é que, em nosso país, se mostra até mesmo necessário o desenvolvimento de mecanismos de elevação da jurisprudência na escala de fontes de direito, em razão do reconhecimento da supremacia da Constituição, da positivação dos direitos humanos, oponíveis até mesmo às maiorias representadas no Parlamento e da correspondente expansão da jurisdição constitucional.

Também se conclui, por fim, que se vislumbram problemas decorrentes dessa tentativa de aproximação do direito brasileiro a determinados aspectos dos sistemas da *common law*, revelando-se ainda incipientes tanto a formulação de uma doutrina de precedentes que seja adequada à realidade do país, quanto a prática levada a efeito a partir da instituição de mecanismos de valorização da jurisprudência enquanto fonte do direito,

tais como a súmula impeditiva de recursos, os mecanismos de julgamento de recursos repetitivos, entre outros, sem se olvidar, por óbvio, do instituto que foi objeto do presente estudo, a Súmula Vinculante.

Como se afirmou, o instituto da Súmula Vinculante foi concebido para pretensamente garantir celeridade e efetividade ao Poder Judiciário e às suas decisões, bem como para aportar ao sistema jurídico brasileiro valores que são tradicionalmente associados à doutrina dos precedentes da *common law*, tais como segurança jurídica, previsibilidade e integridade do sistema. Mas quanto aos primeiros tópicos, entendemos que a crise enfrentada pelo Poder Judiciário refere-se muito mais a problemas relativos à sua própria estrutura, bem como à insuficiência de outros mecanismos de controle social, que acabam por resultar em um número excessivo de demandas do que propriamente problemas de funcionalidade do sistema. Quanto ao tema da comparação com os precedentes do direito inglês, verifica-se que se tratam em verdade de institutos que guardam grandes diferenças e que a concepção da Súmula Vinculante acaba por pecar em especial no que tange ao plano hermenêutico, na medida em que, em sentido diametralmente oposto ao dos precedentes, acaba por resultar, como adverte Streck<sup>36</sup> numa tentativa metafísica de universalização conceitual, desconsiderando assim, o aparecer da singularidade dos casos.

## REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ABBOUD, Georgres; STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto?** – o precedente judicial e as súmulas vinculantes? 2ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

BRANCO, Paulo; MENDES, Gilmar. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. **Constituição** (1988). Emenda constitucional nº45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm)>

BRASIL. Lei nº11.417/06, de 19 de dezembro de 2006,

---

<sup>36</sup> STRECK. **O efeito vinculante das súmulas e o mito da efetividade: uma crítica hermenêutica**. p. 83-129.

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Lei/L11417.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11417.htm)

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1986.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

LEAL, Roger Stiefelman. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

MARINONI, Luis Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARTINS, Sandro Gilbert. **Súmula Vinculante**. *Revista de Processo*. vol. 172, p. 313, Jun / 2009

STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no Direito Brasileiro: Eficácia, poder e função: A ilegitimidade constitucional do efeito vinculante**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. **O efeito vinculante das súmulas e o mito da efetividade: uma crítica hermenêutica**. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. Porto Alegre, Instituto de Hermenêutica Jurídica, v. 1, n. 3, 2005, p. 83-129.

WAMBIER, Teresa Arruda Arruda Alvim. **Interpretação da lei e de precedentes: civil law e common law**. *Revista dos Tribunais*, vol. 893, p. 33, Mar 2010.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Breves considerações sobre a politização do judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – análise da convergência entre civil law e common law e dos problemas da padronização decisória**. *Revista de Processo* vol. 189, p. 9, Nov / 2010.

# A AVALIAÇÃO DOS CURSOS DE DIREITO A PARTIR DOS RESULTADOS OBTIDOS PELO EXAME NACIONAL DE DESEMPENHO DE ESTUDANTES (ENADE)

Tiago Ramos<sup>1</sup>

## INTRODUÇÃO

No Brasil, a regulamentação das temáticas relativas ao ensino superior é realizada pelo Poder Executivo, representado pelo Ministério da Educação e Cultura (MEC) e pelos demais órgãos corolários da sua administração.

Vinculado ao MEC, o Conselho Nacional de Educação (CNE) e o Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep) também desenvolvem atividades relacionadas à regulação e supervisão das Instituições de Ensino Superior (IES), bem como dos cursos de graduação por elas ofertados.

Dentro da estrutura organizacional de cada órgão público, encontram-se subdivisões pelas quais são instituídas diretorias e secretarias, responsáveis pelo acompanhamento dos diferentes procedimentos administrativos que compreendem a normatização do ensino superior.

Uma das ações desenvolvidas a partir da organização proporcionada por essa infraestrutura é a operacionalização do Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior (Sinaes), criado pela Lei nº 10.861, de 14 de abril de 2004<sup>2</sup>. Com o objetivo de aprimorar os processos de avaliação do ensino superior e aferir a qualidade do ensino ofertado pelas IES, esse Sistema foi projetado para contemplar uma análise global acerca dos aspectos relacionados a três principais vertentes: avaliação das IES, avaliação dos cursos ofertados e

---

<sup>1</sup> Graduado em Direito (2011) pela Universidade de Passo Fundo. Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito pela mesma Instituição. Analista de Graduação no Setor de Legislação e Normas da UPF, Passo Fundo - RS. tiagoramosrs@gmail.com

<sup>2</sup> BRASIL. Lei nº 10.861, de 14 de abril de 2004. Institui o Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior – SINAES e dá outras providências. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 15 abr. 2004.

avaliação do desempenho dos acadêmicos durante o processo de ensino e aprendizagem.

No que diz respeito ao componente relativo à avaliação do desempenho dos acadêmicos durante o processo de ensino e aprendizagem, o MEC estabeleceu a realização de um exame nacional para avaliação dos estudantes do ensino superior, com o objetivo de mensurar o desempenho de acadêmicos quanto à compreensão dos conteúdos programáticos estabelecidos nas diretrizes curriculares nacionais do respectivo curso de vínculo do estudante, assim como as competências e habilidades que a ele devem ser transmitidas.

Na perspectiva de implementação desse objetivo é que foi criado o Exame Nacional de Desempenho dos Estudantes (Enade), cuja regulamentação encontra-se respaldada pela Portaria Normativa nº 40, de 12 de dezembro de 2007, republicada em 29 de dezembro de 2010<sup>3</sup>, que instituiu o sistema e-MEC, caracterizado como um sistema eletrônico de fluxo de trabalho e gerenciamento de informações relativas aos processos de regulação, avaliação e supervisão da educação superior no sistema federal de educação, e o Cadastro e-MEC de Instituições e Cursos Superiores, consolidando disposições sobre indicadores de qualidade, banco de avaliadores (Basis) e o Enade, além de outras disposições.

## **1. COMPOSIÇÃO DOS INDICADORES DE QUALIDADE E CONCEITOS DE AVALIAÇÃO**

Além de aferir o desempenho dos acadêmicos no tocante aos conteúdos exigidos com a aplicação da prova, o conceito conferido a um curso em decorrência da avaliação do Enade soma-se a demais insumos constantes na base de dados do MEC para o estabelecimento dos indicadores de qualidade do ensino. Conforme estabelece o art. 33-B da Portaria nº 40/2007<sup>4</sup>, além dos resultados do Enade, também são considerados indicadores de qualidade o Conceito Preliminar de Curso (CPC) e o Índice Geral de Cursos (IGC).

---

<sup>3</sup> BRASIL. Ministério da Educação. Portaria Normativa nº 40, de 12 de dezembro de 2007. Institui o e-MEC, sistema eletrônico de fluxo de trabalho e gerenciamento de informações relativas aos processos de regulação, avaliação e supervisão da educação superior no sistema federal de educação, e o Cadastro e-MEC de Instituições e Cursos Superiores e consolida disposições sobre indicadores de qualidade, banco de avaliadores (Basis) e o Exame Nacional de Desempenho de Estudantes (ENADE) e outras disposições. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 29 dez. 2010.

<sup>4</sup> BRASIL. Ministério da Educação. Portaria Normativa nº 40, de 12 de dezembro de 2007. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 29 dez. 2010.

O conceito para cada um desses indicadores é atribuído pelo MEC com base na avaliação de diversos elementos que correspondem a um determinado percentual no somatório final para a definição da avaliação do curso. Dentre os critérios que são ponderados para a obtenção do conceito final, o MEC considera, prioritariamente, o desempenho dos alunos ingressantes e concluintes no Enade, o indicador de diferença do desempenho, a estrutura física da IES, o projeto pedagógico do curso, o número de professores com a titulação de mestre e de doutor e o número de professores em regime de trabalho integral.

É importante registrar que a atribuição do conceito correspondente a cada um dos indicadores de qualidade – CPC, IGC e Enade – é feita sem avaliação *in loco* nas IES, apenas com base em cálculos aritméticos que sistematizam os percentuais obtidos em cada insumo, percentuais esses que variam anualmente e que são repassados às IES, a título de conhecimento, por meio do sistema e-MEC.

Além da definição desses indicadores, o MEC, por meio do art. 33-C da Portaria nº 40<sup>5</sup>, caracteriza como conceitos de avaliação o Conceito de Curso (CC), para o qual são consideradas, especialmente, as condições relativas ao perfil do corpo docente, a organização didático-pedagógica e as instalações físicas, nos termos delimitados pelo inciso I do respectivo artigo; e o Conceito de Instituição (CI), em que se pontuam as dimensões analisadas na avaliação institucional externa, de acordo com a previsão constante no correspondente inciso II do artigo em apreço.

Em suma, esse é o panorama dos indicadores de qualidade e conceitos de avaliação considerados pelo MEC para a supervisão dos cursos de graduação integrantes do Sistema Federal de Ensino, que compreende as instituições de ensino mantidas pela União, as IES criadas e mantidas pela iniciativa privada e os órgãos federais de educação, conforme dispõe o art. 16 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996<sup>6</sup>, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional.

---

<sup>5</sup> BRASIL. Ministério da Educação. Portaria Normativa nº 40, de 12 de dezembro de 2007. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 29 dez. 2010.

<sup>6</sup> BRASIL. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 23 dez. 1996.

## 2. ASPECTOS GERAIS DA APLICAÇÃO DO ENADE

A partir do art. 33-D da Seção II, relativa ao Capítulo V da Portaria nº 40<sup>7</sup>, que dispõe sobre o ciclo avaliativo e das disposições peculiares aos processos de credenciamento de instituições e renovação de reconhecimento de cursos, passa-se a tratar, exclusivamente, sobre o processo de avaliação do Enade.

Realizado pelo Inep, o Enade, assim como os demais processos avaliativos, é supervisionado pela Comissão Nacional de Avaliação da Educação Superior (Conaes), que possui como uma de suas atribuições submeter anualmente à aprovação do Ministro de Estado da Educação a relação dos cursos a cujos estudantes será aplicado o Enade.

Sintetizando a aplicação do Enade no âmbito das IES, Nunes traça uma síntese de todo o processo que envolve a referida avaliação, que merece ser registrada para fins de elucidação do conteúdo ora desenvolvido. Dessa forma, nas palavras do autor,

O Exame Nacional de Desempenho dos Estudantes é aplicado aos ingressantes e concluintes, de forma a verificar o IDD, Indicador de Diferença entre o Ingressante e o Concluinte. Com isso, geram-se dois conceitos, o Conceito ENADE e o Conceito IDD, ambos na escala aritmética de cinco níveis. A cada ano o MEC edita uma Portaria escolhendo os cursos a serem avaliados, geralmente adotando o critério de agrupamento pelas grandes áreas do conhecimento. Para efeitos do Exame, o MEC considera aluno ingressante aqueles que tiverem cursado entre 7% e 22% da carga horária do curso. E concluintes, aqueles que cursaram pelo menos 80% dessa carga horária. Até o ano de 2008 estes conceitos apenas refletiam um diagnóstico do aprendizado do alunado para orientar readequações nos itinerários formativos no âmbito da própria IES, sem maiores efeitos externos. Contudo, o MEC instituiu dois indicadores vinculados ao ENADE; no caso, o CPC, Conceito Preliminar de Cursos, e o IGC, Índice Geral de Cursos também chamado pelo MEC de Indicador de Qualidade Institucional. Ambos têm implicações na Regulação e principalmente na Supervisão [...] <sup>8</sup>.

A partir dos aportes feitos pelo autor, verifica-se, pela citação acima extraída, que o Enade tem sido considerado um importante indicador para a composição da avaliação geral de um curso de graduação.

Como visto, o MEC publica, anualmente, uma Portaria definindo os grupos de cursos que serão submetidos à avaliação pelo Enade. De acordo com a sistemática entabulada pelo MEC, embora o Enade seja realizado todos os anos, somente a cada três anos um curso será

---

<sup>7</sup> BRASIL. Ministério da Educação. Portaria Normativa nº 40, de 12 de dezembro de 2007. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 29 dez. 2010.

<sup>8</sup> NUNES, Edson de Oliveira. **Educação superior no Brasil: estudos, debates, controvérsias**. Rio de Janeiro: Garamond, 2012, p. 404.

novamente avaliado por esse instrumento, em conformidade com a área do conhecimento em que estiver enquadrado. Todo esse ciclo avaliativo encontra-se regulamentado pela Portaria nº 40/2007<sup>9</sup>, sendo que o calendário para observância das áreas que serão avaliados a cada ano está expressamente previsto no art. 33-E da referida portaria<sup>10</sup>. Ainda, observa-se que a avaliação resultante do Exame é aferida em uma escala aritmética de cinco níveis.

O Enade já é um exame aplicado há dez anos no país, e, ao longo desse período, vem passando por constantes modificações para atingir um melhor aproveitamento, a fim de corresponder, cada vez mais, a um resultado que traduza, o mais próximo da realidade, a qualidade do ensino oferecido em uma IES.

No entanto, ainda há muita divergência quando à consideração de seu resultado para a atribuição de conceitos às instituições de ensino. Isso porque a avaliação do Enade depende unicamente do desempenho de cada acadêmico, o que é algo extremamente subjetivo para ser considerado em elevados percentuais na avaliação de um curso. Entretanto, certamente representa um importante elemento de verificação do aprendizado, que, com as devidas projeções e ajustes, poderá atingir resultados satisfatórios para a avaliação do ensino superior.

Nem todos os acadêmicos ingressantes terão a obrigatoriedade de prestar o Exame, uma vez que poderão ser dispensados aqueles que tiverem realizado o Enem, aplicado com uma metodologia que permita a comparação de resultados entre edições do exame, conforme prevê o § 3º do art. 33-F da Portaria nº 40<sup>11</sup>.

Além disso, é oportuno consignar que o Enade apresenta-se como um componente curricular obrigatório, que constará no histórico escolar do acadêmico. Dessa forma, as IES têm a responsabilidade de inscrever seus acadêmicos no Exame, sob pena de ser aberto, automaticamente, um processo de supervisão para apuração do fato, que se configura como uma irregularidade administrativa, passível de suspensão dos processos seletivos para as

---

<sup>9</sup> BRASIL. Ministério da Educação. Portaria Normativa nº 40, de 12 de dezembro de 2007. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 29 dez. 2010.

<sup>10</sup> BRASIL. Ministério da Educação. Portaria Normativa nº 40, de 12 de dezembro de 2007. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 29 dez. 2010.

<sup>11</sup> BRASIL. Ministério da Educação. Portaria Normativa nº 40, de 12 de dezembro de 2007. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 29 dez. 2010.

instituições de ensino superior privadas e processo disciplinar para as instituições públicas.

Todas as informações pertinentes ao processo de aplicação do Enade estão reunidas em dois documentos, um voltado à orientação dos acadêmicos, intitulado “Manual do Estudante”<sup>12</sup>, que tem como objetivo ampliar o conhecimento do concluinte sobre o Enade, auxiliando-o no reconhecimento do seu papel e responsabilidade diante de todas as etapas de inscrição e realização da prova; e outro direcionado às IES, denominado “Manual do Enade”<sup>13</sup>, editado anualmente, e que continuará a ser o principal instrumento de divulgação dos procedimentos relativos ao Exame, em apoio a instituições, coordenadores de curso e procuradores institucionais.

### **3. PROCESSOS DE REGULAÇÃO, AVALIAÇÃO E SUPERVISÃO DOS CURSOS DE DIREITO**

Conforme preceitua o art. 1º da Portaria nº 40<sup>14</sup>, a tramitação dos processos de regulação, avaliação e supervisão de instituições e cursos superiores é feita, exclusivamente, em meio eletrônico, operacionalizados a partir do sistema e-MEC, e cumprirá as disposições específicas da referida Portaria, bem como da legislação federal que regulamenta o processo administrativo, observando, especialmente, os princípios da finalidade, motivação, razoabilidade, moralidade, interesse público, economia e celeridade processual e eficiência.

No caso dos cursos de Direito, porém, são observadas algumas peculiaridades em relação aos trâmites gerais relativos a tais processos, as quais serão apresentadas no decorrer da presente análise.

#### **3.1 Autorização para criação de cursos e aumento de vagas**

De acordo com as normas estabelecidas pelo MEC para criação de cursos, as faculdades necessitam de autorização para abertura de um novo curso, a qual se dá por meio do respectivo processo administrativo junto ao MEC. Já universidades e centros

---

<sup>12</sup> BRASIL. Ministério da Educação. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira. **Manual do Estudante - Enade 2014**. Brasília, 2014c.

<sup>13</sup> BRASIL. Ministério da Educação. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira. **Manual do Enade 2014**. Brasília, 2014b.

<sup>14</sup> BRASIL. Ministério da Educação. Portaria Normativa nº 40, de 12 de dezembro de 2007. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 29 dez. 2010.

universitários independem dessa autorização prévia, conforme preconiza o art. 28 do Decreto nº 5.773, de 9 de maio de 2006<sup>15</sup>, que dispõe sobre o exercício das funções de regulação, supervisão e avaliação de instituições de educação superior e cursos superiores de graduação e sequenciais no sistema federal de ensino. Nos termos do referido artigo,

Art. 28. As universidades e centros universitários, nos limites de sua autonomia, observado o disposto nos §§ 2o e 3o deste artigo, independem de autorização para funcionamento de curso superior, devendo informar à Secretaria competente os cursos abertos para fins de supervisão, avaliação e posterior reconhecimento, no prazo de sessenta dias.

§ 1º Aplica-se o disposto no caput a novas turmas, cursos congêneres e toda alteração que importe aumento no número de estudantes da instituição ou modificação das condições constantes do ato de credenciamento.

§ 2º A criação de cursos de graduação em direito e em medicina, odontologia e psicologia, inclusive em universidades e centros universitários, deverá ser submetida, respectivamente, à manifestação do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ou do Conselho Nacional de Saúde, previamente à autorização pelo Ministério da Educação. (Redação dada pelo Decreto nº 5.840 de 2006)

§ 3º O prazo para a manifestação prevista no § 2o é de sessenta dias, prorrogável por igual período, a requerimento do Conselho interessado<sup>16</sup>.

Pela compreensão do conteúdo definido pelo artigo acima transcrito, verifica-se, contudo, que há limitações quanto à criação de cursos de Direito, Medicina, Odontologia e Psicologia, para os quais há a necessidade, antes da autorização do MEC, de manifestação dos respectivos Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, no caso dos cursos de Direito, e do Conselho Nacional de Saúde, para os demais cursos elencados.

Essa restrição à criação de tais cursos estende-se, na prática, também para os processos relativos à ampliação do número de vagas, embora não haja previsão expressa quanto a essa exigência. A esse respeito, cabe citar a explanação feita por Rodrigues, ao mencionar que

[...] não há nenhuma norma no ordenamento jurídico brasileiro – nem mesmo no seu Estatuto da OAB – que exija a manifestação da OAB para o aumento de vagas dos cursos de direito. Entretanto continua ela exigindo a sua manifestação, tendo inclusive obtido decisão judicial favorável nesse sentido, decisão essa sem nenhuma motivação sólida no campo do

---

<sup>15</sup> BRASIL. Decreto nº 5.773, de 9 de maio de 2006. Dispõe sobre o exercício das funções de regulação, supervisão e avaliação de instituições de educação superior e cursos superiores de graduação e sequenciais no sistema federal de ensino. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 10 maio 2006.

<sup>16</sup> BRASIL. Decreto nº 5.773, de 9 de maio de 2006. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 10 maio 2006.

Direito Educacional, a demonstrar o total desconhecimento dessa área do Direito, no âmbito do Poder Judiciário<sup>17</sup>.

Inobstante a isso, quando o assunto é abordado unicamente no tocante às universidades, essas restrições mostram-se ainda mais incoerentes, diante das próprias previsões constantes na Constituição Federal de 1988<sup>18</sup> e na Lei nº 9.394/1996<sup>19</sup> (LDB).

A Constituição Federal, em seu art. 207<sup>20</sup>, prevê expressamente que “as universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão”. Por sua vez, a LDB estabelece, no inciso IV do art. 53<sup>21</sup>, que “no exercício de sua autonomia, são asseguradas às universidades, sem prejuízo de outras, as seguintes atribuições: IV - fixar o número de vagas de acordo com a capacidade institucional e as exigências do seu meio”. Corrobora a essa previsão o inciso II do parágrafo único do mesmo artigo em destaque, ao explicitar que, “para garantir a autonomia didático-científica das universidades, caberá aos seus colegiados de ensino e pesquisa decidir, dentro dos recursos orçamentários disponíveis, sobre: II - ampliação e diminuição de vagas”<sup>22</sup>.

Dessa forma, verifica-se que, nos casos das universidades, há uma afronta à disposição constitucional sobre a autonomia universitária, que, em momento algum, deveria ser afastada por normativas infraconstitucionais.

### 3.2 Síntese da tramitação processual

Além da regulamentação oriunda do art. 28 do Decreto nº 5.773/2006<sup>23</sup>, a tramitação processual relativa à autorização dos cursos em questão é definida pelo art. 29 da Portaria

---

<sup>17</sup> RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Controle público da educação e liberdade de ensinar na Constituição Federal de 1988. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira (Orgs.). **Constituição e democracia: estudos em homenagem ao Prof. J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 271-272.

<sup>18</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

<sup>19</sup> BRASIL. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 23 dez. 1996.

<sup>20</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

<sup>21</sup> BRASIL. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 23 dez. 1996.

<sup>22</sup> BRASIL. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 23 dez. 1996.

<sup>23</sup> BRASIL. Decreto nº 5.773, de 9 de maio de 2006. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 10 maio 2006.

nº 40<sup>24</sup>, cujo § 1º determina que, “nos pedidos de autorização e reconhecimento de curso de graduação em Direito, será aberta vista para manifestação do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), pelo prazo de 60 dias, prorrogável por igual período, a requerimento da OAB”.

Sobre esse aspecto, torna-se indispensável mencionar, a partir da crítica feita por Rodrigues, a previsão constante no art. 54, inciso XV, da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994<sup>25</sup>, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil. Nas palavras do autor,

O fato de o art. 54 da Lei nº 8.906/1994 (Estatuto da OAB) estabelecer que compita ao Conselho Federal da OAB “colaborar com o aperfeiçoamento dos cursos jurídicos, e opinar, previamente, nos pedidos apresentados aos órgãos competentes para criação, reconhecimento ou credenciamento desses cursos”, não dá à OAB nenhum dos direitos que ela se auto-atribui, quais sejam: (a) estabelecer condições a serem cumpridas pelas IES para que possam criar novos cursos de direito; (b) ser ouvida sempre que uma universidade aumentar suas vagas (com base no princípio da autonomia universitária) ou uma IES que não seja universidade solicitar o aumento de vagas em seu curso de direito; e (c) atribuir ao seu parecer caráter vinculante, ficando o Poder Público adstrito à posição da OAB (favorável ou não favorável) para autorizar a criação de novos cursos de direito<sup>26</sup>.

No entanto, a rotina vivenciada pelas IES demonstra a dificuldade em argumentar a incompatibilidade dessas restrições no âmbito dos cursos de Direito, uma vez que os processos para manutenção de um curso são, em grande parte, geridos pelo sistema e-MEC a partir de excessivos regulamentos que, compatibilizados com o sistema, conferem prazos e, por meio deles, restringem as ações mediante o bloqueio de algumas funcionalidades.

Nessa perspectiva, convém mencionar que, atualmente, o protocolo para pedidos de autorização e aumento do número de vagas de cursos de Direito encontra-se fechado no sistema e-MEC, e assim permanecerá até 31 de julho de 2014, data limite para que a Secretaria de Regulação e Supervisão da Educação Superior (Seres) emita normativo específico com os critérios para a regulação dos cursos de graduação em Direito. Tal restrição consta do art. 10 e parágrafo único da Portaria Normativa nº 1, de 2 de janeiro de

---

<sup>24</sup> BRASIL. Ministério da Educação. Portaria Normativa nº 40, de 12 de dezembro de 2007. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 29 dez. 2010.

<sup>25</sup> BRASIL. Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 jul. 1994.

<sup>26</sup> RODRIGUES. **Controle público da educação e liberdade de ensinar na Constituição Federal de 1988**, p. 270-271.

2014<sup>27</sup>, que estabeleceu o Calendário 2014 de abertura do protocolo de ingresso de processos regulatórios no sistema e-MEC. Contudo, até o presente momento, ainda não foi publicado o regulamento específico projetado pelo MEC, o qual, certamente, será objeto de análise e estudos por parte das IES e demais interessados.

A partir dessas ponderações, observa-se que os processos de regulação e supervisão dos cursos de Direito, em todo o país, apresentam um caráter mais rígido em relação à avaliação realizada a outros cursos de graduação. Isso se verifica desde o ato de autorização para a criação do curso, como nos processos posteriores, relativos ao reconhecimento e à renovação de reconhecimento, modalidades que compõe os atos autorizativos de um curso.

#### **4. ANÁLISE DO RESULTADO DO ENADE OBTIDO PELOS CURSOS DE DIREITO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**

Após essa necessária contextualização a respeito dos processos que envolvem a regulação e supervisão dos cursos de graduação, e registradas, em especial, algumas considerações sobre aspectos específicos dos cursos de Direito, do fluxo do Enade e a sua importância para a composição de outras avaliações, torna-se fundamental para o objetivo da presente pesquisa pontuar, nesse momento, algumas constatações acerca dos conceitos conferidos aos cursos por intermédio do Enade.

Para refinar a pesquisa, serão mostradas, no Quadro 1, os conceitos do Enade, CPC e CC obtidos pelos cursos de Direito de todas as IES do estado do Rio Grande do Sul, públicas e privadas, a fim de possibilitar a identificação e análise quantitativa e qualitativa dos resultados decorrentes, sobretudo, da avaliação do Enade.

---

<sup>27</sup> BRASIL. Ministério da Educação. Portaria Normativa nº 01, de 2 de janeiro de 2014a. Estabelece o Calendário 2014 de abertura do protocolo de ingresso de processos regulatórios no sistema e-MEC. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 3 jan. 2014.

**Quadro 1** – Relação dos resultados do Enade, CPC e CC referente aos cursos de Direito oferecidos por todas as IES, públicas e privadas, do estado do Rio Grande do Sul

Nº	Instituição	Categori a Adm.	Curso de Direito			
			Município	Enade	CPC	CC
1.	Centro de Ensino Superior Cenequista de Farroupilha - CESF	Privada	Farroupilha	2	3	3
2.	Centro Universitário Franciscano - UNIFRA	Privada	Santa Maria	3	3	5
3.	Centro Universitário La Salle - UNILASALLE	Privada	Canoas	2	3	4
4.	Centro Universitário Metodista - IPA	Privada	Porto Alegre	2	3	3
5.	Centro Universitário Ritter dos Reis - UNIRITTER	Privada	Canoas	3	4	-
			Porto Alegre	3	4	5
6.	Centro Universitário Univates - UNIVATES	Privada	Lajeado	3	4	5
7.	Faculdade Anhanguera de Passo Fundo	Privada	Passo Fundo	3	3	4
8.	Faculdade Anhanguera de Pelotas	Privada	Pelotas	2	3	4
9.	Faculdade Anhanguera do Rio Grande	Privada	Rio Grande	2	2	4
10.	Faculdade Antônio Meneghetti - AMF	Privada	Restinga Seca	-	-	4
11.	Faculdade Cenequista de Osório - FACOS	Privada	Osório	3	3	4
12.	Faculdade Cenequista Nossa Senhora dos Anjos - FACENSA	Privada	Gravataí	3	3	4
13.	Faculdade da Serra Gaúcha - FSG	Privada	Caxias do Sul	2	3	4
14.	Faculdade de Desenvolvimento do Rio Grande do Sul - FADERGS	Privada	Porto Alegre	3	4	4
15.	Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público	Privada	Porto Alegre	4	4	5
16.	Faculdade de Direito de Santa Maria - FADISMA	Privada	Santa Maria	3	3	5
17.	Faculdade Dom Alberto - FDA	Privada	Santa Cruz do Sul	4	4	3
18.	Faculdade Dom Bosco de Porto Alegre - FDB	Privada	Porto Alegre	4	4	5
19.	Faculdade IBGEN - Instituto Brasileiro de Gestão de Negócios - IBGEN	Privada	Porto Alegre	-	-	-
20.	Faculdade INEDI - CESUCA	Privada	Cachoeirinha	-	-	4

Nº	Instituição	Categori a Adm.	Curso de Direito			
			Município	Enade	CPC	CC
21.	Faculdade Meridional - IMED	Privada	Passo Fundo	3	3	4
22.	Faculdade Metodista de Santa Maria - FAMES	Privada	Santa Maria	3	3	4
23.	Faculdade Palotina - FAPAS	Privada	Santa Maria	3	3	4
24.	Faculdade São Francisco de Assis - UNIFIN	Privada	Porto Alegre	-	-	-
25.	Faculdades Integradas Machado de Assis - FEMA	Privada	Santa Rosa	3	3	3
26.	Faculdades Integradas São Judas Tadeu - SJT	Privada	Porto Alegre	2	2	4
27.	Faculdades João Paulo II - FJP	Privada	Passo Fundo	-	-	5
28.	Faculdades Riograndenses - FARGS	Privada	Porto Alegre	3	3	4
29.	Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo - CNEC/IESA	Privada	Santo Ângelo	3	3	-
30.	Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS	Privada	Porto Alegre	3	3	-
			Uruguaiana	3	SC*	-
31.	Universidade Católica de Pelotas - UCPEL	Privada	Pelotas	3	3	-
32.	Universidade da Região da Campanha - URCAMP	Privada	Alegrete	4	3	-
			Bagé	3	3	-
			Santana do Livramento	3	3	2
			São Gabriel	3	3	3
33.	Universidade de Caxias do Sul - UCS	Privada	Bento Gonçalves	3	3	-
			Canela	2	3	-
			Caxias do Sul	2	3	5
			Farroupilha	3	3	5
			Guaporé	2	3	4
			Nova Prata	-	-	-
			São Sebastião do Caí	3	4	4
Vacaria	4	4	-			
34.	Universidade de Cruz Alta - UNICRUZ	Privada	Cruz Alta	3	4	-
35.	Universidade de Passo Fundo - UPF	Privada	Carazinho	4	4	5
			Casca	4	4	4
			Lagoa Vermelha	3	3	-
			Palmeira das Missões	2	SC*	-

Nº	Instituição	Categori a Adm.	Curso de Direito			
			Município	Enade	CPC	CC
			Passo Fundo	4	4	-
			Sarandi	3	3	3
			Soledade	3	4	-
			Capão da Canoa	3	3	3
36.	Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC	Privada	Santa Cruz do Sul	3	4	-
			Sobradinho	2	3	5
			Venâncio Aires	3	3	4
			São Leopoldo	3	3	-
37.	Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS	Privada	São Leopoldo	3	3	-
38.	Universidade Federal de Pelotas - UFPEL	Pública	Pelotas	5	4	-
39.	Universidade Federal de Santa Maria - UFSM	Pública	Santa Maria	5	4	-
40.	Universidade Federal do Rio Grande - FURG	Pública	Rio Grande	4	4	-
41.	Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS <sup>1</sup>	Pública	Porto Alegre	5	4	-
42.	Universidade Feevale - FEEVALE	Privada	N. Hamburgo	3	4	4
43.	Universidade Luterana do Brasil - ULBRA	Privada	Cachoeira do Sul	3	3	-
			Canoas	2	3	-
			Carazinho	3	3	-
			Gravataí	3	3	3
			Guaíba	3	3	-
			Santa Maria	3	3	4
			São Jerônimo	3	4	-
			Torres	4	4	-
44.	Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ	Privada	Ijuí	3	4	-
			Santa Rosa	3	3	-
			Três Passos	3	4	4
45.	Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI	Privada	Erechim	3	3	5
			Frederico Westphalen	3	3	5
			Santiago	2	2	-
			Santo Ângelo	3	4	-

Fonte: BRASIL, e-MEC<sup>28</sup>.

<sup>1</sup> A UFRGS oferta o curso intitulado “Ciências Jurídicas e Sociais”, assim cadastrado no site e-MEC.

\* SC: Sem conceito.

Com base na análise dos dados constantes no Quadro 1, percebe-se que, no estado do Rio Grande do Sul, há 45 IES que oferecem o curso de Direito em suas respectivas sedes administrativas e em seus *campi*.

Dentre as IES identificadas, também é possível constatar a oferta de 78 cursos de Direito, os quais estão distribuídos em diferentes municípios onde as IES possuem sede ou *campi*. É importante registrar esse dado, tendo em vista que um curso de Direito de uma mesma IES, mas ofertado em localidades distintas, pode apresentar, também, conceitos distintos em decorrência das avaliações realizadas. Para o MEC, quando a IES já possui um curso e passa a ofertá-lo em um local diverso do qual obteve autorização, esse curso é considerado como um curso novo, o que demanda avaliações próprias e, conseqüentemente, conceitos próprios, de acordo com as suas respectivas condições de oferta.

Faz-se necessário, nesse ínterim que antecede a análise dos cursos, elucidar alguns elementos de identificação do Quadro 1, a fim de proporcionar uma maior compreensão de seus indicativos. Em alguns cursos, observa-se que não há um conceito atribuído, sejam em relação ao indicador do Enade, como nos casos do CPC e CC. Não há como saber exatamente os motivos pelos quais um curso não possui tais conceitos, pois alguns dados da avaliação são disponibilizados apenas às IES, em caráter privado, mediante as avaliações realizadas. No entanto, pode-se elencar alguns fatos que, provavelmente, representam a causa da ausência de um conceito. São eles: a) Quando uma IES não possui conceito na avaliação do Enade, isso pode se justificar em razão de o curso ser novo e ainda não ter sido submetido à avaliação do Enade, uma vez que a área em que o curso de Direito está enquadrado é avaliada, assim como as demais, dentro do ciclo trienal de avaliação. Geralmente esse é o motivo de algumas IES não possuírem conceito nesse indicador. Cabe registrar que a última avaliação do Enade realizada aos acadêmicos dos cursos de Direito ocorreu em 2012, cujos

---

<sup>28</sup> BRASIL. e-MEC. Consulta interativa. **Instituições de Ensino Superior e Cursos Cadastrados**. Disponível em: <<http://www.emec.gov.br>>. Acesso em: 18 jul. 2014.

resultados foram divulgados em 2013. Logo, a próxima avaliação será em 2015, com divulgação dos conceitos apenas em 2016; b) A divulgação do CPC é feita junto com os resultados do Enade. Dessa forma, os cursos que não possuem avaliação do Enade, automaticamente, também não possuem CPC. Nesse indicador, porém, alguns cursos receberam a identificação “SC (Sem Conceito)”. Isso acontece quando o curso não possui estudantes ingressantes e/ou concluintes; c) Já o CC é obtido a partir da análise das condições relativas ao perfil do corpo docente, à organização didático-pedagógica e às instalações físicas, motivo pelo qual há a necessidade de avaliação *in loco* pelas comissões especializadas do MEC. Se, com a divulgação do relatório de avaliação, for atribuído ao curso um conceito menor que 3 (três) em pelo menos um dos indicadores imprescindíveis do instrumento de avaliação, o CC terá, como resultado, o conceito “Sem Conceito”. Nesses casos, as IES dispõem do prazo de 60 (sessenta) dias para impugnar o relatório, conforme previsto no § 2º do art. 16 da Portaria nº 40<sup>29</sup>. Porém, nos casos presentes no Quadro 1, verifica-se que alguns cursos, nesse indicativo, não possuem qualquer menção a algum conceito, fato que demonstra a não realização de avaliação *in loco*.

Pontuadas tais considerações, torna-se possível avaliar alguns aspectos relativos aos cursos de Direito. Para otimizar a análise a que se pretende o presente artigo, serão quantificados apenas os conceitos obtidos em decorrência da avaliação do Enade, embora os demais indicadores referenciados no Quadro 1 também sejam de fundamental importância para a identificação da qualidade dos cursos.

Tendo por base o disposto no § 2º do art. 33-A da Portaria nº 40<sup>30</sup>, pelo qual “os indicadores de qualidade serão expressos numa escala de cinco níveis, em que os níveis iguais ou superiores a 3 (três) indicam qualidade satisfatória e, no caso de instituições também serão apresentados em escala contínua”, e considerando o cenário de 78 cursos de Direito, temos o seguinte panorama de avaliação do Enade:

- a) seis cursos sem avaliação do Enade, o que representa 7,6% do total de cursos;
- b) quatorze cursos com conceito 2, o que representa 17,9% do total;

---

<sup>29</sup> BRASIL. Ministério da Educação. Portaria Normativa nº 40, de 12 de dezembro de 2007. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 29 dez. 2010.

<sup>30</sup> BRASIL. Ministério da Educação. Portaria Normativa nº 40, de 12 de dezembro de 2007. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 29 dez. 2010.

- c) 45 cursos com conceito 3, o que representa 57,6% do total;
- d) dez cursos com conceito 4, o que representa 12,8% do total;
- e) três cursos com conceito 5, o que representa 3,8% do total.

Diante dessa verificação, observa-se que, a maior parte dos cursos de Direito, ou seja, 57,6%, indicam, segundo o parâmetro de avaliação do MEC, qualidade satisfatória, mediante a obtenção do conceito 3. No entanto, esse resultado considerado satisfatório não se reflete no Exame da Ordem realizado pelos bacharéis em Direito. Nos últimos Exames, tem se observado um índice médio de aprovação de aproximadamente 25%. Tal fato evidencia que a avaliação do desempenho dos acadêmicos no Enade não representa, efetivamente, a qualidade do ensino de uma IES. Todavia, esse é um indicativo de que deve haver uma reformulação na forma como as instituições de ensino têm conduzido os seus cursos de Direito, uma vez que o resultado, em termos de apropriação de conhecimento, tem sido aquém do almejado.

Convém mencionar, ainda, retomando os critérios de avaliação do MEC, que, geralmente, na prática, os cursos que obtêm CPC 1 e 2 são automaticamente inseridos no cronograma das comissões de avaliação. Por outro lado, os cursos com conceito igual ou maior que 3 são dispensados da visita, tendo a liberdade de optar por receberem a comissão de avaliação. Nesses casos, há a possibilidade de transformar o CPC em conceito permanente, sem necessidade de avaliação *in loco*.

Entretanto, no § 3º do art. 33 da Portaria nº 40<sup>31</sup>, há uma ressalva à dispensa de avaliação, através da qual o MEC resguarda a possibilidade de promover a visita *in loco* para fins de supervisão. Nos termos do referido parágrafo, “as hipóteses de dispensa de avaliação *in loco* referidas nesta Portaria Normativa não excluem a visita para fins de supervisão, quando pertinente”. Nesse sentido, foi publicado no Diário Oficial da União, de 6 de dezembro de 2013, a Nota Técnica nº 786/2013/DIREG/SERES-MEC<sup>32</sup>, com o objetivo de

---

<sup>31</sup> BRASIL. Ministério da Educação. Portaria Normativa nº 40, de 12 de dezembro de 2007. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 29 dez. 2010.

<sup>32</sup> BRASIL. Ministério da Educação. Secretaria de Regulação e Supervisão da Educação Superior. Nota Técnica nº 786/2013/DIREG/SERES-MEC. Sistematiza parâmetros e procedimentos para Renovação de Reconhecimento de Cursos, tomando como referência os resultados do ciclo avaliativo 2012, divulgado por meio do Conceito Preliminar de Curso - CPC 2012, em conformidade com o Decreto Federal nº 5.773, de 9 de maio de 2006 e suas alterações na Portaria Normativa MEC nº 40, de 12 de dezembro de 2007, republicada em 29 de dezembro de 2010. In: *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 6 dez. 2013.

sistematizar parâmetros e procedimentos para renovação de reconhecimento de cursos, tendo como referência os resultados do ciclo avaliativo 2012. Em seu item III.2, foi estabelecido que, aos cursos de Direito já reconhecidos e que tivessem obtido resultado satisfatório (CPC igual ou maior que 3) no CPC de 2012, seria aberto, de ofício, processo de renovação de reconhecimento, que seguiria, necessariamente, para avaliação *in loco* realizada pelo Inep.

Ou seja, todos os cursos de Direito do país estão passando por processos de renovação de reconhecimento e, por previsão expressa na referida Nota Técnica<sup>33</sup>, receberão visita *in loco* de uma comissão de avaliadores do MEC.

Talvez o baixo rendimento dos acadêmicos de Direito nos exames de avaliação e a necessidade de identificar as fragilidades dos cursos, as quais não são perceptíveis mediante uma avaliação baseada apenas em índices numéricos, tenham motivado o MEC a instaurar, de ofício, processos de renovação de reconhecimento a todos os cursos de Direito já reconhecidos do país, independentemente do conceito obtido em seus indicadores de qualidade.

Isso demonstra que a avaliação feita pelo MEC com fundamento na simples atribuição de conceitos, obtidos por meio de uma sistematização que compreende diversas variáveis e pesos aos elementos analisados, tem sido insuficiente para medir a qualidade de ensino de um curso, fato que, provavelmente, tenha desencadeado os processos de avaliação *in loco* que estão ocorrendo.

Por fim, é preciso ter clareza de que a avaliação do Enade corresponde, apenas, a um dos indicadores de qualidade de um curso. Desse modo, o seu resultado não pode ser valorado de forma a praticamente suprimir outros indicadores de igual importância que, de certa forma, podem até mesmo contribuir mais à formação de um bom profissional do que a mera avaliação de seu desempenho enquanto acadêmico.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

É inegável a importância das avaliações realizadas no âmbito do ensino superior, seja

---

<sup>33</sup> BRASIL. Ministério da Educação. Nota Técnica nº 786/2013/DIREG/SERES-MEC. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 6 dez. 2013.

para avaliar a regularidade das IES e de seus cursos, tanto nos aspectos estruturais quanto pedagógicos, como para aferir o desempenho dos acadêmicos em relação à apropriação dos conteúdos necessários à sua formação e profissionalização para o mercado de trabalho.

O resultado dessas avaliações possibilita a delimitação de um cenário capaz de demonstrar a qualidade dos cursos e das IES em todo o país, além de servir como balizador para as próprias instituições de ensino, no sentido de orientar os dirigentes quanto à realidade dos cursos e direcionar a formação acadêmica para uma constante qualificação pedagógica.

Sabe-se, indiscutivelmente, da importância que o estabelecimento de medidas de regulação e supervisão representa na esfera da administração pública, tendo em vista a crescente expansão de Instituições de Ensino Superior e, especialmente, a obtenção de resultados insatisfatórios por parte de muitos de seus acadêmicos nos exames de avaliação realizados periodicamente pelas entidades oficiais, como é o caso do Enade, para todos os cursos de graduação, e do Exame da Ordem, este aplicado exclusivamente aos bacharéis em Direito.

Esse procedimento de supervisão é compreensível e encontra respaldo na própria Constituição Federal, ao elencar, em seu art. 206, inciso VII<sup>34</sup>, como um dos princípios do ensino, “a garantia de padrão de qualidade”. No entanto, é imprescindível que o controle dos processos e a definição dos critérios sejam instituídos pelos respectivos órgãos competentes, em conformidade com as atribuições elencadas pela Constituição Federal a cada ente governamental, sob pena de comprometer a ordem e a segurança jurídica. Além disso, é necessário que as avaliações, em especial a obtida pela aplicação do Enade, sejam ponderadas de forma equânime em relação aos demais indicadores de qualidade, a fim de que essas avaliações possam, de fato, corresponder à realidade pedagógica de um curso.

Nessa perspectiva, cabe considerar, ainda, a pertinência e a relevância da análise da legislação educacional, uma vez que há interferências significativas por parte da Administração Pública e de entidades de classe na condução da gestão do ensino superior, especialmente no que tange aos processos de regulação, autorização e supervisão dos cursos de Direito. O reflexo das limitações impostas é percebido e vivenciado

---

<sup>34</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

constantemente pela administração interna das IES, o que, por vezes, resulta na mitigação da autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, que constitui uma prerrogativa outorgada pela Constituição Federal às universidades, conforme preceitua o seu art. 207<sup>35</sup>.

Diante disso, a necessidade de aprofundar esse estudo, à luz dos aspectos constitucionais, assume um caráter significativo no atual ordenamento jurídico, em virtude das vastas consequências advindas da aplicação das normas direcionadas à regulamentação das Instituições de Ensino Superior, que, inevitavelmente, ficam submetidas ao sistema imposto pelas normativas publicadas diariamente pelos órgãos estatais e entidades de classe no que tange à esfera de atuação do Direito Educacional Superior.

#### **REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS**

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 jul. 1994.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 23 dez. 1996.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.861, de 14 de abril de 2004. Institui o Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior – SINAES e dá outras providências. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 15 abr. 2004.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 5.773, de 9 de maio de 2006. Dispõe sobre o exercício das funções de regulação, supervisão e avaliação de instituições de educação superior e cursos superiores de graduação e sequenciais no sistema federal de ensino. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 10 maio 2006.

\_\_\_\_\_. Ministério da Educação. Portaria Normativa nº 40, de 12 de dezembro de 2007.

---

<sup>35</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

Institui o e-MEC, sistema eletrônico de fluxo de trabalho e gerenciamento de informações relativas aos processos de regulação, avaliação e supervisão da educação superior no sistema federal de educação, e o Cadastro e-MEC de Instituições e Cursos Superiores e consolida disposições sobre indicadores de qualidade, banco de avaliadores (Basis) e o Exame Nacional de Desempenho de Estudantes (ENADE) e outras disposições. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 29 dez. 2010.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Secretaria de Regulação e Supervisão da Educação Superior. Nota Técnica nº 786/2013/DIREG/SERES-MEC. Sistematiza parâmetros e procedimentos para Renovação de Reconhecimento de Cursos, tomando como referência os resultados do ciclo avaliativo 2012, divulgado por meio do Conceito Preliminar de Curso - CPC 2012, em conformidade com o Decreto Federal nº 5.773, de 9 de maio de 2006 e suas alterações na Portaria Normativa MEC nº 40, de 12 de dezembro de 2007, republicada em 29 de dezembro de 2010. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 6 dez. 2013.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Portaria Normativa nº 01, de 2 de janeiro de 2014a. Estabelece o Calendário 2014 de abertura do protocolo de ingresso de processos regulatórios no sistema e-MEC. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 3 jan. 2014.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira. **Manual do Enade 2014**. Brasília, 2014b.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Manual do Estudante - Enade 2014**. Brasília, 2014c.

\_\_\_\_\_. e-MEC. Consulta interativa. **Instituições de Ensino Superior e Cursos Cadastrados**. Disponível em: <<http://www.emec.gov.br>>. Acesso em: 18 jul. 2014.

MURIEL, Roberta. **Avaliação institucional**: marco regulatório, portarias normativas 40/2007 e 23/2010. 2. ed. Belo Horizonte: Ed. da Autora, 2011.

NUNES, Edson de Oliveira. **Educação superior no Brasil**: estudos, debates, controvérsias. Rio de Janeiro: Garamond, 2012.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Controle público da educação e liberdade de ensinar na Constituição Federal de 1988. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira (Orgs.). **Constituição e democracia**: estudos em homenagem ao Prof. J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 252-277.

\_\_\_\_\_. **O Direito Educacional e a autonomia das Instituições de Ensino Superior.**  
Disponível em: <<http://www.profpito.com/odireeducaeaauto.html>>. Acesso em: 19 jul.  
2014.

# IGUALDADE E LIBERDADE NA BUSCA DA FELICIDADE

Osny Antônio Spannenberg<sup>1</sup>

## INTRODUÇÃO

A felicidade é uma aspiração tão antiga como a história da humanidade. Não é fácil definir o que é a felicidade, identificar suas causas e, muito menos, descobrir o “segredo da felicidade”. O assunto é mais complexo do que parece.

A felicidade é algo que nos acontece por acaso ou algo a ser buscado? A felicidade tem sido cantada por poetas, literatos e músicos. E também dissecada por biólogos, neurologistas, psicólogos e economistas.

Os direitos que a Constituição prevê convergem para a felicidade da sociedade. É assegurado o direito à uma vida digna, direito esse que pode ser tido como fundamental para que a pessoa atinja a felicidade.

Os direitos sociais e os de liberdade e igualdade são condutores à busca afetiva da felicidade?

## 1. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade da pessoa humana é um princípio inserido no art. 5º da Constituição Federal, para o qual traremos algumas conceituações de nobres doutrinadores pátrios e alienígenas.

A dignidade como limite e tarefa do Estado, segundo Sarlet, significa que o próprio princípio da dignidade da pessoa impõe limites à atuação do Estado, que deverá ter como objetivos principais e permanentes, a proteção, promoção e realização concreta de uma vida digna para todos os cidadãos. Ao Estado, seus órgãos e atividades, é imposto o dever de

---

<sup>1</sup> Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo – Rio Grande do Sul – Brasil. Especialista em Direito Previdenciário. Professor na Universidade de Passo Fundo. E-mail: oaspannenberg@gmail.com

respeito e proteção, onde o mesmo deve abster-se de ingerências na vida dos indivíduos que possam ser contrárias a sua dignidade pessoal, assim como deve proteger essa dignidade de ações de terceiros, sejam eles particulares, ou dos próprios poderes privados. E conclui dizendo que “[...] o princípio da dignidade da pessoa humana impõe ao Estado, além do dever de respeito e proteção, a obrigação de promover as condições que viabilizem e removam toda sorte de obstáculos que estejam a impedir as pessoas de viverem com dignidade”<sup>2</sup>

O princípio da dignidade da pessoa humana, na visão de Barroso, é identificado como um espaço de integridade moral que deve ser assegurado às pessoas pela simples existência no mundo. Entendendo que a dignidade da pessoa humana tem servido de amparo para decisões diversas, ele observa que “[...] a percepção da centralidade do princípio chegou à jurisprudência dos tribunais superiores, onde já se assentou que ‘a dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos do Estado democrático de direito’, ilumina a interpretação da lei ordinária.”<sup>3</sup>

Silva, assim conceitua a dignidade da pessoa humana: “*Dignidade da pessoa humana* é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida.”<sup>4</sup>

O princípio da dignidade da pessoa humana, na ótica de Sarlet, é algo que simplesmente existe, é irrenunciável e inalienável, ou seja, é algo que deve ser reconhecido, respeitado e protegido, porém, é algo que não pode ser criado. E conclui que “[...] não se deve olvidar que a dignidade independe das circunstâncias concretas, sendo algo inerente a toda e qualquer pessoa humana, de tal sorte que todos – mesmo o maior dos criminosos – são iguais em dignidade.”<sup>5</sup>

Das palavras de Sarlet, apura-se que a dignidade da pessoa humana não pode lhe ser retirada, quer seja por parte de outra pessoa, quer seja por parte do poder estatal. Relata ele, que há entendimento diverso do seu, no sentido de que a dignidade da pessoa humana não pode ser considerada como exclusivamente inerente à natureza do homem, pois há quem aponte que a dignidade também possui um sentido cultural, ou seja, a dignidade da

---

<sup>2</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p.110-112

<sup>3</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 381

<sup>4</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda. 1997, p. 106

<sup>5</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 109

pessoa humana possui uma dimensão natural e outra cultural que se complementam e interagem mutuamente.<sup>6</sup>

Já Canotilho, *apud* Soriano, observa que está “na dignidade da pessoa humana, a raiz sobre a qual se fundamentam os direitos humanos.”<sup>7</sup>

Para Farias, o princípio “ético-jurídico” da dignidade da pessoa humana, assegura um mínimo de respeito ao homem só pelo fato de ser homem, pois todos os homens são dotados, por natureza, de igual dignidade. Isso significa dizer que “o respeito à pessoa humana realiza-se independentemente da comunidade, grupo ou classe social a que aquela pertença.”<sup>8</sup>

E Soriano, assim se manifesta sobre a dignidade da pessoa humana:

*A dignidade da pessoa humana* apresenta-se como um princípio importante em sede de liberdade religiosa, uma vez que o cerceamento à liberdade constitui, indubitavelmente, um duro golpe à dignidade humana. O homem, destituído de liberdade, tem, logicamente, sua dignidade abalada.<sup>9</sup> [grifo autor]

Norberto Bobbio refere que Kant se preocupou em estabelecer uma distinção entre uma ação justa de uma ação injusta, e nesse momento central da obra Kant apresentou um *ideal de justiça*, o qual Bobbio definiu como sendo *justiça como liberdade*. E, Bobbio, refere que as várias teorias da justiça na história do pensamento jurídico, trouxeram respostas à pergunta: *qual o fim último do direito?* Ele então discorre de forma a expor sua visão de que essas respostas podem ser divididas em três grupos, que são: a) a justiça como *ordem* – cuja teoria considera como fim último do direito a *paz social*; b) a justiça como *igualdade* – teoria que deriva de Aristóteles e que objetiva como fim último do direito a *igualdade*, seja ela nas relações entre os indivíduos ou nas relações entre o Estado e os indivíduos, e, c) a justiça como *liberdade* – cujo fim último do direito é a liberdade, aqui referida como uma liberdade que possui limites na liberdade do outro.<sup>10</sup> [grifo do autor]

Sarlet refere que não há como sustentar uma equiparação entre dignidade e liberdade, porém entende que os direitos de liberdade constituem as principais exigências

---

<sup>6</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, 2003, p. 110

<sup>7</sup> SORIANO, Aldir Guedes. **Liberdade Religiosa no Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 88

<sup>8</sup> FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de Direitos**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1996, p. 49

<sup>9</sup> SORIANO, Aldir Guedes. **Liberdade Religiosa no Direito Constitucional e Internacional**, 2002, p. 109

<sup>10</sup> BOBBIO, Norberto. **Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995. p. 72-73

da dignidade da pessoa humana. Entende ainda, que a dignidade da pessoa não deve ser entendida como somente premissa de sua natureza humana, mas sim também de seu sentido cultural, asseverando que “[...] a dignidade possui também um sentido cultural, sendo fruto de um trabalho de diversas gerações e da humanidade em seu todo, razão pela qual as dimensões natural e cultural da dignidade da pessoa se complementam e interagem mutuamente.”<sup>11</sup>

A dignidade da pessoa humana constitui não apenas a garantia negativa de que a pessoa não será objeto de ofensas e humilhações, mas implica também, num sentido positivo, o pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo.<sup>12</sup>

Como se observa desse ensinamento, a dignidade da pessoa humana não é somente não lhe tolher direitos, mas também fazer com que ela possa se desenvolver pessoalmente, culturalmente e principalmente socialmente. Observa-se, portanto, que os direitos de liberdade estão intimamente ligados à dignidade da pessoa humana.

Da análise dos posicionamentos transcritos, se verifica que para a maioria dos doutrinadores, a dignidade da pessoa humana é o ponto central de todos os demais direitos fundamentais.

## **2. IGUALDADE**

A posição original proposta por Rawls de que a sociedade é um sistema eqüitativo de cooperação entre cidadãos livres e iguais e, a imparcialidade vista como essência e em estreita ligação com a igualdade, nos leva a entender que a igualdade conforme diz o senso comum é estar um indivíduo no mesmo plano de condições, sejam físicas ou psicológicas ou ainda financeiras, de outro indivíduo. Será mesmo?

Ronald Dworkin, inicia dizendo que ela, a igualdade, é um princípio em processo de extinção nos meios políticos. Refere que na atualidade, até mesmo os políticos, antes defensores de uma sociedade igualitária, sejam eles de centro, de centro-esquerda ou de esquerda, rejeitam o pressuposto da velha esquerda de que os bens de uma nação devem

---

<sup>11</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**, 2002. p.46

<sup>12</sup> PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 5.ed. Madrid: Tecnos, 1995. p. 318

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**, 2002. p.111

ser divididos entre a população ou cidadãos de forma equânime.<sup>13</sup>

Dworkin trata da teoria da igualdade de bem-estar, à qual ele se refere como uma igualdade distributiva. Ao discorrer sobre as concepções de igualdade de bem-estar, diz que há pessoas para quem a distribuição dos bens, dos recursos e das oportunidades da comunidade devem ser feitos de forma que analise os méritos e deméritos de cada indivíduo para a distribuição igualitária desses bens. Ele, então, faz referência à Bentham e outros pioneiros do Utilitarismo que [...] acreditavam que o bem-estar consistia em prazer e fuga da dor; a igualdade de bem-estar, assim definida, exigiria uma distribuição com propensão a deixar as pessoas iguais no saldo do prazer sobre a dor.”<sup>14</sup>

A igualdade de bem-estar, portanto, de acordo com a concepção utilitarista nada mais é do que a busca do prazer, ou seja, daquilo que realmente satisfaz os desejos dos indivíduos. Dworkin refere então, que *“para quase todos, o prazer ou a satisfação de alguma forma tem valor e contribui para o desejo de viver.”*<sup>15</sup>

Outra teoria de igualdade que Dworkin trabalha é a que ele chama de igualdade de recursos, onde cada cidadão recebe do governo a mesma quantidade de recursos ou bens e os investe da maneira que mais lhe aprover. Essa teoria da igualdade de recursos admite que a riqueza das pessoas deve diferir, pois elas produzem investimentos distintos.<sup>16</sup>

A igualdade de recursos, segundo Dworkin, “[...] oferece uma explicação mais convincente de nossas convicções intuitivas sobre a importância da liberdade do que qualquer teoria segundo a qual liberdade e igualdade são virtudes independentes e, às vezes, conflituosas.”<sup>17</sup>

Analisando essas ponderações retro, é de haver o questionamento se podemos dar as costas à igualdade? Num país como o nosso, onde a Constituição Federal em seu art. 1º declara que somos um Estado Democrático de Direito e assevera em seu inciso III o respeito à dignidade da pessoa humana, assim como no art. 5º declara, que *“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à*

---

<sup>13</sup> DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. IX

<sup>14</sup> DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**, 2005. p. 12

<sup>15</sup> DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**, 2005. p. 47

<sup>16</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 357

<sup>17</sup> DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**, 2005. p. 161

*segurança e à propriedade, nos termos seguintes*". [grifo nosso]

Não acredito que possamos dar as costas à igualdade, tendo como base ela, que, juntamente com a dignidade da pessoa humana e da liberdade, são considerados, na minha ótica, os pressupostos da procura da "felicidade".

### **3. LIBERDADE**

Importante apresentar o conceito de liberdade de forma mais ampla. A liberdade é algo que o homem, de forma incessante, busca e almeja. Mas o que é a liberdade, como ela é definida?

Bobbio, na obra *Era dos Direitos* cita que Immanuel Kant ao referir os direitos inatos, racionalmente os reduziu a um único: a liberdade. E, Kant ainda definiu a liberdade como sendo a autonomia que o indivíduo possui de legislar para si mesmo. Referia também que o homem possui direitos inatos e adquiridos e, portanto, admitia que o único direito inato passado ao homem pela natureza e não por qualquer autoridade constituída, foi a liberdade, e por liberdade entendia a autonomia, ou seja, a independência em face de qualquer tipo de constrangimento imposto por outra pessoa ou pelo Estado.<sup>18</sup>

John Rawls refere que "um conjunto bastante intrincado de direitos e deveres caracteriza qualquer liberdade básica particular."<sup>19</sup>

E ele assevera ainda que

Se, por exemplo, considerarmos a liberdade de consciência como a lei a define, então os indivíduos têm essa liberdade básica quando estão livres para perseguir seus interesses morais, filosóficos ou religiosos sem restrições legais que exijam que eles se comprometam com qualquer forma particular de prática religiosa ou de outra natureza, e quando os demais têm um dever estabelecido por lei de não interferir.<sup>20</sup>

Observa-se, portanto, que a prática da liberdade só é possível por completo quando não ocorre interferência por parte de terceiros e quando há a determinação por lei dessa não interferência.

A liberdade é, portanto, a autodeterminação de que o cidadão possui em fazer tudo o que a lei não proíbe, e, a lei somente poderá proibir ações que venham a prejudicar a

---

<sup>18</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 17; 52

<sup>19</sup> RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo; Martins Fontes, 1997. p. 219

<sup>20</sup> RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo; Martins Fontes, 1997, p. 219

sociedade ou terceiros.

A liberdade, de forma ampla, está prevista no art. 5º da Constituição Federal como um direito fundamental inviolável, e, essa liberdade é apresentada de várias formas através dos incisos do artigo referido.

Dar prioridade às liberdades fundamentais é essencial para um regime democrático, e, por isso pode-se afirmar que a liberdade de consciência é prioritária.

Para Locke, (apud) Bobbio, o poder político deve ser entendido a partir do estado em que os homens se encontram, e, esse estado é de perfeita liberdade, onde os homens regulam suas próprias ações e dispõem de suas posses como lhes apraz, sem que haja interferência de outras pessoas. Esse é, portanto, um estado de liberdade, ainda que nos limites da lei.<sup>21</sup>

#### 4. FELICIDADE

As éticas utilitaristas resultam insensíveis com as exigências da justiça distributiva, pois a sua demanda tem a ver com o bem de cada indivíduo e não com o da coletividade. O utilitarismo observa que os indivíduos ao buscarem a felicidade individual, contribuem para que a comunidade atinja a felicidade geral.<sup>22</sup>

Zambam refere ainda, que a felicidade é entendida como prazer e ausência de dor, e o seu contrário denota infelicidade. E conclui o seu pensamento citando passagem da obra Utilitarismo de Stuart Mill, nos dizeres: “É necessário compreender o objetivo/fim da formulação utilitarista, a qual ‘estabelece que a felicidade é desejável e que é a única coisa desejável como fim; todas as outras coisas somente são desejáveis como meios para esse fim’.”<sup>23</sup>

A Constituição do Equador, em seu preâmbulo salienta a necessidade de o povo soberano, ao reconhecer suas raízes milenares e celebrar a natureza, decide, de forma soberana construir uma nova forma de convivência cidadã, em diversidade e harmonia com a natureza, de forma a alcançar o *bem viver, o sumak kawsay*. [grifo nosso]

Ao estabelecer esse preâmbulo os equatorianos declaram a busca do respeito à

---

<sup>21</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 59

<sup>22</sup> ZAMBAM, Neuro José. **A teoria da justiça em John Rawls, uma leitura**. Passo Fundo: UPF, 2004, p. 35

<sup>23</sup> ZAMBAM, Neuro José. **A teoria da justiça em John Rawls, uma leitura**, 2004, p. 37-38.

dignidade humana individual e da coletividade. O bem viver (sumak kawsay) é encontrado em mais de uma dezena de artigos da referida constituição. Como forma de atingir o bem viver, os equatorianos, nos artigos 277 e 278 de sua Constituição elencam as obrigações gerais do Estado, tais como garantir os direitos dos indivíduos dentre outros, e, determinam a participação dos indivíduos de forma a produzir, trocar e consumir bens e serviços.

E na Bolívia a Constituição, em seu artigo 8, estabelece, também o bem viver e a vida harmoniosa, e determina que o seu Estado irá basear-se nos valores da unidade, igualdade, inclusão, dignidade, liberdade, solidariedade, reciprocidade e no bem-estar comum.

Na obra *Ética à Nicômaco*, o filósofo Aristóteles assim se refere a felicidade:

Ora, esse é o conceito que preeminentemente fazemos da felicidade. É ela procurada sempre por si mesma e nunca com vistas em outra coisa, ao passo que à honra, ao prazer, à razão e a todas as virtudes nós de fato escolhemos por si mesmos (pois, ainda que nada resultasse daí, continuaríamos a escolher cada um deles); mas também os escolhemos no interesse da felicidade, pensando que a posse deles nos tornará felizes. A felicidade, todavia, ninguém a escolhe tendo em vista algum destes, nem em geral, qualquer coisa que não seja ela própria.<sup>24</sup>

Para Bobbio, primeiro vem o indivíduo e depois vem o Estado, ou seja, o Estado é feito pelo indivíduo e não o contrário, isto é uma concepção individualista. E, nesta concepção individualista, justo é que o indivíduo possa satisfazer suas necessidades, atingindo os próprios fins, e, antes de mais nada a *felicidade*, que é um fim individual por excelência.<sup>25</sup>

Dworkin faz um passeio com inúmeras questões sobre o bem viver, e, por fim assevera que nos Estados Unidos na atualidade

[...] é objetivamente importante que as pessoas vivam bem, que tenham a principal responsabilidade individual pelo êxito da própria vida, e que viver bem signifique transformar o mundo em um lugar melhor, com mais valor, sem tomar partido entre quem insiste que a vida boa é a religiosa e os outros, que acreditam ser a religião a única superstição perigosa; ou entre quem insiste que a vida de valor é a que tem raízes na tradição e quem pensa que a única vida razoável é a da rebelião contra a tradição.<sup>26</sup>

O Ministro Ayres Brito do STF, em relatório apresentado na ADI nº 4277, julgada em maio de 2011, ao considerar a felicidade como um princípio de direito fundamental, assim se manifestou: “[...] de auto-estima no mais elevado ponto da consciência. Auto-estima, de sua

<sup>24</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Abril Cultural, 1984, p. 55

<sup>25</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, 1992, p. 60

<sup>26</sup> DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*, 205, p. 335

parte, a aplinar o mais abrangente caminho da **felicidade**, tal como positivamente normada desde a primeira declaração nortep-americana de direitos humanos [...]”<sup>27</sup>

Outros Ministros, em decisões na Suprema Corte, também já se manifestaram no sentido de considerar a felicidade, ou melhor, a busca da felicidade como um “direito básico e inalienável, assim como também o é o direito de viver com dignidade”.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A felicidade, ou melhor, a busca pela felicidade, como várias vezes referida, pelos Ministros de nosso Supremo Tribunal Federal em decisões daquela casa, é, apesar de não expressamente constar da Constituição Federal, considerado um princípio da dignidade humana.

A felicidade, segundo Aristóteles, antes referido, é um bem supremo que o ser humano busca e almeja, e, para poder alcançá-lo depende muitas vezes de outros bens exteriores, tais como a igualdade e a liberdade.

A felicidade, portanto, é aquilo que em si mesmo torna a vida completa, ou seja, é algo absoluto, auto-suficiente e é a finalidade de ações tais como liberdade e igualdade.

A busca pela felicidade, pelo bem viver, por ser ou estar feliz, é um sentimento que a nós invade constantemente. Em nosso meio social, há uma constante imposição do prazer, da vida plena ou da felicidade, e, para esse meio social a na cultura capitalista em que vivemos, essa felicidade somente pode ser alcançada com o consumo.

No dicionário Michaelis a conceituação de felicidade é: o estado de quem é feliz; ventura; bem-estar, contentamento; bom resultado ou bom êxito. O homem, desde os primórdios, sempre esteve na busca pela felicidade, tanto que vários filósofos e religiosos sempre dedicaram parte de suas atividades para definir sua natureza e qual tipo de comportamento ou estilo de vida levaria à felicidade.

É difícil definir, rigorosamente, a felicidade e sua medida. Investigadores em psicologia desenvolveram diferentes métodos e instrumentos, a exemplo do Questionário da Felicidade de Oxford, citado pela autora Sonja Lyubomirsky em sua obra “A ciência da

---

<sup>27</sup> STF – ADI 4277, Relator Min. Ayres Brito. Data de Julgamento: 05/05/2011, Data da Publicação: Dje 14/10/2011. Disponível em: [redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID) Acesso em: 04 jun 2014

felicidade”, da Editora Elsevier, criado para medir o nível de felicidade de um indivíduo. Esses métodos levam em conta fatores físicos e psicológicos, tais como envolvimento religioso ou político, estado civil, paternidade, idade, renda etc. Em estudo feito com vários estudantes universitários na Universidade de Oxford, realizou-se, além da análise estatística descritiva, a análise de componentes principais para os resultados apresentados no Questionário de Felicidade Oxford e na Escala de Felicidade Subjetiva, onde, ao final observou-se o resultado de que “a felicidade é um estado durável de plenitude, satisfação e equilíbrio físico e psíquico, em que o sofrimento e a inquietude são transformados em emoções ou sentimentos que vão desde o contentamento até a alegria intensa ou júbilo. A felicidade tem, ainda, o significado de bem-estar espiritual ou paz interior. Existem diferentes abordagens ao estudo da felicidade - pela filosofia, pelas religiões ou pela psicologia. O homem sempre procurou a felicidade. Filósofos e religiosos sempre se dedicaram a definir sua natureza e que tipo de comportamento ou estilo de vida levaria à felicidade plena.”

Nossa vida é feita tanto de momentos felizes como também de momentos infelizes, ou seja, a felicidade é um momento de durável satisfação, onde o indivíduo se sente plenamente feliz e realizado, onde não há qualquer sofrimento. A felicidade, portanto, é formada por diversas emoções e sentimentos.

Já dizia o nosso poeta Mário Quintana em seu poema “Felicidade Realista” que para termos uma felicidade realista talvez fosse necessário somente “ter um parceiro constante, o que pode ou não, ser sinônimo de felicidade. Você pode ser feliz solteiro, feliz com uns romances ocasionais, feliz com um parceiro, feliz sem nenhum. Não existe amor minúsculo, principalmente quando se trata de amor-próprio”. E, ainda, que: “ser feliz de uma forma realista é fazer o possível e aceitar o improvável. Fazer exercícios sem almejar passarelas, trabalhar sem almejar o estrelato, amar sem almejar o eterno”.

Portanto, para atingirmos a felicidade, entendo ser primordial que façamos o necessário para ser feliz, mas não podemos esquecer que a felicidade é composta de pequenos momentos de emoções e sentimentos de satisfação, que deverão nos transmitir paz interior.

## REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2004.

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

BOBBIO, Norberto. **Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de Direitos**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1996.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 5.ed. Madrid: Tecnos, 1995.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda. 1997.

SORIANO, Aldir Guedes. **Liberdade Religiosa no Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

STF – ADI 4277, Relator Min. Ayres Brito. Data de Julgamento: 05/05/2011, Data da Publicação: Dje 14/10/2011. Disponível em: [redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID)

Acesso em: 04 jun 2014.

ZAMBAM, Neuro José. **A teoria da justiça em John Rawls, uma leitura**. Passo Fundo: UPF, 2004.

# CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE POLÍTICAS PÚBLICAS JUDICIAL

## REVIEW OF PUBLIC POLICIES

Jean Carlos Menegaz Bitencourt<sup>1</sup>

### INTRODUÇÃO

Montesquieu condicionara a liberdade dos cidadãos à separação entre as funções executiva, legislativa e judicial, criando a teoria da separação dos poderes, sob o fundamento de que a forma de expressão facilitada a eclosão de leis tirânicas<sup>2</sup>.

Marbury versus Madison sem dúvida foi a decisão que inaugurou o atual sistema de controle de constitucionalidade<sup>3</sup>, alterando profundamente a concepção da teoria da separação de poderes, tal como concebida originalmente por Montesquieu, tendo passado o Poder Judiciário de mero aplicador da lei ao caso concreto, a examinar a adequação dos atos políticos à Constituição.

Pelo modelo adotado pelo constituinte brasileiro restou estabelecido um controle de constitucionalidade misto, ou seja, através do controle difuso (a fiscalização constitucional é realizada por todos os órgãos judiciais do ordenamento, com efeitos restritos à lide) e do controle concentrado (Suprema Corte ou Tribunais – leis municipais – decide sobre a inconstitucionalidade, concentrando a competência, com efeitos *erga omnes*).<sup>4</sup>

Como bem referiu o Professor Juarez Freitas “todo juiz, no sistema brasileiro, é de certo modo juiz constitucional”.<sup>5</sup>

O presente artigo pretende analisar em que medida este controle pelo Poder

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito pela Universidade de Passo Fundo - UPF, linha de Pesquisa Jurisdição Constitucional e Democracia. Passo Fundo. Rio Grande do Sul. Brasil. Bolsista do PROSUP/CAPES/UPF/Taxa. Procurador do Município de Lagoa Vermelha, e-mail: jean.bitencourt@gmail.com.

<sup>2</sup> MONTESQUIEU, Baron. **O espírito das Leis**. Traduzido por Pedro Vieira Mota. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 83-86.

<sup>3</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 4ª ed. 2009, p. 9-10.

<sup>4</sup> DIMOULIS, Dimitri, LUNARDI, Soraya. **Curso de Processo Constitucional: Controle de constitucionalidade e remédios constitucionais**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 73-75.

<sup>5</sup> FREITAS, Juarez. **O Intérprete e o Poder de Dar Vida à Constituição**. In Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v. 34, 2000, p. 59.

Judiciário será compatível, a fim de que não ocorra o ativismo judiciário na judicialização da política, temas inerentes à análise do controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário, o que gera uma constante tensão entre os Poderes.

## 1. CONCEITUAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Política estatal é o conjunto de atividades do Estado tendentes à consecução de seus fins. Ajusta-se ao conceito de *standard*, ou meta a ser atingida. Trata-se de um conjunto de normas (Poder Legislativo), atos administrativos (Poder Executivo) e decisões (Poder Judiciário) tendentes à realização dos fins primordiais do Estado.<sup>6</sup>

A expressão política pública designa, como bem sintetiza Eros Grau, a atuação do Estado, desde a pressuposição de uma bem demarcada separação entre Estado e Sociedade. A expressão políticas públicas designa todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do poder público na vida social.<sup>7</sup>

Para Habermas a controvérsia de opiniões, desenvolvida na arena política, possui força legitimadora, não somente no sentido de uma autorização para se apropriar de posições de poder, pois o discurso político continuado tem força ligadora também para o tipo de exercício do poder político, dentro dos limites das leis que resultam de processos democráticos.<sup>8</sup>

No plano de sua criação, não há como o direito ser separado da política, na medida em que é produto do processo constituinte ou do processo legislativo, isto é, da vontade das maiores. O direito é, na verdade, um dos principais produtos da política. Em um Estado de Direito, a Constituição e as leis, a um só tempo, legitimam e limitam o poder político.<sup>9</sup>

Desta forma, o ato político está relacionado à consecução da atividade-fim de órgão ou poder prevista constitucionalmente. Por isso, diz-se que o ato político se ampara diretamente nos poderes e objetivos previstos na Constituição Federal.

---

<sup>6</sup> CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva 2010, p. 88.

<sup>7</sup> GRAU, Eros. **O Direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 21.

<sup>8</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Traduzido por Flávio Beno Siebeneichler. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 339.

<sup>9</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 4ª ed. 2013, p. 418.

## 2. LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

A questão da relação entre direito e política aparece como um problema complexo de interdependência e constituição recíproca, na qual as duas esferas apresentam também seus próprios padrões de racionalidade. No entanto, não é possível pensar o exercício do poder político sem o direito e o direito sem a sanção do poder estatal. Pois, de um lado, o direito positivo serve à política como um meio de organização e imposição do poder.

Por outro, sendo uma construção jurídica, o exercício legítimo do poder político obedece a princípios e regras jurídicas que o autorizam e que lhe impõem restrições e limites. Dada essa interdependência e constituição recíproca, o desafio de Habermas é pensar a relação entre política e direito de modo a preservar as especificidades de cada uma das esferas, sem diluir uma na outra. Essa relação de tensão entre facticidade e validade, ainda de perspectiva interna ao direito, a saber, uma tensão entre o poder gerado comunicativamente na esfera pública e o poder administrativo do Estado. Essa tensão é inerente ao próprio poder político constituído na forma do Estado de Direito.<sup>10</sup>

O fato é que o exercício do controle das leis e dos atos políticos frente a Carta Magna pelo Poder Judiciário, enseja questionamentos sobre a sua legitimidade principal por envolver decisões que deveriam ser tomadas pelos legitimados representantes do povo.

A ausência de legitimidade democrática da jurisdição constitucional é por vezes levantada pelos doutrinadores. O questionamento seria se o Poder Judiciário teria legitimidade para declarar a inconstitucionalidade ou adentrar em análise da constitucionalidade em questões políticas em razão deste Poder não ter suas decisões tomadas por meio de um processo democrático conduzido por representantes eleitos?

Para Dworkin “democracia significa (se é que significa alguma coisa) que a escolha de valores políticos substantivos deve ser feita pelos representantes do povo, não por juízes não eleitos”.<sup>11</sup> Tal assertiva decorre do sistema e modelo norte americano de escolha dos juízes, não tendo aplicabilidade no Brasil.

Vale a pena trazer a baila as argumentações do sociólogo Alain Touraine, sobre a cultura democrática:

---

<sup>10</sup> NOBRE, Marcos e TERRA Ricardo (Org.). **Direito e Democracia: Um Guia de Leitura de Habermas**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 117-118.

<sup>11</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Traduzido por Luís Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 80.

A cultura democrática não pode existir sem uma reconstrução do espaço público e sem um turno ao debate político... Ora, a democracia só existe quando o maior número possível de pessoas tem vontade de exercer o poder, pelo menos indiretamente, de se fazer ouvir e ser parte integrante das decisões que afetam suas vidas. É a razão pela qual não é possível fazer a separação entre cultura democrática e consciência política que é, mais do que uma consciência de cidadania, uma exigência de responsabilidade...<sup>12</sup>

Caroline Müller Bittencourt entende:

... dizer que as políticas públicas estão ligadas ao Estado Democrático de Direito não significa simplesmente um discurso de intenções, existe um conteúdo que fica atrelado a esse dever de concretização voltado a uma esfera significativa de sujeitos envolvidos ou de direito garantidos. Assim, entende-se que quanto mais o processo for aberto ao diálogo e à participação, menores serão os espaços para os discursos individuais dentro dessa esfera pública, uma vez que explicitados os argumentos, as verdadeiras razões poderão ficar descobertas. Assim, por política pública vinculada ao ideal de democracia, entendemos como um dever da sociedade agir sobre ela mesma.<sup>13</sup>

Habermas entende que, de um lado, a justiça intervenha em competências legislativas para as quais ela não possui uma legitimação democrática e que ela promova e confirme, de outro lado, uma estrutura jurídica flexível, a qual vem ao encontro da autonomia dos aparelhos do Estado – de tal modo que a legitimação democrática do direito também pode ser solapada por este lado.<sup>14</sup>

Portanto, discursos de fundamentação e legitimidade do direito adquirem o seguinte sentido para Habermas:

Quando nos apoiamos numa teoria procedimental, a legitimidade de normas jurídicas mede-se pela racionalidade do processo democrático da legislação política... O sistema dos direitos (...) é interpretado e configurado no processo democrático da legislação e em processos de aplicação imparcial do direito... O conteúdo da tensão entre a legitimidade e a positividade do direito é controlada na jurisdição como um problema da decisão correta e, ao mesmo tempo, consistente.<sup>15</sup>

Cláudio Pereira de Souza Neto, utilizando dos ensinamentos de Peter Häberle, entende que deve o método de interpretação buscar realizar o interesse público e o bem-estar geral, inevitavelmente afetados pela concretização das normas constitucionais. No processo de interpretação constitucional estão potencialmente envolvidos, de fato, os agentes mais variados, desde os órgãos estatais formalmente legitimados para interpretar a constituição, até os cidadãos, que vivem quotidianamente a realidade constitucional,

---

<sup>12</sup> TOURAINE, Alain. **O que é a Democracia?** Trad. de Guilherme João de Freitas Teixeira. Petrópolis: Vozes, 1996, p. 208.

<sup>13</sup> BITENCOURT, Caroline Müller. **Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2013, p. 85.

<sup>14</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**, 1997, p. 306.

<sup>15</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**, 1997, p. 290-292.

conceituando a sociedade aberta dos intérpretes da constituição.<sup>16</sup>

Em que pese a ausência de rigidez na separação das funções fundamentais – funções políticas, funções legislativas, funções administrativas e funções jurisdicionais, permanece a necessidade de que estas funções sejam divididas e atribuídas a órgãos distintos. Tal assertiva não significa exclusividade no desempenho da função, mas apenas que determinado órgão deve exercer com prevalência determinada função. É o que Canotilho denomina de “esquema organizatório funcionalmente adequado” que significa, em síntese, que “o órgão ou órgãos de soberania são, do ponto de vista estrutural, constitucionalmente idôneos e adequados para o exercício de funções que, a título específico ou primário, lhes são atribuídas”.<sup>17</sup>

De onde decorre que “os órgãos especialmente qualificados para o exercício de certas funções não podem praticar actos que materialmente se aproximam ou são mesmo característicos de outras funções e da competência de outros órgãos”<sup>18</sup>, por constituírem o “núcleo essencial” do princípio da separação dos poderes.

O núcleo essencial do princípio da separação dos poderes, em observância a preservação da proibição do “monismo de poder” consiste naquela parcela de atribuição - função - destinada a um determinado Poder que caso lhe seja retirada implica no esvaziamento material de suas funções.<sup>19</sup>

A legitimidade democrática em nosso País deriva do carácter democrático da própria Constituição, a qual definiu o princípio fundamental da inafastabilidade da jurisdição (artigo 5º, inciso XXV, da Carta Magna), as atribuições do Poder Judiciário, seus direitos e deveres e forma de provimento dos juízes, razão pela qual este Poder tem sim legitimidade democrática para apreciar e julgar demandas ligadas ao controle de constitucionalidade de normas.

As escolhas são colocadas no jogo democrático, algumas tratar-se-ão com maior rigor técnico, outras já estarão mais predispostas aos discursos de aplicação e ainda outras, deixarão menor margem à própria deliberação. Contudo, àqueles que pressupõem a

---

<sup>16</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 166-167.

<sup>17</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2000, p. 558.

<sup>18</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 2000, p. 559.

<sup>19</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 2000, p. 559.

construção de um conteúdo, de um sentido constitucionalmente possível, a esses o dever de decisão atrelado à democracia não é uma opção de quem decide, mas um dever constitucional imposto pelo princípio democrático.<sup>20</sup>

Desta forma, ao Poder Judiciário, através do Supremo Tribunal Federal, foi conferido a atribuição de guardião da Constituição, na forma expressamente prevista no texto constitucional (artigo 102, da Carta Magna), ou como bem refere Habermas “*guardião da democracia deliberativa*”.<sup>21</sup>

### 3. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Sobre a judicialização, Vanice Regina Lírio do Valle afirmar que a constitucionalização do direito após a segunda guerra mundial, a legitimação dos direitos humanos e as influências dos sistemas norte-americano e europeu são fatores que contribuíram para a concretização do fenômeno de judicialização do sistema político, inclusive o brasileiro.<sup>22</sup>

A Constituição Federal de 1988, inserida no modelo dirigente (artigo 3º, da Carta Magna), sem dúvida alguma exige do Poder Judiciário não uma “*repolitização*”<sup>23</sup>, mas uma atualização dos conceitos jurídicos à luz dos fins do Estado de Direito Constitucional.<sup>24</sup>

O constitucionalismo pode ser definido como uma tentativa jurídica (Direito) de oferecer limites para o poder político (Política), o que se dá por meio das Constituições.<sup>25</sup>

Ao Poder Judiciário foi conferido, por força do sistema de controle de constitucionalidade adotado pela Constituição Federal de 1988, a correção da atividade política, nela compreendidos o processo político e o processo governamental.

As novas Constituições, a remodelagem do Estado, bem como a existência de novos direitos (como os difusos) acabaram criando uma nova relação entre os Poderes, em que o Judiciário deixou de ser um poder inerte e alheio às transformações sociais. Luiz Werneck

---

<sup>20</sup> BITENCOURT, Caroline Müller. **Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**, 2013, p. 83.

<sup>21</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**, 1997, p. 341.

<sup>22</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de Análise Jurisprudencial do STF**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 33.

<sup>23</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência?** in Revista USP - Dossiê Judiciário nº 21, mar/abr/mai de 1994, São Paulo, p. 21.

<sup>24</sup> CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**, 2010, p. 88.

<sup>25</sup> TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da atuação do Judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 28.

Vianna refere:

... a democratização social ... e a nova institucionalidade da democracia política ... trazendo à luz Constituições informadas pelo princípio da posituação dos direitos fundamentais, estariam no cerne do processo de redefinição das relações entre os três Poderes, ensejando a inclusão do Poder Judiciário no espaço da política.<sup>26</sup>

A intervenção através do controle de constitucionalidade é necessária, e apta, para neutralizar as injunções político-partidárias de um determinado momento histórico, em prestígio ao estado democrático, aos direitos fundamentais e aos valores nucleares inseridos na Constituição.

A neutralidade do estado se dá de modo que, “ainda que de fato haja pressões políticas, estas institucionalmente não contam. A independência do juiz, dirá o jurista consciente dessa institucionalização, exige que a crença nela esteja enraizada profundamente na população”.<sup>27</sup>

A doutrina confere legitimidade democrática às decisões do Poder Judiciário desde que encontrem fundamento nos princípios inseridos no ordenamento jurídico de um Estado. No entanto, tem manifestado sérias preocupações com a amplitude da competência conferida constitucionalmente ao Poder Judiciário.

A questão ganha em complexidade quando o Judiciário atua em disputas que envolvem a validade de atos estatais ou nas quais o Estado – isto é, outros órgãos de Poder – seja parte. É o que ocorre quando declara inconstitucional a cobrança de um tributo, suspende a execução de uma obra pública por questões ambientais, questões ligadas a políticas públicas. Nesses casos, juízes e tribunais sobrepõem sua vontade à de agentes públicos de outros Poderes, eleitos ou nomeados para o fim específico de fazerem leis, executarem obras e definir políticas públicas.<sup>28</sup>

O que se tem sustentado é a possível interferência da jurisdição no âmbito de competência constitucional reservado ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo. Dita intervenção aparentemente indevida estaria a comprometer o princípio da separação de poderes, prestigiando uma forma de expressão do poder estatal desvinculada do sistema

---

<sup>26</sup> VIANNA, Luiz Werneck e OUTROS. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio Janeiro: Revan, 1999, p. 15.

<sup>27</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência?** in Revista USP - Dossiê Judiciário nº 21, mar/abr/mai de 1994, São Paulo, p. 16.

<sup>28</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**, 2013, p. 421.

representativo.

Com efeito, o processo de alternância de poder, natural em democracias representativas, tende a fortalecer o poder Executivo ou o Legislativo, exatamente na tentativa política de manutenção desse mesmo poder. As forças políticas, sintetizadas nas agremiações partidárias, aspiram buscar o exercício do poder legitimado e procuram mantê-lo pelo maior período de tempo possível.

No embate entre as forças políticas existentes, os interesses partidários poderão sobrepor-se ao interesse público, o que levará ao desvio de poder e à inobservância das normas constitucionais, em evidente vulneração do Estado Democrático de Direito. Não raras as vezes, que a luta pelo poder gerará, no exercício do poder político, o amesquinamento dos valores constitucionais mais nucleares.

Evidentemente, caso admitida a autotutela pelas forças partidárias, mediante completa imunização jurídica dos atos políticos, prevaleceria o arbítrio, ante a extensíssima discricionariedade inerente àqueles que, transitoriamente, ocupam postos de poder. Não haveria, sequer, a possibilidade de proteção das minorias.

A vontade da maioria não é ilimitada, porquanto, segundo o constitucionalismo moderno, deverá harmonizar-se com a Constituição. Assim é que o Estado Democrático de Direito pressupõe a limitação do poder e a supremacia da lei, refreando, eventualmente, a vontade da maioria.

A jurisdição, ao levar em conta aspectos da aplicação, torna a desatar o feixe dos diferentes tipos de argumentos introduzidos no processo de normatização, fornecendo uma base racional para as pretensões de legitimidade do direito vigente. Nos discursos jurídicos, surgem não somente argumentos imanentes ao direito, mas também argumentos éticos, empíricos e pragmáticos. Quando se considera a gênese democrática do direito pelo ângulo da aplicação do direito, revelam-se novamente os diferentes aspectos sob os quais é possível dissolver, clarificar e diferenciar a síndrome da política deliberativa.<sup>29</sup>

Maritônio entende que:

O aplicador do direito no Brasil não tem opções: deve ele procurar o sentido democrático da situação que tem diante de si e então decidir. E para saber o que é democracia e o que não é, o acúmulo histórico e a teoria política são instrumentos que não podem estar ausentes. Como

---

<sup>29</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**, 1997, p. 352.

se constata, o direito constitucional nada mais é do que direito político. Desta forma, percebe-se no Brasil e em outras experiências que considerável número de bons juízes constitucionais, portadores de interpretações constitucionais mais amplas, tiveram sua origem nos parlamentos ou na advocacia... Assim é que a formação dos tribunais constitucionais deve atentar para a qualidade da cultura democrática, para o passado daqueles que integrarão tais cortes, de forma a ver na sua atuação a garantia dos pressupostos da teoria política da democracia.<sup>30</sup>

E continua o autor:

a despoliticização do controle de constitucionalidade não somente é desfavorável à construção verdadeiramente democrática da própria jurisdição constitucional. Referida postura é, antes de mais nada, comprometedora da qualidade de uma democracia. Na medida em que questões políticas alcançam as cortes constitucionais, no instante em que estas cortes não são fortemente identificadas em sua composição com a heterogeneidade das tensões sociais, a discussão dos temas políticos que a elas chegam, agora, sim, atingem um nível de abstração que pouco diálogo com as demandas constitucionais concretas da sociedade se relacionam. Neste sentido, a jurisdição constitucional não tem mais como se apegar apenas a parâmetros da dogmática jurídica quando da realização de sua tarefa de exercer uma jurisdição política. Reconhecer, então, o relevante papel de uma política democrática com a explicitação do dissenso em virtude dos antagonismos sociais significa recuperar o político.<sup>31</sup>

Conclui o Professor que os problemas de manutenção de sentido constitucional por intermédio da compreensão mecânica da normatividade ou do mero discurso semiótico, cedem espaço para o realismo de ações concretas e dialógicas. A política democrática incluyente é que manterá a força constitucional, não a retórica idealista. Parece um equívoco histórico continuar crendo na autonomia de disposições libertárias: esta autonomia é construída no âmago da política, da construção e superação do conflito com o qual toda sociedade verdadeiramente democrática convive. Se se espera das novas instituições elaboradas em momentos constituintes de recuperação democrática a tarefa de sua realização, incorre-se no engano que o sedutor idealismo oferece, ou seja, o de que o conflito deve ser extinto a qualquer custo, como se pudesse ele ser extirpado do tecido social sem que suas reais causas sejam redimensionadas.<sup>32</sup>

Para Clarissa Tassinari a judicialização apresenta-se como uma questão social, sendo

---

<sup>30</sup> LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. **Constituição e Política – a impossibilidade de realiação da Constituição sem a política na Jurisdição Constitucional.** Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1205505815174218181901.pdf>>. Acesso em: 15 de julho de 2014.

<sup>31</sup> LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. **Constituição e Política – a impossibilidade de realiação da Constituição sem a política na Jurisdição Constitucional.** Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1205505815174218181901.pdf>>. Acesso em: 15 de julho de 2014.

<sup>32</sup> LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. **Constituição e Política – a impossibilidade de realiação da Constituição sem a política na Jurisdição Constitucional.** Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1205505815174218181901.pdf>>. Acesso em: 15 de julho de 2014.

que não depende do desejo ou da vontade do órgão julgante, pelo contrário, ele é derivado de uma série de fatores originalmente alheios à jurisdição, que possuem seu ponto inicial em um maior e mais amplo reconhecimento de direitos, passando pela ineficiência do Estado em implementá-los e deságuam no aumento da litigiosidade<sup>33</sup>, inclusive de políticas públicas.

Dessa forma, o que se tem denominado de judicialização da política há de ser enfocado como a atividade harmonizadora do Poder Judiciário, para a manutenção do equilíbrio entre democracia e constitucionalismo, mediante a garantia dos direitos e valores fundamentais.

É importante referir o julgado que bem demonstra a consolidação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema em debate:

A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E O MONOPÓLIO DA ÚLTIMA PALAVRA, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EM MATÉRIA DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL. - O exercício da jurisdição constitucional, que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição, põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do Supremo Tribunal Federal, pois, no processo de indagação constitucional, assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder. - No poder de interpretar a Lei Fundamental, reside a prerrogativa extraordinária de (re)formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os processos informais de mutação constitucional, a significar, portanto, que "A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la". Doutrina. Precedentes. - A interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal - a quem se atribuiu a função eminente de "guarda da Constituição" (CF, art. 102, "caput") - assume papel de fundamental importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político-jurídico vigente em nosso País conferiu, à Suprema Corte, a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental.<sup>34</sup>

Importe ensinamento de Humberto Ávila em sua clássica obra Teoria dos Princípios:

... o controle de constitucionalidade poderá ser maior ou menor, mas sempre existirá, devendo ser afastada, de plano, a solução simplista de que o Poder Judiciário não pode controlar outro Poder por causa do princípio da separação dos Poderes. O princípio democrático só será realizado se o Poder Legislativo escolher premissas concretas que levem à realização dos direitos fundamentais e das finalidades estatais. Os Direitos fundamentais, quanto mais forem restringidos e mais importantes forem a ordem constitucional, mais devem ter sua realização controlada. A tese das decisões do Poder Legislativo, sustentada de

---

<sup>33</sup> TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da atuação do Judiciário**, 2013, p. 32.

<sup>34</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Mandado de Segurança n. 26603/DF, Pleno, Relator Ministro Celso de Mello, Brasília, DF, 04 de outubro de 2007. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570121>>. Acesso em 26 set. 2014.

modo simplista, é uma monstruosidade que viola a função de guardião da Constituição atribuída ao Supremo Tribunal Federal, a plena realização do princípio democrático e dos direitos fundamentais bem como a concretização do princípio da universidade da jurisdição.<sup>35</sup>

Assim, a tensão criada entre democracia e constitucionalismo provoca a discussão sobre a judicialização da política, na medida em que o poder Judiciário, no exercício da jurisdição constitucional, é chamado a ser o intérprete maior da Constituição e do próprio regime político. Essa tensão, todavia, é dirimida por intermédio da garantia de consensos mínimos, consubstanciados na proteção aos direitos fundamentais, na separação e na organização dos poderes constituídos e no estabelecimento de determinados fins de natureza valorativa<sup>36</sup>.

Frisa-se por derradeiro que em nenhum momento deve ser colocado o Poder Judiciário acima dos demais poderes em matéria de políticas públicas, frente ao princípio da independência e harmonia entre os poderes, mas somente quando houver os desvios de finalidades constitucionais deve intervir aquele poder, por meio dos remédios constitucionais.

Portanto, o exame jurisdicional de políticas públicas é uma realidade presente. Já não cabe afirmar a ilegitimidade do Poder Judiciário para exercê-lo. Contudo, perdura a advertência sobre os limites e possibilidades de exercício deste controle para que, em nome de um ativismo judicial, não se cometam desvios, excessos que promovam desigualdades e onerem demasiado o Estado.

#### **4. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 45**

No julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental número 45 o Supremo Tribunal Federal posicionou-se quanto à possibilidade de controle judicial de políticas públicas, especificamente em relação à efetivação de direitos sociais, havendo tal julgado repercutido tanto na jurisprudência da própria Corte Suprema quanto na de outros tribunais.

Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental promovida contra veto emanado do Senhor Presidente da República, que incidiu sobre o § 2º do art. 55

---

<sup>35</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 163.

<sup>36</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 4ª ed. 2009, p. 331-346.

(posteriormente renumerado para art. 59), de proposição legislativa que se converteu na Lei Federal nº 10.707/2003 (LDO), destinada a fixar as diretrizes pertinentes à elaboração da lei orçamentária anual de 2004.

O dispositivo vetado possui o seguinte conteúdo material: “§ 2º Para efeito do inciso II do caput deste artigo, consideram-se ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza.” A principal tese da inconstitucionalidade é o desrespeito a preceito fundamental decorrente da Emenda Constitucional número 29/2000, que foi promulgada para garantir recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde.

O Ministro Celso de Mello foi o relator da ADPF número 45 com a seguinte ementa:

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA "RESERVA DO POSSÍVEL". NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO "MÍNIMO EXISTENCIAL". VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).<sup>37</sup>

Nesta decisão reconheceu o Judiciário, como guardião da Constituição, e, quando os poderes competentes, por ação ou omissão, comprometerem a eficácia de direitos fundamentais, formular e aplicar políticas públicas, pode intervir no controle de constitucionalidade da norma. Estes direitos, asseverou o ministro, ainda que tenham conteúdo programático, são plenamente exigíveis pelos seus titulares, devendo ser conferido a estes a tutela jurisdicional efetiva quando da violação deles pelo Estado.

Dita decisão, inaugurou entendimento no Supremo Tribunal Federal de que os direitos sociais são imediatamente exigíveis do Estado, não podendo o Poder Público

---

<sup>37</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45 MC/DF, Relator Ministro Celso de Mello, Brasília, DF, 29 de abril de 2004. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24.SCLA.+E+45.NUME.%29&base=basePresidencia&url=http://tinyurl.com/a9kzfpa>>. Acesso em 27 set. 2014.

simplesmente alegar ausência de recursos materiais para a sua concretização, quando tratam de direitos cujo conteúdo compõe o substrato mínimo de que um cidadão necessita para viver e se desenvolver como pessoa. Da mesma forma, foi firmado o entendimento que, ainda que não seja função típica do Poder Judiciário, pode este vir eventualmente a formular políticas públicas na omissão dos órgãos competentes, sem que haja, entretanto, violação ao princípio da separação dos Poderes.

Em demais julgados da Suprema Corte seguiram a orientação da decisão acima (RE 603575 AgR/SC, AI 734487 AgR/PR e RE 559646 AgR/PR).

Desta forma, pela orientação dos julgamentos emanados do Supremo Tribunal Federal, é forte o posicionamento no sentido de que é possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado (Poderes Legislativo e Executivo), quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Inicialmente, face a ineficiência dos Poderes em regulamentar, reconhecer e implementar direitos fundamentais ou sociais, houve um aumento consideravelmente na litigiosidade de políticas públicas em nosso País, demandas estas que muitas das vezes são enfrentadas pelo Supremo Tribunal Federal.

Cabe referir que decisões judiciais são influenciadas por fatores múltiplos. Tribunais não são guardiães de um direito que não sofre o influxo da realidade, das maiorias políticas e dos múltiplos atores de uma sociedade plural. Órgãos, entidades e pessoas que se mobilizam, atuam e reagem. Dentre eles é possível mencionar, exemplificativamente, os Poderes Legislativo e Executivo, o Ministério Público, os Estados da Federação e entidades da sociedade civil. Todos eles se manifestam, nos autos ou fora deles, procurando fazer valer seus direitos, interesses e preferências. Atuam por meios formais e informais. E o Supremo Tribunal Federal, como a generalidade das cortes constitucionais, não vive fora do contexto político-institucional sobre o qual sua atuação repercute.<sup>38</sup>

Não restam dúvidas de que a atividade política (políticas públicas) exercida pelo

---

<sup>38</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**, 2013, p. 434.

Legislativo e pelo Executivo devem ser compatíveis com a Constituição Federal, razão pela qual somente em situação de desvios cabe o Poder Judiciário a interferência a fim realizar a análise à sua constitucionalidade.

A atividade jurisdicional, inclusive e principalmente em âmbito de controle de constitucionalidade, deve redimensionar o seu foco de análise, investigando o fundamento de todos os atos estatais a partir dos objetivos fundamentais do Estado inseridos na Carta Magna (artigo 3º), bem como sobre os direitos fundamentais, e demais preceitos.

O controle jurisdicional é, destarte, aquele exercido pelo Poder Judiciário, através do qual são solucionadas as questões jurídicas postas à sua averiguação, em respeito ao princípio da inafastabilidade da apreciação de qualquer ameaça ou lesão a direito por parte de tal poder. O Poder Judiciário é responsável por zelar pelo ordenamento jurídico e pelo Estado democrático de direito, possui o dever precípua de examinar toda e qualquer lesão ou ameaça de lesão a direitos dos cidadãos quando provocado.

Esse poder conferido ao Judiciário, atrelado à gama de princípios e ao reconhecimento da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais provoca um aumento da litigiosidade nos Tribunais, conduzindo a uma maior participação do Poder Judiciário em questões relacionadas ao controle de constitucionalidade das leis e demais atos do Poder Público e por consequência fomentando a legitimidade democrática da atuação do Poder.

No entanto, o constitucionalismo democrático, requer o exercício do poder envolvendo a interação entre as cortes judiciais e o sentimento social, manifestado por via da opinião pública ou das instâncias representativas. A participação e o engajamento popular influenciam e legitimam as decisões judiciais e é bom que seja assim. Dentro de limites, naturalmente. O mérito de uma decisão judicial não deve ser aferido em pesquisa de opinião pública. Mas isso não diminui a importância de o Judiciário, no conjunto de sua atuação, ser compreendido, respeitado e acatado pela população. A opinião pública é um fator extrajurídico relevante no processo de tomada de decisões por juízes e tribunais. Mas não é o único e, mais que isso, nem sempre é singela a tarefa de captá-la com fidelidade.<sup>39</sup>

Desta forma, quaisquer que sejam as políticas públicas governamentais as mesmas devem observar os princípios fundamentais e as diretrizes constitucionais ou,

---

<sup>39</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**, 2013, p. 444.

inexoravelmente, haverão de ser tidas como juridicamente insubsistentes através do controle jurisdicional de constitucionalidade.

## REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 4. ed. 2013.

\_\_\_\_\_. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 4. ed. 2009.

BITENCOURT, Caroline Müller. **Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Mandado de Segurança n. 26603/DF, Pleno, Relator Ministro Celso de Mello, Brasília, DF, 04 de outubro de 2007. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570121>>. Acesso em 26 set. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45 MC/DF, Relator Ministro Celso de Mello, Brasília, DF, 29 de abril de 2004. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24.SCL.A.+E+45.NUME.%29&base=basePresidencia&url=http://tinyurl.com/a9kzfpa>>. Acesso em 27 set. 2014.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo Saraiva 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2000.

DIMOULIS, Dimitri, LUNARDI, Soraya. **Curso de Processo Constitucional: Controle de constitucionalidade e remédios constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DWORDIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Traduzido por Luís Carlos Borges. 2. ed. São

Paulo: Martins Fontes, 2005.

FERRAZ JR, Tercio Sampaio. **O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência?** in Revista USP - Dossiê Judiciário nº 21, mar/abr/mai de 1994, São Paulo.

FREITAS, Juarez. **O Intérprete e o Poder de Dar Vida à Constituição.** In Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v. 34, 2000.

GRAU, Eros. **O Direito posto e o direito pressuposto.** São Paulo: Malheiros, 2000.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade.** Traduzido por Flávio Beno Siebeneichler. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. **Constituição e Política – a impossibilidade de realiação da Constituição sem a política na Jurisdição Constitucional.** Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1205505815174218181901.pdf>>.

Acesso em: 15 de julho de 2014.

MONTESQUIEU, Baron. **O espírito das Leis.** Traduzido por Pedro Vieira Mota. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NOBRE, Marcos e TERRA Ricardo (Org.). **Direito e Democracia: Um Guia de Leitura de Habermas.** São Paulo: Malheiros, 2008.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da atuação do Judiciário.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TOURAINÉ, Alain. **O que é a Democracia?** Trad. de Guilherme João de Freitas Teixeira. Petrópolis: Vozes, 1996.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de Análise Jurisprudencial do STF.** Curitiba: Juruá, 2009.

VIANNA, Luiz Werneck e OUTROS. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil.** Rio Janeiro: Revan, 1999.