

ORGANIZADORES:
JANAÍNA RECKZIEGEL
MARCO AURÉLIO RODRIGUES DA CUNHA E CRUZ
VINICIUS ALMADA MOZETIC

DIREITOS FUNDAMENTAIS CIVIS

Spring 2017

**Unoesc International
Legal Seminar**

**A Filosofia do Direito e a dogmática dos Direitos Fundamentais
Rechtsphilosophie und Grundrechtsdogmatik – Robert Alexy's System**



Editora Unoesc

Editora Unoesc

Editor Executivo: Tiago de Matia
Revisão metodológica: Bianca Regina Paganini
Projeto Gráfico: Daniely A. Terao Guedes

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

D598	Direitos fundamentais civis / organizadores Janaina Reckziegel, Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e Cruz, Vinicius Almada Mozetic. – Chapecó, SC: Unoesc, 2018. 202 p. ISBN 978-85-8422-176-9
	Livro do evento: Unoesc Internacional Legal Seminar - A Filosofia do Direito e a dogmática dos Direitos Fundamentais - Rechtsphilosophie und Grundrechtsgematik – Robert Alexy's System
	1. Direitos fundamentais. 2. Direito - Filosofia. 3. Dogmática jurídica. I. Reckziegel, Janaina. II. Cruz, Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e. III. Mozetic, Vinicius Almada.
	Doris 341.27

Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc

Reitor
Aristides Cimadon

Vice-reitores de Campi
Campus de Chapecó
Ricardo Antonio De Marco
Campus de São Miguel do Oeste
Vitor Carlos D'Agostini
Campus de Videira
Ildo Fabris
Campus de Xanxerê
Genesio Téó

Pró-reitora de Graduação
Lindamir Secchi Gadler

Pró-reitor de Pesquisa,
Pós-graduação e Extensão
Fábio Lazzarotti

Diretora Executiva da Reitoria
Cleunice Frozza

Conselho Editorial

Fabio Lazzarotti
Tiago de Matia
Andréa Jaqueline Prates Ribeiro
Jovani Antônio Steffani
Lisandra Antunes de Oliveira
Marilda Pasqual Schneider
Claudio Luiz Orço
Ieda Margarete Oro
Silvio Santos Junior
Carlos Luiz Strapazzon
Wilson Antônio Steinmetz
Maria Rita Chaves Nogueira
Marconi Januário
Marcieli Maccari
Daniele Cristine Beuron

Comissão Científica

Rogério Gesta Leal (Unoesc, Brasil)
Carlos Strapazzon (Unoesc, Brasil)
Francesco Saitto (La Sapienza, Italia)
Mercè Barcelò i Serramallera (UAB-Espanha)
Elda Coelho Bussinguer (FDV, Brasil)
Eduardo Biacchi Gomes (Unibrasil, Brasil)
Christian Courtis (UBA, Argentina)
Ivan Obando Camino (Talca, Chile)

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	5
--------------------	---

CAPÍTULO I

TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA FRENTE A ATUAÇÃO ESTATAL	9
Janaína Reckziegel, Sandro Zancanaro	

CAPÍTULO II

DIREITO AO ESQUECIMENTO E LIBERDADE DE IMPRENSA EM CONFLITO À LUZ DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA ..	33
Camila Nunes Pannain, Gabriela Riqueti, Roni Edson Fabro	

CAPÍTULO III

O PRECEDENTE JUDICIAL VINCULANTE E A NOVA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA	61
Vinícius Almada Mozetic, Paulo Junior Trindade dos Santos, Gabriela Samrsla Möller	

CAPÍTULO IV

IDENTIDADE E GÊNERO: A TUTELA DOS DIREITOS HUMANOS/FUNDAMENTAIS DA MULHER E O DISCURSO DA IGUALDADE	119
Andressa de Freitas Dalmolin, Ismael Pereira da Silva, Thaís Janaina Wenczenovicz	

CAPÍTULO V

UMA SOLUÇÃO NADA SIMPLES: REFORMA POLÍTICA E INCLUSÃO SOCIAL	149
Marli Daniel, Rafael Testa	

CAPÍTULO VI

AÇÕES AFIRMATIVAS NA PERSPECTIVA DA JUSTIÇA COMO EQUIDADE	175
Douglas Cristian Fontana, Narciso Leandro Baez	

APRESENTAÇÃO

Apraz-nos muito apresentar este e-book que é formado por artigos de diversos pesquisadores como resultado do evento SPRING 2017| SEMINAR LEGAL ROBERT ALEXY - A Filosofia do Direito e a dogmática dos Direitos Fundamentais - Rechtsphilosophie und Grundrechtsdogmatik - Robert Alexy's System, promovido pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina, na cidade de Chapecó, entre os dias 19 e 20 de outubro de 2017.

Este e-book traz artigos científicos apresentados no grupos de trabalho (GT) que vão a fundo nas discussões da Teoria Alexyana. Todos os textos foram submetidos à avaliação pelo sistema double-blind review, tendo sido aprovados e selecionados para apresentação no evento e composição da presente obra vinculados pelo critério de aderência temática, como: Teoria da argumentação jurídica frente a atuação estatal; Direito ao esquecimento e liberdade de imprensa em conflito à luz da dignidade da pessoa humana; O precedente judicial vinculante e a nova argumentação jurídica; Identidade e Gênero: a tutela dos Direitos Humanos/Fundamentais da mulher e o discurso da igualdade; Uma solução nada simples: reforma política e inclusão social e Ações Afirmativas na perspectiva da Justiça como equidade. Com isto, assegura-se a sustentação da linha de pesquisa de direitos fundamentais civis do Programa, incentivando a cultura pela pesquisa.

Importante salientar que as discussões acadêmicas durante o evento foram intensas e proveitosas. Por esta razão, temos a certeza de que o leitor perceberá a consistência acadêmica dos artigos adiante organizados; alguns deles, utilizam a teoria do Prof. Dr. Robert Alexy para responder problemas do cotidiano jurídico; outros, de viés mais teórico, dialogam com os seus pressupostos.

Desejamos a todos uma ótima leitura!

Os organizadores.

CAPÍTULO I

TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA FRENTE A ATUAÇÃO ESTATAL

Janaína Reckziegel¹
Sandro Zancanaro²

RESUMO

Como o conhecimento jurídico enfrenta o desenvolvimento tecnológico frenético atual? O artigo proposto tem por objetivo analisar as implicações da adoção de novas tecnologias na sociedade moderna e como se pode manter a proteção dos Direitos Humanos, mormente no que tange exames que podem identificar o código genético dos seres humanos. O texto utiliza o método indutivo para o seu desenvolvimento e conclusão. Em uma análise inicial da situação percebe-se que a jurisprudência e a doutrina não são harmônicas, e a legislação, como frequente, permanece tímida. O desenvolvimento desta obra passou desde uma abordagem histórica até os dias atuais do conceito de Dignidade Humana, principalmente no que tange aos Direitos Humanos. Após estudou-se a Robert Alexy e a sua visão da Proporcionalidade. Para ele, a legalidade não pode ser vista de forma absoluta. O resultado é uma proposta sóbria e eficiente para permitir

¹ Professora e Pesquisadora do Programa de Pesquisa, Extensão e Pós-Graduação em Direito da UNOESC - Universidade do Oeste de Santa Catarina. Doutora em Direitos Fundamentais e Novos Direitos pela Universidade Estácio de Sá - RJ, com a Tese intitulada: Seres Humanos, Autonomia e Fármacos. Mestre em Direito Público. Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina e Advogada. Editora de Seção da Revista Espaço Jurídico Journal of Law da Editora UNOESC (Qualis A2). Sua experiência se concentra na área de Direito, com ênfase em Direitos Fundamentais, Constitucional, Administrativo, Ambiental, Bioética e Biodireito.

² Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo. Advogado. Tem experiência nas áreas de Direito Penal, Civil, Militar, Aeronáutico e Administrativo. Ademais, possui Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Público (Constitucionalidade da Súmula Vinculante N° 5).

a coexistência da Dignidade Humana com as novas tecnologias, que se tratou no tópico final.

Palavras-chave: Dignidade Humana. Direitos Humanos. Ácido Desoxirribonucléico (DNA). Bioética. Proporcionalidade. Tecnologias.

1 INTRODUÇÃO

A Dignidade Humana é um conceito multiforme, embora defendido pelas mais diferentes culturas, é extremamente difícil determinar uma concepção única ou, pelo menos, algum elemento comum, do oriente ao ocidente. O desenvolvimento deste prestigiado princípio teve seu início muito antes de nossa era, séculos antes de Cristo. Ele também não ocorreu apenas em uma região específica do globo, evolui no oriente e no ocidente simultaneamente.

No pós segunda guerra mundial, a Dignidade Humana foi amplamente utilizada para justificar os mais diversos governos, fundados nas mais distintas ideologias. Inclusive Estados autoritários fundamentam o seu poder na defesa dos Direitos Humanos, intrinsecamente ligados a Dignidade, o excepcional aumento de poder se justifica para proteção das pessoas comuns. Atualmente o embate é entre as teses Universalistas e as Relativistas. Para os primeiros os Direitos Humanos são idênticos em todas as nações, independentemente da formação cultural em cada localidade. Para o segundo grupo, a definição de Direitos Humanos será formada em cada país, de acordo com as prioridades de cada povo. Um terceiro grupo propõe a existência de um núcleo duro inegociável, absoluto e universal, e uma periferia mutante, que se altera de acordo com as prioridades locais.

A principal dificuldade se refere ao conflito entre Direitos Humanos, entre as diferentes faces da Dignidade Humana. Como determinar em cada caso concreto qual o bem jurídico que deve prevalecer? Nestes casos, autores propõem medidas para solução,

alguns mais legalistas, outros não. Neste diapasão, surge o trabalho de Robert Alexy (2015), principalmente em suas obras Teoria da Argumentação Jurídica e Teoria dos Direitos Fundamentais. Ele propõe um método racional para solucionar estes conflitos, de forma que se possa acompanhar o caminho aplicado pelo magistrado para se chegar ao resultado judicial. Robert Alexy (2015) analisa a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito de uma determinada decisão.

Hodiernamente a sociedade encontra-se em transformação constante, com avanços tecnológicos quase diários. A informática é um grande exemplo, mas não só ela se encontra em evolução frenética. A medicina, especialmente no que tange a codificação do genoma humano, traz gigantescos desafios ao universo jurídico. São inúmeras consequências à vida humana, inclusive legais. Isto afetará relações familiares, sociais e do indivíduo com o Estado. Como se pode proteger a intimidade na atualidade frente a este cenário?

Surge assim o desafio às sociedades democráticas, como solucionar esta contenta da modernidade sem abandonar Direitos alcançados com tanta dificuldade por milhares de anos? Este artigo procura demonstrar que é possível conciliar bens jurídicos aparentemente antagonistas, através de instrumentos racionais que podem ser verificados pelos operadores do direito.

2 UMA ABORDAGEM INICIAL SOBRE OS DIREITOS HUMANOS

Durante nossa história sempre houve a preocupação de proteção da Dimensão Básica da Dignidade Humana, busca-se “defender os seres humanos contra qualquer tipo de coisificação ou de redução jurídica ou moral de sua humanidade.” (BAEZ et al., 2012, p. 15). Mas apesar do sentimento de incompatibilidade de um determinado comportamento com a condição humana, a composição de um conceito e a tarefa de defendê-lo foi longa e laboriosa,

que teve contribuições importantes de diferentes civilizações, do oriente ao ocidente, por milênios. Neste sentido as relações, com suas doutrinas de paz e misericórdia, igualdade e solidariedade, ajudaram a desenvolver a Dimensão Básica dos Direitos Humanos. Nesse sentido tem-se o ditado, “*trate os outros como gostaria de ser tratado*”. Hoje sabe-se que os desejos de um indivíduo podem ser completamente opostos de outro, mesmo o conceito de felicidade pode ser extremamente divergente.

Dessa forma, desde o começo existe uma ideia de que a Dignidade Humana antecede e se sobrepõe até as leis escritas. Ela não é criada, mas sim reconhecida pelo Estado (BAEZ et al., 2012, p. 40).

Hodiernamente o conceito de Dignidade Humana se ampliou enormemente. Mas tão difícil quanto conceituar este termo é tornar efetivo os Direitos inerentes à Dignidade. Estamos na fase de enumeração de Direitos Fundamentais, sem conseguir estabelecer um conceito específico em que exista um consenso. Os ocidentais, desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU) (1948), após a Segunda Guerra, vêm resistindo em estabelecer Direitos específicos. De uma forma geral os Direitos que concretizam a Dignidade Humana são genéricos, o que torna difícil a tutela. Há um viés individualista. Esta visão permitiu a segregação racial nos Estados Unidos, mesmo após a assinatura de Declaração Universal dos Direitos Humanos no final da década de 1940. Em resposta os países orientais e árabes propuseram o Pacto Civil e Social (BRASIL, 1992), procurou ser mais específico na definição dos Direitos.

Indubitavelmente uma solução passaria por uma abordagem multicultural, pois a resposta adequada não se encontra especificada em um país ou continente específico. Apesar do desenvolvimento milenar da Dignidade Humana, o mundo ainda é infestado de miséria e dor. Muito ainda deve-se fazer para concretizar os Direitos de todos os cidadãos, são recorrentes violações de seus Direitos Humanos

pela falta de um mínimo de respeito, seja de tratamento, seja na disponibilização de bens materiais essenciais a uma vida digna.

De acordo com Immanuel Kant (2009, p. 134-135, 140-141) a autonomia está intimamente relacionada com a Dignidade. Representa o Direito de escolher seu próprio destino, inclusive escolher as leis que irão gerir a sua vida. Assim qualquer atitude que atinja a sua autonomia atinge também a sua dignidade (RECKZIEGEL, 2016, p. 214). Contudo é importante salientar que possuem dignidade inclusive aqueles que não têm discernimento, como os doentes mentais (SARLET, 2013, p. 23). Mas a Dignidade só estará completa se com a autonomia existir a liberdade. Por outro lado, mesmo esta não é absoluta, ela deve coexistir com a liberdade dos demais integrantes da sociedade.

2.1 UMA ABORDAGEM CONTEMPORÂNEA DA DIGNIDADE HUMANA

Reckziegel (2016) em sua obra, *Dignidade Humana em Risco: Existe Limite para as Experiências Científicas?* procurou investigar como experiências médicas e farmacológicas podem afetar a Dignidade Humana. Ela discutiu a importância do consentimento na realização destes testes, reforçando a ideia de autonomia. Inclusive este tema representa uma parcela de um tema mais abrangente, do desenvolvimento da biotecnologia. Neste diapasão também se discute os limites de emprego do Ácido Desoxirribonucléico (DNA) pela administração pública.

Atualmente a Dignidade Humana é utilizada com frequência em decisões judiciais (BRASIL, 2012) e na atividade legislativa. Nesta última hipótese pode-se citar a Lei Maria da Penha, Estatuto do Deficiente e o Estatuto do Idoso. Nossa constituição deu tal relevância a Dignidade Humana que colocou a mesma no artigo 1º de nossa Carta Maior: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-

se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana; [...]” (BRASIL, 1988). Todos os Estados, até os mais autoritários, como a Coréia do Norte, se proclamam respeitadores da Dignidade Humana (REUTERS, 2017), tal o destaque dado ao tema.

Unger (2001) relaciona, com razão a dignidade com a felicidade. Mas apesar de importante e singela, é uma afirmação complexa. O que faz cada pessoa feliz é distinto, mas de uma forma geral deve-se garantir meios da cada pessoa buscar a sua felicidade. O governo não pode encontrar na felicidade de cada um, só fornecer os meios de cada um alcançar a sua.

Como já afirmado, a definição da Dignidade Humana é um problema crucial. Para alguns, os Universalistas, a Dignidade é a mesma em qualquer cultura ou local do mundo. Outro grupo, os relativistas, por outro lado apontam que cada cultura tem a sua definição da Dignidade. Para Baez (2011, p. 24), a Dignidade Humana tem duas dimensões: uma básica universal e outra dimensão cultural. Na primeira estão disposições como vida, liberdade e igualdade. Esta última posição parece mais adequada a um mundo multicultural, sem perder de vista elementos básicos, essenciais a todos os seres humanos.

Durin (apud RECKZIEGEL, 2016, p. 238) busca um conceito muito próximo ao apresentado por Kant, afirmando que a pessoa terá sua Dignidade violada quando for transformado em instrumento.

Em diversos momentos, no entanto, pode-se visualizar conflitos entre Direitos definidos como fundamentais, pois é possível imaginar uma situação específica em que o médico/família deva escolher entre a vida da mãe ou do feto. De acordo com a posição teórica assumida, a resposta será distinta, ora em prol da mãe, ora em benefício do feto. Mas como se pode valorar qual das vidas é a mais importante, da mãe ou do feto. Outros inúmeros exemplos podem ser visualizados no dia a dia do judiciário. Ainda é possível identificar a hipótese em que uma jovem quer saber sua origem genética, mas o

pai nega-se a submeter ao exame. Como ponderar qual o Direito deve prevalecer: do pai ou do filho?

Para solucionar casos como estes alguns autores propõe algumas soluções. Um deles é Alexy (2015), com a sua Teoria da Argumentação Jurídica, que será desenvolvida no próximo tópico.

3 ROBERT ALEXY E A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA SOLUÇÃO AO CONFLITO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Nesta obra, *A Teoria dos Direitos Fundamentais*, Alexy (2015, p. 28) aborda a Teoria dos Princípios, uma Teoria Axiológica. É uma abertura do sistema jurídico ao sistema moral. Representando uma resposta ao modelo legalista puro proposto por Kelsen (1999, p. 47). Sob o pretexto da segurança Jurídica criou-se uma situação completamente abusiva a Dignidade Humana. A legalidade é essencial, mas deve ser permeada por elementos axiológicos. Existem as mais diversas Teorias sobre os Direitos Fundamentais, como as filosóficas e as sociológicas. Alexy (2015, p. 31) busca colocar ordem neste ambiente criando a Teoria Jurídica Geral dos Direitos Fundamentais.

Esta Teoria é Dogmática. A dogmática jurídica busca respostas racionais para normas abertas, visto que, como dito, o legislador não consegue abarcar todas as hipóteses. O problema dos valores é o preenchimento das lacunas, tem-se um problema de complementação (ALEXY, 2015, p. 36). Quem é legitimado para estabelecer os valores que serão dispostos para toda a sociedade? Seria justo exigir de todos o cumprimento de algo oriundo de uma maioria momentânea? Estes e muitos outros dilemas se apresentam aos operadores do Direito.

O que se busca é um Sistema de Direitos Fundamentais, com enunciados claros, úteis para resolver problemas específicos. Busca-se uma Teorização dos Direitos Fundamentais. Apesar de muitas Teorias deve-se buscar uma mais elaborada sobre os Direitos Fundamentais (ALEXY, 2015, p. 45). Mas existem objeções a esta Teoria Geral, com

relação a sua abstração e a possibilidade de contradição de diversas formas. Clareza analítico-conceitual é essencial para qualquer estudo racional, e o Direito se propõe racional. Os caracteres dos Direitos Fundamentais devem ser compreensíveis pela maior parte da população (ALEXY, 2015, p. 43). Mas se deve ter cuidado, a lógica pura aproxima em demasia o Direito da Matemática. Na prática a decisão não é assim tão simples para se atingir a justiça (ALEXY, 2015, p. 48).

A lei escrita pode dar vida a diferentes normas, ademais uma norma pode ser produto de vários enunciados legais. Uma norma vai muito além do texto que está na lei, por isso a importância da interpretação, para adequar um enunciado ao contexto social (ALEXY, 2015, p. 54). Para Muller (1977, p. 75), a norma só estará completa com a decisão judicial (ALEXY, 2015, p. 77). A linguagem técnica é importante para que os operadores do direito se compreendam. Padronizar os termos permite o avanço da discussão (ALEXY, 2015, p. 60). Apesar desta uniformização, ainda não se consegue estabelecer um conceito preciso de Direitos Fundamentais, Direitos Humanos positivados. Ao contrário do que parece, uma definição excessivamente ampla não ajuda na proteção destes Direitos. A administração pública não tem recursos infinitos, a busca de amparo de um leque muito grande de Direitos, não permite uma defesa adequada deles.

Pelo que foi exposto, pode-se observar com clareza que a Argumentação Jurídica ganha relevo. Surge então a preocupação de se estabelecer um procedimento lógico que pode ser seguido por outras pessoas. Mas o procedimento deve ser racional, não arbitrário (ALEXY, 2015, p. 84).

Na sequência Alexy (2015) procura distinguir Regras de Princípios. Elas são 2 espécies de normas. Uma diferença proposta é de que os princípios têm uma generalidade maior que as regras. Outro ponto é o de que as regras têm sua aplicação determinada. Mas apesar destes pontos a distinção continua sendo muito difícil

(ALEXY, 2015, p. 87). Para Alexy (2015), a diferença entre eles é qualitativa, isto significa que cada Princípio, no caso de conflito, deve ser atendido na medida de sua possibilidade. Isto é, para Alexy (2015, p. 90), Mandamentos de Otimização.

As regras, por outro lado, em caso de conflito, não permitem ponderação. Apenas uma delas deve sobreviver, salvo se existir cláusula de exceção. Dworkin defende que para as regras vale a forma tudo-ou-nada (ALEXY, 2015, p. 92).

Princípio não é um mandamento definitivo, mas sim um mandamento *prima facie* (ALEXY, 2015, p. 104). Isto significa que deve existir um sopesamento, determinando qual princípio deve prevalecer no caso concreto. O problema de Princípios Absolutos é que só podem ser garantidos a uma única pessoa.

Para o autor alemão, o Princípio da Proporcionalidade exige três máximas parciais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (ALEXY, 2015, p. 117). A Adequação significa idoneidade para atingir os objetivos propostos. A Necessidade refere-se à indispensabilidade da medida, observando que não há outra forma menos gravosa de atingir os objetivos. Por fim, a Proporcionalidade em Sentido Estrito, que é a ponderação entre a restrição efetuada com o benefício obtido.

Existem críticas também ao sopesamento de valores, pois eles representariam uma forma de esconder o decisionismo judicial, o subjetivismo. Segundos os críticos, esta teoria permite que os magistrados acabem agindo arbitrariamente, ignorando completamente o disposto na legislação. A Legislação é confeccionada pelos representantes do povo, só ela tem legitimidade para ser exigida de forma abstrata da população. Alexy (2015, p. 165) se defende afirmando que se pode estabelecer uma distinção: Decisionismo - a norma escolhida não é encontrada de forma racional; e Fundamentado - o processo psíquico que gera o enunciado de preferência e sua fundamentação podem ser racionalmente observados.

Continuando, é importante ressaltar que Alexy (2015, p. 251) não defende apenas os Princípios. Ele afirma que as Regras e os Princípios se complementam, existem normas que devem ser expressas pela primeira espécie, e algumas na segunda espécie.

Dessa forma, é importante salientar, novamente, que não existem Direitos Absolutos. Segundo Alexy (2015, p. 229): “Se todos forem absolutamente livres, voltamos ao estado de natureza.” Segundo ele os Direitos Fundamentais não são definitivos, são Direitos *Prima Facie* (ALEXY, 2015, p. 277). Estes são Direitos Restringíveis. Esta restrição é perfeitamente possível, desde que compatível com a Constituição. O mesmo autor descreve que a proteção ilimitada da liberdade não é a intenção de qualquer Estado Democrático de Direito (ALEXY, 2015, p. 300). É difícil imaginar uma sociedade que se sustente apenas em Direitos Absolutos. Isto vai totalmente contra a harmonia e a paz social. Para Habermas, todos os Direitos são carentes de restrição legal e configuração legal (ALEXY, 2015, p. 333).

A teoria proposta por Robert Alexy (2015, p. 574) não permite uma solução para todos os casos, busca apenas trazer uma argumentação lógico-racional para solução de conflitos entre Direitos Fundamentais. Estas decisões dão autoridade às decisões judiciais prolatadas. O judiciário precisa também justificar, fundamentar suas decisões. A população precisa acreditar que a decisão tomada foi a mais justa possível e que o magistrado agiu com imparcialidade. Do contrário ter-se-ia apenas arbitrariedade.

Muitos autores, entre eles Habermas (1997, p. 288), criticam o fato de o sopesamento proposto não ligar o julgador a nada. No Brasil, Streck (2011, p. 47), também é partidário da mesma avaliação. Para eles, esta Teoria nos tira totalmente o embasamento das decisões, põe-nos em um terreno movediço.

Alexy (2015, p. 582) se defende afirmando que o legislador não consegue prever absolutamente todas as hipóteses. Resta uma ampla margem de discricionariedade ao magistrado. O sopesamento

dos princípios permite uma análise racional e justificável da cada decisão (ALEXY, 2015, p. 599).

Quanto mais se aproxima da essência de um Direito, mas ele se torna resistente a limitações (ALEXY, 2015, p. 626). Este é um importante parâmetro que justifica e fundamenta uma decisão complexa. Como dito, esta não é uma Teoria Geral Absoluta, mas sim um importante instrumento que auxilia a solução dos mais diversos problemas contemporâneos, cada vez mais complexos, como o que se expõe a seguir.

4 OS DESAFIOS DAS NOVAS TECNOLOGIAS PARA A DOGMÁTICA JURÍDICA

O século XXI é marcado por novas tecnologias que representam enormes desafios ao Direito. Pode-se citar como exemplo o grande desenvolvimento que se obteve nas telecomunicações. Atualmente qualquer um pode falar em tempo real com outra pessoa que está em qualquer lugar do mundo.

As discussões sobre telecomunicações envolvem os mais diversos temas, como quebra de sigilo, inclusive de aplicativos de comunicações como facebook e whatsapp (MARTINES, 2017). Também se discute o acesso das autoridades policiais aos dados dos cidadãos (HOFFMANN, 2017) ou de qualquer pessoa em território nacional (MELO, 2017). Ademais se pode visualizar o Direito à Imagem (MARTINS, 2017), especialmente no que se refere a biografia não autorizada.

Ainda existem gigantescos conflitos sobre relações de consumo. Vive-se em uma sociedade de consumo de massa, onde grandes corporações abusam da vulnerabilidade do cidadão consumidor. Este habitat embora já muito complexo, modifica-se em uma velocidade desconcertante. O aparato estatal não consegue acompanhar esta evolução, deixando frequentemente o cidadão desguarnecido. Este tema é ainda mais relevante quando estudado

na sociedade da informação. As empresas utilizam de forma indevida este conhecimento armazenado sobre seus clientes, principalmente para operações de marketing, sem autorização e, muitas vezes, sem ao menos conhecimento dos proprietários dos dados. Isto representa uma grande ofensa à intimidade e à privacidade e, portanto, a Dignidade Humana. Em face disto é necessário alargar a tutela jurídica, seja contra entidades públicas ou privadas (PEZZELLA; BORBA, 2012, p. 233).

Contudo o objeto deste trabalho é outra notável revolução científica, o Exame de Ácido Desoxirribonucléico (DNA) (GUELLITY, 2014). Os cromossomos são corpos em forma de filamento que se encontram no núcleo das células e contém toda nossa informação biológica. Cada célula humana tem 23 pares de cromossomos, com exceção das células reprodutoras, com metade. Ácido Desoxirribonucléico (DNA) é uma cadeia de nucleotídeos em dupla hélice. Genes são um segmento do Ácido Desoxirribonucléico (DNA), com uma sequência específica (SANCHEZ, 2003, p. 86). Mas basta um pequeno fragmento de Ácido Desoxirribonucléico (DNA) para identificar uma pessoa. O Ácido Desoxirribonucléico, comumente conhecido como DNA (do inglês *deoxyribonucleic acid*) é um complexo de moléculas que contém todas as informações necessárias para construir e manter um organismo. Estas provas podem ser utilizadas nas seguintes situações (SANCHEZ, 2003, p. 87):

- a) identificar doenças genéticas;
- b) identificar portadores que possuem um gene defeituoso, evitando gerar filhos com enfermidades genéticas;
- c) detectar uma enfermidade genética antes que ela se manifeste, para melhorar a sua qualidade de vida; e
- d) apontar que pessoas que podem contrair enfermidades específicas em razão de um gene defeituoso.

Estas informações também podem ser utilizadas no âmbito jurídico (SANCHEZ, 2003, p. 88):

- a) para determinação da paternidade biológica e outras formas de parentesco. Com os avanços no processo de identificação, é possível identificar o genitor sem precisar do material genético da mãe;
- b) a identificação de pessoas em procedimentos penais. Aqui se compara o vestígio encontrado no local da prova com o suspeito; e
- c) a identificação de indivíduos post-mortem. Comparando o Ácido Desoxirribonucléico (DNA) do falecido com as informações constantes no banco de dados.

Contudo, uma pessoa que realiza o Exame em estudo deve ter o poder de controlar o uso de seus dados, pelo menos na grande maioria dos casos. Não só isso, deve poder escolher que informações quer conhecer e tem o direito de poder conceder estas informações a terceiros. Neste campo deve-se discutir se é possível e como armazenar estas informações (SANCHEZ, 2003, p. 91).

Outro ponto importantíssimo a ser desvendado é o fato de ser ou não possível a realização compulsória destes testes em processos criminais (HADDAD, 2007, p. 220). Muito se discute inclusive sobre a confiabilidade dos referidos exames, inclusive nos Estados Unidos onde ele é abundantemente empregado (ABRAMS; GARRETT, 2015, p. 772). Embora cientes da necessidade e relevância destes exames, os autores que são contrários a realização compulsória do exame, questionam em que hipóteses se justifica a realização do teste e por quanto tempo a informação genética pode ser armazenada?

O Comitê Internacional de Bioética da UNESCO (2001) elaborou a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos. Neste documento proclamou que o genoma

humano é patrimônio da humanidade. Assim, ele não pode ser objeto de apropriação por pessoas ou grupos com interesses particulares (SANCHEZ, 2003, p. 91).

Os Bancos de Dados com Informação do Genoma Pessoal podem ser de dois tipos: aqueles destinados a buscar características específicas nos genes, principalmente para catalogar doenças; e para identificar pessoas, como ocorre nos arquivos policiais. Em qualquer caso deve haver um controle rigoroso destes dados (SANCHEZ, 2003, p. 96).

Os Bancos de Dados de Ácido Desoxirribonucléico (DNA) podem ter estudos estatísticos populacionais, dados utilizados pela polícia e investigações de pessoas desaparecidas. A legislação espanhola, por exemplo, não é suficientemente clara sobre o tema. Este país utiliza para regulamentar o assunto decretos do executivo, mas isto deveria ocorrer por lei, segundo a doutrina majoritária. A maioria dos países europeus tem leis específicas a respeito, especialmente sobre sua utilização com fins policiais. Nesta legislação é estabelecido o que deve ser armazenado e por quanto tempo (SANCHEZ, 2003, p. 98).

Nesse sentido pode-se vislumbrar que muitos países ocidentais, inclusive muitos reconhecidos como respeitadores dos Direitos Humanos, aplicam o Exame de Ácido Desoxirribonucléico (DNA) de forma compulsória (HADDAD, 2007, p. 220). Contudo, precisa-se de parâmetros seguros para balizar esta obrigatoriedade, executada por lei, editada pelos legítimos representantes do povo, os parlamentares.

Através de um procedimento legal é possível estabelecer critérios seguros que embora representem uma pequena restrição do Direito à Intimidade e à Autodeterminação, permite garantir a segurança de toda a sociedade. Através destes exames pode-se prevenir doenças hereditárias e encontrar com rapidez e alto grau de certeza dos responsáveis por delitos violentos, como o estupro, os crimes contra a vida e a integridade física.

Esta legislação atende plenamente os limites da Teoria da Argumentação Jurídica. Ela é adequada, pois idônea para garantir mais segurança à sociedade, permitindo maior rapidez e segurança na elucidação de delitos. Ela também é necessária, pois não existe alternativa similar a ser aplicada. Por fim, esta interpretação também atende à Proporcionalidade em Sentido Estrito, pois a restrição enfrentada pela pessoa é ínfima se comparada com o incremento observado em vários campos, especialmente à segurança pública.

Como apresentado anteriormente, nenhum Direito Fundamental é absoluto. Mesmo o Direito à Vida é relativizado no artigo 5º de nossa Constituição Federal (BRASIL, 1988). Nossa legislação permite em certas hipóteses Aborto e até Homicídio (legítima defesa e estado de necessidade) (BRASIL, 2016). Estas restrições são muito mais gravosas ao suspeito que o Exame de Ácido Desoxirribonucléico (DNA), mesmo assim são permitidas. Não seria razoável que estas espécies sejam permitidas e outras, menos danosas sejam proibidas. A sociedade e o estado devem estar preparados para absorver novas tecnologias, que acabam surgindo com a evolução da sociedade de uma forma consciente e madura, pois as mesmas visam solucionar situações que até a pouco tempo não era possível com precisão. Como afirmado, a utilização de novos instrumentos, de forma regrada, permite maior efetividade dos órgãos estatais, dentro de um sistema que respeita os Direitos Fundamentais, especialmente a dignidade humana.

Ignorar o avanço da tecnologia não é uma saída. Pode-se verificar como exemplo a inclusão da quebra do sigilo telefônico, previsto em nossa legislação (BRASIL, 1996). Além deste, existem outros exemplos em nosso ordenamento de limitação de Direitos Fundamentais, como a Intimidade, em que a constitucionalidade é reconhecida. Ademais, países europeus e inclusive a UNESCO (SANCHEZ, 2003, p. 81) reconhecem a possibilidade da utilização dos

dados genéticos, por entidades públicas e privadas, desde que de uma forma regrada.

Conclui-se que atualmente, a sociedade esta em mudança, com o surgimento constante de novas tecnologias. O legislador, precedido de um amplo debate, precisa acompanhar estas transformações apontando os parâmetros corretos e seguros em que se permita a atuação estatal em prol da sociedade bem como a proteção dos cidadãos e seus direitos. Só assim se poderá resguardar a Dignidade Humana, e o Direito Fundamental desenvolvido durante milênios de história na sociedade como um todo, sem abandonar criminosos, nem suas vítimas.

5 CONCLUSÃO

O artigo apresentou o desenvolvimento do Princípio da Dignidade Humana durante a história. A necessidade de limites na atuação social mostrava-se essencial mesmo séculos antes da era cristã, especialmente no que se refere a restrição da atuação estatal do rei naquela época. Deve existir um mínimo a ser garantido, mormente pelo Estado. Esta imposição surgiu nas mais diferentes culturas, e em diferentes continentes.

A partir do reconhecimento da necessidade dos Direitos Humanos, uma das faces da Dignidade Humana, surge a parte mais complexa, estabelecer uma definição uniforme destes Direitos. Nesse sentido foram desenvolvidas duas correntes, dos Universalistas, que entendem ser os Direitos Humanos comuns em todos os países do mundo; e a outra corrente, dos Relativistas, aduzindo que o conceito pode variar de acordo com os costumes de cada nação. Buscando conciliar estes entendimentos, surgindo uma corrente que prega uma solução intermediária. Para este grupo existe um cerne inabalável e uma região externa que se modifica de acordo com as culturas regionais.

Tal é a importância dos Direitos Humanos que nossa Magna Carta se preocupou com eles, diretamente, em seu artigo 5º, § 3º; como através da Dignidade Humana, expressa logo no artigo 1º, inciso III do mesmo diploma. Embora o constituinte tenha sido bastante enfático em sua proteção, o legislador é medíocre na sua concretização.

Um dos principais problemas jurídicos da atualidade é a colisão de aspectos da Dignidade Humana, especialmente no que se refere ao enfrentamento das novas tecnologias. O tema é ainda mais relevante em razão da inércia do legislativo, órgão legitimado democraticamente para criar regras a todos os cidadãos. Isto não faz com que o problema fique suspenso, apenas imputa ao judiciário e aos demais operadores do direito a busca por uma solução razoável. Mas como encontrar uma solução democrática neste emaranhado.

Alguns autores propõem soluções, mas nos interessa aqui a tese do professor Robert Alexy (2015), através de suas obras “Teoria dos Direitos Fundamentais” e “Teoria da Argumentação Jurídica”. Este autor propõe uma resposta para este dilema, por meio do Princípio da Proporcionalidade afirmando que se deve analisar em cada caso concreto a melhor opção, de acordo com a adequação, necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Isto nos permite encontrar uma solução racional e adequada que poderá ser justificada frente aos demais operadores do direito, onde estes direitos devem ser efetivados na melhor medida possível.

Esta proposta é colocada em prática todos os dias pelos nossos tribunais para resolver dilemas que venham a surgir como resultado de impressionantes avanços tecnológicos, podendo citar como aqueles ocorridos envolvendo a genética humana. O texto procurou abordar a possibilidade de realização compulsória de exames de Ácido Desoxirribonucléico (DNA) em condenados por crimes graves. Observou-se que é possível estabelecer critérios rígidos para a realização destes exames, sem que para tanto se ofenda a

Dignidade Humana, inclusive dos condenados por crimes hediondos. Mas é importante que a regulamentação seja disposta pelo legislador, antecedida de um debate público, garantindo seu viés democrático.

Esta é a possível solução para a conciliação de todos os bens jurídicos, afinal não se pode admitir direitos absolutos, pois se o admitissem, eles só existiriam para uma única pessoa.

Abstract

How does legal knowledge deal with today's frenetic technological development? The purpose of this article is to analyze the implications of adopting new technologies in modern society and how human rights can be protected, especially in the case of tests that can identify the genetic code of human beings. The text uses the inductive method for its development and conclusion. In an initial analysis of the situation, one can see that jurisprudence and doctrine are not harmonious, and legislation, as usual, remains timid. The development of this work has gone from a historical approach to the present day concept of Human Dignity, especially with regard to Human Rights. After studying Robert Alexy and his vision of Proportionality. For him, legality can not be seen in an absolute way. The result is a sober and efficient proposal to allow the coexistence of Human Dignity with the new technologies, which was the final topic.

Keywords: Human Dignity. Human Rights. Deoxyribonucleic Acid (DNA). Bioethics. Proportionality. Technologies.

REFERÊNCIAS

ABRAMS, Kerry; GARRETT, Brandon L. **Ácido Desoxirribonucléico (DNA) and Distrust.** *Notre Dame Law Review*, v. 91, n. 2, p. 757-814, 2015.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais.* São Paulo: Malheiros, 2015.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier. *Teoria da dupla dimensão dos direitos humanos e sua utilidade prática para a solução de hard cases envolvendo a violação de direitos fundamentais.* 2011. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=123b7f02433572a0>>. Acesso em: 12 set. 2017.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier et al. *A problemática dos direitos humanos fundamentais na América Latina e na Europa: desafios materiais e eficaciais*. Joaçaba: Unoesc, 2012.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 01 jun. 2017.

BRASIL. Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civil e Políticos. Promulgação. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 07 jul. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 12 set. 2017.

BRASIL. Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 25 jul. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9296.htm>. Acesso em: 16 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito n. 3.412/AL*, de 12 de novembro de 2012. Distrito Federal. Relatora: Rosa Weber. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3076256>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

BRASIL. *Código Penal*: Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2016.

GUELLITY, Marcel. *O que é DNA?* 2014. Disponível em: <<http://www.euquerobiologia.com.br/2014/04/o-que-e-dna.html>>. Acesso em: 3 set. 2017.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. A constitucionalidade do exame de Ácido Desoxirribonucléico (DNA) compulsório em processos criminais e propostas de sua regulamentação. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 39, p. 216-53, 2007.

HOFFMANN, Henrique. Delegado de polícia pode acessar dados sem autorização judicial: *ConJur*, jul. 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jun-13/academia-policia-delegado-policia-acessar-dados-autorizacao-judicial>>. Acesso em: 2 jul. 2017.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial, 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MARTINS, Jomar. Quem se expõe não tem direito à indenização pela divulgação de imagem. *ConJur*, jul. 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jan-11/quem-expoe-nao-indenizado-divulgacao-imagem>>. Acessado em: 2 jul. 2017.

MARTINES, Fernando. Justiça deve acionar acordo bilateral para quebrar sigilo de conversas no Facebook. *ConJur*, jul. 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jul-01/justica-acionar-acordo-bilateral-quebrar-sigilo-facebook>>. Acesso em: 2 jul. 2017.

MELO, João Ozório de. Justiça dos EUA coloca na balança eficiência policial versus privacidade. *ConJur*, jul. 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jun-12/justica-eua-coloca-balanca-eficiencia-policial-versus-privacidade>>. Acesso em: 2 jul. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. 10 dez. 1948. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2017.

PEZZELLA, Maria Cristina Cereser; BORBA, Mauro Evely Vieira de. *Sociedade da informação, dignidade da pessoa e relações de consumo*. Joaçaba: Unoesc, 2012.

RECKZIEGEL, Janaína. *Dignidade humana em risco: existe limite para as experiências científicas?* Curitiba: Prismas, 2016.

REUTERS. *Coréia do Norte boicota sessão de direitos humanos da ONU*. 13 mar. 2017. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/mundo/coreia-do-norte-boicota-sessao-de-direitos-humanos-da-onu/>>. Acesso em: 01 jul. 2017.

SANCHEZ, Ana (Org.). *Tecnología, intimidad y sociedad democrática*. Barcelona: Icaria, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lênio Luiz. *O que é isto: decido conforme a minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

UNESCO. Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura. *Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos: da teoria à prática*. Brasília: UNESCO, 2001. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001229/122990por.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2017.

UNGER, Roberto Mangabeira. *Política: os textos centrais - a teoria contra o destino*. São Paulo: Boitempo; Santa Catarina: Argos, 2001.

CAPÍTULO II

DIREITO AO ESQUECIMENTO E LIBERDADE DE IMPRENSA EM CONFLITO À LUZ DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Camila Nunes Pannain¹
Gabriela Riqueti²
Roni Edson Fabro³

RESUMO

Com a facilidade da proliferação de ideias, e o desenvolvimento da imprensa por novas mídias, tem-se como questão nuclear no presente artigo a colisão de direitos fundamentais, qual seja a liberdade de expressão, informação e imprensa frente aos direitos da personalidade, à intimidade, à privacidade, à imagem e à honra.

¹ Mestre em Direito pela UNOESC Chapecó, na área de concentração: Dimensões materiais e eficácia dos Direitos Fundamentais, na linha de pesquisa de Direitos Fundamentais Cíveis: A Ampliação dos Direitos Subjetivos. Possui graduação em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Atua como pesquisadora em direitos fundamentais cíveis e professora na Universidade do Oeste de Santa Catarina- UNOESC Joaçaba-SC.

² Graduada em Direito/UNOESC.

³ Especialista em Direito Civil pela UNOESC, campus de Joaçaba, Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade do Contestado (UNC), campus de Concórdia, Mestrado em Relações Internacionais para o MERCOSUL pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL), campus Norte da Ilha, em Florianópolis e Mestrado em Direitos Fundamentais Cíveis pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC), campus de Chapecó. Tem experiência na área de Administração, com ênfase em Comércio Exterior, atuando na área da docência de Direito Internacional e nos Planos de Negócios e Monografias de Conclusão de Curso. Na área do Direito é Advogado militante desde 1991, além de atuar na docência nas disciplinas de Direito Internacional Público, Direito Internacional Privado, Deontologia Jurídica, Títulos de Crédito, Direito Processual Civil V (procedimentos especiais) e nos Trabalhos de Conclusão de Curso. No ensino à distância, leciona Direito I para os Cursos de Administração e Ciências Contábeis. Atualmente é professor do Curso de Direito da UNOESC, campus de Joaçaba (SC) e dos Cursos de Administração e Ciências Contábeis de toda a UNOESC (EAD)

Bem como um novo direito, “o direito ao esquecimento”, que passou a ser tutelado a partir do Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, o qual consagrou entre os direitos da personalidade tutelado no artigo 11 do Código Civil. O presente artigo analisa inicialmente a dignidade da pessoa humana, bem como a evolução de seu conceito na história até se tornar o princípio que norteia a interpretação de todos os direitos fundamentais. Ainda, apresenta como núcleo o estudo das liberdades e os direitos da personalidade, mais especificamente a liberdade de imprensa e o direito ao esquecimento.

Palavras-chave: Dignidade da Pessoa Humana. Direito ao esquecimento. Liberdade de Imprensa. Colisão de Direitos Fundamentais.

1 INTRODUÇÃO

A colisão entre os direitos fundamentais insculpidos na Constituição de 1988 traz diversas discussões no cenário jurídico brasileiro, considerando que se busca entender e interpretar qual direito deverá prevalecer. O presente artigo analisa inicialmente a dignidade da pessoa humana, bem como a evolução de seu conceito na história até se tornar o princípio que norteia a interpretação de todos os direitos fundamentais. Ainda, apresenta como núcleo o estudo das liberdades e os direitos da personalidade, mais especificamente a liberdade de imprensa e o direito ao esquecimento.

Não é nova a discussão acerca de impedimentos a um meio de comunicação na publicação de notícias. A Constituição Federal veda qualquer tipo de censura, inspirada pela maturação histórica do direito à liberdade de expressão e informação. Sendo assim, o presente estudo se motivou pela decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina na Apelação Cível n. 2015.021131-7.

Por se tratar de um tema que suscita grandes dúvidas, dado que a Constituição Federal de 1988 não traz uma norma específica para solução de casos como o presente, a pesquisa esteve restrita à

análise das premissas aventadas no acórdão. A partir disso, foi possível o esclarecimento necessário acerca do tema direito ao esquecimento em colisão com os direitos fundamentais da liberdade de expressão e informação.

O que se discutiu no acórdão foi o conflito dos interesses privados e públicos, em face da evolução constante dos meios de comunicação. Considerando os direitos da personalidade, à intimidade, à privacidade, à honra, à imagem, em conflito com a liberdade de expressão, informação e imprensa, e uma possível aplicação da tese do direito ao esquecimento no caso concreto.

No presente estudo, utilizou-se do método dedutivo, por meio de pesquisa bibliográfica, baseada em livros, jurisprudência, artigos científicos e legislação. Iniciou-se pela análise da dignidade da pessoa humana, posteriormente adentrando no estudo dos direitos fundamentais. Na sequência, a pesquisa direcionou-se à exposição dos direitos à liberdade de expressão, informação e imprensa. Por fim, foi explanado sobre os direitos da personalidade, direito ao esquecimento e foi realizada a análise das premissas aventadas no acórdão.

2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE IMPRENSA

A dignidade da pessoa humana figura como a concretização constitucional dos direitos fundamentais, princípio adotado no art. 1º da Constituição Federal de 1988. É considerada, por alguns doutrinadores, como um supra princípio, ou seja, o princípio norteador do ordenamento jurídico. Destaca-se, no entanto, que a presente monografia tem como objetivo a análise do princípio da dignidade da pessoa humana para que seja possível interpretar a colisão dos direitos fundamentais.

Revela-se árdua a pretensão de obter-se um conceito base para dignidade da pessoa humana, considerando que sua natureza

é aberta e porosa. A sua atribuição a todos os indivíduos é de forma igualitária, no entanto, existe a necessidade de delimitação e atualização por parte dos órgãos estatais em face da diversidade de valores por ela abarcados, podendo-se destacar, para fins do presente estudo, a intimidade, a honra, a vida privada e a liberdade.

Durante a antiguidade clássica, a dignidade encontrava-se atrelada à função de um indivíduo, pelo cargo, ou pela posição social, ou seja, a dignidade era valorada, quantificada e conseqüentemente era possível identificar pessoas com mais dignidade e outras com menos. Em contrapartida disto, já no pensamento estóico⁴, a dignidade era entendida como uma qualidade de todos os indivíduos, os quais deveriam responder por seus atos e escolhas (COMPARATO, 1999, p. 11).

De acordo com Barroso (2014, p. 13-14), até o final do século XVIII, a dignidade da pessoa humana não tinha relação com os direitos humanos. Logo, em que pese a existência da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, tal instrumento continha em seu art. 6º, um conceito de dignidade atrelado à ocupação de cargos públicos. Desta forma, as pessoas detentoras de dignidade possuíam um tratamento especial, bem como direitos e privilégios exclusivos.

Somente a partir do pensamento de Tomás de Aquino a dignidade começou a ser analisada sob uma ótica diferente. A influência cristã contribuiu muito para a formação do conceito de dignidade da pessoa humana, visto que, ao passo que os seres humanos foram considerados à imagem e semelhança de Deus, todos

⁴ Moura (2012), o estoicismo é uma escola helenística fundada por Zenão de Cício ao final do séc. II a.C e cuja influência se estende desde a Grécia antiga até filosofias recentes do sec. XIX, como podemos encontrar nos estudos contemporâneos que sondam as influências estoicas em Kant e Freud. A escola estoica defendia uma doutrina una e coerente e muitas vezes representavam sua doutrina pela imagem de uma árvore (onde o caule seria a física, os galhos, a lógica; e as folhas seriam a ética, ou moral).

os homens passam a ser considerados iguais, independentemente de suas posses, qualidades ou nobreza (SARLET, 2011, p. 31).

Nos séculos XVII e XVIII, a dignidade da pessoa humana passou por um processo de racionalização e distanciamento da ordem religiosa. Contudo, ainda assim a ideia de igualdade dos homens adotada pelos cristãos continuou presente, sendo somente a partir do pensamento de Kant o abandono do seu conceito religioso (SARLET, 2011, p. 31).

A doutrina majoritária identifica como base do conceito de dignidade da pessoa humana o imperativo categórico formulado por Kant (2007, p. 67-68), o qual entende que o homem sempre será o fim, nunca um meio. Sendo assim não poderá ser coisificado, ao passo que perante outro ser racional, existe a igualdade, pois:

O homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas acções, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ter considerado simultaneamente como fim (KANT, 2007, p. 67-68).

Entretanto, foi somente com fim da Segunda Guerra Mundial, em face a toda a repulsa ao horror provocado pelo nazismo,⁵ que surgiu a necessidade do desenvolvimento de uma teoria jurídica que estivesse comprometida com valores relacionados aos direitos do homem (MARMELSTEIN, 2011, p. 10).

Sendo assim, partindo da ideia de que a Segunda Guerra foi uma época de supressão de direitos básicos, a dignidade da pessoa

⁵ O Nazismo foi um movimento nacional-socialista alemão chefiado por Hitler. Fascismo aplicado à Alemanha, onde tomou feição racista, pois se baseava na pretensa primazia da raça nórdica (FERREIRA, [2012]).

humana passa ter caráter de valor fundamental supremo que orienta todas as leis, evitando assim que ocorram fatos como os apontados anteriormente em que alguns se consideravam superiores a outros, o que era legitimado inclusive pelo direito positivado, como foi o caso do Nazismo.

Farias, (2000, p. 66) expõe a relevância do princípio da dignidade da pessoa humana na ordem constitucional, haja vista que é o fornece base lógica aos demais direitos fundamentais expostos pela Constituição Federal de 1988. Portanto, “o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana possui um relevante papel na arquitetura constitucional.”

Na mesma linha de pensamento, Sarlet (2011, p. 2) entende como essencial, e absolutamente indispensável a previsão de direitos fundamentais em todas as constituições, posto que é a principal consagração do princípio da dignidade da pessoa humana.

Destaca-se que os direitos humanos e os direitos fundamentais são frequentemente considerados sinônimos e até mesmo a própria Carta Constitucional em alguns dispositivos menciona a expressão direitos humanos e em outros como direitos fundamentais. Em face disso, ao analisá-los sob uma ótica material, é possível considerá-los sinônimos em conteúdo, haja vista que são normas de proteção jurídica de direitos essenciais do ser humano, e deste modo sensíveis no campo de proteção da dignidade. Contudo, para a doutrina majoritária no Brasil, tais termos não são considerados sinônimos.

Para quem os distingue, a diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais encontra-se em suas fontes. Segundo Sarlet (2011, p. 35), “o termo direitos fundamentais se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado.” Já, o termo direitos humanos estaria relacionado com uma validade universal, ou seja, a direitos reconhecido entre todos os povos.

Os direitos humanos são considerados conexos. Deste modo integram-se para formar o ideal de dignidade humana. À vista disso, ao longo da história foram criadas gerações de direitos, formuladas ao passo que a sociedade evoluía e carecia de novas medidas de proteção (SARMENTO, 2011).

As gerações de direitos humanos são definidas da seguinte forma: os direitos de primeira geração estão relacionados aos direitos de liberdades públicas e direitos políticos. Os direitos de segunda geração, por sua vez, são direitos sociais, econômicos e culturais. Já na terceira geração foram definidos os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Por fim, na quarta, formularam-se os direitos da bioética e direitos da informática (SARMENTO, 2011).

À vista da ideia de dignidade da pessoa humana bem como da efetivação dos direitos de primeira geração, a Constituição Federal de 1988 garantiu a liberdade como um direito fundamental, objetivando assegurá-la de diversas maneiras.

Em que pese a previsão constitucional do direito à liberdade de expressão, durante muito tempo perdurou a ideia de censura na memória da sociedade brasileira, resultando em desconfiança em relação à interferência do Estado nesta seara.

Mendes e Branco (2011, p. 297) entendem que é essencial ao ser humano o direito a expressar-se, conectar-se com o outro, aperfeiçoar suas ideias, bem como interpretar a realidade das situações, ou seja, se socializar com o todo.

Contudo, Fiss (2015, p. 11-12) identifica na sociedade a existência do “efeito silenciador”, que seria o silenciamento da opinião de classes menores por classes mais privilegiadas por fatores econômicos ou culturais, abafando assim o surgimento de novas opiniões.

Este é o ponto principal em que Fiss (2005, p. 12), entende que se faz necessário para se exercer a ideia de democracia a diversificação de opinião, ou seja, as classes menos favorecidas necessitam de espaço, para que assim o público possa tomar

conhecimento de suas opiniões, e, por conseguinte, possa existir um tratamento igualitário. Nesse passo, observa-se a função do Estado como guia e garantidor da realização de discussões justas.

Ainda, é vedado o anonimato, com o fim de evitar a manifestação de pensamentos fúteis, ideias infundadas, que têm como único objetivo o desrespeito a direitos fundamentais de outros indivíduos. Considerando que o pensamento pode ser expresso de várias formas, pode-se concluir que se exercido irresponsavelmente será uma fonte de insegurança para a sociedade. Em face disso, a Constituição proíbe o anonimato, que é a forma mais torpe de se emitir o pensamento (MORAES, 2011, p. 118).

Contudo, a liberdade de expressão na atualidade é considerada um dos direitos fundamentais mais controvertidos, em face da evolução do acesso à informação que se encontra cada vez mais instantânea, pelo desenvolvimento dos meios de comunicação. Todos têm o direito de expor o que pensam. Porém deverão responder legalmente por toda manifestação de pensamento que seja caluniosa, injuriosa ou difamatória. Ou seja, o autor deverá sempre sofrer consequências se vier a ofender outrem.

Farias (2001, p. 23) argumenta que os elementos da liberdade de expressão são subjetivos, alcançando a manifestação coletiva de ideias, ideologias, críticas, pensamentos e opiniões. Desta maneira, num regime democrático, pressupõe-se que todos os fatos cotidianos poderiam ser objeto de manifestação. Não obstante, o que se constata é que não são todos os fatos cotidianos que necessitam ser noticiados, devendo o divulgador ter o dever de cautela.

Destaca-se, assim, que a liberdade de expressão é um direito individual, e que o direito à informação é necessário para o desenvolvimento da democracia. Assim, a Constituição Federal de 1988 garantiu a todos os indivíduos o direito fundamental à liberdade de expressão associado ao direito de acesso à informação.

Tocqueville (2000, p. 138-139 apud SOUZA, 2008, p. 89), identifica que a imprensa possui um papel fundamental de informar, dado que a partir dela a sociedade pode realizar a fiscalização necessária para a efetivação da democracia. É importante ressaltar a importância da cautela na ocorrência de intervenções estatais, considerando que isso poderá desencadear em não diversidade do debate público, e no prevailecimento da censura baseada no que os governantes desejam que seja exposto à população em geral (SARMENTO, 2015). Salienta Bobbio (1990, p. 211) que “[...] a opacidade do poder é a negação da democracia”, logo é imprescindível se obter transparência.

Na seara dos direitos fundamentais, Lurconvite (2007) considera que “[...] a expressão fundamental demonstra que tais direitos são imprescindíveis à condição humana e ao convívio social.” Desta forma, a Constituição Federal em seu art. 5^a (BRASIL, 1988), estabeleceu como direitos fundamentais a igualdade, a inviolabilidade do direito à vida, o direito à liberdade, bem como direito a segurança, e o direito à propriedade.

Considerando que, na vida contemporânea somos cercados por informações dos mais variados seguimentos, Castells (1999) constata que o cenário da atualidade pode ser definido como Era da Informação. Diariamente a sociedade evolui, possuindo como grandes influenciadores a globalização e os avanços tecnológicos, os quais colaboram de maneira significativa para que a informação se propague cada vez com mais facilidade.

Desse modo, se percebe que a liberdade expressão é um direito individual em seu sentido amplo, já no que tange à liberdade de informação estamos diante de uma matéria de esfera coletiva, sendo o direito de todo indivíduo ser informado dos acontecimentos da sociedade da melhor maneira possível (CRETELLA NETTO, 2008, p. 20).

O direito à informação possui, assim, três desdobramentos, os quais consistem na capacidade de informação que surge com a

liberdade de expressão e de imprensa, o acesso à informação, bem como o interesse da coletividade na busca de informações públicas (MACHADO, 2002, p. 472-486). Donnini et al. (2002, p. 40) dizem que o direito à informação se divide de duas formas. O direito à expressão pública das ideias, sendo, portanto, a faculdade de expressar o pensamento através de qualquer meio de comunicação. E o direito à transmissão pública de notícias, que é exercer o jornalismo.

Sendo assim, o direito à liberdade de expressão, ou seja, as opiniões ou juízos de valor, devido à sua própria natureza abstrata, não podem ser submetidos à comprovação, por outro lado, no que tange ao direito à informação, este resta mitigado em divulgar fatos munidos de veracidade (FARIAS, 2001).

Especificando acerca do direito à liberdade de manifestação do pensamento, cabe transcrever o inciso IV, do art. 5ª da Constituição Federal de 1988, o qual enuncia que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”. Portanto, tal dispositivo legal “preconiza a possibilidade que qualquer indivíduo tem de expressar seu pensamento, de qualquer forma e através de qualquer meio, desde que se identifique.” (MOTTA FILHO, SANTOS, 2001, p. 59).

Ainda, em relação ao tema em comento, a Lei Maior, em seu inciso IX, do mesmo artigo, enuncia (BRASIL, 1988) que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.” Portanto, verifica-se que todo indivíduo tem a possibilidade de manifestação de seus pensamentos, não carecendo de autorização prévia.

Por conseguinte, o inciso XIV (BRASIL, 1988), preceitua que “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardo do sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”, ou seja, é direito de todos o acesso à informação, e, ainda quando se fizer necessário o sigilo com objetivo de manutenção da segurança.

Outrossim, o direito à liberdade de expressão, bem como o de informação encontra-se declarado em diversos documentos

internacionais, dentre eles se destacam, a declaração dos Direitos Humanos de 1948, o Convênio Europeu para a proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais de 1950, e o Pacto San de José da Costa Rica (FARIAS, 2001).

Assim sendo, a liberdade de expressão de expressão está diretamente ligada ao direito de informação, um com objetivo de garantia de manifestação de pensamento das pessoas, e o outro com o propósito conhecimento do meio em que vivem.

A Inglaterra nos anos de 1695 foi o primeiro país a possuir a cultura a liberdade de imprensa. Porém, encontrava-se presente a censura prévia, que é o direito do governo de exercer controle quanto ao que era exposto, bem como responsabilizar nas esferas civil e criminal quem cometia excessos. Além disso, para se exercer o jornalismo o profissional necessitava de recolhimento de diversas taxas as quais ocasionavam dois perigos, a ruína ou a subordinação ao ente estatal (CARVALHO, 2003, p. 23-24).

Em 1789, ocorreu a promulgação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, pela França, a qual recepcionou em seu texto a liberdade de imprensa, todavia encontravam-se limites aos abusos de tal atividade. Posteriormente, ainda no período monárquico, a Constituição Francesa de 1791 detinha previsão de censura prévia. Já a Constituição de 1793, preceituava indefinidamente a liberdade de imprensa. Em consecutivo, no ano de 1835 uma nova lei foi adotada onde a imprensa passou a ser controlada pelo Estado (CARVALHO, 2003, p. 25).

A palavra imprensa surge com a invenção da máquina de impressão, passando no decorrer dos anos estar ligado ao efeito de transmissão de informações, e não mais a causa que era a impressão de papel (CRETELLA NETTO, 2008, p. 24). No mesmo sentido, Donnini e Ferraz Donnini (2002, p. 17) dissertam que o jornalismo se iniciou vinculado a uma origem técnica. Tendo este surgido apenas quando inventado a máquina a vapor e utilização nas máquinas de impressão.

A evolução da liberdade de imprensa ocasionou na origem de diversas Constituições que impediam a presença do controle do Estado, ou seja, a censura, sendo limitado somente ao que a lei considerava como abuso (CARVALHO, 2003, p. 25). Por volta do século XIX e XX, a evolução da liberdade de imprensa sofreu uma interrupção, oportunidade em que foi estabelecida a possibilidade de o Estado estabelecer uma censura prévia com intuito de proteção (CARVALHO, 2003, p. 26).

A posteriori, foi declarado por meio do art. 19 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, no ano de 1948, como já mencionado, o direito à liberdade de expressão, bem como o repasse de informações. Por fim, se faz jus ressaltar o Convênio Europeu de Proteção dos Direitos Humanos e Das Liberdades Fundamentais, aprovado em 1950, que em seu art. 10 estabelece o direito à liberdade de expressão e informação (CARVALHO, 2003, p. 26-27).

O direito à liberdade de imprensa no Brasil é fruto de influência de vários documentos internacionais que instituíam o direito à liberdade de expressão corolário ao direito à informação e à liberdade de imprensa (CARVALHO, 2003, p. 27).

A Lei Maior a garantiu de maneira satisfatória como em poucos lugares do mundo. Podendo o indivíduo, expressar, ser informado e informar. Atualmente, de acordo com Godoy (2008, p. 51-52), liberdade de imprensa abarca “[...] o direito de informar e de ser informado.” Sendo que, a ideia que permeava na antiguidade não é mais a mesma, a imprensa não está somente ligada com o invento da prensa, máquina de impressão, muito menos sua publicidade restringida somente a jornais.

A propósito, o direito à informação deve ser analisado em seu sentido amplo, ou seja, deve compreender todos os fatos com objetivo de formação da opinião pública, devendo-se obter de todos os meios possíveis, bem como ser livre, para que de nenhum modo a opinião da sociedade seja manipulada (ALMEIDA, 2010).

Portanto, a missão da imprensa é informar, divulgar, e difundir conhecimento, está diretamente ligado com a cultura. Seu objetivo encontra-se em orientar a opinião da sociedade trazendo sempre a verdade sobre os fatos da comunidade em qual se encontramos inseridos (LANER, 2000).

Destarte o direito à liberdade de informação amplia-se diariamente, em face dos mais variados tipos de notícia, dos mais variados locais do mundo o tempo todo, através da internet e da televisão. Contudo, para que a imprensa cumpra sua incumbência que é propiciar a informação, é basilar que exista o confronto de ideias concebidas, ou seja, é necessário que se busque conteúdo de diversas formas, e que estes sejam contrapostos (ROSPA, 2011).

3 DIREITOS DA PERSONALIDADE E DIREITO AO ESQUECIMENTO

Diariamente, ocorre a evolução tecnológica. Para os fins do presente estudo, importa destacar as mudanças na área das comunicações. Em consequência disso, surge uma preocupação crescente em proteger os direitos inatos do indivíduo como a vida, a honra e a intimidade. Assim, os direitos da personalidade passam a atrair constantemente a atenção dos juristas com objetivo de garantia da dignidade da pessoa humana.

A elaboração da tutela da personalidade de acordo com a doutrina majoritária é atribuída aos romanos. De acordo com o entendimento romano, a personalidade estaria presente no indivíduo se ele possuísse três status, o status libertatis, o status civitatis e o status familiae. Sendo assim, quem não era detentor do status libertatis, não possuía nenhum outro status, a exemplo disso identificam-se os escravos, que apesar de serem humanos não tinham liberdade (SZANIAWSKI, 2005, p. 25-26).

O cristianismo contribuiu para o surgimento da dignidade da pessoa humana, pregando a igualdade entre os homens. De acordo

com o pensamento de São Tomás de Aquino o ser racional, ou seja, a pessoa é revestida de dignidade (KELCH, 2009, p. 29-30). Durante os séculos XV e XVI o homem passou a ser o centro de tudo. Com a chegada do Humanismo o homem passou a não estar mais ligado a vontade divina, mas sim ser responsável por si próprio. Já com os iluministas surgiu a ideia de que era necessário o reconhecimento de particularidades de cada indivíduo, bem como proteger e desenvolvê-las (ZANINI, 2011, p. 37-39).

Os direitos da personalidade são derivações das doutrinas germânicas e francesas, que surgiram na metade do século XIX, esses direitos possuíam como características a garantia de dignidade e integridade ao homem, ou seja, como a tutela da pessoa humana (TEPEDINO, 1999, p. 24).

O direito da personalidade no Brasil somente passou a ser tutelado através das leis extravagantes, a exemplo disso o Código Brasileiro de Telecomunicações, bem como a lei que regulava os direitos autorais. Sendo somente a partir da Constituição Federal de 1988 o marco para desenvolvimento da categoria dos direitos da personalidade (KELCH, 2009, p. 37).

O Novo Código Civil de 2002, lei n. 10.406, foi um importante marco para os direitos da personalidade, haja vista que foi incluído um capítulo reservado aos direitos de proteção do indivíduo. Além do mais, considerou-se um ajuste a legislação brasileira com a Carta Magna de 1988 que como já citado é norteadada pelo princípio da dignidade da pessoa humana (GOMES, 2010).

Os direitos da personalidade são tutelados no Código Civil de 2002 no Capítulo II, do Título I, Livro I, da Parte Geral, entre os art. 11 a 21. A proteção geral da personalidade encontra-se presente no artigo 12, já entre os artigos, 13 a 21 se situam as tipificações. Contudo, a doutrina não é unânime na ideia de o artigo 12 constituir cláusula geral da personalidade humana (SZANIAWSKI, 2005, p. 178-179).

No que tange às características dos direitos da personalidade, o art. 11 do Código Civil de 2002 prevê que “são intransmissíveis, irrenunciáveis e indisponíveis, não podendo ser limitado voluntariamente.” (BRASIL, 2002). Não obstante, o legislador não expôs todas as características dos direitos da personalidade, como “direito inato, absoluto, intransmissível, indisponível, irrenunciável, ilimitado, imprescritível, impenhorável e inexpropriável.” (SZANIAWSKI, 2005, p. 180).

O direito ao esquecimento é associado aos direitos da personalidade, a julgar por proteger à intimidade, à honra e à privacidade de um indivíduo. Contudo, postula em uma posição oposta direitos constitucionalmente tutelados, como direito a expressão, informação e a liberdade de imprensa (PAZ, 2014).

O direito a honra é uma característica da personalidade, e deste modo está diretamente associado ao princípio da dignidade da pessoa humana. Para Bittar (1989, p. 125), a honra é abrigo da dignidade do homem, acompanhando o indivíduo desde seu nascimento e até mesmo posterior a sua morte. O direito à intimidade, por sua vez, está associado à vida privada, ou ao direito de estar só, uma vez que é a esfera que protege o indivíduo de intromissões externas. (BULOS, 2011, p. 552).

Leonardi (2012, p. 122) compreende que a proteção da privacidade não se restringe apenas ao homem, mas também a uma garantia de manutenção da ordem social, visto que é possível perceber a importância para a vida pública, bem como para que se viva em comunidade de forma pacífica.

O direito à imagem encontra-se protegido pela Constituição Federal de três formas. Primeiramente a imagem social, disposta no artigo 5º, inciso V, que é o que a pessoa transmite para a sociedade. Ainda, dispõe no mesmo artigo, porém no inciso X, acerca da imagem-retrato que é a imagem física do indivíduo. E, também a imagem autoral, tutelada pelo mesmo inciso XXVIII, do mesmo artigo, a qual

se entende pela imagem do autor que participa (BULOS, 2011, p. 554-555).

A imagem para o direito da personalidade é a representação gráfica da figura humana, cabendo à pessoa do interessado a autorização para publicação de sua imagem por outra pessoa. Contudo, existem exceções quando necessária a administração da justiça ou para manutenção da ordem pública (BELTRÃO, 2005, p. 123).

O direito ao esquecimento é um meio de garantir que informações do passado de uma determinada pessoa não sejam transmitidas de forma descontrolada, portanto é uma ferramenta de limitação do direito à informação e das liberdades de imprensa e de expressão.

Uma das características mais marcantes do nosso período atual é a revelação de dados pessoais por meio da internet. O direito à privacidade acaba se tornando um problema na sociedade de informação, dado que é impossível prever todas as consequências da propagação de informações pessoais na rede mundial de computadores (LIMA, 2013).

Para que seja possível a compreensão da teoria do direito ao esquecimento é necessário entender que o direito civil passou por um processo de “constitucionalização” bem como o direito constitucional pela “civilização”. Sendo assim, na atualidade a partir da constitucionalização dos direitos fundamentais, passa-se a ter uma visão unitária do ordenamento jurídico (PAZ, 2014). Perliengieri (2007, p. 53) assevera que na atualidade é dificultoso diferenciar, bem como individualizar o interesse particular do interesse público, em razão de que o direito privado não é autônomo muito menos independente e isolado.

O advento da internet tornou a privacidade cada vez mais escassa, deste modo os ordenamentos passaram a buscar soluções eficazes para evitar a afronta de tal direito, a partir disto surgiu o

direito ao esquecimento, como garantia da tutela do direito geral a personalidade (CANARIS, 1994, p. 75).

O direito ao esquecimento, então é a não divulgação de fatos pela mídia que causem tristeza, desconforto e dor ao envolvido, fundamentado também pelo princípio da dignidade da pessoa humana, o qual conforme relatado é considerado o princípio norteador dos direitos fundamentais (CHEHAB, 2015).

Schreiber (2013, p. 171-172) assevera que o direito ao esquecimento é objeto de controle da forma pelo qual um fato passado será lembrado, lembrando ainda que o direito ao esquecimento ele é sempre oposto as liberdades de expressão e informação, deste modo nem sempre um caso concreto a ponderação será favorável ao direito ao esquecimento.

Um dos marcos para o direito ao esquecimento no Brasil surgiu através do Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, o qual proclamou que o direito ao esquecimento encontra-se entre os direitos da personalidade que são protegidos pelo Código Civil (SIERRA, 2013).

O enunciado diz que “a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.” (CJF, 2013). Assim sendo, a norma de proteção da privacidade dos indivíduos abarca também o direito de ser esquecido.

Sierra (2013) entende perfeitamente cabível que na era atual do “hiperinformacionismo” onde as informações perduram pelo tempo em face a evolução dos meios de comunicação. Portanto, nada se apaga sendo possível realizar a consulta em qualquer momento.

Contudo, em que pese ao já esclarecido entende-se que o enunciado não pode ser aplicado em fatos históricos, ou seja, que possuem um significado para sociedade. Desse modo, a imprensa não será impedida de divulgar fatos relevantes para o interesse social (SIERRA, 2013).

Logo, é necessária uma análise pelo julgador do caso concreto se a afronta à honra, à privacidade e à imagem esteja revestida de interesse público, onde a invasão não estaria ferindo intimamente. Contudo, a notícia deve encontrar-se dentro dos limites permitidos pela legislação e nunca abusando do direito de informar. Além do mais, o jornalista tem o papel de informar fatos munidos de veracidade.

Não se encontrando um mecanismo de solução dentro do ordenamento jurídico pátrio trouxe-se do direito alienígena o recurso da proporcionalidade para julgamento do caso concreto. O direito alemão e norte americano adotam o princípio da proporcionalidade que é a determinação de um limite de espaço que um direito possa ser invadido por outro, ou seja, encontrar uma harmonia (SANTA CATARINA, 2015).

O direito ao esquecimento é atrelado à dignidade da pessoa humana, bem como é um limitador da liberdade de imprensa. No entanto, necessita de cautela em sua aplicação, sob pena de configuração de uma censura, o que é inadmissível no ordenamento pátrio brasileiro.

4 CONCLUSÃO

Em decorrência difusão de notícias que se intensificou nos últimos anos, observa-se, em muitas situações, a colisão de direitos fundamentais: de um lado as liberdades fundamentais, a liberdade de expressão, informação e imprensa, e de outro, os direitos da personalidade, que são a intimidade, a privacidade, a honra e a imagem, assim como o direito ao esquecimento.

O direito ao esquecimento é considerado uma proteção do homem, que cotidianamente se esbarra com a disseminação de fatos passados, que muitas vezes estão despidos de qualquer interesse público que justifique a transmissão da notícia.

No tocante às liberdades constata-se que são garantias constitucionais de grande relevância, considerando que na sua evolução passaram por momentos repletos de censura, como foi à época do período militar, até estarem associadas à ideia de democracia na sociedade contemporânea.

Por conseguinte, observa-se que as liberdades não poderão se sobrepor às demais regras e princípios expostos pelo ordenamento pátrio. Logo, as liberdades não são superiores aos direitos da personalidade, necessitando, portanto que ambos se harmonizem, com fim unicamente de proteger a dignidade da pessoa humana que é o princípio condutor de todos os direitos fundamentais.

Em vista disso, auferese que no caso em concreto é necessária uma análise particular, para que seja possível visualizar qual direito deverá prevalecer. Posto isso, confirma-se que na seara dos direitos fundamentais não existe um direito que merece prosperar acima de outro. Em que pese a Constituição Federal não tenha uma norma específica que solucione esses conflitos, o direito alienígena, através da nova interpretação constitucional, inspira o ordenamento pátrio aplicando-se o princípio da proporcionalidade, que é a análise de cada caso concreto, ponderando os valores.

Abstract

With the ease proliferation of ideas and the development of the press by new media, the nuclear issue in this article is the collision of fundamental rights, such as freedom of expression, information and the press regarding personality rights, intimacy, privacy, image and honor. As well as a new right, "the right to oblivion", which came to be protected on the 531th Statement from the VI Civil Law Conference of the Federal Justice Council, which consecrated among the personality rights protected in Article 11 of the Civil Code. This article initially analyzes the dignity of the human person, as well as the evolution of its concept in history until it becomes the principle that guides the interpretation of all fundamental rights. It also has as its core the study of freedoms and personality rights, more specifically the freedom of the press and the right to be forgotten.

Keywords: Dignity of the Human Person. Right to be forgotten. Freedom of the Press. Collision of Fundamental Rights.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Priscila Coelho de Barros. Liberdade de expressão e liberdade de informação: uma análise sobre suas distinções. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 80, set. 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8283>. Acesso em: 05 out. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Tradução Humberto Laport de Mello. 3. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. *Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade: Critérios de Ponderação*. Interpretação Constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. 2004. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art_03-10-01.htm>. Acesso em: 02 abr. 2017.

BRASIL. Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. VI Jornada de Direito Civil. *Enunciado n. 531*. A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento. Coordenador Geral Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília, 12 mar. 2013. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br>>. Acesso em: 02 maio 2017.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 31 maio 2016.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 31 maio 2016.

BELTRÃO, Sílvio Romero Beltrão. *Direitos da Personalidade - De Acordo com o Novo Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2005.

BOBBIO, Norberto. “O Poder Invisível”. In: BOBBIO, Norberto. *As Ideologias e o Poder em Crise*. Tradução José Ferreira. Brasília, DF: UnB, 1990.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

CABRAL, Marcelo Malizia. A colisão entre os direitos de personalidade e o direito de informação. In: FRUET, Gustavo Bonato; MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Org.). *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012.

CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CASTELLS, Manuel. *O poder da identidade*. Tradução Klauss Brandini Gehardt. São Paulo: Paz e Terra, 1999. v. 2. Disponível em: <<https://identidadesculturas.files.wordpress.com/2011/05/castellsm-o-poder-da-identidade-cap-1.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2016.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

CRETELLA NETO, José. *Comentários à Lei de imprensa: Lei nº 5.250, de 09.02.1967, e alterações interpretadas à luz da Constituição Federal de 1988 e da Emenda Constitucional nº 36, de 28.05.2002*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

DONNINI, Oduvaldo; DONNINI, Rogério Ferraz; DINIZ, Maria Helena. *Imprensa livre, dano moral, dano à imagem e sua quantificação: à luz do novo código civil*. São Paulo: Método, 2002.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: teoria geral*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FARIAS, Edilson Pereira de. *Democracia, censura e liberdade de expressão e informação na Constituição Federal de 1988*. 2001. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2195/democracia-censura-e-liberdade-de-expressao-e-informacao-na-constituicao-federal-de-1988>>. Acesso em: 21 set. 2016.

FARIAS, Edilson Pereira de. *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*. 2001. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/79426/182787.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 04 nov. 2016.

FISS, Owen M. *A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública*. Tradução e prefácio Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2001.

GOMES, Daniela Vasconcellos. Algumas considerações sobre os direitos da personalidade. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 80, set 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8264>. Acesso em: 10 abr. 2017.

IURCONVITE, Adriano dos Santos. Os direitos fundamentais: suas dimensões e sua incidência na Constituição. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, X, n. 48, dez. 2007. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=artigos_leitura_pdf&%20artigo_id=4528>. Acesso em: 05 set. 2016.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

KELCH, Rita. *Direitos da personalidade e clonagem humana*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

LANER, Vinícius Ferreira. *A lei de imprensa no Brasil*. 2000. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/146/a-lei-de-imprensa-no-brasil>>. Acesso em: 30 mar. 2017.

LEONARDI, Marcel. *Tutela e privacidade na internet*. São Paulo: Saraiva, 2012.

LEYSER, Maria Fátima Vaquero Ramalho. *Direito à liberdade de imprensa*. [201?]. Disponível em: <<http://www.revistajustitia.com.br/artigos/c44y59.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2016.

LIMA, Erik Noleta Kirk Palma. *Direito ao esquecimento: Discussão europeia e sua repercussão no Brasil*. 2013. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/502929/000991677.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 01.mai. 2017.

LIMONGI, Viviane Cristina de Souza. *Limites ao exercício do direito ao esquecimento*. 2016. Disponível em: <<http://www.rdb.org.br/ojs/index.php/rdb/article/view/391>>. Acesso em: 03 maio 2017.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da. SANTOS. William Douglas Resinente dos. *Direito Constitucional*. 8. ed. rev., ampl. e atual. até a Emenda Constitucional n. 31/2000. Rio de Janeiro: Impetus, 2001.

MOURA, Drayfine Teixeira. A ética dos estoicos antigos e o estereótipo estoico na modernidade. *Cadernos Espinosanos*, n. 26, p. 111-129, 15 jun. 2012. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.11606/issn.2447-9012.espinosa.2012.89459>>. Acesso em: 05 set. 2016.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 2. ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2007.

ROSPA, Aline Martins. O papel do direito fundamental à liberdade de imprensa no estado brasileiro. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 92, set 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10287&revista_caderno=9>. Acesso em: 05 set. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARMENTO, George. *As gerações dos direitos humanos e os desafios da efetividade*. Disponível em: <<http://www.georgesarmento.com.br/wp-content/uploads/2011/02/Gera%C3%A7%C3%B5es-dos-direitos-humanos-e-osdesafios-de-sua-efetividade1.pdf>>. Acesso em: 24 abr. 2017.

SARMENTO, Daniel. *Liberdades Comunicativas e “Direito ao Esquecimento” na ordem constitucional brasileira*. 2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/2/art20150213-09.pdf>>. Acesso em: 24 abr. 2017.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SIERRA, Joana de Souza. *Um estudo de caso: o direito ao esquecimento contra a liberdade de imprensa*. 2013. 89 p. Monografia (Graduação em Direito)-Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2013. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/117152/Monografia%20-%20Joana%20Sierra.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 02 maio 2017.

SILVA, Tiago Vasconcelos. *Elementos da nova interpretação constitucional*. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/20079/elementos-da-nova-interpretacao-constitucional/1>>. Acesso em: 01 maio 2017.

SOUSA, Rabindranatt V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos da personalidade e sua tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. *A tutela da personalidade no ordenamento civil constitucional positivo*. Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direitos da personalidade: aspectos essenciais*. São Paulo: Saraiva, 2011. (Coleção Professor Agostinho Alvim).

CAPÍTULO III

O PRECEDENTE JUDICIAL VINCULANTE E A NOVA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Vinicius Almada Mozetic¹
Paulo Junior Trindade dos Santos²
Gabriela Samrsla Möller³

RESUMO

O efeito vinculante dos precedentes judiciais consiste em verticalizar hierarquicamente as decisões judiciais provenientes das Cortes Superiores do país, a qual se distancia da concepção de súmula e jurisprudência, criando assim uma terceira normativa para as

¹ Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS); Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC); Pós-graduação em Direito Constitucional pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC); Pós-graduação em Direito Ambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS); Pós-graduação em Gestão Ambiental pela Universidade do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ); Pós-graduação pela Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina - ESMESC. Graduação em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina - Chapecó; Professor-visitante do curso de Pós-graduação em Direito pela UNIVALI-Itajaí/SC; Membro ativo da Equipe Federal de Trabalho - Argentina; Professor-visitante (CHARLES UNIVERSITY), Praga/República Tcheca; Professor-visitante e membro do grupo de pesquisa - per lactualització del dret de la persona i familiar (UNIVERSIDAD AUTONOMA DE BARCELONA - UAB); Professor-visitante (CARDINAL STEFAN WYSZYNSKI UNIVERSITY), Varsóvia - Polônia. Membro do grupo de pesquisa do Mestrado em Direito da UNOESC, Chapecó - Brasil (Dimensões Materiais e Eficaciais dos Direitos Fundamentais). Advogado.

² Mestre em Direito Público com ênfase em Direito Processual Civil pela UNISINOS, com Bolsa CAPES - CNPq remunerada. Representante de Discentes do ora Curso (2011- até o momento). Pós-Graduando na Especialização em Direito Processual Civil e Trabalhista pela Associação dos Magistrados Trabalhistas da 12 Região (AMATRA12). Graduação em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina.

³ Graduanda em Direito pela UNISINOS. Bolsista PROBIC de Iniciação Científica junto ao grupo "Processo Contemporâneo: do Estado Liberal ao Estado Democrático do Direito"; com ênfase em Direito Processual Civil.

decisões judiciais. O precedente ganha importância no processo na medida em que não realiza reduções metafísicas das decisões judiciais, pois o precedente judicial compõe o objeto do processo, redimensionalizando-o. O precedente judicial traduz o tempo do social emanado pelas cortes do país, que são responsáveis de decidir a partir dos costumes, da economia e da política referente ao período no qual o precedente foi proferido, e por isso é norma mais fidedigna dos reflexos sociais. A fundamentação processual passa a ser motivada a partir de um debate processual marcado pela inserção dos precedentes das cortes, necessitando do juiz uma hermenêutica que considere o fato em contraposição com o precedente, de modo que sua fundamentação não caia em uma valoração vazia ou objetificante. A hermenêutica jurídica servirá para que os fatos e as normas sejam contrapostas ao estar-aí, traduzindo assim respeito à Constituição e a coesa aplicação das normas infraconstitucionais, servindo como oxigenação do direito.

Palavras-chave: Precedentes Judiciais. NCP. Argumentação Jurídica.

1 INTRODUÇÃO

A dotação de efeito vinculante aos precedentes judiciais trata-se de uma resposta à desfragmentação decisória do Poder Judiciário, problema que há muito centra o debate das discussões, e correlaciona-se diretamente com a eficiência e eficácia da jurisdição, pontos trazidos pela sociedade contemporânea, dotada de complexidade e pluralismo e que não mais satisfaz-se com a insegurança da prestação jurisdicional. Nem o advento da súmula vinculante e nem o suporte na jurisprudência dos tribunais foram soluções para o percalço de uma jurisdição calcada em um sistema dissonante.

A partir do novo tratamento concedido às decisões judiciais proferidas pelos tribunais, pretende formar-se um ambiente baseado na integralidade, coerência e previsibilidade. Para tanto, necessário

conhecer no que consiste a utilização dos precedentes judiciais como fonte de norma, e entender como esse instituto, proveniente do *common law*, pode ser aderido com sucesso ao sistema brasileiro.

Inicialmente, importa considerar que o problema de aplicação dos precedentes judiciais não tem somente fundo jurídico, mas contem fundo filosófico. Os precedentes judiciais, ao serem dotados de força normativa, passam a fazer parte da criação do direito pelo magistrado. A elevação normativa dos precedentes jurídicos pelo sistema processual brasileiro denota um novo sentido de se visualizar e considerar as decisões judiciais, por um modo visualizado em países com tradição no direito costumeiro. A tomada de técnicas alheias ao sistema *civil law* pode ser considerada como uma solução para os desafios do direito posto na contemporaneidade, no seio de uma sociedade complexa e plural, assim como uma maneira de desenvolver o direito brasileiro encarando os principais problemas da jurisdição.

Para a melhor compreensão desse fenômeno importa, inicialmente, compreender no que consiste a elevação dos precedentes judiciais no sistema normativo, destacando assim as diferenças para os outros instrumentos de uniformização existentes no direito brasileiro e explicando em que ambiente os precedentes judiciais foram inicialmente considerados como normas. Neste ponto, exsurge ressaltar que a comparação tem o objetivo apenas de delinear o surgimento dos precedentes e o desenvolvimento que se busca em solo brasileiro, longe de realizar a comparação qualitativa entre o sistema *common law* e *civil law*, apenas destacando componentes como a evolução⁴ do sistema e os pontos positivos de sua aplicação a partir

⁴ A comparação do direito posto a uma concepção evolucionista do sistema sempre foi tese muito debatida, pois “desenvolvimento” é um conceito de conotação positiva e negativa dentro das ciências sociais. Pensar no sentido de que alguns campos do direito são mais desenvolvidos do que outros e que a alteração - principalmente positiva - de algumas searas incide em uma espécie de evolução. Entretanto, como qualquer ideia, a teoria histórico-

de outras experiências. Uma cultura jurídica é sempre inscrita em algo inteligível, não podendo ser descrito o que se tem como melhor cultura jurídica, pois se baseia em elementos humanos, doutrinários, sociais, econômicos dentro de um tempo-espaço, tratando-se de uma análise histórica.

Da leitura da Lei, observa-se que a relevância dos precedentes judiciais se dá a partir do estabelecimento de vinculação dos tribunais com as decisões proferidas pelo STJ e pelo STF em matéria infraconstitucional e constitucional, e do TJ e TRF quanto à sua região/Estado. Com o fito de não tornar a aplicação mecânica, os precedentes cumprem bem o papel de dinamizar o sistema, o que se procurará mostrar ao destacar o modo de aplicação dos precedentes no sistema brasileiro.

É pacífico o entendimento de que os precedentes buscam aderir ao direito brasileiro uma maior segurança jurídica; porém, o precedente não pode ser limitado a esse objetivo, pois a segurança jurídica em si mesmo não é garantia da existência de um direito basilado na justiça, pois a *objetificação* do direito é o que ocorre. Em que pese os precedentes poderem ser vistos por esse ângulo, sua função, que supera a de oferecer segurança jurídica, é a manutenção da coerência e da estabilidade, o que vai contra muitos discursos postos quanto ao precedente, tal qual “[...] precedentes estabelecem uma padronização decisória.”⁵

evolucionista peca em seus excessos intelectuais, mas em suas bases há férteis ideias que são base para algumas compreensões (NONET, 2010, p. 60).

⁵ O modelo constitucional de processo civil brasileiro tem, entre seus princípios integrantes, o da *segurança jurídica*. Pois não há segurança jurídica sem previsibilidade das decisões judiciais, o que exige uma estabilidade decisória que só se consegue com a construção de um sistema de precedentes judiciais vinculantes que vai muito além da eficácia meramente persuasiva que os precedentes tradicionalmente tiveram no Brasil (CÂMARA, 2015, p. 2).

Desse modo, a pretensão é também destacar a diferença de um sistema brasileiro de precedentes para os modos tradicionais de uniformização do direito no Brasil. Relevante é o cuidado quanto a essas diferenças, pois os precedentes não se baseiam na premissa de que casos iguais devem receber tratamentos iguais, ou, o que também ocorre por parte de uma má compreensão do conceito, a utilização do conceito de jurisprudência⁶ ao invés da utilização do conceito correto de precedentes.

Sobretudo, pretende-se demonstrar que os precedentes não podem ser tidos como manifestações *ementuárias* de apenas cinco linhas, devem determinar-se pela função dos estágios práticos do cotidiano acostados as questões de fato, delineadoras de uma cisão das questões de direito, para com sua separação determinar-se a clareza histórico-factual da hermenêutica dos *desfragmentalismos*. Seria possível limitar o tempo de atuação de um precedente no sistema jurídico? A análise ontológica do precedente demonstra que ele contém historicidade, não se tratando de um vilipêndio moral do julgador presente.⁷

Assim, a análise ontológica dos precedentes judiciais tem como objetivo denotar o precedente como o desvelar os sentidos dos conceitos jurídicos e demonstrar a possibilidade de utilização

⁶ Por outro lado, a força que o novo Código confere à *jurisprudência*, manifesta-se em dois planos: (i) o *horizontal*, de que decorre a sujeição do tribunal à sua própria jurisprudência, de modo que os órgãos fracionários fiquem comprometidos com a observância dos precedentes estabelecidos pelo plenário ou órgão especial (art. 927, V) (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 812).

⁷ “*Es claro que el proceso no es una simple abstracción, ni una entidad intemporal o ahistórica, sin dimensiones concretas. El proceso es, además de un instrumento jurídico, un fenómeno social sobre el que influyen, necesariamente, las condiciones sociales, económicas, políticas y culturales del contexto concreto en el que se produce. Y en un mundo en el que las relaciones sociales y económicas se hacen cada vez más complejas [...] Por esta razón, hemos considerado conveniente insistir sobre sus aspectos político y social.*” (FAVELA, 1981, p. 140).

prática dos precedentes a partir das bases estabelecidas pela nova lei processual, a partir da análise do precedente judicial para que estes possam configurar como normativa a ser utilizada no contraditório, ampliando a discussão, bem como nas decisões judiciais, como maneira de dar unidade, coerência e estabilidade ao direito.

A mudança ou adequação de nosso sistema para um sistema baseado na vinculação dos precedentes judiciais exige tempo, dedicação e respeito por parte dos juristas e o conhecimento acerca do conceito de precedentes judiciais, bem como uma proposta interpretativa é um início para que se possa falar seriamente dos precedentes judiciais no direito processual brasileiro.

2 SOBRE O CONCEITO DE PRECEDENTES JUDICIAIS

Para a boa compreensão, é importante ter a ideia de que toda decisão proferida por autoridade judicial constitui precedente judicial, mesmo que seja dissonante de todas as demais decisões em um ordenamento jurídico, e assuma posicionamento isolado em relação à matéria de fundo; inclusive, a revisão decisão judicial mediante recurso não retira da decisão proferida a característica de ser um precedente judicial. O precedente judicial tem contido em seu núcleo o fundamento de sua decisão e este fundamento tem potência de servir para a resolução de casos posteriores, os quais poderão empregar o precedente emanado como forma de uniformização do sistema decisional. Por estas razões, de início, delinea-se que o precedente está contido nos textos dos acórdãos, e não se encontra nas ementas, dispositivo ou nos enunciados, e que não consiste nos fundamentos jurídicos contidos, ou seja, não é a regra da Lei. O precedente vem antes dessas *objetificações*, pois traduz a razão fundamental da decisão. Enfim, sendo utilizado ou não para uma fundamentação posterior, importa ressaltar que toda decisão judicial tem caráter de ser um precedente judicial.

A partir da previsão da busca pela integralidade do direito, pela coerência e pela estabilidade das decisões, foram firmados os objetivos balizadores do CPC/15, e o precedente judicial ganhou especial espaço por apresentar potência de efetivação desses objetivos. Até então no direito brasileiro os precedentes só eram utilizados como argumento de persuasão. Agora, com o papel vinculante trazido pelo CPC/15, assume uma posição normativa frente ao ordenamento jurídico.

O precedente judicial, assim, é um

pronunciamento judicial, proferido em um processo anterior, que é empregado como base da formação de outra decisão judicial, prolatada em processo posterior. Dito de outro modo, sempre que um órgão jurisdicional, ao proferir uma decisão, parte de outra decisão, proferida em outro processo, empregando-a como base, a decisão anteriormente prolatada terá sido um *precedente*. (CÂMARA, 2015, p. 425-426).

Conforme assevera Taruffo (2017), os precedentes são peculiares ao *common law*, mas a esse sistema não se limitam, sendo também presentes em vários sistemas *civil law*. O autor ressalta que há muito a distinção clássica entre a contraposição de um sistema baseado em precedentes e outro baseado no império da Lei é crível, uma vez que sistemas *common law* efetuam vasta produção legislativa, e sistemas *civil law* superam a ideia da estrita legalidade. No que toca ao papel dos precedentes judiciais nos sistemas, o que determina a diferença entre a jurisdição do *common law* daquela do *civil law* é o respeito perante o precedente judicial, uma vez que no primeiro, a decisão é elaborada para o jurisdicionado, o juiz e todos aqueles que usufruirão da justiça no futuro; e no segundo apenas ao jurisdicionado, tratando-se de uma sentença que busca resolver aquele caso. Tão grande é a diferença que para os ingleses, a ideia

de que os juristas possam não respeitar os precedentes judiciais é considerada estranha, uma vez que está intrinsecamente posto no sistema o costume do respeito ao *stare decisis*.

A autoridade e a razão - sendo que o primeiro fundamenta o direito europeu continental e o segundo o direito americano - estão conectadas no sentido de que tanto uma legislação ruim quanto uma jurisprudência sem sentido retiram do judiciário o balanceio necessário. Assim, em ambos os casos os precedentes jurídicos contêm importante relevância.

Tal como se deu com o Brasil através do NCPC, o sistema inglês, de início, não possuía regra impondo efeito vinculante⁸ (*binding precedent*) ao precedente judicial, limitando-se a ser um sistema *case law*, sendo o direito o fruto da experiência concreta vivida nos tribunais. A doutrina do *stare decisis*, por seu turno, é

⁸ A partir do século XIX é reconhecida a eficácia vinculante do *precedente judicial*, segundo decisão ocorrida na *House of Lords*, tendo sido reconhecida, por estranho que possa parecer, pela teoria constitucional da separação dos poderes e da supremacia do Parlamento. A moderna teoria do *stare decisis* contém força obrigatória externa para todas as cortes inferiores. Em 1865 foi criado um órgão semi-oficial na Inglaterra responsável por editar os repertórios, o *Reports*, mantidos até hoje. Os *cases* com prevalência eram aqueles nos quais apareciam um novo princípio ou regra, incidiram na modificação de um princípio ou regra, solucionarem questão sobre a qual a lei é duvidosa, contenham interesse instrutivo. O *binding precedente*, assim, torna-se mais rigoroso. Na América do Norte, a partir do século XVIII, o *case law* diferencia-se daquele que era tradição jurídica na Grã-Bretanha. O *binding precedente* era aplicado com menor rigidez, de modo que tanto a Suprema Corte quanto os Tribunais Superiores dos Estados, revêem seus *precedentes* quando manifestamente equivocados ou ultrapassados, com a prática do *overruling*. Até hoje, prevalece a ideia no direito americano que o direito não pode ser criado arbitrariamente por uma vontade soberana, mas sim descoberto pela experiência jurídica e judicial, baseada em regras e princípios que, no passado, alcançaram uma solução justa ou falharam nesse intento, devendo assim ser substituídas. Conforme visto, o efeito vinculante das decisões no *stare decisis* depende da posição hierárquica do tribunal que as profere. Normalmente o julgador vincula a própria corte - eficácia interna - e os órgãos inferiores (CRUZ E TUCCI, 2004, p. 149-170).

criada após a construção da ideia de respeito às decisões proferidas nos tribunais, não tendo conexão com o momento da instituição do direito costumeiro inglês. Por esta razão, a forma como os precedentes estruturaram-se, tanto no sistema inglês como no americano, fornece um corpo orgânico de julgados.

Os precedentes judiciais provenientes do *stare decisis* são marcados pela fundamentação profunda de suas decisões, a qual é dirigida a todos os jurisdicionados, e não somente ao jurisdicionado sujeito da sentença; pois a porção do precedente judicial utilizada em julgamento posterior é extraída a partir da análise da fundamentação, apontando-se assim a *ratio decidendi* (razão da decisão). Por esta característica, podemos comparar ao sistema brasileiro de fundamentação das sentenças, onde até então a atribuição corriqueira do juiz consistia em realizar a conexão entre fato e regra,⁹ uma vez que não lhe era atribuída função de conectar a decisão com julgado pré-existente e disso obter uma vinculação - ou uma desvinculação, um alargamento, conforme ver-se-á abaixo.

Denominada de *holding* na linguagem dos operadores americanos, cujo substantivo possui tradução de “conservação” ou “fixação”, a *ratio decidendi* busca denotar que a força obrigatória do precedente deve possuir um alto grau de generalização ao próprio julgado (CRUZ E TUCCI, 2004, p. 177). Ou seja, o julgado não pode

⁹ Sucede que frequentemente não se observa, mesmo nas decisões judiciais que se limitam a aplicar regras legais, qualquer preocupação com a explicação das razões que, por exemplo, poderiam justificar a opção por uma determinada diretiva interpretativa. Na verdade, amiúde faltam razões justificadoras das opções valorativas realizadas no raciocínio judicial. É como se, a despeito de estar decidindo a parte de valorações, o juiz pudesse encobri-las mediante uma fundamentação que alude apenas à letra da lei e a passagem doutrinárias e jurisprudenciais que nada indicam a respeito das opções valorativas implícitas na decisão. Falta argumentação dotada de força capaz de convencer e tornar a decisão radicalmente aceitável. Esta aceitabilidade, é claro, relaciona-se com a opinião pública, especialmente com os litigantes envolvidos no caso (MARINONI, 2014, p. 69).

se limitar apenas àquela situação, pois deverá ter potência de regulamentar decisões em casos futuros.

Para a correta inferência da *ratio decidendi*, propõe-se uma operação mental, mediante a qual, invertendo-se o teor do núcleo decisório, se indaga se a conclusão permaneceria a mesma, se o juiz tivesse acolhido a regra invertida. Se a decisão ficar mantida, então a tese originária não pode ser considerada *ratio decidendi*; caso contrário a resposta será positiva. Como regra necessária à decisão, não se confunde com o *obiter dictum*, vale dizer, passagem da motivação do julgamento que contem argumentação marginal ou simples opinião prescindível para o deslinde da controvérsia (CRUZ E TUCCI, 2004, p. 177). Assim, *ratio decidendi* consiste no(s) motivo(s) determinantes da decisão, e o *obiter dictum* consiste nos fundamentos secundários, que não principais para o julgamento. Apenas a *ratio decidendi* vincula para o caso futuro, o *obiter dictum*, por sua vez, possui efeitos meramente persuasivos.

Ao interpretar, o juiz pode restringir ou ampliar os efeitos do *ratio* (*restrictive/ampliative distinguishing*). Para permitir a evolução do direito, as cortes superiores podem substituir os precedentes que entendem ultrapassados ou superados mediante o procedimento de *overruling*, o qual pode ser expresso ou tácito (*express e implied overruling*). Os precedentes no sistema *common law* foram construídos como forma de dar certeza e estabilidade para os jurisdicionados. Quando opta por não seguir o precedente judicial, o magistrado justifica sua opção, devidamente fundamentada, por meio de *distinguishing* ou *overruling* (WAMBIER, 2012, p. 40).

A *ratio decidendi* possui três elementos integrantes, quais sejam: a indicação dos fatos relevantes (*statement of material facts*), o raciocínio lógico-jurídico da decisão (*legal reasoning*) e o juízo decisório (*judgment*) (CRUZ E TUCCI, 2004, p. 176). Ela é apontada posteriormente, cabendo ao juiz posterior examiná-la como precedente, em razão de a decisão não nascer como precedente.

O precedente judicial no sistema do *common* é extremamente persuasivo, pois o fundamento-base da doutrina reside no fato que o juiz deve seguir, em casos análogos sucessivos, os julgados já proferidos por decisão anterior. Esses precedentes são vinculantes, por conseguinte. De outro lado, no caso do direito decodificado, preside a ideia de que o precedente exerce eficácia meramente persuasiva. Assim, as decisões judiciais não são consideradas fontes de produção do direito, mas apenas uma fonte correlacionada ao conteúdo normativo de uma Lei, não vinculando o juiz a perseguir a decisão anterior (CRUZ E TUCCI, 2004, p. 12-13).

Na técnica dos precedentes na *common law* os precedentes são separados naqueles que possuem autoridade vinculante (*binding authority*) e aqueles com autoridade persuasiva (*persuasive authority*). No Brasil, a autoridade vinculante (*binding*) ao precedente judicial, reinaugura o sentido que até então era dotado o precedente judicial brasileiro, proporcionando uma nova forma de visualizar as decisões que geram a vinculação.

O precedente constitui o ponto de partida para a discussão da lide, permitindo a exposição das razões jurídicas, papel que na *civil law* é desempenhada pela própria legislação. O precedente normalmente é argumentativo, a partir do qual autor e réu expõem seus argumentos; é heurístico (CRUZ E TUCCI, 2004, p. 186), pois advém da comunidade jurídica que o formou. O precedente nunca tem em sua estrutura o que efetivamente deve ser considerado vinculante e quando é aplicado para decidir uma questão jurídica, essa aplicação nunca é automática, silogista, pois o precedente serve como problematização e fundamentação para casos análogos.

Importa definir os contornos de nosso ambiente jurisdicional, dotando-lhe de peculiaridade frente a um sistema estrangeiro, a fim de que a comparação entre o sistema brasileiro e o sistema *common law* não seja tratado como uma sobreposição de um “melhor sistema.” O que impende destacar são formatos diferentes de justiça.

A construção de um precedente americano, será, obviamente, muito diferente da construção de um precedente brasileiro. O Estado americano, por exemplo, é construído sobre um sistema no qual a prática constitucional não se limita ao judiciário, sendo função de todos os poderes a guarda do cumprimento da Constituição. A juridicização, dessa forma, não é tão intensa como a que ocorre aqui.

No Direito brasileiro, a força do precedente judicial depende da eficácia reconhecida ao precedente no ordenamento jurídico, que pode variar conforme o grau hierárquico e o tipo de decisão.¹⁰ Os precedentes com eficácia vinculante/obrigatória, vêm previstos no art. 927¹¹ do CPC, e devem ser obrigatoriamente perseguidos pelos Tribunais e pelos juízes. O precedente com eficácia persuasiva, por sua vez, contém uma baixa eficácia de vinculação, sendo muito utilizada como objeto de persuasão para fundamentar uma decisão no sentido que se busca.

Se levarmos em consideração a forma de atuação de um precedente, vemos que sua máxima reside no fato de, justamente, não funcionar. Esse modelo de existir permite que o precedente sofra intervenções históricas, capaz de ampliá-los ou restringi-los - ou

¹⁰ Nesse ponto, utiliza-se a classificação realizada por Didier, Braga e Oliveira (2015, p. 454): “Vi sualizamos ao menos seis tipos de efeitos jurídicos que um precedente pode ter no Brasil: (i) vinculante/obrigatório (art. 927, CPC); (ii) persuasivo; (iii) obstativo da revisão de decisões; (iv) autorizante; (v) rescindente/deseficacizante; e (vi) de revisão da sentença.”

¹¹ Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

mesmo superá-los. O precedente, quando formado, possui as mesmas características da Lei: necessita de uma reinterpretação para que não pare no tempo.

O que importa levar como essência do conceito proveniente do direito costumeiro, e que foge da nossa tradição de “tratar a norma como estátua”, é que a *ratio decidendi* é a regra do direito utilizada como fundamento da lide, cujo objetivo é obter é o conjunto de afirmações e argumentos contidos na motivação da sentença, mas que não constituem fundamentos jurídicos da própria decisão. Assim, a *ratio decidendi* é um entendimento que se constrói hermeneuticamente a partir da aplicação reiterada pelos tribunais inferiores, de modo que é a história de aplicação da decisão pela corte superior que determinará o alcance da *ratio decidendi* do precedente. O precedente não cabe na sumula, é um enigma hermenêutico. A regra do precedente é fruto de intenso debate e atividade interpretativa e, após ser localizado, passa-se a verificar se na circunstancia do caso concreto que ele solucionará, é possível utiliza-lo sem graves distorções.

Por esta razão, podemos dizer que a função mais importante do precedente judicial no sistema brasileiro é na implementação da Constituição, uma vez que ela não se auto executa, (GERHARDT, 2008, p. 172-173), podendo considerar também como fundamental a importância da uniformização dos julgados quanto à matéria federal e infraconstitucional.

Interessante destacar que a aplicação dos precedentes judiciais também não deixa de ser fonte de crítica por parte da doutrina americana:

El sistema de common lawl es complicado por naturaliza; para saber lo que dice el Derecho, deberíamos (en teoria) buscar y rebuscar los casos publicados, volumen tras volumen. El derecho hecho por los jueces es, en sus cincuenta estados,

particularmente desordenado, contradictorio e incongruente. Resulta mucho más claro y conciso redactar un código de normas jurídicas. Quizás también resulte más correcto puesto que, desde un principio, se sabe con claridade lo que dice el Derecho. (FRIEDMAN, 1988, p. 108).

Não se adere ao pensamento do mencionado jurista, o que vale destacar é que em um sistema ou outro reside também suas falhas. A questão toca ao modo como lidar com ambas as formas de interpretar o direito, o que determinará o sucesso de uma ou de outra.

Os precedentes judiciais conferem legitimidade aos juízos inferiores necessários para a Constituição ser aplicada. A mera semelhança entre fatos é pouco para que a aplicação de um precedente seja sustentado. O texto é necessário para a compreensão, *mas o texto não é a norma*.¹² A aplicação deve ser buscada e essa aplicação deve ser uma aplicação do princípio, somente eles que inspiram a utilização do precedente judicial. Os precedentes tornaram-se mais importantes depois da constitucionalização pois consiste em um mecanismo eficiente e para a coerência da aplicação dos princípios.

Mesmo parecendo simples em um primeiro momento, o caminho trilhado entre a fundamentação e a razão da decisão é muito próximo, tornando difícil realizar a necessária separação. Somente com o tempo é que o precedente tem o seu sentido esclarecido, pois a sua notoriedade advém da ratificação por julgamentos posteriores.

¹² [...] a existência de precedentes antagônicos *não cria um espaço de discricionariedade, dentro do qual o intérprete possa fazer escolhas arbitrárias*. Não é uma *moldura* de indeterminação cujo interior deve ser preenchido pelo intérprete, e dentro da qual qualquer decisão seja possível, como queria Kelsen. Tampouco é uma *textura aberta* a ser trabalhada pelos atos de vontade e juízos de valor, como defendia Hart. O que o caso mostra, ao contrário do que preconiza o positivismo, é que existe uma resposta correta para ele (RAMIRES, 2010, p. 115).

3 II SISTEMAS DE UNIFORMIZAÇÃO DO DIREITO BRASILEIRO: A BUSCA PELA SEGURANÇA JURÍDICA

A busca do ideal de certeza do direito é tradição do direito romano, mais precisamente imposta por Justiniano, que buscou dar unidade ao direito. A partir do século XVIII, as correntes calcadas em um ideal de certeza do direito através da *lex* (SILVA, 2004, p. 49). A utilização de precedentes judiciais marca também a história de formação da *civil law*, como pretende se mostrar.

Os autores divergem quanto a necessidade ou não de uniformização e unidade do Direito. Historicamente, o direito foi cindido por aqueles que acreditam que os fatos devem se separar do direito e outros que não.

Técnicas de uniformização com pressuposto na identidade integral das situações são marcadas por fatos e questão jurídica iguais, podendo diferir apenas no quadro fático, sendo que os fatos mais relevantes é que contornam a aplicação da decisão uniforme. Essa necessária configuração dos fatos, como se houvesse um espelho, distancia outros casos que poderiam contar com o mesmo precedente, mas em razão dos fatos se diferenciarem um pouco não são aplicados.

A busca pela segurança jurídica muito tem de perigoso, pois na grande parte das tentativas tem como consequência a objetificação do direito. Sobre essa situação, Ovidio Baptista discorre muito bem

O que vem ocorrendo atualmente, tanto com a criação jurisprudencial do direito quanto com a correlata incerteza que ela possa gerar, é que essas ideologias, que constituíram a modernidade, esgotaram-se. Encontramos num ponto de mudanças paradigmáticas, tentando salvar do incêndio determinados valores que sempre acompanharam a civilização ocidental, procurando compatibiliza-los com as novas circunstâncias. A criação jurisprudencial do direito, é fruto inesperado, embora previsível, da busca da máxima certeza, que

se pretendeu alcançar através da sujeição dos juízes à vontade (única, por isso, imutável) da lei. (SILVA, 2004, p. 248).

As fontes de direitos várias, tais quais direito legislado e o precedente judicial, são duas formas importantes para a uniformização do judiciário; entretanto, a aplicação e consideração das normas tal qual feita hoje incide no cenário onde tribunais não respeitam as suas próprias decisões e nem os juízes de seus respectivos Estados e Regiões. O precedente, ao ser adotado dentro do nosso sistema, pode se revelar importante fonte de uniformização por parte desses tribunais que até então viviam sob uma independência. Da mesma forma, pode-se pensar que a existência de um sistema jurídico limitado aos precedentes também pode ser deficitário, pelos mesmos motivos da situação contrária, mas nesse caso criaria uma situação de independência dos tribunais. Isso resta claro pela vasta produção legislatada americana e também como, por exemplo, a adoção de um código de processo civil pelos ingleses em 1999.

Pelo novo tratamento concedido pelo CPC, cria-se uma nova forma de uniformizar os precedentes. No último caso, Wambier (2012, p. 58) dá como exemplo valor de indenização em valor superior para a perda de um dedo comparado ao valor da perda de uma perna. O núcleo da decisão é o mesmo, mudando apenas o fato, e eles apresentam semelhanças. O parâmetro da decisão da perna deverá ser utilizado para quantificar a decisão da perda do dedo, levando em consideração a importância do órgão para a vida da pessoa e o valor arbitrado a título de reparação. Logicamente não se pode admitir que um dedo valha mais que uma perna inteira, entretanto, esse tipo de disparidade é observada nos tribunais brasileiros, os quais não conversam entre si; muitas vezes, inclusive, ocorre no próprio tribunal essa interpretação dispare. Nesse tipo de caso, que são mais complexos por não poderem ser tratados como idênticos, é adotar-

se métodos mais refinados para a interpretação da decisão, o que o precedente é capaz de realizar com sucesso.

A uniformização pelos precedentes, assim

[...] é bem-vinda, já que proporciona previsibilidade, bem como o pleno respeito ao princípio constitucional da igualdade. Veja-se que a uniformidade não significa uniformidade de um certo e determinado entendimento, para sempre; e que estabilidade não significa imutabilidade. A uniformidade deve acontecer depois de um período de saudável desuniformidade, e gerar estabilidade. Muitos usam a expressão certeza do direito. (WAMBIER, 2012, p. 13).

De fato, quanto mais tivermos um sistema baseado na previsão da identidade essencial perante casos não idênticos, maior será a segurança conferida àqueles que litigam e menor será a perpetuação de injustiças. Nesse sentido “excesso de dispersão jurisprudencial desacredita o Judiciário e decepciona o jurisdicionado. É um mal para a sociedade.” (WAMBIER, 2012, p. 40). Os precedentes judiciais referem-se a situações análogas, enquanto que a jurisprudência é autolimitativa e a súmula é extremamente restrita. O precedente é assim uma nova paisagem em termos de argumentação jurídica.¹³

O uso de enunciados e súmula no Brasil é aplicado e considerado tal como fossem verdadeiramente lei editada pelo poder

¹³ O *precedente judicial*, consagrado em *sumula*, adquire, assim, a dignidade que flui do elevado órgão de que emana, embora não autoridade intrínseca de fonte do direito, porque apenas revela o sentido da lei. A súmula não cria, não inova, não elabora lei, cinge-se a aplicá-la, o que significa ser a voz do legislador. [...] Insta observar, por outro lado, que o ideal de uniformizar a interpretação e a aplicação do direito brasileiro irrompe realmente determinado, pelo fato de que, em época recente, o legislador brasileiro, ao lado daquele já existente, introduziu nova espécie de mecanismo visando a unificar a jurisprudência no âmbito de um mesmo tribunal (CRUZ E TUCCI, 2004, p. 262).

legislativo. Isso porque a aplicação dos enunciados e da súmula é realizada pelo desligamento total com os fatos que ensejaram a existência daqueles, limitando-se à auto aplicação.¹⁴

Importa destacar a diferença entre Jurisprudência e Precedente. Jurisprudência é um conjunto de decisões não dispare e consonantes; podendo, inclusive, haver jurisprudência contrário a outra, de modo que se fala em jurisprudência dominante. Para além de quantidade, a jurisprudência é um conjunto harmônico unido no transcurso do tempo, proveniente de uma pluralidade de decisões relativas a várias situações jurídicas, de modo que faz alusão a vários julgados, mesmo que eles não venham expressados. O precedente, de outro lado, não traz a ideia de coletividade, de reunião de decisões harmônicas sobre determinada questão jurídica. o precedente fornece regra universalizável, podendo ser aplicada em função de identidade ou por analogia, de modo que não ocorre em reipsa, pois é determinado pelo juiz posterior se é ou não aplicável ao caso concreto - fundamentando assim a situação anterior, de que apenas é necessário um precedente para fundamentar vários casos; por outro lado, no caso da jurisprudência, por ser norma geral, é aplicada sem a análise dos fatos, sendo utilizada “descontroladamente” nas sentenças. A jurisprudência é proveniente de enunciados gerais de conteúdos perceptíveis, cujo texto não inclui fatos objeto da decisão, de modo que a aplicação posterior não é dada por analogia, mas por subsunção em uma regra geral (TARUFFO, 2017). Esse é um

¹⁴ Devemos perceber (o quanto antes) que qualquer enunciado jurisprudencial somente pode ser interpretado e aplicado levando-se em consideração os julgados que o formaram. Ele não surge do nada. Não há grau zero de interpretação. Nesses termos, sua aplicação deve se dar de modo discursivo, e não mecânico, levando-se a sério seus fundamentos (julgados que o formaram) e as potenciais identidades com o atual caso concreto. Nenhum país que leve minimamente a sério o Direito jurisprudencial pode permitir a criação e aplicação de súmulas e ementas mecanicamente (THEODORO JÚNIOR et al., 2015, p. 245).

traço distintivo e característico do precedente, pois consiste em uma decisão judicial apenas, caracterizada por ter potencial para servir de regra para decisões judiciais em casos futuros envolvendo fatos ou questões jurídicas idênticas ou similares.

Discorda-se de Didier, Braga e Oliveira (2015, p. 487), quando estes se manifestam no sentido de que um precedente quando reiteradamente aplicado se transforma em jurisprudência que se predominante no tribunal poderá dar ensejo à edição de um enunciado de súmula. Os autores, assim, traçam uma linha cronológica do precedente judicial.¹⁵ Data vênia, as opiniões construídas a partir de uma similaridade fundamental entre os três tipos de produção judicial acabam por denegrir o verdadeiro sentido que deve ser dotado o precedente judicial. O precedente judicial, diferente do referido, não tem a sua *ratio* desvelada, a *ratio* consiste em uma construção. Por não ser objetificada, a razão do fundamento inclusive pode ser afastada se demonstrada a distinção, mesmo no caso que haja um precedente vinculante potencialmente aplicável ao caso análogo.

Cruz e Tucci (2004) consubstancia opinião fundada na necessidade de estabilidade e observância dos precedentes para colaborar para o aumento da certeza jurídica e para proteger com maior credibilidade as decisões judiciais, elaborando assim um esboço de uma *teoria geral do precedente judicial*. Em sua obra o autor procura demonstrar que os *precedentes judiciais* consistem em importante fonte do direito inclusive nos sistemas *civil law*.

¹⁵ Também não se concorda quando os autores posicionam-se da seguinte maneira: A vagueza na proposição normativa jurisprudencial é um contrassenso: nascida a partir da necessidade de dar concretude aos termos vagos, abertos, gerais e abstratos do direito legis lado, o enunciado da *ratio decidendi*, tal como se vem dizendo, deve ser formulado com termos de acepção precisa, tanto quanto possível, para que não crie dúvidas quanto à sua aplicação em casos futuros) [...] Por exemplo: não há razão para que, na redação da *ratio decidendi*, se ponham termos de sentido vago (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 490).

É pacífico que o trabalho dos tribunais superiores somente poderá ocorrer de forma mais efetiva na medida que o volume dos recursos diminuam e as sentenças proferidas forem capazes de abrangem, a partir do entendimento constitucional ou federal, um número maior de casos. Os precedentes são importantes fonte de expressão do entendimento dos tribunais, na medida que permite que as decisões não se limitem aos fatos expostos na decisão precedente, mas que possa ser aplicado também a casos análogos, e não exatamente iguais, como ocorre com a jurisprudência.

O verdadeiro desafio apresentado é a efetivação da unificação da resposta jurisdicional, pois levando-se em consideração que há sempre lacunas que carecem interpretação, é necessário existir um sistema que seja capaz de as colmatar sem que para tal o juiz utilize a discricionariedade.

Os precedentes são uma opção que merece atenção dos operadores do direito, pois a utilização da decisão judicial como norma apresenta um texto que não é fechado em si mesmo ou no fato que substanciou a decisão; o precedente é mais aberto se comparada a outros mecanismos de uniformização e traduz o tempo, a história e a sociedade da época em que a decisão é proferida. Por isto dizer que o sistema de precedentes tem no seu cerne a história jurídica da sociedade, uma vez que a utilização dos precedentes incide na possibilidade de posteriores alterações deste consubstanciado em alterações políticas, econômicas e sociais; de modo que um precedente não resta parado no tempo, tal como ocorre com a jurisprudência e as súmulas.

4 AS NOVAS NORMAS PROCESSUAIS: EXPLANAÇÃO E BREVES CRÍTICAS

A nova legislação processual busca trazer ao direito brasileiro um sistema lógico, íntegro e hierárquico pautado por novas premissas,

baseado em novos princípios e em decisões fundamentadas após uma cognição mais bem preparada (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 13-14). A adoção do novo formalismo processual busca romper os vínculos estabelecidos pelo racionalismo improdutivo estabelecido no processo brasileiro.

A adesão de novos princípios processuais, advindos da permeabilidade constitucional nos pressupostos da lei, destaca novos fundamentos do direito a partir do processo. A análise do sistema de precedentes judiciais posto a uma abertura principiológica é importante uma vez que com o sistema com uma tessitura mais aberta há maior espaço para interpretação; interpretação que deverá ser limitada frente a observação dos precedentes judiciais vinculantes.

No CPC/15, os artigos que tratam sobre os precedentes judiciais e sobre os casos de distinção - *distinguish*, conforme acima delineado - são os seguintes: art. 489 (cuida dos elementos essenciais à sentença e estabelece novos parâmetros de observação à jurisprudência, enunciado, súmulas ao julgador), art. 926 (prescreve a necessidade dos tribunais observarem a uniformização de sua jurisprudência bem como aos fatos que levaram à cristalização da súmula), art. 927 (cuida do que os juízes e tribunais deverão observar para proferir decisões e destaca a necessidade da fundamentação e publicização dos precedentes judiciais) art. 928 (cuida do julgamento de casos repetitivos; pelo CPC/15 a ele foi aderido o incidente de resolução de demandas repetitivas com conteúdo material e processual).

No direito brasileiro a jurisprudência exerce significativa influencia persuasiva, de modo que a eficácia dos precedentes vinculantes é fundamental para que seja compreendido o sentido que traz a aplicação de um caso passado a um presente (CRUZ E TUCCI, 2004, p. 187). Junto a esse fenômeno, a função nomofilática dos Tribunais Superiores ganha maior relevo, assim como são reconhecidos

os Tribunais de segunda instância para a vinculação de precedentes infraconstitucionais

Importa uma breve análise sobre as previsões inseridas pelo legislador.

Segundo se extrai do *art. 924*, a coerência e a integridade denotam que o juiz não pode se limitar a proferir o precedente, por exemplo, retirando trechos dos julgados que vão na consonância de seu entendimento, pois esse fenômeno gera a prática comum de considerar dois casos idênticos e aumenta o grau de abstração entre eles.

A litigiosidade pode ser vista sob três pontos de vista: a individual, coletiva e as de massa (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 238), e resolução de cada tipo de demanda postula uma posição diferente da jurisdição. Tendo em vista esse fenômeno, e uma das inovações importantes do CPC para o sistema de precedentes judiciais consiste na criação de um microssistema de litigiosidade repetitiva. Pelo *art. 928*, a Lei altera o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, e reconhece eficácia vinculante infraconstitucional, juntamente ao já previstos Recurso Especial e Recurso Extraordinário, como decisão que vincula os juízes e tribunais, segundo o *art. 927, III*. Até então, o IRDR não possuía essa eficácia, somente o RE e o REsp. À diferença dos demais incisos do *art. 927*, o IRDR é julgado pelos Tribunais de Justiça dos Estados e pelos Tribunais Regionais Federais e contarão com eficácia vinculante, conforme prevê o *art. 985*.

A partir do II do *art. 927*, o qual prevê a observação aos enunciados de súmula, pode-se dizer que a interpretação tradicionalmente dada as súmulas é quebrado, na medida que ao reconhece-las como guia de interpretação previu o dever de identificação e de congruência das sumulas com as circunstâncias fáticas dos casos que motivaram a sua criação. Até então as súmulas eram vistas tendo como destinatário os próprios órgãos judiciais, de modo que eram redigidos de forma abstrata sem alusão ao caso concreto (MITIDIERO, 2015, p. 333-347).

Observa-se que o novo Código dá novo sentido ao termo jurisprudência ao emprestar força vinculante aos julgamentos de casos repetitivos e aqueles tomados em assunção de competência no âmbito dos tribunais e dispensar a múltipla reiteração de julgamentos como requisito para a configuração, na medida em que basta um julgamento mediante incidente de resolução de demanda repetitiva ou assunção de competência, rompendo assim com a caracterização tradicional da súmula. De um lado, evidencia o direito em tese, o que denota a natureza legislativa do *art. 928*, porém, é irracional pensar em um sistema que depois de estabilizar e dar coerência ao sistema em incidente de demandas repetitivas, permitisse decisão diversa a respeito de fatos ocorridos na mesma época (TESHEINER, 2017).

Para efetivar o cumprimento do *art. 927* pelas instâncias inferiores, O *art. 285-A*¹⁶ do CPC/73 atribuía eficácia aos precedentes de primeiro grau restou substituído pelo *art. 332*,¹⁷ que delimitou que

¹⁶ *Art. 285-A*. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada. (Incluído pela Lei nº 11.277, de 2006).

§ 1º Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação. (Incluído pela Lei nº 11.277, de 2006)

§ 2º Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso. (Incluído pela Lei nº 11.277, de 2006).

¹⁷ *Art. 332*. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:

I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

§ 1º O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição.

o juiz somente poderá julgar improcedente a inicial nos casos previstos no art. 927. Isso denota uma efetiva mudança quanto ao dever de respeito dos juízes de primeiro grau. Essa forma de “desafogar os tribunais”, praticada pelo art. 285-A, mostrou-se ineficaz. Assim, a garantia de isonomia e segurança jurídica deve ser vista sob vários ângulos, uma vez que a prática e experiência jurídica demonstra as fragilidades sistêmicas. Agora, com o art. 332, somente possuem eficácia vinculante aquelas decisões proferidas segundo o art. 927, o que retira das mãos do juiz de primeiro grau a discricionariedade de decisão, dando-se relevância à hierarquia das decisões; seja aquelas proferidas pelo TJ ou TRF em IRDR ou assunção de competência, ou as decisões proferidas pelo STJ e STF. No caso de assunção de competência, muitas situações podem ser estabilizadas por meio de precedentes, Marinoni (2013, p. 807-868) dá como exemplo a decisão sobre competência da Corte sobre determinada matéria, decisão sobre hipótese de admissibilidade do recurso ou decisão a respeito de pressupostos para propositura de determinada ação.

Em caso de desobediência do juiz de 1º grau em relação a entendimento do STJ ou TRF em relação a decisão proferida em IRDR, é inadmissível a Reclamação quando não esgotadas as instancias ordinárias, art. 988, § 5, II. Desse modo, somente após acionar o tribunal, por meio de recurso, e ainda assim não houver observado o acórdão da IRDR é que poderá o jurisdicionado realizar Reclamação, nos termos do art.988, II. De outro lado, se o descumprimento do juiz é com relação a enunciado de súmula vinculante ou de decisão do STF em controle concentrado de constitucionalidade, caberá Reclamação,

§ 2º Não interposta a apelação, o réu será intimado do trânsito em julgado da sentença, nos termos do art. 241.

§ 3º Interposta a apelação, o juiz poderá retratar-se em 5 (cinco) dias.

§ 4º Se houver retratação, o juiz determinará o prosseguimento do processo, com a citação do réu, e, se não houver retratação, determinará a citação do réu para apresentar contrarrazões, no prazo de 15 (quinze) dias.

nos termos do art. 988, III. O uso da Reclamação foi ampliado pelo NCP, sendo que agora é possível em qualquer tribunal ser realizado, e não apenas nos tribunais superiores.

Da leitura do §1º ao §4º do art. 927 são demonstrados os meios de alteração de súmulas e precedentes. O §4º do mencionado artigo estabelece os parâmetros que deverão ser adotados pelo Tribunal quando da alteração dos precedentes (THEODOSO JÚNIOR, 2015, p. 249-253). Tesheiner (2017)¹⁸ ressalta que no art. 927, 3º abre-se a possibilidade que os efeitos da alteração de jurisprudência dominante do STF e dos tribunais superiores, ou oriundas do julgamento de casos repetitivos podem ter seus efeitos modulados fundamentado no interesse social e na segurança jurídica. Essa modulação de efeitos correlaciona-se com a natureza híbrida das sumulas vinculantes - parte legislativa e parte jurisdicional. A partir da leitura do §3º, compulsa-se que ao tratar a sumula como direito novo, deveria esta ser aplicada sempre com efeito *ex nunc*. Entretanto, é previsto caso em que a eficácia pode ser modulada, retroagindo para corrigir súmula anterior, permitindo assim a aplicação retroativa da sumula. A eficácia prospectiva também pode ocorrer no sistema *common law*, mesmo que a regra são os efeitos prospectivos.¹⁹

¹⁸ Imagine-se caso ocorrido no momento A, que é julgado pelas instâncias ordinárias no momento B, com base em súmula do STJ, posteriormente revisada no momento C. Em recurso especial, a causa é então apreciada pelo STJ. Se não houve modulação de efeitos, o Tribunal aplicará a súmula vigente no momento B. Se houve, modulação de efeitos, o Tribunal aplicará a súmula vigente no momento C. Em qualquer dos casos, será irrelevante o momento A, aquele em que ocorreram os fatos, a evidenciar aplicação retroativa de normas posteriormente editadas.

¹⁹ Deixe-se claro, por fim, que a doutrina de *comon law* frisa que, em regra, a revogação deve ter efeitos retroativos. Apenas excepcionalmente, em especial quando há confiança justificada no precedente, é que se admite dar efeitos prospectivos ao *overruling*. E isso sem enfatizar que as cortes não devem supor razão para a tutela da confiança sem considerações meticolosa, analisando se a questão enfrentada é uma daquelas em que

Outra observação feita por José Maria Tesheiner a de que, para o efeito de fundamentação da sentença, *art. 489*, o Código não faz distinção entre precedentes vinculantes e meramente persuasivos. Embora o juiz não esteja obrigado a seguir precedente meramente persuasivo, ele se apresenta no processo como argumento da parte, que como tal precisa ser respondido pelo juiz. Isso pode tornar extremamente penosa a atividade judicial, porque não há limite para o número de decisões que a parte pode invocar como precedentes ou como constitutivos de uma linha jurisprudencial. Há, porém, de se admitir, quando possível, uma resposta global, como no caso de os acórdãos invocados se fundarem nos mesmos argumentos (TESHEINER, 2017). Ou seja, os precedentes persuasivos devem ser considerados na sentença, no caso de não haver aplicação de um precedente vinculante ou sumula vinculante.

As decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade e em enunciados de sumula vinculante possuem norma constitucional, de modo que existe eficácia vinculante. Nas decisões proferidas no julgamento do incidente de assunção de competência e no julgamento de casos repetitivos, há norma infraconstitucional atributiva de eficácia vinculante. As súmulas não vinculantes do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional, bem como a orientação do plenário ou do órgão especial dos tribunais não são vinculantes, sendo tratados como eficácia persuasiva.²⁰

os jurisdicionados costumam se pautar nos precedentes, assim como se os tribunais já sinalizaram para a revogação do precedente ou se a doutrina já demonstrou sua fragilidade (MARINONI, 2013, p. 424).

²⁰ Assim, por exemplo, se um Tribunal Regional Federal julgar um incidente de resolução de demandas repetitivas e, no acórdão, firmar uma tese a respeito da forma como determinada questão jurídica deve ser solucionada, todos os demais casos em que aquela mesma questão seja discutida, e que se tenham instaurado perante o mesmo TRF ou perante juízo federal integrante da região a que aquele tribunal corresponde, terão solução

Assim, precedentes normativos formalmente vinculantes para os juízes e tribunais da Bahia, do Espírito Santo e do Rio Grande do Sul, por exemplo, serão as decisões do pleno STF, em matéria constitucional, e da Corte Especial do STJ, em matéria infraconstitucional. As decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul não serão precedentes vinculantes para os juízes e tribunais da Bahia e do Espírito Santo, sendo, válidas, apenas como argumentos, exemplos, ou seja, como jurisprudência persuasiva (ZANETI JÚNIOR, 2015, p. 420). Assim, tal como ocorre no common law, nem todas as decisões são vinculantes. O que determina a vinculação é a horizontalidade e verticalidade do precedente judicial.

Ressalta-se que o Art. 1.042 que cuida dos casos em que cabe agravo contra decisão que inadmitir o recurso especial ou extraordinário, foi revogado pela Lei 13.256/16, e deixou de prever em seu §1º e inciso II, respectivamente, que “sob pena de não conhecimento do agravo, incumbirá ao agravante demonstrar, de forma expressa [...] II - a existência de distinção entre o caso em análise e o precedente invocado, quando a inadmissão do recurso.” A lei 13.256/15 redigiu novamente o art. 1.042, *caput*, de modo que passou a prever “Cabe agravo contra decisão do presidente ou do vice-presidente do tribunal recorrido que inadmitir recurso extraordinário ou recurso especial, salvo quando fundada na aplicação de entendimento firmado em regime de repercussão geral ou em julgamento de recursos repetitivos.” Ou seja, anteriormente

idêntica, estando os órgãos colegiados e monocráticos que integram aquele tribunal, assim como os juízos federais de primeira instância daquela região, vinculados à tese firmada no acórdão paradigma. Do mesmo modo, no caso de ter sido a decisão proferida por um Tribunal de Justiça, estarão a ela vinculados todos os órgãos colegiados e monocráticos do próprio tribunal, assim como os juízos de primeira instância daquele Estado (ou, se for o caso, do Distrito Federal). Perceba-se, então, que cada tribunal fica vinculado aos precedentes vinculantes dele próprio emanados (FPPC, enunciado 169) (CÂMARA, 2015, p. 435-437).

o agravante poderia interpor agravo caso demonstrasse a distinção, mas pela nova leitura, os tribunais poderão deixar de admitir quando o entendimento estiver pacificado, não havendo espaço para a demonstração de distinção.

No mesmo sentido do inciso revogado, a Lei 13.256/15 inclui os §§ 5º e 6º no art. 966, que trata da Ação Rescisória. Mediante a nova interpretação do artigo,

Cabe ação rescisória, com fundamento no inciso V do caput deste artigo (cabe ação rescisória quando violar manifestamente norma jurídica), contra decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento.

Em seguida, o §6º prevê que o autor deverá demonstrar o ensejo que determina a distinção.

Por fim, importa destacar os arts. 496, §4º e 932, IV do CPC/15, os quais tratam da admissão dos recursos nos Tribunais. Segundo o art. 496, §4º, não estão sujeitos à remessa necessária súmula do tribunal superior, acórdão proferido pelo STF ou STJ em julgamento de recursos repetitivos, entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou assunção de competência e entendimento proveniente de súmula administrativa, dessa forma “objetiva o legislador compatibilizar verticalmente as decisões judiciais, velando pela unidade retrospectiva do direito brasileiro, além de racionalizar a própria atividade de defesa da Fazenda Pública em juízo.” (ARENHART; MITIDIERO; MARINONI, 2015, p. 502). No art. 932, IV são previstos os casos em que o relator deve negar provimento, aos quais foram inseridas as três primeiras hipóteses acima. Em que pese o art. 932, IV não prever todas as

possibilidades do art. 927, Arenhardt, Mitidiero e Marinoni (2015, p. 879-880) sustentam que as três hipóteses não são taxativas, de modo que todos os precedentes vinculantes provenientes das Cortes Supremas poderiam fundamentar motivo de recusa do recurso. Há mais uma vez um privilégio a força vinculante dos precedentes.

Os precedentes com eficácia de obstar a revisão de decisões, são aqueles previstos nos arts. 496, §4º e 932, IV do CPC; conforme da leitura dos mencionados artigos, subsiste nesses precedentes um óbice relacionado ao dever de revisar as decisões, podendo ser denegado de plano o recurso. Por sua vez, o precedente com eficácia autorizante admite ou acolhe ato postulatório, como ocorre com decisões no sentido de acolher postulações em razão da existência de tese firmada naquele sentido. No caso de admissão de recurso, enquadram-se à situação na qual o precedente é invocado para que seja demonstrado, por exemplo, a interpretação divergente conferida pelo Tribunal. Pode ainda ter o precedente eficácia rescindente ou deseficazante de uma decisão judicial transitada em julgada, como ocorre nos caso de declaração de inconstitucionalidade da lei. Por fim, fala-se também em precedente que permite a revisão de coisa julgada nos casos em que o entendimento acerca de determinado assunto tem seu conteúdo reinterpretado por novo entendimento posto por um novo precedente.²¹

Pelo exposto, observa-se a partir da leitura da lei que:

- a) o sistema de precedentes judiciais com eficácia vinculante busca trazer mais coerência, estabilidade e integralidade ao sistema jurídico;

²¹ Nesse ponto, interessante a classificação realizada por Didier, Braga e Oliveira (2015, p. 454): “Vi sualizamos ao menos seis tipos de efeitos jurídicos que um precedente pode ter no Brasil: (i) vinculante/obrigatório (art. 927, CPC); (ii) persuasivo; (iii) obstativo da revisão de decisões; (iv) autorizante; (v) rescindente/deseficazante; e (vi) de revisão da sentença.”

- b) restou estabelecida a vinculação dos precedentes judiciais dos tribunais superiores em matéria constitucional e federal em face dos juízes inferiores e estes exercerão vinculação de seus precedentes sobre o seu tribunal e dos juízes estaduais abrangidos por sua jurisdição;
- c) os casos de improcedência da inicial do processo deverão basear-se na observação do art. 927, e não mais segundo as decisões emitidas nos precedentes judiciais emitidos no âmbito da Comarca do magistrado;
- d) as decisões proferidas em julgamento de demandas repetitivas e assunção de competência criam um microsistema de precedentes judiciais com eficácia vinculante infraconstitucional, limitada ao tribunal em questão;
- e) (e) não há distinção entre precedentes vinculantes e persuasivos a serem considerados pelo juiz de primeiro grau, de modo que deverá proferir a fundamentação sobre ambos, estando vinculado obrigatoriamente àquele que possui caráter vinculatório, caso exista precedente regulando a situação;
- f) os efeitos provenientes da revogação dos precedentes judiciais podem ser modulados no tempo;
- g) o dever de fundamentação aumentou significativamente a partir da necessidade de realizar a distinção entre o precedente vinculante;
- h) os precedentes deverão ser trazidos aos autos pelas partes, de modo que caberá aos advogados estar mais atento às decisões proferidas pelos tribunais a fim de garantir uma melhor defesa ao cliente;
- i) a ação rescisória poderá ser proposta em razão da ausência de fundamentação pelo magistrado quanto à precedente invocado pela parte;

- j) à sumula é atribuída uma nova função que as vincula com o fato;
- k) não existe possibilidade de remessa necessária de recurso fundamentado nos precedentes vinculantes delineados pelo §4º do art. 496;
- l) o relator poderá rejeitar recurso nas hipóteses dos precedentes vinculantes previstas no inciso IV do art. 932.

Discute-se também a possibilidade de rejeitar recurso fundamentado no rol do art. 927, que prevê outras possibilidades de vinculação dos precedentes judiciais.

Feitas algumas observações, destaca-se que as significativas mudanças caminham para uma nova forma de argumentação e fundamentação jurídica. Todo o sistema voltar-se-á aos precedentes; de um lado o contraditório é ampliado, e de outro os magistrados passam a ter um dever de fundamentar suas decisões superior ao de outrora. A uniformização dos tribunais procurou afastar-se da objetificação, apostando no precedente judicial como forma de unificação, pois “[...] a moderna função dos tribunais supremos a de ser a de um instrumento voltado para o futuro, que vise à *unidade do direito*, não à uniformidade da jurisprudência dos respectivos tribunais.” (SILVA, 2004, p. 258).

5 A (POSSÍVEL) APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES NO SISTEMA BRASILEIRO: UM ESBOÇO DE UMA EVENTUAL TEORIA

Teríamos uma visão falsa da paisagem se olhássemos apenas para os sítios agrestos e nos recusássemos a ver os acres de terra já semeados e produtivos. Creio que a dificuldade se origina da incapacidade de distinguir entre direito e poder, entre a ordem envolvida em um julgamento e o princípio de direito a cuja obediência o juiz está obrigado. (CARDOZO, 1978, p. 128).

Nery Junior e Abboud (2013, p. 483-512) apontam que seria ingênuo e desarrazoado a aplicação do sistema de *stare decisis* no Brasil por meio de inovações legislativas por parte do judiciário: primeiro por não terem os precedentes brasileiros as características e nem a funcionalidade do precedente na *common law*; bem como o Brasil não possui tradição histórica e filosófica que desvincule a elaboração do direito pela via legislativa. Porém, a questão não é adotar um sistema autêntico de precedentes no Brasil,²² mas sim dar uma abertura maior para a análise histórica de decisão. O precedente é capaz de tornar o direito mais harmônico, coerente e com grau mais elevado de segurança jurídica.

No mesmo sentido, para Streck e Abboud (2017), não devemos dizer que o CPC/15 introduziu um “sistema de precedentes”, uma vez que não é lógico pensar apenas no processo civil e limitá-lo a sistema, uma vez que sistema consiste em um todo harmônico, não podendo se limitar a um ramo do direito. Para os autores o problema de insegurança jurídica conecta-se muito mais a devido a qualidade da prestação jurisdicional. Para os autores, não é um código capaz de criar um sistema de *stare decisis*, ignorando à complexidade inerente ao sistema genuíno de precedentes do *common*. O CPC/15 não cria precedentes conforme a tradição do *common*, mas sim provimentos judiciais vinculantes cuja função é reduzir a complexidade judicial com o fito de diminuir a litigiosidade repetitiva.

De fato, não é possível se falar de um “sistema de precedentes”, similar àquele que vigora no sistema *common law*; a verdadeira inovação do CPC quanto aos precedentes foi a forma

²² Excetuados os casos de assunção de competência e de julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, não se adotou, no Brasil, um autêntico sistema de precedentes. O que resulta do novo Código é um sistema predominantemente de súmulas com efeito vinculante, editadas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, aos quais se atribuiu o poder de editar normas gerais e abstratas (TESHEINER, 2017).

verbal atribuída as produções normativas a serem respeitadas pelos tribunais: “Os juízes e os tribunais *observarão*”; trata-se de um imperativo, uma ordem. Não resta outra opção aos juízes e tribunais, como bem se denota da gramática. A partir dessa previsão, a vinculação oportuniza que os litigantes se manifestem acerca de eventuais descumprimentos frutos de voluntarismo, bem como busca instituir uma nova sistematização de decisões por meio de uma reorganização partindo da hierarquia.

O problema do Brasil reside na tomada de decisões díspares em casos semelhantes. Não que isto não seja realidade também em outros países, mas até então a nossa legislação não regulava uma maneira racional para a sistematização e o respeito dos precedentes. Muito bem acertam Medina e Freire (2013, p. 677-700) ao dizer que no Brasil vivemos sob a égide de um sistema de *stare (in)decisis*.

Tradicionalmente, no direito brasileiro, a *ratio decidendi*²³ não servia para a formulação das interpretações do nosso sistema, de maneira que do precedente judicial somente levava-se em consideração o dispositivo da sentença. A sentença do juiz de *civil law* tem correlação com um trabalho de cunho normativo-dedutivo, baseado muito mais sob o aspecto de uma justificação das

²³ “É preciso considerar que dentro de um julgado se desenvolvem vários tipos de raciocínio e argumento. Não são todavia, todos eles que se revestem da qualidade de precedente jurisprudencial passível de figurar em enunciado de súmula ou de assumir a categoria de jurisprudência dominante. Apenas a tese nuclear que conduziu à conclusão do decisório de acolhimento ou rejeição da pretensão deduzida em juízo, é que merece o tratamento de *fundamento* da decisão judicial. Os argumentos laterais que esclarecem e ilustram o raciocínio do julgador não se inserem no terreno da *ratio decidendi*. Configuraram apenas *obiter dicta*, e, nessa categoria, não merecem o tratamento de fundamento jurídico do julgado. Figuram apenas como *motivo* e não como *causa* de decisão. É nesse sentido que a lei dispõe não fazerem coisa julgada “os *motivos*, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença.” (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 812).

circunstancias fáticas e jurídicas do que em uma fundamentação. Ainda, a segurança jurídica existente no Brasil é a coisa julgada, enquanto nos países da *common law* que adotam o *stare decisis*, são os precedentes judiciais que dotam o sistema de segurança.

Conforme visto, para a correta utilização do precedente judicial, importará retirar a *ratio decidendi* da decisão, pois é a parte que é dotada de eficácia vinculante segundo a lei processual. Quando um precedente/caso é invocado para o julgamento de caso posterior, não se chama a situação fática a juízo, mas sim a *ratio decidendi* dos casos trazidos. A situação fática deve ser similar à situação posta em julgamento posterior, mas não há necessidade de analogia tal como ocorre com a jurisprudência. A individuação da *ratio decidendi* é uma operação heurística de natureza casuístico-indutiva, pela qual a regra jurídica é extraída do confronto entre a anterior decisão e o caso concreto submetido à apreciação judicial (CRUZ E TUCCI, 2004, p. 186).

Para Marinoni (2013, p. 807-868), duas são as ações necessárias para mudar a realidade dos Tribunais brasileiros. A primeira seria restringir o acesso ao segundo grau de jurisdição e o outro seria conferir maior racionalidade e coerência no sistema judicial, que convive diariamente com decisões díspares para casos iguais. Para o autor, a consequência da falta de autoridade dos julgados e coerências das decisões judiciais produzidas por um mesmo tribunal, órgão colegiado e magistrado é a criação de um ambiente danoso aos jurisdicionados e marcado por estimular a litigiosidade.

Em um sistema no qual é ignorado o precedente obrigatório, não há racionalidade em dar a todo o juiz o poder de controlar a constitucionalidade da lei, conforme ocorre com o sistema difuso de controle de constitucionalidade brasileiro. A ausência de racionalidade fruto da falta de vinculação causaria, por exemplo, a não aplicação da lei em alguns tribunais por entenderem-na inconstitucional, e, concomitantemente, ser aplicada por outro tribunal pelo motivo contrário. Essa situação reflete um cenário de incerteza jurídica

e de conflito entre órgãos do judiciário. No sistema difuso sem a utilização dos precedentes obrigatórios, o modelo mais recomendado é o concentrado.

Por isso mesmo, o sistema de precedentes, desnecessário quando o juiz apenas aplica a lei, é indispensável na jurisdição contemporânea, pois fundamental para outorgar segurança à parte e permitir ao advogado ter consciência de como os juízes estão preenchendo o conceito indeterminado e definindo a técnica processual adequada a certa situação concreta.” (MARINONI, 2013, p. 86).

No cenário brasileiro, os responsáveis por trazer os precedentes ao processo serão as próprias partes por intermédio de seus advogados. Por ser dever dos tribunais inferiores a uniformização da lei, caberá aos tribunais inferiores aplica-los. Como o precedente não é algo previsto, não é algo que uma consulta à jurisprudência, à sumula irá informar, visto que está contido implicitamente no acórdão como fundamentação da decisão, caberá à parte trazer a *ratio decidendi* de julgamento proferido por tribunal superior ao processo, de forma a prezar pela uniformização. Ao trazer o precedente, a parte tem como garantia a previsibilidade - tanto na defesa quanto na afirmação - uma vez que a vinculação aos precedentes do tribunal superior são dotados de força sobre as decisões dos tribunais inferiores. Desta feita, nada impede que um precedente seja trazido ao processo e a outra parte suscite outro precedente de situação análoga que também demonstre a existência de outro entendimento, de modo que caberá ao julgador realizar a distinção, nos termos do 489. Por conta dos precedentes observa-se uma nova abertura em termos de ampliação dos horizontes de discussão no processo.

6 OS PRECEDENTES JUDICIAIS NA PRÁTICA

O juiz enfrenta um problema duplo: inicialmente, ele deve extrair dos precedentes o princípio já assentado (*ratio decidendi*), em seguida, deverá determinar o sentido em que este princípio deverá mover-se, pois senão perderá a força e morrerá. Ocorre que os casos não revelam seus princípios diante da indagação e a decisão vem acompanhada de comentários obscuros, os quais devem ser isolados (CARDOZO, 1978, p. 64).

Os precedentes não consistem em ato de decorar a decisão.²⁴ A crítica não é dirigida ao sistema lógico determinado pelos precedentes, pois a lógica faz parte de um sistema harmônico. Se um grupo de casos envolvem o mesmo ponto, seria injusto que as decisões fossem diferentes.²⁵ Segundo Silva (2004, p. 49), a estabilização do direito brasileiro no paradigma da racionalidade fez com que o Caso/Fato fosse separado do Jurídico, deixando assim de problematizar o fenômeno jurídico, o que muito explica a aplicação do sistema lógico ao caso concreto.

Para a inferência da *ratio decidendi*, deve ser realizada uma operação mental, mediante a qual, invertendo-se o teor do núcleo decisório, indaga-se se a conclusão permaneceria a mesma caso o

²⁴ Se nisso consistisse toda a nossa profissão, haveria nela muito pouco interesse intelectual. O homem que possuísse o melhor fichário dos casos julgados seria, também, o juiz mais sábio. É quando as cores não casam, quando as referências do fichário falham, quando não há qualquer precedente decisivo, que começa a atividade séria do juiz (CARDOZO, 1978, p. 58).

²⁵ A força orientadora da lógica nem sempre se exerce, entretanto, ao longo de um caminho único e desobstruído. Um princípio ou um precedente levados pela lógica ao seu limite podem indicar uma conclusão; outro princípio ou outro precedente seguidos com igualdade lógica podem indicar, com igual certeza, conclusão diversa. Nesse conflito, devemos escolher entre os dois caminhos, selecionando um ou outro, ou, talvez, chegar a um terceiro caminho, que será a resultante de duas forças em combinação, ou representará o meio termo entre extremos (CARDOZO, 1978, p. 71).

juiz houvesse acolhido a regra invertida. Se a decisão ficar mantida, então a tese não pode ser considerada *ratio* e configura *obter dictum*; caso contrário, poderá ser considerada *ratio* (CRUZ E TUCCI, 2004, p. 177).²⁶

Com certeza o estabelecimento de modos de julgamento da causa pelos precedentes aflige os juristas. A dúvida assola tanto o judiciário quanto os advogados, inclusive grandes juristas em países com tradição na *stare decisis*.²⁷ O sistema de precedentes é uma tentativa de evitar a cultura dos recursos. Porém, a introdução dos precedentes, para assim ser bem aplicada, necessita seja criado um banco de precedentes para a sistematização. Tal é o que ocorreu em 14/02/2017 pela criação do “Fórum de Precedentes”,²⁸ o qual tem como escopo tornar-se “um espaço permanente para discussão de questões procedimentais relativas à assunção de competência e aos casos repetitivos de competência do tribunal”, tendo como objetivo realizar “a comunicação entre o STJ e os demais tribunais. Apenas os servidores cadastrados poderão acessá-lo”, dessa forma “Dentro dessa

²⁶ Importante destacar que a existência de uma *obter dicta* de um julgado não pode configurar precedente, pois apenas a *ratio* é precedente. Por exemplo, em um RESP que delibere sobre a existência ou não de determinada multa e, concomitantemente, decida sobre a aplicação de multa a juiz por desleixo, não poderá a multa imposta pelo juiz configurar como precedente pois é uma decisão *obter dicta*, a *ratio* reside na questão principal decidida.

²⁷ Que faço enquanto decido uma causa? A que fontes de informação recorro como guia? Em que proporção permito contribuam para o resultado? Em que proporção deveriam contribuir? Se um precedente judiciário é aplicável, em que circunstância me recuso a segui-lo? Se nenhum precedente judiciário é aplicável de que modo alcanço a regra que se tornará um precedente para o futuro? Se estou procurando uma ligação lógica, a simetria da estrutura legal, até onde estenderei minha investigação? Em que ponto será detida a pesquisa por algum costume discrepante, por alguma consideração do bem-estar social, pelos meus próprios ou pelos *standarts* comuns de justiça e de ética? (CARDOZO, 1978, p. 51-52).

²⁸ Mais informações em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/STJ-regulamenta-F%C3%B3rum-de-Precedentes>.

ideia do novo Código de Processo Civil da efetivação dos precedentes, a rápida comunicação propiciada pelo fórum é uma ferramenta eficaz que auxilia o STJ a dar ampla publicidade aos julgados em casos repetitivos e em incidentes de assunção de competência.”

A reconstrução da norma não advém de uma atuação legislativa do judiciário, mas sim da reconsideração de acordo com a CF, a legislação infraconstitucional e a tradição jurídica. A legalidade ainda é o centro do sistema num sistema de precedentes vinculantes, sendo que a interpretação dá-se naqueles casos que a lei não atenda aos fins previstos pela CF naquele momento histórico.

O que esse reconhecimento sistematiza é uma nova forma de aplicação do direito aos magistrados inferiores, os quais detêm o dever de uniformização às decisões provenientes dos tribunais que estão subordinados. A uniformização deve ser feita a partir de um critério de fundamentação, conforme imposto pelo art. 489. Segundo bem discorrem Mitidiero, Marinoni e Arenhart (2015, p. 11-12), o artigo serve para demonstrar que o juiz já não mais está vinculado somente a lei, razão pela qual deve justificar os motivos pelos quais se vincula a um precedente na decisão, uma vez que a fundamentação não consiste, como outrora consistia, sob a égide de um Estado legislativo, em dizer os motivos pelo qual a versão de uma das partes está correta. O art. 489, desse modo, consiste em uma apreciação ampla do contraditório, de modo que o conjunto probatório em sentido amplo deve ser fundamentado.

As decisões judiciais, nesse sentido, devem deixar claro a pertinência da aplicação dos precedentes, ou, ao contrário, afastá-lo por não configurar situação que se aplica aos fatos. O que é importante destaca é que a ausência do enfrentamento do precedente constitui uma violação ao dever de fundamentação da sentença, conforme assevera o art. 489, §1º, VI).

O princípio da legalidade alia-se ao da juridicidade, na medida que havendo precedentes constitucionais e precedentes federais

sobre determinada questão, para o devido respeito à administração da justiça, deve-se respeito a essas interpretações (ARENHART; MITIDIERO; MARINONI, 2015, p. 106). Mediante a análise da estrutura jurídica do Estado, ao STF, STJ, TST, STM e TSE competiria a fixação de precedentes uniformizadores sobre a CF e sobre a legislação federal, cada qual em sua esfera competente. Aos Tribunais Estaduais, conforme previsto pelo art. 125, § 2º, caberá proferir precedentes sobre a interpretação do direito municipal e estadual, naqueles casos em que não haja repetição obrigatória da CF.

Mesmo quando o caso apresente um precedente de possível aplicabilidade, frente ao princípio do contraditório, as partes deverão ser ouvidas, momento em que poderão, inclusive, trazer outros precedentes. Salienta-se que:

Yet, these other functions of precedent matter for several reasons. First, they illustrate how law matters in ways besides the force of constraint. Second, anyone interested in precedent should appreciate the significance of the rhetoric and reasoning employed in constitutional decision making. Outcomes are important, but so is the route by which the Court gets there. Third, the multiple functions of precedents show how public authorities understand their and other branches' respective powers. Fourth, they demonstrate the dynamic interaction among the Court, judicial doctrine, and culture. They show how public authorities are historically, legally, and culturally bound. In fact, one of the most significant constraints on the Court is that it "is historically conditioned and politically shaped. (GERHARDT, 2008, p. 147).

Nos casos em que o órgão julgador estiver vinculado a um precedente, seja superior ou se da Corte que representa, deverá verificar, em primeiro lugar, se o precedente é aplicável ao caso em questão. Essa identificação deverá ser realizada levando em

consideração que dificilmente ocorrerá semelhança absoluta entre o precedente e os fatos postos para decisão. Se houver semelhança, o juiz deverá então aplicar o precedente visto se tratar do entendimento majoritário. Se não houver semelhança entre os fatos e o precedente, utilizar-se-á da distinção, que consiste em um método de confronto

Sendo assim, pode-se utilizar o termo distinguish em duas acepções: (i) para designar o método de comparação entre o caso concreto e o paradigma (distinguish-método) - como previsto no art.489, §1º, V, e 927,§1º do CPC (ii) e para designar o resultado desse confronto nos casos em que se conclui haver entre eles alguma diferença (distinguish-resultado), a chamada “distinção”, na forma em que consagra o art.489, §1º, VI e 927, §1º, CPC. (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 491).

De outro lado, poderá o magistrado também ampliar o horizonte do precedente por entender que o precedente pode ser aplicado ao caso, o que posteriormente poderá ser utilizado por outro magistrado em situação semelhante, tendo em vista essa ampliação sucessiva do campo de aplicação.

Conforme explica Marinoni (2013, p. 807-868), se a norma X foi considerada inconstitucional em virtude das razões Y, a norma constitucional Z, porém substancialmente idêntica a X, exige a aplicação das razões Y. Segundo o autor, a eficácia transcendente contém detalhe que permite a aproximação do seu significado ao de *ratio*. Ressalta-se que não são todos os motivos que tem eficácia vinculante ou transcendente, mas apenas os motivos determinantes para a decisão adquirem essa eficácia, que é a razão de decidir - *ratio*.

É sempre possível que o autor demonstre distinção entre o seu caso e os precedentes ou enunciados de súmula que ao juiz pareciam aplicáveis ao caso concreto, de maneira a convencer o juiz que o processo deve seguir. Dessa forma, antes de rejeitar liminarmente a

inicial, o autor deve ser intimado para se manifestar, para que haja também a posterior eventualidade de retratação pelo juiz, conforme §4º (CÂMARA, 2015, p. 214).

O mesmo ocorre para os casos de distinção durante o processo, no qual deve ser realizado um confronto analítico entre o caso precedente e o caso novo, o que poderá demonstrar a aplicabilidade ou inaplicabilidade do precedente. Conforme visto, tratando-se de precedente, a aplicabilidade do precedente vinculante não é imediata, de forma que deverá ser discutida mediante contraditório. O que ocorre é que se presente situação análoga ao caso do precedente vinculante, o juiz não poderá esquivar-se de aplicar caso reste demonstrado que o precedente alcança a situação em discussão.

O contraditório, por sua vez, tem nos precedentes uma ampliação do debate dialético, criando ambiente da Democracia Participativa, pois tem estrutura que consiste na participação dos destinatários dos efeitos do ato final (sentença), destaque-se, que a decisão deve respeitar a “simétrica paridade de modo que cada contraditor possa exercer um conjunto - conspícuo ou modesto, de escolhas, de reações, de controles, e deva sofrer os controles e as reações dos outros dentro do processo.” (FAZZALARI, 2006, p. 119-120). A Cooperação, assim, “*apoyase en el contradictorio*” (CALAMANDREI, 1960, p. 157-158) (o contraditório torna-se o ponto principal da investigação dialética conduzida com a colaboração das partes) (PICARDI, 2000, p. 143).

Ainda, nos casos em que autor ou réu tiverem invocado um precedente que sustentem ser aplicável, o dever de fundamentar adequadamente resulta do direito à consideração dos argumentos (CÂMARA, 2015, p. 281). O precedente é também uma forma de argumento jurídico, e em razão dos precedentes vinculantes, um argumento de extrema relevância para a organização do judiciário.

Muito das críticas dirigidas ao sistema de precedentes provém da ausência de conhecimento do que consiste o precedente no direito brasileiro. Para Ramires (2010, p. 30),

como o sistema jurídico brasileiro - do qual se diz ser originário da tradição romano-germânica e, por conseguinte, fundado na lei escrita e promulgada pelo Estado - está permeável à utilização de precedentes judiciais na fundamentação das decisões. Há várias razões para isso. Uma delas é a consolidação paulatina da noção profana de que, na medida do possível “casos semelhantes devem ter respostas jurídicas semelhantes” como expressão da “justa relação entre as coisas” que está na própria origem do conceito de direito.

Ora, sabe-se que os precedentes não consistem em simples analogia. O autor também critica no sentido de que o país tem seguido uma lógica de aleatoriedade que é estranha ao sistema *common law*, de modo que a teoria brasileira é estranha a teoria dos precedentes. Mais uma vez, ressalta-se que de nenhum modo os precedentes seriam uma transformação do Brasil em um sistema *common* e com sua metodológica, uma vez que o *stare decisis* surgiu após a *common*, não tendo conexão com o tipo de sistema.²⁹

²⁹ Ademais, não há que se confundir *common law* com *stare decisis*. Ora, o *common law* compreendido como os costumes gerais que determinavam o comportamento dos *Englishmen*, existiu, por vários séculos, sem *stare decisis* e *rule of precedent*. [...] a elaboração de regras e princípios regulando o uso dos precedentes e a determinação e aceitação da sua autoridade são relativamente recentes, para não se falar da noção de precedentes vinculantes (*binding precedents*), que é mais recente ainda. Além de o *common law* ter nascido século antes de alguém se preocupar com tais questões, ele funcionou muito bem como sistema de direito sem os fundamentos e conceitos próprios da teoria dos precedentes, como, por exemplo, o conceito de *ratio decidendi* (MARINONI, 2013, p. 31).

O *precedente judicial* não se confunde com o costume; pelo contrário, uma regra consuetudinária, passando também a ser observada pelos tribunais, é que viabiliza a sua transformação em *precedente* (CRUZ E TUCCI, 2004, p. 15).

A aplicação de um precedente não se dá de forma automática, por forma de subsunção. O problema da aplicação dos julgados como se lei fossem, como enunciados normativos abstratos causa o esgotamento interpretativo que induz ao erro que ter-se-ia chegado a um julgamento preciso. Importa criar no país uma noção de que o precedente não é um ponto de chegada da decisão, mas sim um ponto de saída.

O significado de um precedente é desvelado da leitura da fundamentação da decisão, na qual é explicitada as razões de decidir do juiz e que culminaram no dispositivo. Diferente da jurisprudência, que carrega no dispositivo a decisão direcionadora, a dos precedentes está na *ratio decidendi* exposta pela fundamentação, que em seguida dá vida ao dispositivo. A *ratio decidendi* de um precedente, nesse contexto, é a tese jurídica ou a interpretação da norma consagrada na decisão

O precedente não pode ser usado como norma que extrapole os fatos do caso em questão, ou seja, não pode ser aplicado em sua literalidade. O que deve ser observado é a extensão dos princípios constitucionais e aplicação dele a partir da interpretação do caso presente com vistas a decisão feita no passado. O que importa, assim, não é o dispositivo da sentença, mas sim a *ratio* que levou o caso a ser decidido daquela maneira.

Por fim, acerca da superação de um precedente judicial no sistema brasileiro, salienta-se que até 2015, cerca de 300 súmulas do STF já haviam sido superadas e 30 súmulas do STJ, sem contar os entendimentos jurisprudenciais. Por isto, acredita-se que a

superação dos precedentes judiciais dar-se-á de maneira *natural*³⁰ pelos tribunais, uma vez que as decisões vão servindo, sucessivamente, de paradigma a outra - não se contando os procedimentos formais previstos para superação de sumulas e de jurisprudências,³¹ mas as decisões tidas pelos tribunais superiores, art. 927, I, II e IV. Esse sistema, lembrando da crítica feita pelo jurista americano colacionada anteriormente, com certeza não consiste em uma sistematização fácil de ser realizada, mas a criação de mecanismos para a publicização dos precedentes, conforme o criado pelo STJ, são medidas para que os precedentes judiciais consistam, efetivamente, em uma nova ferramenta a favor dos jurisdicionados.

Assim, um ponto que deve ser destacado é que a aplicação atual dos precedentes no sistema brasileiro não pode ser a mesma a que se pretende aplicar em um sistema que tem no respeito aos precedentes vinculantes o seu fundamento. A mera invocação de precedentes judiciais para sustentar pontos dissonantes não é o objetivo do sistema. Por isso não se trata apenas dos jurisdicionados trazerem ao processo precedentes, mas também o juiz observar as decisões proferidas nos tribunais, com o fim de evitar a perpetuação da cultura recursal.

³⁰ 322. (art. 927, § 4º) A modificação de precedente vinculante poderá fundar-se, entre outros motivos, na revogação ou modificação da lei em que ele se baseou, ou em alteração econômica, política, cultural ou social referente à matéria decidida. (Grupo: Precedentes)

³¹ 321. (art. 927, § 4º) A modificação do entendimento sedimentado poderá ser realizada nos termos da Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, quando se tratar de enunciado de súmula vinculante; do regimento interno dos tribunais, quando se tratar de enunciado de súmula ou jurisprudência dominante; e, incidentalmente, no julgamento de recurso, na remessa necessária ou causa de competência originária do tribunal. (Grupo: Precedentes) Fórum Permanente Processualistas. Grupo Precedentes.

7 A NOVA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

No Brasil, enfrentamos o problema do excesso de casos em que há diversidade de interpretação da lei num mesmo momento histórico, o que compromete a previsibilidade e a igualdade. Há juízes de primeira instância e tribunais de segundo grau que decidem reiteradamente de modo diferente questões absolutamente idênticas (WAMBIER, 2012, p. 36).

Aos juízes existe a mesma preocupação que com os filósofos, porém não podem e quiçá não deveriam ser filósofos. A prática jurídica e os precedentes dão sentidos às palavras com o fim de torna-las de caráter ordinário, de modo que a liberdade de filosofar é restringida. Os precedentes no direito civil criam o nexo causal e no direito penal criam os conceitos de responsabilidade: ante esse caráter, porque deve então o juiz exercer o ofício de filósofo e averiguar se algum filósofo há realizado alguma objeção convincente a mudar o sentido da interpretação (DWORKIN, 2007, p. 17-36).

Porém, mesmo que os precedentes tenham força de limitar a interpretação do juiz frente ao conceito central posto em causa, isso não o exime da responsabilidade de desenvolver conceitos de maneiras que não foram antecipadas pelos precedentes. Essa interpretação, de outro lado, deve ser realizada com respeito a história jurídica do conceito, não acrescentando assim princípios rechaçados anteriormente (DWORKIN, 2007, p. 17-36).

Por uma primeira visão, que vai contra o sentido do juiz filosófico, reside o caso do juiz guiado pela intuição.³² Os juízes, em

³² É verdade que Platão nos convida a procurar o justo pela observação do mundo, pela observação *objetiva*; seu método de investigação é “cósmico”, isto é, alimenta-se da visão do *cosmos*, do universo exterior a nós. Platão não procede de forma alguma à maneira de Kant, que pretende tirar de si mesmo, de sua própria razão subjetiva, os princípios da justiça (e desse modo

questões polêmicas, não devem basear-se em opiniões filosóficas, pois isso reacenderia fio de dúvida nas pessoas quanto à opinião dos juízes. Nesses casos, devem ignorar os filósofos e expor sua reação imediata e não estudada sobre o tema em questão. Isso é a chamada reação instintiva do juiz quanto à questão. Essa teoria defende que as pessoas - corretas - possuem faculdades naturais que lhes permite intuir diretamente à verdade sobre questões morais, sem precisar para isso apoiar-se em argumentos provenientes da reflexão; a reflexão, inclusive, tornaria torpe o sentido da justiça. Supor que os seres humanos tenham essa capacidade de alcance da verdade entra em contradição com a grande diversidade das opiniões morais.

Nas áreas públicas, principalmente no direito constitucional, há uma maior necessidade de os juízes confrontarem os assuntos filosóficos mais amplamente; rotineiramente, pode-se dizer. Nesse tipo de caso os precedentes são menos perceptíveis. De outro lado, de fato a história tem formado conceitos jurídicos, porém, segue aberta ao desenvolvimento e os juízes devem fazer as mesmas perguntas que se fazem os filósofos quando desenvolvem os conceitos de suas decisões.

A jurisprudência, de um lado, consiste no efetivo chamado “direito vivo” - muitas vezes, inclusive, o único direito, quando se fala da interpretação a partir do preenchimento de lacunas - porém, seu uso banalizado fez das jurisprudências uma alternativa à fundamentação para a tomada de decisões, situação que se identificou a partir da utilização da base de dados por parte dos Tribunais (TARUFFO, 2017).

Appeals to precedent do not reside exclusively in courts of law. Forms of argument that may be concentrated in the legal system are rarely isolated there, and the argument from precedent is a prime example of the nonexclusivity of what used to be called “legal

desemboca no *Vernunftsrecht*, num direito racional, e não num *Nturrecht*, num direito natural) (VILLEY, 2005, p. 29).

reasoning.” Think of the child who insists that he should not have to wear short pants to school because his older brother was allowed to wear long pants when he was seven. Or think of the bureaucrat who responds to the supplicant for special consideration by saying that “we’ve never done it that way before.” In countless instances, out of law as well as in, the fact that something was done before provides, by itself, a reason for doing it that way again. Reliance on precedent is part of life in general. (SCHAUER, 1986-1987, p. 571-605).

Até então, no ordenamento brasileiro, a força do precedente, da decisão única, era menor, sendo a regra a aplicação de grupo de sentenças escolhidos sem critério (jurisprudência), prezando-se pelo critério quantidade em detrimento da qualidade.

A discussão acerca do papel que o precedente judicial exerce em determinado sistema jurídico é tema de grande relevância prática e científica no ramo do direito processual, já que o precedente constitui, desde há muito, uma das fontes de direito, ao lado da lei, do costume, da doutrina e dos princípios gerais.

Gadamer (1997, p. 483-486)³³ sustenta que a função do historiador é realizada a partir da mesma reflexão que deve orientar o operador do Direito em sua tarefa prático-normativa, na assertiva de que somente existe conhecimento histórico quando em cada caso o passado é entendido em sua continuidade com o presente. A fusão

³³ “*La hermenéutica de Gadamer contiene implícitamente, y en parte explícitamente, la pretensión de abrazar la Histórica. Como la teología, la jurisprudencia, la poesía y su interpretación, también la historia (Geschichte) se convierte en un subcaso del comprender existencial. Para poder vivir, el hombre, orientado hacia la comprensión, no puede menos que transformar la experiencia de la historia en algo con sentido (in Sinn) o, por así decirlo, asimilarla hermenéuticamente.*” (KOSELLECK; GADAMER, 1997, p. 70).

entre Juiz e Historiador se dá pelo jogo de perguntas e respostas, fenômenos fundamentais da hermenêutica fenomenológica.

O direito processual não trabalha com verdades absolutas, mas com versões, segundo à luz da perspectiva hermenêutica (SANTOS; TACCA, 2016, p. 239-260). A interpretação do fato só se faz possível quando o intérprete se insere em uma situação hermenêutica fenomenológica. Os precedentes relevados como cargas normativas

Importa reconhecer que não posso conhecer que seja decidido caso similar de maneira diversa, posto que não existe dois fatos idênticos, assim deve ser estabelecida as suas particularidades sobre as quais deve fundar-se a interpretação da norma que deve ser aplicada ao caso específico. Assim, quando uma norma vier a ser interpretada a um caso concreto, é o referimento ao fato que conduzirá a interpretação da norma. Isto porque a norma não vem interpretada com referência aos fatos. Assim, da análise do fato e do estabelecimento de analogia entre o fato do caso precedente e o fato do caso sucessivo que o juiz do caso posterior decide sobre a aplicabilidade da *ratio* (TARUFFO, 2015, p. 257-258). Resta demonstrado que somente a peculiaridade dos fatos é capaz de analisar sobre a aplicação ou não do precedente.

Importante destacar que uma das preocupações levantadas pela doutrina, no que toca à interpretação da Lei, seria a eventual consequência de os precedentes vinculantes incidirem em poder excessivo desempenhado pelo STF e STJ. Entretanto, em um sistema no qual os juízes possuem a possibilidade de interpretar a Lei, cabe às Cortes Supremas a função de definir os sentidos e a validade. Dessa forma, depois de um pronunciamento da Corte, a própria Corte e os tribunais inferiores devem se vincular àquela decisão (MARINONI, 2004, p. 102). O precedente, assim, revela ser não lógico diante da Lei, denotando um sentido autônomo e proveniente da interpretação do tempo e dos fatos daquele tribunal.

Silva (2004, p. 49), citando Castanheira Neves, converge com o autor no sentido de que os precedentes, diferentes dos assentos portugueses - o que no nosso caso seriam as súmulas vinculantes dos tribunais - valem mais por seus fundamentos enquanto *rationes decidendi*, ligados ao caso e as suas circunstâncias. O jurista assevera que

o precedente, ao contrário da súmula e da jurisprudência predominante, e instrumentos análogos, surge não para consolidar, mas para modificar a jurisprudência até então seguida pelo tribunal. Esse sentido transformador do precedente, através do qual a ordem jurídica se rejuvenesce, para acompanhar as exigências sociais, permite, como ocorre no caso americano, que as cortes supremas contribuam para o progresso e constante modernização do direito, assegurando-lhe unidade, função primordial a ser exercida pelas supremas cortes e que as nossas dificilmente poderão exercer em sua plenitude, assoberbadas como estão por um volume extraordinário de recursos, que as torna, por isso mesmo, cortes ordinárias, julgando em terceira instancia questões do exclusivo interesse dos respectivos litigantes.

Na respectiva obra, Silva (2004) aponta, conforme visto, o volume exagerado de recursos como uma das causas da crise do Judiciário brasileiro, o qual, calcado em um paradigma racionalista, não consegue ir ao encontro da ideia de unidade do direito, assim como não converge para a existência de uma democracia como efetivamente deveria ser possibilitado pela jurisdição.

Resta estabelecido dois paradigmas divergentes: de um lado a versão rigorosa da tese da norma abstrata, segundo a qual o juiz seria vinculado a decidir de modo uniforme, aplicando dedutivamente uma regra geral sem neste ato ter contato com os fatos do caso. De outro lado, o paradigma vinculado a justiça da decisão ou justiça do caso concreto, crença de que o juiz deve decidir tendo em conta

somente o caso particular, sem tomar em consideração a regra geral. Nesse duplo paradigma, a jurisprudência que atua produzindo súmulas, aproxima-se de uma teoria universalista, de outro lado, se considerar-se as decisões produzidas pela corte inferior e pelo juízo de primeiro grau, trata-se de um particularismo. A situação ideal seria o caso que a corte suprema se mostra sensível às exigências de justiça que nascem da situação concreta que são objeto da decisão, bem como se o juiz singular aponte as interpretações que provem da corte suprema, nos casos que esta interpretação fornecer ou não regra apta de realizar justiça no caso concreto (TARUFFO, 2015, p. 262).

Para tal, o art. 489 prescreve no sentido de que “Não podemos mais tolerar as simulações de fundamentação nas quais o juiz repete o texto normativo ou a ementa de julgado que lhe pareceu adequado ou preferível, sem justificar a escolha. Devemos patrocinar uma aplicação dinâmica e panorâmica dessa fundamentação que gere inúmeros benefícios, desde a diminuição das taxas de reformas recursais, passando pela maior amplitude e profundidade dos fundamentos determinantes produzidos nos acórdãos e chegando até mesmo a uma nova prática decisória na qual os tribunais julguem menos vezes casos idênticos em face da consistência dos julgamentos anteriores.” (THEODORO JÚNIOR et al., 2015, p. 220).

7 CONCLUSÃO

A concepção sobre o direito muda, de modo que os precedentes não devem ser seguidos porque constituem direito positivo produzido por autoridade, mas porque o sistema exige um método racionalista baseado em um quê universalista e imparcial. Abrande-se, dessa forma, a distinção entre *ratio decidendi* e *obter dictum*. As pressuposições que há sempre uma *ratio decidendi* e de que esta tem uma autoridade absoluta são ficções positivistas. Ao invés de buscar encontrar uma única *ratio* em cada caso, deve-se admitir

que há sempre um grau de indeterminação do direito jurisprudencial e que nós podemos extrair diferentes *ratios* de um mesmo caso.

O importante dos precedentes judiciais é que não seja desvinculado os fatos da presente situação que a resguarda como situação preexistente. Esse é o núcleo central da importância do precedente judicial e de sua eficácia vinculante. Nem o sentido do texto se esgota em si mesmo pelo sentido dado pelo legislador, nem o precedente esgota por si mesmo o sentido que imprimiu o julgador que decidiu anteriormente. Assim, vista as diferenças existentes entre precedente, súmula e jurisprudência, podemos distanciar o precedente das outras formas de expressão normativa, pois o precedente consiste em uma conexão primordial com o fato que lhe deu ensejo. Isto porque com a conexão com o fato, é possível realizar uma análise histórica do precedente, para determinar se ele deve ser comprimido, expandido, revogado, ou mantido por atender aos fatores sociais da época em que ele é aplicado. Não é porque os precedentes são provenientes de um sistema estrangeiro ao nosso que eles não podem ser aplicados também em nosso sistema. A questão é extrair o núcleo central da metodológica do precedente, qual seja a aplicação analógica a partir do desvelamento da *ratio decidendi*, para que ele não seja objetificado e fique estagnado no tempo.

Como fonte de direito deve-se considerar todo o sentido cognitivo necessário para o jurista indicar tudo o que pode valer para a experiência jurídica do passado com o fito de que ela se desvele frente a abertura conceitual. Os precedentes poderiam figurar como um bom elemento de historicidade frente ao contraditório como elemento democrático, em que regras e princípios toam os sentidos plurais dos contextos. A normativa dos precedentes apresenta como elementos centrais as decisões anteriores tidas como paradigmáticas junto aos fatores históricos e sociais de determinado momentos.

A adoção dos precedentes no direito brasileiro induz a necessidade dos operadores e dos estudantes de conhecerem os entendimentos proferidos pelos tribunais superiores, bem como

uma preparação dos advogados e dos juristas para bem considerá-los na decisão judicial (THEODORO JÚNIOR et al., 2015, p. 25).³⁴ A consideração dos precedentes no processo judicial, unido aos deveres de fundamentação do juiz, trazem ao sistema brasileiro uma nova forma de se realizar a argumentação jurídica. Caberá, assim, aos advogados, principalmente, a ampliação e aplicação dos precedentes, uma vez que ao juiz caberá realizar a distinção por via da imprescindível fundamentação. O que importa para a ciência social é encontrar teorias que expliquem a manifestação de fenômenos isolados, e não de uma sociedade inteira, de modo que seja compreendido que cada modelo de desenvolvimento possui um sistema interno (NONET; SELZNICK, 2010, p. 60). A dinâmica histórica pode muito oferecer ao localizar dinâmicas específicas, com o fim de se apoiar sobre outros modelos mais flexíveis.

A ontologia dos precedentes judiciais permite que o direito seja o reflexo do tempo, demonstrando os valores que sustentam a sociedade, a economia e a política, com possibilidade de ampliar o contraditório e harmonizar as decisões judiciais, como forma de tornar o Direito mais coerente e humano; como reflexo daquilo que normatiza.

REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

³⁴ Onde estaria a legitimidade democrática do Judiciário, que não é eleito nem escolhido por esse ator decisivo que é o povo? Sua legitimação decorre não do sufrágio universal como nas outras esferas de poder, mas de uma legitimação procedimental que encontra no irrestrito acesso ao Judiciário, no contraditório, na publicidade e na fundamentação os mais altos desígnios da legitimidade democrática, pois é através do processo, como garantia constitucional do Estado Democrático de Direito, que o direito é realmente criado, e não a lei. Sem falar no grau de credibilidade social que usufrui o Judiciário quando comparado ao Executivo e ao Legislativo, pois é o mais ético deles (RIBEIRO, 2010, p. 104-105).

CALAMANDREI, Piero. *Proceso y Democracia*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.

CARDOZO, Benjamin N. *A Natureza do Processo e a Evolução do Direito*. Porto Alegre: Coleção Ajuris, 1978.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente Judicial como Fonte de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

DIDIER, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória*. 10. ed. Salvador: Juspodvm, 2015.

DWORKIN, Ronald. Deben nuestros jueces ser filósofos? Pueden ser filósofos? *Revista Estudios de Derecho*, v. 64, n. 144, 2007.

FAVELA, José Ovalle. Sistemas Jurídicos y Políticos, Proceso y Sociedad. In: KAPLAN, Marcos (Compilador). *Estado derecho y sociedad*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1981. (Serie J? Enseñanza del Derecho y Material Didáctico. Núm. 3).

FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. 8. ed. Tradução Eliane Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FRIEDMAN, Lawrence M. *Introducción al Derecho Norteamericano*. Zaragoza: Librería Bosch, 1988.

GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método I. *Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 3. ed. Tradução Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.

GERHARDT, Michael J. *The Power of Precedent*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

NERY JUNIOR, Nelson; ABOUD, Georges. *Stare Decisis vs Direito Jurisprudencial*. In: FREIRE, Alexandre et al. (Org.). *Novas Tendências do Processo Civil: estudos sobre o projeto do novo código de processo civil*. Bahia: Juspodvm, 2013.

KOSELLECK, Reinhart; GADAMER, Hans-Georg. *Historia y hermenéutica*. Barcelona: Paídos, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A Ética dos Precedentes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. Uma nova realidade diante do projeto de CPC: a ratio decidendi ou os fundamentos determinantes da decisão. In: FREIRE, Alexandre et al. (Org.). *Novas Tendências do Processo Civil: estudos sobre o projeto do novo código de processo civil*. Bahia: Juspodvm, 2013.

MEDINA, José Miguel Garcia; FREIRE, Alexandre; FREIRA, Alonso Reis. Para uma compreensão adequada do sistema de precedentes no projeto do Novo Código de Processo Civil. In: FREIRE, Alexandre et al. (Org.). *Novas Tendências do Processo Civil: estudos sobre o projeto do novo código de processo civil*. Bahia: Juspodvm, 2013.

MITIDIERO, Daniel. Precedente, Jurisprudência e Súmulas no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. *Revista de Processo*, v. 245, p. 333-347, jul. 2015.

NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. *Direito e Sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo*. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. São Paulo: Forense, 2000.

RAMIRES, Maurício. *Crítica à Aplicação de Precedentes no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional às formas de tutelas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SANTOS, Paulo Junior Trindade dos; TACCA, Adriano. A Verdade no Novo CPC: Por Uma Construção Hermenêutica. *Index Law Journals*, v. 2, n. 1, jan./jun. 2016.

SCHAUER, Frederick. Precedent. *Stanford Law Review*, v. 39, p. 571-605, 1986-1987.

SILVA, Ovídio Baptista. *Processo e Ideologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lênio; ABBOUD, Georges. *O que é isto? - o sistema (sic) de precedentes no CPC?* Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>>. Acesso em: 22 fev. 2017.

TARUFFO, Michele. *La funzioni dele Corti Supreme tra uniformità e giustizia*. Salvador: Juspodivm, 2015. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes).

TARUFFO, Michele. *Precedente e jurisprudência*. Disponível em: <<http://civilistica.com/precedente-ejurisprudencia>>. Acesso em: 14 fev. 2017.

TESHEINER, José Maria. *Precedentes, jurisdinormação e fundamentação da sentença*. Disponível em: <https://www.academia.edu/28266388/Precedentes_jurisdinorma%C3%A7%C3%A3o_e_fundamenta%C3%A7%C3%A3o_da_senten%C3%A7a>. Acesso em: 14 fev. 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 47. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015. v. 3.

THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. *Novo CPC: Fundamentos e Sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e Evolução do Direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Precedentes normativos formalmente vinculantes*. Salvador: Juspodivm, 2015. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes).

CAPÍTULO IV

IDENTIDADE E GÊNERO: A TUTELA DOS DIREITOS HUMANOS/FUNDAMENTAIS DA MULHER E O DISCURSO DA IGUALDADE

Andressa de Freitas Dalmolin¹

Ismael Pereira da Silva²

Thaís Janaina Wenczenovicz³

RESUMO

Atualmente, em âmbito internacional, os direitos humanos estão reconhecidos em inúmeros instrumentos legislativos, resultando em um complexo sistema complementar de proteção, marcado pela coexistência de dois Sistemas, um Geral, e outro, Especial. O Sistema Geral é voltado à proteção de qualquer indivíduo, apontado de forma genérica e abstrata, ao passo que, no Sistema Especial de Proteção, fazem parte Declarações e Convenções para tratar de determinados grupos caracterizados como vulneráveis, considerando categorizações relativas ao gênero, idade, etnia, raça, dentre outros. Atualmente, passado mais da metade da segunda década do século XXI, nota-se que as mulheres alcançam gradativamente inúmeros direitos, porém há muito que se evoluir em escala mundial. A Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher fundamenta-se na dupla obrigação de eliminar a discriminação e de promover a igualdade. Para tanto, prevê a possibilidade de adoção de ações afirmativas, medidas especiais e temporárias com o objetivo

¹ Mestranda Programa de Pós-graduação em Direitos Fundamentais/UNOESC.

² Bolsista Iniciação Científica CPNq/UERGS.

³ Docente adjunta/pesquisador sênior da Universidade Estadual do Rio Grande do Sul/UERGS. Professora Titular no Programa de Pós-Graduação em Educação/UERGS. Professora Colaboradora no Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Educação da Universidade Estadual do Paraná - UNIOESTE. Professora colaboradora no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direitos Fundamentais/UNOESC. Avaliadora do INEP - BNI ENADE/MEC. Membro do Comitê Internacional Global Alliance on Media and Gender (GAMAG) - UNESCO.

de eliminar desigualdades historicamente acumuladas, visando a igualdade de gêneros e o resgate de minorias subjugadas. Nesse contexto, o trabalho objetiva analisar as relações de gênero e a história das mulheres e do feminismo no Brasil, bem como interrelacionar os direitos humanos/fundamentais em uma perspectiva sensível ao caso das mulheres. Enquanto procedimento metodológico utiliza-se do bibliográfico-investigativo.

Palavras-chave: Direitos Humanos/Fundamentais. Feminismo. Igualdade de Gênero.

1 INTRODUÇÃO

O modelo de sociedade patriarcal foi adotado ao longo dos séculos, perpassando por períodos em que a mulher não votava, não herdava, não possuía renda própria. Inúmeros são os estudos realizados sobre essa temática e, ainda observa-se várias ações de violência e negação de identidade(s) as mulheres. Ainda hoje, a exigência de comportamento diferenciado entre homens e mulheres é notória, tanto na vida social quanto privada. Desde cedo, a menina é ensinada a conter-se, a privar-se, a recolher seus anseios, a não se expor, a domar suas pretensões e desejos.

O Código Civil brasileiro de 1916 trazia em seus artigos o instituto do *pátrio poder*, ou seja, o poder do marido em regular a família. Isso se dava em todos os âmbitos, desde decisões na educação dos filhos, administração do patrimônio, até a representação e comando da família, vigendo a prevalência do interesse do homem em detrimento da vontade do outro pilar familiar, a esposa.

Na década de 1980, o Sistema Normativo Global Especial da Organização das Nações Unidas, promulgou a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, ratificada pelo Brasil, que, contudo, apresentou veto ao artigo 16 da mencionada convenção, cujo texto trazia a igualdade de poderes entre marido e mulher no âmbito da vida privada.

Tal situação modificou-se em 1988 com a Constituição Federal brasileira que trouxe a igualdade entre o homem e a mulher em seu texto. Finalmente, em 2002, um novo Código Civil Brasileiro foi publicado e com seu advento, o termo pátrio poder foi substituído por poder familiar.

O devido estudo divide-se em três partes. A primeira apresenta reflexões pontuais sobre os Direitos Fundamentais/ Humanos. A segunda traz um relato sobre a história das mulheres, com destaque para as legislações civis e a terceira expõe uma breve história do feminismo no Brasil, além de um debate sobre a questão de gênero na contemporaneidade. Utiliza-se como procedimento metodológico o método bibliográfico-investigativo.

2 DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para uma melhor compreensão entre as terminologias “direitos humanos” e “direitos fundamentais”, faz-se necessário passar pelo conceito de direitos do homem ou direitos naturais.

A fim de explicar o que seria o direito natural, Lafer (1998) cita Aristóteles, estabelecendo uma distinção dicotômica entre lei particular e lei comum, sendo a primeira, aquela que cada povo dá a si mesmo, podendo as normas dessa lei particular serem escritas ou não escritas, ao passo que a segunda, a lei comum, seria aquela conforme a natureza, existindo algo que todos adivinhamos sobre o que por natureza seria justo ou injusto.

Aquilo que todos adivinhamos ser justo, condiz, portanto, com os direitos do homem, aptos à proteção global em todos os tempos, todas as culturas, independente de raça, credo, cor, religião, etnia, sexo, religião, cidadania e, pelo fato de não dependerem

do reconhecimento formal dos poderes públicos, são considerados naturais ou acima e antes da lei.⁴

Já os direitos humanos são exatamente os direitos do homem, mas positivados numa órbita internacional. São esses direitos naturais, da essência do próprio homem, inerentes, intrínsecos, mas normatizados, positivados, em documentos internacionais, como declarações, tratados e convenções.

Por sua vez, os direitos fundamentais, conforme Canotilho (2002), são aqueles positivados numa ordem jurídica interna dos Estados. Portanto, os direitos em comento são aqueles reconhecidos pela ordem constitucional de determinado país, perfazendo deste modo, o rol de direitos previstos na Constituição.

Em suma, pode-se dizer que os direitos humanos são os direitos do homem positivados numa órbita internacional e os direitos fundamentais, esses mesmos direitos, positivados num ordenamento doméstico, pertencente a cada Estado.

No que pertine à amplitude dos direitos, tem-se que os direitos humanos são mais amplos que os direitos fundamentais, eis que estes últimos não possuem um campo de aplicação tão extenso quanto aqueles, ainda mais quando considera que nem todos os direitos fundamentais previstos nas constituições internas são exercitáveis por todos, indistintamente (MAZZUOLI, 2015).

⁴ Os defensores das teses do universalismo metafísico dos direitos humanos fundamentais sustentam que os indivíduos possuem direitos inerentes que lhes acompanham desde o nascimento e que não são produzidos pelas ordens jurídicas, nacional ou internacional, razão pela qual devem ser observados, independentemente do local, cultura ou época em que estejam inseridos. Nesse sentido, vê-se que a Declaração da Organização dos Estados Americanos, de 1948, foi a instituição pioneira a adotar esse argumento, verificado no primeiro parágrafo de seu preâmbulo, no qual afirma que “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos” (BAEZ, MOZETIC, 2013).

Diferentemente, os direitos humanos podem ser reivindicados por todos os cidadãos do planeta, bastando ocorrer a violação de um direito seu reconhecido em documento internacional aceito pelo Estado em cuja jurisdição se encontre (MAZZUOLI, 2015).

Por outro lado, os direitos fundamentais, estando estampados nos ordenamentos jurídicos, encontram mecanismos de proteção mais efetivos. Sabe-se que a adoção pelos Estados soberanos dos direitos reconhecidos numa ordem internacional trata-se de mera faculdade e, ainda que haja posituação, não necessariamente serão respeitados de forma prática, no entanto, a própria legitimidade de um ordenamento jurídico constitucional tem sido medida por sua anuência aos direitos humanos, provocando, cada vez mais, dessa forma, a aproximação entre os direitos fundamentais⁵ previstos nas

⁵ Convém registrar que, especialmente a partir da Segunda Grande Guerra, buscando enfatizar o papel privilegiado dos princípios estruturantes (princípios fundamentais) e dos direitos e garantias fundamentais, a maioria das constituições passou a situar tais disposições na parte inicial do texto constitucional, e não, como ocorria em muitos casos (inclusive no Brasil, até a Constituição Federal de 1988), depois da assim chamada parte orgânica, que versa sobre a estrutura e organização do Estado e dos poderes. Mediante tal técnica e em termos gerais, pelo menos três coisas passaram a ficar bem definidas no âmbito do constitucionalismo contemporâneo: (a) é o Estado que existe para o ser humano e não o ser humano para o Estado; (b) *os princípios fundamentais (el ou os assim chamados “valores superiores”) e os direitos e garantias fundamentais, embora não tenham primazia normativa formal, no sentido de permitirem a declaração de inconstitucionalidade de outros dispositivos da constituição, merecem uma proteção e uma normatividade reforçada e servem de critérios materiais para a interpretação e aplicação das demais normas constitucionais* e, em especial, infraconstitucionais. É precisamente por tal razão que alguns princípios fundamentais (inclusive os que dispõem sobre as decisões políticas fundamentais, como a forma de governo, a forma de Estado, a separação de poderes, o regime democrático etc.) e os direitos fundamentais, ainda que nem todos, e nem sempre da mesma forma, em muitas ordens constitucionais, são acompanhados de garantias especiais, como é o caso das assim chamadas “cláusulas pétreas”, da aplicabilidade imediata e da vinculação direta de todos os órgãos estatais aos direitos fundamentais, determinados instrumentos processuais para sua

constituições dos Estados e o sistema internacional de proteção aos direitos humanos.

Essa aproximação provoca uma relativização ainda maior das diferenças entre direitos humanos e direitos fundamentais. Percebe-se, dessa forma, diante do fenômeno da internacionalização, a necessidade de uma concepção mais aberta sobre esses direitos, na qual seja possível a defesa da pessoa humana em quaisquer tipos de relações, sejam internas ou não. Destarte, a necessidade do aperfeiçoamento dos sistemas de proteção que atuam nas esferas domésticas e internacional é tão importante.

Por fim, tem-se que, a doutrina moderna vem optando pelo uso da terminologia “direitos humanos fundamentais”, já que os vários documentos internacionais que fazem parte do sistema de proteção aos direitos humanos, por vezes se utilizam da nomenclatura “direitos humanos” e por outras, “direitos fundamentais”, devendo a diferenciação de nomenclatura ser flexibilizada, já que os conceitos de ambas estão intimamente ligados.

Diante de uma aproximação cada vez maior entre os direitos humanos e os direitos fundamentais nota-se como é imprescindível um tratamento que privilegie as aproximações e não as diferenciações. Para tanto, entende-se que a denominação mais adequada é “direitos humanos fundamentais”.

Superada a questão terminológica, há que se esclarecer as várias gerações, fases ou ainda, dimensões de direitos humanos, já que estes não foram reconhecidos de uma única vez, pelo contrário, trata-se de conquista fruto de muitas lutas e batalhas.

Os direitos humanos fundamentais de primeira geração estão relacionados às revoluções burguesas. Trazem uma conotação

proteção na esfera judiciária, entre outros; (c) *as constituições, em maior ou menor medida, explicitam uma ordem preferencial de valores* (SARLET, 2009).

negativa, pois estão fundamentados na ideia de liberdade frente ao próprio Estado.

O Estado passa a não intervir, a se abster. São também conhecidos como liberdades públicas negativas ou direitos civis e políticos. Encontram a sua justificativa na liberdade frente ao estado absolutista que tinha o poder sobre a própria vida⁶ do cidadão.

Nesse norte, a característica principal dos direitos humanos de primeira geração é a não intervenção do Estado. Tem-se o Estado não atuando, não matando, não confiscando a propriedade, abstendo-se de praticar determinados atos em prol de uma igualdade formal entre os indivíduos.

Quanto aos direitos de segunda geração, direitos sociais, econômicos e culturais, tiveram seu reconhecimento devido às reivindicações dos movimentos socialistas, diferente dos de primeira

⁶ Concretamente, esse poder sobre a vida desenvolveu-se a partir do século XVII, em duas formas principais; que não são antitéticas e constituem, ao contrário, dois polos de desenvolvimentos interligados por todo um feixe intermediário de relações. Um dos polos, o primeiro a ser formado, ao que parece, centrou-se no corpo como máquina: no seu adestramento, na ampliação de suas aptidões, na extorsão de suas forças, no crescimento paralelo de sua utilidade e docilidade, na sua integração em sistemas de controle eficazes e econômicos- tudo isso assegurado por procedimentos de poder que caracterizam as disciplinas: anátomo-política do corpo humano. O segundo, que se formou um pouco mais tarde, por volta da metade do século XVIII, centrou-se no corpo-espécie, no corpo transpassado pela mecânica do ser vivo e como suporte dos processos biológicos: a proliferação, os nascimentos e a mortalidade, o nível de saúde, a duração da vida, a longevidade, com todas as condições que podem fazê-los variar; tais processo são assumidos mediante toda uma série de intervenções e controles reguladores: uma bio-política da população. As disciplinas do corpo e as regulações da população constituem os dois polos em torno dos quais se desenvolveu a organização do poder sobre a vida. A instalação - durante a época clássica, desta grande tecnologia de duas faces - anatômica e biológica, individualizante e especificante, voltada para os desempenhos do corpo e encarando os processos da vida - caracteriza um poder cuja função mais elevada já não é mais matar, mas investir sobre a vida, de cima a baixo (FOUCAULT, 1988, p. 130).

geração que nasceram de revoluções burguesas e são uma consequência das limitações da primeira geração de direitos humanos.

Possuem conotação positiva, à medida que o Estado deverá intervir, atuar, fornecer, para que os direitos sejam postos em prática. São direitos que reclamam a prestação do Estado, a fim de que seja assegurada a igualdade material entre os seres humanos, já que versa sobre a dimensão que se importa com o hipossuficiente, com a igualdade em sentido substancial.

Os direitos de terceira geração, conhecidos como aqueles direitos de fraternidade ou solidariedade, possuem uma principal diferença com relação aos de primeira e segunda geração, eis que nestes, o titular é o indivíduo ou a coletividade, ao passo que naquele, o titular do direito é a coletividade. Passaram a ser reconhecidos após a década de 1980.

São os direitos ao progresso, à comunicação, à autodeterminação dos povos, ao meio ambiente saudável, à paz e, como dito, são direitos transindividuais, transpõem os indivíduos.

Essas três dimensões dos direitos humanos já foram inclusive reconhecidas, em nosso país, nas decisões do Supremo Tribunal Federal, contudo, outras existem no campo doutrinário, onde se trata hoje, já da quinta dimensão dos direitos humanos, sendo relacionada com a paz mundial no século XXI, ao passo que a quarta geração versa sobre as novas descobertas tecnológicas, da robótica, da medicina, dentre outros.

Só pela observância de que os direitos humanos não foram reconhecidos de uma só vez aliado ao fato da corrente transformação da sociedade e consequente observância de reconhecimento de mais direitos, nota-se que aqueles não são limitados, não fazem parte de um rol taxativo e podem ser expandidos ou reconhecidos a qualquer momento.

Atualmente, em âmbito internacional, os direitos humanos estão reconhecidos em inúmeros instrumentos legislativos, resultando em um complexo sistema complementar de proteção, marcado pela coexistência de dois Sistemas, um Geral, e outro, Especial.

O Sistema Geral de Proteção é voltado à proteção de qualquer indivíduo, apontado de forma genérica e abstrata, ao passo que, no Sistema Especial de Proteção, fazem parte Declarações e Convenções para tratar de determinados grupos caracterizados como vulneráveis, considerando categorizações relativas ao gênero, idade, etnia, raça, dentre outros.

Para Piovesan (2015, p. 143),

Promover a observância e a proteção dos direitos humanos na América é a principal função da Comissão Interamericana. Para tanto, cabe-lhe fazer recomendações aos governos dos Estados-partes, prevendo a adoção de medidas adequadas à proteção desses direitos; preparar estudos e relatórios que se mostrem necessários; solicitar aos governos informações relativas às medidas por eles adotadas concernentes à efetiva aplicação da Convenção; e submeter um relatório anual à Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos.

Na esteira desse reconhecimento de grupos subalternos, ou seja, relegados, não ouvidos, não representados, nasce o Sistema Especial de Proteção e dele, faz parte a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, aprovada pelas Nações Unidas em 1979, impulsionada pela proclamação em 1975 do Ano Internacional da Mulher.

3 A HISTÓRIA DAS MULHERES E AS LEGISLAÇÕES REGULADORAS DA VIDA CIVIL

Quando se fala em gêneros masculino e feminino, a imparcialidade, quando não, a rejeição, tem início antes mesmo do início da vida, com a predileção do futuro genitor pelo filho do sexo masculino e com o quase inocente comentário do futuro avô sobre a

importância daquela união frutificar em um membro masculino a fim de levar o nome da família adiante.

Perrot (2016, p. 42) assinala que quando ao contar a história das mulheres, sugere iniciar pelo começo, qual seja, o nascimento, afirma que “a menina é menos desejada”, em razão dos diferentes valores atribuídos aos sexos, e conclui aduzindo que até mesmo o mundo sonoro é sexuado, eis que antigamente, os sinos soavam por menos tempo para o batismo de uma menina.

A desigualdade iniciada antes do início da vida, mantém-se até o último momento, já que a distinção entre salários e oportunidades ao longo de uma vida rendem menores aposentadorias e menor poder econômico para uma velhice tranquila.

Em acordo ao Relatório Mulheres no Trabalho (2016), os dados nas pesquisas demonstram a disparidade entre os salários recebidos pelos homens e pelas mulheres por salário de igual valor. Segundo a ONU, tal disparidade é causa fundamental da desigualdade em termos de renda ao longo de toda a vida e também da diferença nas aposentadorias (OIT, 2016, p. 3)

Em pleno século XXI, o início e o final da vida marcados pela discriminação demonstram apenas que durante uma grande parte da vida as mulheres ficam relegadas a um segundo plano. Além de uma vida inteira de discriminação, toda uma história das mulheres, ao perpassar dos séculos, está assim marcada:

A história das mulheres no mundo capitalista e socialista, ocidental e oriental, é marcada pela discriminação. Diferenças sexuais foram pretexto para definir relações hierárquicas, homens nas posições de dominação e mulheres subordinadas. Esta relação de dominação-subordinação, marcada pela condição de gênero, repete-se entre e dentro das classes sociais, nos grupos étnicos e entre gerações. Nas sociedades capitalistas, homens brancos e de elevadas posições econômicas situam-se no

alto da pirâmide de poder que os homens de qualquer outro grupo étnico mesmo que economicamente bem situados, e assim por diante. As mulheres negras e pobres são as que se situam nas posições mais baixas dessa hierarquia. (BLAY, 2002, p. 09).

No decorrer dos séculos em que o modelo de sociedade patriarcal foi adotado, transcorrendo por períodos de total subalternização e minimização, resultam na sociedade que temos hoje.

Do filósofo grego Aristóteles (384-322 a. C.), que com suas reflexões e ideais marcou também o Direito Romano, inspiração do nosso direito atual, e posteriormente, toda a cultura jurídica europeia, ao criador da psicanálise, Sigmund Freud, a mulher é um ser de segunda qualidade.

Primeiramente sobre a representação do sexo feminino. De Aristóteles a Freud, o sexo feminino é visto como uma carência, um defeito, uma fraqueza da natureza. Para Aristóteles⁷, a mulher é um homem mal-acabado, um ser incompleto, uma forma malcozida. Freud faz da “inveja do pênis” o núcleo obsedante da sexualidade feminina. A mulher é um ser em concavidade, esburacado, marcado para a possessão, para a passividade. Por sua anatomia. Mas também por sua biologia. Seus humores - a água, o sangue (o sangue impuro), o leite - não têm o mesmo poder criador que o esperma, elas são apenas nutrizes. (PERROT, 2016, p. 63).

⁷ Salienta-se ainda o papel do pensamento grego na definição dos conceitos de Direito e Justiça. Avulta a este respeito a obra de Aristóteles (384-322 a. C.). Para ele, o Direito é fundamentalmente a realização objetiva da Justiça. Distingue duas formas de Justiça: a *distributiva* e a *corretiva*. A primeira diz respeito à repartição de bens comuns; a segunda, às transações particulares, voluntárias ou involuntárias. Em ambos os casos visa-se a igualdade [...] (VICENTE, 2014, p. 95).

Durante todo o intervalo entre a Grécia Antiga e o século passado, os relatos sobre as vidas e direitos das mulheres não destoam. Na Idade Média, a mulher casada era dependente e dona de casa, cabendo a ela usar apenas os poderes que lhe são conferidos ou relegados. Diante das estratégias de linhagem, o casamento arranjado era prática corriqueira, sendo o amor conjugal um golpe de sorte. O amor realizava-se mais fora do casamento que dentro, e embora fosse amplamente tolerado para os homens, não o era para as mulheres, cujo adultério era passível de ser levado aos tribunais, enquanto os maridos, só poderiam ser condenados se o praticassem no domicílio conjugal (PERROT, 2016, p. 47).

Dependente juridicamente, ela perde seu sobrenome. Está submetida a regras de direito que têm por objetivo principal proteger a família: costumes do Antigo Regime; Código Civil eminentemente patriarcal, dado por Napoleão à França e mesmo à Europa, que, de algum modo, o adota e que praticamente deixa as mulheres sem nenhum direito. (PERROT, 2016, p. 47).

O Código Civil francês de 1804, denominado *Código Napoleão*, completou 200 anos em 2004 e sobreviveu a 10 Constituições Federais. Sua grande importância se dá por ser o verdadeiro ponto de partida do movimento codificador, além de fruto mais duradouro. Da França, o Código irradiou para diversos outros países, como por exemplo, os Países Baixos, a Itália e a Espanha, que adotaram códigos civis de matriz francesa. Dentre outros destaques, tem-se a preferência pelo modelo da família patriarcal e a consagração do dever de obediência da mulher ao marido⁸ e da incapacidade negocial da mulher casada (VICENTE, 2014, p. 124-125).

⁸ Art. 213 da versão original do Código: O marido deve proteção à sua mulher, a mulher obediência ao seu marido. Idem, art. 1124: Os incapazes

Na esteira do movimento codificador, no Código Civil alemão, que entrou em vigor em primeiro de janeiro de 1900, também prevaleceu a concepção patriarcal, conferindo ao marido o poder de decisão em todas as questões relativas à vida conjugal, sobrevivendo mudança no ano de 1957 no que pertine a lei de igualdade de direitos entre marido e mulher no direito civil. O Código Civil alemão teve influência em diversos outros países, como por exemplo, Suíça, Itália e Holanda (VICENTE, 2014, p. 126-128).

Já o primeiro Código Civil Brasileiro (1916), nascido de um trabalho preparatório do jurista brasileiro Augusto Teixeira de Freitas, publicado em 1858, teve no sistema jurídico lusófono um importante precursor. O Código português (1867) inspirou-se tanto no Código Napoleônico como na codificação germânica e, em 1966 foi substituído por outro, cuja primeira reforma ocorreu em 1976/1977, após a revolução portuguesa (1974), passando a acolher a igualdade entre os cônjuges (VICENTE, 2014, p. 131-134).

O Código Civil brasileiro de 1916 trazia em seus artigos o instituto do *pátrio poder*, ou seja, o poder do marido em regular a família. Isso se dava em todos os âmbitos, perpassando por decisões na educação dos filhos, administração do patrimônio, representação e comando da família, vigendo a prevalência do designo do homem em detrimento da vontade do outro pilar familiar, a esposa.

Na década de 1980, o Sistema Normativo Global Especial da Organização das Nações Unidas, promulgou a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, ratificada pelo Brasil, que, contudo, apresentou veto ao artigo 16 da mencionada convenção, cujo texto trazia a igualdade de poderes entre marido e mulher no âmbito da vida privada.

de contratar são os menores, os interditos, as mulheres casadas nos casos expressos na lei e, de um modo geral, todos aqueles a quem a lei interditou certos contratos (VICENTE, 2014, p. 125).

A mencionada Convenção trata-se de um dos maiores paradoxos envolvendo a legislação em defesa dos Direitos Humanos, já que é a Convenção que possui o segundo maior número de países ratificadores e ao mesmo tempo, a primeira em número de reservas desses países, já que estes não queriam deixar de assiná-la, mas ao mesmo tempo, não concordavam que esposa e esposo tivessem os mesmos direitos no âmbito familiar.

Tal situação modificou-se em 1988 com a Constituição Federal brasileira que trouxe a igualdade entre o homem e a mulher em seu texto. Em 1992, já sob a égide da nova constituição, o Brasil deixou de vetar o artigo 16 da Convenção supra. Finalmente, em 2002, um novo Código Civil Brasileiro foi publicado e com seu advento, o termo pátrio poder foi substituído por poder familiar.

Contudo os indicativos demonstram que, embora a Constituição da república garanta a igualdade formal, a igualdade material está longe de ser alcançada e que um dos motivos para tamanho afastamento das mulheres dos espaços públicos e de que desenvolvam interesse por esses ambientes, é o número de horas dedicados, ao longo de uma vida, aos serviços domésticos.

Ainda hoje, a exigência de comportamento diferenciado entre homens e mulheres é notória, tanto na vida social quanto privada. Desde cedo a menina é ensinada a conter-se, a privar-se, a recolher seus anseios, a não se expor, a domar suas pretensões e desejos.

Apureza e a virgindade foram por muito tempo tratadas como o capital mais precioso da mulher, inclusive em épocas recentes, para a Igreja de João Paulo II e Bento XVI a virgindade constituía um bastão da moral cristã⁹ ou do sagrado. A virgindade das mulheres pertencia

⁹ A doutrina cristã exerceu, por outro lado, forte influência no Direito da Família dos países latinos, onde o regime jurídico das relações familiares correspondeu durante largo período de tempo, nos seus traços essenciais, ao pensamento da Igreja. Entre esses traços destacam-se: a) A proscrição do concubinato; b) A unidade e a perpetuidade do casamento (o qual

aos maridos, que se apoderavam na noite de núpcias, verdadeiro rito de posse. Ritual por muito tempo público, tornou-se cada vez mais íntimo nos séculos XIII e XIV, mas ainda resiste com a prática do lençol manchado na África do Norte (PERROT, 2016, p. 65).

Práticas abolidas em outras partes do mundo ainda persistem no continente africano. Bohn (2012, p. 119), acentua ao escrever sobre saberes e práticas nas tradições moçambicanas¹⁰ que a menina é educada para a procriação, ou seja, para ser mãe e esposa ao cuidar dos irmãos menores, sendo autorizada a fazer perguntas e receber conselhos da mãe ou avó, que advertem a não ficar sozinha com um menino, ao passo que este é preparado para a vida social e política, acompanhando o pai ao campo, fazendo novas amizades, indo às cerimônias fúnebres e celebrações civis e religiosas. O autor questiona:

A partir dessa análise, muitas inquietações podem ser levantadas. Se a função dos ritos é formatar a identidade feminina com base na estrutura de dominação, o que significa o Estado ratificar e legitimar a existência de práticas que acentuam e defendem a desigualdade entre mulheres e homens? Como resolver a contradição entre ritos que ensinam e se fundamentam na passividade da mulher, com a finalidade social da escola e da aprendizagem que requer participação? Como é possível

era, por conseguinte, indissolúvel por divórcio); c) A exigência do mútuo consentimento dos cônjuges para a celebração do casamento; d) A igualdade de deveres dos cônjuges (em especial o de fidelidade); e) A chefia marital da família (VICENTE, 2014, p. 11).

¹⁰ As tradições de algumas regiões impõem que as meninas celebrem os ritos de iniciação logo que entram na puberdade. Consequentemente, já ficam preparadas e orientadas para o casamento, apesar de ainda novas. Sem qualquer tipo de planejamento familiar, engravidam imediatamente, situação que se repete anualmente. Devido às distâncias dos centros de saúde, os partos são frequentemente realizados por parteiras tradicionais e sem as condições adequadas de higiene. As sucessivas gravidezes deterioram dramaticamente a saúde dessas meninas-mães e as afastam da escola (BOHN, 2012, p. 120).

ser cidadã ativa e consciente, se o que se ensina são a obediência e o medo à autoridade suprema do mais velho, do mais sábio e do mais poderoso? (BOHN, 2012, p. 120).

Embora não mais se pratique, a demonstração do lençol manchado, com exceção da África do Norte, questiona-se o que todo esse passado deixou encrustado em nossas mentalidades, pois todo o texto sobre as práticas de iniciação à puberdade em Moçambique não é distante do que é veladamente praticado em nosso país, onde cada um é ensinado desde o nascimento de qual seu papel social.

4 A HISTÓRIA DO FEMINISMO NO BRASIL E A BUSCA PELA IGUALDADE DE GÊNEROS NA ATUALIDADE

Sabe-se que os estudos de gênero pertencem a um campo de pesquisa acadêmica interdisciplinar, que procura compreender as relações de gênero - feminino, transgeneridade e masculino - na cultura e sociedade humanas.¹¹ A área de estudos surge nos Estados Unidos (EUA) como desenvolvimento dos estudos feministas e pós-estruturalistas nos anos 1960, influenciados por Judith Butler e Michel Foucault, e a partir dos anos 1980 passa a agregar questões além do estudo da mulher, como masculinidade e identidade LGBT (SOIHET, 2011, p. 263-283).

As questões pertinentes à igualdade de gênero foram discutidas no Brasil durante as décadas do século XIX. Críticas sobre

¹¹ No XIX, a questão do estudo de gênero foi abordada em diversas obras e revistas através de críticas ao modelo tradicional masculino. A título de exemplo, pode-se citar a obra da feminista alemã Louise Otto-Peters intitulada “Mulheres influentes e seu povo”, a qual critica os métodos de seleção de biografias da época caracterizados pela união aos homens e não por feitos próprios. Neste contexto, inclui-se também o papel da mulher na revolução francesa que também lutaram por igualdades de direitos, seguidos a reivindicações por direitos políticos e sociais principalmente no que se refere a maternidade e posteriormente à questão profissional e do lar.

a sujeição e a exclusão da mulher ocuparam a imprensa escrita da época. As mulheres escreviam sobre política ao passo que atuavam nos movimentos libertários contra a escravidão, pela República e pela abolição dos costumes restritivos. Ressalta-se Nisia Floresta, professora, escritora e viajante, libertou-se de um de um casamento por conveniência, elegeu uma união por amor, fundou uma escola para meninas onde a cultura substituía as limitações do ensino de prendas domésticas. Era uma das mulheres emancipadas do século XIX do Brasil e de outros países que se correspondiam, conheciam mutuamente suas obras literárias e se publicavam (BLAY, 2002, p. 10).

Contudo, as mulheres emancipadas eram exceção, eis que o modelo social cabível às mulheres no século XIX era outro. A “dama” do século XIX era ideada em termos de delicadeza e encanto, passividade sexual e uma emocionalidade encantadoramente instável e caprichosa, noções formalizadas e incluídas na ciência por teóricos homens, inclusive Freud, o qual descreveu a feminidade madura “normal” nesses termos. Assim, as dissociações da histeria, a oscilação e o obscurecimento da percepção e a extrema mutabilidade da sintomatologia associados às desordens femininas do século XIX podem ser vistos como concretizações da mística feminina, produzidas de acordo com as normas que regiam a construção predominante da feminidade, tanto que a palavra “hística” tornou-se quase permutável com o termo “feminino” na literatura do período, que trouxe ainda, outros problemas ligados diretamente às mulheres e a busca pela feminidade, como anorexia e agorafobia¹² (BORDO, 1997, p. 23).

¹² A literatura de protesto inclui abordagens funcionais e simbólicas. Robert Seidenberg e Karen De Crow, por exemplo, descrevem a agorafobia como uma “greve” contra “as renúncias habitualmente exigidas das mulheres” e contra as expectativas das funções de dona de casa, como fazer compras, levar as crianças de carro à escola, acompanhar seus maridos a eventos sociais e assim por diante (1983:31). Carroll Smith-Rosenberg apresenta uma análise similar da histeria, sustentando que, impedindo a mulher de

Quanto à evolução do feminismo nos séculos XIX e XX:

Como todos os movimentos sociais, o feminismo do século XIX teve auge e declínio. Nas duas primeiras décadas do século XX, o movimento ressurgiu num patamar mais elevado ao incorporar as conquistas do século anterior e passou a exigir o dinheiro ao voto, símbolo básico da cidadania. A uma pequena elite de intelectuais de classe média, mulheres que fizeram a universidade no exterior como Bertha Lutz, somaram-se jornalistas, artistas e operárias e constituíram o que se poderia considerar a segunda leva feminista. As brasileiras aderiam ao movimento internacional pelo sufrágio feminino que se espalhava pela Europa e Estados Unidos. Bertha Lutz recepcionou mulheres do Movimento norte-americano que vieram fortalecer a atuação das brasileiras na conquista ao voto. Lutava-se pelo voto em qualquer circunstância, por exemplo, no Centro Acadêmico da Faculdade de Direito de São Paulo onde era negado às alunas. Diva Nazario, estudante daquela Faculdade tentou votar, foi impedida pelas colegas e entrou com uma ação na justiça para garantir seus direitos. Conseguiu depositar seu voto, porém em urna separada. Finalmente seu voto não foi computado. (BLAY, 2002, p. 11).

desempenhar seu papel de esposa abnegada, de “anjo servidor” do marido e dos filhos, a histeria “tornou-se um caminho através do qual as mulheres convencionais podiam expressar - na maior parte dos casos inconscientemente - a insatisfação com um ou vários aspectos de suas vidas” (1983:208). Muitas autoras feministas, entre as quais Susie Ohrbach é a mais eloquente e vigorosa, interpretaram a anorexia como uma espécie de protesto feminista inconsciente. A anoréxica está engajada numa “greve de fome”, como diz Ohrbach (1985, p. 102), realçando esse fato como um discurso político na qual a ação de recusar comida e a dramática transformação do tamanho do corpo “exprimem corporalmente o que a pessoa é incapaz de nos dizer com palavras”- sua acusação a uma cultura que despreza e suprime a fome feminina, torna as mulheres envergonhadas de seus apetites e suas necessidades e exige delas um trabalho constante de transformação de seus corpos (BORDO, 2002, p. 28).

Duas tendências diversas foram observadas aqui, tendo início no final do século XIX, estendendo-se pelas três primeiras décadas do século XX. A primeira delas teve como foco o movimento sufragista liderado por Bertha Lutz e pode ser chamado de feminismo “bem-comportado”, já que era identificado pelo caráter conservador que assumiu, não questionando a opressão da mulher, mas apenas a conquista pela cidadania, como um complemento ao bom andamento da sociedade, mas não caracterizado pelo desejo de alteração das relações de gênero (PINTO, 2003).

A segunda vertente, também conhecida como feminismo “malcomportado”, reúne uma gama heterogênea de mulheres - intelectuais, líderes operárias, anarquistas -, cujo propósito ia além de lutar pelo voto e espaço político, mas lutar pelo direito à educação e temas delicados para a época, como sexualidade e divórcio (PINTO, 2003).

Nos anos 20, as sufragistas fizeram campanhas junto aos representantes políticos, além de passeatas pelas ruas, chegando a jogar panfletos por avião no Rio de Janeiro. Depois de mais de uma década conseguiram que Getúlio Vargas decretasse o direito ao voto em 1933, sendo ratificado pela Constituição de 34. Contudo, diante do golpe de 35, as mulheres só começam a votar dez anos depois, em 1945, o que definitivamente não significava ser candidata ou ser eleita, pois poucas mulheres se elegeram em 1945, sendo a maioria pelo Partido Comunista ou partidos a ele vinculados, e ainda assim, em 1946 os partidos de esquerda foram colocados na ilegalidade e as eleitas perderam o mandato (BLAY, 2002, p. 11).

Uma vez terminada a 2ª Guerra Mundial, inicia-se a Guerra Fria e o mundo divide-se em dois grandes blocos. Da mesma forma deu-se com as mulheres, que se dividiram e passaram a seguir a vertente conservadora, ligada à Igreja Católica ou a corrente progressista, atuando na clandestinidade. Ambos deixaram de incorporar mulheres na estrutura do poder, cuja função era atuar nas bases, como militantes de articulação (BLAY, 2002, p. 11).

No século XX, no Brasil, após o término da Segunda Guerra Mundial, a corrente conservadora, exercia grande influência no controle das mulheres, independente da classe social. A sexualidade era controlada em todos os níveis, valorizando-se a virgindade e a reprodução, sendo o prazer sexual recriminado, fortalecendo-se desta forma, os mais variados tabus sexuais, sendo a vida cotidiana controlada desde o modo de vestir, estética do corpo, o andar, o comportamento social até o âmbito privado, culpabilizando qualquer contato íntimo até com o próprio corpo. Paralelamente, atribuiu-se aos homens regras de conduta perante as esposas, santas, e às outras, prostitutas ou amantes (BLAY, 2002, p. 12-13).

Tais modelos de comportamento sustentaram-se até o a década de 60, quando iniciaram as primeiras rupturas, eclodindo na terceira leva feminista. Dois grandes fatores marcaram a época: golpe militar de 64 e os movimentos feministas norte-americano e europeu. Enquanto em outras partes do mundo a luta referia-se à discriminação da mulher e igualdade de direitos, no Brasil, estes objetivos somavam-se a alvos políticos como a volta da democracia, a anistia aos presos e presas políticos/as. A recuperação de direitos civis marcou o movimento feminista desde o fim de 60, década de 70 e início de 80 (BLAY, 2002, p. 13).

A época era propícia para lutas, eis que os direitos mais singelos foram retirados de forma abrupta durante o regime militar, o que respingou de forma positiva na luta feminista.

As reivindicações feministas eram rondadas pelo descrédito. Os instrumentos da violência, segundo Hannah Arendt, seriam mudos, abdicariam do uso da linguagem que caracteriza as relações de poder, baseadas na persuasão, influência ou legitimidade. Outras definições não fogem desse paradigma: a violência como o não reconhecimento do outro, a anulação ou a cisão do outro (ADORNO, 1991b, 1995; CARDOSO, 1987; MUNIZ, 1996; OLIVEIRA, 1995; PAIXÃO, 1991; TAVARES DOS SANTOS et al., 1999; ZALUAR, 1988, 1989,

1993a, 1994b); a violência como a negação da dignidade humana (BRANT, 1989; CALDEIRA, 1991; FISCHER, 1985; KOWARICK; ANT, 1981); a violência como a ausência de compaixão (ZALUAR, 1994d; SOARES et al., 1996); a violência como a palavra emparedada ou o excesso de poder (TAVARES DOS SANTOS et al., 1999). Em todas elas, ressalta-se, explicitamente ou não, o pouco espaço existente para o aparecimento do sujeito da argumentação, da negociação ou da demanda, enclausurado que fica na exibição da força física pelo seu oponente ou esmagado pela arbitrariedade dos poderosos que se negam ao diálogo (ZALUAR, 1999, p. 7-11).

Foram necessárias quatro décadas e infindáveis pesquisas sobre a disparidade trabalhista, salarial, escolar e nas carreiras para restar inegavelmente caracterizada a discriminação. Outrossim, a questão da violência física e psicológica começou a ser discutida e também teve de enfrentar desconfiança, pois os valores da época pressupunham que a mulher faltava com a verdade e que, a violência não existia ou era provocada pela própria vítima (BLAY, 2002, p. 13).

Após quatro décadas lutando, restou demonstrado que questões íntimas, como a sexualidade feminina, prazer, aborto, direito ao próprio corpo, controle de natalidade, eram temas controlados pelo poder público, e o movimento feminista, em contraposição, começou a propor políticas públicas de planejamento familiar e de saúde integral da mulher, embora tenha-se percebido que a legislação antidiscriminação não era tão eficiente quando se pensava, mas que era necessário fazer ainda mais do leis, garantir escolaridade e mercado de trabalho, eis que nada adiantaria persistisse a situação de colocar-se as estudantes em nichos educacionais menos valorizados ou em área de trabalho de menor remuneração (BLAY, 2002, p. 14).

Atualmente, passado mais da metade da segunda década do século XXI, nota-se que as mulheres têm acesso ao ensino superior, mas continuam em guetos de formação, excluídas de áreas de trabalho científicas importantes, ou pelo menos, são minoria. Se as mulheres

são maioria nos bancos escolares. Como entender a segmentação de gênero nas carreiras?

Estudos realizados pela Comunidade Europeia mostraram que, no quesito gênero, alguns países que a compõem eram mais igualitários que outros. Aqueles adotaram políticas afirmativas igualitárias para a formação escolar e para criar, posteriormente, igualdade de oportunidade. Verificou-se que não bastava ter o discurso da igualdade; era necessário estruturar políticas que induzisse à igualdade no campo das OPORTUNIDADES: oportunidades em novas carreiras, condições para entrada de mulheres em áreas como a participação política, programas políticos planejados e implantados de verdadeira igualdade salarial, incentivo para as áreas que tradicionalmente excluem mulheres como a tecnológica. Mudar paradigmas depende de apoio político para adoção de parâmetros culturais comprometidos com tais mudanças. (BLAY, 2002, p. 15).

A Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher fundamenta-se na dupla obrigação de eliminar a discriminação e de promover a igualdade. Para tanto, prevê a possibilidade de adoção de ações afirmativas, medidas especiais e temporárias com o objetivo de eliminar desigualdades historicamente acumuladas, visando a igualdade de gêneros e o resgate de minorias subjugadas.

Nesse contexto, o direito à redistribuição requer medidas de enfrentamento da justiça econômica, da marginalização e da desigualdade econômica, por meio da transformação nas estruturas socioeconômicas e da adoção de uma política de redistribuição. De igual modo, o direito ao reconhecimento requer medidas de enfrentamento da injustiça cultural, dos preconceitos e dos padrões discriminatórios, por meio da transformação

cultural e da adoção de uma política de reconhecimento. É à luz desta política de reconhecimento que se pretende avançar na reavaliação positiva de identidades discriminadas, negadas e desrespeitadas; na desconstrução de estereótipos e preconceitos; e na valorização da diversidade cultural. (PIOVESAN, 2015, p. 271).

Na mesma esteira, a proteção internacional dos direitos humanos das mulheres foi reforçada pela Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993 e pela Declaração e Plataforma de Ação de Pequim de 1995, ao ressaltarem que os direitos das mulheres são parte inalienável, integral e indivisível dos direitos humanos universais, não havendo como conceber os direitos humanos sem a plena observância dos direitos das mulheres (PIOVESAN, 2015, p. 284).

Segundo Blay (2002, p. 15), se uma sociedade altera a posição da mulher, o homem também terá sua posição alterada e trata-se de um processo induzido, não espontâneo. Neste norte, a fim de promover-se a igualdade de gêneros, são necessárias as chamadas ações afirmativas, a fim de promover a alteração da posição da mulher, colocando-a num patamar de igualdade com o homem.

São necessárias medidas afirmativas específicas para as mulheres a fim de obter-se avanços, reduzindo, dessa forma, os efeitos negativos de fatores estruturais que as põem em maior desvantagem, revendo a história de marginalização e exclusão a que foram submetidas.

5 CONCLUSÃO

A trajetória histórica das mulheres perpassa pela minimização e subalternização, bem como convivem com a duplicidade de estigma e violência, acrescidas pela condição de gênero. A violência estende-se desde a condição de submissão à ausência de sua história até a violência cotidiana.

No passado recente, até mesmo a legislação era discriminatória, negando direitos às mulheres, como ao sufrágio universal, à herança, ao trabalho remunerado, às decisões no âmbito doméstico. Após o alcance de legislação sobre a igualdade formal, a busca se dá pela igualdade material, substancial, tratando-se os desiguais de forma desigual em busca do alcance da igualdade. Diz-se desigual em decorrência de um passado de tratamento nefasto e que deixou graves consequências, como a desigualdade salarial e econômica entre os gêneros.

Desta forma, pode-se dizer que um caminho para a equidade social poderia surgir da ampliação e efetivação das ações afirmativas por parte do poder público. Para que a igualdade de gênero(s) seja realizada no campo das oportunidades, indica-se inicialmente a mudança de paradigmas enquanto adoção de parâmetros culturais comprometidos com tal mudança e a alteração da posição da mulher na sociedade, sendo esse um processo complexo.

Abstract

Currently, at the international level, human rights are recognized in a number of legislative instruments, resulting in a complex complementary system of protection, marked by the coexistence of two Systems, one General, and another, Special. The General System is oriented to the protection of any individual, indicated in a generic and abstract way, while in the Special Protection System, they form part of Declarations and Conventions to treat certain groups characterized as vulnerable, considering categories related to gender, age, ethnicity, race, among others. Today, more than halfway through the second decade of the twenty-first century, it has been observed that women gradually achieve many rights, but there is much to be done on a global scale. The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women is based on the double obligation to eliminate discrimination and promote equality. To this end, it provides for the possibility of adopting affirmative actions, special and temporary measures with the aim of eliminating historically accumulated inequalities, aiming at gender equality and the rescue of subjugated minorities. In this context, the paper aims to analyze the gender relations and the history of women and feminism in Brazil, as well as to interrelate human rights - fundamental rights from a perspective sensitive to the case of women. As methodological procedure bibliographic-research is used.

Keywords: Human Rights. Fundamental Rights. Feminism. Gender equality

REFERÊNCIAS

BAEZ, Narciso Leandro Xavier; MOZETIC, Vinicius Almada. *A morfologia das teorias universalistas dos direitos humanos fundamentais*. In: ALEXY, Robert et al. (Org.). *Níveis de Efetivação dos Direitos Fundamentais Cíveis e Sociais: um diálogo Brasil e Alemanha*. Joaçaba: Editora Unoesc, 2013.

BLAY, Eva Alterman. *Igualdade de oportunidades para as mulheres: um caminho em construção*. São Paulo: Humanitas/FFLCH/USP, 2002.

BOHN, Plácio José. *Quando tocam os tambores: sabres e práticas nas tradições moçambicanas*. São Miguel do Oeste: McLee, 2012.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 21 jul. 2016.

BRASIL. Lei n. 13.260, de 16 de março de 2016. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Senado Federal, 17 mar. 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13260.htm>. Acesso em: 20 jul. 2016.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Portugal: Almedina, 2002.

DIREITOS HUMANOS NET. *Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher*, 1979. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/mulher/lex121.htm>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I*: Rio de Janeiro, Edições Graal, 1988.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

INTERNATIONAL LABOUR OFFICE (ILO). *Women at Work: Trends* - Geneva: ILO, 2016. Disponível em: <http://www.ilo.org/gender/Informationresources/Publications/WCMS_457317/lang-en/index.htm>. Acesso em: 20 abr. 2017.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direitos Humanos*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Mulheres no trabalho*. Tendências 2016. Genebra, 2016. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_457096.pdf>. Acesso em: 26 set. 2017.

PINTO, Céli Regina Jardim. *Uma história do feminismo no Brasil*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2003. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/S0104-026X2004000200015/7904>>. Acesso em: 22 abr. 2017.

PERROT, Michelle. *Minha História das Mulheres*. 2. ed. 3. reimp. São Paulo: Contexto, 2016.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

RANGEL, Carlos Eduardo de Araújo; WENCZENOVICZ, Thaís Janaina. Gênero e violência: interfaces com as políticas públicas no estado do Rio Grande do Sul e Rio de Janeiro. *Revista Barbarói*, Santa Cruz do Sul: UNISC, 2016. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/barbaroi/article/view/9581>>. Acesso em: 26 set. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dimensões da Dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

SENKEVICS, Adriano. *Mulheres e feminismo no Brasil: um panorama da ditadura à atualidade*. Geledés. 2013. Disponível em: <<http://www.geledes.org.br/mulheres-e-feminismo-no-brasil-um-panorama-da-ditadura-a-atualidade-por-adriano-senkevics>>. Acesso em: 19 abr. 2017.

SOIHET, R. História das Mulheres. In: CARDOSO, C. F.; VAINFAS, R. (Org.). *Domínios da História*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

TRATADO INTERNACIONAL. *Declaração e Programa de Ação de Viena (1993)*. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/viena.htm>>. Acesso em: 20 abr. 2016.

VICENTE, Dário Moura. *Direito Comparado*. 2. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2012.

ZALUAR, Alba. Violência e mal-estar na sociedade: Um debate disperso: violência e crime no Brasil da redemocratização. *São Paulo Perspectiva*, São Paulo, v. 13, n. 3, jul./set. 1999.

CAPÍTULO V

UMA SOLUÇÃO NADA SIMPLES: REFORMA POLÍTICA E INCLUSÃO SOCIAL

Marli Daniel¹
Rafael Testa²

RESUMO

O presente estudo investiga a implantação de um novo sistema de governo, passando por um processo de reforma política e eleitoral no Brasil. Embora o estudo tenha a preocupação constante em apresentar

¹ Mestre em Direito pela Universidade de Passo Fundo; Graduação em Direito e Especialização em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões. Atua como advogada desde 2007. Atua no Fórum da Comarca de São Valentim - RS, no Juizado Especial Civil como Juíza Leiga. Atualmente trabalha como Assistente em Administração no Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Sul - Campus Erechim e participa como Membro do Núcleo de Atendimento às Pessoas com Necessidades Educacionais Especiais - NAPNE.

² Diretor Geral do Poder Legislativo de Erechim/RS. Mestre em Gestão de Políticas Públicas pela UNIVALI - Itajaí/SC, Especialista em Direito Constitucional pela UnC-Concórdia/SC e Graduado em Direito pela URI - Erechim/RS. Foi Secretário Municipal de Segurança Pública e Proteção Social de Erechim/RS. Exerceu o cargo de Assessor Jurídico da Casa Civil do Governo do Estado do Rio Grande do Sul. É Professor titular dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação de Direito, Administração, Ciências Contábeis e Análise de Sistemas da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI - Campus de Erechim e Faculdade Anglicana de Erechim - FAE. Foi Professor do Complexo Ensino Superior Universitário de Santa Catarina, Faculdade Anita Garibaldi - Florianópolis e São José/SC e FAT/Tapejara/RS. Ex-Diretor Executivo do Instituto Nacional de Gestão Pública - INGP. Professor da Escola Nacional de Formação de Agentes Públicos - ENFAP. Palestrante em diversos Cursos e Treinamentos Técnicos no país. Sócio Gerente - Accordum RT Consultoria, Assessoria e Treinamento Público LTDA. Obteve o Primeiro Lugar em Concurso Público para Procurador Municipal na Cidade de Ipumirim/SC em 2006. Exerceu mandato eletivo no período de 2001-2004, tendo sido Presidente do Poder Legislativo de Erechim/RS no ano de 2002. Tem experiência em Docência na área de Direito, Gestão Pública, Administração, Ciências Contábeis e Análise de Sistemas, com ênfase em Direito Público e Privado/ Administrativo/ Constitucional/ Financeiro/ Tributário/ Autoral e Legislação.

definições de modelos viáveis, e não de sugestões utópicas, importante constar que as proposições apresentadas não levam em conta os interesses imediatos dos atores políticos do momento. O escopo do estudo que segue é trazer ideias que possam ser concretizadas, possivelmente num futuro próximo, pois estão constantemente sendo debatidas no meio social e acadêmico, muito embora pretende-se que o debate não seja afetado por fatores ou interesses pessoais ou partidários imediatos. A grande maioria das proposições aqui apresentadas possuem a pretensão de disseminar conhecimento para que o estudo possa informar e auxiliar na formulação de juízos de valor em relação ao tema debatido.

Palavras-chave: Democracia. Governabilidade. Reforma política. Inclusão social.

1 INTRODUÇÃO

Debater sobre Reforma Política, no Brasil ou qualquer país democrático, torna necessário antes falar, ainda que brevemente, sobre o Poder do Estado e sobre as Formas de Governo.

Assim, trazendo à baila Burdeau (2005, p. 67) que dizia: O fenômeno principal na organização da Sociedade não é o Estado, é o Poder. Com isso, o autor queria chamar a atenção para se entender o Poder como “força a serviço de uma ideia” e com isso, se torna mais fácil entender o Estado.

É sabido por todos que o poder reside no povo e que este constitui o Estado. Mas, também, por outro lado é sabido que esse povo, legítimo titular do poder, não o pode exercê-lo diretamente, pelo menos quando falamos de uma democracia direta.

Portanto, necessário que o povo, constituído pelo conjunto dos cidadãos, se organize e delegue o poder aos seus representantes legítimos. Por conta disso, a primeira delegação é a que se faz para uma Assembleia Constituinte, que nada mais é que um colegiado de representantes dotados de poder constituinte originário, com força

capaz de elaborar e promulgar a primeira Constituição de um Estado. Momento em que se escolhe a Forma de Governo e, inclusa nela, o Sistema de Governo, em resumo, é nesse momento que se regula o exercício de poder.

Desde a antiguidade até hoje, se estuda e se discute para compreender e explicar a estrutura política das sociedades transformadas em Estados. São inúmeros os tratadistas que discorrem sobre o assunto, no entanto, dois deles, talvez os maiores: Aristóteles e Maquiavel, dos quais também os tomo como base e referência para a pesquisa que a seguir se desenvolve.

A palavra, Estado, com o significado que ela tem atualmente, foi usada pela primeira vez em nossa literatura política por Maquiavel (1935, p. 7) em sua obra O Príncipe: “todos os Estados, todos os domínios que tiveram e têm poder sobre os homens, são estados e são ou repúblicas ou principados.”

Com o surgimento do Estado moderno, rompe-se com diversas estruturas conservadoras e surgem novos sistemas. Surge a soberania e é criada a estrutura burocrática administrativa a fim de manter e proteger a ordem e a soberania nacional.

Esta é a estrutura e a situação que ainda vige no Brasil e que será abordado no decorrer do texto.

2 O SISTEMA BRASILEIRO

Analisando-se as atuais constituições é possível perceber, que duas são as principais formas de Governo do mundo contemporâneo - a Monarquia e a República, e, diga-se de passagem, ambas convivendo bem ou a contento, com as Democracias.

Assumidamente o Brasil tem o Presidencialismo como sistema de governo, embora num curto espaço de tempo, em torno de dois a

três anos, vigorou o Parlamentarismo, porém esta curta experiência não vingou.³

Desde a Constituição de 1891 que o Brasil adotou o sistema de governo presidencialista que foi mantido também pela Constituição de 1988, onde a maioria da população escolheu por manter tanto a forma de governo - a republicana - como o sistema presidencialista.

Ao adotar a forma republicana, os líderes políticos dessa nova fase, acharam que a república presidencialista seria a forma que melhor se adaptava ao Brasil, e que todas as demais formas eram inadequadas ao desenvolvimento do país. Por isso, que diante da atual conjuntura a questão voltou à tona e novamente abre espaço para reflexão e discussão.

Aristóteles já afirmava que em todas as modalidades de governo os seus representantes poderiam se corromper, justamente quando o poder fosse exercido em benefício próprio dos agentes do Poder, ou seja, qualquer semelhança não seria mera coincidência com a atual crise brasileira e todos os escândalos envolvendo as esferas de poder.

A centralização do poder num Estado que oprime a sociedade não é algo aceitável. Já dizia Reale (2000, p. 39):

É bastante antiga a ideia de que o desenvolvimento da sociedade obedece a um processo de integração, em virtude do qual o corpo político não constitui uma simples resultante de indivíduos ou de interesses que se somam, mas representa, ao contrário, uma *unidade orgânica* na qual as partes componentes se conservam distintas do todo, embora subordinadas aos fins comuns indispensáveis à convivência.

³ Nos governos parlamentaristas o chefe de Governo e o chefe de Estado são pessoas distintas. O rei ou o presidente (vai depender da forma de governo) é o chefe de Estado, e o Primeiro Ministro é o chefe de governo. O governo é legitimado pelo parlamento que é eleito pelo povo.

Parece que tal afirmação é verdadeira, e o que se tentará demonstrar ao longo do trabalho é que um dos problemas mais complexos do Estado de Direito, seja ele monárquico ou republicano, está na delegação e na distribuição do poder.

Por isso, muito se discute sobre a crise que atinge o Brasil e a forma de amenizar os seus impactos. Como resolver o impasse, ainda é uma grande incógnita, porém, várias são as saídas que podem ser adotadas como veremos na sequência.

3 A CRISE E SUAS NUANCES

O Brasil passa por um período bastante delicado, em que a atividade política perdeu sua identidade, onde a grande maioria da população não se sente representada pelos que estão no comando da gestão pública.

Com isso ocorrendo, a política passa por um processo em que é vista como um mundo à parte, percebida por alguns com indiferença, por outros com desconfiança.

O descompasso por que vem passando a política do nosso país nas últimas décadas, financiamento eleitoral altíssimo, relações duvidosas entre Executivo e parlamentares, além da utilização de cargos públicos e do aparato estatal para benefício próprio, trouxe uma corrente de ceticismo que tem frustrado a cidadania e pulverizado a capacidade de indignação e de reação da sociedade.

A bem da verdade, não é mais possível visualizar um Estado Democrático atuante em vista da falta de atividade política intensa e saudável e, principalmente sem um parlamento atuante e investido de credibilidade.

O país precisa urgentemente reconstruir a sua imagem interna e externa e passar a exalar dignidade política antes que sigamos os rumos de outros países, como a Grécia, mesmo que as ideias postas tentem inverter essa lógica.

Uma reforma política deve ser o caminho, já que a prioridade é a democracia e o atual modelo político encontra-se exaurido, como bem coloca Cardoso (2016):

A raiz da maioria dos problemas políticos brasileiros está na ineficiência histórica da educação no país. Sem conhecimentos necessários para distinguir as funções e interdependências de cada poder constitutivo de nossa democracia, o cidadão confunde atribuições e “compra gato por lebre”. Prova disso é que, três meses após a eleição, um terço dos eleitores não lembra mais em quem votou para deputado. Por oportunismo ou ignorância, os candidatos a parlamentar reforçam o modelo “toma lá, dá cá”, prometendo benefícios que não podem ou não deveriam cumprir. Recente levantamento sobre o perfil da nova composição da Câmara dos Deputados aponta que dois terços dos parlamentares foram eleitos, direta ou indiretamente, graças ao assistencialismo.

Além disso, ele cita outros fatores, como a corrupção, o assistencialismo de centros sociais e religiosos, que, como bem colocado por ele, são necessários, no entanto desvirtuam o olhar do cidadão e induzem os desvios de verbas públicas para o financiamento de campanhas e não favorecem os direitos humanos.

Quando os cidadãos delegam poderes aos seus representantes para que estas administrem o Estado em seu nome, eles o fazem na esperança de que suas necessidades básicas de segurança, saúde, educação, justiça, saneamento básico e demais serviços públicos sejam efetivamente satisfeitas.

Como bem colocado por Ronald Dworkin, em sua obra sobre o Princípio da Igualdade, a legitimidade do Estado contemporâneo passa a depender da sua capacidade de tratar igualmente todos os cidadãos.

Por mais que o cidadão também possui sua parcela de culpa quando aceita certas atitudes, se corrompe em troca de favores, não podemos desconsiderar que isso é fruto de um longo período exploratório e de paternalismo da nossa sociedade. Mas, mesmo assim, como bem coloca Dworkin (2005, p. 455), em Virtude Soberana, devemos levar em conta a importância da escolha e da responsabilidade pelas decisões tomadas:

Assumimos responsabilidade por nossas escolhas de variadas maneiras. Quando essas escolhas são feitas livremente, e não ditadas ou manipuladas por outros, nós nos culpamos se concluímos que deveríamos ter escolhido de modo diverso. [...] Nossas circunstâncias são outra história: não faz sentido assumir responsabilidade por elas a não ser que sejam o resultado de nossas escolhas. Ao contrário, se estamos insatisfeitos com nossos recursos pessoais e não nos culpamos por nenhuma escolha que afetou nossa parcela nesses recursos, é natural que reclamemos dos outros geralmente os ofícios de nossa comunidade foram injustos conosco. A distinção entre escolha e circunstância é não só familiar, mas fundamental na ética em primeira pessoa. [...] Não podemos planejar ou julgar nossas vidas senão pela distinção entre aquilo sobre o que devemos assumir responsabilidade, porque o escolhemos, e aquilo sobre o que não devemos porque vai além de nosso controle.

Se cada indivíduo puder exercer sua liberdade de escolha e sendo o governo neutro nessa escolha, mesmo que alguns indivíduos possuam gostos mais inusitados que outros, ainda assim, seria possível fazer prevalecer a justiça, a igualdade e o respeito aos direitos humanos.

Por isso, importante uma análise do sistema eleitoral para que possamos atentar para os problemas existentes hoje no Brasil, como veremos a seguir.

4 SISTEMA ELEITORAL

A escolha do sistema eleitoral de um país é uma das definições mais importantes de qualquer democracia, pois, as escolhas feitas trazem consequências duradouras, boas ou ruins, além de ser um processo fundamentalmente político e de prática da cidadania.

De forma geral, existe um consenso sobre a importância dos sistemas eleitorais e a sua relevância quanto à necessidade de regras para computar votos e transformá-los em poder.

O que dizer então do sistema eleitoral brasileiro? Possui um funcionamento duvidoso e um sistema partidário que favorece a corrupção, sendo considerado hoje um dos piores sistemas políticos de democracia da América Latina e quiçá do mundo.

Atualmente para presidente, senador, governador e prefeito, o sistema é o majoritário, podendo ser em um ou dois turnos, sendo vencedor aquele que for o mais votado. Já para deputado e vereador, o sistema é o proporcional com lista aberta. Dessa forma, é possível votar tanto no candidato como na legenda, e um quociente eleitoral é formado, definindo-se quais os partidos ou coligações têm direito de ocupar as vagas em disputa. A partir dessa conta, o candidato melhor colocado em cada partido será o vencedor.

Sendo assim, quando se fala em sistema eleitoral está-se a referir ao modo como a vontade popular, materializada pelo voto, vai significar a escolha dos representantes que, em seu nome, exercerão o poder; de que maneira um Partido conquista um cargo eletivo a partir da votação recebida numa eleição. Numa definição mais precisa, Aras (2006, p. 326) preceitua que o sistema eleitoral constitui “o conjunto de técnicas e procedimentos que se empregam na realização das eleições, destinados a organizar a representação do povo no território nacional.”

Pois bem, segundo a Câmara dos Deputados que debate várias propostas para a mudança do sistema eleitoral no Brasil se

utiliza da classificação trazida por Nicolau (2004, p. 10): “Conceito de sistema eleitoral: É o conjunto de regras que define como em uma determinada eleição o eleitor pode fazer suas escolhas e como os votos são contabilizados para serem transformados em mandatos (cadeiras no Legislativo ou chefia do Executivo).”

Segundo Cintra (2006, p. 259-270), os cientistas políticos utilizam o termo “sistema eleitoral” para o conjunto de normas que definem: 1) a área geográfica em que serão coletados e computados os votos (circunscrições ou distritos); 2) os graus de liberdade à disposição do eleitor na votação; e, sobretudo, 3) a forma de traduzir os votos em cadeiras parlamentares ou em postos no executivo.

Os autores não são uniformes em relação à definição de sistema eleitoral, embora tragam bastante semelhança. Tavares também mostra preocupação ao buscar uma definição que traga mais clareza a essa expressão e a torne mais fácil de entender. Tavares (1994, p. 17) nos ensina que:

Sistemas eleitorais são construtos técnico-institucional-legais instrumentalmente subordinados, de um lado, à realização de uma concepção particular da representação política e, de outro, à consecução estratégicos específicos, concernentes ao sistema partidário, à competição partidária pela representação parlamentar e pelo governo, à constituição, ao funcionamento, à coerência, à coesão, à estabilidade, à continuidade e à alternância dos governos, ao consenso público e à integração do sistema político.

Os sistemas eleitorais, ainda segundo Cintra (2006, p. 259-270), para serem instituições democráticas, devem, no mínimo, “dar representação aos diferentes grupos, fortalecer os vínculos entre representação e cidadãos, aumentar a capacidade do sistema político

de decidir e governar, e tornar os resultados do pleito inteligíveis para o eleitor.”

Segundo Nicolau (2004, p. 11), existem várias maneiras de definir o tipo de sistema adotado, o mais comum é se utilizar a fórmula segundo a qual determina como os votos recebidos numa eleição são computados com o objetivo de definir a distribuição de cadeiras disputadas por cada partido. A partir disso, ele agrupa os sistemas eleitorais em duas grandes famílias: representação majoritária e representação proporcional.

No Brasil a discussão levantada pelo Congresso Nacional, em torno da reforma política está centrada no Legislativo - com exceção do Senado - a primeira possibilidade é de acabar com o quociente eleitoral, pelo sistema majoritário, chamado de “distritão”, venceria o mais votado, independentemente de partido.

Outra possibilidade é do voto proporcional com lista fechada, assim o voto seria no partido, e este organizaria uma lista e o vencedor seria definido pela ordem constante nessa lista, ou, a outra possibilidade é de ser proporcional com lista flexível, e, nesse caso o partido faria uma lista com candidatos, mas o eleitor poderia escolher um nome dessa lista para votar e os votos da legenda iriam para o político que estiver no topo da lista.

Outra inovação seria o voto distrital, onde cada estado e as cidades seriam divididas em distritos, que escolheriam os seus representantes por maioria, ou na forma distrital mista, a partir de uma combinação da votação distrital com a proporcional, podendo ser por lista aberta ou fechada. Nesse caso ocorreria em dois turnos, primeiro o eleitor definiria quantas cadeiras cada partido teria e por último escolheria o nome dos candidatos.

Importante destacar, que a discussão técnica acerca do objeto deste trabalho não se encerra com a (IN)definição política na votação da atual reforma política, uma vez que o próprio Congresso Nacional, trabalha para modificar o sistema que o alimenta. Prova

disso, é o possível sepultamento das opções acima descritas para o pleito de 2018.

A questão que se coloca, é se essas mudanças trariam melhoras significativas para minimizar as consequências do atual modelo que liquida a cada dia os direitos econômicos e sociais dos mais pobres tendo em vista que o Brasil vem adotando o sistema proporcional em quase todas as suas constituições, com exceção da de 1937, para as eleições do Poder Legislativo, exercido pelo Congresso Nacional, que é composto pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal.

Na atual Constituição Federal do Brasil (1998), a opção pelo sistema proporcional, está prevista no artigo 45, que assim dispõem: A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal.

Importante aqui ressaltar que este ponto é de fundamental importância, pois qualquer proposta que envolva a mudança do sistema proporcional para outro, necessariamente exige alteração da Constituição Federal.

Para entender melhor como surgiram os tipos de sistemas ao longo da história precisamos voltar um pouco nela, mais especificamente no século XIX. Basicamente a ideia de um representante no parlamento surge ligado a um dado território, a uma área geográfica, pois, nesse período a maioria dos países eram divididos em pequenas regiões ou em distritos, e em cada um era eleito o mais votado. No final do século então, com a criação dos partidos políticos desenvolveu-se um sistema novo, chamado de proporcional.

O sistema proporcional surge devido às críticas que se fazia ao sistema majoritário, tendo em vista as distorções que eram observadas em nível nacional, entre o número de votos recebidos pelos partidos e o seu número de cadeiras no parlamento. Com isso, no fim do século XIX e nas primeiras décadas do século XX, as críticas à

fórmula majoritária se propagou e o sistema proporcional foi adotado pela maioria dos países da Europa Ocidental.

Para Nicolau (2004, p. 11), o sistema majoritário tem como escopo garantir a eleição do candidato mais votado, por outro lado o sistema proporcional objetiva garantir que os cargos em disputa sejam distribuídos de forma proporcional aos votos recebidos.

Esse sistema é guiado por outro princípio de representação: a busca da proporcionalidade entre os partidos. Ou seja, a distribuição das cadeiras no legislativo busca equalizar a força política e que esta seja representada na proporção dos votos que recebeu.

Existem, portanto, argumentos para ambos os sistemas. Os que defendem o sistema majoritário defendem que o sistema produz governos unipartidários e permitem que os eleitores tenham maior controle sobre a atividade dos representantes. Já para os que defendem o sistema proporcional acreditam que a diversidade política reproduz um Parlamento mais justo. Por conta disso, Nicolau (2004, p. 11) diz que esse sistema seria o melhor indicado para países que possuem divisões étnicas e religiosas.

Importante registrar também, que cada um dos sistemas pode também gerar algum tipo de distorção específica. A exemplo do Brasil, o sistema proporcional viabiliza que aqueles candidatos com poucos votos sejam eleitos, o que é percebido como uma distorção em relação ao sistema majoritário (o mais votado é quem devia ser eleito).

Por outro lado, o sistema majoritário, também gera distorções, a exemplo da Inglaterra, onde partidos conseguem mais cadeiras do que lhe corresponderia pelo seu percentual de votos recebidos em cada distrito. Isso ocorre porque o partido que ganha mais cadeiras nos distritos pode obter menos votos que um concorrente, na soma total de votos em todo o país.

Quanto ao sistema majoritário, além de seu caráter de fácil compreensão para o eleitor, outra vantagem apontada por

seus defensores decorre do fato de que estabelece uma vinculação maior entre a comunidade do distrito e o seu representante. Como este é vinculado a um distrito, a comunidade está mais próxima dele o que lhe permite uma fiscalização maior da observância dos compromissos assumidos, num vínculo muito mais estreito do que se dá na representação proporcional. O movimento que defende o voto distrital no Brasil ressalta justamente esse aspecto, além de anotar que a delimitação geográfica do distrito reduz sensivelmente os custos da campanha eleitoral e, desse modo, afasta uma das causas fundamentais da corrupção no país. Conforme destaca Bonavides (2010, p. 266) não se pode negar, também, que o sistema produz governos estáveis e evita a pulverização partidária.

Os que defendem a representação proporcional acreditam que ele serve de medida de correção para as distorções do sistema majoritário, que tem em seu bojo o grave problema de excluir as minorias da participação política. Salgado (2011, p. 127) argumenta que há quem defenda que só há efetiva representação democrática se garantido o sistema proporcional nas eleições.

Assim, diante dessas comparações consegue-se perceber que a opção por um tipo de representação pode gerar distorções e fazer com que candidatos com bastante número de votos não sejam eleitos e, partidos com muitos votos recebam poucas cadeiras.

Esse modelo é o utilizado pela maior parte dos países que usam o sistema proporcional, tanto na Europa (Espanha, Portugal e Noruega) como na América Latina (Argentina, Uruguai e Costa Rica). Segundo Nicolau (2004, p. 77-79), a grande maioria das democracias o adota, no entanto, a França e os países de tradição anglo-saxã se mantêm ainda fiéis ao sistema majoritário ou distrital:

[...] o sistema proporcional de lista é o sistema eleitoral que vigora em mais da metade dos países democráticos. Ele é o sistema eleitoral por excelência na Europa

e na América Latina. Na Europa, a representação proporcional de lista é utilizada em 29 dos 37 países, entre os quais estão Itália, Espanha, Holanda, Ucrânia, Polônia e Portugal. Na América Latina é usada em 15 dos 20 países.

Como se viu os sistemas eleitorais existentes no mundo atende a diversas raízes históricas de cada país. No Brasil o atual sistema não está cumprindo com o seu propósito, além de implicar custos demasiados para a democracia, por isso a exigência por mudanças urgentes.

Analisando então as possibilidades de alteração do sistema brasileiro e comparando com os modelos utilizados pelo mundo, temos que o Brasil ao adotar o sistema eleitoral proporcional incorporou também ao modelo do voto em lista aberta. Nesse modelo o eleitor pode votar em qualquer candidato indicado pelo partido. Esse sistema tem revelado grandes consequências negativas, uma delas é a própria instabilidade dentro dos partidos, pois eleito o candidato mais votado, e em regra o mais votado é aquele que possui maior poder econômico.

Além disso, o sistema eleitoral de lista aberta é feito levando por base os candidatos e não as propostas do partido para enfrentar os problemas do país, com isso o eleitor é induzido a votar, na maioria das vezes, em promessas dogmáticas e que não serão cumpridas após as eleições. O resultado disso é a fragilização dos partidos políticos e da própria democracia representativa.

A representação proporcional por lista é a modalidade mais utilizada pela maioria dos países que utilizam o sistema eleitoral de representação proporcional. Por esse modelo, o eleitor vota no partido e este receberá as vagas em disputa em número equivalente à proporção de votos a ele atribuída.

No momento atual, a eficiência dos sistemas eleitorais em todo o mundo está sendo questionada quanto à sua legitimidade representativa e à sua capacidade de dar consistência ao sistema partidário e à governabilidade. Nohlen (1985, p. 60-70), leciona que o modelo brasileiro de sistema eleitoral de representação proporcional atualmente adotado no nosso país não está de acordo com as novas exigências sociais, políticas e econômicas que vivemos.

Assim, considerando que o sistema eleitoral proporcional adotado pelo Brasil é o que melhor se adapta a maioria das democracias, não se vislumbra a necessidade de sua total mudança, e sim, apenas parcial, adaptando-o para o sistema de lista fechada e com a introdução de uma forma para o cálculo da sobra de votos, para que estes não excluam os partidos que não atingiram o quociente eleitoral de participarem da divisão.

Essas pequenas modificações podem trazer efeitos favoráveis, como veremos a seguir, sobre a representação política, sobre a representatividade e a governabilidade que o país tanto precisa.

5 REFORMA E PRÁTICA POLÍTICA

A preocupação atual, diante da conjuntura que se apresenta o país, se dá em torno da funcionalidade do sistema político e a coerência entre suas instituições. Por isso, a grande questão que se coloca é se antes de se pensar em mudanças no regime de governo não seria mais importante aperfeiçoar as instituições como no caso do sistema eleitoral e dos partidos.

A crise de governabilidade tal qual se apresenta não é apenas um problema conjuntural, tão pouco se explica por argumentos ligados a popularidade ou características pessoais dos governantes, ao que parece é sim, um resumo de longos processos históricos patrimonialistas e de clientelismo que fez com que se agravasse a quebra do Estado com a sociedade.

O que se vê é um cenário de ingovernabilidade expressa, doente e inadequada das instituições de representação política, que são próprias de sistemas presidencialistas, como é o Brasil, que reflete a total falta de respeito à diversidade sociocultural e da falta de interação em todos os planos da sociedade.

Pois bem, para se falar em reforma do sistema de representação, por óbvio que seria necessário propor pelo menos um objetivo, qual seja o de modificar o sistema eleitoral no sentido de aumentar o grau de *accountability* dos parlamentares com base no respeito aos eleitores e talvez com isso também aumentar a importância dos partidos na escolha dos candidatos e na condução da campanha.

Além disso, a proposta de reforma política, envolvendo um novo sistema de governo, mudanças eleitorais e partidárias, deve ter por objetivo principal promover valores como a legitimidade democrática, a governabilidade e o respeito aos direitos humanos.

Em síntese, a reforma política não tem uma receita pronta e consensual, muito menos vem com manual de instruções. Porém, se o *status quo* é ruim, mesmo que falte certeza absoluta, no cômputo geral, as propostas que estão em discussão, devem oferecer melhores perspectivas para o país sair do cenário melancólico, pois a muito que se fazer para o atual regime sair do inconformismo e lograr êxito, de forma equilibrada, com estabilidade, eficácia e legitimidade.

Pereira (1998, p. 249), destaca que a crise fiscal e a maneira de intervir na economia, vem, sendo ignorada desde os anos 30 no Brasil.

Segundo o autor, tanto a crise fiscal como a crise do modo de intervenção do Estado na economia e na sociedade começou a ser percebido em 1987, porém nem o constituinte de 1988 teria se dado conta disso.

Diz Pereira (1998, p. 247-250) que

[...] em 1987, após o Plano Cruzado, houve uma tentativa de ajuste fiscal (Autor era Ministro da Fazenda), o que não houve êxito em razão da falta de apoio da sociedade. E em seguida, já em 1988 e 1989 o país mergulhou em uma política populista e patrimonialista, representando a volta do capital mercantil.

Para piorar o cenário, a Constituição de 1988 ignorou as novas orientações da administração pública. Da mesma forma os Constituintes e a sociedade brasileira, viram que o Estado havia adotado estratégias descentralizadoras, mas, não percebeu que as reformas mais descentralizadas e flexíveis da administração pública estavam consagradas no Decreto Lei nº 200.

Com isso, somente após o episódio da hiperinflação, em 1990, final do governo Sarney, a sociedade abre os olhos para a crise. Porém foi só no governo Collor que as reformas tiveram impulso. Foi nesse governo que ocorreu o início da reforma da economia, a abertura comercial, as novas privatizações e o cancelamento da dívida pública interna.

Porém as tentativas de reforma foram um fracasso, principalmente a administrativa, pois o governo tomou medidas contrárias à legalidade (redução de salários dos servidores, demissões, etc) e acabou por desorganizar ainda mais o aparato estatal.

Na visão de Bresser Pereira, o retrocesso burocrático da Constituição de 1988 decorreu de uma visão equivocada das forças democráticas que derrubaram o regime militar, uma transição democrática em meio a uma crise de Estado, aliança política que celebrava o velho patrimonialismo, o ressentimento da velha burocracia contra a reforma pela qual a administração passara no regime militar e a campanha pela desestatização. Por fim, foi uma reação ao clientelismo e uma afirmação de privilégios corporativistas e patrimonialistas incompatíveis com o *ethos* burocrático.

Ademais, a implantação da indústria nos anos 40 e 50, o ajuste nos anos 60, o desenvolvimento da infraestrutura

e a instalação da indústria de bens de capital dos anos 70, a reforma financeira dos anos 80 e a liberação comercial dos anos 90 não teriam sido possíveis sem a competência e o espírito público da burocracia brasileira. Essa perspectiva burocrática levou a transformação da Funcep na Enap - inspirada no modelo a *École Nationale D'Administration* (ENA) da França. Em seguida também surge a carreira dos administradores públicos que fazia falta, porém sua formação foi voltada novamente para o antigo patrimonialismo (recrutamento e alocação de servidores, sem critérios, baseado no clientelismo e na heterogeneidade) ao invés da modernidade e com isso a reforma do estado brasileiro deveria que deveria refletir as novas circunstâncias emergentes não aconteceu.

Para que esse cenário mude um dos pontos importantes é limitar a liberdade de influência do poder econômico nas campanhas. A mobilização para o financiamento das campanhas, mobilizando contribuições pessoais, de simpatizantes e de empresas, favorece o êxito de muitas candidaturas devido ao que a muito conhecemos como “currais eleitorais” onde o voto é dado em troca de benesses sem que o eleitor sequer tenha conhecimento das propostas do candidato e, quiçá do partido.

Essa prática comum no Brasil é consequência para tantos escândalos (mensalão, mensalinho, petrolão, etc.), pois é guiada muito mais pelos interesses individuais e que gera a ineficiência das políticas públicas que são concebidas nesse ambiente e não são devolvidas à sociedade com mais dignidade e respeito aos direitos humanos.

Putnam (2000, p. 186) observa que estudos revelam que a qualidade das ações do Estado está diretamente relacionada com a capacidade de ação coletiva e, liberdade de ação e de escolha dos cidadãos o que torna a sociedades mais fortes.

Ao longo da história [...] as normas e os sistemas de participação cívica promoveram o crescimento econômico, em vez de inibi-lo. Tal efeito continua até hoje. Nas duas décadas transcorridas desde a criação dos governos regionais, as regiões cívicas cresceram mais rápido do que as regiões onde há menos associações e mais hierarquia [...] A teoria formulada neste capítulo ajuda a explicar que o capital social, corporificado em sistemas horizontais de participação cívica, favorece o desempenho do governo e da economia, e não o oposto: sociedade forte, economia forte; sociedade forte, Estado forte.

Para Putnam, o ator decide crendo, ou seja, confiando no outro. Assim, a decisão do indivíduo não visa necessariamente, um benefício individual imediato, e sim o benefício da comunidade, cuja fonte é a confiança que, mesmo no futuro, o outro/outros indivíduos farão o mesmo. Esta lógica baseia-se numa rede social que possui regras e normas claras com sanções proibitivas para os desertores. O processo social que produz como resultado o bem comum ou o bem de uma coletividade, baseado na confiança, reciprocidade e solidariedade é definido pelo autor como capital social.

Na verdade se está sempre na dúvida se o que é mais importante é o capital social ou as instituições. O mais provável é que a democracia dependa do contexto social e do pleno respeito aos direitos humanos. Para Baquero (2003, p. 96-100):

A existência de confiança não só cria um ambiente de credibilidade e, conseqüentemente, de legitimidade, como fortalece o contrato social [...] A credibilidade de um sistema político e seu eficiente desempenho, portanto, depende do grau de confiança que as pessoas têm nas instituições [...] Sem confiança a democracia não sobrevive.

Ao que parece lendo os teóricos é que a respeito do tema a questão gira sempre em torno de se estabelecer uma nova relação entre a sociedade civil e o Estado. Isso possibilitaria à ciência analisar possibilidades inovadoras de relação entre o cidadão e o poder, bem como, com o desenvolvimento social, econômico e com o respeito aos direitos humanos de uma nação.

6 CONCLUSÃO

Nesse contexto, percebe-se que na América Latina e, conseqüentemente no Brasil, as instituições denominadas partidos políticos estão totalmente desacreditadas devido aos escândalos e à corrupção que assola o país. Imperioso, portanto que se coloque em prática uma reforma política com o intuito de mudar esse quadro para que essa reforma possa representar o início de uma sociedade mais ética, democrática, menos desigual e menos tolerante com a corrupção, para que os corruptos não fiquem impunes e muito menos saiam ilesos.

Uma das maiores dúvidas existentes é de como iniciar a reforma política. A doutrina e a maioria dos políticos defendem uma mudança no sistema representativo para que o povo participe mais ainda e que se sinta representado nas questões políticas.

Por outro lado, se percebe que alterar a constituição não resolve muita coisa, pois as mudanças são propostas por aqueles que normalmente encobrem seus atos desonestos sob o seu manto.

O combate à corrupção e ao abuso de poder econômico nas campanhas eleitorais evitando a ligação entre os financiadores e o candidato eleito (o que favoreceria a isonomia das campanhas eleitorais, fazendo com que a diferença de gastos seja menos desigual em relação aos candidatos, além

de uma redução dos custos de campanha), são soluções que deveriam ser tomadas de imediato, porém dependem de outros fatores que devem ser observados.

Ao colocar a reforma política em prática, deve-se observar se as propostas de mudanças apresentadas não gerem efeitos indesejados, isso porque a política é um instituto muito dinâmico e instável, que depende de vários ramos da sociedade e principalmente no caso brasileiro do fator cultural e histórico, onde o capitalismo predomina e, que, as mudanças devem ser efetuadas de maneira responsável e planejadas.

Parece importante que se deva evitar, portanto, o excesso de regulamentação, modificando apenas aquilo que se possa fazer cumprir e que possa ser controlado para que se combata o abuso de poder econômico, a corrupção e outras ilegalidades de afronta aos direitos humanos.

Assim, percebe-se que, diante de todo esse caos, são vários os fatores que dão causa para que os partidos políticos percam a credibilidade e confiança, pondo a democracia sob suspeita, além de trazer inúmeros prejuízos sociais e aos direitos humanos.

Por isso há realmente a necessidade de se falar em reforma política, para que os partidos voltem a ter a credibilidade necessária diante dos meios de comunicação, dos eleitores e da população em geral e que, cada vez mais, o sistema eleitoral seja isonômico, democrático e que proporcione a inclusão social e o desenvolvimento econômico do país sem afrontar por óbvio os direitos humanos.

Abstract

This study investigates the implementation of a new system of government, through a political and electoral reform in Brazil. Although the study has a constant concern to present viable models settings, not utopian suggestions, important to state that the proposals presented do not take into account the immediate interests of the political actors of the

moment. The scope of the study that follows is to bring ideas that can be implemented, possibly in the near future, as they are constantly being debated in the social and academic environment, although it is intended that the debate is not affected by factors or personal interests or immediate supporters. The vast majority of the proposals presented here have the intention to disseminate knowledge so that the study can inform and assist in the formulation of value judgments regarding the debated topic.

Keywords: Democracy. Governance. Political reform. Social inclusion.

REFERÊNCIAS

ARAS, Antônio Augusto. *Fidelidade Partidária: a perda do mandato do parlamentar*. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2006.

BAQUERO, Marcelo. Construindo uma outra sociedade no Brasil. O papel do capital social na estruturação de uma cultura política participativa. *Revista Sociologia e Política*, Curitiba, n. 21, 2003.

BURDEAU, Georges. *O Estado*. São Paulo. Martins Fontes. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão, 2005.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

CARDOSO, ALEXANDRE. *Reforma Política: prioridade da democracia*. Deputado Federal, PSB pelo Rio de Janeiro. Presidiu a Comissão da Reforma Política na 52ª legislatura (2003-2007). Disponível em: <http://www.cebrap.org.br/v2/files/upload/biblioteca_virtual/FIGUEIREDO_LIMONGI_Proximo%20passo.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2016.

CARDOSO, Fernando Henrique. *Reforma Política: prioridades e perspectivas para a nação brasileira*. Disponível em: <<http://www.mct.gov.br>>. Acesso em: 28 jun. 2016

CINTRA, Antônio Octávio. Sistema Eleitoral. In: AVRITZER, Leonardo; ANASTASIA, Fátima (Org.). *Reforma Política no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana. Teoria e prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*. Coimbra: Ed. Atlântida, 1935.

NICOLAU, Jairo. Variações sobre a Reforma Eleitoral. *Conjuntura Econômica-FGV*, Rio de Janeiro, v. 59, n. 7, p. 22-23, 2005.

NOHLEN, Dieter. *Direito eleitoral e sistema partidário*. 3. ed. Brasília, DF: Fundação Projeto Rondon. Minter. Ministério da Educação, SESU, 1985.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Cidadania tutelada*. Disponível em: <<http://www.jus2.uol.com.br/doutrina>>. Acesso em: 28 jun. 2016.

PUTNAM, Robert. *Comunidade e democracia: a experiência da Itália moderna*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2000.

REALE, Miguel. *Teoria do Direito e do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2000.

SALGADO, Eneida Desiree. Os princípios constitucionais eleitorais como critérios de fundamentação e aplicação das regras eleitorais: uma proposta. *Estudos Eleitorais*, Brasília, DF, v. 6, n. 3, set./dez. 2011.

TAVARES, José Antônio Giusti. *Sistemas eleitorais nas democracias contemporâneas: teoria, instituições, estratégia*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

ZOVATTO, Daniel. Financiamento dos partidos e campanhas eleitorais na América Latina: uma análise comparada. *Opinião Pública*, Campinas, v. 11, n. 2, p. 287-336, out. 2005.

CAPÍTULO VI

AÇÕES AFIRMATIVAS NA PERSPECTIVA DA JUSTIÇA COMO EQUIDADE

Douglas Cristian Fontana¹
Narciso Leandro Baez²

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo contribuir para a compreensão das ações afirmativas, investigando se elas podem ser justificadas na teoria da justiça como equidade de John Rawls. Por meio de uma pesquisa bibliográfica, sob um método indutivo, o estudo é desenvolvido a partir de uma análise dos principais aspectos da teoria de justiça como equidade, organizando tais aspectos de forma compreensiva para a construção de uma base teórica de análise das ideias do autor e sua posterior conjugação com o conceito e objetivos das ações afirmativas, a fim de verificar se a teoria da justiça como equidade dá suporte teórico para as referidas ações. Para o alcance desses objetivos, apresenta-se, na primeira parte do estudo, uma síntese das principais ideias de Rawls constantes na sua teoria de justiça como equidade. Após a identificação destes elementos teóricos, eles são conjugados, na segunda parte deste artigo, com as ações afirmativas, seu conceito e objetivos, buscando-se analisar se

¹ Especialização em Pós-Graduação Lato Sensu em Direito e Gestão Judiciária pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, Brasil. Juiz Substituto do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Mestrando em Direitos Fundamentais/UNOESC.

² Coordenador Acadêmico-Científico do Centro de Excelência em Direito e do Programa de Mestrado em Direito da Universidade do Oeste de Catarina; Pós-Doutor em Mecanismos de Efetividade dos Direitos Fundamentais pela Universidade Federal de Santa Catarina; Doutor em Direitos Fundamentais e Novos Direitos pela Universidade Estácio de Sá, com estágio bolsa PDEE/Capes, no Center for Civil and Human Rights, da University of Notre Dame, Indiana, Estados Unidos; Mestre em Direito Público; Especialista em Processo Civil; Juiz Federal da Justiça Federal de Santa Catarina.

as ações afirmativas encontram suporte na teoria de justiça de John Rawls.

Palavras-chave: Ações afirmativas. Justiça como equidade. Teoria da Justiça. Fundamentos teóricos.

1 INTRODUÇÃO

A concretização dos direitos fundamentais na sociedade exige uma postura ativa do Estado para a realização e promoção desses direitos. Dentre os mecanismos de concretização de direitos fundamentais, inserem-se as ações afirmativas como instrumentos de combate à discriminação e realização do princípio da igualdade na sua dimensão substancial.

Na implementação de ações afirmativas sempre surgem questionamentos sobre sua legalidade, constitucionalidade e mesmo sua necessidade. Há também debate sobre a discriminação reversa e o desprestígio à meritocracia, bem como, por outro lado, sobre a necessidade de equalização de oportunidades para grupos desiguais, cuja desigualdade tem origem em discriminação de gênero, raça, origem, condição social, entre outros.

Reconhecendo a necessidade de concretização dos direitos fundamentais, bem como ciente das polêmicas que envolvem as ações afirmativas, o objetivo deste estudo é contribuir para a compreensão da justificação teórica das ações afirmativas na perspectiva da justiça como equidade de John Rawls.

Para o alcance deste objetivo, por meio de uma pesquisa bibliográfica, apresentam-se, na primeira parte, os principais aspectos da teoria de justiça como equidade de John Rawls. Num segundo momento, realiza-se a análise das ações afirmativas, averiguando-se a possibilidade de justificá-las na teoria da justiça como equidade.

O estudo da justificação teórica das ações afirmativas pode contribuir para a melhor compreensão e uso deste instituto

na concretização dos direitos fundamentais, podendo significar eliminação de polêmicas que surgem da implantação das diversas possibilidades de ações afirmativas, bem como significar uma melhor utilização deste mecanismo, pelo Estado, na busca por uma igualdade substancial entre os diversos grupos sociais, beneficiando os menos favorecidos.

O assunto se insere dentro da Linha de Pesquisa: Direitos Fundamentais Cíveis e na Área de Concentração: Dimensões Materiais e Eficaciais dos Direitos Fundamentais, uma vez que busca investigar a possibilidade de justificar teoricamente as ações afirmativas - como instrumento de concretização de direitos fundamentais - com base na perspectiva rawlsiana da justiça como equidade.

2 A JUSTIÇA COMO EQUIDADE DE JOHN RAWLS

John Rawls é um dos mais importantes teóricos da filosofia política. Suas principais obras são: Uma Teoria da Justiça, escrito em 1971, Liberalismo Político, do ano de 1993 e O Direito dos Povos, de 1999. A teoria de justiça de Rawls, fundada na justiça como equidade, é uma das obras mais importantes da filosofia política, alvo de inúmeros debates.

Nesta primeira parte do estudo, apresenta-se os principais pontos da teoria da justiça de Rawls tomando por base as explicações trazidas pelo próprio autor no livro “Justiça como equidade: uma reformulação”, no qual ele reinterpreta sua teoria esclarecendo alguns pontos específicos da obra que foram objeto de debate ou crítica por outros teóricos da filosofia política.

Para a compreensão da teoria da justiça como equidade, será necessário apresentar inicialmente as ideias básicas. Logo, é preciso partir da proposta de Rawls para sua teoria da justiça, destacando elementos como “sistema equitativo de cooperação social”, “sociedade bem ordenada”, “estrutura básica da sociedade”, “posição

original” e “cidadãos livres e iguais”. Logo depois de apresentar estas bases, será possível passar ao estudo alguns pontos mais específicos e detalhados que complementam a proposta de justiça como equidade de Rawls. Inicia-se aqui, portanto, a exposição das ideias centrais da justiça como equidade.

2.1 IDEIAS CENTRAIS DA TEORIA DE JUSTIÇA

Segundo Rawls (2003) duas ideias se contrastam na história do pensamento democrático: de um lado a ideia de sociedade como sistema equitativo de cooperação social entre cidadãos livres e iguais - que está baseada na tradição do contrato social - e, de outro, a ideia de sociedade como sistema social organizado com intuito de produzir o máximo - baseada na tradição utilitarista. O sistema equitativo naturalmente inclui as ideias de igualdade (direitos, liberdades e oportunidades) e de reciprocidade (princípio da diferença). Já o sistema utilitarista, considerando seu intuito de produzir o bem máximo, traz um princípio de justiça política maximizador e agregativo.

A proposta de Rawls na justiça como equidade tem por objetivo elaborar uma alternativa para as concepções de justiça encontradas no utilitarismo, perfeccionismo e intuicionismo. Além disso, pretende “encontrar uma base moral mais apropriada para as instituições de uma sociedade democrática moderna.” (RAWLS, 2003, p. 136).

Sua meta é fornecer uma base filosófica e moral para instituições democráticas e de como entender as questões de igualdade e liberdade (RAWLS, 2003).

Neste sentido, a ideia central da justiça como equidade é a de sociedade como um sistema equitativo de cooperação social que se perpetua entre gerações. Com base nisso Rawls desenvolve sua concepção de justiça para um regime democrático (RAWLS, 2003).

Com a mencionada ideia central estão conjugadas duas outras fundamentais: cidadãos que cooperam como livres e iguais; sociedade bem-ordenada (RAWLS, 2003).

Para uma melhor compreensão do pensamento de Rawls na justiça como equidade, será necessário detalhar, ainda que de forma resumida, os principais elementos que compõe essa teoria de justiça por ele proposta.

A cooperação social guia-se, essencialmente: por regras e procedimentos publicamente reconhecidos, os quais a pessoas que cooperam aceitam como válidos; os termos de cooperação social são equitativos, ou seja, contém a ideia de reciprocidade e mutualidade (termos que cada participante pode razoavelmente aceitar desde que todos os demais aceitem); por fim a ideia de vantagem, que especifica o que os que cooperam procuram do ponto de vista do seu próprio bem (RAWLS, 2003).

Dentro dos aspectos da cooperação social, Rawls trabalha com a razoabilidade e racionalidade das pessoas que cooperam. Segundo ele “pessoas razoáveis são aquelas dispostas a propor, ou a reconhecer quando os outros os propõem, os princípios necessários para especificar o que pode ser considerado por todos como termos equitativos de cooperação” (RAWLS, 2003, p. 9). Segundo ele, é razoável que as pessoas honrem os princípios, mesmo contra seus próprios interesses pessoais, desde que todos assim também o façam. Seria insensato não agir assim, contudo não seria irracional, pois não se pode taxar de irracional quem age em benefício próprio em detrimento da cooperação social (RAWLS, 2003).

Nesta concepção política de justiça, Rawls (2003) apresenta princípios cuja função é definir os termos equitativos de cooperação social. Eles especificam direitos e deveres básicos que devem ser garantidos pelas principais instituições políticas e sociais, regulam a divisão dos benefícios e distribuem encargos.

Estes princípios serão estudados de forma mais detalhada no decorrer deste capítulo. Por ora, para uma melhor compreensão, deve ficar claro que os princípios são os definidores do modelo de cooperação social que a sociedade pode seguir.

Já em relação a sociedade, a visão de Rawls (2003) sobre sociedade bem-ordenada implica três aspectos: cada um aceita e sabe que os demais também aceitam a mesma concepção política de justiça; todos sabem, ou acreditam, que a estrutura básica (assim entendida como as principais instituições políticas e sociais e a maneira como interagem) respeitam os princípios de justiça; os cidadãos possuem um efetivo senso de justiça que lhes permite entender e aplicar os princípios, bem como agir conforme sua posição social, seus deveres e obrigações na sociedade.

No que se refere a estrutura básica, Rawls (2003) afirma que essa estrutura é a maneira como as principais instituições políticas e sociais interagem formando um sistema de cooperação social. Além disso, é a maneira como estas instituições distribuem direitos e deveres básicos, assim como a distribuição de vantagens oriundas da cooperação social ao longo do tempo. É no contexto social de fundo da estrutura básica que ocorrem as atividades das associações e dos indivíduos.

Uma estrutura básica justa garante a justiça de fundo, uma vez que essa estrutura é objeto primário da justiça política. É assim porque a estrutura produz efeitos sobre muitos aspectos da vida dos cidadãos, desde o início. Influencia suas metas, ambições, capacidades e oportunidades (RAWLS, 2003).

Outro aspecto que evidencia a estrutura básica como objeto primário da justiça como equidade é que esta última é uma concepção política, não geral, de justiça. Portanto, tal concepção de justiça se aplica a estrutura básica, por ser reguladora de vários aspectos essenciais da vida dos cidadãos, notadamente da cooperação social. Outras questões que não sejam de ordem essencial, mas de âmbito

local ou mesmo global, precisam de considerações independentes (RAWLS, 2003).

Como integrantes da estrutura básica, Rawls (2003) menciona a Constituição política com um judiciário independente, as formas reconhecidas de propriedade, a estrutura da economia, bem como, de certa forma, a família. Especificamente sobre a família como integrante da estrutura básica, o autor evidencia que ela tem uma função central de educar os filhos, garantindo um desenvolvimento moral e educação para uma cultura mais ampla, inclusive no sentido de que tenham um senso de justiça e virtudes políticas que sustentem as instituições ao longo do tempo (RAWLS, 2003). Nesta ideia está também a perspectiva que os indivíduos devem ter de cooperação social e de verem uns aos outros como livres e iguais.

Partindo da premissa de sociedade como sistema equitativo de cooperação social entre pessoas livres e iguais, surge necessariamente a indagação de como são definidos esses termos equitativos de cooperação. Segundo Rawls, estes termos surgem de um acordo celebrado pelos cidadãos em condições justas para todos. Para que esse acordo seja equitativo entre cidadãos livres e iguais, ele deve ser celebrado na “posição original sob o “véu da ignorância” (RAWLS, 2003).

A posição original implica que os cidadãos, na escolha dos princípios que devem reger os termos equitativos de cooperação social, estejam sob um “véu da ignorância”, ou seja, que desconheçam sua posição social ou quaisquer outras contingências que criam disparidades entre as pessoas ou possam interferir na escolha dos princípios de cooperação social. Isso se fundamenta na medida em que, se uma pessoa souber sua posição, por exemplo, de rico, pode ter uma tendência a escolher determinado princípio que privilegie ricos; da mesma forma, se a pessoa souber que sua posição social é de pobre, ela pode escolher princípios que a protejam e desfavoreça os ricos (RAWLS, 2000).

Sendo assim, na posição original as pessoas ignoram raça, sexo, grupo étnico ou qualquer outro dom natural que possa influenciar na escolha dos princípios. É a ideia de véu da ignorância. Este véu elimina as posições vantajosas de negociação (na posição original) para que se chegue ao acordo sobre os princípios de justiça política para a estrutura básica (RAWLS, 2003). “Uma vez que o conteúdo do acordo diz respeito aos princípios de justiça para a estrutura básica, o acordo na posição original especifica os termos justos de cooperação social entre cidadãos assim considerados. Daí o nome: justiça como equidade.” (RAWLS, 2003, p. 23).

No que se refere à definição de cidadão, Rawls (2003) diz que cidadãos são aquelas pessoas envolvidas na cooperação social de forma plenamente capaz durante toda a vida. Estes cidadãos têm duas “faculdades morais”: capacidade de ter um senso de justiça, aplicando os princípios da justiça política; capacidade de ter, revisar e buscar uma concepção de bem.

Os cidadãos são vistos como iguais na medida em que possuem essas faculdades morais necessárias para se envolverem na cooperação social, participando da sociedade como iguais. Ter essas faculdades seria a base da igualdade entre os cidadãos (RAWLS, 2003). E “os cidadãos de uma sociedade bem-ordenada afirmam a Constituição e seus valores políticos tal como se realizam nas instituições, e compartilham o objetivo de fazer justiça um ao outro, como o exigem os arranjos da sociedade.” (RAWLS, 2003, p. 28).

No que se refere a questão da liberdade, os cidadãos são vistos como livres em dois sentidos: na medida em que veem a si e aos demais como capazes de ter uma concepção de bem; bem como, consideram-se autorizados a fazer reivindicações perante suas instituições para realizar suas concepções de bem (RAWLS, 2003).

Na descrição da sociedade como sistema equitativo de cooperação social, a ideia de cidadãos livres e iguais corresponde

àqueles cidadãos que desempenham plenamente a cooperação (RAWLS, 2003).

São essas as ideias mais básicas da justiça como equidade. Pode-se dizer, em síntese, que na teoria primeiro se apresenta a ideia organizadora central de sociedade como sistema equitativo de cooperação. Esta ideia de cooperação se realiza numa sociedade bem-ordenada e se aplica a sua estrutura básica. Os termos dessa cooperação social são determinados por meio de um acordo realizado sob o véu da ignorância, na posição original, onde os cidadãos (as pessoas envolvidas plenamente na cooperação), livres e iguais, desconhecem qualquer contingência (posição social, cor, raça, religião, procedência, etc.) que possa influenciar no acordo de escolha dos termos equitativos de cooperação social.

Apresentados estes aspectos preliminares da compreensão da Teoria da Justiça de John Rawls, faz-se necessária agora a apresentação de alguns aspectos detalhados que sustentam a argumentação trazida pelo autor. Todos estes aspectos serão importantes para analisar, num segundo momento deste estudo, se a Justiça como equidade pode justificar teoricamente as ações afirmativas.

2.2 OS PRINCÍPIOS DA JUSTIÇA

Partindo da ideia de sociedade democrática como sistema equitativo de cooperação social entre cidadãos livres e iguais, Rawls (2003) procura investigar quais princípios são mais apropriados para esta sociedade.

Nesta sociedade, o objeto primário da justiça política é a estrutura básica (principais instituições políticas e sociais e como elas se harmonizam num sistema de cooperação). Os cidadãos nascem e passam a vida nas instituições básicas. Logo, a estrutura básica tem forte influência sobre as desigualdades sociais e econômicas, o

que deve ser levado em conta na definição dos princípios de justiça (RAWLS, 2003).

Essas desigualdades econômicas e sociais têm a ver com a perspectiva de vida dos cidadãos, pois afetadas por classe social, dons naturais, oportunidades de educação e até pela boa ou má sorte (RAWLS, 2003).

Portanto, os princípios devem ser tais que possam legitimar essas diferenças de perspectivas, bem como as tornar congruentes num sistema de cooperação social de cidadania livre e igual (RAWLS, 2003).

Por fim, na definição dos princípios, é preciso considerar que a justiça como equidade é uma forma de liberalismo político. Essa noção surge por dois fatores: pluralismo razoável (resultante da diversidade de doutrinas abrangentes e razoáveis que perpetuam na sociedade); num regime democrático, o poder político é o poder de cidadãos livres e iguais como um corpo coletivo. Neste andar, a concepção de justiça deve ser política. Quando isso é satisfeito, há legitimidade do poder político, porque exercido de acordo com uma Constituição cujos elementos essenciais todos os cidadãos razoáveis e racionais podem endossar. Este é o princípio liberal da legitimidade (RAWLS, 2003).

Partindo dessas premissas e considerando a sociedade como sistema equitativo de cooperação social entre cidadãos livres e iguais, Rawls apresenta os seguintes princípios como mais apropriados para determinar direitos e liberdades básicos, bem como para regular desigualdades econômicas e sociais (RAWLS, 2003, p. 60):

- a) Cada pessoa tem o mesmo direito irrevogável a um esquema plenamente adequado de liberdades básicas iguais que seja compatível com o mesmo esquema de liberdades para todos; e
- b) As desigualdades sociais e econômicas deve satisfazer duas condições: primeiro, devem estar vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos em condições de

igualdade equitativa de oportunidades; e, em segundo lugar, têm de beneficiar ao máximo os membros menos favorecidos da sociedade (o princípio da diferença).

A aplicação destes princípios pressupõe uma ordem: o primeiro princípio sempre precede o segundo; a primeira parte do segundo princípio (igualdade equitativa de oportunidades) tem precedência sobre o princípio da diferença (RAWLS, 2003).

Ao explicar o significado de igualdade equitativa de oportunidades, Rawls (2003) argumenta que essa igualdade visa corrigir a igualdade formal de oportunidades. Portanto, há uma exigência de que cargos públicos e posições sociais estejam abertos no sentido formal, numa concepção liberal, mas que todos tenham uma chance equitativa de ter acesso a eles. Para que isso ocorra, há necessidade de impor exigências na estrutura básica para além da liberdade natural. É preciso um sistema de mercado livre e ajuste de tendências de longo prazo das forças econômicas para impedir a concentração excessiva de riqueza e da propriedade, o que levaria a dominação política. Também, a igualdade equitativa implica oportunidades iguais de educação, independentemente da renda.

A justificativa para a prioridade do primeiro princípio é que ele abarca elementos constitucionais essenciais, ou seja, direitos e liberdades básicos que protegem interesses fundamentais. Como exemplo desses direitos e liberdades básicas, pode-se citar: liberdade de pensamento e consciência, liberdade políticas, liberdade de associação, direitos e liberdades abarcados pela liberdade e integridade da pessoa, direitos e liberdades abarcados pelo estado de direito (RAWLS, 2003).

A natureza fundamental que esses direitos e liberdade protegem é que atribui a prioridade ao primeiro princípio. Desse modo, o segundo princípio deve ser aplicado num contexto que satisfaça o primeiro princípio, o que ocorre numa sociedade bem-

ordenada (RAWLS, 2003). “O valor equitativo das liberdades políticas garante que cidadãos [...] tenham praticamente uma chance igual de influenciar a política governamental e de galgar posições de autoridade independentemente de sua classe social e econômica;” (RAWLS, 2003, p. 65).

Os dois princípios aplicados à estrutura básica fazem com que ela tenha duas funções coordenadas: determinar e garantir liberdades básicas iguais aos cidadãos e estabelecer um regime constitucional justo; prover instituições sociais de fundo mais apropriadas a cidadãos livres e iguais (RAWLS, 2003).

A adoção e aplicação destes princípios ocorre da seguinte maneira: sob o véu da ignorância (na posição original) as partes adotam os princípios da justiça. Aos poucos, este véu vai sendo retirado progressivamente, na medida em que é realizada uma convenção constituinte; vão sendo promulgadas leis baseadas na constituição e em conformidade com os princípios de justiça; ao final, as normas são aplicadas por governantes e seguidas por cidadãos, além de serem interpretadas pelo judiciário. A esta altura, o véu da ignorância já está completamente retirado (RAWLS, 2003).

Cabe observar que o primeiro princípio se aplica ao estágio da convenção constituinte, especialmente aos elementos constitucionais essenciais. Já o segundo princípio se aplica no estágio legislativo, notadamente quanto ao tipo de legislação social e econômica a ser adotada (RAWLS, 2003).

Outro aspecto a ser destacado é que, embora o princípio da diferença não faça parte dos elementos constitucionais essenciais, é importante analisar qual ideia de igualdade é mais apropriada neste sistema cooperativo social entre cidadãos livres e iguais. Para Rawls (2003), essa ideia de igualdade implica profunda reciprocidade. Sendo assim, o princípio da diferença é uma exigência para uma igualdade democrática.

2.3 JUSTIÇA DISTRIBUTIVA COMO JUSTIÇA PROCEDIMENTAL

Segundo Rawls (2003) o problema da justiça distributiva, na sua proposta de justiça como equidade, está em saber como ordenar a estrutura básica num esquema unificado de instituições para que a cooperação social equitativa, eficiente e produtiva possa perdurar no tempo, passando de geração em geração. Ele explica que quando se tem normas de instituições de fundo definidas com base nos princípios da justiça, as exigências dessas instituições são previsíveis. Logo, sempre que cidadãos elaboram seus planos de vida, levam em conta, de antemão, tais normas. Portanto, as normas das instituições destinam-se alcançar metas de cooperação ao longo do tempo (RAWLS, 2003).

Se a estrutura básica está organizada de modo que todos seguem as normas publicamente reconhecidas, a distribuição específica de bens resultante deste sistema é considerada justa, qualquer que venha a ser (RAWLS, 2003).

Para que isso ocorra, certas regras precisam estar incluídas na estrutura básica para que a cooperação social permaneça equitativa ao longo do tempo, de uma geração para outra. Essas regras precisam estar balizadas pelos princípios de justiça (RAWLS, 2003).

Essas normas das instituições de fundo definidas com base nos princípios de justiça visam alcançar metas de cooperação social equitativa ao longo do tempo. São essenciais para as liberdades políticas, a igualdade equitativa de oportunidades, a garantia de que as desigualdades econômicas e sociais contribuam para o bem geral e beneficiem os menos favorecidos (RAWLS, 2003).

Em todo este contexto, a justiça distributiva em Rawls é vista como uma justiça procedimental pura, já que elabora um esquema social, um procedimento para regular a cooperação social de geração para geração. E este procedimento está regulado pelos princípios da justiça, cujo objetivo é definir os termos gerais de cooperação social.

2.4 ESTRUTURA BÁSICA COMO OBJETO DA TEORIA DE JUSTIÇA

Mesmo numa sociedade bem ordenada, as perspectivas de vida dos cidadãos são afetadas por três tipos de contingências: classe social, talentos naturais e boa ou má sorte. A maneira como a estrutura básica lida com essas contingências para cumprir metas sociais é outro fator que influencia nas perspectivas de vida (RAWLS, 2003).

Por outro lado, para que cidadãos possam familiarizar-se com a cultura pública e participar dela, concebendo a cada um como livre e igual, eles precisam ser educados pelas instituições básicas, adquirindo, com isso, essa concepção sobre si mesmos e estimulação do ideal de justiça (RAWLS, 2003).

Outrossim, as expectativas de alguém para o futuro dependem tanto de sua posição social como dos princípios públicos de justiça que a sociedade usa para regular as instituições da justiça de fundo (RAWLS, 2003).

Segundo Rawls (2003) os talentos naturais (como inteligência ou dons naturais) não são qualidades naturais fixas e constantes. Eles são apenas potenciais, pois sua fruição só é possível dentro de determinadas condições sociais. Para que sejam realizados, estes talentos dependem de atitudes sociais de estímulo e apoio, bem como instituições voltadas ao seu treinamento e uso.

Portanto, considerando a estrutura básica como objeto primário da justiça como equidade, suas instituições devem promover o desenvolvimento das faculdades morais dos cidadãos (concepção de justiça e cooperação social). Também, na qualidade de estrutura que preserva a justiça de fundo de uma geração para outra, realiza a ideia de justiça procedimental num processo social ideal. Por fim, cabe a estrutura básica educar os cidadãos para que tenham uma concepção como livres e iguais, estimular o senso de otimismo e confiança no futuro, bem como o senso de equidade baseado nos princípios reguladores das desigualdades sociais e econômicas (RAWLS, 2003).

2.5 QUEM SÃO OS MENOS FAVORECIDOS

Para saber quem são os menos favorecidos, há necessidade de compreender a ideia de bens primários. Estes são coisas que os cidadãos precisam como pessoas livres e iguais. Constituem-se em diferentes condições sociais e meios polivalentes necessários para os cidadãos se desenvolverem. Não há uma lista fechada destes bens, pois eles dependem de fatos gerais sobre necessidades e aptidões humanas, relações de interdependência social, entre outros (RAWLS, 2003).

Rawls (2003) destaca cinco tipos de bens primários: 1) direitos e liberdades básicos (liberdades de pensamento e consciência) que são necessários para o desenvolvimento das faculdades morais; 2) liberdades de movimento e livre escolha de ocupação (ambos baseados em liberdades diversificadas e oportunidades variadas); 3) poderes e prerrogativas de cargos e posições de autoridade e responsabilidade; 4) renda e riqueza (que são meios polivalentes necessários para alcançar variada gama de objetivos); 5) bases sociais do autorrespeito (aspectos das instituições básicas essenciais para que cidadãos possam ter um senso de seu valor e serem capazes de levar adiante seus objetivos).

Os dois princípios da justiça avaliam a estrutura básica em função de como ela regula a repartição dos bens primários. As desigualdades a que se aplica o princípio da diferença são as diferenças nas expectativas de bens primários dos cidadãos durante a vida. Numa sociedade bem-ordenada, na qual estão garantidos os direitos e liberdades básicas, bem como as oportunidades equitativas, os menos favorecidos são aqueles que pertencem à classe de renda com expectativas mais baixas (RAWLS, 2003).

É preciso comparar cada esquema de cooperação social e verificar quem está na situação de menos favorecido. Em seguida, há que comparar os esquemas possíveis e verificar em qual deles os menos favorecidos estão em melhor posição. Neste sentido

será permitida a desigualdade de renda e riqueza desde que estas desigualdades estejam dispostas de uma maneira que elevem ao máximo os benefícios para os menos favorecidos (RAWLS, 2003).

2.6 O PRINCÍPIO DA DIFERENÇA

Em primeiro lugar, cabe lembrar que o princípio da diferença está sempre subordinado à realização do primeiro princípio (liberdades básicas iguais) e a primeira parte do segundo princípio (igualdade equitativa de oportunidades). Funciona em associação com eles (RAWLS, 2003).

O esquema de cooperação social se delinea na maneira como se organiza a atividade produtiva, a divisão do trabalho e as funções de quem dela participa. Este esquema de cooperação gera um produto social. O princípio da diferença exige que a renda e a riqueza obtida pela geração desse produto social beneficiem ao máximo os menos favorecidos (RAWLS, 2003).

Portanto, por maiores que possam ser as desigualdades, elas são permitidas desde que no esquema de cooperação social elas beneficiem os menos favorecidos. Se isso não ocorrer, não serão permitidas (RAWLS, 2003).

Cabe observar que o nível geral de riqueza vai depender das decisões que as pessoas tomam na vida. O trabalho que escolher, o quanto pretende trabalhar, cabe a cada um decidir com base nos incentivos e oportunidades equitativas que a sociedade oferece. Pelo princípio da diferença, seja qual for o nível geral de riqueza que resultar das escolhas das pessoas, as desigualdades existentes têm que beneficiar tanto os outros como a nós mesmos. Portanto, o princípio da diferença revela-se como um princípio de reciprocidade (RAWLS, 2003).

Apresentados todos os elementos acima descritos da teoria de justiça de John Rawls, tem-se uma visão geral, embora resumida,

de suas principais ideias. Cabe agora analisar se a justiça como equidade pode justificar teoricamente a implementação de ações afirmativas.

3 AS AÇÕES AFIRMATIVAS NA PERSPECTIVA DA JUSTIÇA COMO EQUIDADE

Nesta parte do estudo, no objetivo de verificar se a teoria da justiça como equidade justifica teoricamente as ações afirmativas, cabe, inicialmente, descrever em linhas gerais no que consistem as ações afirmativas.

As ações afirmativas são um conjunto de políticas públicas e privadas direcionadas à realização do princípio da igualdade material, bem como para redução ou eliminação de efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade e de origem nacional. Podem ainda corrigir efeitos atuais de discriminações ocorridas no passado (MASTRANTONIO, 2009).

Elas são iniciativas de caráter temporário, de natureza pública ou privada. Seu principal intuito é corrigir problemas históricos, ou mesmo atuais, que prejudicam determinados grupos sociais menos favorecidos (DUARTE, 2014).

Os destinatários das ações afirmativas são as minorias socialmente inferiorizadas. Elas objetivam fazer com que tais minorias tenham as mesmas oportunidades que os demais grupos sociais, permitindo-lhes competir igualitariamente com os demais cidadãos (MORAES, 2010).

Ribeiro (2011) apresenta diferenciação entre ação afirmativa formal - aquela que visa combater uma discriminação que se dá em função de uma norma - e ação afirmativa material - aquela que combate discriminação baseadas em comportamentos sociais, coletivos ou individuais. O autor também diferencia as ações afirmativas quanto ao nível legal: legal e infralegal (lembrando que

devido ao seu caráter temporário, a ação afirmativa não pode estar totalmente incluída no texto constitucional. Além disso, diferencia as ações afirmativas quanto ao alcance: nacional, regional ou local, cuja delimitação se dá pelo princípio da predominância de interesse que rege a distribuição de competência dos entes da Federação.

Melo (1998) identifica algumas características das ações afirmativas, quais sejam: não devem ser consideradas discriminatórias; são de caráter especial; têm objetivo de assegurar o progresso adequado de determinados grupos; não deve haver manutenção de direitos separados para os diferentes grupos; não perdurem no tempo após alcançarem seus objetivos.

Segundo Clève (2014), a ideia é que todos os competidores sociais tenham garantido pelo Estado igualdade de oportunidades. Isso vai além da igualdade formal de oportunidades, exigindo políticas para compensar ou assistir minorias, de modo que todos, em determinada comunidade, tenham as mesmas possibilidades, ao menos iniciais, para desenvolver suas habilidades, ou seja, o mesmo “ponto de partida”.

Defensores das ações afirmativa justificam estas medidas por meio de duas teorias: justiça compensatória e justiça distributiva. A justiça distributiva seria uma proposta de justiça em razão da situação no presente. A compensatória seria uma proposta de justiça pelo passado (KAUFMANN, 2007).

O argumento da justiça compensatória é frágil, sendo mesmo ilegítimo, na medida em que não há como responsabilizar gerações presentes por problemas causados por gerações passadas, por atitudes que, inclusive, as gerações presentes não endossam. Outrossim, mas pela mesma ótica, os descendentes de grupos discriminados no passado não sofreram as consequências diretas daquela discriminação. Seria muito difícil identificar os possíveis de beneficiários atuais de ações afirmativas que visam reparar discriminações ocorridas gerações no passado (KAUFMANN, 2007).

Por outro lado, a proposta de ação afirmativa baseada na justiça distributiva implica na promoção de oportunidades para aqueles que não conseguem competir de modo igualitário, de modo a compensar desigualdades existentes atualmente na sociedade. Busca-se com isso a concretização de uma igualdade substancial (KAUFMANN, 2007).

Esta ideia de igualdade de oportunidades é o ponto de partida para a justificação teórica das ações afirmativas na justiça como equidade de Rawls. Isso porque este autor está inserido num modelo de justiça de base distributiva baseada em princípios de justiça que visam estabelecer um procedimento de cooperação social (justiça procedimental pura) de longo prazo.

Como já se viu, a teoria de justiça como equidade entende a sociedade com um sistema equitativo de cooperação social entre cidadãos livres e iguais. Estes cidadãos são vistos como iguais na medida em que se envolvem na cooperação social, participam da sociedade como iguais, compartilham os valores políticos e o objetivo de fazer justiça um ao outro.

No entanto, estes cidadãos não partem de um mesmo ponto de partida. Há diferenças de berço (nascer rico ou pobre), de talentos naturais (aptidão esportiva) e até de má sorte na vida (um acidente que limite a capacidade de trabalho). Essas diferenças geram desigualdades que vão se perpetuando ao longo do tempo. É neste contexto que Rawls (2003) questiona se: algumas pessoas pensam que merecem ter nascido mais dotadas do que outras?

Também se pode questionar se é justo que pessoas com melhores talentos naturais ou com mais sorte na vida tenham posições de vantagem na sociedade.

Evidentemente que para resolver esta questão a sociedade deve adotar medidas que promovam a igualdade de oportunidades, ou seja, aquele mesmo ponto de partida mencionado por Clève (2014). Para que esse ponto de igualdade de oportunidades seja encontrado,

parece possível partir da sociedade cooperativa tratada por Rawls. Mas para isso será preciso reconstruir a ordem de ideias lançadas pelo filósofo, ingressando inclusive na posição original.

Quando se pretende ter uma sociedade que vise uma igualdade substancial entre seus cidadãos, ou seja, tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, parece plausível pensar, tal qual pensou Rawls, numa sociedade como um sistema equitativo de cooperação social entre cidadãos livres e iguais.

Essa ideia de cooperação se realiza numa sociedade bem-ordenada, ou seja, uma sociedade em que todos aceitam a mesma concepção de justiça política e possuem um senso de justiça que lhes permita agir na sociedade segundo seus direitos e deveres. Também, todos nesta sociedade bem-ordenada acreditam que a estrutura básica (principais instituições) respeita os princípios de justiça.

Para que os cidadãos possam viver nesta sociedade de cooperação e alcançar seus ideais, bem como alcançar uma concepção política de justiça - e especificamente no que concerne a este estudo, uma igualdade substancial - eles devem definir quais são os termos equitativos dessa cooperação.

Rawls (1997) propôs que esses termos são definidos mediante um acordo celebrado pelos cidadãos em condições justas. Esse acordo é realizado na chamada “posição original” (algo como um modelo de pensamento atemporal) na qual os cidadãos ou seus representantes estão sob um “véu da ignorância”. Sob este véu, eles desconhecem sua posição social, cor, raça, sexo, ou qualquer outro elemento que possa trazer alguma posição vantajosa na negociação. Sob tais condições os cidadãos poderiam definir os termos equitativos de cooperação social.

Esses termos seriam reunidos em dois princípios. Um primeiro que protege um esquema equitativo de liberdades básicas. Um segundo em que as desigualdades econômicas e sociais devem satisfazer duas condições: a igualdade equitativa de oportunidades

para acesso a cargos e posições; beneficiar os menos favorecidos (princípio da diferença).

Partindo dessa premissa e de um ideário constitucional que visa o combate às desigualdades, para a assunção de uma igualdade social substancial, parece possível cogitar do modelo de Rawls de sociedade cooperativa como viável para redução ou regulação das desigualdades.

Assumindo, ainda que de forma idealista, que a sociedade tem esse viés cooperativo e ideais constitucionais de liberdade e igualdade entre os cidadãos, mas que essa igualdade ainda não se realizou de forma substancial, bem como considerando que num processo hipotético os representantes pretendam se colocar na posição original para decidir quais princípios devem reger a cooperação social, também parece plausível aceitar os mesmos princípios indicados por Rawls como aqueles que os nossos representantes definiriam na posição original sob um véu da ignorância.

A primeira tarefa, a partir destes princípios que definem os termos equitativos de cooperação social, é garantir um esquema consistente de liberdades básicas iguais para todos. Logo em seguida, há que adentrar na realização do segundo princípio, ou seja, a permissão das desigualdades econômicas e sociais mediante um esquema equitativo de oportunidades de acesso aos cargos e a existência de desigualdade em benefício dos menos favorecidos (princípio da diferença). É preciso entender, aqui, que Rawls aceita a existência de desigualdades entre as pessoas, até como um processo natural da escolha de vida de cada um. O que o princípio da diferença pretende é regular essas desigualdades, para que elas somente sejam toleradas quando beneficiarem os menos favorecidos. Sendo assim, dentre os vários esquemas possíveis de desigualdade, deve-se observar em qual deles os menos favorecidos estão em melhor posição. Será este o esquema a ser escolhido, por ser o que mais beneficia os menos favorecidos.

Neste contexto, todos os cidadãos da sociedade, como pessoas que cooperam política e socialmente, justificam entre si os raciocínios e valores políticos, num modelo que todos podem aceitar. Essa base de justificação pública garante o desenvolvimento de uma concepção política e pública de justiça.

Logo, a partir de um modelo de desenvolvimento de ideias da concepção política de justiça num ambiente de justificação pública, os ideais vão se aprimorando. Esta sociedade, então, vai se tornando numa sociedade bem-ordenada e alcança um equilíbrio reflexivo na medida em que os cidadãos passam a afirmar uma mesma concepção de justiça política.

Outrossim, na sociedade também há uma gama de diferentes doutrinas filosóficas, religiosas e morais, chamadas por Rawls de doutrinas abrangentes. Cada qual defende seu modelo de pensamento e seus interesses. Algumas dessas doutrinas são mais razoáveis e, por assim serem, perduram ao longo do tempo na sociedade. Essas doutrinas abrangentes que perduram passam a formar uma base razoável de unidade política e social relativa a uma sociedade democrática. O resultado disso é o chamado consenso sobreposto razoável.

Aglutinando essas ideias, tem-se uma sociedade que pretende ser cooperativa num modelo equitativo entre cidadãos livres e iguais. Na pretensão de tornar os cidadãos substancialmente iguais, o segundo princípio pretende que haja oportunidades iguais de acesso aos cargos e posições sociais (o que promove a igualdade substancial), bem como que as desigualdades somente sejam permitidas quando beneficiem os menos favorecidos. Já se explicou (primeira parte deste estudo) que esses menos favorecidos são aqueles que dispõem de menos bens primários, estes últimos entendidos como, dentre outros, renda e riqueza, e poderes e prerrogativas de cargos e posições de autoridade.

O destaque a renda e riqueza e acesso a cargos é importante porque é justamente a base da qual trata o segundo princípio. Isso

significa que uma das principais regras da sociedade é delimitar o mecanismo de regulação das desigualdades.

Cabe lembrar novamente que a existência desses menos favorecidos pode ser resultado tanto da posição privilegiada (ou não) de nascimento, como dons naturais ou mesmo boa ou má sorte na vida (exemplo: um acidente que impossibilitou alguém de trabalhar em determinadas funções).

Se essas diferenças não forem equilibradas, a sociedade pode romper em colapso, porque a desigualdade que elas provocam pode gerar um domínio econômico e um controle político por aqueles que estão em melhores posições sociais (RAWLS, 2003).

Portanto, considerando que as pessoas passam a maior parte de suas vidas vinculadas a estrutura básica, sendo este o objeto primário da justiça como equidade, esta estrutura precisa encontrar meios de, aplicando o segundo princípio, ajustar as desigualdades. E na proposta de justiça distributiva de Rawls, como justiça procedimental, esse esquema de ajustar as desigualdades precisa se prolongar de geração para geração. Trata-se de um procedimento de cooperação social que vai distribuindo os bens entre os cidadãos, assim como regulando a utilização dos talentos, permitindo a desigualdade na medida em que beneficie os menos favorecidos.

Afinal de contas, uma estrutura básica que satisfaça o princípio da diferença não recompensa as pessoas pelo seu lugar na distribuição dos talentos naturais, mas sim por educar e treinar esses talentos e coloca-los em ação para contribuir para o bem de todos (RAWLS, 2003).

Além disso, o princípio da diferença representa um acordo de compartilhamento dos talentos naturais. Embora cada pessoa seja dona de seus talentos, a distribuição deles na sociedade é considerada um bem comum que é compartilhado em benefício de todos (RAWLS, 2003).

Neste contexto, a estrutura básica da sociedade deve compartilhar o uso dos talentos naturais, com base nos parâmetros do segundo princípio, para que eles sejam usados em benefício de todas as pessoas. Isso já elimina parte da desigualdade, ou seja, aquela relativa aos talentos naturais.

Ainda restam as questões de berço e de boa ou má sorte que permeiam a sociedade. Nestas questões de berço, é possível incluir as questões raciais e de gênero, que indiscutivelmente geram desigualdades sociais. Rawls não tratou com especificidade das questões raciais e de gênero na sua Teoria. Isso é compreensível, porque a teoria é um modelo ideal que já pressupõe as pessoas como livres e iguais. Dessa expressão “livres e iguais” já se pode presumir que a sociedade bem-ordenada tratada por Rawls já superou esses problemas de desigualdade racial ou de gênero. Contudo, nada impede que a Teoria possa ser usada, também, para tratar de tais questões, como inclusas nas desigualdades originadas de berço, situação social ou má sorte.

Para resolver esta questão, a sociedade precisa encontrar um mecanismo de aplicar o segundo princípio e dar oportunidades equitativas para todos.

Quando se diz “dar oportunidades equitativas” é preciso entender que nem todos os cidadãos, dadas essas inúmeras diferenças que ocorrem ao longo da vida ou desde o nascimento, ou mesmo por gerações, têm o mesmo ponto de partida na disputa pelas posições sociais.

Em sendo assim, cabe delinear um raciocínio: considerando uma sociedade equitativa de cooperação social entre cidadãos livres e iguais (formalmente, mas que buscam igualdade substancial); considerando que estes cidadãos se colocam na posição original e definem seu acordo de cooperação ou termos de cooperação social, calçados em dois princípios; considerando que um desses princípios visa combater ou regular desigualdades, dando oportunidades equitativas e permitindo desigualdades somente quando beneficiarem os menos favorecidos; considerando que numa base racional e

razoável de justificação pública esses cidadãos compartilhem seus ideais de justiça e de combate às desigualdades; considerando que há um consenso sobreposto de diferentes doutrinas abrangentes, também, para combater as desigualdades sociais; considerando esses argumentos, seria razoável acreditar que nesta sociedade que combate desigualdades, as ações afirmativas fossem escolhidas como um mecanismo legal de aplicar o segundo princípio e dar oportunidades equitativas de acesso a cargos e posições sociais e somente permitir desigualdades quando em benefício dos menos favorecidos?

Uma resposta afirmativa é bastante razoável.

Isso seria um compromisso justo assumido pela sociedade e que deriva de uma ideia implícita de reciprocidade contida no princípio da diferença, pois a sociedade e as instituições não podem tirar vantagem da distribuição de talentos, posição social inicial ou boa ou má-sorte senão para beneficiar os menos favorecidos (RAWLS, 2003).

Ao contrário disso, as instituições, balizadas pelo segundo princípio, devem criar mecanismos de promoção (em fase legislativa, onde atua o segundo princípio, e ainda sob parcial véu da ignorância) para que as desigualdades existentes possam beneficiar os menos favorecidos. Esse benefício ocorre quando, na comparação de todos os esquemas sociais possíveis, os menos favorecidos estão em melhor posição, ainda mesmo que os mais favorecidos estejam em posição bem mais elevada, porque o mais importante é sempre escolher a melhor posição possível dos menos favorecidos.

Neste contexto, a escolha das ações afirmativas se justifica como um dos mecanismos de realização do segundo princípio na sociedade. Isso porque, embora elas criem situações de desigualdade na sociedade, as chamadas discriminações positivas, essas desigualdades são criadas para melhorar a posição dos menos favorecidos.

Além disso, assim que realizado o interesse almejado pela ação afirmativa, ela deixa de existir, por desaparecerem os motivos

de promoção social que ela visou. Portanto, a ação afirmativa fomenta uma desigualdade temporária para um benefício direto ao menos favorecido, algo que replica com bastante clareza a proposta apresentada por Rawls relativa ao princípio da diferença.

Pode-se dizer, também, que as ações afirmativas realizam os dois aspectos do segundo princípio proposto por Rawls. Ao fomentar discriminações positivas em benefício dos menos favorecidos, as ações afirmativas permitem a esse grupo de pessoas o alcance de uma igualdade equitativa de oportunidades de acesso a cargos públicos, bem como de posições sociais antes inatingíveis por diversos fatores (posição social, discriminação, etc.). Sendo assim, fica evidente que elas realizam a dupla proposta contida o segundo princípio da justiça proposto por Rawls.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do estudo da teoria da justiça como equidade de John Rawls, verificou-se que este autor apresenta em sua teoria de justiça um consistente conteúdo filosófico sobre um modelo idealista e teórico de justiça política para uma sociedade.

Este modelo de justiça vê a sociedade como um sistema equitativo de cooperação social entre pessoas livres e iguais. Os termos equitativos dessa cooperação são definidos na posição original pelos representantes das pessoas, sob um véu da ignorância. Neste contexto, são definidos, por um acordo, os termos equitativos de cooperação. Estes termos, por sua vez, são definidos em dois princípios de justiça: um primeiro, com foco num esquema igualitário de liberdades básicas; um segundo, cuja primeira parte envolve igualdade equitativa de oportunidade de acesso a cargos e posições sociais, e uma segunda parte que, chamada de princípio da diferença, regula as desigualdades, dizendo que elas apenas são permitidas se beneficiarem os menos favorecidos.

Com base no estudo desta teoria foi possível verificar que as ações afirmativas podem ser justificadas teoricamente com base na justiça por equidade de John Rawls. Isso porque, sendo as ações afirmativas ferramentas de concretização de direitos fundamentais em benefício de grupos menos favorecidos, elas realizam ambos os aspectos do segundo princípio da justiça proposto por Rawls em sua teoria.

Isso porque as ações afirmativas realizam a primeira parte do segundo princípio de justiça porque elas permitem que grupos menos favorecidos na sociedade (seja por renda, talentos naturais ou histórico de discriminação) possam galgar posições sociais e cargos públicos em igualdade de oportunidades por meio de um mecanismo de discriminação positiva, ou seja, tratando desigualmente os desiguais e igualmente os iguais.

Além disso, elas também realizam o princípio da diferença na medida em que, estabelecendo discriminações positivas em favor de minorias menos favorecidas, estão criando um esquema de desigualdade que beneficia os menos favorecidos, no rigor da proposta teórica de John Rawls.

Abstract

This article aims to contribute to the understanding of affirmative action, investigating whether they can be justified in the theory of justice as fairness of John Rawls. Through a bibliographical research, under an inductive method, the study is developed from an analysis of the main aspects of the theory of justice as fairness, organizing such aspects in a comprehensive way to build a theoretical basis of analysis of the author's ideas and its subsequent conjugation with the concept and objectives of affirmative actions, in order to verify if the theory of justice as fairness gives theoretical support for affirmative actions. To reach these objectives, the first part of the study presents a synthesis of Rawls's main ideas in his theory of justice as fairness. After the identification of these theoretical elements, they are conjugated, in the second part of this article, with affirmative actions, their concept and objectives, seeking to analyze if affirmative actions find support in John Rawls' theory of justice.

Keywords: Affirmative actions. Justice as fairness. Theory of Justice. Theoretical Foundations.

REFERÊNCIAS

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Temas de direito constitucional*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte. Ed Fórum, 2014.

DUARTE, Allan Coelho. *A constitucionalidade das políticas de ações afirmativas*. Brasília, DF: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, abr. 2014 (Texto para Discussão nº 147). Disponível em: <www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em: 22 abr. 2014.

KAUFMANN, Roberta Fragoso Meneses. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

MASTRANTONIO, Simone Aparecida Barbosa. *Rev TRT*, 9ª R. Curitiba, a 34, n. 63, p. 353-397, 2009.

MELO, Monica de. O princípio da igualdade à luz das ações afirmativas: enfoque na discriminação positiva. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, ano 6, n. 25, p. 79-101, 1998.

MORAES, Vanessa da Silva. Ações afirmativas: políticas de inclusão social e de efetivação dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. *Revista da Ajuris*, Ajuris, ano XXXVII, n. 118, p. 337-355, 2010.

RAWLS, John. *O direito dos povos*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*. Tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Almiro Pissetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.

RIBEIRO, Rafael de Freitas Schultz. Estudo sobre ações afirmativas. *Rev. SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 31, p. 165-190, 2011.