

**ISSN 1980-7805 (impresso)**  
**ISSN 2177-1499 (eletrônico)**

# **Direitos Culturais**

**Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito**  
**- MESTRADO e DOUTORADO da URI - Campus Santo Ângelo - RS**





UNIVERSIDADE REGIONAL INTEGRADA DO ALTO URUGUAI E  
DAS MISSÕES  
CAMPUS DE SANTO ÂNGELO  
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO –  
MESTRADO E DOUTORADO

**REVISTA DIREITOS CULTURAIS**

Santo Ângelo – Brasil

2019

D598 Direitos culturais : revista do programa de pós-graduação em Direito – Doutorado e Mestrado – URI Santo Ângelo / Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI – Santo Ângelo - v.1, n.1 (dez. 2006)- . – Santo Ângelo: FuRI, 2019.

v.14, n.32, jan./abr. 2019

Semestral: Dez. 2006-jul./dez. 2012. Quadrimestral: Jan./abr. 2013-.

ISSN 1980-7805 (impresso)

ISSN 2177-1499 (on-line)

1. Direito-Periódicos. I. Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI – Santo Ângelo.

CDU: 340.114

Bibliotecária responsável pela catalogação Fernanda Ribeiro Paz - CRB-10/1720

*Editores Gerentes*

Jacson Roberto Cervi

Thami Covatti Piaia

*Editoria de Seção e Formatação*

Débora Patricia Seger e Fábio César Junges

*Revisão*

Jacson Roberto Cervi

*Revisão Língua Inglesa*

Thami Covatti Piaia

*Capa*

Leandro Figueiredo

*Publicação*

FuRI – Editora da URI – Campus de Santo Ângelo – RS  
Rua Universidade das Missões, 464 – CEP 98.802-470  
Santo Angelo – RS – Brasil – Fone: (55)3313-7900

– 2019 –

## REVISTA DIREITOS CULTURAIS

Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI)  
Campus de Santo Ângelo  
Departamento de Ciências Sociais Aplicadas  
Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito – Mestrado e Doutorado

Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e Das Missões (URI)

*Reitor*  
Arnaldo Nogaro  
*Pró-Reitora de Pesquisa, Extensão e Pós-Graduação*  
Neusa Maria John Scheid  
*Pró-Reitora de Ensino*  
Edite Maria Sudbrack  
*Pró-Reitor de Administração*  
Nestor Henrique de Cesaro

URI – Campus de Santo Ângelo  
*Diretor Geral*  
Gilberto Pacheco  
*Diretor Acadêmico*  
Marcelo Paulo Stracke  
*Diretora Administrativa*  
Berenice Rossner Wbatuba  
*Chefe do Departamento de Ciências Sociais Aplicadas*  
Osmar Antonio Bonzanini  
*Coordenador de Área de Conhecimento*  
Jacson Roberto Cervi

Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito – Mestrado e Doutorado

*Coordenação Acadêmica*  
André Leonardo Copetti Santos

*Coordenação Executiva*  
João Martins Bertaso

*Editores Gerentes*  
Jacson Roberto Cervi  
Thami Covatti Piaia

Os conceitos emitidos em trabalhos assinados são de inteira responsabilidade de seus autores. Os originais não serão devolvidos, mesmo não publicados.

## FOCO E ESCOPO

A Revista Direitos Culturais, elaborada pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito – Mestrado e Doutorado da URI, Campus de Santo Ângelo, é publicada quadrimestralmente e aceita colaborações de artigos inéditos. A Revista estrutura-se nas seguintes seções:

- a) Artigos, que deverão referir-se, tematicamente, às seguintes linhas de pesquisa do Mestrado em Direito da URI: a) Direito e Multiculturalismo e b) Políticas de Cidadania e Resoluções de Conflito.
- b) Resenhas de Livros e obras de referência do Direito. Apenas serão aceitas resenhas de livros lançados nos últimos dois anos.
- c) Resenhas de Jurisprudência
- d) Resumos de Dissertações defendidas no Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDireito – URI.

## MISSÃO

Disseminar conhecimento sobre as relações entre Direito e Cultura, estimular a reflexão e o debate e promover o desenvolvimento e a capacitação de operadores jurídicos e sua interação com os processos de concretização da cidadania.

### Indexadores, Diretórios e Bases de Dados



PKP|INDEX



Associado à



## **EQUIPE EDITORIAL**

### *Editores Gerentes*

Dr. Jacson Roberto Cervi

Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, Santo Ângelo, RS, Brasil

Dr<sup>a</sup> Thami Covatti Piaia

Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, Santo Ângelo, RS, Brasil

### *Editor Associado*

Dr. Fábio César Junges

Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, Santo Ângelo, RS, Brasil

### *Conselho Editorial*

Dr. Alvaro Sanchez Bravo

Universidad de Sevilla, Sevilla, Espanha

Dr. Antonio Carlos Wolkmer

Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil

Dr. Augusto Jaeger Junior

Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil

Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto

Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM), Brasil

Dr. Gustavo Vieira da Costa Cerqueira

Universidade de Reims Champagne Ardenne, Reims, França

Dr. Javier Echaide

Universidade de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina

Dr. José Alcebiades de Oliveira Junior

Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil

Dr. José Russo

Universidade Federal do Amazonas, Manaus, AM, Brasil

Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho

Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, SC, Brasil

Dr<sup>a</sup> Marta Rosa Vigevano

Universidade de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina

Dr. Orides Mezzaroba

Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil

Dr. Roberto Carlos Abinzano

Universidad Nacional Autónoma de México, Cidade do México, México

Dr. Vicente de Paulo Barreto

Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

*Comissão Científica “Ad Hoc”*

Dr<sup>a</sup> Adreana Dulcina Platt

Universidade Estadual de Londrina, Londrina, PR, Brasil

Dr. Alexandre Henrique Tavares Saldanha

Universidade Católica de Pernambuco, Recife, PE, Brasil

Dr. Alvaro Sanchez Bravo

Universidad de Sevilla, Sevilla, Espanha

Dra. Ana Elisa Spaolonzi Queiroz Assis

Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, MG, Brasil

Dr<sup>a</sup> Ana Keuly Luz Bezerra

Instituto Federal do Piauí, Teresina, PI, Brasil

Dr<sup>a</sup> Ana Maria Borralho Gobbato

Centro Universitário Católica, Joinville, SC, Brasil

Dr. André Leonardo Copetti Santos

Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, Santo Ângelo, RS, Brasil

Dr. André Rubião

Faculdades Milton Santos, Nova Lima, MG, Brasil

Dr<sup>a</sup> Anita Mattes

Université Paris-Saclay, Paris, França

Dr<sup>a</sup> Angela Limongi Alvarenga Alves

Universidade de São Paulo, SP, São Paulo, Brasil

Dr<sup>a</sup> Anna Candida da Cunha Ferraz

Centro Universitário UNIFIEO, Osasco, SP, Brasil

Dr<sup>a</sup> Bianca Tomaino

Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Dr<sup>a</sup> Candida Joelma Leopoldino

Instituto Federal do Paraná, Paranavai, PR, Brasil

Dr<sup>a</sup> Christiane de Holanda Camilo

Universidade Federal de Goiás, Goiânia, Goiás, Brasil

Dr. Carlos Eduardo Nascimento

Centro Universitário Presidente Antônio Carlos, Uberaba, MG, Brasil

Dr. Cícero Krupp da Luz

Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, MG, Brasil

Dr<sup>a</sup> Cláudia Mansani Queda Toledo

Instituição Toledo de Ensino, Bauru, SP, Brasil

Dr. Claudio José Amaral Bahia

Centro Universitário de Bauru, Bauru, SP, Brasil, Brasil

Dr. Clayton Reis

Centro Universitário de Maringá, Maringá, PR, Brasil

Dr<sup>a</sup> Daniela Vanila Nakalski Benetti



Universidade Federal do Pampa, Bagé, RS, Brasil

Dr. Daniel Francisco Nagao Menezes  
Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, SP, Brasil

Dr. Diego Prezzi Santos  
Faculdade Catuaí, Cambé, PR, Brasil

Dr. Dirceu Pereira Siqueira  
Instituição Toledo de Ensino, Bauru, SP, Brasil

Dr<sup>a</sup> Dóris Ghilardi  
Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, SC Faculdade CESUSC, Florianópolis, SC, Brasil

Dr. Douglas Verbicaro Soares  
Universidade de Salamanca, Salamanca, Espanha.

Dr<sup>a</sup> Eneida Orbage de Britto Taquary  
Instituto Federal de Brasília e União Pioneira de Integração Social, Brasília, DF, Brasil

Dr. Eduardo Biacchi Gomes  
Centro Universitário Autônomo do Brasil, Curitiba, PR, Brasil

Dr<sup>a</sup> Fernanda Andrade Almeida  
Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil

Dr. Fernando Sérgio Tenório de Amorim  
Centro Universitário Cesmac, Maceió, AL, Brasil

Dr. Gabriela Soares Balestero  
Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, MG, Brasil

Dr<sup>a</sup> Grace Ladeira Garbaccio  
Centro Universitário Cesmac, Maceió, AL, Brasil

Dr. Gerson Amauri Calgaro Centro Universitário UNIFIEO, Osasco, SP, Brasil

Dr. Gustavo Silveira Siqueira  
Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil

Dr. Inacio Carvalho Neto  
Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná, Curitiba, PR, Brasil

Dr<sup>a</sup> Ingrid Freire Haas  
Faculdades Ibmecc, Belo Horizonte, BH, Brasil

Dr. Jadson Correia de Oliveira  
Faculdade Sete de Setembro, Paulo Afonso, BA, Brasil

Dr. Javier Echaide  
Universidade de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina

Dr. José Mário Wanderley Gomes  
Universidade Católica de Pernambuco, Recife, PE, Brasil

Dr. Jorge Luiz Gonzaga Vieira  
Centro Universitário Cesmac, Maceió, AL, Brasil

Dr. Luis Renato Vedovato  
Universidade Estadual de Campinas, Campinas, SP, Brasil

Dr. Lauro Ericksen

Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil

Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho

Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, SC, Brasil

Dr<sup>a</sup> Mara Darcanchy

Centro Universitário UNICURITIBA, Curitiba, PR, Brasil

Dr. Marcelo Labanca

Universidade Católica de Pernambuco, Recife, RE, Brasil

Dr. Murilo Duarte Costa Corrêa

Universidade Estadual de Ponta Grossa, Ponta Grossa, PR, Brasil

Dr<sup>a</sup> Mônica Neves Aguiar da Silva

Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil

Dr. Marcus Pinto Aguiar

Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil

Dr. Marcos Augusto Maliska

Centro Universitário Autônomo do Brasil, Curitiba, PR, Brasil

Dr. Marco Lunardi Escobar

Universidade Federal de Campina Grande, Campina Grande, PA, Brasil

Dr. Newton Cesar Pilau

Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, SC, Brasil

Dr. Nilson Tadeu Reis Campos Silva

Universidade Estadual de Maringá, Maringá, PR, Brasil

Dr. Osmar Veronese

Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, Santo Ângelo, RS, Brasil

Dr. Rafael Padilha dos Santos

Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, SC, Brasil

Dr. Rafael Lazzarotto Simioni

Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, MG, Brasil

Dr. Rubén Miranda Gonçalves

Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, Espanha

Dr. Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino

Faculdade Meridional, Passo Fundo, RS, Brasil

Dr<sup>a</sup> Tânia Regina Zimmermann

Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Dourados, MS, Brasil

Dr<sup>a</sup> Vanessa Santos do Canto

Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Dr. Valter Moura do Carmo

Universidade de Marília, Marília, SP, Brasil

Dr<sup>a</sup> Virginia Colares

Universidade Católica de Pernambuco, Recife, PE, Brasil

Dr. Weslly Carlos Ribeiro

Universidade Federal de Alfenas, Alfemas, MG, Brasil  
Dr. William Soares Pugliese  
Centro Universitário Autônomo do Brasil, Curitiba, PR, Brasil



## SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO .....15

Thami Covatti Piaia

Jacson Roberto Cervi

A REPERCUSSÃO GERAL E TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS NO  
BRASIL .....19

*THE GENERAL REPERCUSSION AND HUMAN RIGHTS TREATIES IN BRAZIL*

Eduardo Biacchi Gomes

Daniella Pinheiro Lameira

O USO DA MACONHA MEDICINAL NO TRATAMENTO DE DOENÇAS  
EM FACE DA DIGNIDADE HUMANA .....43

*THE USE OF MEDICINAL MARIJUANA IN THE TREATMENT OF DISEASES IN  
THE FACE OF HUMAN DIGNITY*

Janaína Reckziegel

Simone Tatiana da Silva

MEIO AMBIENTE E GLOBALIZAÇÃO: A IMPRESCINDIBILIDADE DE  
UMA RACIONALIDADE AMBIENTAL .....69

*ENVIRONMENT AND GLOBALIZATION: THE NECESSITY OF AN  
ENVIRONMENTAL RATIONALITY*

Luciana Turatti

Jaiane Braga da Silva

A DELIBERAÇÃO AMBIENTAL NA MODERNIDADE LÍQUIDA .....89

*THE ENVIRONMENTAL DELIBERATION IN LIQUID MODERNITY*

Leonardo da Rocha de Souza

ECONOMY OF CULTURE OR CREATIVE ECONOMY:  
INTERSECTIONS AND CONCEPTUAL CHANGES IN BRAZILIAN  
CULTURAL PUBLIC ADMINISTRATION ..... 111

*ECONOMIA DA CULTURA OU ECONOMIA CRIATIVA: INTERSECÇÕES E  
MUDANÇAS CONCEITUAIS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CULTURAL  
BRASILEIRA*

Álison José Maia Melo

Rodrigo Vieira Costa

AS NOVAS FAMÍLIAS POR PROJETOS PARENTAIS ASSISTIDOS  
HETERÓLOGOS: UMA PONDERAÇÃO SOBRE O ACESSO E OS  
CRITÉRIOS CONCERNENTES À ESCOLHA DO DOADOR DE  
GAMETAS ..... 137

*THE NEW FAMILIES BY HETEROLOGICAL ASSISTED PARENT PROJECTS: A  
PONDERATION ON ACCESS AND CRITERIA CONCERNING THE CHOICE OF  
THE GAMETER DONOR*

Ana Thereza Meirelles

Thais Novaes Cavalcanti

ABORTO: INVIOABILIDADE DO DIREITO À VIDA E A GARANTIA  
DA AUTONOMIA DA MULHER ..... 161

*ABORTION: INVIOABILITY OF THE RIGHT TO LIFE AND THE WARRANTY OF  
WOMEN'S AUTONOMY*

Sebastião Sergio da Silveira

Daniela Meca Borges

DA POSSIBILIDADE DE CANDIDATURAS AVULSAS NO DIREITO  
ELEITORAL PÁTRIO: ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO STF ..... 189

*OF THE POSSIBILITY OF AVULSES IN THE ELECTORAL LAW PÁTRIO:  
ANALYSIS OF THE JURISPRUDENCE OF THE STF DANILO HENRIQUE NUNES*

Lucas Souza Lehfeld

Leticia Oliveira Catani

## APRESENTAÇÃO

### PRESENTATION

Em mais uma edição da Revista Direitos Culturais (ISSN: 2177-1499 eletrônico e 1980-7805 impresso), organizada e publicada pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* – Mestrado e Doutorado em Direito, da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI – campus de Santo Ângelo/RS, primamos por proporcionar aos leitores, análises e perspectivas sobre temas atuais e complexos, contando com a participação de autores de inúmeras instituições de ensino superior e de vários estados do país, trazendo artigos sobre diversas temáticas, sempre conectados às linhas de pesquisa do programa: I - Direito e Multiculturalismo e II - Políticas de Cidadania e Resolução de Conflitos, conforme orientação sugerida pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), para publicação de periódicos científicos.

Conscientes de que o aumento qualitativo da produção acadêmica no Brasil, está inexoravelmente relacionado ao fortalecimento dos periódicos científicos, a Revista Direitos Culturais, Qualis B1, engajada nessa proposta de melhorias, oportuniza a publicação, quadrimestralmente, de artigos e resenhas, por pesquisadores de todo o Brasil, assim como de países estrangeiros, passando pelo duplo processo de avaliação, *double blind review*, privilegiando o critério da exogenia, tanto para avaliadores como para autores.

Nesse número, Eduardo Biacchi Gomes e Daniella Pinheiro Lameira, abordam “A repercussão geral e tratados de Direitos Humanos no Brasil”, com a análise do instituto da Repercussão Geral como mecanismo de efetivação dos Direitos Humanos. Janaína Reckziegel e Simone Tatiana da Silva, ao tratar do “Uso da maconha medicinal no tratamento de doenças em face da dignidade humana”, realizam uma reflexão sobre tema atual, sob o ponto de vista do Direito e o aspecto da dignidade humana. Na sequência, Luciana Turatti e Jaiane Braga da Silva trazem uma reflexão sobre “Meio ambiente e globalização: a imprescindibilidade de uma racionalidade ambiental”, que sugere a necessidade de outra postura ética do homem em relação ao meio ambiente, a partir da construção de uma (nova) racionalidade ambiental. Ainda a respeito da questão ambiental, Leonardo da Rocha de Souza trata da “Deliberação ambiental na modernidade líquida”, a partir de

Bauman e sua correlação com a democracia deliberativa trabalhada por Habermas.

Álisson José Maia Melo e Rodrigo Vieira Costa, em “Economy of culture or creative economy: intersections and conceptual changes in brazilian cultural public administration”, fazem um esboço contrastando os conceitos de economia da cultura e economia criativa, examinando o debate teórico sobre a importância atual do valor econômico dos bens culturais para orientar a Administração Pública Cultural Brasileira. Ana Thereza Meireles Araújo e Thais Novaes Cavalcanti, com “As novas famílias por projetos parentais assistidos heterólogos: uma ponderação sobre o acesso e os critérios concernentes à escolha do doador de gametas”, analisam o uso do procedimento de reprodução heteróloga assistida como um mecanismo de composição das novas formas de família. Já Sebastião Sergio da Silveira e Daniela Meca Borges, ao tratar do “Aborto: inviolabilidade do direito à vida e a garantia da autonomia da mulher”, se propõem a examinar algumas polêmicas que cercam o tema, buscando responder se é possível a descriminalização do aborto no Brasil. Por fim, Danilo Henrique Nunes, Lucas Souza Lehfeld e Leticia Oliveira Catani, ao se dedicaram ao estudo “Da possibilidade de candidaturas avulsas no direito eleitoral pátrio: análise da jurisprudência do STF”, argumentam que em nosso sistema eleitoral pátrio não há possibilidade de candidaturas avulsas, o que conflita a norma constitucional e o Pacto de São José da Costa Rica.

Assim, nessa edição, os leitores encontrarão nos artigos da revista, temas instigantes, analisados de forma crítica e inédita, os quais certamente semearão o gosto pela pesquisa e ampliarão o debate acadêmico.



Desejamos a todos, uma excelente e proveitosa leitura!

Os Editores!



# A REPERCUSSÃO GERAL E TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL

## THE GENERAL REPERCUSSION AND HUMAN RIGHTS TREATIES IN BRAZIL

Eduardo Biacchi Gomes<sup>I</sup>   
Daniella Pinheiro Lameira<sup>II</sup> 

<sup>I</sup> Faculdades Integradas do Brasil (UniBRASIL), Programa de Pós-Graduação em Direito do UniBRASIL, Curitiba, PR, Brasil. Doutor em Direito. E-mail: eduardobiacchigomes@outlook.com

<sup>II</sup> Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR), Curitiba, PR, Brasil. Doutoranda em Direito. E-mail: daniellalameira@yahoo.com.br

DOI: <http://dx.doi.org/10.20912/rdc.v14i32.2639>

Recebido em: 10.05.2018

Aceito em: 25.02.2019

**Resumo:** A Constituição de 1988 consolidou no ordenamento jurídico brasileiro a observância dos direitos fundamentais, principalmente através do artigo 5º e o seu § 2º, que deve ser entendido como uma cláusula aberta para a incorporação dos Tratados de Direitos Humanos ratificados pela República Federativa do Brasil. Passados quase trinta anos desde o advento da Constituição de 1988, os jurisdicionados ainda encontram certos óbices na tutela e efetivação dos direitos fundamentais, principalmente quando pautados em tratados. Isso acarreta em um grande número de ações que tramitam nas Cortes e demoram para ter uma solução final. O presente artigo tem como premissa a análise do instituto da Repercussão Geral como mecanismo de efetivação dos Direitos Humanos, principalmente aqueles decorrentes dos Tratados ratificados pela República Federativa do Brasil. A pesquisa é doutrinária e jurisprudencial e utilizou-se a metodologia dedutiva e indutiva.

**Abstract:** The Brazilian Constitution of 1988 consolidated a legal system according to the observance of fundamental rights. Through the article 5 and paragraph 2, which should be understood as an open clause for the incorporation of human rights treaties ratified by the Federative Republic of Brazil. Almost thirty years after the Constitution of 1988, people still have certain obstacles to the protection and enforcement of fundamental rights, especially when they are based on treaties. We observe a substantial number of actions that are in the courts and the delay to have a final solution. This article has as premise the analysis of the institute of the General Repercussion as mechanism of effective Human Rights, mainly those stemming from the treaties ratified by the Federative Republic of Brazil. The research is doctrinal and jurisprudential and was used the deductive and inductive methodology.

**Palavras-chave:** Jurisdição constitucional. Repercussão geral. Tratados internacionais. Direitos humanos. Democracia.

**Keywords:** Constitutional jurisdiction. General repercussion class. International treaties. Human rights. Democracy.



**Sumário:** Introdução. 1. A adoção de filtros recursais como um fenômeno mundial decorrente da modernidade. 2. O direito pátrio e a observância dos Direitos Humanos. 2.1. A Repercussão Geral frente à dificuldade majoritária da jurisdição constitucional. 2.2. A necessidade de fundamentação x discricionariedade. Desafios da Corte. 2.3. Os amici curiae. 2.4. A Repercussão Geral e seu manejo democrático. Conclusão: O mecanismo da Repercussão Geral como instrumento de se buscar a observância dos Tratados de Direitos.

## Introdução

Com o desenvolvimento tecnológico e a quebra das fronteiras, cada vez mais nota-se a redução do papel da soberania do Estado, antes entendida em seu caráter absoluto. Com a consolidação do comércio internacional, dos Direitos Humanos e das Organizações Internacionais, como é caso da Organização das Nações Unidas (ONU), o Estado não pode mais atuar isoladamente e se insere na ordem global mundial.

Decorre daí que o ordenamento jurídico pátrio não é mais capaz de fazer frente aos novos desafios da sociedade contemporânea e, muitas vezes, se utiliza da jurisprudência de tribunais internacionais (Corte Interamericana de Direitos Humanos) ou de tribunais estrangeiros, como forma de fundamentar as suas decisões. Trata-se do diálogo entre Cortes.

O presente artigo tem por objetivo revelar uma tendência dos Tribunais Superiores que compõem as estruturas de sistemas jurídicos contemporâneos em nível mundial (MARINONI, 2011, p. 42; BARROSO, 2011, p. 99), como reação à crescente atuação e assoberbamento das atividades do Judiciário.

Nesse sentido, a adoção do sistema de seleção e filtragem pelo direito pátrio vem merecendo elevada atenção da comunidade acadêmica, principalmente, com a importação do instituto do *writ of certiorari* advindo pela Emenda Constitucional 45/2004, sendo regulamentado pela Lei 11.418/2006 e pelo Regimento Interno do STF.

Por outro lado, também tem por objetivo analisar o processo de “incorporação” dos Tratados de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil e a consequente dificuldade de enfrentamento e releitura do direito interno à luz das normas internacionais e decisões dos tribunais internacionais, como, por exemplo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Para tanto, torna-se pontualmente<sup>1</sup> relevante essa perspectiva em sede de controle difuso de constitucionalidade, na medida em que essas normas estarão, no processo de subsunção fato/norma, sendo contextualizadas, ou seja, vivenciadas pelos casos concretos em trâmite sob a jurisdição brasileira, assim ganhando notória repercussão fática e jurídica, fomentando a aplicação e consolidação de tais normas, inclusive, por vezes, com a superação de entendimentos da Corte Constitucional acerca do direito pátrio (ex.: reconhecimento da ilicitude da prisão civil de depositário infiel).

Assim, cabe indagar, através de um método de abordagem descritivo-dedutivo, a importância da repercussão geral como mecanismo de fortalecimento dos Direitos Humanos previstos em Tratados Internacionais ratificados pelo Brasil. Desse modo, o propósito do presente artigo é analisar a atuação da Corte Constitucional Brasileira em controle concreto de constitucionalidade no sentido de corroborar a efetivação dos direitos humanos ratificados pelas leis internacionais.

Para tanto, buscou-se realizar uma pesquisa no *site* do Supremo Tribunal Federal sobre os casos que envolvem Repercussão Geral, de forma a evidenciar que a nossa Corte constitucional ainda é tímida em relação a adoção da tese da Repercussão Geral, como forma de mecanismo de fortalecimento dos Direitos Humanos por parte do Poder Judiciário.

## **1 A adoção de filtros recursais como um fenômeno mundial decorrente da modernidade**

Com a nova ordem mundial, advinda do Pós-Guerra e a consolidação dos Direitos Humanos em seu plano internacional, tornou-se cada vez maior a preocupação no tocante a proteção aos Direitos do Homem, tanto em âmbito global (ONU), como em âmbito regional (como, por exemplo, o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos). Neste plano, surge o chamado diálogo entre jurisdições em sua dupla dimensão.

De um lado cabe ao Estado, através do Judiciário, aplicar os Tratados que versam sobre Direitos Humanos. Na hipótese de omissão do Estado, leia-se: juiz: a jurisdição internacional, como, por exemplo,

---

1 Dentro do referido controle difuso de constitucionalidade, também pode ser denominado de controle horizontal de convencionalidade, realizado pelo juiz, em um caso concreto, quanto a análise da aplicação do tratado sobre a lei.

o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, através da Corte IDH, poderá atuar.

A consolidação de um capitalismo globalizado na “contramão” da efetivação de Direitos Fundamentais e Humanos intensificou a insatisfação do jurisdicionado, culminando com o processo de massificação das demandas, resultando, sobremaneira, com a sobrecarga de ações no Poder Judiciário.

Nesse sentido, o acesso à justiça passa a ser não apenas um direito social fundamental, mas o ponto central da moderna processualística, assumindo o Judiciário um papel crucial para a efetivação de Direitos Fundamentais Humanos, de modo a pôr em “xeque” a credibilidade do Judiciário e a solidez dos Estados Democráticos.

A reconstitucionalização dos países da Europa, a queda dos regimes ditatoriais na América Latina, o surgimento dos Estados Sociais, a massificação da sociedade, e ainda, a polêmica judicialização da política (CLÈVE, 2014, p. 190), são alguns dos notáveis fatos históricos que evidenciaram a notória perda e consequente necessidade de dar-se efetividade aos direitos fundamentais inseridos nas cartas políticas democráticas do século XX, vivendo-se, atualmente, o que se denomina pela tensão entre constituição e realidade constitucional.

É nesse contexto de fragilidade e enorme sobrecarga de suas atividades que o Judiciário do século XXI afasta-se de seu verdadeiro papel de Corte Suprema, ou seja, de inovar e passar a reconhecer a perspectiva de novos direitos. Há que se ressaltar que a inovação, por parte do Judiciário, deve ocorrer através da consciência dentro do Poder, quanto a necessidade de aplicação dos Tratados de Direitos Humanos e o consequente cumprimento dos compromissos assumidos pelo Brasil, perante à comunidade internacional.

Com o inevitável fenômeno axiológico e de “abertura” das constituições (CASTRO, 2003, p. 35), o que se verifica é uma incoerência jurídica marcada pela descaracterização do juiz *civil law*, sendo certo que a previsibilidade e segurança do direito construído no *commow law*, por meio da técnica dos precedentes, vem demonstrando, aparentemente, estar em maior compasso com a modernidade.

A base desse constitucionalismo estadunidense surgiu na idade moderna, o que a doutrina denominou de um período de “eclipse da constituição” (FIORAVANTI, 2001, p. 33). A atuação dos *Englishmen* (MARINONI, 2009, p. 18) ignorou por séculos, sendo que o *stare*

*decisis e rules of precedent* (MARINONI, 2009, p. 17-18) surge apenas no final século XIX, especialmente os precedentes vinculantes ou *binding precedents* (MARINONI, 2009, p. 11-58), promovendo-se, então, uma significativa evolução do *commow law* a conferir maior segurança jurídica (MARINONI, 2009, p. 54; CANOTILHO, 2000, p. 256)<sup>2</sup>.

Em que pese tenha como herança o sistema da *commow law*, o direito norte-americano não aderiu à característica basilar do direito britânico relativa à supremacia do Parlamento Inglês, pois ainda que havendo um legislativo de atuação notável (MARINONI, 2009, p. 19), reservou ao Judiciário papel de “intérprete qualificado e final” da Constituição (BARROSO, 2011, p. 66)<sup>3</sup>.

Já o sistema da *civil law*, de origem do antigo direito francês e do *ius comune*, após os movimentos iluministas do século XVIII é redefinido com uma intensa adstrição do juiz ao texto da lei e uma notável subordinação ao Parlamento, o que jamais ocorreu na *commow law* (MARINONI, 2009, p. 17), provocando uma dissonância com a realidade do neoconstitucionalismo (BARROSO, 01.06.2010), ou da nova ordem constitucional, do pós-Segunda Guerra Mundial.

Neste sentido, importante frisar que torna-se importante a abertura do Direito Constitucional ao Direito Internacional e aos Direitos Humanos e vice-versa. Ressalte-se que a visão entre as ordens jurídicas interna e a internacional, devem ser vistas não de formas estanques ou

---

2 Afirma Canotilho que: “o homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente, a sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança como elementos constitutivos do Estado de Direito. Esses dois princípios – segurança jurídica e proteção da confiança – andam estreitamente associados, a ponto de alguns autores considerarem o princípio da confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexonada com elementos objetivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a proteção da confiança se prende mais com os componentes subjetivos da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos dos actos”.

3 Segundo Jorge Miranda (2008, p. 123), “essa supremacia do Parlamento consubstancia-se no seguinte: “(i) poder do legislador de modificar livremente qualquer lei, de forma fundamental ou não; (ii) de distinção jurídica entre leis constitucionais e ordinárias; (iii) inexistência de autoridade judiciária ou qualquer outra com o poder de anular um ato do Parlamento ou considerá-lo nulo ou inconstitucional”.

segmentadas, mas ordenamentos jurídicos que se comunicam e que se retroalimentam, sob o enfoque de uma interdependência.

Nos EUA, a competência constitucional da *Supreme Court* foi extremamente fortalecida após 1988, através da introdução do critério de seleção do *writ of certiorari* (HARNET, 2000). Afirma *Edward Harnet* (2000) que o marco do fortalecimento do *certiorari* é a *Judge's Bill*, em razão da necessidade de seleção dos casos mais importantes, haja vista que a Corte não podia ser responsável pela uniformização de todas as questões no território estadunidense.

E ainda, segundo o autor, com o apoio da Suprema Corte Americana após a aprovação legislativa, surpreendentemente, o *certiorari* passa a ser aplicado de modo a tornar-se um mecanismo amplamente discricionário na agenda da Corte, passando a decidir sob a ótica de “questões particulares”, e não “casos particulares” (HARNET, 2000).

No sistema estadunidense de *stare decisis* (MARINONI, 2011, p. 403; MITIDIERO, 2013, p. 106), as decisões da *Supreme Court* em matéria constitucional vinculam todos os juízes e membros, com exceção da hipótese de o precedente ser revogado por se encontrar ultrapassado total (*overruling*), ou parcialmente (*overturning*) e ainda, na hipótese de se estar em caso diverso daquele já examinado (*distinguishing*), a fim de que haja respeito aos precedentes, mesmo havendo alteração dos membros daquela Corte.

Como contraponto do sistema estadunidense oriundo da *common law* há o sistema de filtragem composto pelos países da *civil law* (FAVOREU, 2004, p. 53).

Na Alemanha (SILVESTRI, 2001, p. 107), deverá estar presente quando da análise da *significação fundamental* (*grundsätzliche Bedeutung*) através do recurso (*revision*), o requisito *Verfassungsgeschwerde*, impondo-se um tom discricionário em razão da importância da questão constitucional estar correlacionada à violação de direitos fundamentais. Na Áustria (SILVESTRI, 2001, p. 107), com caráter semelhante, o critério para seleção a conceder autorização pelo Tribunal (*Revisionsgericht*) também é adotado em razão da uniformização da interpretação da lei e ao desenvolvimento do direito.

Já o recurso de *Amparo* será recebido pelo Tribunal Constitucional Espanhol (TARUFFO, 2011, p. 102-104; LA RÚA, 1991, p. 179) no caso de violação a direitos fundamentais e liberdades públicas previstas

naquela Constituição. Aqui, de forma mais conservadora, o legislador buscou exaurir todas as hipóteses de ocorrência da repercussão geral através de um rol taxativo, a fim de que a Corte espanhola esteja absolutamente vinculada à lei.

No Japão, também se adotou uma espécie de filtro vinculado à Suprema Corte, o qual deverá estar relacionado à matéria constitucional ou hipótese de erro relativo aos procedimentos elencados no Código, caminhando para os moldes do *certiorari* (DANTAS, 2008, p. 97).

Já na Argentina (GOMES JR., 2005, p. 5; DANTAS, 2008, p. 6), também adotado o mecanismo de filtragem denominado *iuris de gravedad institucional* baseado nas hipóteses de transcendência do interesse individual (LA RÚA, 1991, p. 179), em que a Suprema Corte da Nação também possui uma análise discricionária das causas.

Isso pode ser analisado, inclusive, quando da adoção pelos sistemas de seleção e filtragem realizados em diversos países de diferentes tradições, tanto no âmbito da Europa continental, bem como no estadunidense, e ainda, posteriormente, da América Latina, o que demonstra que a opção pelos filtros recursais é um fenômeno que revela uma tendência mundial de superposição das Cortes Supremas visando prestação jurisdicional qualitativa/quantitativa que tenha por objetivo a pacificação dos conflitos de maneira uniforme para todos aqueles em situação idêntica.

Como forma de melhor ilustrar a abordagem até aqui elaborada, dentro da Corte Interamericana de Direitos Humanos, como ela é a última e a verdadeira intérprete do Pacto de San José da Costa Rica, é de sua competência exercer o controle de convencionalidade, no sentido de verificar o cumprimento dos direitos ali elencados, pelos Estados.

Na jurisdição dos Estados, os juízes realizam tal controle de convencionalidade, no sentido de aplicar os Tratados de Direitos Humanos, quer seja em controle concentrado, quer seja em controle difuso. Trata-se aqui do denominado controle de convencionalidade horizontal e que pode ser representado pelos controles de constitucionalidade concentrado e o difuso.

Portanto, como afirma Luiz Guilherme Marinoni (2011, p. 100), o que se observa na atualidade é um movimento de aproximação entre o juiz da *common law* e *civil law*, de modo a promover a uniformização da jurisprudência e um fortalecimento da missão atribuída pelo legislador

constituinte acerca da missão das Cortes Superiores no Estado Social e Democrático.

## **2 O direito pátrio e a observância dos Direitos Humanos**

Com o advento da Carta Magna de 1988, o fortalecimento das instituições foi crucial para o restabelecimento da democracia, sobretudo em razão de um longo período sob o regime militar. Neste sentido, o próprio artigo 4º da Constituição Federal de 1988, e o artigo 5º, §§ 2º e 3º, reafirmam a necessidade de a República Federativa do Brasil observar os Tratados de Direitos Humanos.

Assim, de acordo com a ordem constitucional vigente, o Brasil acompanha, ainda que timidamente, a jurisprudência dos principais tribunais constitucionais, no sentido de garantirem a eficácia plena dos Tratados de Direitos Humanos, dentro de suas jurisdições. Não raras as vezes, o Supremo Tribunal Federal, ao fundamentar as suas decisões, se utiliza de jurisprudência dos Tribunais internacionais e Tribunais estrangeiros, demonstrando a existência de um verdadeiro diálogo cruzado entre os juízes.

É sob o fenômeno de abertura constitucional que esses direitos se proliferam, surgindo inúmeros questionamentos sobre os limites da atuação de um adormecido Judiciário em prol da realização da Constituição – e que corroboram para um aumento da tensão entre constituição e realidade –, sendo que a interpretação do texto constitucional será influenciada por critérios valorativos assim eleitos pela sociedade<sup>4</sup>.

A função desempenhada pelo Supremo Tribunal Federal ainda diverge, em muito, das missões a ele incumbidas. E tendo como exemplo o sistema alemão de repartição de competências (MITIDIERO, 2013, p. 125), com a criação do Superior Tribunal de Justiça no pós-1988, imaginava-se que esse cenário sofreria mudanças. No entanto, o que se percebeu ao longo desses 31 (trinta e um) anos de Constituição em

---

4 Afirma Bonavides (2008, p. 124) que: “representado, todavia, a excelsitude normativa das disposições constitucionais, são os princípios a mola-mestra dessa teoria, a manivela do poder legítimo, a idéia-força que ampara todo o sistema organizacional; violá-los, de último, configura uma inconstitucionalidade material quer a violação afronte direta ou indiretamente, externa ou internamente, corpo normativo do Estatuto Supremo”.



vigor, foi um enorme aumento da sobrecarga na estrutura judiciária de ambas as Cortes.

Nesse cenário, a Corte Constitucional possui a prerrogativa constitucional de “Guardiã da Constituição”, sendo que as lides que alcançam esse órgão possuem enorme especificidade, diferentemente da Corte de Justiça que possui a missão constitucional de dar unidade ao direito federal e pacificar questões federais relevantes e ainda divergentes no âmbito dos Tribunais locais.

Em tese, a estrutura hierárquica e principiológica do Judiciário brasileiro (BARBOZA, 2011, p. 59) garante não apenas uma ampla possibilidade de recursos, mas, sobretudo, o amparo de duas Cortes Supremas que operam de modo a unificar entendimentos e solidificar formas de solução de litígios, uma em nível constitucional, e outra em nível federal, de modo a propiciar mais confiança e segurança jurídica.

O controle difuso vai perdendo a sua identidade face ao assoberbamento das atividades judiciárias, quando, então, resolveu-se dar uma “objetivação” (MENDES, abr./jun. 2004) ao recurso extraordinário.

Nesse contexto, a exemplo do direito comparado, tornou-se imperiosa a criação de alguns institutos no sentido de reordenar o Judiciário brasileiro, tal como a adoção de mecanismos advindos do sistema estadunidense de modo a reordenar a atuação desse órgão excelso, como, por exemplo, o modo de atuação criativa do *judge-made-law* (MARINONI, 2009, p. 50; BARBOZA, 2011, p. 15), e, ainda, o instituto do *writ of certiorari* introduzido através da Emenda Constitucional 45/2004.

Inicialmente questionada a constitucionalidade desse dispositivo por alguns (ALBUQUERQUE DE LIMA, 2008, p. 200), grande parte fundamenta-se no Direito pátrio e optou por não se pronunciar sobre o tema, aguardando a regulamentação desse mecanismo, o que veio a ocorrer através do advento da Lei 11.418/2006 e das emendas constantes no Regimento Interno do STF. Em que pese o respeitável entendimento no sentido de que a referida Emenda Constitucional seja dotada de inconstitucionalidade, essa tese não foi adotada pela Egrégia Corte.

A doutrina brasileira começa a se pronunciar sobre o tema, sustentando a necessária aplicação do referido mecanismo no direito brasileiro, a exemplo do direito estadunidense, assim entendendo Marinoni (2011, p. 136) e Daniel Mitidiero (2008, p. 34) que uma vez

presente o binômio “relevância e transcendência”, além dos outros requisitos, é direito da parte ter o Recurso Extraordinário admitido.

Passados aproximadamente cinco anos da regulamentação desse instituto no Direito pátrio, as estatísticas realizadas anualmente começaram a apontar uma saída eficaz para o desafogamento do Supremo Tribunal Federal, de maneira a tornar o requisito da repercussão geral um instituto necessário à sistemática recursal brasileira (DANTAS, 2008, p. 97)<sup>5</sup>.

No entanto, além da análise de estatísticas, é necessário que seja realizado um enfrentamento desse instituto de modo a se verificar se esse vem cumprindo a finalidade de devolver ao STF a missão de Corte de vértice (MITIDIERO, 2013, p. 94), sem que haja o comprometimento de quaisquer garantias relativas ao acesso à justiça.

Nessa linha, seria legítimo priorizar-se uma Corte a determinados julgamentos num país tradicionalmente da *civil law* cujos processos políticos ainda estão em constante formação e transformação? A adaptação do *writ of certiorari* de origem da *common law* ao direito pátrio estaria envolvida de certo elitismo, corroborando-se para um desvio de finalidade e abuso de poder ainda recorrente num país recém-democrático?

### *2.1 A Repercussão Geral frente à dificuldade majoritária da jurisdição constitucional*

É preciso uma forte justificação para que não se acuse a repercussão geral de estar sendo (ser) elitista ao realizar a escolha dos casos que irá examinar e se pronunciar, sobretudo, em razão da forma que essa análise foi definida pela lei, especialmente pelos critérios da pertinência temática e a relevância social, o que numa primeira análise, poderia se interpretar em favor de uma democracia majoritária, ou seja, em favor da elite.

---

5 Em discurso de abertura do Anuário de 2011, o Presidente do STF, Ministro Cezar Peluso destacou que, “esses e outros consideráveis resultados obtidos em 2010, testemunhos de desempenho singular, nem sempre reconhecido, em favor do cidadão, constituem produto direto da introdução de medidas concebidas, formuladas e negociadas pelo Judiciário, como, por exemplo, a sistemática da Repercussão Geral, que possibilitou, em pouco mais de três anos de vigência, alteração significativa do perfil dos julgamentos da Corte.” (Discurso do presidente do STF, Min. Cezar Peluso, no judiciário de 2011. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfDestaque\\_pt\\_br/anexo/Discurso\\_abertura\\_ano\\_judiciario.pdf](http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfDestaque_pt_br/anexo/Discurso_abertura_ano_judiciario.pdf). Acesso em: 12 out. 2013).

Nessa linha, a acusação de elitismo seria sob dois aspectos: uma em que se aponta para um elitismo clássico, com invólucro socioeconômico, e outro elitismo jurídico, mais sutil em que se elege determinadas matérias objeto de litígios.

Ora, uma “Constituição Cidadã” não poderia pactuar com nenhuma forma de elitismo, sob pena de ferir os ditames maiores da Constituição como igualdade, liberdade, dignidade da condição humana etc.

Por outro lado, como bem ressalta Elisabetta Silvestri (2001, p. 99), qualquer discurso envolvendo o fenômeno da restrição jurisdicional provocada pelos mecanismos de filtragem pressupõe que se reflita sobre qual a missão de uma Corte no sistema Judiciário de um país. Pois, falar dessa seleção de casos somente tem sentido se se admite que a Corte seja chamada a realizar no ordenamento uma função bem específica e que esteja relacionada com o modelo de Corte Suprema que o ordenamento assim adotou.

Segundo Silvestri (2001, p. 108-109), ao adotar-se essa perspectiva, prestigia-se uma espécie de duas concessões pelas Cortes. A primeira, como sendo uma *funzione privata* que permite o reexame de todos os litígios envolvendo casos concretos, e a segunda, uma *funzione pubblica* que, a partir do caso concreto, impõe adequada interpretação da norma e necessária uniformização do texto constitucional para os casos idênticos (TARUFFO, 2011, p. 14), abrindo-se oportunidades para inéditas discussões, e sem que haja obstáculos ao acesso à justiça.

Para Michele Taruffo (2011, p. 13-16), essa função privada de uma Corte Suprema baseada na solução de singulares e específicas controvérsias, orientada principalmente pela tutela do *jus litigatoris*, está deixando de ser considerada para tender-se a uma preeminente função pública baseada na tutela do *jus constitutionis*, ou ainda, uma espécie de *nomofilachia* através do precedente, em razão da necessidade de promover-se uma eficácia dos precedentes de maneira a dar coerência e continuidade das orientações jurisprudenciais.

É inegável que tal instituto fortalece a tese estadunidense da força obrigatória dos precedentes vinculantes em que tais julgamentos assumem uma dimensão horizontal e vertical, vinculando, sobretudo, além dos órgãos inferiores, os membros da própria Corte, o que requer um maior grau de amadurecimento do Judiciário brasileiro.

Pois, a máxima do *stare decisis et non quieta movere* (MITIDIERO, 2013, p. 105) tem por finalidade garantir a estabilidade e confiabilidade das decisões, o que particularmente no Direito pátrio ainda é visto com certo grau de receio em razão de uma recorrente ausência de confiança nos precedentes, principalmente num país cuja democracia foi recentemente consolidada, e que os juízes ainda, usualmente, passam a dar um tom pessoal à Constituição.

No entanto, como lembra Marcelo Neves (2010, p. 201), à beira da discussão se os institutos de direito comparado podem ou não serem adaptados – o que estará condicionado a vários fatores –, o que verdadeiramente importa, e será mais válido, é refletir sobre as deficiências que impedem o Direito pátrio de desenvolver uma teoria constitucional que caminhe em decisões juridicamente consistentes e socialmente adequadas, a fim de que haja uma clara posição consubstanciada de razões aliadas à transparência.

Nesse sentido, é preciso que sejam analisadas e pontuadas algumas questões de ordem procedimental em relação à aplicabilidade do instituto da repercussão geral no direito brasileiro, a fim de que seja afastada qualquer alegação de uma possível restrição ao acesso à justiça e por consequência de um mecanismo que favorece uma democracia majoritária, o que violaria o maior direito de todos os Direitos Humanos (LAFER, 1988, p. 166), ou ainda, na expressão de Hanna Arendt, “o direito a ter direitos” qual seja, o direito de ação. É o que se analisará a seguir.

## 2.2 *A necessidade de fundamentação x discricionariedade: desafios da Corte*

Utilizando-se das expressões utilizadas por Marinoni e Mitidiero (2013, p. 20) como o binômio da “relevância e transcendência”, além da importância jurídica, política, social e econômica, a questão deverá ser capaz de refletir, nas relações em sociedade ou de certo grupo ou segmento desta, sendo o aspecto “geral” imprescindível para o reconhecimento da repercussão geral.

Nesse sentido, o que poderia ser entendido como sendo relevante? E o que não seria relevante? Por óbvio que, para a parte recorrente a questão será relevante do seu ponto de vista, pois do contrário não o levaria a ingressar no Judiciário, quiçá ao último grau de jurisdição.

Nesse passo, a dita “relevância” então não carregaria uma análise subjetiva a envolver suas concepções valorativas?

Pois bem. A lei determina que sendo os Ministros do STF exclusivamente competentes para detectar as causas de maior relevância que necessitam ser pacificadas, admitindo-se certo grau de subjetividade desses julgadores em prol da qualidade da prestação jurisdicional.

Assim, na prática, não há como negar certa discricionariedade na análise do referido instituto, o que deverá ser sopesado com cautela pelos Ministros do STF, principalmente em razão da decisão pela negativa do reconhecimento da repercussão geral acarretar um efeito “dominó”, ou ainda, um efeito “panprocessual” para todas as demais causas cujas controvérsias (e não matérias) sejam idênticas.

Pois, se o legislador entendeu por bem impor requisitos para o reconhecimento da repercussão geral, isso significa que qualquer decisão deverá ser fundamentada, ainda que certo tom de discricionariedade, o que é inerente à carga valorativa da decisão a ser proferida.

Por outro lado, em que pese seja o entendimento majoritário seja pela obrigatoriedade de motivação da decisão acerca do juízo de admissibilidade da repercussão geral, há orientação de peso, como a de Ovídio Baptista da Silva (1999, p. 481), sustentando que o melhor caminho a ser seguido pelo Supremo Tribunal é a seleção discricionária dos recursos a revelar uma providência de caráter “pedagógico” e, nas palavras do autor, deve ser utilizada para coibir o “perverso sistema recursal brasileiro”.

Nesse sentido, revela-se absolutamente crucial que o *leading case* seja o melhor caso concreto a retratar a questão, não apenas sob o aspecto material, mas também, sob o aspecto processual, de modo que haja um esgotamento do debate e um refinamento da matéria objeto do recurso, o que invariavelmente não ocorre na prática forense, pois em diversas oportunidades o caso paradigma não se enquadra nesse conceito.

Ademais, no que diz respeito a essa seleção de casos concretos, deve também haver uma “sinalização” do Supremo Tribunal acerca do *leading case* em relação à comunidade jurídica, à imprensa, às entidades representativas de classes, aos *amici curiae*, inclusive da Ordem dos Advogados do Brasil, e Ministério Público, no intuito de promover-se um debate em homenagem à garantia do devido processo legal (THEODORO JR, 2007, p. 5).

Pois, repita-se um *leading case*, deve compreender todas as formas de argumentação possíveis e pertinentes, pois, certamente, a solução desse precedente estará influenciando milhares de outras demandas cuja controvérsia seja idêntica.

### 2.3 *Os amici curiae*

Revela-se o *amicus curiae* como sendo aquele que auxilia o juiz nas causas que envolvam determinados valores inseridos na sociedade brasileira, através da Constituição da República, sendo, na prática, notável sua participação no amadurecimento de questões postas em exame, principalmente aquelas em que se exige um técnico com a *expertise* necessária sobre determinada questão.

Em relação à natureza jurídica do instituto, há grande controvérsia na doutrina em razão das múltiplas faces que o *amicus curiae* vem ganhando atualmente. Para alguns (DINAMARCO, 2005, p. 394), não se trata de ser parte, sendo “órgão ou entidade” de auxílio. Para outros (BUENO, 2008, p. 131), trata-se de um terceiro que assume a figura de poder da parte sem o ser.

Há quem entenda (DIDIER JR, 2005, p. 185), que o *amicus curiae* nada mais é do que um perito em matéria de direito, e, ainda, há por fim, quem sustente (CABRAL, 2004), que a intervenção de terceiros corresponde ao ingresso de um terceiro na qualidade de assistência.

De todas, parece ser a melhor a posição de Didier Jr. (2005, p. 185) no sentido de que os *amici curiae* não se equiparam ao terceiro, devendo ser analisada como um auxiliar do juízo em matéria de direito. Nessa mesma linha é o posicionamento de Marinoni e Mitidiero (2008, p. 42), ao sustentarem que a figura se assemelha a um auxiliar da justiça.

Assim, em prol da pluralização do debate, o que vem sendo permitido perante o Plenário do Supremo Tribunal é a apresentação de memoriais e a possibilidade de sustentação oral, o que, nas palavras do Ministro Gilmar Mendes (2004, p. 346-347), “*confere um processo colorido diferenciado, emprestando-lhe um caráter pluralista e aberto, fundamental para o reconhecimento de direitos*”.

Segundo Thais Catib de Laurentiis (2007), um ponto bastante ressaltado pelo Ministro Marco Aurélio Mello é no sentido de que a atuação do *amicus curiae* reflete a complexidade da causa, o que justifica a presença do *expert*, daí a necessária fundamentação quando do seu ingresso. Trata-se de um ponto bastante relevante e que deve

merecer muita atenção dos Ministros, seja no âmbito do controle difuso ou concentrado.

Afirma Damares Medina (2005) que o “*amicus curiae* é ferramenta adicional de defesa das partes”, pois esse quando ingressa nos autos, possui efetivamente um caráter partidário em favor de uma delas, sendo um grande fator de influência, desequilíbrio ou reequilíbrio das relações quando do julgamento final, e aumentando sobremaneira as chances de êxito da parte.

Para Medina (2005), isso reproduz o ocorrido na década de 1960 no direito estadunidense caracterizado por “legítimo *lobby* judicial”, o que não lhe retira a sua legitimidade, mas também não propicia necessariamente um processo democrático, sugerindo, em contrapartida, a realização de audiências públicas, o que já vem sendo realizado no âmbito do STF.

No entanto, para José Adércio Leite Sampaio (in FRANKENBERG, 2009, p. 537), as audiências públicas são de certo modo medidas “insuficientes” e “elitistas” não tornando o processo legitimamente democrático, o que há de se levar em conta em razão da magnitude das instituições a promover o “patrocínio” do *amicus curiae*, ainda que tal debate fosse amplamente divulgado.

Portanto, mesmo com advertências da doutrina, a atuação dos *amici curiae* vem se revelando uma figura importante na construção e pluralização do debate por diversos setores da sociedade, especialmente numa “visão procedimentalista” (HABERMAS, 2003, p. 142) em que cada cidadão é parte legítima para reivindicar direitos no processo democrático.

No entanto, é salutar que haja uma maior transparência quando da atuação dessa figura, especialmente quanto aos eventuais patrocínios e interesses no deslinde da causa, o que certamente dosaria desequilíbrio porventura existente entre as partes e fortaleceria o debate público.

#### 2.4 A Repercussão Geral e seu manejo democrático

Numa “Constituição aberta”, a ampliação do discurso na arena judicial revela-se crucial à participação dos cidadãos sob um nível satisfatório de condições *a priori*, quando do processo de tomada de decisões, bem como o fomento das discussões através dos meios de comunicação e das instituições públicas e privadas e diversos segmentos, em que o verdadeiro protagonista das discussões não é o



Judiciário, e sim a sociedade. Tal aspecto revela-se extremamente relevante inclusive dada a flagrante desigualdade que permeia as várias regiões do país<sup>6</sup>.

Nessa perspectiva, a estabilização do entendimento da Carta e fortalecimento de uma democracia se perfaz através de um discurso deliberativo (HABERMAS, 2003, p. 142) de uma sociedade engajada nesses processos de “*escolhas provisórias*”<sup>7</sup>, através de consensos mais concretos, valorizando-se os dissensos sempre “em favor da realização constitucional”, e ainda, conferindo maior legitimidade às decisões do Judiciário enquanto órgão não eleito pelos cidadãos, sendo esses os intérpretes dinâmicos (HABERLE, 1997, p. 24) da Constituição.

E nesse processo de escolhas, o Judiciário, como coadjuvante, passa a ver suas decisões à luz da teoria do “Direito como integridade” de Ronald Dworkin, em que os Ministros do Supremo Tribunal devem fundamentar suas decisões numa espécie de “romance em cadeia”, em que a ordem principiológica regerá o fundamento dessas decisões, utilizando-se dos argumentos dos julgamentos anteriores como uma espécie de alinhamento para novas decisões, e assim, evoluir, gradualmente, eventual precedente (*overruling*), ou ainda, criar novo precedente (*distinguishing*). Pois, se o Direito nasce e evolui a partir das transformações humanas (fato/valor/norma) (REALE, 1983, p. 586), é crível que essa linha argumentativa possa também avalizar decisões qualificadas como *leading case* ou “paradigma”.

E com um Direito mais dúctil de Gustavo Zagrebelsky (1998), simultaneamente ao processo de abertura, há que se ter um tribunal

---

6 Nicole Gonçalves (2004, p. 550) afirma que, “a repercussão geral só trará benefícios verdadeiros se sua apreciação estiver absolutamente comprometida com a tutela dos direitos fundamentais, os quais são ‘naturalmente transcendentais’, uma vez que o reconhecimento desses direitos não interessa apenas ao indivíduo lesado, mas a toda sociedade”, o que parece demonstrar o verdadeiro papel de uma Corte de vértice.

7 Clémerson Merlin Clève, em excelente explanação proferida no Seminário Internacional Trabalho e Constituição, realizado no Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, em Curitiba/PR, no dia 24.06.2010, ressaltou isso muito bem ao afirmar que “hoje, todos os movimentos sociais reivindicam em nome da CR, não a sua aplicação. Na verdade, o que falta são consensos mais concretos. O campo da discussão é o da política e o dissenso opera em favor da realização constitucional. Não há como prescindir do paternalismo sem uma igualdade material. A Constituição de 88, aponta para um paternalismo não radical, e não sendo liberal para que haja uma sociedade mais justa e solidária (...). Assim, devemos lutar para que haja um consenso constitucional, levando-se em conta que os direitos fundamentais deverão ser protegidos na área da democracia e dos direitos políticos”.



responsável pela última palavra acerca da Constituição, e o que leva à verticalização (CLÈVE, 2014, p. 364) do processo brasileiro como reflexo de um fenômeno mundial decorrente das constituições axiológicas. E nessa nova ordem, segurança jurídica não se alcança apenas através de estruturas jurídicas, mas principalmente através de uma necessidade de fechamento do sistema agora para o órgão de cúpula, o Supremo Tribunal Federal.

Uma vez conquistado respeito e confiança da sociedade, a repercussão geral não apenas promove facetas relativas à instrumentalização e racionalização das atividades no âmbito do controle difuso de constitucionalidade, mas também à própria aplicação dos princípios democráticos e que, numa hipótese, poderiam afrontar o acesso à justiça, mas que, nessa perspectiva, não prospera.

Nas palavras de Clève (2014, p. 468), “*temos um novo Judiciário, do ponto de vista institucional. Um Judiciário comprometido com a Constituição*”. Ora, se é assim – e assim deve ser –, uma Corte Suprema jamais pode se furtar de seu papel constitucional fruto do poder constituinte originário que o representa, não podendo ser o argumento de um possível desvio de finalidade ou abuso de poder que possa obstaculizar ao desenvolvimento da atuação do Supremo Tribunal Federal, o que, inclusive, deverá ficar ao encargo dos órgãos e instituições com atribuição e competência para tal, ressaltando-se aqui a expressiva atuação do Conselho Nacional de Justiça (sendo esse também concebido através da Emenda Constitucional 45/2004), o que tem sido notável pela sociedade.

Desse modo, não há como deixar de concluir que o instituto da Repercussão Geral vislumbra-se como um instituto necessário à sistemática recursal brasileira, sendo absolutamente necessário e legítimo quando utilizado através de uma perspectiva enquadrada na visão clássica de “abertura” e “fechamento” (CLÈVE, 2014, p. 550) entre democracia e constitucionalismo, e ainda, quando essa atividade de reconstrução da interpretação da Constituição tiver por base o “processo, a publicidade e fundamentação” (GONÇALVES, 2004, p. 550), ainda que nessa com certo tom de subjetividade do julgador, mas que é inerente à missão/função de uma Corte Suprema, bem como às características do referido instituto implementado na legislação brasileira.

Mas, ainda que manifestamente favorável pela sua adoção quando do seu enfrentamento, algumas observações se fazem necessárias e devem ser pontuadas visando o manejo legítimo desse instituto.

## Conclusão

A doutrina não vem tendo o tom crítico necessário ante o crescente número de Recursos Extraordinários paralisados e o consequente sobrestamento de todos os recursos cuja controvérsia seja idêntica, à luz do que atualmente dispõe o § 1º do artigo 543-B do antigo Código de Processo Civil. E ainda, com a vigência da nova sistemática processual, não apenas os recursos, mas todas as demandas cujas controvérsias idênticas ficarão sobrestadas até o julgamento de *leading case*, segundo o que dispõe o § 5º do artigo 1.035 do CPC/2015, o que demonstra a importância desse instituto para o desafogamento da justiça perante o STF que, poderá ser um grande trunfo a corroborar para o desinchaço da máquina, e obedecendo os critérios da celeridade/qualidade (WAMBIER, 2009).

Dessa forma, como vem sendo salientado por Luiz Roberto Barroso, há necessidade de haver uma agenda com o comprometimento dos ilustres ministros no sentido de incorrer a agenda do Supremo para as próximas décadas<sup>8</sup>. E a agenda, precisa não ser em relação a todos os temas que envolvem os *leading cases*.

Portanto, os efeitos práticos acerca da adoção do referido instituto demonstram a necessidade de uma profunda reflexão desse órgão excelso acerca de sua missão enquanto Corte Constitucional. Seja como for, é necessário que o Supremo Tribunal Federal utilize o importante mecanismo da Repercussão Geral como um instrumento apto e fundamental a redefinir a atuação do Supremo Tribunal Federal, sobretudo como órgão de cúpula com a missão de acolher Direitos Fundamentais e Humanos à luz dos anseios da sociedade brasileira.

Fazendo uma retrospectiva acerca da atuação do STF (BARROSO; OSÓRIO, 2015)<sup>9</sup>, verifica-se que os Recursos

8 Na XXI Conferência Nacional dos Advogados. Conferência Magna de Encerramento. “Democracia, Desenvolvimento e Dignidade Humana: Uma agenda para os próximos dez anos”, realizada em 24.11.2011, em Curitiba/PR.

9 Temas de grande repercussão que foram objeto de análise pelo STF no ano de 2015 através do reconhecimento de repercussão geral em recurso extraordinário envolvendo direitos fundamentais e humanos: 1) Obras emergenciais em presídios (RE 592.581, com repercussão geral reconhecida, Rel. Min. Ricardo Lewandowski,

Extraordinários são fontes riquíssimas de evolução de pensamento do STF na perspectiva dos Direitos Fundamentais, sendo que, do mesmo modo, a dita análise da Repercussão Geral também está inserida na égide dos Tratados internacionais. Todavia, vale a pena destacar que nos casos em Repercussão Geral, analisados ou admitidos pela Corte Suprema, são pouquíssimos aqueles que se baseiam nos Tratados de Direitos Humanos (STF – Jurisprudência).

Vale destacar, ademais, que um dos recentes casos admitidos em sede de Repercussão Geral e que envolve o Pacto de San José da Costa Rica, 1969 (pendente de julgamento), versa sobre a possibilidade de candidatura avulsa (ARE 1054490) (STF – Processo).

Assim, caracteriza-se a Repercussão Geral como sendo um novo pressuposto recursal inserido pelo constituinte derivado na via extraordinária, que se perfaz segundo Marinoni e Mitidiero (2008, p. 37), através de uma análise “qualitativa/quantitativa”, tendo por finalidade dar uma nova roupagem ao delimitar o âmbito da competência em sede de controle difuso, promover um julgamento equânime em controvérsias idênticas, reduzir as atividades da máquina, e ainda, redirecionar a atuação do Supremo Tribunal Federal quando da análise dos casos de notável relevância e consideráveis reflexos à sociedade.

---

juízo de julgamento concluído em 13.08.2015) em que o iniciou o julgamento do polêmico tema da descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal, atualmente tipificado no artigo 28 da Lei de Drogas (Lei 11.343/2006); 2) Tratamento social de transexuais (RE 845.779, com repercussão geral reconhecida, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, julgamento ainda não concluído); 3) Caso ainda não concluído é o RE 845.779, que discute o direito de transexuais – uma das minorias mais marginalizadas da sociedade – serem tratados socialmente de forma condizente com sua identidade de gênero; 4) Danos morais a presos (RE 580.252, com repercussão geral reconhecida, Rel. Min. Teori Zavascki, julgamento ainda não concluído). Caso em que discute o direito de presos submetidos a condições desumanas de encarceramento à obtenção de indenização do Poder Público a título de danos morais; 5) Validade de cláusula de renúncia em plano de dispensa incentivada (RE 590.415, com repercussão geral reconhecida, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, julgamento concluído em 30.04.2015). Em relevante decisão no âmbito do direito do trabalho, o Plenário do STF reconheceu, em votação unânime, a validade de cláusula de quitação ampla de todas as parcelas decorrentes do contrato de emprego nos Planos de Dispensa Incentivada (PDIs), desde que este item conste de Acordo Coletivo de Trabalho e demais instrumentos assinados pelo empregado; 6) Poderes investigatórios do Ministério Público (RE 593.727, Rel. original Min. Cezar Peluso, Rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, julgamento concluído em 18.05.2015). A Corte também concluiu o aguardado julgamento do RE que discutia os poderes investigatórios do Ministério Público, que havia se iniciado em junho de 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-dez-28/retrospectiva-2015-10-principais-decisoes-pauta-supremo>>. Acesso em: 30 jun. 2016.

Ademais, a Repercussão Geral somente será adequada ao sistema jurídico brasileiro se estiver absolutamente comprometida com a tutela dos direitos fundamentais, e aqui, leia-se, uma tutela proativa (MARINONI, 2011a), no sentido de abarcar novas situações jurídicas ainda não reconhecidas ou pacificadas pelo STF, o que não interessa apenas ao indivíduo lesado, mas a toda sociedade, e que reforçará o verdadeiro papel de uma Corte de paradigma.

Nessa perspectiva, a estabilização do entendimento da Carta e fortalecimento de uma democracia se perfaz através de um discurso deliberativo (HABERMAS, 2003, p. 142) de uma sociedade engajada nesses processos de “escolhas provisórias”, através de consensos mais concretos, coerentes, valorizando-se os dissensos sempre “em favor da realização constitucional”, e ainda, conferindo maior legitimidade às decisões do Judiciário enquanto órgão não eleito pelos cidadãos, sendo esses verdadeiros intérpretes da Constituição (HÄBERLE, 1997, p. 24).

Pois, a verdade é que quando se fala em *hard cases*, ou casos difíceis e que comprometem escolhas relativas aos Direitos Fundamentais no âmbito da jurisdição constitucional, as teorias de justiça precisam ser mais modestas, já que a superação de paradigmas se tornará algo não tão extraordinário, e o que sempre fará parte da realidade constitucional em razão da evolução dinâmica da humanidade em todos os segmentos<sup>10</sup>.

Assim, não há como negar que o advento da Repercussão Geral conduz a abstrativização do controle difuso concreto de constitucionalidade como um fenômeno inexorável, em prol da “eficiência e da economicidade” (GONÇALVES, 2004, p. 519). No entanto, deverá, sobretudo, estar comprometido com uma visão

---

10 Álvaro Cruz (2009, p. 5) afirma que: “A novidade acaba surgindo em função do refinamento desse conhecimento que se acumulou, colocando, posteriormente em xeque as bases desse próprio paradigma. O paradigma cria instrumentos cada vez mais eficazes para a solução dos problemas que lhes são inerentes. Contudo, será esse mesmo refinamento que ‘levará a sepultura do paradigma’, pois o paradigma cria condições para o surgimento de uma Ciência Extraordinária na qual os dogmas postulados e princípios do paradigma em questão são questionados. A partir de então, os fundamentos do conhecimento científico passaram a ser paulatinamente erodidos, o que permite o surgimento de novos padrões científicos e, em seguida, a consolidação de um novo paradigma (...). A oportunidade de uma revolução científica está sempre em aberto. Isso se dá primeiramente porque a comunidade de cientistas se esforça sempre para aplicar ainda com mais força os instrumentos do paradigma em xeque. Contudo, a crise se aprofundará com a construção das bases de um novo paradigma que, de imediato, passará a concorrer com o outro”.

de reconstrução interpretativa (GONÇALVES, 2004, p. 520) da Constituição comprometida com os Direitos Fundamentais, e o que levará o referido instituto à clara demonstração de fortalecimento do princípio da igualdade na sua maior acepção, e como corolário da dignidade da condição humana, este sendo o centro normativo das constituições democráticas (HESSE, 1991, p. 15).

Assim, por todas as razões expostas, é de se concluir que a Repercussão Geral é um instituto necessário e adequado à sistemática recursal brasileira quando utilizada através de uma perspectiva enquadrada na visão clássica de “abertura” e “fechamento”, promovendo um necessário redirecionamento do Supremo Tribunal Federal, preservando-se direitos e garantias fundamentais como a igualdade, celeridade, efetividade, segurança jurídica, devido processo legal, contraditório, ampla defesa etc., e ainda, contribuindo significativamente para o fortalecimento do Estado Democrático brasileiro, o que não impede de eventuais adaptações a serem realizadas tenham por objetivo reforçar o seu caráter legítimo.

## Referências

BARBOZA, Estefania Maria de Queiroz. *Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law na sociedade contemporânea*. Tese de Doutorado em Direito pelo Centro de Ciências Jurídicas da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba, 2011.

BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito*. Disponível em: <http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?=7547>. Acesso em: 01 jun. 2010.

BARROSO, Luis Roberto; OSÓRIO, Aline. *As dez principais decisões da pauta “qualitativa” do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-dez-28/retrospectiva-2015-10-principais-decisoes-pauta-supremo>. Acesso em: 30 jun. 2016.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRENNER, Saul. Granting Certiorari by the United States Supreme Court: An Overview of the Social Science Studies. *Law Library Journal*, v. 92:2. Disponível em: [http://www.aallnet.org/main-menu/Publications/llj/LLJ-Archives/Vol-92/pub\\_llj\\_v92n02/2000-17.pdf](http://www.aallnet.org/main-menu/Publications/llj/LLJ-Archives/Vol-92/pub_llj_v92n02/2000-17.pdf). Acesso em: 6 nov. 2013.

BUENO, Cassio Scarpinella. *O amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CABRAL, Antônio Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial: uma análise dos institutos interventivos similares – o *amicus* e o *vertreter* dês *offentlichen interesses*. *Revista de Processo*. São Paulo, n. 117, set./out. 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A constituição aberta e os direitos fundamentais*. São Paulo: Forense, 2003.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Temas de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Um discurso científico da modernidade. O conceito de paradigma é aplicável ao Direito?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. Prefácio, fls. XV.

DANTAS, Bruno. *Repercussão geral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DIDIER JR., Fredie. *Recurso de terceiro: Juízo de Admissibilidade*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil – meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. 832 p.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

FAVOREU, Louis. *As cortes constitucionais*. Tradução de Dunia Marinho Lima. São Paulo: Landy, 2004.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *O amicus curiae e a democratização e a legitimação da jurisdição constitucional*

concentrada. *Revista Mestrado em Direito*. Osasco, a. 8, n. 1, p. 72, 2008.

FIORAVANTI, Maurizio. *Constitucion, de la antiguidad a nuestros dias*. Tradução de Manuel Martinez Neira. São Paulo: Max Limonad, 2001.

GOMES JR., Luiz Manoel. A repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário. *Revista Juris Síntese*, n. 51, p. 5, jan./fev. 2005.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta e os intérpretes da Constituição*: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Porto Alegre: Fabris, 1997.

HABERMAS, J. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HARNET, Edward A. Questioning Certiorari: some reflections seventy-five years after the judges' Bill. *Columbia Law Review*, v. 100, n. 7, nov. 2000.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.





# O USO DA MACONHA MEDICINAL NO TRATAMENTO DE DOENÇAS EM FACE DA DIGNIDADE HUMANA\*

## *THE USE OF MEDICINAL MARIJUANA IN THE TREATMENT OF DISEASES IN THE FACE OF HUMAN DIGNITY*

Janaína Reckziegel<sup>I</sup> 

Simone Tatiana da Silva<sup>II</sup> 

<sup>I</sup> Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC), Programa de Pós-Graduação em Direito da UNOESC, Chapecó, SC, Brasil. Doutora em Direito. E-mail: janaina.reck@gmail.com

<sup>II</sup> Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC), Chapecó, SC, Brasil. Mestre em Políticas Sociais e Dinâmicas Regionais. E-mail: simonets12@hotmail.com

DOI: <http://dx.doi.org/10.20912/rdc.v14i32.2675>

Recebido em: 10.06.2018

Aceito em: 14.03.2019

**Resumo:** Este artigo trata a respeito do uso de componentes da maconha no tratamento de doenças, sob o ponto de vista do Direito. Seu objetivo é discutir o direito de utilização destas substâncias, relacionado com o aspecto da dignidade humana. Nesse sentido, utilizou-se de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, procurando-se responder, em que medida as leis proibitivas a respeito da maconha devem ser adotadas em face da dignidade humana. Verificou-se que estas substâncias são eficazes no tratamento de diversas doenças, porém, até 2014 eram proibidas no Brasil. Em 2015, foram classificadas como substâncias controladas e mecanismos foram criados para sua importação, no entanto esse processo ainda enfrenta dificuldades. Diante disso, discute-se a respeito da dignidade humana, que é fundamental para o exercício do direito à saúde e, portanto a legislação proibitiva não pode estar acima deste princípio. Verificou-se que recentemente foi criado um Centro de Pesquisas para estudo dos canabinóides, que pretende produzir a medicação no país.

**Abstract:** This article is about the use of marijuana components in treatment of diseases, from the point of view of the law. Its objective is to discuss the right to use these substances, related to the aspect of human dignity. It was used of bibliographical and judicial research, seeking to respond, to what extent prohibitive laws concerning marijuana should be adopted in the face of human dignity. These substances are effective in the treatment of diseases, but until 2014 were prohibited in Brazil. In 2015, they were classified as controlled substances and mechanisms were created for their importation, however this process still faces difficulties. In view of this, it is discussed about human dignity, which is fundamental to the exercise of the right to health, and therefore prohibitive legislation cannot be above this principle. It was found that recently it was created a research center for the study of cannabinoids, which wants to produce the medication in the country. It is concluded that even in a slow way, has shown a certain evolution

Esta obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-SemDerivações 4.0 Internacional.



\* Agência de fomento: Fundo de Apoio à Manutenção e ao Desenvolvimento da Educação Superior do Estado de Santa Catarina - FUMDES - SC.

Conclui-se que o Brasil, mesmo que de forma lenta, tem apresentado certa evolução no que refere-se à maconha medicinal. Apesar disso, algumas restrições ainda permanecem, e por esta razão, a discussão sobre a regulamentação dos derivados da cannabis sativa ainda é necessária.

**Palavras-chave:** ANVISA. Bioética. Canabidiol. Dignidade humana.

in terms of medicinal marijuana. Despite this, some restrictions still remain, and for this reason, the discussion on the regulation of Cannabis sativa derivatives is still needed.

**Keywords:** ANVISA. Bioethics. Cannabidiol; Human dignity.

**Sumário:** 1 Introdução; 2 Breves definições e histórico do uso do canabidiol para o tratamento de doenças; 3 Discursos relacionados à maconha e a implicação sobre a regulação de seu uso medicinal; 4 Direito à saúde pelo uso medicinal da maconha frente a dignidade humana: visão jurisprudencial e filosófica; 5 Considerações finais; Referências.

## 1 Introdução

Este estudo aborda a questão do uso das substâncias derivadas da maconha (canabidiol e delta9-tetrahydrocannabinol) para fins medicinais. Estas substâncias conseguem produzir diversos efeitos benéficos, no tratamento de doenças. Há registros de que são eficazes no combate a epilepsia refratária, a ansiedade, nos distúrbios do movimento, também tem ação antioxidativa e neuroprotetora.

Apesar dos benefícios citados acima, o uso destas substâncias ainda é controverso, pois se tratam de derivadas de uma droga proibida no Brasil. Nesse sentido, por muito tempo o canabidiol foi considerado substância proibida pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) e os pacientes que dela necessitavam eram obrigados a procurar à Justiça. Até que em 2015, a substância passou a ser controlada, e os pedidos pela mesma puderam ser feitos diretamente a este órgão regulamentador. No entanto, há pedidos ainda negados, o que novamente levou os pacientes à Justiça.

Nesse sentido, verifica-se por meio deste estudo, quais os benefícios do uso do canabidiol, bem como do delta9-tetrahydrocannabinol. Percebe-se que o uso da maconha de forma medicinal é antigo, com indícios há 2.300 a.C., na China. No entanto, apesar do uso ser antigo, a legislação é proibitiva, já que ainda em 1961, a Organização das Nações Unidas (ONU) declarava que a substância era potencialmente perigosa.

No entanto, o que se pode fazer quando o único tratamento com possibilidade de eficácia utiliza-se do derivado de uma droga? Nesse

sentido, relaciona-se o direito à saúde, determinado pela Constituição de 1988, com a categoria dignidade humana de Kant. Esta é definida como uma qualidade inalienável a todos os seres humanos, que impede sua coisificação e se materializa através da capacidade de autodeterminação que os indivíduos possuem por meio da razão.<sup>1</sup>

Entende-se que a saúde é necessária para que haja o mínimo de dignidade humana, e se para obtenção desta dignidade é necessário utilizar-se de medicamento controverso, uma proibição legal não é suficiente para seu impedimento. É necessário que se pensem novas formas de regulamentação do uso do canabidiol, bem como a possibilidade de estudos para a aprovação e registro pela ANVISA para posterior distribuição e venda da substância com receituário médico controlado.

## 2 Breves definições e histórico do uso do canabidiol para o tratamento de doenças

A cannabis sativa, conhecida como cânhamo da Índia ou maconha, é um arbusto dioico pertencente a família Moraceae. Os produtos derivados da cannabis sativa são conhecidos por diversos outros nomes como marijuana, hashish, charas, bhang, ganja, e sinsemila. No Brasil, os preparados com cannabis são chamados de maconha e a concentração de compostos psicoativos depende de fatores genéticos e ambientais.<sup>2</sup>

Nas folhas da planta cannabis há glândulas de resina, que contém quantidades consideráveis de compostos ativos, chamados de canabinóides, tendo cada um deles um efeito diferente. Em algumas variedades de cannabis, o canabinóide principal é o componente psicoativo da planta, delta9-tetrahidrocanabinol (THC). Em outras variedades de cannabis há baixa concentração de THC, havendo predominância de canabidiol (CBD)<sup>3</sup>, este último apresenta-se livre

- 
- 1 RECKZIEGEL, J. *Dignidade humana em risco: existe limites para experiências científicas?* Prismas: Curitiba, 2016. p. 234.
  - 2 WESSLER, B. G. *Efeitos neuroquímicos e comportamentais causados pelo uso da cannabis sativa*. 2014. 48 f. Monografia (Pós-Graduação em Farmacologia) – Universidade do Extremo Sul Catarinense, Criciúma, 2014.
  - 3 ZUARDI, A.W. Canabidiol: from an inactive cannabinoid to a drug with wide spectrum of action. *Rev Bras Psiquiatr.*, v. 30, n. 3, p. 271-280, 2008.

de efeitos psicotrópicos, redutor de ansiedade, provoca bem estar e contribui na concentração, além de reduzir os efeitos do THC.<sup>4</sup>

Devido as características da maconha, a mesma foi muito utilizada no decorrer da história, nas mais diversas aplicações. Seu cultivo é muito antigo, tendo os primeiros indícios de seu uso há 10.000 anos atrás. Wessler<sup>5</sup> relata que a razão para tal uso era devido as suas propriedades psicoativas, potencialidades medicinais e nutricionais. Além disso, suas fibras têxteis também foram de grande utilidade para a manufatura de tecidos, papéis e cordas. Sua utilização em rituais de feitiçaria fez com que, no século XV, um decreto papal condenasse a bruxaria quem utilizasse da planta, pois fazia parte de reuniões satânicas.

No Brasil, por volta de 1910, vários estudos foram realizados relacionando o uso da cannabis à população negra. Rodrigues Dória e Francisco Iglesias, afirmavam que a substância causava degeneração moral, demência e vício, podendo tornar seus usuários assassinos. Em 1917 era comum encontrar derivados da planta em tabacarias e em farmácias. Por volta de 1930, eram prescritos por médicos e vendidos por herbários e farmacêuticos. Também eram consumidos em cerimônias religiosas derivadas de tradições africanas, indígenas e europeias. Alguns grupos possuíam a planta cultivada em pequena escala, para uso em reuniões sociais. A partir de 1960, o hábito de fumar a planta intensificou-se na Europa e nos Estados Unidos, sendo incorporada a sociedade capitalista de consumo, criando a tradição ultramoderna cannábica. Atualmente há muito temor em relação ao uso da cannabis, já que é a substância ilícita mais consumida no mundo, e o componente THC pode levar a alterações biológicas sutis, mas duradouras, que podem afetar a função cerebral.<sup>6</sup>

Abordar-se-á o uso desta planta como medicamento. Nesse sentido, Melo e Santos<sup>7</sup>, relatam que o primeiro uso da cannabis para esta função ocorreu em 2300 a.C., quando o chinês Chen Nong prescreveu a chu-ma (cânhamo fêmea) para o tratamento de gota, constipação, malária, reumatismo e problemas menstruais, classificando

4 MELO, L. A.; SANTOS, A. O. O uso do canabidiol no Brasil e o posicionamento do órgão regulador. *Cad. Ibero-Amer. Dir. Sanit.*, Brasília, v. 5, n. 2, p. 43-55, 2016.

5 WESSLER, B. G. *Efeitos neuroquímicos e comportamentais causados pelo uso da cannabis sativa*. 2014. 48 f. Monografia (Pós-Graduação em Farmacologia) – Universidade do Extremo Sul Catarinense, Criciúma, 2014.

6 *Ibidem*.

7 MELO, L. A.; SANTOS, A. O. O uso do canabidiol no Brasil e o posicionamento do órgão regulador. *Cad. Ibero-Amer. Dir. Sanit.*, Brasília, v. 5, n. 2, p. 43-55, 2016.

a planta como “supremo elixir da imortalidade”. No Egito, por volta do século XIII, foi disseminado que seu uso alterava o estado mental. Há também registros do uso da *cannabis* como remédio para dores de dente, reumatismos e partos no período medieval da Europa.

O principal componente da *cannabis* utilizado como medicamento é o canabidiol (CBD), que foi isolado da maconha em 1940 por Adams et al., mas somente em 1963, que a estrutura química foi elucidada por Mechoulam e Shvo. As primeiras ações farmacológicas descritas da CBD foram as antiepiléticas e sedativas. Em 1973, um grupo brasileiro informou que a CBD era ativa na redução ou bloqueio de convulsões produzidas em animais experimentais. No final da década de 70, o mesmo grupo brasileiro testou CBD para tratamento de epilepsia intratável em 16 pacientes, utilizando-se do procedimento duplo cego. Dos oito pacientes que receberam CBD, apenas um não apresentou melhora.<sup>8</sup>

Ainda na década de 1970, surgiram evidências de ação sedativa do canabidiol em roedores. Poucos anos depois, Monti relatou efeitos indutores do sono nestes animais. Em seres humanos com insônia, altas doses de CBD aumentaram a duração do sono. O efeito sedativo foi observado em voluntários saudáveis com altas doses de CBD. Já em 1974, surgiram as primeiras evidências de que a substância poderia atuar como ansiolítico.<sup>9</sup>

A primeira evidência de que a CBD poderia ter efeitos antipsicóticos foi obtida em 1982. Durante as pesquisas, percebeu-se que o CBD comportou-se como um antipsicótico atípico. Seu uso terapêutico em pacientes psicóticos foi testado pela primeira vez em 1995. De uma maneira geral, estudos clínicos sugerem que o canabidiol é um tratamento alternativo efetivo, seguro e bem tolerado.<sup>10</sup>

Nos anos 1980, surgiram relatos de possíveis efeitos do CBD em distúrbios do movimento. A droga teve efeitos antidistônicos em humanos quando administrada juntamente com medicação padrão, em cinco pacientes com distonia. Após este campo de pesquisa foi aparentemente abandonado, até recentemente, quando os efeitos

---

8 ZUARDI, A.W. Cannabidiol: from an inactive cannabinoid to a drug with wide spectrum of action. *Rev Bras Psiquiatr.*, v. 30, n. 3, p. 271-280, 2008.

9 Ibidem.

10 Ibidem.

neuroprotetores do CBD começaram a ser relatados em modelos animais da doença de Parkinson.<sup>11</sup>

No final da década de 1990, foi demonstrado que o canabidiol podia reduzir o dano oxidativo, melhor que outros antioxidantes. A ação antioxidativa pode ser responsável pela neuroproteção relatada em modelos animais da doença de Parkinson. A conclusão foi que as propriedades antioxidantes da CBD podem proporcionar neuroproteção contra a degeneração progressiva de neurônios dopaminérgicos nigrostriatais que ocorrem na doença. As possíveis ações neuroprotetoras, destacam o potencial terapêutico deste composto na doença de Alzheimer. O Alzheimer está associado ao estresse oxidativo devido, em parte, a ação da membrana dos agregados do peptídeo beta-amilóide (beta-A). O tratamento das células com CBD antes da exposição a beta-A elevou a sobrevivência celular. Recentemente, foi sugerido que o CBD pode proteger os neurônios contra os múltiplos fatores moleculares e celulares envolvidos nas diferentes etapas do processo neurodegenerativo, que ocorre durante a infecção por príon.<sup>12</sup>

Em 2000, motivados por relatórios anteriores, que demonstravam que o CBD poderia modular o fator de necrose tumoral *in vitro* e suprimir a produção de quimiocinas por uma célula B humana, realizou-se estudo do CBD como agente terapêutico em artrite induzida por colágeno, um modelo para artrite reumatóide. O CBD bloqueou a progressão da artrite, suprimiu as respostas das células T e diminuiu a liberação do fator bioativo de necrose tumoral. Os dados deste estudo sugerem que o efeito antiartrítico da CBD é devido a uma combinação de ações imunossupressoras e anti-inflamatórias. O CBD também se mostrou efetivo em estados dolorosos neuropáticos crônicos (constrição crônica do nervo ciático) em ratos, reduzindo a hiperalgesia aos estímulos mecânicos.<sup>13</sup>

Devido a propriedades anti-oxidativas e anti-inflamatórias, se passou a estudar uma possível atividade do CBD na prevenção de danos causados pela isquemia cerebral, apresentando-se resultados significativos em roedores. Outra doença estudada em relação ao canabidiol foi o diabetes. Descobriu-se que o tratamento com CBD em camundongos antes do desenvolvimento da doença reduziu sua

---

11 ZUARDI, A.W. Cannabidiol: from an inactive cannabinoid to a drug with wide spectrum of action. *Rev Bras Psiquiatr.*, v. 30, n. 3, p. 271-280, 2008.

12 *Ibidem.*

13 *Ibidem.*

incidência em 86%. Além disso, o exame histológico das ilhotas pancreáticas de camundongos tratados com CBD revelou redução da inflamação. Camundongos que estavam em fase de diabetes latente ou apresentavam sintomas iniciais, obtiveram melhora das manifestações da doença. Estes dados sugeriram que o canabidiol poderia ser usado como agente terapêutico para o tratamento de diabetes tipo I, sendo também útil para possíveis complicações da diabetes.<sup>14</sup>

Em 2000, o interesse da CBD como potencial medicamento anticancerígeno elevou-se, com investigação de seu efeitos nas células de glioma. Percebeu-se que o CBD tem efeitos sobre a apoptose em células de leucemia mioblástica humana e inibição do crescimento tumoral. Porém os mecanismos destes efeitos não são claros.<sup>15</sup>

Em 2012, Charlotte Figi, uma menina americana portadora da Síndrome de Dravet (que determina epilepsia refratária), obteve sucesso no controle das crises convulsivas, utilizando-se de um óleo à base de CBD.<sup>16</sup>

Percebe-se, portanto que, o canabidiol é relevante no tratamento de diversas doenças. No entanto, a legislação brasileira, historicamente proíbe o uso da planta, inclusive para fins medicinais. Essa proibição é derivada dos discursos históricos relacionados à planta, que serão abordados na sequência deste estudo.

### **3 Discursos relacionados à maconha e a implicação sobre a regulação de seu uso medicinal**

A proibição do uso da maconha está relacionada diretamente aos discursos históricos sobre a substância. No entanto, percebe-se por meio de Rodrigues<sup>17</sup> que nem sempre a substância teve seu uso proibido, já que na passagem do século XIX para o século XX tanto a maconha, como a cocaína e a heroína não eram proibidas. A proibição iniciou-se graças a uma campanha com ideais puritanos, que

---

14 Ibidem.

15 Ibidem.

16 GRIPP, L. B. *Constitucionalidade do acesso a tratamento médico alternativo a base do composto conhecido como canabidiol*. 2017. 32 f. Trabalho de Conclusão (Curso de Direito) – Universidade Federal Fluminense, Niterói/RJ, 2017.

17 RODRIGUES, T. Tráfico, guerras e despenalização. *Le Monde Diplomatique Brasil*, p. 6-7, set. 2009. Disponível em: [https://www.academia.edu/3786176/Tr%C3%A1fico\\_guerras\\_e\\_despenaliza%C3%A7%C3%A3o](https://www.academia.edu/3786176/Tr%C3%A1fico_guerras_e_despenaliza%C3%A7%C3%A3o). Acesso: 10 abr. 2018.

envolvia preconceitos, racismo e xenofobia, especialmente nos Estados Unidos. Relacionava-se cada tipo de droga a uma determinada minoria, considerada perigosa pela população branca e protestante majoritária no país. Dessa forma a maconha era ligada aos mexicanos, o ópio aos chineses, a cocaína aos negros e o álcool aos irlandeses.

A partir da Convenção Única de Estupefacientes da ONU, que o proibicionismo universalizou-se. O tratado que resultou deste evento determinou como deveria ser o uso das substâncias psicoativas, que teriam caráter estritamente médico.<sup>18</sup> Nesse sentido, a maconha foi alocada na lista I do documento, que se refere às substâncias que podem causar dependência e por esta razão tem sua produção, distribuição, prescrições e demais atividades controladas.<sup>19</sup> No preâmbulo do documento reconhece-se que o uso médico dos estupefacientes é indispensável para alívio da dor e que devem ser tomadas medidas adequadas para assegurar a disponibilidade destas substâncias.<sup>20</sup>

No entanto, a maconha também foi incluída na lista IV da mesma Convenção, de 1961, considerada como droga particularmente perigosa.<sup>21</sup> A presença da maconha nesta segunda lista é em parte responsabilidade do representante brasileiro na II Conferência Internacional do Ópio, ocorrida em 1925, já que o mesmo chamou a atenção para esta substância, afirmando que “no Brasil a maconha é mais perigosa que o ópio”. Na ocasião o delegado egípcio, solicitou a inclusão da maconha na agenda, ao considerar como o brasileiro, que a mesma era perigosa. Diante dos argumentos apresentados por estes dois países, a maconha tornou-se substância condenada.<sup>22</sup> Por meio desta condenação, a Convenção de 1961 deixou claro, que o uso da maconha estaria restrito à indicação médica, inclusive com regulação

---

18 Ibidem.

19 OLIVEIRA, L. L.; RIBEIRO, L. R. Discursos médicos e jurídicos sobre maconha na Paraíba: a judicialização do direito ao acesso à maconha medicinal. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, v. 4, n. 2, p. 55-74, 2017.

20 ONU – Organização Das Nações Unidas. *Decreto-Lei n. 435/70*. Aprova, para ratificação, a Convenção Única de 1961 sobre os Estupefacientes, concluída em Nova Iorque em 31 de Março de 1961. Macau, 24 out. 1970. Disponível em: <http://images.io.gov.mo/bo/i/70/43/dlar-435-70.pdf>. Acesso: 10 abr. 2018.

21 Ibidem.

22 CEBRID – Centro Brasileiro de Informações sobre Drogas Psicotrópicas. Opinião do CEBRID sobre a atual classificação da maconha na Convenção Única de Narcóticos da ONU-1961. *Boletim Cebrid*, n. 51, jan./fev./mar. 2004. Disponível em: <http://www2.unifesp.br/dpsicobio/boletim/ed51/2.htm>. Acesso em: 08 mar. 2018.



da quantidade fabricada e importada da substância. Para realizar a Regulação desta droga, o país deveria possuir um órgão responsável, que no caso do Brasil seria a ANVISA.<sup>23</sup>

Apesar das considerações da Convenção de Estupefacientes, em termos mundiais, em muitos países a maconha é permitida. Atualmente nos Estados Unidos, vinte e dois Estados permitem a produção e comercialização da cannabis para tratar doenças e em dois estados o uso recreativo é permitido (Colorado e Washington). O Reino Unido já produz um medicamento, Sativex (tetrahidrocanabidiol e canabidiol), que é exportado para 20 outros países. Em Israel a droga não é legalizada, mas é possível adquiri-la mediante autorização do governo. Na Holanda a venda e o consumo são permitidos em lugares autorizados (*coffee shops*) e desde 2003, a prescrição para uso terapêutico é autorizada e pode-se adquirir a substância na farmácia. No Brasil a situação é diversa, dos países citados.<sup>24</sup>

No Brasil, as origens do problema social da droga, foram as transformações urbanas e a consolidação da prática médica. Esta última, além da pressão internacional, contribuiu para formar uma opinião pública favorável à proibição da substância. Em 1932, a maconha foi incluída na Lista de Substâncias denominadas Cannabis Indica, através do Decreto nº 20.930, que proibiu o uso da planta em todo território nacional. Em 1936, criou-se a Comissão Nacional de Fiscalização de Entorpecente (CNFE), que tinha como objetivo centralizar todos os esforços na guerra contra as drogas e também foi lançada a Campanha Nacional de Repressão ao Uso e ao Comércio de Maconha.<sup>25</sup> Em 1976, ocorreu a proibição total da exploração, colheita, cultura e plantio da planta no Brasil, pela Lei n. 6.368/76.<sup>26</sup>

Em 2006, foi criada a nova política antidrogas, que seguiu proibicionista. Esta lei estabeleceu que, pela quantidade de drogas encontrada com a pessoa, a mesma poderia ser considerada, traficante

---

23 OLIVEIRA, L. L.; RIBEIRO, L. R. Discursos médicos e jurídicos sobre maconha na Paraíba: a judicialização do direito ao acesso à maconha medicinal. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, v. 4, n. 2, p. 55-74, 2017.

24 BUENO, F. S. *A concretização do direito à saúde pelo poder judiciário: o caso de Anny Fischer*. 2014. 59 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário UniCEUB, Brasília, 2014.

25 SAAD, L. G. Medicina legal: o discurso médico, a proibição da maconha e a criminalização do negro. *Revista da Associação Brasileira de Pesquisadores/as Negros/as (ABPN)*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 103-112, 2010.

26 BUENO, op. cit.

ou usuária. No entanto não há parâmetros definidos na lei, ficando a cargo dos policiais e dos delegados esta definição, o que se considera controverso.<sup>27</sup>

No que se relaciona a regulamentação do canabidiol como medicamento, até 2014, a substância era considerada proscriita pela ANVISA e estava presente na “Lista F” da Portaria da Secretaria de Vigilância em Saúde do Ministério da Saúde (SVS/MS) nº 344/1998, o que impedia a importação da substância e levava os interessados à solicitar administrativamente ou ao Poder Judiciário.<sup>28</sup>

Diante do contexto de grande procura pela substância, ainda em 2014, o Conselho Federal de Medicina (CFM), por meio da Resolução 2.113/2014, regulamentou o uso compassivo do canabidiol como terapêutica médica, exclusiva para o tratamento de epilepsia na infância e adolescência refratárias às terapêuticas convencionais. A prescrição foi restringida às especialidades de neurologia e suas áreas de atuação, neurocirurgia e psiquiatria. Ficou vedada a prescrição de cannabis *in natura*, ou outros derivados, exceto o canabidiol.<sup>29</sup> Esta decisão possibilitou que os pacientes pudessem utilizar esta medicação, desde que a importassem.

Em 2015, a ANVISA, decidiu retirar o canabidiol da lista de substâncias proibidas no Brasil, e a partir deste momento o CBD passou a ser uma substância controlada enquadrada na Lista C1 da Portaria 344/98. A decisão foi tomada considerando que a substância não está associada a dependência e devido a diversas evidências sobre sua eficácia terapêutica. Como não há produção da substância no Brasil, a ANVISA também aprovou uma Iniciativa Regulatória para normatizar a importação específica do CBD.<sup>30</sup>

---

27 RODRIGUES, T. Tráfico, guerras e despenalização. *Le Monde Diplomatique Brasil*, p. 6-7, set. 2009. Disponível em: [https://www.academia.edu/3786176/Tr%C3%A1fico\\_guerras\\_e\\_despenaliza%C3%A7%C3%A3o](https://www.academia.edu/3786176/Tr%C3%A1fico_guerras_e_despenaliza%C3%A7%C3%A3o). Acesso: 10 abr. 2018.

28 MELO, L. A.; SANTOS, A. O. O uso do canabidiol no Brasil e o posicionamento do órgão regulador. *Cad. Ibero-Amer. Dir. Sanit.*, Brasília, v. 5, n. 2, p. 43-55, 2016.

29 CFM – Conselho Federal de Medicina. *Conselho Federal de Medicina libera uso compassivo do canabidiol no tratamento de epilepsia*. 11 dez. 2014. Disponível em: [http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=25239:cfmno-211314&catid=3](http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=25239:cfmno-211314&catid=3). Acesso em: 26 dez. 2017.

30 ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária. *Canabidiol é reclassificado como substância controlada*. 21 jan. 2015. Disponível em: [http://portal.anvisa.gov.br/noticias/-/asset\\_publisher/FXrpx9qY7FbU/content/canabidiol-e-reclassificado-como-substancia-controlada/219201/](http://portal.anvisa.gov.br/noticias/-/asset_publisher/FXrpx9qY7FbU/content/canabidiol-e-reclassificado-como-substancia-controlada/219201/).

Em 6 de maio de 2015, a ANVISA publicou a Resolução de Diretoria Colegiada – RDC nº 17, que define os critérios e procedimentos para importação em caráter de excepcionalidade, de produto à base de Canabidiol em associação com outros canabinóides, inclusive THC, por pessoa física, para uso próprio, mediante prescrição de profissional legalmente habilitado, para tratamento de saúde. A Resolução apresenta critérios para que o paciente possa importar a substância, dentre as quais: que o produto seja derivado de vegetal, que seja produzido e distribuído por estabelecimento regularizado em seu país de origem e que possua certificado de análise, com especificação do teor de canabidiol e THC. Para importação do medicamento, o paciente deve estar cadastrado junto à ANVISA, utilizando-se de Formulário para Importação e Uso de Produto à Base de Canabidiol, laudo de profissional habilitado, contendo a descrição do caso, Classificação Internacional de Doenças (CID), justificativa e tratamentos anteriores, prescrição do produto e Declaração de Responsabilidade e Esclarecimento para a utilização excepcional do produto.<sup>31</sup>

Em 2016, por meio da RDC 128/16, foi atualizada da lista de medicamentos a base de canabidiol que possui processo mais simples de autorização pela ANVISA. Os medicamentos são: Cibdex Hemp CBD Complex, Hemp Blend Real Scientific Hemp Oil (RSHO) CBD, Revivid LLC Hemp Tincture, CBDRX CBD Oil, Charlotte Web Hemp Extract, Endoca Hemp Oil, Elixinol Hemp Oil CBD, EVR Hemp Oil CBD, Mary's Elite CBD Remedy Oil, Purodiol CBD. Ainda em 2016, a ANVISA anunciou o registro do medicamento Mevatyl para tratamento de espasticidade.<sup>32</sup>

---

Acesso em: 05 jan. 2018.

- 31 ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária. *Resolução de Diretoria Colegiada – RDC n. 17, de 6 de maio de 2015*. Define os critérios e os procedimentos para a importação, em caráter de excepcionalidade, de produto à base de Canabidiol em associação com outros canabinóides, por pessoa física, para uso próprio, mediante prescrição de profissional legalmente habilitado, para tratamento de saúde. 11 p. Disponível em: [http://portal.anvisa.gov.br/documents/10181/2867344/%283%29RDC\\_17\\_2015\\_COMP.pdf/d0b13b61-7b6d-476c-8177-6b866c7a9b10](http://portal.anvisa.gov.br/documents/10181/2867344/%283%29RDC_17_2015_COMP.pdf/d0b13b61-7b6d-476c-8177-6b866c7a9b10). Acesso em: 05 jan. 2018.
- 32 ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária. *Atualizada lista de produtos com canabidiol importados*. 05 dez. 2016. Disponível em: [http://portal.anvisa.gov.br/noticias/-/asset\\_publisher/FXrpx9qY7FbU/content/atualizada-lista-de-produtos-com-canabidiolimportados/219201/pop\\_up?\\_101\\_INSTANCE\\_FXrpx9qY7FbU\\_viewMode=print&\\_101\\_INSTANCE\\_FXrpx9qY7FbU\\_languageId=pt\\_BR](http://portal.anvisa.gov.br/noticias/-/asset_publisher/FXrpx9qY7FbU/content/atualizada-lista-de-produtos-com-canabidiolimportados/219201/pop_up?_101_INSTANCE_FXrpx9qY7FbU_viewMode=print&_101_INSTANCE_FXrpx9qY7FbU_languageId=pt_BR). Acesso em: 05 jan.

Em janeiro de 2017, a Universidade de São Paulo (USP) em parceria com a indústria farmacêutica Prati Donaduzzi inaugurou o primeiro centro brasileiro de pesquisas em canabinóides, em Ribeirão Preto, que será coordenado pelo professor Antonio Waldo Zuardi. O objetivo deste centro é a realização de estudos para o desenvolvimento de medicamentos à base de canabidiol.<sup>33</sup>

Em abril de 2018, é anunciado pelo laboratório Prati Donaduzzi em parceria com a USP, que as pesquisas para a produção de canabidiol estão em fase final dos testes clínicos. Além disso, anunciam que a medicação já estará disponível no final de 2018. De acordo com os pesquisadores, a produção no país, garantirá maior qualidade e menor custo do medicamento. O Centro Brasileiro de Pesquisas em Canabinóides, também estuda a possibilidade de produzir o canabidiol de forma sintética, o que eliminaria a necessidade do uso da cannabis sativa em planta.<sup>34</sup>

Diante das notícias recentes, percebe-se que o caminho para que os pacientes obtenham a medicação à base de CBD no Brasil, começa a ser trilhado. Ainda há muito a se avançar, e por esta razão é relevante que se discuta a respeito do Direito à Saúde e dignidade humana, considerando que ainda não há produção do medicamento e que os pacientes ainda necessitam importá-lo. Além disso, a regulamentação do uso do THC e CBD ainda não se encontra consolidada no país sendo necessário que se continue a debater sobre o tema.

4 Direito à saúde pelo uso medicinal da maconha frente a dignidade humana: visão jurisprudencial e filosófica

Como observado anteriormente, até o ano de 2014, o canabidiol era substância proibida no Brasil. Para obtê-la os pacientes recorriam a justiça, por meio de um processo demorado e burocrático. Nesse

---

2018.

33 G1 RIBEIRÃO E FRANCA. *USP em Ribeirão Preto terá 1º centro de pesquisas de canabidiol do Brasil*. Ribeirão Preto/SP, 31 jan. 2017. Disponível em: <http://g1.globo.com/sp/ribeirao-preto-franca/noticia/2017/01/usp-em-ribeirao-preto-tera-1-centro-de-estudos-de-canabidiol-do-brasil.html>. Acesso: 25 abr. 2018.

34 G1 PR E RPC CASCAVEL. *Laboratório de Toledo deve ser o primeiro a produzir e vender extrato de canabidiol no país*. Toledo/ PR, 04 abr, 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/pr/oeste-sudoeste/noticia/laboratorio-de-toledo-deve-ser-o-primeiro-a-produzir-e-vender-extrato-de-canabidiol-no-pais.ghtml>. Acesso: 25 abr. 2018.

sentido, um fator motivador às famílias que buscavam pela medicação, foi o caso de Anny Fischer.<sup>35</sup>

Anny Fischer, uma menina de 5 anos, portadora da síndrome CDKL5 (que determina um quadro de epilepsia refratária) sofria convulsões a cada duas horas. Seu caso ganhou grande repercussão na mídia, tendo sido relatado no documentário “Illegal”. Sua mãe Katiele Fischer recorreu a Justiça, em 2014, pelo direito de importar o Canabidiol, sendo concedido este direito pelo Juiz Bruno César Bandeira Apolinário. O magistrado entendeu que a ANVISA tem a obrigação de proteger a saúde da população brasileira, e que no caso da menina Anny, essa proteção tornava-se possível com a liberação da importação da substância requerida.<sup>36</sup>

Como afirmado anteriormente, a conquista de Anny motivou outros pais brasileiros a buscarem na justiça o direito de importação do canabidiol. Dentre estes pacientes encontrava-se um grupo de epiléticos do estado da Paraíba, liderados por Júlio Amarico e Sheila Dantas, que conseguiu junto ao Ministério Público Federal a primeira liminar favorável a um grupo de pessoas para importação de um óleo rico em CBD. Além destas surgiram diversas histórias de sucesso, como a de Juliana Paolinelli, portadora de dor neuropática; Gilberto Castro, portador de esclerose múltipla e de Thais Carvalho, portadora de câncer de ovário<sup>37</sup>.

Outros julgados se mostraram favoráveis à importação de canabidiol, considerando que a substância deixou de ser proibida e entrou na lista de medicações de uso controlado<sup>38</sup>; e pelo risco de dano

---

35 OLIVEIRA, L. L.; RIBEIRO, L. R. Discursos médicos e jurídicos sobre maconha na Paraíba: a judicialização do direito ao acesso à maconha medicinal. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, v. 4, n. 2, p. 55-74, 2017.

36 GRIPP, L. B. *Constitucionalidade do acesso a tratamento médico alternativo a base do composto conhecido como canabidiol*. 2017. 32 f. Trabalho de Conclusão (Curso de Direito) – Universidade Federal Fluminense, Niterói/RJ, 2017.

37 Devido aos interesses ligados à obtenção do CBD, surgiram diversas associações de pacientes que utilizam a substância. Em dezembro de 2014, no Rio de Janeiro, é criada a Associação Brasileira de Pacientes de Cannabis Medicinal (AMA+ME). Surgem também outras associações: Associação Brasileira para Cannabis (ABRA Cannabis), Associação Brasileira de Apoio Cannabis Esperança (ABRACE Esperança), Associação Multidisciplinar de Estudos sobre Maconha Medicinal (AMEMM) e Apoio à Pesquisa e Pacientes de Cannabis Medicinal (APEPI) (Ibidem).

38 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Agravo n. 2028403-23.2015.8.26.0000/50000. São Paulo, 18 de maio de 2015. Relatora: Teresa Ramos Marques. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo>.

irreparável ou de difícil reparação à vida, bem como pela existência de prescrição médica<sup>39</sup>. Percebe-se que os julgados mais recentes solicitam que o Estado ou o Plano de Saúde, importe e forneça o canabidiol aos pacientes. É o caso do Agravo de Instrumento nº 2206901-10.2016.8.26.0000<sup>40</sup>, em que o paciente portador de “neoplasia glial temporal esquerda” que após crise convulsiva e ressonância magnética, teve prescrito a medicação “CBDRx Prime Organics”, à base de canabidiol (CBD), teve a importação da medicação autorizada pela ANVISA, mas solicitava à aquisição da mesma pelo Estado. Nesse pedido, a Justiça concedeu-lhe este direito, considerando que havia risco de dano, já que o paciente não tinha condições de custear o tratamento, pois estava afastado de suas atividades laborativas<sup>41</sup>.

---

do?cdAcordao=8467909&cdForo=0. Acesso em: 14 fev. 2018. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Embargos de Declaração 2028403-23.2015.8.26.0000/50001. Relatora: Teresa Ramos Marques. São Paulo, 6 de julho de 2015. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=8611954&cdForo=0>. Acesso em: 12 fev. 2018. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Agravo 2086356-42.2015.8.26.0000. Relator: Moreira de Carvalho. São Paulo, 9 de setembro de 2015. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=8786106&cdForo=0>. Acesso em: 13 fev. 2018.

39 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Agravo 2053978-33.2015.8.26.0000. Relator: Egidio Giacoia. São Paulo, 2 de setembro de 2015. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=8770223&cdForo=0>. Acesso em: 17 jan. 2018. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Agravo 2136255-09.2015.8.26.0000. Relatora: Már-cia Dalla Déa Barone. São Paulo, 17 de setembro de 2015. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=8814928&cdForo=0>. Acesso em: 17 jan. 2018. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Agravo 2135642-86.2015.8.26.0000. Relator: Reinal-do Miluzzi. São Paulo, 19 de outubro de 2015. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=8906234&cdForo=0>. Acesso em: 15 jan. 2018.

40 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Agravo de Instrumento n. 2206901-10.2016.8.26.0000. Relator: Spoladore Dominguez. São Paulo, 23 de novembro de 2016. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=10000416&cdForo=0>. Acesso em: 11 jan. 2018.

41 Há ainda outros casos em que o Estado foi obrigado a fornecer o CBD, a saber: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Agravo de Instrumento n. 2211289-53.2016.8.26.0000. Relator: Vicente de Abreu Amadei. São Paulo, 8 de novembro de 2016. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=9963177&cdForo=0>. Acesso em: 08 fev. 2018; TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Apelação n. 1012051-67.2015.8.26.0562. Relator: Osvaldo Magalhães. São Paulo, 20 de junho de 2016. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=9553460&cdForo=0>. Acesso em: 08 fev. 2018; TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Agravo de Instrumento n. 2094351-72.2016.8.26.0000. Relator: José

Por outro lado, observou-se que há julgados que negam o fornecimento do CBD. É o caso do Agravo nº 2216305-85.2016.8.26.0000<sup>42</sup>, em que o paciente portador de Parkinson, solicita que seu plano de saúde forneça o canabidiol. No entanto, a Justiça considerou que os relatórios médicos não comprovavam a urgência para utilização da medicação<sup>43</sup>.

Diante dos casos expostos, acredita-se que haja necessidade de discutir o uso dessa substância como medicamento, relacionando o tema ao direito à saúde e a dignidade humana. Afinal, o que tem maior valor, os tabus relacionados à maconha, a legislação proibitiva ou o exercício do direito à vida?

Nesse sentido, verifica-se que o Direito à saúde é expresso por meio da Constituição Federal de 1988, no art. 6º, no rol dos direitos sociais. No art. 196 da referida Carta Magna, afirma-se que a saúde é um direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas ao acesso universal e igualitário as suas ações e serviços.<sup>44</sup> Dessa forma, entende-se que o direito à saúde é primordial e vincula os poderes legislativo, executivo e judiciário na garantia de sua execução. Portanto, os pacientes que necessitam da medicação derivada da maconha, estão amparados pela Constituição Federal no que se refere ao Direito à Saúde. Porém percebe-se a partir dos artigos citados acima, que há choque entre a legislação proibitiva e a Constituição em seu art. 196. De um lado pretende-se assegurar a segurança da população, por

---

Maria Câmara Junior. São Paulo, 8 de junho de 2016. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=9498123&cdForo=0>. Acesso em: 06 fev. 2018; TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Agravo de Instrumento n. 2246872-36.2015.8.26.0000. Relator: James Siano. São Paulo, 21 de março de 2016. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=9296254&cdForo=0>. Acesso em: 06 fev. 2018

42 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Agravo n. 2216305-85.2016.8.26.0000. Relatora: Viviani Nicolau. São Paulo, 12 de dezembro de 2016. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=10055955&cd>. Acesso em: 11 jan. 2018.

43 Há também outros casos em que a concessão do medicamento é negada pelo TJSP: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Agravo de Instrumento n. 2000521-52.2016.8.26.0000 (Paciente portadora de esclerose múltipla). Relator: Antonio Carlos Villen. São Paulo, 14 de março de 2016. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=9275951&cdForo=0>. Acesso em: 10 fev. 2018.

44 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988*. Brasília, 05 out. 1988 Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso: 05 jan. 2018.



meio da proibição da maconha e de outro lado pretende-se garantir seu uso como medicamento, como forma de garantia ao Direito à Saúde. No entanto, considera-se que este último é extremamente relevante, já que se relaciona ao direito à vida e a dignidade humana.

Considerando que o direito à saúde vincula-se diretamente a questão da dignidade humana, pois a Constituição brasileira a consagra como princípio fundamental (art. 1º, inciso III) e já que sem acesso à saúde este preceito está desrespeitado, entende-se que há a necessidade de apresentar uma concepção deste termo. O termo dignidade humana, tem base filosófica em Immanuel Kant, apresentando a máxima de que o ser humano não pode ser tratado como simples meio (objeto) para a satisfação de qualquer vontade alheia, mas sempre deve ser tomado como fim em si mesmo.<sup>45</sup> Portanto, manter a proibição apenas para satisfação legal, em detrimento da saúde de determinado paciente, seria tratar essa pessoa como objeto, como meio para satisfazer a vontade do legislador.

Kant entende que a dignidade humana é uma qualidade congênita e inalienável de todos os seres humanos, que impede sua coisificação e se materializa através da capacidade de autodeterminação que os indivíduos possuem por meio da razão. Sua existência independe do reconhecimento jurídico, pois é um bem inato e ético, colocando-se acima de especificidades culturais e as diversas morais, persistindo mesmo nas sociedades que não a respeitam.<sup>46</sup>

Sua natureza jurídica pode ser desdobrada em duas máximas: “não tratar a pessoa humana como simples meio e assegurar as necessidades vitais da pessoa humana”<sup>47</sup>. Para Sarlet e Fensterseifer, 2007 a ideia do ser humano como um fim em si mesmo está vinculada as questões de autonomia, liberdade, racionalidade e de autodeterminação inerentes à condição humana. Reckziegel<sup>48</sup> afirma que a ideia de dignidade humana pode ser caracterizada por meio de sete conceitos: ser racional, *homo noumenon*<sup>49</sup>, personalidade, fim em si mesmo, moralidade, autonomia

45 KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura e outros textos filosóficos*. Tradução de Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1974. (Coleção Os Pensadores).

46 RECKZIEGEL, J. *Dignidade humana em risco: existe limites para experiências científicas?* Prismas: Curitiba, 2016. p. 234-235.

47 Ibidem, p. 237.

48 Ibidem.

49 A expressão *noumenon* foi criada por Kant, originando-se da distinção entre o mundo sensível e o mundo da razão inteligível.



e liberdade. Considerando que a dignidade humana existe a fim de assegurar as necessidades vitais da pessoa, percebe-se que quando o uso do CBD e THC garante que estas necessidades sejam satisfeitas, é justo que se utilizem as substâncias.

Sarlet e Fensterseifer<sup>50</sup> ao tratarem a respeito da dignidade humana, explicam que este conceito se projeta em uma gama de direitos de natureza defensiva (negativa), como prestacional (positiva), implicando também em deveres fundamentais. Se relaciona a um leque de posições jurídicas subjetivas e objetivas, com função de tutelar a condição existencial humana contra quaisquer violações do seu âmbito de proteção, assegurando o livre e pleno desenvolvimento da personalidade de cada ser humano. Os autores abordam também a dimensão social da dignidade humana, já que para eles, este conceito não se relaciona apenas a um indivíduo, mas à sua relação com o outro. Por fim, Sarlet e Fensterseifer<sup>51</sup>, abordam a dimensão ambiental da dignidade humana, que contempla a qualidade de vida como um todo, inclusive do ambiente em que a vida humana se desenvolve.

A dignidade humana pretende proteger as pessoas de violações no âmbito da proteção, portanto se considerar que o impedimento do uso da maconha medicinal é prejudicial e viola a proteção à saúde, verifica-se que se incorre na violação deste preceito. Além desse aspecto deve-se considerar a questão ambiental da dignidade humana, que se relaciona a qualidade de vida. Nesse sentido, deve-se avaliar de que forma, o não uso do CBD ou THC afeta a qualidade de vida da pessoa portadora de doença, em que seu uso é indicado. É necessário que a qualidade de vida esteja mantida para que se exerça a dignidade humana e o direito à saúde.

Em relação à violação da dignidade humana, Reckziegel<sup>52</sup> apresenta a fórmula desenvolvida por Günter Dürig, que teve base na matriz kantiana, em que entende-se que a dignidade será violada sempre que a pessoa for reduzida à objeto. Quando não houver respeito à vida, à integridade física e moral, quando não houver mínimas condições para que o indivíduo possa levar uma vida de modo digno,

---

50 SARLET, I. W.; FENSTERSEIFER, T. Algumas notas sobre a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana e sobre a dignidade da vida em geral. *Rev. Bras. de Direito Animal*, n. 3, p. 69-94, 2007.

51 Ibidem.

52 RECKZIEGEL, J. *Dignidade humana em risco: existe limites para experiências científicas?* Prismas: Curitiba, 2016. p. 238.

onde os poderes forem ilimitados, quando não houver reconhecimento de direitos básicos e fundamentais dos indivíduos a dignidade humana não estará presente.

Para que o ser humano esteja em exercício de sua dignidade deve estar pleno em autonomia, ter liberdade, racionalidade e autodeterminação nos mais diversos aspectos, inclusive na questão da saúde. Nesse sentido, um sujeito, portador de determinada doença, que provoque ataques epiléticos a cada duas horas, e que não encontre melhora nos medicamentos já existentes, não teria direito à buscar uma medicação experimental, mesmo que esta derive de uma droga proibida?

A questão que dificulta o uso do canabidiol pelos pacientes brasileiros é o fato da maconha, ser substância que ter comercialização e cultivo proibidos no Brasil, o que conseqüentemente causa a proibição de produção de derivados da mesma. No entanto, nos últimos anos é crescente a discussão sobre a regulamentação da substância no país, devido ao grande número de pacientes que a tem buscado por meio de importação do exterior.<sup>53</sup>

Outro fator que dificulta o uso do canabidiol são os tabus que cercam o uso deste medicamento, já que o mesmo deriva de uma droga. No entanto é preciso que se entenda que a planta não é utilizada integralmente, apenas alguns componentes, com comprovada eficácia no combate à doenças. A exemplo do que acontece com o canabidiol, pode-se citar a papoula, que é base da heroína, uma das drogas mais perigosas do mundo, e que tem extraída de si a morfina, um potente anestésico, amplamente utilizado.<sup>54</sup>

Entende-se que pelo fato de o canabidiol ter uma regulamentação proibitiva, há uma dificuldade para que os pacientes possam exercer sua dignidade. Por isso é necessário que sejam pensadas novas formas de regulamentar o uso dessa substância, bem como a possibilidade de realização de estudos no país. Afinal a dignidade humana está relacionada com uma atuação positiva estatal, no sentido de ser um dever jurídico fundamental, portanto é necessário que o Estado se

---

53 DIOTTO, N.; RODRIGUES, A. G. O uso do canabidiol em pacientes portadores de epilepsia: a possibilidade jurídica de garantia do direito fundamental à vida. *Derecho y Cambio Social*, p. 1-30, 03 out. 2016.

54 DIOTTO, N.; RODRIGUES, A. G. O uso do canabidiol em pacientes portadores de epilepsia: a possibilidade jurídica de garantia do direito fundamental à vida. *Derecho y Cambio Social*, p. 1-30, 03 out. 2016.

comprometa em repensar a respeito do uso da maconha medicinal, já que comprovadamente a mesma atua de forma positiva no tratamento de diversas doenças.

No entanto, a dignidade não deve ser concebida somente como uma obrigação do Estado, pois a sociedade também pode interferir nesse bem e por esta razão a população deve estar esclarecida sobre o uso da substância como medicamento, superando os discursos históricos sobre a droga. Além disso, a dignidade humana, deve ser entendida como um direito público subjetivo, direito fundamental do indivíduo contra o Estado (e contra a sociedade), sendo ao mesmo tempo um encargo constitucional endereçado ao Estado para proteger o indivíduo contra terceiros.<sup>55</sup>

## 5 Considerações finais

O presente trabalho debateu a questão do uso medicinal da maconha. Verificou-se que seu uso é antigo e que durante muitos anos não era proibido. No entanto, após Convenções Internacionais, foram criadas diversas leis que proibiram o uso da substância, por ser considerada perigosa. Porém após diversos estudos comprovou-se que a maconha poderia ser utilizada como medicamento, no tratamento de diversas doenças, em especial a epilepsia, o Alzheimer e distúrbios do movimento. Apesar destas descobertas a substância, que já é legalizada em vários países, no que se relaciona ao aspecto medicinal, continua sofrendo restrições no Brasil.

Estas restrições dificultaram o tratamento de diversos pacientes no Brasil, que necessitavam do CBD ou THC para manutenção de qualidade de vida frente a doenças incapacitantes. Nesse sentido, discutiu-se a respeito do direito à saúde, que é garantido pela Constituição de 1988, em seu artigo 196. Também este direito é necessário para que haja dignidade humana, já que um sujeito que sofre de ataques epiléticos a cada duas horas, certamente não está em exercício pleno de sua dignidade. Diante disso, para obter o direito à saúde pode-se considerar errada a atitude de alguém que recorra ao uso de uma substância derivada de uma droga proibida? Acredita-se que não, já que a regulamentação da ANVISA que ampara essa proibição necessita de maiores discussões.

---

55 RECKZIEGEL, J. *Dignidade humana em risco: existe limites para experiências científicas?* Prismas: Curitiba, 2016. p. 241.

Percebeu-se que a legislação proibitiva em relação a maconha, que pretende garantir o direito à segurança da população choca-se com o que consta na Constituição Federal, que pretende garantir o direito à saúde. Dessa forma, entendeu-se que o direito à saúde que se relaciona a dignidade humana e o direito à vida, deve estar acima de qualquer lei proibitiva.

Apesar de em diversos países o uso medicinal da maconha já estar regulamentado há algum tempo, tendo possibilidade inclusive de exportação, no Brasil a situação não é a mesma. Aqui a maconha ainda necessita de maior regulamentação, que considere a importância do uso da substância no combate as mais diversas doenças. Nesse sentido, há projetos de lei, que pretendem regular a utilização da maconha (Projetos 7.270/14<sup>56</sup> e 7.187/14<sup>57</sup>), no entanto, os mesmos ainda não foram aprovados.

Apesar disso, percebe-se que de forma lenta o Brasil tem começado a discutir sobre o uso da maconha medicinal. Isso porque foi criado o Centro Brasileiro de Estudos com Canabinóides, em 2017, que está em fase final de testes clínicos para uso de CBD. No entanto, ainda há muito a se avançar, já que algumas restrições ainda permanecem, nesse sentido, a discussão sobre a regulamentação dos derivados da *cannabis sativa* é necessária. Estas discussões devem ter como foco a questão do acesso dos pacientes e o desenvolvimento destas substâncias no país, com produção própria, além da ampliação de pesquisas a este respeito.

## Referências

- 
- 56 BRASIL. *Projeto de Lei n. 7.270, de 19 março de 2014*. Regula a produção, a industrialização e a comercialização de Cannabis, derivados e produtos de Cannabis, dispõe sobre o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, cria o Conselho Nacional de Assessoria, Pesquisa e Avaliação para as Políticas sobre Drogas, altera as leis 11.343, de 23 de agosto de 2006, 8.072, de 25 de julho de 1990, e 9.294, de 15 de julho de 1999 e dá outras providências. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1237297&filename=PL+7270/2014](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1237297&filename=PL+7270/2014). Acesso em: 30 mar. 2018.
- 57 BRASIL. *Projeto de Lei n. 7.187, de 25 de fevereiro de 2014*. Dispõe sobre o controle, a plantação, o cultivo, a colheita, a produção, a aquisição, o armazenamento, a comercialização e a distribuição de maconha (*cannabis sativa*) e seus derivados, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1231177&filename=PL+7187/2014](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1231177&filename=PL+7187/2014). Acesso em: 30 mar. 2018.

ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária. *Canabidiol é reclassificado como substância controlada*. 21 jan. 2015.

Disponível em: [http://portal.anvisa.gov.br/noticias/-/asset\\_publisher/FXrpx9qY7FbU/content/canabidiol-e-reclassificado-como-substancia-controlada/219201/](http://portal.anvisa.gov.br/noticias/-/asset_publisher/FXrpx9qY7FbU/content/canabidiol-e-reclassificado-como-substancia-controlada/219201/). Acesso em: 05 jan. 2018.

ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária. *Atualizada lista de produtos com canabidiol importados*. 05 dez. 2016.

Disponível em: [http://portal.anvisa.gov.br/noticias/-/asset\\_publisher/FXrpx9qY7FbU/content/atualizada-lista-de-produtos-com-canabidiolimportados/219201/pop\\_up?\\_101\\_INSTANCE\\_FXrpx9qY7FbU\\_viewMode=print&\\_101\\_INSTANCE\\_FXrpx9qY7FbU\\_languageId=pt\\_BR](http://portal.anvisa.gov.br/noticias/-/asset_publisher/FXrpx9qY7FbU/content/atualizada-lista-de-produtos-com-canabidiolimportados/219201/pop_up?_101_INSTANCE_FXrpx9qY7FbU_viewMode=print&_101_INSTANCE_FXrpx9qY7FbU_languageId=pt_BR). Acesso em: 05 jan. 2018.

ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária. *Resolução de Diretoria Colegiada – RDC n. 17, de 6 de maio de 2015*. Define os critérios e os procedimentos para a importação, em caráter de excepcionalidade, de produto à base de Canabidiol em associação com outros canabinóides, por pessoa física, para uso próprio, mediante prescrição de profissional legalmente habilitado, para tratamento de saúde. 11 p. Disponível em: [http://portal.anvisa.gov.br/documents/10181/2867344/%283%29RDC\\_17\\_2015\\_COMP.pdf/d0b13b61-7b6d-476c-8177-6b866c7a9b10](http://portal.anvisa.gov.br/documents/10181/2867344/%283%29RDC_17_2015_COMP.pdf/d0b13b61-7b6d-476c-8177-6b866c7a9b10). Acesso em: 05 jan. 2018.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988*. Brasília, 05 out. 1988 Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso: 05 jan. 2018.

BRASIL. *Projeto de Lei n. 7.270, de 19 março de 2014*. Regula a produção, a industrialização e a comercialização de Cannabis, derivados e produtos de Cannabis, dispõe sobre o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, cria o Conselho Nacional de Assessoria, Pesquisa e Avaliação para as Políticas sobre Drogas, altera as leis 11.343, de 23 de agosto de 2006, 8.072, de 25 de julho de 1990, e 9.294, de 15 de julho de 1999 e dá outras providências. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1237297&filename=PL+7270/2014](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1237297&filename=PL+7270/2014). Acesso em: 30 mar. 2018.

BRASIL. *Projeto de Lei n. 7.187, de 25 de fevereiro de 2014*. Dispõe sobre o controle, a plantação, o cultivo, a colheita, a produção, a aquisição, o armazenamento, a comercialização e a distribuição de maconha (*cannabis sativa*) e seus derivados, e dá outras providências.

Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?co\\_dteor=1231177&filename=PL+7187/2014](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?co_dteor=1231177&filename=PL+7187/2014). Acesso em: 30 mar. 2018.

BUENO, F. S. *A concretização do direito à saúde pelo poder judiciário: o caso de Anny Fischer*. 2014. 59 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário UniCEUB, Brasília, 2014.

CEBRID – Centro Brasileiro de Informações sobre Drogas Psicotrópicas. Opinião do CEBRID sobre a atual classificação da maconha na Convenção Única de Narcóticos da ONU-1961. *Boletim Cebrid*, n. 51, jan./fev./mar. 2004. Disponível em: <http://www2.unifesp.br/dpsicobio/boletim/ed51/2.htm>. Acesso em: 08 mar. 2018.

CFM – Conselho Federal de Medicina. *Conselho Federal de Medicina libera uso compassivo do canabidiol no tratamento de epilepsia*. 11 dez. 2014. Disponível em: [http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=25239:cfmno-211314&catid=3](http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=25239:cfmno-211314&catid=3). Acesso em: 26 dez. 2017.

DIOTTO, N.; RODRIGUES, A. G. O uso do canabidiol em pacientes portadores de epilepsia: a possibilidade jurídica de garantia do direito fundamental à vida. *Derecho y Cambio Social*, p. 1-30, 03 out. 2016.

G1 PR E RPC CASCAVEL. *Laboratório de Toledo deve ser o primeiro a produzir e vender extrato de canabidiol no país*. Toledo/PR, 04 abr, 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/pr/oeste-sudoeste/noticia/laboratorio-de-toledo-deve-ser-o-primeiro-a-produzir-e-vender-extrato-de-canabidiol-no-pais.ghtml>. Acesso: 25 abr. 2018.

G1 RIBEIRÃO E FRANCA. *USP em Ribeirão Preto terá 1º centro de pesquisas de canabidiol do Brasil*. Ribeirão Preto/SP, 31 jan. 2017. Disponível em: <http://g1.globo.com/sp/ribeirao-preto-franca/noticia/2017/01/usp-em-ribeirao-preto-tera-1-centro-de-estudos-de-canabidiol-do-brasil.html>. Acesso: 25 abr. 2018.

GRIPP, L. B. *Constitucionalidade do acesso a tratamento médico alternativo a base do composto conhecido como canabidiol*. 2017. 32 f. Trabalho de Conclusão (Curso de Direito) – Universidade Federal Fluminense, Niterói/RJ, 2017.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura e outros textos filosóficos*. Tradução de Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1974. (Coleção Os Pensadores).

MELO, L. A.; SANTOS, A. O. O uso do canabidiol no Brasil e o posicionamento do órgão regulador. *Cad. Ibero-Amer. Dir. Sanit.*, Brasília, v. 5, n. 2, p. 43-55, 2016.

OLIVEIRA, L. L.; RIBEIRO, L. R. Discursos médicos e jurídicos sobre maconha na Paraíba: a judicialização do direito ao acesso à maconha medicinal. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, v. 4, n. 2, p. 55-74, 2017.

ONU. Organização Das Nações Unidas. *Decreto-Lei n. 435/70*. Aprova, para ratificação, a Convenção Única de 1961 sobre os Estupefacientes, concluída em Nova Iorque em 31 de Março de 1961. Macau, 24 out. 1970. Disponível em: <http://images.io.gov.mo/bo/i/70/43/dlar-435-70.pdf>. Acesso: 10 abr. 2018.

RECKZIEGEL, J. *Dignidade humana em risco: existe limites para experiências científicas?* Prismas: Curitiba, 2016.

RODRIGUES, T. Tráfico, guerras e despenalização. *Le Monde Diplomatique Brasil*, p. 6-7, set. 2009. Disponível em: [https://www.academia.edu/3786176/Tr%C3%A1fico\\_guerras\\_e\\_despenaliza%C3%A7%C3%A3o](https://www.academia.edu/3786176/Tr%C3%A1fico_guerras_e_despenaliza%C3%A7%C3%A3o). Acesso: 10 abr. 2018.

SAAD, L. G. Medicina legal: o discurso médico, a proibição da maconha e a criminalização do negro. *Revista da Associação Brasileira de Pesquisadores/as Negros/as (ABPN)*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 103-112, 2010.

SARLET, I. W.; FENSTERSEIFER, T. Algumas notas sobre a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana e sobre a dignidade da vida em geral. *Rev. Bras. de Direito Animal*, n. 3, p. 69-94, 2007.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Agravo n. 2028403-23.2015.8.26.0000/50000*. São Paulo, 18 de maio de 2015. Relatora: Teresa Ramos Marques. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=8467909&cdForo=0>. Acesso em: 14 fev. 2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Embargos de Declaração 2028403-23.2015.8.26.0000/50001*. Relatora: Teresa Ramos Marques. São Paulo, 6 de julho de 2015. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=8611954&cdForo=0>. Acesso em: 12 fev. 2018.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Agravo 2086356-42.2015.8.26.0000*. Relator: Moreira de Carvalho. São Paulo, 9 de setembro de 2015. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=8786106&cdForo=0>. Acesso em: 13 fev. 2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Agravo 2053978-33.2015.8.26.0000*. Relator: Egidio Giacoia. São Paulo, 2 de setembro de 2015. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=8770223&cdForo=0>. Acesso em: 17 jan. 2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Agravo 2136255-09.2015.8.26.0000*. Relatora: Márcia Dalla Déa Barone. São Paulo, 17 de setembro de 2015. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=8814928&cdForo=0>. Acesso em: 17 jan. 2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Agravo 2135642-86.2015.8.26.0000*. Relator: Reinaldo Miluzzi. São Paulo, 19 de outubro de 2015. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=8906234&cdForo=0>. Acesso em: 15 jan. 2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Agravo de Instrumento n. 2000521-52.2016.8.26.0000* (Paciente portadora de esclerose múltipla). Relator: Antonio Carlos Villen. São Paulo, 14 de março de 2016. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=9275951&cdForo=0>. Acesso em: 10 fev. 2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Agravo de Instrumento n. 2246872-36.2015.8.26.0000*. Relator: James Siano. São Paulo, 21 de março de 2016. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=9296254&cdForo=0>. Acesso em: 6 fev. 2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Agravo de Instrumento n. 2094351-72.2016.8.26.0000*. Relator: José Maria Câmara Junior. São Paulo, 8 de junho de 2016. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=9498123&cdForo=0>. Acesso em: 06 fev. 2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Apelação n. 1012051-67.2015.8.26.0562*. Relator: Osvaldo Magalhães. São



Paulo, 20 de junho de 2016. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=9553460&cdForo=0>. Acesso em: 08 fev. 2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.  
*Agravo de Instrumento n. 2211289-53.2016.8.26.0000*. Relator: Vicente de Abreu Amadei. São Paulo, 8 de novembro de 2016. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=9963177&cdForo=0>. Acesso em: 08 fev. 2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.  
*Agravo de Instrumento n. 2206901-10.2016.8.26.0000*. Relator: Spoladore Dominguez. São Paulo, 23 de novembro de 2016. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=10000416&cdForo=0>. Acesso em: 11 jan. 2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Agravo n. 2216305-85.2016.8.26.0000*. Relatora: Viviani Nicolau. São Paulo, 12 de dezembro de 2016. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo>. Acesso em: 11 jan. 2018.



WESSLER, B. G. *Efeitos neuroquímicos e comportamentais causados pelo uso da cannabis sativa*. 2014. 48 f. Monografia (Pós-Graduação em Farmacologia) – Universidade do Extremo Sul Catarinense, Criciúma, 2014.

ZUARDI, A. W. Cannabidiol: from an inactive cannabinoid to a drug with wide spectrum of action. *Rev Bras Psiquiatr.*, v. 30, n. 3, p. 271-280, 2008.



# MEIO AMBIENTE E GLOBALIZAÇÃO: A IMPRESCINDIBILIDADE DE UMA RACIONALIDADE AMBIENTAL\*

## ENVIRONMENT AND GLOBALIZATION: THE NECESSITY OF AN ENVIRONMENTAL RATIONALITY

Luciana Turatti<sup>I</sup>   
Jaiane Braga da Silva<sup>II</sup> 

<sup>I</sup> Universidade do Vale do Taquari (UNIVATES), Programas de Pós Graduação em Ambiente e Desenvolvimento e em Sistemas Ambientais Sustentáveis da UNIVATES, Lajeado, RS, Brasil. Doutora em Direito. E-mail: lucianat@univates.br

<sup>II</sup> Universidade do Vale do Taquari (UNIVATES), Lajeado, RS, Brasil. Graduada em Direito. E-mail: jaianebraga@hotmail.com

DOI: <http://dx.doi.org/10.20912/rdc.v14i32.2730>

Recebido em: 23.07.2018

Aceito em: 06.02.2019

**Resumo:** O agravamento das questões ambientais pelo mundo, decorrente da predominância dos ideais econômicos globais, sugere a necessidade de outra postura ética do homem em relação ao meio ambiente. Pautado em tal premissa o objeto deste trabalho centra-se na análise de propostas para uma mudança de paradigmas e uma reformulação da relação homem-ambiente, a partir da construção de uma (nova) racionalidade ambiental. No trabalho, são apresentadas as conclusões obtidas a partir do estudo da racionalidade ambiental no contexto da globalização contemporânea. Assim, é exposta e analisada a tese dos direitos da natureza, procurando-se demonstrar a necessidade de uma nova postura ética do homem perante o ambiente e, fundamentalmente, de uma mudança de paradigma em relação à natureza, a fim de tornar mais efetiva a sua proteção e, conseqüentemente, a de todas as demais formas de vida. A pesquisa, quanto à abordagem, é qualitativa e o método dedutivo.

**Abstract:** The worsening of environmental issues around the world, due to the predominance of global economic ideals, suggests the need for another ethical posture of man in relation to the environment. Based on this premise the object of this work focuses on the analysis of proposals for a change of paradigms and a reformulation of the human-environment relationship, from the construction of a (new) environmental rationality. In the paper, the conclusions obtained from the study of environmental rationality in the context of contemporary globalization are presented. Thus, the thesis of the rights of nature is exposed and analyzed, trying to demonstrate the need for a new ethical posture of man in the face of the environment and, fundamentally, a paradigm shift in relation to nature, in order to make its protection and, consequently, that of all other forms of life. The research, regarding the approach, is qualitative and use the deductive method.

Esta obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-SemDerivações 4.0 Internacional.



\* Este artigo integra os estudos desenvolvidos junto ao Projeto de Pesquisa “Política Nacional de Agroecologia e Produção Orgânica: a construção de sentidos entorno das diretrizes nacionais pelo Grupo de Agricultores Ecologistas de Forqueta, Arroio do Meio, RS, Brasil”, que conta com apoio do CNPq por meio da Chamada Universal MCTI/CNPq Nº 01/2016.

**Palavras-chave:** Complexidade. Direitos da natureza. Responsabilidade do sujeito. Racionalidade ambiental.

**Keywords:** Complexity. Rights of nature. Responsibility of the individual. Environmental rationality.

**Sumário:** Introdução. 1. O meio ambiente como sujeito de direitos. 2. A responsabilidade do sujeito com o meio ambiente no mundo globalizado: do perigo nasce o dever. 3. Complexidade ambiental: a reapropriação social da natureza em tempos de globalização. Considerações finais. Referências.

## Introdução

Considerando-se o contexto sobre o qual se assenta o “mundo contemporâneo”, em que se privilegiam interesses comprometidos com o capital - num processo amplificado pelo fenômeno da globalização neoliberal<sup>1</sup> e com intensa exploração dos recursos naturais - a preocupação com a preservação do meio ambiente torna-se inescapável, em face ao seu caráter fundamental para a manutenção da própria vida no planeta, em condições minimamente dignas.

Por conseguinte, debates que tenham por norte a busca de alternativas tendencialmente úteis para frear a quase inexorável marcha contra o meio ambiente mostram-se tão fundamentais, razão pela qual o objeto deste artigo centra-se na análise de propostas para uma mudança de paradigmas e uma reformulação da relação homem-ambiente, a partir da construção de uma (nova) racionalidade ambiental.

Essa abordagem tem fundamento na compreensão de que o meio ambiente, além de ser um problema jurídico e social, se constitui como um problema de conhecimento. Tem-se assim que a proteção do meio ambiente pode ser mais densa se a epistemologia da natureza for repensada a partir do fenômeno da globalização. Outrossim, a mudança da racionalidade econômica dominante para uma racionalidade ambiental pode ser fundamental na busca pela solução da crise ambiental global.

A questão que se busca enfrentar ao cabo das discussões aqui apresentadas diz respeito a possibilidade de, por meio de uma mudança

---

1 A globalização considerada como um fenômeno de cooperação no qual os mais diversos países atuam em prol do desenvolvimento e crescimento econômico, não necessariamente se coloca como oposta aos interesses aqui defendidos. Já a globalização de cunho neoliberal, que se pauta, essencialmente numa lógica na qual se sobressaem o capital e o mercado e tem como fundamentos os princípios da privatização, da liberalização e da desregulação é a que se pretende questionar e combater.

do pensar da questão ambiental, a proteção da natureza se tornar mais abrangente, holística, complexa e ecocêntrica, considerando o processo de globalização do mundo atual.

A análise, quanto à abordagem, é qualitativa e o método dedutivo, cuja operacionalização ocorre por meio de procedimentos técnicos baseados na doutrina e na legislação acerca da matéria.

Sendo assim, inicialmente, será considerada a concepção da natureza como sujeito de direitos, passando pela análise de uma nova atitude ética do homem em relação ao ambiente e, por fim, da ideia de reapropriação social da natureza, com fundamento no pensamento da complexidade ambiental.

## 1 O meio ambiente como sujeito de direitos

Explica Gomes<sup>2</sup> que, conceder um direito subjetivo significa tornar alguém titular de algumas prerrogativas defensivas, pois a pessoa a quem é dado esse direito obtém uma defesa mais veemente e institucional de seus interesses. Ao longo da história, além do homem, foram sendo conferidos direitos a empresas e corporações, valendo lembrar que a mesma perplexidade ora vigente acerca da sujeição ativa do meio ambiente à titularidade de direitos, percebia-se na comunidade jurídica e na sociedade de outrora, relativamente à inclusão das pessoas jurídicas como titulares de direitos.

Os direitos subjetivos podem ser definidos como “pretensões estáveis permanentemente tuteladas pelo Direito e, nesse sentido simples e paradigmático, não há obstáculos à inferência de que existem já direitos subjetivos do meio ambiente [...]”.<sup>3</sup> Gomes aduz que haverá resistência à concessão de direitos a “coisa” até que haja possibilidade de ela ser reconhecida e valorizada por si mesma; todavia, é complicado reconhecê-la e valorizá-la por si mesma até que lhe sejam dados direitos, o que quase de forma inevitável será considerado inconcebível para grande parte das pessoas.

A relevância da proteção de bens jurídicos não diretamente ligados ao homem coloca-se como uma “atitude de respeito e proteção às demais formas de vida ou aos sítios que as abrigam”, sendo, portanto,

---

2 GOMES, Ariel Koch. *Natureza, direito e homem: sobre a fundamentação do direito do meio ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

3 GOMES, op. cit., 2013, p. 119.

“uma prova de compromisso do ser humano com a própria raça e, portanto, consigo mesmo”.<sup>4</sup>

Enquanto a natureza não tiver personalidade jurídica, esta, “escrava”, ficará na situação de desvantagem de ser apenas protegida conforme o prejuízo do ser humano, seu “dono”. Numa ação na justiça, por exemplo, sem haver o reconhecimento da personalidade jurídica do meio ambiente, o prejuízo levado em consideração continuará a ser aquele econômico e não o dano ambiental, ou ainda, aquele relacionado diretamente ao homem, razão pela qual, a compensação eventualmente definida não será necessariamente voltada para a reposição da natureza ao estado normal.<sup>5</sup> Nesse sentido, conforme Ost, “a ‘pertinência jurídica’, ou aptidão para ser considerada pelo direito, significa que a entidade que dela se beneficia está no direito de obter o estrito respeito pelo respectivo estatuto legal”.<sup>6</sup>

O autor se utiliza do exemplo de um lago para sustentar sua argumentação. Um lago público poderia neste caso, por meio de defensores naturais, pleitear uma possível reparação, bem como sua recuperação devido aos danos sofridos. Como defende Ost, “mesmo que se crie um impasse quando ao “direito” do lago, as condições da ação em justiça, [...], permaneceriam válidas”.<sup>7</sup>

Isso não significa que o homem não possa alterar a natureza, haja vista que todo ser provoca alterações no meio ambiente, entretanto, “existem alterações compatíveis e outras não compatíveis com as inter-relações que as espécies têm entre si, com o meio ambiente e seus ecossistemas [...]. As alterações não compatíveis fazem com que a natureza reaja”.<sup>8</sup> Nesse contexto, segundo Gomes<sup>9</sup>, afirmar que a defesa da tese de que o meio ambiente deva ser sujeito de direitos não significa que a ele devem ser atribuídos todos os direitos imagináveis, ou até os mesmos direitos que tem o homem. Da mesma forma, não significa que tudo na natureza deve ter direitos iguais ao de qualquer outra coisa na natureza.

---

4 ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 19.

5 OST, François. *A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do direito*. Trad. Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 1995, p. 204.

6 Op. cit., p. 204.

7 Op. cit., p. 204.

8 GOMES, op. cit., p. 121.

9 Ibid.

A maior crítica relacionada a tal proposta diz respeito ao fato da natureza não ser um ser dotado da capacidade de fala ou comunicação, ou seja, a natureza não consegue expressar as suas vontades ou necessidades e, portanto, não pode ter direitos. Todavia, as empresas, os Estados, os municípios, as universidades, da mesma forma, não comunicam as suas vontades por si próprias, o fazem sempre por meio de seus representantes.<sup>10</sup>

Nessa perspectiva, destaca-se o posicionamento de Stone citado por Gomes que exalta que “não é resposta dizer que os riachos e as florestas não podem ter direitos porque riachos e florestas não podem falar. [...] Deve-se, penso eu, lidar com os problemas jurídicos de objetos naturais como se lidam com os problemas dos incapazes legais [...]”.<sup>11</sup>

Nota-se que a natureza pode expressar suas necessidades e, inclusive, de forma mais intensa do que certos órgãos ou organizações, cujos direitos são garantidos. Sendo assim, qual a razão para não se conferir direitos à natureza (em razão dela própria), elemento do qual se origina toda a vida do planeta? Será que os acentuados interesses do capital, associados à globalização, podem ter relação com essa questão?

Fala-se em direitos de diversos entes públicos sem qualquer estranheza, o que não ocorre ao se falar em direitos da natureza, sendo que tudo se insere no meio ambiente, dele depende. Sem a natureza, não há existência humana, portanto, coloca-se como lógica a concessão de direitos a ela, devido a inserção e dependência da humanidade da natureza, bem como o fato de que a espécie humana é resultado das suas transformações. Para se alcançar tal *status*, no entanto, faz-se necessária, a superação do modelo moderno antropocêntrico, a fim de que se estabeleça um modelo de interdependência no que tange às espécies e de dependência quanto ao meio ambiente, ou seja, o modelo ecocêntrico.<sup>12</sup>

Desse modo, de acordo com Gomes, estando a humanidade inserida na natureza e tendo em vista que o Direito é uma criação humana, este deve conceder direitos à natureza conforme as leis desta, a sua auto-organização e autorregulação, as suas ações e reações e as suas formas de comunicação, uma vez que, “somente a partir dos direitos conferidos à natureza – pela natureza em si e não tendo como finalidade

---

10 Ibid.

11 STONE apud GOMES, op. cit., 2013, p. 121.

12 GOMES, op. cit., p. 126.

a humanidade – é que podem haver grandes alterações na relação entre homem e natureza; e, assim, nas ações da espécie humana em relação à natureza”.<sup>13</sup>

Ost afirma que, se houver oposição ao reconhecimento de uma personalidade jurídica à natureza, infelizmente é certo que, “muito frequentemente, incluindo o comportamento das autoridades públicas, a ‘protecção’ da natureza (à qual hoje ninguém tem tenção de se opor) mantém-se subordinada aos interesses económicos de curto prazo”. Propõe o autor dessa forma, “[...] a passagem da objectivação à subjectivação da natureza, a substituição do antropocentrismo pelo biocentrismo, o desaparecimento do individualismo em benefício do holismo, e, sobretudo, a substituição do dualismo moderno por um rigoroso monismo”.<sup>14</sup>

A tese dos direitos da natureza tem ativos defensores na Alemanha e na Suíça germânica. J. Leimbacher, em 1988, propôs uma virada, considerando o fato de que se o tratamento da natureza como objeto de direito leva à sua destruição, sendo que bastaria torná-la um sujeito de direito. K. Bosselmann, dois anos antes, havia proposto a introdução de um artigo na Constituição da República Federal da Alemanha, o qual trataria da garantia de cada um de desenvolver sua personalidade de forma livre, desde que não causasse prejuízo aos direitos de outrem, ao direito do ambiente e a ordem constitucional. Outro exemplo é encontrado na França, com o autor M. A. Hermitte, que propõe a instituição da diversidade biológica como sujeito de direito. Alguns textos também carregam esse caráter ecocêntrico, como é o caso da Carta Mundial da Natureza, adotada 1982, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, que traz em seu preâmbulo o ideal de respeito a todas as formas de vida, não importando sua utilidade para o homem.<sup>15</sup>

Igualmente, cabe mencionar a Constituição da República do Equador, que concede direitos à natureza, afirmando já no seu preâmbulo: “Decidimos construir una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir”. Da mesma forma, o art. 10 dispõe: “La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución”. Ainda,

---

13 Ibid.

14 Op. cit., pp. 209-210.

15 Ibid.



destaca-se o capítulo sétimo, “Derechos de la naturaleza”, do título II, composto dos artigos 71 a 74.<sup>16</sup>

No ano de 2017 duas situações envolvendo a colocação da natureza como sujeito de direito foram noticiadas na mídia internacional. Em março de 2017 o governo neozelandês concedeu ao rio Whanganui os mesmos direitos de uma pessoa. Com isso, o ato de poluir ou atacar o curso de água será tratado, pela Justiça da Nova Zelândia, como um ataque a um cidadão do País, com punições e consequências correspondentes. Acredita-se que inspirada na decisão da Nova Zelândia, a Alta Corte do estado de Uttarakhand na Índia, por meio de sentença decretou que o Ganges e o Yamuna, tradicionalmente utilizados pelos hindus para prática de rituais, seriam considerados entidades vivas com o estatuto de pessoa legal, com os direitos correspondentes.<sup>17</sup>

Nessa linha, ao analisar a vulnerabilidade da natureza, causada pela intervenção técnica do homem, como algo que impõe à ética uma nova dimensão de responsabilidade, Jonas questiona, fazendo referencia a um possível direito moral da natureza: “E se o novo modo do agir humano significasse que devêssemos levar em consideração mais do que somente o interesse “do homem”, pois nossa obrigação se estenderia para mais além, e que a limitação antropocêntrica de toda ética antiga não seria mais válida?”<sup>18</sup>

O questionamento de Jonas sustenta-se no fato da natureza extra-humana estar subjugada ao poder humano e impor uma exigência moral para com ela, o que, por consequência, também conduziria a alterações substanciais nos fundamentos da ética.<sup>19</sup>

Pelo exposto, é possível perceber que a concessão de direitos à natureza, em razão da própria, e não dos interesses humanos, pode ser uma forma de efetivar sua proteção. Como aceitar que a natureza

16 EQUADOR. Constituição (1998). *Constitución de la República del Ecuador*: promulgada em 01 de agosto de 1998. Disponível em: [http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion\\_de\\_bolsillo.pdf](http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf). Acesso em: 14 out. 2014.

17 AFP. Por preservação ambiental, Rio Ganges vira pessoa jurídica na Índia. O GLOBO. São Paulo, 21 de março de 2017. Disponível em <http://oglobo.globo.com/sociedade/ciencia/meio-ambiente/por-preservacao-ambiental-rio-ganges-vira-pessoa-juridica-na-india-21091646#ixzz4fx9KopVI>. Acesso em: 22 mar. 2018.

18 JONAS, Hans. *O princípio da responsabilidade*: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Trad. Marjane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto: PUC-Rio, 2006, p. 41.

19 Ibid.

não expressa suas necessidades e, por isso, não deve ter direitos? Esse pretexto parece ser o argumento daqueles que desejam que a natureza continue sendo tratada como um bem humano e explorada ilimitadamente em prol dos interesses do capital, tão acentuados no período de globalização. Com isso, não se quer dizer que o homem não pode interferir na natureza, mas que essa interferência deve ser compatível com ela, a fim de manter seu equilíbrio. Talvez o fato de se conferir direitos a natureza possa vir a alterar as ações humanas em relação ao ambiente; negar isso é manter a natureza subordinada aos interesses econômicos.

## **2 A responsabilidade do sujeito com o meio ambiente: do perigo nasce o dever**

O agravamento das questões ambientais pelo mundo, decorrente da predominância dos ideais econômicos globais, sugere a necessidade de outra postura ética do homem em relação ao meio ambiente. “Em nossa sociedade globalizada ampliou-se em escala nunca antes vista na história humana, a exploração e degradação ambiental”.<sup>20</sup>

Diante dessa conjuntura, é provável que uma nova responsabilidade do ser humano pela natureza deva ser considerada, com vistas à preservação das diversas formas de vida.

Sobre a crise da ética pela qual passa a sociedade, Azevedo explica que a vida perpassa nessa atmosfera de desorientação ética, “indiferente aos valores da humanidade e da solidariedade, dominada pela racionalidade técnica, e orientada no sentido de busca da prosperidade individual e de bens materiais frequentemente desnecessários”.<sup>21</sup>

Nesse sentido, Santos tece a seguinte consideração acerca da micro-ética liberal, conceito predominante da racionalidade moral-prática da modernidade: “trata-se de uma ética antropocêntrica e individualista decorrente de uma concepção muito estreita de subjetividade. Confinada ao espaço contíguo e ao tempo imediato, a

---

20 ALMEIDA, Jozimar Paes. Ecologia. In: KOCHER, Bernardo (org.). *Globalização: atores, ideias e instituições*. Rio de Janeiro: Mauad X: Contra Capa, 2011, p. 100.

21 AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Ecocivilização: ambiente e direito no limiar da vida*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 30.

ética liberal funciona numa sequência linear: um sujeito, uma acção, uma consequência”.<sup>22</sup>

Ainda conforme o autor, a era tecnológica impõe uma nova ética como fundamento do conhecimento-emancipação, ética esta que diferente da liberal, não pode ser colonizada pela ciência ou pela tecnologia mas, por um novo princípio, que para Santos pode ser o princípio da responsabilidade proposto por Jonas.<sup>23</sup>

O princípio da responsabilidade, segundo Santos, não pode se estabelecer em sequências lineares, uma vez que se vive em uma época na qual a determinação dos agentes, das ações e das consequências é cada vez mais difícil. Este princípio está na “preocupação ou cuidado que nos coloca no centro de tudo o que acontece e nos torna responsáveis pelo outro, seja ele um ser humano, um grupo social, a natureza, [...]”.<sup>24</sup> E esse “outro” está, de forma simultânea, na contemporaneidade e no futuro, cuja possibilidade de existência tem que ser garantida no presente. A nova ética, assim, impõe uma responsabilidade pelo futuro, não sendo antropocêntrica, nem individualista, nem buscando somente a responsabilidade pelas consequências imediatas.<sup>25</sup>

De acordo com Santos ainda, a nova ética tem, igualmente, de abolir o princípio da reciprocidade limitada, no qual a micro-ética liberal tem base. Conforme esse princípio, apenas pode ter direitos aquele a quem seja possível exigir-se os deveres correspondentes. O princípio pós-moderno de responsabilidade, ao contrário, centra-se na ideia de que tanto a natureza quanto o futuro possuem direitos sem que, necessariamente, tenham deveres:

Quer a concepção do futuro como progresso tecnológico automático, quer a concepção mecanicista da natureza, continuam a ser *topoi* prevaletentes. Assim, a obrigação, que incumbe à novíssima retórica, de tornar credível a ética de um conhecimento prudente para uma vida decente é duplamente difícil. Essas dificuldades residem no problema de como definir o sujeito da responsabilidade em termos não individualistas: se o indivíduo parece demasiado liliputiano para comportar a responsabilidade pelas consequências colectivas, presentes e futuras, a colectividade, enquanto globalidade indiferenciada,

22 SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2005, p. 111.

23 Ibid.

24 SANTOS, Op. cit., pp. 111-112.

25 Ibid.

parece uma entidade demasiado abstracta para que nela se possa “localizar” a responsabilidade.<sup>26</sup>

A nova ética, portanto, não é uma ética voltada apenas para a tecnologia e para a ciência, não tem como centro apenas o homem e nem é individualista, busca a responsabilidade pelas consequências não imediatas. Todavia, a concepção mecânica da natureza e a concepção do futuro como progresso prevalecem como ponto de partida na argumentação sobre o futuro, o que dificulta o desenvolvimento de uma fundamentação na defesa dessa nova ética.

Jonas explica que o primeiro dever de conduta coletiva humana na era da civilização técnica, a toda-poderosa em relação ao seu potencial de destruição, diz respeito ao futuro da humanidade. E o futuro da natureza, evidentemente, é condição *sine qua non* desse futuro. Todavia, independentemente disso, o futuro da natureza é uma responsabilidade metafísica, tendo em vista que o homem se tornou perigoso para toda a biosfera e não apenas para si. Ainda que houvesse possibilidade das futuras gerações, mesmo em um ambiente degradado, terem uma vida digna de ser chamada humana, “a plenitude da vida produzida durante o longo trabalho criativo da natureza e agora entregue em nossas mãos teria direito de reclamar nossa proteção”.<sup>27</sup> A questão que se coloca, no entanto, é como separar o futuro da humanidade do futuro da natureza sem deformar a imagem do homem, e como num contexto de preservação ou destruição, onde os interesses humanos coincidem com o resto da vida, “podemos tratar as duas obrigações sob o conceito-chave de *dever para com o homem*, sem incorrer em um reducionismo antropocêntrico<sup>28</sup>”?<sup>29</sup>

Dessa forma, conforme Jonas, se diante da escolha entre homem e natureza, aquele vem em primeiro lugar, e, se o dever com relação ao homem se mostra como prioritário, cabe a ele englobar o dever

---

26 SANTOS, Op. cit., p. 112.

27 Op. cit., p. 229.

28 Para o autor, o “reducionismo antropocêntrico, que nos destaca e nos diferencia de toda a natureza restante, significa apenas reduzir e desumanizar o homem, pois a atrofia da sua essência, na hipótese mais otimista da sua manutenção biológica, contradiz o seu objetivo expresso, a sua preservação sancionada pela dignidade do seu Ser. Em uma perspectiva verdadeiramente humana, a natureza conserva a sua dignidade, que se contrapõe ao arbítrio do nosso poder. Na medida em que ela nos gerou, devemos fidelidade à totalidade de sua criação. A fidelidade ao nosso Ser é apenas o ápice. Entendido corretamente, esse ápice abrange todo o restante”. (Op. cit., p. 229).

29 JONAS, Op. cit., p. 229.

quanto à natureza, como requisito da sua própria continuidade e como um dos componentes da sua própria plenitude existencial, tendo em vista que, “[...] a solidariedade recém-revelada pelo perigo comum que ambos correm, nos permite descobrir novamente a dignidade própria da natureza, conclamando-nos a defender os seus interesses para além dos aspectos utilitários”.<sup>30</sup>

Portanto, busca-se um dever de ação coletiva em relação ao futuro da humanidade e, assim, ao futuro da natureza, pois não se pode separá-los. E mesmo que houvesse essa possibilidade, o homem ainda teria o dever de proteger a natureza, haja vista o fato de ter recebido graciosamente a grandiosidade de toda a vida produzida por ela. Assim, se os deveres em prol do homem são colocados acima daqueles em prol da natureza, eles devem incluir os deveres em favor dela, uma vez que a natureza é condição da existência humana.

Por séculos, a ciência esteve ligada à ideia de progresso: “acompanhada, na sua concepção ocidental de ordem tecnológica, de uma quantidade sempre maior de realizações técnicas, a ciência melhorou consideravelmente as condições da vida na terra”.<sup>31</sup> Durante um longo período, segundo Ost, esse movimento pareceu irreversível e cumulativo, simultaneamente, tendo em vista que nada deveria deter o progresso, cujo sinônimo era a libertação das antigas servidões, todavia, atualmente, “[...] a dúvida instala-se no centro desta representação utópica de um crescimento indefinido da felicidade técnica”, pois, ao mesmo passo em que as ideias de tecnologia, de progresso, de crescimento e de desenvolvimento são invocadas como garantias tradicionais do melhor-estar, estas também são temidas, como causas possíveis de um agravamento das ameaças.<sup>32</sup>

Nesse contexto, cabe mencionar a análise de Sandel acerca do mercado e da moral. O filósofo explica que, atualmente, poucas coisas não são compradas pelo dinheiro, pois quase tudo está à venda, a exemplo do “direito de lançar uma tonelada métrica de gás carbônico na atmosfera: € 13 (aproximadamente US\$ 18). A União Europeia mantém um mercado de emissões [...] que permite às empresas comprar e vender o direito de poluir”.<sup>33</sup> Da mesma forma, não faltam

---

30 Op. cit., p. 230.

31 OST, Op. cit., p. 306.

32 Ibid.

33 SANDEL, Michael J. *O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado*. Trad. Clóvis Marques. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização

possibilidades de ganhar dinheiro, a exemplo da hipótese de servir como cobaia humana em laboratórios farmacêuticos para a produção de novos medicamentos, o que rende US\$ 7.500, a depender da intensidade do procedimento utilizado para o teste dos efeitos da nova droga, bem como do desconforto causado.<sup>34</sup>

Nas três últimas décadas, a vida das pessoas foi governada pelos mercados e pelos seus valores, e essa situação não é resultado de uma escolha deliberada. Assim, para enfrentá-la, é preciso repensar a função a ser desempenhada pelos mercados na sociedade. É necessário um debate público acerca do que significa manter os mercados no seu devido lugar. E para que haja esse debate, é preciso analisar os limites morais do mercado, é preciso questionar se não existem coisas que o dinheiro não pode comprar. Para muitos economistas, a economia oferece, além de uma série de percepções acerca da produção e do consumo de bens materiais, uma ciência do comportamento humano. E se isso estiver correto, tudo tem um preço: explícito, como no caso dos carros, ou, implícito, como no caso da educação, da proteção ambiental e até da vida.<sup>35</sup>

A proposta do esquema de permutas para permitir aos países a compra e a venda do direito de poluir, elaborada em 1997, na conferência sobre o aquecimento global em Kyoto, foi criticada por Sandel, que, por sua vez, foi duramente criticado por muitos economistas. Isso porque o autor acredita que, num contexto de cooperação global neoliberal, a possibilidade dos países ricos se eximirem das reduções significativas de consumo de energia, a partir da compra de créditos (como era o caso dos créditos de carbono no caso do Protocolo de Kyoto) relacionados ao direito de poluir, “prejudica duas normas: consolida uma atitude instrumentalizante em relação à natureza e solapa o espírito de sacrifício partilhado que pode ser necessário para gerar uma ética ambiental global”.<sup>36</sup>

Parece que, como coerentemente explica Jonas, “a ‘natureza’ não poderia ter corrido um risco maior do que este de haver produzido o homem [...]”, diferente do que pensava Aristóteles, o qual considerava que a razão humana, que destacava o homem da natureza, não seria capaz de prejudicar essa mesma natureza pela sua contemplação. E é

---

Brasileira, 2013, p. 10.

34 SANDEL, Op. cit., 2013.

35 Ibid.

36 Op cit., p. 76.

do perigo que assola a natureza em decorrência das ações humanas que nasce o dever, que se caracteriza pela “solidariedade imperativa com o resto do mundo animal, se estende do nosso Ser para o conjunto, independentemente do nosso consentimento”.<sup>37</sup>

Destarte, oriundo no perigo, esse dever protesta, especialmente, “por uma ética da preservação e da proteção, e não por uma ética do progresso ou do aperfeiçoamento”.<sup>38</sup> De acordo com Jonas, não obstante a modéstia do seu objetivo, seu mandamento pode ser muito difícil de ser respeitado, e pode exigir mais sacrifícios do que todos aqueles que tinham por objetivo a melhoria do destino da espécie humana.

### **3 A crise ambiental e a necessária formação de uma nova racionalidade**

Em meio ao esgotamento dos padrões de desenvolvimento econômico e industrial conhecidos, constitui-se a crise ambiental. O modelo originado da Revolução Industrial, que, *a priori* propunha um comprometimento para com o bem-estar, não conseguiu proporcioná-lo, uma vez que, não obstante as vantagens tecnológicas, ocasionou a devastação ambiental em escala planetária e indiscriminada. Assim, diante de uma racionalidade econômica imediatista, voltada para o acúmulo de capital e despreocupada com a defesa do meio ambiente, é notável o afastamento entre a concepção de atividade econômica e a natureza, o que configura a incontroversa crise ambiental.<sup>39</sup>

Ao longo da história, o desenvolvimento das sociedades foi acompanhado pela dominação da natureza, ou pelo “estabelecimento de uma organização humana sobre a eco-organização da natureza”.<sup>40</sup>

Nessa linha, constatou-se, de acordo com Almeida<sup>41</sup>, que nos encontros mundiais da ONU, como o de Paris em 1968, o de Estocolmo em 1972, o do Rio de Janeiro em 1992 e o de Johannesburgo em 2002, as questões ecológicas, de maneira progressiva, assumiram dimensão de política global, haja vista os problemas provenientes dos danos ao ambiente, tais como: poluição dos mares, assoreamento e contaminação

37 Op. cit., p. 231.

38 JONAS, op. cit., p. 232.

39 AYALA, Patryck de Araújo; LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 28-29.

40 ALMEIDA, Op. cit., p. 100.

41 Ibid.

dos rios, queimadas, efeito estufa, biopirataria e terrorismo biológico. Isto, contudo, não fez, com que o discurso ambiental assumisse uma posição prioritária na condução das políticas públicas globais. A racionalidade predominante no plano global ainda é a econômica. E isto também foi percebido quando da Rio +20 realizada novamente no Rio de Janeiro. Manifestações em torno da governança ambiental, da economia verde e do pagamento por serviços ambientais deixaram evidentes que o poderio econômico comanda e comandará por muito tempo o planeta.

Tendo em vista esse quadro, é necessário pensar em soluções para a crise global do ambiente. De acordo com Leff, a crise ambiental é, sobretudo, um problema do conhecimento, “o que leva a repensar o ser e a compreender suas vias de complexificação, para reabrir os canais do saber para a reconstrução do mundo e a reapropriação da natureza”.<sup>42</sup> Ainda conforme o autor, a crise ambiental global só pode ser resolvida por meio de uma gestão racional da natureza, do risco ecológico e da mudança global. Ela leva ao questionamento do conhecimento; do projeto epistemológico que procurou a unidade, a uniformidade e a homogeneidade do ser e do pensar; da transição para um “desenvolvimento sustentado”, que recusa o limite, o tempo e a história. A crise ambiental, como produto do desconhecimento da lei da entropia, provocou no imaginário economicista a ilusão de um crescimento ilimitado, de uma produção infinita. Por essa razão, a questão ambiental centra-se nas consequências da racionalidade dominante, caracterizada como uma racionalidade produtiva que se pauta pelo cálculo econômico, pela eficácia dos sistemas de controle e previsão, pela uniformização dos comportamentos sociais e pela eficiência de seus meios tecnológicos. A proposta ambiental sugere, a partir deste cenário, “a incorporação das normas ecológicas ao processo econômico” e a criação de técnicas capazes de “controlar os efeitos contaminantes e dissolver as externalidades socioambientais geradas pela lógica do capital”.<sup>43</sup>

Nesse sentido, explica Santos que o paradigma de construção da natureza, no qual ela é inferiorizada, dominada, submetida a ideais econômicos e científicos e separada da cultura e da sociedade,

---

42 LEFF, Enrique. *Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder*. Trad. Lúcia Mathilde Endlich Orth. Petrópolis: Vozes, 2001, p. 416-417.

43 LEFF, Op. cit., p. 133.



apresenta sinais de crise, mas ainda é o paradigma dominante, e uma das suas consequências é a crise ambiental. “Transformada em recurso, a natureza não tem outra lógica senão a de ser explorada até a exaustão. Separada a natureza do homem e da sociedade, não é possível pensar em retroações mútuas”.<sup>44</sup>

Assim, um reconhecimento do mundo é imprescindível, sendo que as ideias de racionalidade ambiental podem ser apresentadas como alternativas na tentativa de solucionar ou, ao menos, amenizar o problema ambiental. Explica Leff que, a elaboração de uma racionalidade ambiental que conduza a passagem para um desenvolvimento sustentável demanda a mobilização de uma série de processos sociais: a constituição de uma consciência ecológica; o planejamento dos diversos setores da administração pública e a participação social na administração dos recursos ambientais; e uma nova organização interdisciplinar do saber na produção e no emprego de conhecimentos. Ou seja, se o querer atual diz respeito à construção de uma racionalidade ambiental, “através da mobilização de recursos humanos, naturais, culturais e gnoseológicos” faz-se necessário desconstruir a racionalidade econômica “fundada no princípio de escassez e movida pela mão invisível das forças cegas do mercado”.<sup>45</sup>

Ainda segundo o autor, a estruturação da racionalidade ambiental remete à reconstrução de identidades por meio do saber: “aprender a complexidade ambiental significa, então, a reapropriação do mundo a partir do ser e no ser, através do poder no saber e da vontade de poder, que é um querer saber”.<sup>46</sup> O saber ambiental, assim, propõe a desconstrução da concepção unitária, da verdade incontestável, do pensamento linear, da ciência objetiva, do crescimento ilimitado, do controle científico do planeta, do domínio tecnológico do meio ambiente e da sua gestão racional. Aprender a complexidade ambiental, desse modo, requer a desconstrução e reconstrução do modo de pensar ocidental “a partir do reconhecimento da diversidade e do encontro com a outridade”.<sup>47</sup>

Portanto, a complexidade ambiental surge como uma resposta ao constrangimento do mundo e da natureza pela unificação ideológica, tecnológica e econômica, abrindo uma nova reflexão acerca da origem do ser, do saber e do conhecer; acerca da conexão de conhecimentos

---

44 SANTOS, Op. cit., p. 189.

45 LEFF, Op. cit., p. 129.

46 LEFF, Op. cit., p. 419.

47 LEFF, Op. cit., p. 418.

na interdisciplinaridade e na transdisciplinaridade; acerca do diálogo de saberes e da inclusão da subjetividade, dos valores e dos interesses nas decisões e nos planos de apropriação da natureza. A complexidade ambiental, desse modo, provoca uma revolução do pensamento, uma alteração de mentalidade e uma modificação do conhecimento para estabelecer uma racionalidade e um saber novos, que guiem a constituição de um planeta sustentável, justo e democrático.<sup>48</sup>

Morin lembra que é possível diagnosticar, na história ocidental, a predominância do paradigma formulado por Descartes, que consistia em separar o domínio do sujeito, reservado à filosofia, à meditação interior, do domínio do objeto na extensão, domínio do conhecimento científico, da medida e da exatidão.<sup>49</sup>

Este pensamento, representado pelo princípio de disjunção imperou (e impera) por muito tempo no universo:

O paradigma de simplificação (disjunção e redução) domina a nossa cultura actualmente e é actualmente que começa a reação contra a sua empresa. Mas não se pode tirar, eu não posso tirar, nem pretendo tirar do meu bolso um paradigma de complexidade. Um paradigma, se tiver de ser formulado por alguém, [...], é no fundo, o produto de todo um desenvolvimento cultural, histórico e civilizacional. O paradigma da complexidade surgirá do conjunto de novas concepções, de novas visões, de novas descobertas e de novas reflexões que vão conciliar-se e juntar-se. Estamos numa batalha incerta e não sabemos ainda quem a ganha. Mas pode dizer-se, de ora em diante, que se o pensamento simplificador se baseia sobre o domínio de dois tipos lógicos de operação: disjunção e redução, que são um e outro brutalizantes e mutiladores, então os princípios do pensamento complexo serão necessariamente princípios de distinção, de conjunção e de implicação.<sup>50</sup>

Conforme Ost, ao contrário do que elaborou Descartes, a natureza não é simplesmente um objeto. Assim, a quebra teórica e prática do modelo de disjunção do homem e da natureza, a qual consiste num método linear, do simples, lidera atualmente o acolhimento de uma epistemologia da complexidade, que considera os níveis entre o objeto, o ambiente dele e o observador, por exemplo, e as relações de circularidade entre eles. Para Descartes, “tratava-se de isolar objetos, claros e distintos, destacados de um fundo, esfumado e separado, como

---

48 LEFF, Op. cit., p. 419.

49 MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. Trad. Dulce Matos. 5. ed. Lisboa: Instituto Piaget, 2008, p. 111.

50 Op. cit., p. 112.

um cenário de teatro”.<sup>51</sup> Ainda conforme o autor, a primeira simplificação é de que o indivíduo, o objeto, o elemento e, a substância, não devem nada ao seu ambiente e, desse modo, as relações entre os elementos claros e distintos são pensadas conforme uma lógica mecanicista; a segunda é de que, nessa concepção, não há espaço para ideias de causalidades múltiplas e circulares, de interações e de probabilidades, sendo tudo estabelecido como o movimento do relógio.

Assim, nota-se que “a imagem do mundo que nos dá a ciência contemporânea é, seguramente, completamente diferente: a ordem aparece aí excepcionalmente, a regra é o caos”.<sup>52</sup> De acordo com Ost é uma lógica do acaso e do incerto onde o pensamento é aberto e complexo. A epistemologia da complexidade fundamenta-se num pensamento dialético, na ideia de que os elementos distintos e até contraditórios têm, todavia, uma parte ligada e, dessa forma, a distância que os afasta é, ao mesmo tempo, o intervalo que os aproxima. O pensar dialético “empenhar-se-á em demonstrar que um existe no outro, visto que, de certa forma, um existe *pele* outro: [...], do mesmo modo, [...], que entre o homem e a natureza as relações são de implicação recíproca e de interação”.<sup>53</sup>

A importância do pensamento complexo, portanto, reside em fazer com que o mundo seja compreendido e gerido a partir da desordem, mas uma desordem cujos elementos estão interligados. E essa ligação, esse diálogo entre as partes no todo demonstra a dependência entre elas, pois umas não existem sem as outras, como acontece com o ser humano e o ambiente.

Por fim, ainda somam-se a estes pensamentos a seguinte consideração de Leff:

A valorização da complexidade ambiental implica transformar a atual métrica que reduz a diversidade ontológica e axiológica do mundo a valores objetivos, quantitativos e uniformes do mercado a uma teoria qualitativa de economia sustentável, capaz de integrar os processos econômicos, ecológicos e culturais em um pluralismo epistemológico e axiológico capaz de expressar os antagonismos entre a racionalidade econômica e a racionalidade ambiental – incluindo a multiplicidade de racionalidades culturais que a conformam – nos processos

---

51 Op. cit., p. 281.

52 Ibid.

53 OST, Op. cit., pp. 282-283.

de apropriação da natureza e da incorporação das condições ecológicas de sustentabilidade dos processos produtivos.<sup>54</sup>

Desse modo, a complexidade ambiental busca a modificação do pensamento reducionista dominante, que submete o mundo aos valores de mercado, para se chegar a uma concepção qualitativa de economia sustentável, que se torna possível por meio da integração entre os processos econômicos e ecológicos, e de um pensar crítico acerca da racionalidade econômica, em especial no que diz respeito as formas de apropriação da natureza.

### **Considerações finais**

Tem-se ao término destas discussões que, no mundo globalizado, o predomínio da racionalidade econômica faz com que a natureza seja explorada ao extremo, o que desperta a preocupação acerca da necessidade de mudança em relação à responsabilidade do homem com o meio ambiente. A natureza não pode ser tratada como mera fonte de recursos, haja vista que ela é responsável pela origem de toda a vida existente, devendo, portanto, ter garantidos os seus direitos. A discussão e propositura de uma racionalidade ambiental aparece como um tema relevante diante deste cenário, uma vez que propõe um processo de reapropriação social da natureza.

A natureza, indispensável à sobrevivência de todas as formas de vida, deve ter seus direitos garantidos em razão de si mesma, e não apenas em razão do homem, que é apenas uma das espécies, é dependente da natureza e não poderia submetê-la às suas normas, as quais são tão diferentes das leis naturais, ou seja, daquelas imprescindíveis ao equilíbrio ambiental.

O modelo hegemônico adotado até o momento demonstrou-se ineficiente no que diz respeito à proteção ambiental. Os recursos naturais são explorados incessantemente, em razão do domínio de uma racionalidade econômica que ignora a inserção do homem na natureza e sua dependência do ambiente. As consequências deste modelo são conhecidas: degradação, desmatamento, aumento da temperatura, poluição, entre outros, e é em decorrência destas que se faz necessário o rompimento do paradigma posto e a construção de uma nova racionalidade de caráter ambiental que leve em consideração a

---

54 LEFF, Enrique. *Racionalidade ambiental: a reapropriação social da natureza*. Trad. Luís Carlos Cabral. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006, p. 61.

complexidade dos tempos atuais, e seja fundamentada na dialética entre as lógicas, entre o homem e a natureza.

Esta nova racionalidade também faz surgir uma nova responsabilidade para o homem, advinda de uma nova postura ética em virtude do agravamento dos problemas ambientais, tão visível no período atual da globalização mundial. Esta nova ética deve se estabelecer, centrada não no progresso, mas na preservação da natureza.

Eis o desafio a ser enfrentado por todos. O sucesso ou fracasso desta empreitada passam a ser elementos definidores do futuro que haverá de se ter ou que será legado as novas gerações.

## Referências

AFP. Por preservação ambiental, Rio Ganges vira pessoa jurídica na Índia. *O Globo*, São Paulo, 21 de março de 2017. Disponível em <http://oglobo.globo.com/sociedade/ciencia/meio-ambiente/por-preservacao-ambiental-rio-ganges-vira-pessoa-juridica-na-india-21091646#ixzz4fx9KopVI>. Acesso em: 22 mar. 2018.

ALMEIDA, Jozimar Paes. Ecologia. In: KOCHER, Bernardo (org.). *Globalização: atores, ideias e instituições*. Rio de Janeiro: Mauad X: Contra Capa, 2011.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

AYALA, Patryck de Araújo; LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Ecocivilização: ambiente e direito no limiar da vida*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

EQUADOR. Constituição (1998). *Constitución de la República del Ecuador*: promulgada em 01 de agosto de 1998. Disponível em: [http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion\\_de\\_bolsillo.pdf](http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf). Acesso em: 14 out. 2014.

GOMES, Ariel Koch. *Natureza, direito e homem: sobre a fundamentação do direito do meio ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

JONAS, Hans. *O princípio da responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Trad. Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto: PUC-Rio, 2006.

LEFF, Enrique. *Epistemologia ambiental*. Trad. Sandra Valenzuela. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2010.

LEFF, Enrique. *Racionalidade ambiental: a reapropriação social da natureza*. Trad. Luís Carlos Cabral. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

LEFF, Enrique. *Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder*. Trad. Lúcia Mathilde Endlich Orth. Petrópolis: Vozes, 2001.

MEZZARROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia S. *Manual de metodologia da pesquisa no Direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. Trad. Dulce Matos. 5. ed. Lisboa: Instituto Piaget, 2008.

OST, François. *A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do direito*. Trad. Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

SANDEL, Michael J. *O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado*. Trad. Clóvis Marques. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

SAMPIERI, Roberto H.; COLLADO, Carlos F.; LUCIO, Pilar B. *Metodologia de pesquisa*. 3. ed. São Paulo: McGraw-Hill, 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2010.

# A DELIBERAÇÃO AMBIENTAL NA MODERNIDADE LÍQUIDA

## THE ENVIRONMENTAL DELIBERATION IN LIQUID MODERNITY

Leonardo da Rocha de Souza<sup>1</sup> 

<sup>1</sup> Universidade Regional de Blumenau (Furb), Blumenau, SC, Brasil. Doutor em Direito. E-mail: leorochasouza@gmail.com

DOI: <http://dx.doi.org/10.20912/rdc.v14i32.2854>

Recebido em: 03.11.2018

Aceito em: 01.04.2019

**Resumo:** A constatação da liquidez dos valores realizada por Bauman pode ter correlação com a democracia deliberativa trabalhada por Habermas. Isso por que os deliberantes, quando presentes na esfera pública, tendem trabalhar com argumentos influenciados por seus valores. Mas, e se esses valores forem mutáveis? O que pode moldar os argumentos em uma deliberação ocorrida no “mundo líquido”? Que consequências isso pode trazer para a deliberação ambiental? Este artigo pretende trabalhar essas questões, utilizando o método de procedimento tipológico, com uma abordagem hermenêutica e um delineamento de pesquisa qualitativa bibliográfica.

**Palavras-chave:** Democracia Deliberativa. Modernidade Líquida. Deliberação Ambiental.

**Abstract:** Bauman’s assessment of the liquidity of values may correlate with Habermas’s deliberative democracy. This is because the deliberators, when present in the public sphere, tend to work with arguments influenced by their values. But, and if those values are changeable? What can shape the arguments in a deliberation in the “liquid world”? What consequences can this bring to environmental deliberation? This article intends to work these questions, using the typological procedure method, with a hermeneutical approach and a delimitation of qualitative bibliographical research.

**Keywords:** Deliberative Democracy. Liquid Modernity. Environmental Deliberation.

**Sumário:** 1 Introdução; 2 A liquidez da modernidade e a proteção ambiental; 3 A formação da opinião pública e a colonização do mundo da vida: é possível conciliar Bauman e Habermas?; 4 De que forma ocorre o controle?; 5 Estilos de vida e proteção ambiental; 6 Uma deliberação ambiental possível na modernidade líquida. 7 Considerações finais; Referências.

## 1 Introdução

As características da modernidade líquida apontadas por Bauman<sup>1</sup> permitem pensar no funcionamento das deliberações. Na modernidade

<sup>1</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de



sólida, havia convicções claras e pouco mutáveis. Já a modernidade líquida é marcada pela fluidez das opiniões, por sua constante mudança, moldando-se ao espaço em que se encontram: “os fluidos não se atêm muito a qualquer forma e estão constantemente prontos (e propensos) a mudá-la”.<sup>2</sup>

Essa fluidez das opiniões líquidas impede prever a forma que tomarão, ou melhor, só é possível saber a forma de uma opinião líquida se conhecermos o espaço que vão preencher, já que o líquido se conforma ao seu recipiente. Em uma deliberação isso pode trazer uma consequência séria: o argumento trazido se conformará ao recipiente que o envolver. E o que poderia representar esse recipiente? Inicialmente, sugere-se que esse recipiente é formado pelo ambiente da deliberação, pelos outros participantes, pelos interesses e as informações que municiarem os deliberantes. Essas características vão moldar os argumentos, indicando por onde devem ir. O presente artigo se propõe a trabalhar esses temas.

Em relação à metodologia científica adotada, optou-se por uma abordagem epistemológica hermenêutico-dialética, já que se pretende trazer a proposta de modernidade líquida de Bauman, partindo-se para a crítica em relação à maleabilidade dos valores e interesses presentes na deliberação ambiental, o que tende a resultar em “processos de criação de consensos e contradições”<sup>3</sup>. Para isso, este texto tem um delineamento qualitativo, por meio da pesquisa bibliográfica, pois está focalizada em “selecionar informações bibliográficas para explicar o problema objeto da investigação”<sup>4</sup>. O método de procedimento escolhido é o tipológico, que, “estabelecido por Max Weber, consiste em criar modelos ideais, construídos com base em elementos fundamentais de um fenômeno”<sup>5</sup>, o que, para os fins deste artigo, significa criar um modelo ideal de deliberação que, apesar das variações valorativas, permitam a continuidade da proteção ambiental.

A estrutura do artigo inicia com uma visão geral a respeito da liquidez da modernidade e sua relação com a proteção ambiental (2). Depois, verifica a possibilidade de uma conciliação, ao menos parcial,

---

Janeiro: Zahar, 2001.

2 BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*, p. 8.

3 HENRIQUES, Antonio; MEDEIROS, João Bosco. *Metodologia científica na pesquisa jurídica*. 9. ed. rev. São Paulo: Atlas, 2017, p. 93-94.

4 *Ibid.*, p. 107.

5 *Ibid.*, p. 45.



entre Bauman e Habermas, ao trabalhar a formação da opinião pública e a colonização do mundo da vida (3). Para isso, será necessário verificar o que pode controlar a deliberação e moldar os valores (4), para que se gerem estilos de vida que tendam à proteção ambiental, apesar dos apelos do individualismo (5). Ao final, se propõe uma deliberação ambiental que seja compatível com a modernidade líquida (6).

## 2 A liquidez da modernidade e a proteção ambiental

Bauman defende que a liquidez da modernidade ocorre desde o seu começo, pois tentava questionar o medieval, destronar o passado, repudiar a tradição, derretendo o que era sólido. Mas a intenção não era liquefazer as concepções para mantê-las líquidas, livres e fluidas, mas permitir a criação de novos sólidos, de novas verdades e tradições, “para substituir o conjunto herdado de sólidos deficientes e defeituosos por outro conjunto, aperfeiçoado e preferivelmente perfeito, e por isso não mais alterável”.<sup>6</sup>

A aplicação desses ensinamentos à deliberação ambiental permite perceber a mesma trajetória: passou-se de um período em que não havia deliberação (e os bens ambientais eram utilizados de acordo com os interesses de poucos) a um período em que há deliberação (e os bens ambientais não têm um destino tão diferente de antes). Mas se há deliberação, se cada vez cresce mais a transmissão de opiniões, por que mudou tão pouco a proteção ambiental? Seguindo a pista de Bauman, isso ocorreu por que um sólido foi trocado por outro sólido: a livre utilização do meio ambiente foi substituída pela utilização do meio ambiente como instrumento para o desenvolvimento.

Bauman propõe que o derretimento dos sólidos encontrados na pré-modernidade ocorreu por já estarem ultrapassados e a modernidade, ao derretê-los, oferecia sólidos mais duradouros, que transmitissem confiança, previsibilidade e, conseqüentemente, maior controle.<sup>7</sup> Da mesma forma, a “livre utilização dos recursos naturais” não deveria ser substituída pelo perigo da degradação ambiental: a intenção era controlar o destino dos recursos naturais, tornar previsível sua utilização. Mas para isso é necessário definir uma finalidade para os bens ambientais, de forma a permitir uma pré-ciência dos resultados de uma deliberação sobre eles.

6 BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*, p. 9.

7 *Ibid.*, p. 9-10.

Mas o que poderia ter de “perigoso” para o desenvolvimento nas antigas concepções ambientais? Ou, que “sólidos” precisariam ser derretidos para canalizar os recursos ambientais para o desenvolvimento? Propõe-se duas noções, parafraseando a análise de Bauman sobre os primeiros sólidos derretidos pela modernidade líquida<sup>8</sup>: a ideia de que não se tem obrigações éticas em relação à natureza (ela é só um instrumento) e a noção de que as relações humanas mútuas (que poderiam gerar uma preservação ambiental em prol de outros humanos) foram substituídas pelo apelo financeiro. A ausência de vínculo com a natureza e com os outros humanos “deixava toda a complexa rede de relações no ar – nua, desprotegida, desarmada e exposta, impotente para resistir às regras de ação e aos critérios de racionalidade inspirados pelos negócios”, permitindo a invasão da racionalidade instrumental (trabalhada por Weber) e da economia (como alertava Marx)<sup>9</sup>.

Pode-se acrescentar um terceiro sólido derretido em relação ao meio ambiente: as tradições e rituais, que prendiam o homem à natureza por questões culturais e religiosas, vêm sendo cada vez mais desvalorizados em prol do desenvolvimento. Isso pode ser percebido nas construções de barragens e nos recentes casos de rompimento que acabam gerando a desestruturas de comunidades inteiras causando o “rompimento de relações familiares e de grupos” e o “desenraizamento cultural com perda de vínculo espacial, doenças como depressão, malária, dengue, aumento da violência e até casos de suicídio”<sup>10</sup>.

O respeito à natureza, ao próximo e às tradições precisava perder força para permitir inovações e avanços em prol do desenvolvimento econômico.<sup>11</sup> A ordem econômica solidificou-se de tal forma que dominou a totalidade da vida humana, fazendo com que as outras áreas da vida se tornassem irrelevantes e ineficazes.<sup>12</sup>

---

8 *Ibid.*, p. 10.

9 BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*, p. 10.

10 PAAZ, Carolina; SOUZA, Leonardo da Rocha de. As consequências sociais do rompimento da barragem de Fundão em Mariana (Minas Gerais, Brasil): uma análise por meio de pesquisa de campo. *Revista Catalana de Dret Ambiental*, v. 9, p. 1-50, 2018, p. 13.

11 Bauman defende que “Os primeiros sólidos a derreter e os primeiros sagrados a profanar eram as lealdades tradicionais, os direitos costumeiros e as obrigações que atavam pés e mãos” por que “impediam os movimentos e restringiam as iniciativas”. (*op. cit.*, p. 10).

12 *Ibid.*, p. 11.

### 3 A formação da opinião pública e a colonização do mundo da vida: é possível conciliar Bauman e Habermas?

Chega-se, até mesmo, a uma realidade que envolve “trabalhar a opinião pública”, ou seja, criar artificios que levem as pessoas a pensarem que estão formando suas opiniões de forma isenta, quando, na verdade, estão sendo manipuladas. Enquanto isso, “o emissor esconde as suas intenções comerciais sob o papel de alguém interessado no bem-comum”. Como resultado, “as funções tradicionais da esfera pública são integradas à concorrência de interesses privados organizados”.<sup>13</sup>

Habermas chama esse domínio da ordem econômica de colonização do mundo da vida, que traduz a independência que o sistema econômico adquire frente ao “mundo da vida estruturado comunicativamente”. Isso permite que esse sistema se autorregule, colonizando o mundo da vida.<sup>14</sup> A posição de Habermas fica clara no seguinte trecho de sua *Teoria de la Accion Comunicativa*:

Por otra parte, en dos ámbitos de acción que resultan centrales, en vez de instituciones aparecen «institutos» (*Anstalten*) y organizaciones de un nuevo tipo, las cuales se constituyen sobre la base de medios de comunicación que desenganchan la acción de los procesos de entendimiento y la coordinan a través de valores instrumentales generalizados como son el dinero y el poder. Estos medios de control sustituyen al lenguaje como mecanismo de coordinación de la acción. Liberan la acción social del tipo de integración que discurre a través del consenso sobre valores y la asientan sobre una racionalidad con arreglo a fines cuyos resultados gobiernan.<sup>15</sup>

Habermas alerta, assim, que o poder e o dinheiro influenciam os meios de comunicação e os processos de entendimento mútuo, como verdadeiros meios de controle. Como consequência, a ação social se afasta de uma integração decorrente do consenso sobre valores, aproximando-se de uma integração e de um consenso fundamentados no poder e no dinheiro e nos objetivos de quem os detêm.

Bauman tem uma visão diferente. Ele não acredita que a ordem econômica tenha prevalecido por meio de uma “‘colonização’ da esfera

13 HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da Esfera Pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. 2.ed. Trad. Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 226-227.

14 HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la Accion Comunicativa*, tomo I, Racionalidad de la acción y racionalización social. Madrid: Taurus Ediciones, 1987, p. 350.

15 *Ibid.*, p. 436.

privada pelo ‘sistema’ “. Ele defende que “a situação presente emergiu do derretimento radical dos grilhões e das algemas que, certo ou errado, eram suspeitos de limitar a liberdade individual de escolher e de agir”. O domínio da ordem econômica seria, então, consequência da liberdade econômica, que retirou do Estado o controle sobre os mercados financeiro, imobiliário e de trabalho”. Isso gerou um desengajamento dos agentes, a ponto de não ser mais possível falar-se em dominar (ou mudar) um sistema como quem entra num edifício e assume a mesa de controle. Primeiro por que já não existe um centro do sistema onde se encontra o controle, segundo pela ausência de estratégias passíveis de reverter o jogo, e terceiro pela escassez de pessoas “que articulam o desejo de mudar seus planos individuais como projeto para mudar a ordem da sociedade”<sup>16</sup>.

Talvez seja possível conciliar as perspectivas de Habermas e de Bauman. Sem aprofundar as duas teorias e os desdobramentos de seguir uma ou outra, é necessário estar consciente de que há um domínio de poder econômico sobre a sociedade, seja isso denominado de colonização dos sistemas sobre o mundo da vida, ou de liberdade de mercado. Partindo dessa constatação, segue-se o alerta de Bauman (1) da ausência de um centro do sistema onde se encontra o controle. Arrisca-se dizer que a ordem econômica avança e domina por que cada membro da sociedade permite, seja por influência dos meios de comunicação, dos estilos de vida ou do consumo em geral. O controle do sistema é difuso. Se isso estiver correto, (2) pode-se começar a pensar nas possíveis estratégias capazes de reverter o domínio econômico. Provavelmente, essas estratégias envolvem a mudança dos objetivos dos meios de comunicação, a assunção de estilos de vida ambientalmente adequados e o consumo consciente. Mas isso vai exigir (3) que cada pessoa esteja disposta a mudar seus planos individuais para permitir a mudança da sociedade.

Algumas legislações ambientais têm surgido para incentivar essa mudança de estilos de vida, como a Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos. Essa lei, dentre outras iniciativas, promove a logística reversa (exigindo das empresas mecanismos de reaproveitamento ou destino ambientalmente adequados dos seus produtos), padrões sustentáveis de produção e de consumo e “responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos” (art. 3º, XII, XIII, XVII). Para isso, utiliza como princípios,

---

16 Bauman, *op. cit.* p. 11-12.

dentre outros, “a visão sistêmica, na gestão dos resíduos sólidos, que considere as variáveis ambiental, social, cultural, econômica, tecnológica e de saúde pública” (art. 6º, III), e a ecoeficiência, que exige mudanças no fornecimento “de bens e serviços qualificados” que, além de satisfazerem as necessidades das pessoas, “tragam qualidade de vida e a redução do impacto ambiental e do consumo de recursos naturais a um nível, no mínimo, equivalente à capacidade de sustentação estimada do planeta” (art. 6º, V). Essas normas surgem em resposta à prática da “sociedade moderna hiperconsumista” que “tem desenvolvido produtos cada vez mais descartáveis”, resultando no “descarte, em massa, de resíduos sólidos decorrentes da inutilidade prematura dos produtos”.<sup>17</sup>

#### 4 De que forma ocorre o controle?

A modernidade líquida veio derreter instituições e molduras que limitavam as ações e escolhas, e estabeleciam padrões a serem seguidos; “tudo isso foi posto a derreter no cadinho, para ser depois novamente moldado e refeito”<sup>18</sup>. Isso nos dá uma pista de como pode ocorrer o controle hoje: a tendência é que os novos valores também tentem estabelecer padrões. Por isso, precisa-se entender quem tenta estabelecer determinado padrão e qual seu objetivo.

A tendência, no entanto, é não perceber que novos valores estão se solidificando, por que, como os antigos padrões, os novos também são duros e indomáveis, mas de uma forma nova e aperfeiçoada<sup>19</sup>, que dificulta sua percepção a tempo de modificá-los. Como resultado, quando se percebe, um novo limite está estabelecido, um novo padrão passa a limitar e direcionar as ações e escolhas.

Bauman identificou por que a sociedade não toma as rédeas na construção dos novos padrões: quando estávamos livres dos antigos moldes, deveríamos ter utilizado essa liberdade para encontrar os valores apropriados. Mas a tendência do ser humano é acomodar-se e adaptar-se. Por isso, quando um molde quebrava-se ou derretia-se era substituído por outro. “As pessoas foram libertadas de suas

17 PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; CALGARO, Cleide. O hiperconsumo na sociedade moderna e os riscos ambientais provocados por resíduos sólidos: as políticas públicas e o plano nacional dos resíduos sólidos como elementos minimizadores desses riscos. *Juris Plenum Direito Administrativo*, v. II, n. 7, p. 11-28, jul./set. 2015, p. 26.

18 Bauman, *op. cit.*, p. 13.

19 *Ibid.*, p. 13.

velhas gaiolas apenas para ser admoestadas e censuradas caso não conseguissem se realocar, através de seus próprios esforços dedicados, contínuos e verdadeiramente infundáveis, nos nichos pré-fabricados da nova ordem<sup>20</sup>.

Aliberdade, portanto, era fictícia. Se as pessoas não se adaptassem, por conta própria, à nova ordem, seriam castigadas. Mas que castigo seria esse? Quem seria seu aplicador? Será que não estaríamos voltando à realidade panóptica, na qual pensamos que estamos sendo vigiados e que, se não seguirmos as regras receberemos sanções? Não corremos o risco de ser surpreendidos com a ausência de um fiscal na torre de vigia?<sup>21</sup> Bauman defende que não há algo parecido com essa torre, que não há um centro do controle: “não há edifícios que alojem as mesas de controle do sistema”.<sup>22</sup>

Isso quer dizer que os padrões não são mais determinados por uma instituição que controla as demais. Essa realidade afetou o sistema jurídico, fazendo com que passássemos do monismo para o pluralismo, o que significa assumir que “o direito se encontra inserido na sociedade, isto é, transcende os órgãos estatais” o que leva à “coexistência de diversos sistemas jurídicos no mesmo espaço social”.<sup>23</sup>

---

20 *Ibid.*, p. 13.

21 “O Panóptico de Bentham consistia em uma construção circunscrita por um anel com largas janelas para fora e para dentro. Na parte de dentro, no centro do anel, havia uma torre. A construção que formava o anel era dividida em celas. Na torre central estaria um vigia e nas celas, trancadas, as pessoas que precisavam ser vigiadas: um louco, um doente, um condenado, um operário ou um escolar. É a estrutura da torre central impedia que o detento soubesse a real existência e posição do vigia.” (SOUZA, Leonardo da Rocha de. *A consideração dos ausentes à deliberação ambiental*: uma proposta a partir da ética do discurso de Jürgen Habermas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 160, com base em FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*; Trad. Raquel Ramallete, 29. ed. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2004, p. 165-167). “Para tornar indecível a presença ou a ausência do vigia, para que os prisioneiros, de suas celas, não pudessem nem perceber uma sombra ou enxergar uma contraluz, previu [Jeremy] Bentham, não só persianas nas janelas da sala central de vigia, mas, por dentro, separações que a cortam em ângulo reto e, para passar de um quarto a outro, não portas, mas biombos: pois a menor batida, uma luz entrevista, uma claridade numa abertura trairiam a presença do guardião.” (FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*, p. 167.)

22 BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*, p. 12.

23 COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do Direito*. 2.ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 278.

Assim, se na concepção monista somente um tipo de grupo social, o grupo político, detém o poder para criar e ditar normas jurídicas, para o pluralismo, todo grupo de alguma consistência está habilitado a criar normas que podem exceder muitas vezes o caráter de simples regulamentação, e adquirir o alcance de verdadeiras normas jurídicas. Tal concepção confere ao direito um caráter essencialmente múltiplo e heterogêneo.<sup>24</sup>

Tanto a modernidade líquida como o pluralismo jurídico demonstram a ausência de centralidade de uma instituição que transmita valores, padrões e regras. Essa constatação favorece a deliberação pública como o instrumento para que os indivíduos construam seus modos de vida, o que nos leva ao princípio do discurso de Habermas: “D: São válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais”<sup>25</sup>.

A deliberação pública está em consonância com as realidades sociais e jurídicas:

1) Na realidade jurídica percebemos, “nas sociedades contemporâneas, a existência do pluralismo como decorrência da produção de direito tanto no plano supra-estatal como no infra-estatal”. Isso leva à existência de múltiplos centros geradores do direito, como “as organizações internacionais, em plano superior ao Estado e, em nível inferior, os sindicatos, as empresas, os serviços públicos descentralizados, entre outros”.<sup>26</sup> Habermas acrescentaria, dentre os geradores do direito no plano infra-estatal, a “formação informal da opinião na esfera pública política, aberta a todos os cidadãos”, que influenciariam a formação política da vontade de forma livre, sem a sobrecarga das formas institucionais de deliberação.<sup>27</sup> A diversidade de fontes para formação do direito permite vislumbrar, portanto, uma

24 *Ibid.*, p. 278.

25 HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Volume I, 2.ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

26 Luiz Fernando Coelho, *Op. cit.*, p. 279-280, com base no sociólogo “Georges Gurvitch, apontado como o difusor do pluralismo na França, inspirado em seu mestre Petrazycki e também em Eugen Ehrlich”. Gurvitch “identifica um pluralismo nitidamente anti-estatal e chega mesmo a admitir que o direito não necessita do Estado, pois é no seio da comunidade que surge o fenômeno jurídico.” (*Ibid.*, p. 279.)

27 HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*, v. I, p. 212-214.

deliberação pública desenvolvida por meio de discursos racionais que admitam o indivíduo e a sociedade como fonte do direito.

2) Na realidade sociológica, de acordo com Bauman, vivemos uma sociedade sem padrões pré-determinados nem evidentes. A quantidade de padrões e configurações de mundo é tanta que acabam “chocando-se entre si e contradizendo-se em seus comandos conflitantes”. Para não se anularem, esses padrões perderam parte de sua força coercitiva, de forma que um padrão de vida não consegue mais compelir ou restringir os demais. De padrões institucionais, coletivos, passaram a ser padrões individuais. Não há mais uma moldura, onde as vidas se desenvolvem. Ao contrário, as vidas se desenvolvem e os padrões se adaptam ao seu curso, às suas mudanças de rumo. “Os poderes que liquefazem passaram do ‘sistema’ para a ‘sociedade’, da ‘política’ para as ‘políticas da vida’ - ou desceram do nível ‘macro’ para o nível ‘micro’ do convívio social.”<sup>28</sup> Se os sistemas perdem seu poder para a sociedade, a política para as políticas da vida e o macro para o micro, é possível pensar em uma deliberação que ocorre na sociedade sem influência dos sistemas<sup>29</sup>, nas políticas da vida sem coerção da política, no nível micro do convívio social sem os limites do macro. Mais uma vez percebemos na deliberação pública a possibilidade de identificar os padrões aceitos pela sociedade.

---

28 BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*, p. 14.

29 Habermas não concordaria com essa ausência de influência dos sistemas sobre a sociedade. Partindo da teoria de Talcot Parsons, Habermas identifica os sistemas como estruturas organizadas pela sociedade para desempenharem determinadas funções, organizados em subsistemas, como a economia e a política, cada uma com seu meio regulador: o da economia seria o dinheiro e o da política seria o poder. (SOUZA, Jessé. *A Modernização Seletiva...* p. 72-73; HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la Accion Comunicativa*, tomo II, p. 366 *et. seq.*; OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades de. Bases sociológicas para a discussão multicultural..., p. 65.) O natural seria haver uma preponderância dos sistemas sobre o mundo da vida (o que Habermas chama de colonização do mundo da vida, como referimos acima), já que os meios reguladores dos subsistemas (como o dinheiro e o poder) influenciam as relações humanas. (OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades de. *Pesquisas em Cidadania e Soluções Alternativas de Conflitos...*, p. 11; HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do outro...*, p. 283-284; HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia...*, v. II, p. 55.)



## 5 Estilos de vida e a mudança de planos individuais a favor da proteção ambiental

Bauman diz que, “Em vez de preceder a política-vida e emoldurar seu curso futuro, eles [os padrões] devem segui-la (derivar *dela*), para serem formados e reformados por suas flexões e torções.” Como a modernidade líquida é “uma versão individualizada e privatizada da modernidade”, o maior peso para a formação dos padrões da sociedade está “sobre os ombros dos indivíduos”.<sup>30</sup> Se os padrões derivam dos estilos de vida, precisamos mudar esses se quisermos alterações naqueles. Se o objetivo é alcançar um padrão sustentável devemos alterar nossos estilos de vida para que sejam ecologicamente corretos.

A dificuldade em esperarmos a mudança dos padrões por meio da alteração dos estilos de vida é a instabilidade. Os estilos de vida, na modernidade líquida, são fluidos, ou seja, “não mantêm a forma por muito tempo”. Para que os estilos de vida (e, conseqüentemente, os padrões) mantenham-se é necessário “muita atenção, vigilância constante e esforço perpétuo - e mesmo assim o sucesso do esforço” não é garantido.<sup>31</sup> Se estivéssemos lidando com sólidos, bastaria esculpir o padrão desejado e o teríamos por um longo tempo. Mas, como se tratam de líquidos, sua forma vai depender do recipiente que o contém. Bauman sugere que o recipiente dos padrões são os estilos de vida de cada um, mas qual é o recipiente dos estilos de vida? O que vai moldar os estilos de vida para que estejam em consonância com a proteção ambiental?

Na pré-modernidade, o que moldava os estilos de vida era a liberdade de movimento. Na metáfora que Foucault realiza com a arquitetura do panóptico, percebe-se que o dominado é aquele que não pode se mover sem uma autorização e que o dominador estava livre para mover-se. “As instalações e a facilidade de movimento dos vigias eram a garantia de sua dominação; dos múltiplos laços de sua subordinação, a ‘fixação’ dos internos ao lugar era o mais seguro e difícil de romper.” Porém, mesmo os dominadores não estavam tão livres assim. Eles também tinham suas tarefas, suas rotinas, seus controles, e, na prática, não poderiam se ausentar da torre.<sup>32</sup>

30 BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*, p. 14 (destaque no original).

31 *Ibid.*, p. 14-15.

32 *Ibid.*, p. 17. Acrescenta Bauman: “O Panóptico apresenta também outras desvantagens. É uma estratégia cara: a conquista do espaço e sua

Por isso a modernidade líquida é tão fluida: como as pessoas estiveram “presas” por muito tempo a padrões pré-estabelecidos, ansiavam pela liberdade de moverem-se, sem laços de subordinação. É o desejo de se auto-dominar. Mas essa liberdade tem levado as pessoas a tentarem dominar uns aos outros, talvez não como ocorria na torre de vigia do panóptico, mas também tentando impor aos demais seu próprio ponto de vista. Em relação ao meio ambiente isso é perigoso. Praticamente não existe liberdade de atuação de uma pessoa sobre os bens ambientais que não afete as demais pessoas e a natureza.

Isso é essencial em uma modernidade pós-Panóptica, que já não conta com empregados na torre de vigia, consequentemente, não basta ingressar na torre para tomar o controle. “O que importa, nas relações de poder pós-panópticas é que as pessoas que operam as alavancas do poder de que depende o destino dos parceiros menos voláteis na relação podem fugir do alcance a qualquer momento — para a pura inacessibilidade.” Para se manter o controle, não é mais necessário haver a relação entre supervisor e supervisionado, nem um prédio, o que afasta os custos da manutenção da ordem.<sup>33</sup>

Como diz François Ost, a crise ecológica começa com a “crise da nossa relação com a natureza”<sup>34</sup>. A aproximação entre Bauman e Ost ocorre na proposta de ambos em fazer uma análise do que ocorreu após a modernidade: o primeiro com uma análise sociológica mais ampla e o segundo na relação do homem com a natureza. Nesse sentido, referindo-se ao seu livro “Natureza à margem da lei”, Ost define: “A tese fundamental desta obra é que a nossa época perdeu, pelo menos

---

manutenção, assim como a manutenção dos internos no espaço vigiado, abarcava ampla gama de tarefas administrativas custosas e complicadas. Havia os edifícios a erigir e manter em bom estado, os vigias profissionais a contratar e remunerar, a sobrevivência e capacidade de trabalho dos internos a ser preservada e cultivada. Finalmente, administrar significa, ainda que a contragosto, responsabilizar-se pelo bem-estar geral do lugar, mesmo que em nome de um interesse pessoal consciente - e a responsabilidade, outra vez, significa estar preso ao lugar. Ela requer presença, e engajamento, pelo menos como uma confrontação e um cabo-de-guerra permanentes.” (*Ibidem*).

33 *Ibid.*, p. 18.

34 *A natureza à margem da lei*, p. 8. François Ost chega a essa conclusão após descrever: a decisão do conselho municipal de Los Angeles de plantar árvores de plástico nas avenidas da cidade; a ausência de direito das árvores de pleitear direitos; o recebimento de uma indenização aos donos de um cão que havia sido enterrado de forma equivocada; e a experiência com um rato de laboratório. (*Ibid.*, 7-8).

depois da modernidade, o sentido do vínculo e do limite das suas relações com a natureza.”<sup>35</sup>

A leveza e a fluidez da modernidade líquida desintegram a rede social<sup>36</sup>, enfraquecendo as ações desenvolvidas pela coletividade. Parece não haver nada que nos una uns aos outros e que estamos caminhando para uma inevitável desintegração social, um desengajamento que permite maior fluidez de alguns poderes globais “livre[s] de cercas, barreiras, fronteiras fortificadas e barricadas”.<sup>37</sup>

Mas a proteção ambiental deveria estabelecer um freio a esse destino que se desenha. Por ser algo que une todos os seres do planeta, inclusive os que ainda não nasceram, o meio ambiente deveria ser algo que promovesse o fortalecimento da coletividade e do engajamento, estabelecendo limites para os poderes e interesses que degradam livremente os bens ambientais.

A sociedade global tem demonstrado a interdependência dos Estados e sociedades, levando o mundo a ser “desafiado pelos processos transfronteiriços que se entrecruzam e produzem impactos ambientais dentro de uma sistemática de exploração natural, a qual traz à tona uma infinidade de catástrofes que precisam ser evitadas”.<sup>38</sup> Isso exige que tenhamos a noção de “que a existência humana na Terra possui, necessariamente, uma relação de horizontalidade com todas as demais formas de vida”, o que resulta na noção de que a “qualidade do meio ambiente influencia diretamente na qualidade de vida da humanidade”.<sup>39</sup>

Para que a proteção ambiental seja algo que nos una como seres vivos, precisamos repensar “nossa relação com a natureza”, descobrindo o que nos distingue dela e o que nos liga a ela. Caso contrário, o direito ambiental não terá efetividade e as políticas públicas ambientais não terão eficácia. O sucesso de ambos está em descobrir o “que faz da

35 *Ibid.*, p. 10.

36 A expressão “rede social” é utilizada, aqui, no sentido de realidade social que se inter-relaciona e que interdepende. Ironicamente, a sociedade contemporânea escolheu utilizar a expressão “redes sociais” para interações virtuais entre as pessoas, marcadas pela instantaneidade e pela falta de densidade nas relações. Essa característica das redes sociais virtuais não impediu, no entanto, a luta conjunta por objetivos comuns, como ocorreu na primavera árabe e nos protestos de junho de 2013 no Brasil.

37 BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*, p. 21-22.

38 LEVES, Aline Michele Pedron; CENCI, Daniel Rubens. Ética, globalização e proteção do direito humano ao meio ambiente para o bem viver. *Revista Jurídica (FURB)*, v. 22, n. 48, maio/ago. 2018, p. 1-26, p. 7.

39 *Ibid.*, p. 13

natureza um objecto” e o que “a transforma em sujeito”. Isso “permitirá definir os termos duma natureza-projecto: o que fazemos da natureza e o que ela faz de nós”.<sup>40</sup>

## 6 Uma deliberação ambiental possível na modernidade líquida

A deliberação pública envolve a transmissão de opiniões, de pontos de vista, sobre determinado tema, exigindo do deliberante uma tomada de posição. O discurso, em uma deliberação, não começa no momento em que as pessoas se reúnem para argumentar sobre algum assunto. Cada fórum de discussão é precedido de muitos outros, que já prepararam o caminho, trabalharam informações e formaram consensos parciais. Assim, um discurso deveria ser a continuidade do outro.<sup>41</sup> As manifestações sociais tendem a representar esse local em que as pessoas se reúnem para manifestar suas opiniões informalmente, e têm a vantagem de levar também aqueles que não estão participando a refletirem sobre os assuntos ali lançados.

Uma deliberação ambiental possível na modernidade líquida poderia ocorrer em processos informais. Os “processos de formação informal da opinião na esfera pública”, segundo Habermas, têm a vantagem de: 1) serem isentos de limitações, o que permite captar melhor a realidade; 2) estar mais propensos ao autoentendimento; 3) permitir “articular, de modo mais livre, identidades coletivas e interpretações de necessidades”; 4) possibilitar a formação “de uma esfera pública política não desvirtuada pelo poder”; 5) desenvolverem-se entre barreiras de classe, libertando-se das redomas criadas pela estratificação social e pela exploração; 6) ter um potencial para a criação de novos significados; 7) permitir a solução comunicativa de conflitos, por ser “a única fonte possível para uma solidariedade entre estranhos”.<sup>42</sup>

No entanto, as instituições costumam formalizar o discurso de tal modo que cada um que pretende proferi-lo precisa seguir seus rituais e suas limitações. As instituições organizam as discussões, dizem quem

---

40 OST, François. *A natureza à margem da lei*, p. 9-10.

41 FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*: aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970. Trad. Laura Fraga de Almeida Sampaio. 22. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2012, p. 56.

42 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia...*, v. II, p. 32-33.

pode falar e definem o tema que será tratado.<sup>43</sup> Ao contrário dessa prática, as discussões deveriam permitir:

- a) a inclusão de todas as pessoas envolvidas;
- b) chances reais de participação no processo político, repartidas equitativamente;
- c) igual direito a voto nas decisões;
- d) o mesmo direito para a escolha dos temas e para o controle da agenda;
- e) uma situação na qual todos os participantes, tendo à mão informações suficientes e bons argumentos, possam formar uma compreensão articulada acerca das matérias a serem regulamentadas e dos interesses controversos.<sup>44</sup>

Enquanto as instituições limitam a forma como deve ocorrer a deliberação, a prática da argumentação fica afastada de seu lugar natural, do cotidiano, onde as pessoas deveriam estar sempre aptas para atos de fala comunicativos.

Mas essa naturalidade do discurso é dificultada por que as pessoas não sabem o que é o discurso e como deve ser enunciado. Talvez, ainda, as pessoas fiquem inquietas em relação aos perigos e poderes que envolvem o discurso, e diante da possibilidade de ele envolver “lutas, vitórias, ferimentos, dominações, servidões, através de tantas palavras cujo uso há tanto tempo reduziu as asperidades”. Sobre isso, pergunta Foucault: “Mas, o que há [...] de tão perigoso no fato de as pessoas falarem e de seus discursos proliferarem indefinidamente?”<sup>45</sup>

Supomos que seja a falta de prática, de incentivo de informações que torna o discurso algo artificial e, aparentemente, perigoso. Isso gera um discurso proferido para agradar o outro, afastando-o de sua função de conquista de direitos. Mas quando manifestações sociais ocorrem de forma espontânea, voltamos à possibilidade que criar direitos e passamos a percebê-las como instrumentos que podem ser utilizados “na defesa dos recursos, das terras e dos valores culturais dos povos; na luta pelo

---

43 FOUCAULT, *op. cit.*, p. 6-7.

44 HABERMAS, Jürgen, *Direito e Democracia...*, v. 2, p. 42-43, trazendo a proposta de DAHL, R. A. *Democracy and its Critics*. New Haven, 1989, p. 307.

45 FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso...*, p. 8.

reconhecimento do ambiente e na recuperação dos seus espaços vitais; na reorganização de suas práticas de produção e consumo [...]”<sup>46</sup>.

A formalidade da produção do discurso na sociedade faz com que seja “controlada, selecionada, organizada e redistribuída por certo número de procedimentos que têm por função conjurar seus poderes e perigos, dominar seu acontecimento aleatório, esquivar sua pesada e temível materialidade”.<sup>47</sup> Daí pode advir o receio que as instituições têm das manifestações sociais e dos processos informais de formação da opinião pública: eles ocorrem sem o controle das instituições, fora dos seus procedimentos.

Talvez possamos admitir as duas modalidades de formação da opinião e da vontade: a informal e aquela direcionada pelo Estado. Habermas propõe que a deliberação ocorra dessas duas formas: por meio de procedimentos institucionalizados ou informalmente, em redes de opinião pública. De qualquer forma, a democracia deliberativa exige uma (a) “cultura política libertadora”; (b) “uma socialização política esclarecida” e (c) “iniciativas de associações formadoras de opinião”. Tais requisitos podem surgir de forma espontânea, ou talvez exijam um direcionamento político.<sup>48</sup>

Foucault criticava alguns procedimentos utilizados pela sociedade para exclusão do debate. Ele apontou três tipos de interdição: objeto, procedimento e sujeito. Em relação ao (1) objeto, observou que as pessoas acabam não tendo o direito de dizer tudo, o que impede a pacificação dos temas que não são discutidos, tornando-os instrumentos de exercício do poder arbitrário. Já o (2) procedimento, impede que se fale de tudo em qualquer circunstância e, como ocorria com os poetas gregos do século VI, o discurso verdadeiro passa a ser somente aquele “pronunciado por quem de direito e conforme o ritual requerido”, ao que se pode acrescentar uma série de procedimentos internos, que servem para classificar, ordenar e distribuir. Por fim, Foucault fala das interdições relacionadas ao (3) sujeito: na Idade Média, por exemplo, a verdade do discurso dependia de quem o proferia.<sup>49</sup>

---

46 LEFF, Enrique. *Ecologia, capital e cultura: racionalidade ambiental, democracia participativa e desenvolvimento sustentável*, 2000, p. 189.

47 FOUCAULT, Michel. *Op. cit.*, p. 8-9.

48 HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do outro: estudos de teoria política*, p. 283-284.

49 FOUCAULT, Michel. *Op. cit.*, p. 9-10, 14, 20, 25-26.

Como a modernidade líquida lida com valores fluidos, ainda há tempo de construir valores que sejam adequados à proteção ambiental. Para isso, os novos valores precisam unir as escolhas individuais com os anseios da humanidade, ou, nas palavras de Bauman, precisam se tornar “os elos que entrelaçam as escolhas individuais em projetos e ações coletivas”. Esse objetivo poderá ser alcançado se houver uma mudança “[n]os padrões de comunicação e coordenação entre as políticas de vida conduzidas individualmente, de um lado, e [n]as ações políticas de coletividades humanas, de outro”.<sup>50</sup> A proteção ambiental pode ser o termômetro para medir o alcance desses novos valores da modernidade fluida: se os interesses individuais não se comunicarem e coordenarem com as necessidades coletivas, nem indivíduo nem coletividade existirão por muito tempo.

## 7 Considerações finais

A constatação de Bauman a respeito da modernidade líquida leva a uma fluidez das opiniões. Assim, como as opiniões são fluidas, seu conteúdo depende do espaço que vão preencher, pois a liquidez das opiniões e argumentos faz com que eles se amoldem ao formato de seu recipiente. Quando se trata de deliberação, propomos neste artigo que esse recipiente é o ambiente onde ocorre a deliberação. Isso faz com que vários fatores influenciem o conteúdo da deliberação, tais como a qualidade e diversidade dos participantes, os interesses que eles defendem, as informações que recebem, e até mesmo os locais e o momento em que ocorrem as deliberações.

A liquidez das opiniões e dos argumentos, no entanto, colocam em risco a proteção ambiental, pois, dependendo de recipiente em que ocorre a deliberação, o meio ambiente pode ter sua proteção reduzida. Antes da liquidez da modernidade, a tradição e o modo de vida imperantes levavam a uma livre utilização dos bens ambientais. Depois, a liquidez dos valores fez com que o meio ambiente fosse utilizado de acordo com os interesses dos deliberantes. Assim, pouca mudança se percebeu: na transição da idade média para a moderna pouco se pensava em proteção ambiental; na modernidade (com ênfase para sua liquidez) os argumentos são tão fluidos que se amoldam a diversos interesses.

Para evitar que a fluidez dos argumentos sejam prejudiciais ao meio ambiente (e, portanto, à sadia qualidade de vida), são necessárias

---

50 BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*, p. 12.

algumas mudanças de paradigmas. Dentre elas está a necessidade de conscientizar as pessoas da íntima relação entre elas e o meio ambiente. Ou seja, deixar cada vez mais claro que uma deliberação que não perceba a finitude dos bens ambientais acaba afetando o próprio deliberante. Isso deve afastar a concepção do meio ambiente como mero instrumento, adotando-se uma obrigação ética com a natureza.

Assim como se influencia a opinião pública criando-se artifícios para que as pessoas pensem que estão formando suas opiniões de forma isenta, também se deve influenciar a formação de opiniões em prol do meio ambiente. Isso é possível mediante a transmissão de informações corretas aos deliberantes, demonstrando-se as consequências ambientais das decisões. Sem isso, como alerta Habermas, o sistema econômico continuará colonizando o mundo da vida, regulando-o e impondo seus valores.

A formação da opinião pública em prol do meio ambiente precisa ter como aliados os meios de comunicação e a formação de locais formais e informais de construção do entendimento mútuo, de forma a treinar a população a formarem consensos que não estejam fundamentados no poder e no dinheiro. Isso deve ser refletido na mudança do estilo de vida mais preocupado com o meio ambiente e com o consumo consciente. Para isso, cada pessoa deve repensar seus interesses e objetivos, com a liberdade inerente ao desfazimento de antigos padrões, mas com os limites de regeneração da natureza. Devemos lembrar que, como alertava Bauman, os valores antes sólidos se liquefizeram para dar lugar a novos sólidos, ou seja, os antigos padrões darão lugar a novos padrões, que precisam ser ambientalmente sustentáveis. E esses novos padrões são formados a partir de novos estilos de vida.

Por isso, precisamos de estilos de vida coerentes com a proteção ambiental, o que é difícil na modernidade líquida, pois sua fluidez leva as pessoas a afastarem-se de padrões preestabelecidos, mesmo que sejam a favor da coletividade. Parece estarmos a caminho de uma desintegração social, de um desengajamento cada vez mais individualista. A proteção ambiental deveria impedir essa desintegração e esse desengajamento, pois o meio ambiente une a todos. Além disso, como dito, mesmo em uma sociedade individualista, as pessoas deveriam proteger o meio ambiente, nem que seja por que a degradação ambiental também vai atingi-las.

O direito precisa inovar ao trazer essas soluções. A passagem do monismo para o pluralismo jurídico faz com o direito transcenda



os órgãos estatais e esteja diluído na sociedade. E até mesmo o direito estatal precisa ser proveniente da sociedade, o que gera a necessidade de sua formação ocorrer por meio da democracia deliberativa. Isso por que não se admite que só uma instituição elabore e transmita os valores à sociedade. Como defende Habermas, a própria sociedade, por ser afetada pelas normas, deve construí-las por meio de discursos racionais e argumentativos.

A formação da opinião pública e do direito, portanto, nem sempre têm o Estado como protagonista. O pluralismo jurídico resulta em pluralidade de fontes, tais como organizações internacionais (acima do Estado) e sindicatos, instituições empresariais, partidos políticos e organizações sociais e religiosas (abaixo do Estado), além dos espaços informais de formação da opinião e do direito na esfera pública. A vantagem desses espaços informais está na ausência de limitações e de rituais de argumentação, permitindo mais situações de contra-argumentação e de autoentendimento, e possibilitando que qualquer pessoa, discuta qualquer assunto, em quaisquer circunstâncias e formatos. Mas isso exige uma constante prática e incentivo à deliberação qualificada por informações corretas e isentas. Das deliberações realizadas nesses espaços surgem novos padrões que passam a ser aceitos e realizados pela sociedade, sem o controle das instituições e fora dos limites da formalidade e das regras preestabelecidas.

Para que essas mudanças sejam possíveis, a concepção e proteção do meio ambiente não pode ser líquida, não pode ser fluida. Deve-se passar da noção da natureza como mera fonte de recursos para uma noção de habitat dos mais diversos seres vivos e de cuja preservação depende a sobrevivência humana, inclusive as gerações futuras. Caso contrário, estaremos diante da fluidez da própria existência.

## Referências

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do Direito*. 2.ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*: aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970. Trad. Laura Fraga de Almeida Sampaio. 22. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2012.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Trad. Raquel Ramalhete. 29. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução: George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I e II. 2.ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. 2.ed.; tradução: Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la acción comunicativa*. Tomo I, Racionalidad de la acción y racionalización social, tomo II, Crítica de la razón funcionalista, versión castellana de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus Ediciones, 1987.

HENRIQUES, Antonio; MEDEIROS, João Bosco. *Metodologia científica na pesquisa jurídica*. 9. ed. rev. São Paulo: Atlas, 2017.

LEFF, Enrique. *Ecologia, capital e cultura: racionalidade ambiental, democracia participativa e desenvolvimento sustentável*. Trad. Jorge Esteves da Silva. Blumenau: Ed. da FURB, 2000.

LEVES, Aline Michele Pedron; CENCI, Daniel Rubens. Ética, globalização e proteção do direito humano ao meio ambiente para o bem viver. *Revista Jurídica (FURB)*, v. 22, n. 48, p. 1-26, maio/ago. 2018.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. Bases sociológicas para a discussão multicultural: estudo introdutório aos conceitos de estrutura, instituição e ideologia. *Direitos Culturais*, Santo Ângelo, v. 1, n. 2, p. 61-71, jun. 2007.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. Pesquisas em Cidadania e Soluções Alternativas de Conflitos – Contribuições de Jürgen Habermas para um Paradigma Dialógico no Direito. In: SANTOS, André Leonardo Copetti; DEL'OLMO, Florisbal de Souza (org.). *Diálogo e entendimento: Direito e Multiculturalismo & Cidadania e Novas Formas de Solução de Conflitos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 3-16.

OST, François. *A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

PAAZ, Carolina; SOUZA, Leonardo da Rocha de. As consequências sociais do rompimento da barragem de Fundão em Mariana (Minas Gerais, Brasil): uma análise por meio de pesquisa de campo. *Revista Catalana de Dret Ambiental*, v. 9, p. 1-50, 2018.

PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; CALGARO, Cleide. O hiperconsumo na sociedade moderna e os riscos ambientais provocados por resíduos sólidos: as políticas públicas e o plano nacional dos resíduos sólidos como elementos minimizadores desses riscos. *Juris Plenum Direito Administrativo*, v. 2, n. 7, p. 11-28, jul./set. 2015.

SOUZA, Jessé. *A modernização seletiva: uma reinterpretação do dilema brasileiro*. Brasília: Editora UnB. 2000.

SOUZA, Leonardo da Rocha de. *A consideração dos ausentes à deliberação ambiental: uma proposta a partir da ética do discurso de Jürgen Habermas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.



# ECONOMY OF CULTURE OR CREATIVE ECONOMY: INTERSECTIONS AND CONCEPTUAL CHANGES IN BRAZILIAN CULTURAL PUBLIC ADMINISTRATION

*ECONOMIA DA CULTURA OU ECONOMIA CRIATIVA:  
INTERSECÇÕES E MUDANÇAS CONCEITUAIS NA  
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CULTURAL BRASILEIRA*

Álison José Maia Melo<sup>I</sup> 

Rodrigo Vieira Costa<sup>II</sup> 

<sup>I</sup> Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7), Fortaleza, CE, Brasil. Doutor em Direito. E-mail: [alisson.melo@gmail.com](mailto:alisson.melo@gmail.com)

<sup>II</sup> Universidade Federal Rural do Semi-Árido (UFERSA), Programa de Pós-Graduação em Direito da UFERSA. Mossoró, RN, Brasil. Doutor em Direito. E-mail: [rodrigovieira@direitosculturais.com.br](mailto:rodrigovieira@direitosculturais.com.br)

DOI: <http://dx.doi.org/10.20912/rdc.v14i32.2895>

Autores convidados

**Abstract:** The present paper aims to draw an outline contrasting the concepts of economy of culture and creative economy, examining the theoretical debate on the current importance of the economic value of cultural goods to guide the Brazilian Cultural Public Administration and the national plan of cultural policies. Therefore, it is necessary that the Government sets guidelines for their actions through qualitative and quantitative analyses of the creative industries, without which it would continue at the stage of timely, uncoordinated and unmonitored operation. With no data, it remains impossible to assess the effectiveness of any incentives and stimuli to the creative economy and its inclusion. That includes tariff plans, programs, and funding; as it also inefficient to justify its relevance within today's cultural Brazilian Public Administration. These are the justifications for the existence of an Information System and unified indicators, which encourage municipalities, along with the State and the Union, to establish parameters that can be assessed once they are properly fed.

**Resumo:** O presente trabalho tem como objetivo traçar um esboço contrastando os conceitos de economia da cultura e economia criativa, examinando o debate teórico sobre a importância atual do valor econômico dos bens culturais para nortear a Administração Pública Cultural Brasileira e o plano nacional de políticas culturais. Portanto, é necessário que o governo estabeleça diretrizes para suas ações por meio de análises qualitativas e quantitativas das indústrias criativas, sem as quais continuaria no estágio de operação oportuna, descoordenada e não monitorada. Sem dados, continua a ser impossível avaliar a eficácia de quaisquer incentivos e estímulos à economia criativa e sua inclusão. Isso inclui planos de tarifas, programas e financiamento; como também ineficiente para justificar sua relevância dentro da administração pública brasileira cultural de hoje. Essas são as justificativas para a existência de um Sistema de Informações e indicadores unificados, que incentivam os municípios, junto com o Estado e a União, a estabelecer parâmetros que possam ser avaliados, desde que devidamente alimentados.



**Keywords:** Economy of culture. Creative economy. Federal government. Information systems.

**Palavras-chave:** Economia da cultura. Economia criativa. Governo federal;. Sistemas de informação.

**Sumário:** 1 Introduction; 2 Economic dimension of culture; 3 The institutionalization of creative economy policies in Brazil, and the relevance of Information Systems and Cultural Indicators; 4 Conclusion; References.

## 1 Introduction

In general, when we refer to the category of cultural goods, we face conceptual imbroglios, as there is a usual confusion regarding its application to refer to distinctive yet very close phenomena. The claim that culture is “everything which relates to non-economic goods”<sup>1</sup> is rather usual, but one is aware that this is a partial view from an perspective that separates the cultural value from the use of value-exchange of cultural goods. This allows us to state that there are two meanings to cultural goods – a wide and a strict ones. At this point, there is no way to separate the symbolic character of the cultural good from its asset value; reason why it is different from other consumer goods.

Often relegated to a back position within the analytical frameworks of economists, the cultural assets in information systems, technology and digital society bases stand out due to their growing importance in a significant percentage of the gross domestic product of developed as well as developing countries. That is so not only because economists ignore the bases on which cultural assets move, but also because little or even nothing has been accumulated in terms of scientific knowledge about the properties, characteristics and behaviours of their supply chain. They correspond to a broad universe of creations, expressions, activities and services of cultural interest, though such a universe stands out for its commercial market value or for its use and exchange value, rather than for cultural aspects only. These elements are usually appropriate for productive clusters or for cultural industries. According to Paul Tolila<sup>2</sup> the following phases should be considered: creation, editing / production, manufacture, distribution and marketing.

---

1 MIRANDA, J. Notas sobre cultura, constituição e direitos culturais. In: GOMES, C. A.; RAMOS, J. L. B. (Ed.). *Direito da cultura e do patrimônio cultural*. Lisboa: AAFDL, 2011, 159.

2 TOLILA, P. *Cultura e economia*. São Paulo: Iluminuras and Itaú Cultural, 2007, p. 38-39.

To this last phase one should add consumption, but neither should one miss out that, as Allan Rocha de Souza<sup>3</sup> puts it, without access and enjoyment this cycle of the chain cannot work regularly and in so balanced a manner that could produce innovations.

Today, this phenomenon is no longer unnoticed by cultural policies inserted in many countries around the globe; countries whose economic foundations have transformed the administrative organization of culture public agencies in order to change the way they operate in the cultural production or have at least played some influence on this sort of organization regardless the government model adopted. That is done so with the aim of making the access to goods supported and promoted by governmental actions and programs more effective. It also allows those who count on incentive and funding of a private enterprise to set up information systems that can be analyzed qualitatively and quantitatively as to the flow of such economy in a niche yet to be explored.

This paper discuss the distinction between economy of culture and creative economy and the situation in Brazil, by a deductive method, from two perspectives. The first perspective is theoretical, based upon bibliographic research, about the economic dimension of culture. The second perspective is legal-positivist, based upon legislation and public reports, over the federal administrative organization concerned with the economic vision of culture, and the relevance of the federal public actions on these matters.

## 2 Economic dimension of culture

Unlike what one might imagine *a priori*, the attention allocated to culture by the economy did not raise from the classical economists, whose theories could not see the place of cultural goods in the production process of wealth linked to human needs. That did not fulfil the basic foundational rules of production and consumption (supply, demand, costs, prices, labour, use value and exchange, etc.). They were often treated as belonging to the realm of superfluous or luxury and leisure items, whose importance was ignored and even questioned.

---

3 SOUZA, A. R. Os marcos legais da economia criativa. In: Ministério da Cultura, ed. *Plano da Secretaria da Economia Criativa: políticas, diretrizes e ações 2011 a 2014*. Brasília: MINC, 2011, p. 117.

John Meisel<sup>4</sup> points out that in Canada the academic interest and the institutionalization of culture occurred as a consequence of post-industrial society that provided greater free time and leisure to people's lives, incremented by mass consumption. Thus, initially, the Canadian cultural policies have turned to a close bond with the leisure of the population.

It is clear that this notion is also bound with the aristocratic ideal of culture from the European Absolute Monarchy governments and the rising bourgeoisie, which served the intellectuals – the fathers of economics from the eighteenth and nineteenth centuries. But such a notion succumbed to the phenomenon of masses at the end of that period, during the Industrial Revolution<sup>5</sup>.

In the *Dialektik der Aufklärung* (Dialectic of Enlightenment), Adorno and Horkheimer<sup>6</sup> coined the concept of “cultural industries”, on one hand to describe the production and consumption of symbolic character goods with the characteristics of the industrial society; and on the other hand to oppose the widely used term “culture of masses”, which veiled the functionalism of culture in the process of capitalist production because this idea wanted to refer to culture from a particular population or to the universal access to cultural goods, though not scaling its conversion into consuming merchandise. Members of The Frankfurt School were interested in understanding the effective means of domination of the human reason by employing modern techniques of serial industrial production applied to cultural products such as movies, radio programs, newspapers, books, pieces of music and television programs.

Herbert Marcuse<sup>7</sup>, another theorist of the Frankfurt School, warned that the technological rationality of the capitalist production mode, widely transformed the individual autonomy in a radical way, thus shaping human feelings and actions through technical mass standardization tastes, and anticipating the debate on the cultural

---

4 MEISEL, J. Political culture and the politics of culture. *Canadian Journal of Political Science* [online], v. 7, n. 4, dec. 1974, p. 604-605. Available from: <http://www.jstor.org/stable/3230568>. Accessed on: 2 jan. 2018.

5 TOLILA, *Cultura e economia*, 2007, p. 25-28; BENHAMOU, F. *A economia da cultura*. Cotia: Ateliê Editorial, 2007, p. 15-16.

6 ADORNO, T. W.; HORKHEIMER, M. *Dialética do esclarecimento*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985, p. 113.

7 MARCUSE, H. *Tecnologia, guerra e fascismo*. São Paulo: UNESP, 1999, p. 99.



homogenization of globalization with its concept of standardization. He stated that:

[...] mechanized mass production is filling the spaces in which individuality could assert. The cultural standardization, quite paradoxically, points to the potential abundance, as well as the actual poverty. Standardization can indicate the degree to which individual creativity and originality become unnecessary.

Under the cover of its sociological determination and relying on the ideas and contributions of Adorno, Horkheimer, Herbert Marcuse and Walter Benjamin, the Frankfurt School influenced a generation of subsequent analyzes, which included those by Bourdieu, Elias, Edgar Morin, Bachelard, among others. The economic theories found themselves pressured not only by facts and historical circumstances, but also to cater to an increasingly organized and formalized sector that would require reliable information and data about costs, target public, tastes, consumption patterns and private investments, among other aspects.

This phenomenon became notorious due to globalization or, in the French vernacular, *le mondialization* (of markets), when referring to the same influence that cultural industries exerted on the tastes and standards of people around the globe. Renato Ortiz<sup>8</sup> applies “the idea of globalization to the field of culture”. Thus, before one can consider any uniqueness or cultural homogenization, it seems more interesting for one to understand the relation between economic and globalization-culture, as well as what the autonomy of the latter field consists in.

The idea of cultural imperialism, very recurrent in debates and discourses of political activists nowadays, is still too entrenched with the notion that any place is hostage to the cultural reproduction of a global order dictated by international capital, which has no limits, no boundaries. Cultural production would reproduce only the imperialist relations of production and would worsen relations “of interdependence, alienation and antagonism” forming and legitimizing “structures of political domination and economic ownership”<sup>9</sup>.

Such a concept involves understanding culture as product and subject of economy; considering the *American way of life* as the culture of American exports or, in a broader western sense, the way to replace or relentlessly annihilate any other culture. Therefore, the

8 ORTIZ, R. *Mundialização e cultura*. São Paulo: Brasiliense, 2000, p. 29

9 IANNI, O. *Imperialismo e cultura*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1976, p. 7.

concept of culture is, in fact, one concept of mass culture, which is no longer restricted to the domestic markets of nations, but accustomed to the signs from the interests of international economic institutions and financial markets, as well as from those of various types of cultural goods considered by cultural industries as representing development standards. Cherished values of the Universalist tradition of The Enlightenment, such as democracy and human rights, are offered as consumer goods; and if the citizen-consumer refuses to purchase them or consume them, they will suffer some sort of penalty, which includes the relativisation of their sovereignty and self-determination, and even the coexistence exile from the international society.

One can still take into consideration Huntington's<sup>10</sup> *Clash of Civilizations*, which recognizes the existence of a multiplicity of cultures and civilizations but creates a notion of hierarchical superiority between them; this means that the culture of a group of dominant nations within the new world order will be in conflict with the other nations and will set social orders, values and forms of expression that are typically western. Nevertheless, one must bear in mind that a culture has its own ways of responding to external stimuli such as how to adapt, resist, repudiate or even incorporate and reinterpret these elements.

Since the 1960s, the economy of culture has been not only a reality but a necessity for measuring the particular characteristics of their supply chains, as well as a field of analysis that has allowed public authorities to formulate their cultural policies, according to the social demands that are encountered. And it does not matter what the process of expansion of cultural goods is like, coupled with new technologies and their social impacts, as well as relative autonomy with respect to its system of relation of production, circulation and consumption<sup>11</sup>; though according to Celso Furtado<sup>12</sup>, culture may not be included in the "economic calculation in its traditional version".

In our times, the economy of culture is being replaced by the so-called creative economy, which is nothing more than a conceptual

---

10 HUNTINGTON, S. P. *O choque das civilizações e a ordem econômica mundial*. Rio de Janeiro: Objetiva, 1996.

11 BOURDIEU, P. *A economia das trocas simbólicas*. 6nd ed. São Paulo: Perspectiva, 2005, p. 99.

12 FURTADO, C. A economia da cultura. In: ÁLVAREZ, G. O. (Ed.). *Indústrias culturais no Mercosul*. Brasília: Instituto Brasileiro de Relações Internacionais, 2003, p. 11.

extension of the first. According to Paulo Miguez<sup>13</sup>, “[...] creative industries mean, particularly the expansion of the fields of studies and research dedicated to the arts, cultural industries and media from the perspective of incorporating sectors and typical dynamics of the new economy”.

The concept has an Anglophone origin (England, Australia, New Zealand) and gained notoriety from the English labour political propaganda, on the harbinger of what was to become Prime Minister Tony Blair’s government term in 1997. Indeed, just like the *New Labour Party*, the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO) was not unaware of this associative discourse between economy and culture as a development factor, but it always took the due care to avoid the determinism that might arise from such a relationship. Facing the viability of UK’s growth and also due to the realization that the old notion of cultural industries would not be enough to replace the economically declining areas, the British bet on creativity as a driving force for the production of goods and services. By escaping the order of symbolic, artistic and recreational values they would be able to move into the field of technical, practical and functional usefulness<sup>14</sup>.

In fact, there is no industrial sector that does not work from creativity, because creativity is nothing more than an inherent characteristic of the human being and it integrates what is known as intellectual capital, whose immediate association is linked to the capability of imagining, inventing, inspiring, having ideas and creating new and unique things, i.e., to produce and apply knowledge<sup>15</sup>. According to Paulo Miguez<sup>16</sup>, “creative economy deals with goods and services based on texts, symbols and images, and it refers to the distinct set of activities settled in creativity, talent or individual skill, whose products incorporate intellectual property, ranging from the traditional handicraft to the complex supply chains of cultural industries”.

13 MIGUEZ, P. Economia criativa: uma discussão preliminar. In: NUSSBAUMER, G. M. (Ed.). *Teorias e políticas da cultura: visões multidisciplinares*. Salvador: EDUFBA, 2007, p. 98

14 BOTELHO, I. Criatividade em pauta: alguns elementos para reflexão. In: MINISTÉRIO DA CULTURA. *Plano da Secretaria da Economia Criativa: políticas, diretrizes e ações 2011 a 2014*. Brasília: MINC, 2011, p. 83

15 UN [United Nations]. *Rapport sur l’économie créative 2008 – le défi d’évaluer l’économie créative: vers une politique éclairée*. Genebra: UNCTAD and DITC, 2008, p. 35-36

16 MIGUEZ, Economia criativa: ..., 2007, p. 96-97.

It can be seen that creative economy seeks to approach areas such as fashion, crafts, the universe of video games, sports and tourism, which were apparently disconnected from traditional cultural industries, in order to place them in the centre of debates and initiatives of what was appointed as the new economy of information and knowledge society. But what are the creative industries at the heart of this concept? According to the Report of the United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) on Creative Economy<sup>17</sup>, the creative industries:

[...] can be defined as the cycles of creation, production and distribution of goods and services that use creativity and intellectual capital as primary input. They comprise a set of knowledge-based activities that produce goods and tangible intellectual or artistic and creative content, economic value and market objective services. The creative industries comprise a broad and heterogeneous field with the interaction between various creative activities from the traditional arts and crafts, media, music and the visual and dramatic art groups to technological and service-oriented activities such as the film industry, television and radio, new media and design.  
[Translation from the Spanish version]

The problem that arises in this range is the same sort that is found in the vast anthropological dimension of culture, which disturbs not only the demarcation of powers in the administrative bodies and entities that are legally responsible for policy formulation in the sector, but also the policies themselves. It is undeniable, however, that many of these areas communicate among them, considering the increasing complexity of human relationships necessary to establish intersections and joint actions on certain spheres of life in society.

Moreover, within the capitalist industrial system that is currently driven by digital techniques in which the author-creator, the intellectual, the artist has emerged as a producer of culture<sup>18</sup>, not everything that is produced results from creativity as innovation. Walter Benjamin<sup>19</sup> has attributed this era to the mechanical reproduction of works of art, in which cultural property lost its authenticity and aura because of the mechanisms of copy and reproduction on a large scale, which are able

17 UN, *Rapport sur l'économie creative 2008*, 2008, p. 63.

18 BENJAMIN, W. *Magia e técnica, arte e política: ensaios sobre literatura e história da cultura*. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1987, p. 120, BUCK-MORSS, S. *Origen de la dialéctica negativa*: Theodor W. Adorno, Walter Benjamin y el Instituto de Frankfurt. Buenos Aires: Eterna Cadencia, 2009, p. 95-103

19 BENJAMIN, *Magia e técnica, arte e política: ...*, 1987, p. 165-170.

to both make individuals closer to the works of art and also affect the traditional ways of their perception and aesthetic values. Cultural industries feed the paradox between creation and standardization.

Edgar Morin<sup>20</sup> says that on one hand the industry itself creates filters through which it chooses the products and aesthetic standards able to reach the largest audience of potential consumers possible; and on the other hand the inner functioning manner of consumption requires that new transformations occur with these templates or that new, individualized and unique ones be created. The cycle returns to its beginning when the mutability of inventiveness takes place. What happens is that not everything in culture is hosted by the cultural industries and the technique of mass consumption; sometimes novelty opposes to the patterns considered dominant. If, somehow, freedom and autonomy are leading the creative process, they can oppose to the archetypes of serial logics and also create circuits or decentralized alternative economic niches that are beyond the monopolies and concentrations of cultural industries.

This concern is also shared by lawyers, particularly in the field of copyright in recent decades, with the change of focus of the debates about intellectual property from the World Intellectual Property Organization (WIPO) to the World Trade Organization (WTO); since the intellectual rights are increasingly seen only for their economic aspect, and not for their cultural value. In the words of José de Oliveira Ascensão<sup>21</sup>, “copyright itself has become a commodity”. To Paula Sibilla<sup>22</sup>, in the digital age, we do not already know what the boundaries, twilight zones, between the various forms of exposure of private life and creations of the mind that circulate in the world wide web are anymore. Users spent a passive attitude to the condition of creators, yet the narratives and records of their existence have become protected work of art yet lacking any originality or minimum contribution to be safeguarded.

The predominance of this situation has cheapened the concept of intellectual works, whose protection is afforded by domestic and

20 MORIN, E. *Cultura de massas no século XX: o espírito do tempo 1: neurose*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 24-29.

21 ASCENSÃO, J. O. Inovação, criatividade e acesso à cultura. In: GOMES, C. A.; RAMOS, J. L. B. (Ed.). *Direito da cultura e do patrimônio cultural*. Lisboa: AAFDL, 2011, p. 294.

22 SIBILLA, P. *La intimidad como espectáculo*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica de Argentina, 2009, p. 35.

international laws that deal with copyright and with related matters, having their husbandry extended to objects that are strange to their basic characteristics. In these times, when culture has become business, creativity does not mean novelty or inventiveness; at most it can achieve innovation, but under the auspices of what the market understands as necessary. Still according to Ascensão<sup>23</sup>:

[...] the effect of innovation is purely consumerist. The main value is marketing – it drives the system; but in itself it says nothing about the value of the innovation subject. So we can describe innovation as ‘the market perfume’. It makes the wheel spin, but to spin around itself; in a way that it is able to spin around high-end luxury products and around those of little usage. After some time one can note that an economy based on the empty stimulus to consumerism is one of the main causes of crisis. [...] [I]nnovation means difference; in the cultural sector, innovation does not represent creativity. Innovation is driven by the market; it is constantly necessary that new products are launched in the market in order to stir it. But whether such products are creative or not is something irrelevant. If the masses are satisfied with repetitive elements or if they are used to them, the market is served but creativity is dismissed.

In the current economic system, “a cultural good is not worth in itself (use value – which is preserved in a rather illusory way in the capitalist society), but for its social meaning (exchange value – which only factiously takes use value)”<sup>24</sup>. But, unlike other types of goods, there are major factors that characterize them, such as subjectivity in the acts of creation and choice for consumption, and the fact that these goods would be non-exclusive and non-rival<sup>25</sup>. As it is highlighted by Paul Tolila<sup>26</sup>, there is “a relative disconnection between production costs and prices”, which Alain Herscovici<sup>27</sup> will detect in the phenomenon of the use of randomness and price, and a “logic of gifts” influenced by cultural policies and financial incentives to certain areas of the cultural sector. Nor can one deny that cultural goods have a public nature, since they are designed for collective enjoyment; therefore no matter their domain, they are indivisible.

---

23 ASCENSÃO, Inovação, criatividade e acesso à cultura, 2011, p. 293-300.

24 BARBALHO, A. *Textos nômades: política, cultura e mídia*. Fortaleza: BNB, 2008, p. 33

25 TOLILA, *Cultura e economia*, 2007, p. 29.

26 TOLILA, *Cultura e economia*, 2007, p. 32.

27 HERSCOVICI, A. *Economia da cultura e da comunicação*. Vitória: Fundação Ceciliano Abel de Almeida; UFES, 1995, p. 166-167.

What does that mean? Well, simply that the effects related to its consumption do matter much more as to the qualitative nature of the good than to quantity, in order to allow a diffuse set of people to enjoy them. Indeed, as it is known, access to culture in this country is asymmetric and unequal. According to Alain Herscovici<sup>28</sup>:

[...] the character of indivisibility does not imply the equality of individual utilities. As these are essentially symbolic, considering cultural goods, they depend ultimately on the structuring of classes. This asymmetry, linked to social distances, raises the problem of consistency of selection criteria and the contents related to public policies.

According to these variables, public policies must arise, in order to promote cultural goods in the creative economy that stimulates artistic innovation and cultural tendencies, and also to socialize the economic and cultural outcomes by demanding public access to public cultural equipments.

### **3 The institutionalization of creative economy policies in Brazil, and the relevance of Information Systems and Cultural Indicators**

From a constitutional perspective, it is possible to identify important foundations for the creative economy in Brazil, and to state's intervention at it. In the chapter of the fundamental rights, Article 5, item IX, of the 1988 Brazilian Constitution<sup>29</sup> establishes the free expression of the artistic activity. This means, first, that State must *prima facie* avoid imposing previous restrictions to the expression of art, and second, that the artist may work in a liberal economy of culture. The 1988 Brazilian Constitution states that the property of cultural works must remain with its author and it may be economically explored. This interpretation is reinforced by the provision of Article 5, item XXVII, of the 1988 Brazilian Constitution<sup>30</sup>. As Silva<sup>31</sup> states, this item entitles the authors

28 HERSCOVICI, *Economia da cultura e da comunicação*, 1995, p. 147.

29 Article 5. All persons are equal before the law, without any distinction whatsoever, Brazilians, and foreigners residing in the country being ensured of inviolability of the right of life, to liberty, to equality, to security and to property, on the following terms: [...] IX – the expression of intellectual, artistic, scientific, and communications activities is free, independently of censorship or license.

30 Article 5. [...] XXVII - the exclusive right of use, publication or reproduction of works rests upon their authors and is transmissible to their heirs for the time the law shall establish;

31 SILVA, J. A. *Comentário contextual à Constituição*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 119.



to the exclusive right to use, publish and reproduce its works. In other words, emphasizes that in Brazil the intellectual property rights pertain to its author.

Other provisions suggest the creation of a market of culture. Article 5, item XXIX, of the 1988 Brazilian Constitution<sup>32</sup> demands legislation to entitle authors of industrial inventions the exclusivity of its use and to give protection for industrial creations according to social interest and technological and economic developments. Although the content of this item faces some criticism about its relevance as a fundamental right<sup>33</sup>, it can be interpreted in a broader sense, including the creations of the various branches of the cultural industry – fashion, music, cinema etc. In advance, dealing with technology and innovation, Article 219 of 1988 Brazilian Constitution<sup>34</sup> states the relevance of actions that enforce cultural development inside the domestic market, assigned as a national patrimony. The market economy and the free competition system adopted by the Constitution must counterbalance with social well-being to establish a social market economy<sup>35</sup>, and this must apply to creative economy.

On state's intervention, it is necessary to underline that, as cultural goods can be dealt as property rights, they must comply with the social function of property, also defined in Article 5, item XXIII, of the 1988 Brazilian Constitution<sup>36</sup>. Hence, cultural works, depending on its relevance, must comply with social and environmental interests and regard its impacts to these branches. In this sense, these property rights have a deadline defined by law to enter the public domain. Also, they may also be subject to state's expropriation, as Article 5, item XXIV, of 1988 Brazilian Constitution<sup>37</sup> endorses. The 1941 Brazilian Law-Decree

---

32 Article 5. [...] XXIX - the law shall ensure the authors of industrial inventions of a temporary privilege for their use, as well as protection of industrial creations, property of trademarks, names of companies and other distinctive signs, viewing the social interest and the technological and economic development of the country.

33 SILVA, J. A. *Comentário contextual à Constituição*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 125.

34 Article 219. The domestic market comprises part of the national patrimony and shall be encouraged to make viable cultural and socio-economic development, the well-being of the population and the technological autonomy of Brazil, as provided by federal law.

35 SILVA, J. A. *Comentário contextual à Constituição*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 823.

36 Article 5 [...] XXIII – property shall observe its social function;

37 Article 5 [...] XXIV – the law shall establish the procedure for expropriation for



n. 3365 allows the expropriation procedure based on the public utility, but Silva<sup>38</sup> argues that it cannot be possible against the living author. The state's intervention on the economy, as well as the creative economy, is stated largely at Article 170 of 1988 Brazilian Constitution<sup>39</sup>, which organize the economic order, including the different frameworks on state's intervention, especially a regulatory and normative function, as established in Article 174<sup>40</sup>. In the chapter that handles with social communication, the 1988 Brazilian Constitution express some concerns over the mass media. Finally, Article 221<sup>41</sup> establishes some principles that impose limits to radio and television stations, by demanding the promotion of national and regional culture and the regionalization of cultural production.

Specifically to cultural goods, three constitutional provisions must be considered. First, Article 215, in its paragraph 3, of the 1988 Brazilian Constitution<sup>42</sup> demands the establishment by federal law of the National Culture Plan (PNC) with public initiatives to the

---

public necessity or use, or for social interest, with fair and previous pecuniary compensation, except for the cases provided in this Constitution;

- 38 SILVA, J. A. *Comentário contextual à Constituição*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 120.
- 39 Article 170. The economic order, founded on the appreciation of the value of human work and on free enterprise, is intended to ensure everyone a life with dignity, in accordance with the dictates of social justice, with due regard for the following principles:
- 40 Article 174. As the normative and regulating agent of the economic activity, the State shall, in the manner set forth by law, perform the functions of control, incentive and planning, the latter being binding for the public sector and indicative for the private sector.
- 41 Article 221. The production and programming of radio and television stations shall comply with the following principles: I – preference to educational, artistic, cultural and informative purposes; II – promotion of national and regional culture and fostering of independent productions aimed at their diffusion; III – regional differentiation of cultural, artistic and press production, according to percentages established in law; IV – respect for the ethical and social values of the person and the family.
- 42 Article 215. The state shall ensure to all people the full exercise of the cultural rights and access to the sources of national culture and shall support and foster the appreciation and diffusion of cultural expressions. [...] Paragraph 3 – The law shall establish the National Plan of Culture, with a multiannual duration, aiming at the cultural development of the country and at the integration of the public actions which lead to: I – defense and valorization of the Brazilian Cultural Heritage; II – production, promotion and diffusion of culture; III – formation of qualified personnel for the management of Culture in their multiple dimensions; IV – democratization of access to culture; V – valorization of ethnical and regional diversity. (Paragraph 3 added by Constitutional Amendment 48, enacted on August 10th 2005).

purpose of, *inter alia*, produce, promote and diffuse cultural goods and democratize its access. Second, while Article 216<sup>43</sup> defines what can be considered as the Brazilian cultural patrimony, its paragraph 3 demands law to foster the production and diffusion of cultural goods and values. Third, Article 216-A<sup>44</sup> creates the National System of Culture (SNC) in order to promote the full enjoyment of the cultural rights, and having, as its principles, the implementation of public policies for production, diffusion and circulation of cultural knowledge and goods.

State's intervention in Brazil is necessary for two major purposes: to drive the stakeholders of the culture market in order to promote, at certain level, the public interest over the quality and minimum content of cultural goods and services – thus promoting social development –, and to incentivate production and diffusion of cultural practices and assets which, although may not be valuable in the market or because of its higher social relevance, deserves to be collectively accessed. The lack of resources may be the biggest challenge for most of these cultural goods and services, and the state's intervention can use part of the economic outcomes of the culture market to foster other initiatives.

In the jurisprudence of the Supreme Court, about the intervention in the economic domain to ensure access to culture, the case concerning the constitutionality of a law that guarantees half-price for admission as the right of students within the Direct Unconstitutionality Action (ADI) n. 1950-3, Minister Carlos Ayres Britto as well as other culture economists, argued that cultural goods and values are subject to appropriation by economic actors; but they are diffuse goods subject to state protection, leaving the fulfilment of its social function to ensure students, especially children and adolescents, the rights to education, culture and leisure by either a direct or an oblique path. Cultural goods are collective goods, in spite of their private domain; for instance, monopolies, an exclusive condition conferred by copyright to creators

---

43 Article 216. The Brazilian cultural heritage consists of the assets of a material and immaterial nature, taken individually or as a whole, which bear reference to the identity, action and memory of the various groups that form the Brazilian society, therein included: [...] Paragraph 3. The law shall establish incentives for the production and knowledge of cultural assets and values.

44 Article 216-A. The National Culture System, organized within a framework of cooperation, in a decentralized and participatory manner, institutes a process of joint management and promotion of cultural policies, which shall be democratic and permanent, and agreed upon by the units of the Federation and society, aiming at fostering human, social, and economic development, with full exercise of cultural rights.

of intellectual works, are subject to limitations on the fulfilment of the social function or even when one is facing an abuse of the exercise of those rights<sup>45</sup>.

In accordance with this new global view of the cultural development as a factor of economic growth, creativity and knowledge as input to the inherent intellectual capital of individuals, and regarding the constitutional commitments, establishes in 2006 the Development Program of the Economy of Culture (PRODEC), the very first national cultural program in Brazil. The Program was organized in four action plans: collection and production of information, training of entrepreneurs, cooperatives, companies and mid-level technicians, business promotion and, finally, formulation of financial products<sup>46</sup>.

Also, the 2010 Federal Law n. 12343, which approves the PNC, mentions in the Article 1, item XI, the collaboration of public and private stakeholders for the development of the economy of culture as one of its principles<sup>47</sup>, and in Article 2, item IX, the development of the economy of culture and the domestic market as an objective of the PNC<sup>48</sup>. Later, in 2012, the Ministry of Culture announced the creation of another organism in its internal structure: Secretariat of Creative Economy. The jurisdiction of the new department was established in Article 17 of the Annex I of 2012 Federal Decree n. 7743, which modified the internal structure of the Ministry of Culture to promote the creative economy market.

Ministry of Culture also launched the Plan for such an organism containing policies, guidelines and actions for the four-year period (2011-2014). In its Appendix I, there is a strategic matrix on the challenges of seven creative sectors, namely: a) patrimony (split between material and immaterial heritages, archives and museums), b) cultural expressions (including handicrafts, popular, indigenous

45 ASCENSÃO, J. O. O direito autoral numa perspectiva de reforma. In: M. Wachowicz and M. J. P. Santos, eds. *Estudos de direito do autor e a revisão da lei dos direitos autorais*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010, p. 19.

46 PORTA, P. *Economia da cultura: um setor estratégico para o país*. Brasília: Ministério da Cultura, 2008, p. 6.

47 Article 1 The National Plan of Culture is approved, in accordance to Article 215, paragraph 3, of the Federal Constitution, contained in the Annex, with duration of 10 (ten) years and governed by the following principles: [...] XI - collaboration of public and private stakeholders for the development of the economy of culture;

48 Article 2. The objectives of the National Plan of Culture are: [...] IX - develop the economy of culture, the domestic market, the cultural consumption and the exportation of cultural goods, services and content;

and Afro-Brazilian cultures), c) performing arts (subdivided by circus, dance, theater and music), d) audio-visual (cinema), e) visual arts, f) publications and printed media (with books, reading and literature), and g) functional creations (the biggest genus, whose species are digital art, architecture, design, fashion and cultural management / production). All of these sectors are organized by five challenges: 1) data collection of creative economy; 2) articulation and incentives to creative enterprises; 3) education for creative competences; 4) production, circulation / distribution and consumption / fruition of creative goods and services; 5) creation / adequation of legal frameworks for creative sectors<sup>49</sup>.

There is no convergence as to its coverage, and considering the absence of non-tangential regulatory frameworks in relation to other sectors already accommodated by traditional cultural industries, as well as the analysis of the cultural economy, one cannot deny that the fundamental purpose of such an organism is the Republic's pursuit of national development. Thus, products arising from intellectual property foster technological and economic transformations in the name of social interest, along with the actions of the government, regarding trade policies. Also, production cycles of cultural goods make up the Brazilian internal market, a national heritage, and creative industries can facilitate the cultural development of the country.

However, four years later, the Federal Government concludes in may 2016 a final report of a project in partnership between the Ministry of Culture and UNESCO on the development of the National Program of Economy of Culture (PNEC). As the final report points out, after the conclusion of the previous plan for creative economy in 2014, the former perspective of economy of culture, initiated between 2003 and 2010, based on the "need to operate policies related to the economic dimension of culture permeated by the whole Ministry, and not just restricted to a more finalistic unit"<sup>50</sup>. Later in the same year, the 2016 Federal Decree n. 8837, signed by the new President of Brazil, former Vice-President Michel Temer, extinguished the Secretariat within the Ministry of Culture, replacing it with the Secretariat of the Economy of Culture, with similar jurisdiction stated at Article 16 of its Annex I.

---

49 BRASIL. Ministério da Cultura. *Plano da Secretaria da Economia da Cultura: políticas, diretrizes e ações 2011 a 2014*. 2. ed. Brasília: Ministério da Cultura, 2012, p. 145-154

50 BRASIL. Ministério da Cultura. *Desenvolvimento do Programa Nacional de Economia da Cultura: Relatório Final*. Brasília: Ministério da Cultura, 2016, p. 3.

But more recently, by 2018 Federal Decree n. 9411, the Secretariat of Creative Economy was reinstated, replacing the Secretariat of the Economy of Culture, asserting that the conception of creative economy is more suitable. The different jurisdictions of the secretariats through the decrees can be comparatively analyzed as shown in the Table 1.

Table 1 – Comparative analysis of the Secretariats' jurisdictions related to creative economy or to economy of culture

<b>Article 17 of the Annex I of 2012 Federal Decree No. 7743</b>	<b>Article 16 of the Annex I of 2016 Federal Decree No. 8837</b>	<b>Article 15 of the Annex I of 2018 Federal Decree No. 9411</b>
Article 17. The Secretariat of Creative Economy shall:	Article 16. The Secretariat of the Economy of Culture shall:	Art. 15. The Secretariat of the Creative Economy shall:
I - propose, conduct and subsidize the elaboration, implementation and evaluation of plans and public policies for the development of the Brazilian creative economy;	I - propose, conduct and subsidize the elaboration, implementation and evaluation of plans and public policies for the development of the culture economy in Brazil;	I - propose, conduct and subsidize the formulation, implementation, monitoring and evaluation of plans and public policies to strengthen the economic dimension of Brazilian culture;
II - plan, promote, implement and coordinate actions for the development of the Brazilian creative economy;	II - plan, promote, implement and coordinate actions for the development of the economy of culture in the country, in all segments of the production chain;	II - plan, promote, implement and manage actions necessary for the development of the Brazilian creative economy;
		V - articulate and propose the creation and adaptation of mechanisms directed to the institutional consolidation of legal frameworks in the field of creative economy;
III - formulate and support actions for the training of professionals and creative entrepreneurs and qualification of enterprises of the creative sectors;		VII - plan, propose, formulate and support actions aimed at the training of professionals and entrepreneurs of the cultural field and the qualification of enterprises of the productive sectors of culture;

<p>IV - formulate, implement and articulate lines of financing of actions of the creative sectors to strengthen their productive chain;</p>	<p>III - formulate, implement and articulate lines of financing for cultural enterprises;</p>	
<p>V - formulate and implement business tools and models of creative enterprises, alone or in partnership with public or private organizations;</p>	<p>IV - contribute to the formulation and implementation of sustainable business tools and models for cultural enterprises;</p>	<p>VI - plan, propose, formulate and implement tools, business models and socio-economic technologies, alone or in partnership with public or private organizations, to boost competitiveness, innovation, sustainability and internationalization of the economic and cultural sectors;</p>
<p>VI - institute programs and projects to support actions of the creative sectors, their professionals and entrepreneurs, to articulate and strengthen micro and small creative enterprises;</p>	<p>V - institute and support actions to promote Brazilian cultural goods and services in Brazil and abroad;</p>	
<p>VII - subsidize actions to promote Brazilian creative goods and services in national and international events, in articulation with the International Relations Board;</p>		<p>VIII - subsidize actions to promote Brazilian creative goods and services in national and international events, in articulation with the other units of the Ministry and with other organs and entities of the public administration in the federal, state, district and municipal spheres;</p>
<p>VIII - monitor the elaboration of international treaties and conventions on creative economy, in articulation with other public and private bodies and organizations;</p>	<p>VI - monitor the elaboration of international treaties and conventions on subjects related to the economy of culture, in conjunction with the Ministry of Foreign Affairs and other public and private bodies and agencies;</p>	<p>IX - monitor and support the elaboration of international treaties and conventions on creative economy and technical exchange actions, in conjunction with the Department of International Affairs and in liaison with other public and private bodies and agencies;</p>

IX - support actions to intensify technical and management exchanges of the creative sectors with foreign countries;		
X - promote the identification, creation and development of creative poles, cities and territories in order to generate and enhance new ventures, work and income in the creative sectors;		
XI - articulate and lead the mapping of Brazil's creative economy to identify vocations and opportunities for local and regional development;	VII - articulate and conduct the mapping of the Brazilian culture economy, with a view to identifying vocations, vulnerabilities, opportunities and challenges to the development of the sector and its full integration into the international market of cultural goods and services;	
XII - create mechanisms for the institutional consolidation of regulatory instruments in the creative economy sector;	VIII - coordinate the formulation and implementation of the Ministry of Culture policy on copyright and create mechanisms for the institutional consolidation of measures and instruments for regulating the culture economy;	X - create mechanisms of institutional consolidation of measures and instruments of regulation and incentive of the creative economy;
XIII - articulate with public agencies the insertion of the theme of the creative economy in its fields of activity;		III - articulate with federal, district, state and municipal public agencies the insertion of the theme of the creative economy in their scope of action;
XIV - subsidize the other organs of the Ministry and related entities in the formulation of policies for the promotion of the Brazilian creative economy;	IX - subsidize the other organs of the Ministry of Culture and their related entities in the formulation of policies for the promotion of the Brazilian culture economy; and	IV - subsidize the other units of the Ministry and its related entities in the process of formulating public policies related to the Brazilian creative economy;

		XI - formulate policies and guidelines for the production and broad access to books and reading and activities related to the promotion and dissemination of the book;
		XII - promote the National Reading Incentive Program established by Decree No. 519 of May 13, 1992, to implement the National Book and Reading Plan and to coordinate the National System of Public Libraries established by Decree No. 520 of May 13, 1992; and
	X - conclude and carry out the rendering of accounts and of covenants, agreements and similar instruments involving the transfer of funds from the General Budget of the Union within its area of activity.	XIII - plan and carry out actions related to the celebration, monitoring and accountability of covenants, agreements and other similar instruments, including those involving the transfer of financial resources, within its area of activity.

Font: elaborated by the authors.

From the comparative analysis, it allows one to infer some conclusions. Manily, that the vision of the economy of culture may not be the best approach to cultural public policies, because the same government went back on its decision just two years later. However, the claimed proposal of integration of the Secretariat with other departments, internal and external from the Ministry, was considered in the recent decree. Also, while some of the original jurisdiction maintained whrough decrees changes and others were recovered from the first model, issues regarding lines of financing, programs and projects for promotion of cultural goods and services, technical and management exchanges with foreign countries, creative centers and cities, and the mapping of the creative economy just disappeared. On the contrary movement, jurisdiction on institutional consolidation of legal frameworks, and on books, reading and public libraries, were added.

It must be noted that the 2012 Secretariat of Creative Economy had two divisions: the Board of Development and Monitoring and the Board of Entrepreneurship, Management and Innovation; the 2016



Secretariat of Economy of Culture, instead, had a threefold subdivision: the Department of Sustainability and Innovation, the Department of Productive Strategy and the Department of Intellectual Rights; at last, the new 2018 Secretariat of Creative Economy came back with a couple of bodies: the Department of Cultural Entrepreneurship and the Department of Book, Reading, Literature and Libraries.

The complexity of culture, at first glance, may lead to the assertion that culture is something immeasurable. However, when it comes to cultural management, there is no way to formulate, plan and implement public policies without information and indicators of what culture is and how it works. Therefore, it is necessary that the Public Power follows guidelines for their actions through qualitative and quantitative analyses, as without them we would continue at the stage of timely, uncoordinated and unmonitored operations. With no proper data, it becomes impossible to assess the effectiveness of plans, programs, funding and administrative organization. These are the justifications for the existence of a Unified Information System and indicators that can encourage states and municipalities to create their assessment parameters. By feeding such a system, the weaknesses of the cultural administration can be identified, as well as criteria for resource allocation between the segments within the National Culture System can be created.

A partnership between the Brazilian Institute of Geography and Statistics (IBGE) and the Ministry of Culture implemented in 2004 the System of Information and Cultural Indicators (SIIC), to collect data on the production of cultural goods and services, government and family spendings on culture. As a result, three reports were elaborated, covering data from 2003 to 2010. The latest one published in 2013, regarding the 2007-2010 period, highlights the increasing of public spending in the cultural sector, not only from the federal government, but also from state governments<sup>51</sup>.

Considering the relevance of the SIIC for the formulation of cultural public policies, the 2010 Federal Law n. 12343 created the National System of Information and Cultural Indicators (SNIIC), a tool for the Ministry of Culture to monitor and periodically evaluate the guidelines and targets of the PNC, characterized by mandatory filling by the federative entities, declaratory nature, computerized processes,

---

51 IBGE. *Sistema de Informações e indicadores culturais: 2007-2010*. Rio de Janeiro: IBGE, 2013, p. 125. (Estudos e Pesquisas, 31)

and publicity and transparency (Article 10<sup>52</sup>). According to Article 9<sup>53</sup> of the legal bill that established it, the objectives of this subsystem of the SNC include:

a) collection, systematization and interpretation of data, the provision of methodologies and the setting of benchmarks to measure the activity of culture and the social needs for culture, thus enabling the formulation, monitoring, management and evaluation of culture public policies and cultural policies in general, checking and streamlining the implementation of the PNC and its revision on schedule;

b) the availability of statistics, indicators and other pieces of information that are relevant to characterize the offer and demand of cultural goods, aiming to build models of economics and sustainability of culture, to adopt mechanisms for induction and regulation of economic activity in the cultural field, and to support public and private cultural managers;

c) monitoring and evaluation of cultural policies, ensuring the public authorities and civil society to monitor the performance of the PNC.

Declarant authorities are responsible for entering data into the statement program and for the accuracy of the information entered in the database. The systematization of contents serves the monitoring and analysis programs of the National Culture Plan.

---

52 Article 10. The National System of Information and Cultural Indicators (SNIIC) shall have the following characteristics: I - mandatory insertion and permanent updating of data by the Federal Government and the States, Federal District and Municipalities that have joined the Plan; II - declaratory character; III - computerized processes of declaration, data storage and extraction; IV - wide publicity and transparency for the information declared and systematized, preferably in digital means, updated technologically and available on the World Wide Web.

53 Article 9. The National System of Information and Cultural Indicators (SNIIC) is created with the following objectives: I – to collect, systematize and interpret data, to provide methodologies and to establish parameters for the measurement of the activity of the cultural field and the social needs for culture, that allow the formulation, monitoring, management and evaluation of public cultural policies and cultural policies in general, verifying and rationalizing the implementation of the PNC and its revision in the anticipated deadlines; II – to provide statistics, indicators and other relevant information to the characterization of demand and supply of cultural goods, for the construction of models of economy and sustainability of culture, for the adoption of induction and regulation mechanisms for the economic activity in the cultural field, giving support to public and private cultural managers; III - to exercise and facilitate the monitoring and evaluation of cultural public policies and cultural policies in general, assuring to the public power and to civil society the monitoring of PNC performance.

## 4 Conclusion

With its ups and downs, the Secretariat of Creative Economy cannot be turned into a spokesperson of the cultural industries, since its primary purpose must be to show sustainable economic and social alternatives to the multiple possibilities of those who operate outside the market or even to those seeking to overcome it from organizations whose pillars are solidarity, diversity and democratic access practices. Moreover, one cannot forget that not everything in culture needs to be economically viable and valued, once the symbolic dimension of culture for certain groups and individuals is valid for itself.

Therefore, it is necessary that the government have guidelines for their actions through qualitative and quantitative analyses of the creative industries, without which we would continue at the stage of timely, uncoordinated and unmonitored operation. With no data available, it remains impossible for one to assess the effectiveness of stimulus to the creative economy and its inclusion as subject matter of plans, programs and funding. It would also be innocuous to justify its relevance within today's Brazilian Public Administration of Culture. These are the justifications for the existence of an Information System and Unified Indicators able to encourage municipalities, along with the State and the Union, to establish assessment parameters. This is possible by feeding such a system, so it can find the weaknesses of the cultural administrative organization, create links and partnerships between different federal levels and economic areas involved with culture, or even create criteria for the distribution of resources between the parties of the National Culture System, leading to the opportunity of strengthening the less developed regions of the country and reducing the abysmal inequality that exists today.

What can be concluded about the situation in Brazil is that efforts were made in order to implement an agenda for the creative economy, but the variability of the conception of the Secretariat – sometimes as creative economy, sometimes as economy of culture – may have diffculted the accomplishments. Economic incentives were made, and the numbers apperared in the indicators of the information systems show that progress has been made, but by a very slow pace, unsuitable for the Brazilian potential.

## References

ADORNO, T. W.; HORKHEIMER, M. *Dialética do esclarecimento*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985.

ASCENSÃO, J. O. O direito autoral numa perspectiva de reforma. In: WACHOWICZ, M.; SANTOS, M. J. P. (eds). *Estudos de direito do autor e a revisão da lei dos direitos autorais*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010, 15-54.

ASCENSÃO, J. O. Inovação, criatividade e acesso à cultura. In: GOMES, C. A.; RAMOS, J. L. B. (Ed.). *Direito da cultura e do patrimônio cultural*. Lisboa: AAFDL, 2011, 289-315.

BARBALHO, A. *Textos nômades: política, cultura e mídia*. Fortaleza: BNB, 2008.

BENJAMIN, W. *Magia e técnica, arte e política: ensaios sobre literatura e história da cultura*. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1987.

BENHAMOU, F. *A economia da cultura*. Cotia: Ateliê, 2007

BOTELHO, I. Criatividade em pauta: alguns elementos para reflexão. In: MINISTÉRIO DA CULTURA. *Plano da Secretaria da economia criativa: políticas, diretrizes e ações 2011 a 2014*. Brasília: MINC, 2011, 87-92.

BOURDIEU, P. *A economia das trocas simbólicas*. 6nd ed. São Paulo: Perspectiva, 2005.

BRASIL. Ministério da Cultura. *Desenvolvimento do Programa Nacional de Economia da Cultura: Relatório Final*. Brasília: Ministério da Cultura, 2016.

BRASIL. Ministério da Cultura. *Plano da Secretaria da economia da cultura: políticas, diretrizes e ações 2011 a 2014*. 2. ed. Brasília: Ministério da Cultura, 2012.

BUCK-MORSS, S. *Origem de la dialéctica negativa: Theodor W. Adorno, Walter Benjamin y el Instituto de Frankfurt*. Buenos Aires: Eterna Cadencia, 2009.

FURTADO, C. A economia da cultura. In: ÁLVAREZ, G. O. (Ed.). *Indústrias culturais no Mercosul*. Brasília: Instituto Brasileiro de Relações Internacionais, 2003, p. 11-13.



- HERSCOVICI, A. *Economia da cultura e da comunicação*. Vitória: Fundação Ceciliano Abel de Almeida; UFES, 1995.
- HUNTINGTON, S. P. *O choque das civilizações e a ordem econômica mundial*. Rio de Janeiro: Objetiva, 1996.
- IANNI, O. *Imperialismo e cultura*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1976.
- IBGE. *Sistema de Informações e Indicadores Culturais: 2007-2010*. Rio de Janeiro: IBGE, 2013, p. 125. (Estudos e Pesquisas, 31)
- MARCUSE, H. *Tecnologia, guerra e fascismo*. São Paulo: UNESP, 1999.
- MEISEL, J. Political culture and the politics of culture. *Canadian Journal of Political Science* [online], v. 7, n. 4, dec. 1974, p. 601-615. Available from: <http://www.jstor.org/stable/3230568>. Accessed on: 2 jan. 2018.
- MIGUEZ, P. Economia criativa: uma discussão preliminar. In: NUSSBAUMER, G. M. (Ed.). *Teorias e políticas da cultura: visões multidisciplinares*. Salvador: EDUFBA, 2007, p. 95-114.
- MIRANDA, J. Notas sobre cultura, constituição e direitos culturais. In: GOMES, C. A.; RAMOS, J. L. B. (Ed.). *Direito da cultura e do patrimônio cultural*. Lisboa: AAFDL, 2011, 157-181.
- MORIN, E. *Cultura de massas no século XX: o espírito do tempo 1: neurose*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- PORTA, P. *Economia da cultura: um setor estratégico para o país*. Brasília: Ministério da Cultura, 2008.
- UN [United Nations]. *Rapport sur l'économie créative 2008 – le défi d'évaluer l'économie créative: vers une politique éclairée*. Genebra: UNCTAD and DITC, 2008.
- ORTIZ, R. *Mundialização e cultura*. São Paulo: Brasiliense, 2000.
- SIBILLA, P. *La intimidad como espectáculo*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica de Argentina, 2009.
- SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOUZA, A. R. Os marcos legais da economia criativa. *In*: Ministério da Cultura, ed. *Plano da Secretaria da economia criativa: políticas, diretrizes e ações 2011 a 2014*. Brasília: MINC, 2011, 124-125.

TOLILA, P. *Cultura e economia*. São Paulo: Iluminuras and Itaú Cultural, 2007

# AS NOVAS FAMÍLIAS POR PROJETOS PARENTAIS ASSISTIDOS HETERÓLOGOS: UMA PONDERAÇÃO SOBRE O ACESSO E OS CRITÉRIOS CONCERNENTES À ESCOLHA DO DOADOR DE GAMETAS

*THE NEW FAMILIES BY HETEROLOGICAL ASSISTED PARENT PROJECTS: A PONDERATION ON ACCESS AND CRITERIA CONCERNING THE CHOICE OF THE GAMETER DONOR*

Ana Thereza Meirelles<sup>I</sup>   
Thais Novaes Cavalcanti<sup>II</sup> 

<sup>I</sup> Universidade Católica do Salvador (UCSal), Programa de Pós-Graduação em Direito Fundamentais e Alteridade da UCSal, Salvador, BA, Brasil. Doutora em Relações Sociais e Novos Direito. E-mail: anatherezameirelles@gmail.com

<sup>II</sup> Universidade Católica de Salvador (UCSal), Programa de Pós-Graduação em Direito Fundamentais e Alteridade da UCSal, Salvador, BA, Brasil. Doutora em Direito Constitucional. E-mail: tncav@uol.com.br

DOI: <http://dx.doi.org/10.20912/rdc.v14i32.2929>

Recebido em: 10.01.2019

Aceito em: 28.02.2019

**Resumo:** Artigo destinado a analisar o uso do procedimento de reprodução heteróloga assistida como um mecanismo de composição das novas formas de família. Tem-se como objetivo evidenciar que o procedimento tem legitimidade para concretizar projetos assistidos de monoparentalidade ou biparentalidade entre pessoas do mesmo sexo. Busca-se, assim, compreender quais são os critérios adequados para escolher o doador de gametas nos projetos heterólogos mencionados. Quanto à metodologia, a pesquisa é de natureza teórica, consistindo em predominância por levantamento bibliográfico e partindo do uso do método hipotético-dedutivo. A ausente disciplina legal e a insuficiente disciplina da resolução do Conselho Federal de Medicina colaboram para a inexistência de parâmetros impeditivos no que tange à promoção de escolhas neoeugênicas ou pautadas em motivações

**Abstract:** Article intended to analyze the use of the heterologous reproduction procedure assisted as a mechanism for composing the new forms of family. The objective is to demonstrate that the procedure has the legitimacy to concretize assisted projects of single parenting or biparentality between people of the same sex. The aim is to understand the proper criteria for choosing the gametes donor in the heterologous projects mentioned. As for the methodology, the research is theoretical in nature, consisting of predominance by bibliographical survey and starting from the use of the hypothetical-deductive method. The absence of legal discipline and insufficient discipline in the resolution of the Federal Council of Medicine collaborate in the absence of impeding parameters regarding the promotion of neogenetic choices or based on unjustifiable motivations, which points

não justificáveis, o que aponta para a conclusão de que é necessário estabelecer os limites demarcadores à realização de tal possibilidade seletiva.

**Palavras-chave:** Direito de família. Novos projetos parentais. Reprodução heteróloga. Escolha do doador de gametas Neoeugenia.

to the conclusion that it is necessary to establish the limits to the realization of such a selective possibility.

**Keywords:** Family law. New parental projects. Heterologous reproduction. Choice of gametes donor. New eugenics.

**Sumário:** 1 Introdução; 2 A família sob o prisma contemporâneo e o acompanhamento paralelo pelo direito; 3 Projetos parentais e procedimentos de procriação assistida; 4 O uso da doação de gametas para consecução de projetos parentais não convencionais; 4.1 Monoparentalidade programada e reprodução por casais do mesmo sexo; 4.2 Os parâmetros de escolha; 5 Conclusão. Referências.

## 1 Introdução

Os procedimentos médicos de reprodução humana assistida, fortalecidos pelas descobertas que propiciaram a consolidação do conhecimento genético, podem ser concretamente considerados como instrumentos auxiliares para formação da família contemporânea. Com isso, não há que se pensar, naturalmente, que a presença de filhos seja um elemento essencial à constatação da existência de uma família. Por isso, reafirma-se que a procriação assistida é um instrumento de função apenas auxiliar, capaz de contribuir para o surgimento de novas formas de família contemporâneas.

Possibilidades distintas, motivadas por demandas diversas, justificam a procura pelos procedimentos médicos assistidos, considerando, inclusive, a última regulamentação, por meio de resolução específica, no ano retrasado, pelo Conselho Federal de Medicina.

A procura pelos procedimentos pode ser justificada pela impossibilidade biológica de procriação por um dos genitores, o que pode ser resolvido com tratamentos que insistam no uso dos gametas no próprio casal, ou, em certas circunstâncias, em procedimentos que partam para o uso de material genético doado. A procura também pode ser motivada pela opção sexual do casal que deseja mover o projeto parental, de modo que duas pessoas do mesmo sexo podem optar pelo uso de material genético doado para concretizar uma gestação. Há ainda que se registrar a possibilidade de procriação por monoparentalidade programada, quando o projeto parental é apenas movido por decisão de uma única pessoa, conduta comumente conhecida como “produção independente”.



Disso então resulta que a reprodução assistida com o uso de célula germinativa doada (portanto na forma heteróloga) é a emergente alternativa à falibilidade dos procedimentos homólogos (os que usam as células do casal ou da pessoa demandante). A forma heteróloga de reprodução demanda a existência de um terceiro anônimo, a fim de resolver o problema decorrente da ausente viabilidade do gameta de quem deseja procriar, corroborando a ideia de que o vínculo biológico jamais deve ser concebido como o único liame formador da família.

Depreende-se naturalmente que o recurso da doação de material germinativo é um instrumento capaz de contribuir significativamente para a formação de novas famílias, no entanto, através desta pesquisa, buscase apontar os desdobramentos de tal possibilidade, tendo em vista a inexistência de parâmetros legais que apontem para os critérios que devem envolver a escolha de tais doadores. Há potencial possibilidade de que a escolha do doador seja feita a partir das suas características externas ou do seu aspecto físico e/ou estético, ou, ainda, sem qualquer tipo de liame específico, com base apenas no fato de que haja, no banco de doadores, apenas pessoas com determinadas características, fatos que demandam uma análise de natureza ético-jurídica.

Esta pesquisa tem natureza teórica e pressupõe levantamento bibliográfico consistente, considerando a discussão da temática, ainda não regulamentada pelo direito brasileiro, fora do país. Parte-se de uma análise metodológica à luz da proposta hipotético-dedutiva, com vistas à identificação da solução ao problema descrito.

## **2 A família sob o prisma contemporâneo e o acompanhamento paralelo pelo Direito**

Regulamentar novas formas de família nem sempre foi tarefa fácil para o Direito. Isto porque a regulamentação demanda o repensar de valores ou de uma moralidade tradicionalmente considerada pela norma. Recepcionar novas formas de família do ponto de vista normativo representa a ruptura com tradicionalismos e argumentos históricos.

Cabe o registro de que o Direito encontra dificuldade para “alcançar e manter uma convergência de valores sobre certas matérias em um contexto de conflito e diversidade, porque o próprio antagonismo é estimulado nas sociedades democráticas”. O Direito na busca por um consenso possível não deve ignorar essa conjuntura, posto que “a própria democracia deve criar espaço para a expressão de valores e

interesses conflitantes”<sup>1</sup>. A regulamentação da família pelo Direito deve ser o reflexo dessa multiplicidade, que envolve valores e demandas diferentes, e fomenta a sociedade plural.

Acrescente-se o importante fato de que “*las reformas productivas apoyadas en la introducción de innovaciones científicas y la ayuda de la financiarización de la economía ponen la vida en toda su consistencia geo-bio-neuro-fisiológica en el centro del debate para la biopolítica*”. Assim, no âmbito das decisões reprodutivas, passou-se também a discutir questões relacionadas aos conflitos biopolíticos e consequentemente bioéticos. Dessa maneira, pode-se ter em conta que o corpo “*aparece como un territorio en disputa estratégico, es el lugar donde se expresan las profundas transformaciones tecnocientíficas (particularmente las biotecnológicas), eje privilegiado para las estrategias, mecanismos y dispositivos de la actual bioeconomía y el biopoder*”<sup>2</sup>.

As principais descobertas do século XX portaram-se como revolucionárias para as ciências da vida. Dentre as principais, estão a possibilidade de manipulação genética, de clonagem, a formação dos bancos de dados genéticos e as inovações biotecnológicas em projetos assistidos de reprodução dentre outras. “Tais descobertas não se destinaram apenas à cura de doenças, mas alcançaram o meio ambiente e a vida natural do planeta, abrangendo todos os gêneros e espécies de vida. Já as descobertas genéticas e genômicas ganharam destaque pois exibem relação direta com os processos vitais”<sup>3</sup>.

O contexto de discussão que ora se apresenta parte justamente desse pressuposto. A possibilidade de determinar o surgimento de novas vidas, através de projetos parentais assistidos não convencionais, é umas das consequências desse plexo de descobertas.

- 1 MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Direito Penal e biotecnologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 46-47.
- 2 TORRES, Edgar Novoa. Las nuevas realidades del bios/zoe del cuerpo, entre la bioética y la Biopolítica. *Revista Latino-americana de Bioética*, v. 14, n. 1, edição 26, p. 98-113, 2014. Disponível em: <https://revistas.unimilitar.edu.co/index.php/rubi/article/view/499/269>. Acesso em: 22 fev. 2019, p. 100.
- 3 DIAS, Jefferson Aparecido; SORRILHA, Rubia Cristina. Biopolítica e o melhoramento genético: uma reflexão na sociedade biotecnológica. *RBDA*, Salvador, v. 13, n. 01, p. 149-189, jan./abr. 2018. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/26183/15864>. Acesso em: 23 fev. 2019, p. 175-176.

Pregar a busca e o respeito pela pluralidade, enquanto uma realidade atual, pressupõe o despertar de uma consciência sobre as múltiplas opressões históricas que se revelaram pela violação da autonomia dos seres humanos em diferentes espectros sociais e pessoais, se levados em consideração situações que podem envolver, por exemplo, o direito ao próprio corpo, à integridade psíquica e moral, à orientação sexual.

A forma com que o direito de família hoje caminha, seja no âmbito legal, jurisprudencial ou doutrinário, deslinda para sua plena libertação, pautado no reconhecimento da autonomia como elemento que não pode ser desconsiderado em prol da manutenção de excessivas intervenções estatais normativas em relações íntimas ou privadas que não se justificam.

Sabe-se, no entanto, conforme Giselda Hironaka, que, para o Direito, “aquilo que se apresentar de modo repetitivo, encaixado em formulações pré-estabelecidas, aquilo que se multiplicar tantas vezes quanto seja desejável fazê-lo, tende a parecer mais seguro e, daí então, deve decorrer a idéia de segurança jurídica”<sup>4</sup>. Este pressuposto evidencia o quanto é custoso romper paradigmas, transformar entendimentos e renovar interpretações no âmbito da pragmática jurídica.

A autora prossegue refletindo sobre o fato de que nossa legislação não tem se mostrado capaz de acompanhar “a evolução, a velocidade e a complexidade dos mais diversos modelos de núcleo familiares que se apresentam como verdadeiras entidades familiares”, e essa inércia do Poder Legislativo tem desembocado em “um proficiente ativismo do Poder Judiciário, cuja atuação eficiente tem estabelecido o liame imprescindível entre as expectativas sociais e o ordenamento jurídico”<sup>5</sup>. Coube, sobretudo nos últimos dez anos, ao Judiciário atender às demandas sociais relacionadas às novas formas de constituição de famílias, seja em relação à formação de casais ou em relação à constituição de projetos parentais não convencionais e ao reconhecimento da filiação não biológica.

---

4 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Sobre peixes e afetos: um devaneio acerca da ética no direito de família*. Palestra proferida no V Congresso Brasileiro do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, em 27/10/2006. Disponível em: [http://www.ibdfam.org.br/\\_img/congressos/anais/18.pdf](http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/18.pdf). Acesso em: 6 jul. 2018.

5 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Família Paralelas. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, jan. 2013, v. 108, p. 200.

A Constituição admitiu a pluralidade das entidades familiares, recepcionando as manifestações afetivas de variadas naturezas, como o casamento, a união estável e a família monoparental. As múltiplas possibilidades de arranjos familiares encontram proteção em âmbitos constitucional e infraconstitucional com fundamento na afetividade, compreendida como um princípio ou como um valor abraçado pela ordem jurídica, e na dignidade da pessoa humana, refratária da discriminação e do segregacionismo. Nesse liame, se não há empecilhos ao reconhecimento jurídico da pluralidade das formas de famílias, também não há sentido em cercear o acesso às técnicas de procriação humana artificial aos indivíduos que almejam a constituição de uma família, seja ela monoparental ou biparental entre pessoas do mesmo sexo.

Acrescente-se, ainda, a importância de se conceber um direito de família onde as relações parentais não se consubstanciem apenas pelo sangue, de modo que “a filiação é um fenômeno muito abrangente e complexo, que não se afirma, somente, pelos laços genéticos”<sup>6</sup>. Resta superada qualquer concepção que vise condicionar o sentido de família à identificação da vinculação biológica ou de atribuir a esta condição preferência. O movimento da sociedade que coloca o afeto como o vetor essencial para formações de família, em seu sentido mais profundo, foi nitidamente contemplado pela possibilidade de usar os procedimentos de reprodução assistida no Brasil.

### **3 Projetos parentais e procedimentos de procriação assistida**

As possibilidades originadas pela evolução médico-científica na área da procriação assistida viabilizaram a concretização de projetos parentais variados, seja por conta de impossibilidades biológicas, motivadas pelo diagnóstico de esterilidade ou infertilidade, ou, ainda, por motivações outras, como é o caso da monoparentalidade programada, popularmente conhecida como “produção independente”, ou, ainda, no caso de projeto parental que envolvam pessoas do mesmo sexo.

Os anseios sociais, justificados pelas novas demandas pessoais, passaram a evidenciar o necessário afastamento da intervenção estatal

---

6 VELOSO, Zeno. A dessacralização do DNA. *In: A Família na Travessia do Milênio. Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família*. IBDFAM, Belo Horizonte, 2000, p. 197.

no que concerne ao desenvolvimento das relações de natureza privada. O Direito, enquanto ciência e enquanto sistema, passou a compreender que era necessário uma intervenção mínima e justificada do Estado quando se constatassem questões que versem sobre aspectos íntimos, pessoais e privados do ser humano, considerado em sua individualidade, em sua essência.

O art. 226, §7º, da Constituição Federal, determina que “o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas”. O dispositivo foi regulamentado pela Lei 9.263/1996, segundo a qual planejamento familiar é “o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”, ficando proibidas políticas com fulcro em qualquer tipo de controle demográfico. Assim, o Estado passou a reconhecer com precisão que a decisão procriativa não pressupõe qualquer intervenção de sua competência, deixando a cargo dos particulares o momento em que a mesma deve ocorrer, a forma com que será concretizada e a quantidade de filhos que se deseja ter.

Mesmo sendo um direito normativamente assegurado, o livre planejamento familiar não minou as discussões sobre a incidência de limites éticos e normativos sobre algumas decisões reprodutivas. Disso então resulta digressões doutrinárias que versam sobre a condição normativa da procriação, se de fato se trata se um direito ou de mera faculdade. Encarna Roca i Trías afirma que “quando se discute, nos diferentes países, a necessidade de dar ou não suporte legal para a utilização das técnicas de reprodução assistida, em alguns coloca-se a questão da base da existência de um hipotético direito a procriar, direito a ter filhos, que derivaria do próprio direito à vida, além do direito à privacidade [...]”<sup>7</sup>.

Eduardo Oliveira Leite afirma que não existe um direito a ter filhos. Para ele, “o que há é uma liberdade de ajudar o semelhante (estéril) a ter um. O direito a ter filhos quando se quer, como se quer, e em qualquer circunstância é reivindicado como um direito fundamental”,

---

7 ROCA i TRÍAS, Encarna. Direitos de reprodução e eugenia. In: CASABONA, Carlos María Romeo (Org.). *Biotecnologia, Direito e Bioética*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 101.

mas é somente “a expressão de uma vontade exacerbada de liberdade e de plenitude individual em matérias tais como o sexo, a vida e a morte”<sup>8</sup>.

Seguindo este mesmo caminho, há quem entenda que “*no existe un derecho a tener un hijo, porque ninguna persona humana es debida a otra, como si fuera un bien instrumental. Los cónyuges tienen derecho a los actos naturales que conducen a la procreación, pero no derecho a la procreación efectiva*”<sup>9</sup>. Os atos que conduzem à concretização da procriação são, sim, o direito existente, afastando-se qualquer ideia, neste sentido, da procriação como o objeto de direito.

Dentro da relação contratual que envolve os procedimentos de reprodução humana assistida, deve-se atentar para pontos relevantes. Mary Warnock sinaliza para o fato de que, “*en el contexto de la reproducción asistida, el único derecho que podría reclamarse de modo razonable sería el derecho a intentar un hijo*”<sup>10</sup>. Assim, o direito pertinente à relação é o direito de tentar ter um filho. Não recai sobre a procriação a condição de necessidade que possa gerar a obrigação de satisfação do mesmo modo que uma obrigação de nutrição, por exemplo. Prossegue a autora afirmando que não se pode admitir a existência de um direito a qualquer coisa simplesmente por ser profundamente desejada. Logo, também, há de se pensar que não se pode atribuir ao Estado a função de custeio imediato dos projetos parentais daqueles que demandam o uso do procedimento, pois a reprodução não pode ser considerada como um direito fundamental nem como uma necessidade universal que gera um direito concretamente reivindicável<sup>11</sup>.

A possibilidade de aumentar o rol das obrigações do Estado, no que tange à cobertura dos procedimentos assistidos de procriação, ganhou projeção no plano das discussões bioéticas e biojurídicas a partir da reconstrução da ideia sobre um adequado conceito de saúde. Ressalvado o fato de que a discussão é carecedora de importante aprofundamento, não sendo o objeto real deste artigo, sabe-se tendente o

---

8 LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.356.

9 VEGA J.; VEGA M.; MARTINEZ Baza P. El hijo en la procreación artificial. Implicaciones éticas y medicolegales. *Cuadernos de Bioética*, 1995.p.65.

10 WARNOCK, Mary. *Fabricando bebés*. Tradução de José Luis López Verdú. Barcelona: Gedisa Editorial, 2004, p.23.

11 WARNOCK, Mary. *Fabricando bebés*. Tradução de José Luis López Verdú. Barcelona: Gedisa Editorial, 2004.

alargamento do conceito de saúde, considerando o espectro psicológico e de bem-estar do ser humano.

Assim, há quem entenda existir um direito ao acesso às técnicas de reprodução humana assistida, tendo em vista, justamente, a consideração do direito à saúde também sob o ponto de vista do bem-estar psíquico, e não somente calcado numa concepção estrita de enfermidade biológica ou de uma patologia física<sup>12</sup>. Quando incidentes situações de infertilidade ou de transmissão de doenças hereditárias, o Estado estaria incubido de conferir a prestação de recursos para a concretização do projeto parental e para o exercício livre do planejamento familiar.

Ainda então que se reconheça a procriação como um direito, pode-se pensá-la que, sob o exercício deste direito, também recaem limites. A aplicação do Direito, hoje, não coaduna com a existência de direitos absolutos; ao contrário, tende a especificar-se para se debruçar ao caso concreto, mantendo-se como instrumento razoável de dissuasão de conflitos e, para isso, busca considerar singularmente as realidades.

A demanda que justificou, durante muito tempo, a busca pelos procedimentos assistidos de reprodução esteve alicerçada unicamente pela esterilidade/infertilidade. A motivação de ordem terapêutica seria, com naturalidade, o fator justificador dos investimentos em pesquisas científicas que aumentassem o grau de probabilidade de sucesso da procriação.

Numa acepção ampla, a esterilidade é definida como a incapacidade de um casal conseguir uma gravidez considerando um tempo razoável de tentativas. A Sociedade Americana de Fertilidade considera como um caso de esterilidade o casal que, depois de um ano, não conseguiu a gravidez sem usar métodos anticonceptivos. Outras sociedades científicas, como a Federação Internacional de Ginecologia e Obstetrícia, a Sociedade Europeia de Embriologia e Reprodução Humana e a Organização Mundial de Saúde, consideram que esse prazo deve ser de dois anos<sup>13</sup>.

---

12 SCHEIDWEILER, Cláudia Maria Lima. A reprodução humana medicamente assistida, sua função social e a necessidade de uma legislação específica. In: MEIRELLES, Jussara Maria Leal de (coord.). *Biodireito em discussão*. Curitiba: Juruá, 2008; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Conflito positivo de maternidade e a utilização de útero de substituição. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (coords.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

13 ANÓN, Carlos Lema. *Reproducción, Poder y Derecho*. Madrid: Editorial Trotta,



A infertilidade “é a incapacidade, de um ou dos dois cônjuges, de gerar gravidez por um período conjugal de, no mínimo, dois anos, sem uso de contraceptivos e com a vida sexual normal, quer por causas funcionais ou orgânicas”, enquanto que “a esterilidade acontece quando os recursos terapêuticos disponíveis não proporcionam cura”<sup>14</sup>. No entanto, é possível perceber, a partir das obras que tratam do assunto, uma ausente nitidez para evidenciar a separação dos conceitos.

Conclui-se que o uso dos procedimentos artificiais de reprodução, historicamente, esteve associado a indicadores médicos, ou seja, se justificam por motivações de natureza orgânica ou biológica que impedem a concretização de uma gravidez advinda de maneira natural. Assim, a incidência dos métodos artificiais de reprodução estava relacionada apenas à descoberta de razões biológicas que evidenciavam problemas de fertilidade ou esterilidade, originados na mulher ou no homem.

Hoje, outros motivos se portam como justificadores da procura em torno das técnicas de procriação assistida. Isto porque os recursos procriativos assistidos representam possibilidade considerável de evitar a transmissão de patologias hereditárias. Depreende-se daí que as demandas iniciais em torno dos procedimentos reprodutivos estavam associadas às motivações de ordens impeditivas, ou seja, às pessoas que apresentavam empecilhos biológicos para procriar de forma natural. A Genética, hoje, possibilita o acesso às condições de saúde dos gametas e do embrião, através dos testes ou exames genéticos, estabelecendo correlações que designam probabilidades de manifestações de doenças futuras. Essa realidade foi levada à seara da procriação artificial com o objetivo de prevenção da manifestação de doenças já reincidentes num determinado seio familiar<sup>15</sup>.

No mesmo liame, outras motivações passaram a integrar a demanda pelos procedimentos artificiais de reprodução. Surgiram situações como a chamada “produção independente”, que ocorre quando a busca pela realização do projeto parental é de apenas uma pessoa, e como no caso dos casais formados por pessoas do mesmo

---

1999.

14 ALVARENGA, Raquel de Lima Leite Soares. Considerações sobre o congelamento de embriões. In: CASABONA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coords). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p.229.

15 MEIRELLES, Ana Thereza. *Neoeugenia e reprodução humana artificial. Limites éticos e jurídicos*. Salvador: Editora Juspodivm, 2014.



sexo, que não querem contrariar sua orientação sexual, apesar de férteis muitas vezes. Em ambas as situações, os processos de procriação artificial são necessários porque dependem de um terceiro doador de material biológico e/ou gestante por substituição. Tais situações não estão atreladas ao pressuposto do diagnóstico de infertilidade ou esterilidade e conformam uma nova realidade em torno da demanda sobre os procedimentos assistidos.

Carlos Lema Añón entende que a esterilidade é, ao mesmo tempo, o critério que legitima e limita o acesso às tecnologias de reprodução artificial. Para ele, *“el argumento de la esterilidad, al tiempo que como legitimador de las nuevas tecnologías reproductivas, también funciona como límite para las mismas”*. Funciona como limite para *“frenar hipotéticos abusos que se pudiesen producir, opera como un limitador de las prácticas y de las modalidades [...]”*<sup>16</sup> Se a esterilidade é o critério que legitima o acesso às técnicas, o autor não contempla a possibilidade de que pessoas solteiras, viúvas, divorciadas ou casais homoafetivos possam procurar as técnicas, já que carecem do diagnóstico de um empecilho biológico para procriar.

A recente Resolução 2.168/2017, do Conselho Federal de Medicina, recepcionou a extensão das situações que justificam o acesso às técnicas, determinando que *“todas as pessoas capazes, que tenham solicitado o procedimento e cuja indicação não se afaste dos limites desta resolução, podem ser receptoras das técnicas”*, assegurando, ainda que *“é permitido o uso das técnicas de RA para relacionamentos homoafetivos e pessoas solteiras, respeitado o direito a objeção de consciência por parte do médico”*, além de ter determinado que *“é permitida a gestação compartilhada em união homoafetiva feminina em que não exista infertilidade”*.

Percebe-se, a partir da resolução, que o critério da infertilidade deixou de ser objetivamente a condicionante que justificava o acesso às técnicas. A resolução adaptou-se ao sentido contemporâneo de família, o que inclui a monoparental e biparental com pais do mesmo sexo.

A extensão do acesso às técnicas procriativas, pelos solteiros, viúvos, divorciados e casais homoafetivos, aponta para o surgimento de questionamentos relacionados à escolha das características do outro genitor biológico, doador do material genético necessário à efetivação

---

16 ANÓN, Carlos Lema. *Reproducción, Poder y Derecho*. Madrid: Editorial Trotta, 1999, p.200-201.

do projeto parental. O mesmo problema pode ser consubstanciado em caso de casal heteroaferivo se a procriação pressupuser a doação de material biológico e, portanto, tiver natureza heteróloga.

Deve-se registrar que a resolução registra ter o intuito de elucidar questões relacionadas à infertilidade humana, mas considera o posicionamento do Supremo Tribunal Federal em reconhecer e a união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, corroborando a perspectiva constitucionalizada inerente ao âmbito do desenvolvimento das relações familiares.

Originariamente, as técnicas de reprodução assistida foram concebidas com vistas a solucionar a infertilidade do casal ou de um deles, conservando o uso dos gametas dos mesmos para manter a transmissão das informações genéticas à descendência, ou seja, os procedimentos para procriar de forma artificial eram inicialmente motivados pela concretização de processos homólogos. Esse panorama mudou quando passou-se a verificar que a forma homóloga da reprodução não resolvia parte considerável das situações de infertilidade, admitindo-se, então, o recurso ao material de um terceiro estranho à relação<sup>17</sup>.

A reprodução humana assistida pode ser heteróloga caso parta da necessidade de uso de material genético (gametas) estranho ao casal que procurou o especialista para realizar o seu projeto parental. A reprodução de natureza heteróloga, então, pode se concretizar no que tange ao casal, ou seja, tanto os óvulos como os espermatozoides foram doados por terceiros, ou, ainda, no que tange apenas a um dos envolvidos (se houver doação somente dos óvulos ou somente dos espermatozoides). Registre-se, também, que a reprodução será heteróloga nos casos em que o projeto parental seja demandando por solteiros, viúvos e casais formados por pessoas do mesmo sexo, já que a procriação não teria como ser realizada na forma homóloga.

Acrescente-se que o estágio atual da Genética acentuou a necessidade de admitir os processos heterólogos de reprodução, pois, passou-se a ser possível a identificação das doenças hereditárias transmissíveis que somente serão evitadas em caso de não uso das células reprodutivas dos indivíduos que possuem o gene. A reprodução heteróloga se consubstancia como uma forma de contornar essa realidade, considerando o fato de que os recursos que propiciam o

---

17 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. *A nova filiação*. O Biodireito e as relações parentais. De acordo com o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.635-636.

acesso às condições genéticas dos indivíduos são cada vez mais usados em termos procriativos.

Assim, o delineamento de um contorno ético para a justificação do uso das técnicas assistidas de reprodução, que abrange a demanda em torno do procedimento de natureza heteróloga, deve agregar as necessidades justificadas pela esterilidade, pelos indicadores de probabilidade de transmissões de doenças hereditárias predominantes na família, e, também, pelos impedimentos circunstanciais que envolvem os solteiros, viúvos, divorciados e homoafetivos na concretização dos respectivos projetos parentais.

Não há no país lei ordinária que determine de maneira objetiva a quem se destina os procedimentos assistidos de reprodução, bem como as circunstâncias que devam motivar o acesso à tais técnicas, ficando a questão submissa ao plano deontológico profissional, estando, pois, somente regulamentada, como dito, por meio de normativa de Conselho de Classe, a Resolução do Conselho Federal de Medicina número 2.168 do ano de 2017. Tal perspectiva chama os médicos para o despertar da consciência ética em torno do uso de tais procedimentos, que não podem se transformar em instrumentos para concretizar projetos parentais não justificados pelas situações já expostas.

#### **4 O uso da doação de gametas para consecusão de projetos parentais não convencionais**

A extensão do rol dos legitimados ao acesso às técnicas de reprodução humana na forma artificial corrobora o conteúdo constitucional emanado dos direitos fundamentais alicerçados na dignidade da pessoa humana. Esse conteúdo constitucional foi nitidamente assumido pelo direito de família contemporâneo ao reconhecer como fundamental a preservação de algumas liberdades fundadas no pleno exercício da autonomia.

Seguindo o fluxo da tendência atual, o Conselho Nacional de Justiça brasileiro, através de seu Enunciado de número 40, determinou que, no registro de nascimento de indivíduo gerado por reprodução assistida, é admissível a inclusão do nome de duas pessoas do mesmo sexo, como pais. Esse movimento encontra guarida na doutrina e na jurisprudência pátrias, na medida em que se reconhece a necessidade de construção de um direito de família plúrimo.

A discussão sobre a possibilidade de usar os procedimentos assistidos de reprodução hoje demanda uma reflexão no âmbito da economia e das demandas de mercado. Na verdade, é necessário compreender como fatores econômicos e mercadológicos podem permanecer interligados pela dinâmica da oferta e procura pelos recursos procriativos em laboratório.

Con los avances tecnocientíficos aplicados a la dinámica capitalista, apoyados por las estrategias de financiarización de la economía, el comportamiento social del capital es la prolongación del dominio fabril a toda la extensión social, la constitución de la “fábrica difusa”, lo que se expresa en la mercantilización de todas las relaciones sociales. El biopoder del capital despliega todas sus fuerzas, intensiva y extensivamente sobre un trabajo social acumulado, base y objeto de las estrategias de valorización, así como sobre todos aquellos elementos del bios/zoé natural susceptibles de ser apropiados. Se vinculan más territorios a la lógica del valor o se reordenan los que actualmente están sujetos a su dinámica. Igualmente, en términos intensivos la valorización se apoya en los desarrollos biotecnológicos donde el cuerpo y la naturaleza se convierten en alternativas de valorización importante, fuentes esenciales para su ampliación, lo cual despliega un interés y mando, no solamente en la espacialidad, sino también en la naturaleza y en lo corporal (cuerpos de seres humanos, animales y plantas)<sup>18</sup>.

Este panorama de influência dos fatores econômicos em todas relações sociais, o que inclui também demandas de natureza médica, aqui reveladas por projetos parentais assistidos, não pode ser ignorado quando pretende-se descortinar os elementos que podem fomentar as escolhas reprodutivas na atualidade.

#### *4.1 Monoparentalidade programada e reprodução por casais do mesmo sexo*

Como salientado, as técnicas de reprodução assistida foram concebidas para solucionar a infertilidade do casal, ou de apenas uma pessoa, conservando o uso dos gametas dos mesmos para manter a transmissão das informações genéticas à descendência, ou seja, os

---

18 TORRES, Edgar Novoa. Las nuevas realidades del bios/zoe del cuerpo, entre la bioética y la Biopolítica. *Revista Latino-americana de Bioética*, v.14, n. 1, edição 26, p. 98-113, 2014. Disponível em: <https://revistas.unimilitar.edu.co/index.php/rubi/article/view/499/269>. Acesso em: 22 fev. 2019, p. 101.

procedimentos para procriar de forma artificial eram inicialmente motivados pela concretização de processos homólogos.

Modificou-se tal entendimento quando restou comprovado que o uso da forma homóloga não conseguia solucionar parte considerável das situações de infertilidade, passando-se, então, ao apelo do recurso ao material de um doador. A reprodução heteróloga pode ser o mecanismo capaz de driblar a probabilidade significativa da transmissão hereditária de uma doença manifestada numa cadeia familiar. Pode-se, então, perceber que o recurso da procriação heteróloga também pode ter um motivador terapêutico, capaz de impedir que a prole futura possa padecer da enfermidade provável.

No entanto, o uso da reprodução em sua forma heteróloga tem evidenciado alguns questionamentos importantes. No Brasil, o contrato que envolve a reprodução dessa natureza pressupõe uma cláusula de anonimato que desvincula e afasta a possibilidade de conhecimento do doador, pelos demandantes do material e pelo futuro filho. Assim como em outros países, parte da doutrina tem questionado a legitimidade e, mesmo, a legalidade de tal previsão contratual por se considerar o reconhecimento do chamado direito à identidade pessoal do indivíduo, que passaria a ter o direito de conhecer seu genitor biológico, ainda que de tal fato não decorram consequências jurídicas relacionadas à filiação e à sucessão<sup>19</sup>.

Rechaçando a pretensão de incorrer sobre as questões que envolvem o direito à identidade pessoal, parte-se do fato de que a reprodução heteróloga pressupõe situação que pode possibilitar a concretização de práticas seletivas, ou seja, deve-se ter em conta a necessidade de esclarecer como o doador, nos processos heterólogos, deve ser escolhido.

Normativamente, como já esclarecido, no Brasil, não há lei específica sobre o assunto. O uso das técnicas assistidas de reprodução foi exclusivamente disciplinado por normativa do Conselho Federal de Medicina, resolução que não conseguiu definir com clareza e segurança os critérios sobre a forma com que se deve escolher o terceiro doador ou o material do mesmo disponibilizado nas clínicas.

A Resolução 2.168/2017, do Conselho Federal de Medicina, afirma que “as clínicas, centros ou serviços onde são feitas as doações

---

19 NETTO LOBO, Paulo Luiz. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. *Revista CEJ*, Brasília, n. 27, out./dez. 2004.

devem manter, de forma permanente, um registro com dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores, de acordo com legislação vigente”. Afirma, ainda, que “a escolha das doadoras de oócitos é de responsabilidade do médico assistente. Dentro do possível, deverá garantir que a doadora tenha a maior semelhança fenotípica com a receptora”.

A única normativa destinada aos procedimentos assistidos de reprodução vigente no país determina duas obrigações às clínicas especializadas, a manutenção dos dados clínicos e fenotípicos dos doadores e, bem assim, a obrigação de que a escolha da doadora de oócitos mantenha a maior semelhança fenotípica possível com a receptora.

A norma atinge os casos de reprodução heteróloga monoparental programada, onde apenas um decidiu pela execução do projeto parental, ou, ainda, nos casos de reprodução entre casais formados por pessoas do mesmo sexo. A semelhança a ser observada, sugerida pela resolução, é relativa ao indivíduo (homem ou mulher) ou ao casal que movimentou o aparato reprodutivo. Em caso de gestação por substituição usada para a procriação monoparental intentada por um homem ou por um casal formado por dois homens, não devem ser consideradas as características fenotípicas da gestante substitutiva, que é, de fato, a receptora do material, para parametrizar a escolha do doador.

A escolha do doador a partir da semelhança com o demandante do processo procriativo não pode ser um fator relativizado, deve, sim, ser pressuposto necessário em prol de não se tornar uma variável que permita a consecução de escolhas baseadas em aspectos estéticos ou com motivadores de ordem discriminatória. O demandante ao processo heterólogo de reprodução não pode encontrar como pressuposto o direito a escolher as características do seu futuro filho, como cor dos olhos, cor da pele, tipo de cabelo, altura, peso e outras possíveis se o ponto de partida for o acesso direto ao cadastro que evidencia o perfil fenotípico dos doadores.

No entanto, a normativa do Conselho de Medicina brasileiro aponta para uma margem discricionária que pode permitir a escolha de acordo com motivações pessoais, por isso, é criticada em alguns aspectos.

#### 4.2 Os parâmetros de escolha

A possibilidade concreta de ter acesso a informações genéticas e de alterar o estado de constituição natural dos organismos vivos, por meio das manipulações biológicas, que incluem os processos procriativos de reprodução, não pode, por si só, ser considerada um fator autossuficiente, ou seja, não deve ser praticada simplesmente porque passou a ser possível, porque a Ciência a recebe como uma conduta viável. Esse dilema é resumido pela difícil tarefa de conciliar, de forma coesa, as descobertas da Ciência com os pressupostos fundamentais da Ética.

As descobertas complexas da Genética passam a lidar com a possibilidade de que seja possível praticar escolhas parametrizadas por argumentos dessa natureza, conhecidos como práticas eugênicas ou, popularmente, eugenia. A eugenia é, ao mesmo tempo, contemporânea e histórica. É contemporânea porque se relaciona com as áreas da genética humana e das tecnologias reprodutivas, acessíveis e frequentemente utilizadas. É histórica no sentido de que, quando anterior a 1945, pode ser vista como um fato do passado, sobre o qual tenta-se manter algum distanciamento. A história da humanidade confirma que, durante o decorrer dos tempos, a raça humana praticava escolhas visando o melhoramento da espécie, embasada em critérios variáveis. A variabilidade dos critérios é constatada porque as práticas seletivas se consubstanciavam conforme a necessidade de cada sociedade e paralelo à mutabilidade dos valores. As necessidades e os valores, elementos de toque das condutas seletivas, são fatores mutáveis e se apresentam conforme a história<sup>20</sup>.

O pensamento eugênico aponta para a concomitância de três fatores: a ideia de que é possível aperfeiçoar o ser humano; a ideia de que existem seres humanos inferiores; a ideia de perfeição biológica e psicológica está ligada ao progresso em distintos sentidos sociais<sup>21</sup>.

Sem prejuízo da eugenia de motivação terapêutica, que visa afastar características indesejáveis, ela também pode se concretizar sob a forma da conduta que busca a prevalência e a transmissão de características desejáveis, ou seja, que devem permanecer. É o caso da

---

20 MEIRELLES, Ana Thereza. *Neoeugenia e reprodução humana artificial. Limites éticos e jurídicos*. Salvador: Editora Juspodivm, 2014.

21 CORTÉS, Fabiola Villela; SALGADO, Jorge E. Linares. Eugenesia. Un análisis histórico y una posible propuesta. *Acta Bioethica*, 2011, v.17, p.190.

escolha de determinadas características, através da seleção de gametas ou embriões de pessoas com traços físicos e intelectuais específicos, e do estímulo ao casamento e à união de pessoas selecionadas como já ocorreu em momentos do passado.

São procedimentos de eugenia positiva os estímulos à procriação (de natureza econômica, incluindo os privilégios sociais e outros); a seleção germinal mediante bancos de sêmen; a clonagem e a partenogênese, onde indivíduos seriam forçosamente do sexo feminino, já que o procedimento consiste em estimular o desenvolvimento embrionário de um óvulo sem fecundação, incluindo a duplicação do cromossomo sem a divisão mitótica natural<sup>22</sup>.

A seleção dos gametas mediante bancos de sêmen ou de óvulos se concretiza nos procedimentos heterólogos de reprodução, onde há uso de material biológico doado e, muitas vezes, não existem parâmetros para a escolha do doador, ficando a questão à mercê da vontade de quem impulsionou o projeto parental ou do médico, conforme seus critérios de conveniência.

As descobertas atuais sobre o genoma humano associadas ao avanço das técnicas sobre reprodução assistida abriram novas possibilidades à concretização do pensamento eugênico. Aconselhamentos genéticos, diagnósticos em gametas, embriões e fetos e a engenharia genética são as técnicas novas que fizeram ressurgir a admissibilidade do pensamento eugênico, traduzido, como nova eugenia ou neoeugenia. As práticas eugênicas passadas se comunicam, de alguma forma, às práticas neoeugênicas. Os objetivos ganham afinidade, mas não são praticados a partir dos mesmos elementos. O contexto onde está situada a neoeugenia se caracteriza por uma complexidade médico-científica diferenciada e pela incidência do consentimento (e do respeito à autonomia), elemento descartado em épocas predecessoras<sup>23</sup>.

Nos sistemas democráticos, que pugnam pela preservação dos direitos humanos, a eugenia pode ser confundida com as prerrogativas que envolvem os direitos individuais, tornando difícil separar, com clareza, tais realidades. A partir dessa confusão, alguns questionam se essa nova forma de seleção deve ser qualificada como eugenia já que

---

22 SOTULLO, Daniel. El concepto de eugenesia y su evolución. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo. *La eugenesia hoy*. Bilbao-Granada: Editorial Comares, 1999, p.42.

23 MEIRELLES, Ana Thereza. *Neoeugenia e reprodução humana artificial. Limites éticos e jurídicos*. Salvador: Editora Juspodivm, 2014.



pode estar alicerçada em direitos de reprodução<sup>24</sup>. Jürgen Habermas<sup>25</sup> entende que algumas práticas eugênicas, como o diagnóstico pré-implantacional, devem ser consideradas como moralmente admissíveis ou juridicamente aceitáveis “se sua aplicação for limitada a poucos e bem definidos casos de doenças hereditárias graves que não poderiam ser suportadas pela própria pessoa potencialmente em questão”. Prossegue afirmando que essa permissão, por conta dos avanços, será estendida a intervenções em células somáticas e germinativas com vistas a prevenir doenças hereditárias ou semelhantes futuras. Assim, ele traz a necessidade de separar eugenia negativa, que parece justificada, já que tem função terapêutica, da eugenia positiva, que não pode ser justificada, sendo uma eugenia de aperfeiçoamento, pautada em critérios de perfeição, prática eugênica que pode estar relacionada às motivações para escolha do doador nos procedimentos heterólogos<sup>26</sup>.

Habermas aponta, como fator preocupante, o fato de que uma pessoa passe a ser a concretização das intenções de outra, este fato estabelece uma relação de assimetria entre o programado (ou o eugenizado) e o programador (o eugenista)<sup>27</sup>. Neste momento, os pilares do liberalismo são corrompidos porque a liberdade de escolha de alguém subjugará a liberdade do outro, cuja existência é pré-determinada pela programação de uma vontade alheia, e a igualdade, naturalmente admitida pela manifestação do acaso da constituição do patrimônio genético, não restará presente<sup>28</sup>.

A escolha motivada por características físicas, aptidões possíveis, cor de olhos, cabelos, pele e outras em sede de procriação heteróloga também é uma projeção de expectativa que se lança sobre a futura prole. Deve-se considerar, inclusive, que não há garantia de transmissibilidade de determinadas características, a escolha de determinado doador ou

---

24 CASABONA, Carlos Maria Romeo. Las prácticas eugenésicas: nuevas perspectivas. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo. *La eugenesia hoy*. Bilbao-Granada: Editorial Comares, 1999.

25 HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana. A caminho de uma eugenia liberal?* Tradução de Karina Janini. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p.26.

26 HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana. A caminho de uma eugenia liberal?* Tradução de Karina Janini. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

27 HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana. A caminho de uma eugenia liberal?* Tradução de Karina Janini. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

28 MEIRELLES, Ana Thereza. *Neoeugenia e reprodução humana artificial. Limites éticos e jurídicos*. Salvador: Editora Juspodivm, 2014.

doadora a partir de seu fenótipo não implicará na garantia de que este seja reproduzido.

Acrescente-se que a resolução trouxe previsão normativa sobre a busca, “dentro do possível”, da manutenção da semelhança fenotípica em caso de doação de óvulos, não conferindo disciplina sobre a situação em caso de doação de sêmen, tornando mais nebulosa e inconsistente a proposta almejada. Seja na doação de óvulos ou na doação de espermatozoides, deve-se manter o mesmo intento. A procura pela semelhança fenotípica é a margem de manutenção à manifestação natural do patrimônio genético e não pode representar a busca eventual à manutenção dessa naturalidade.

### **5 Considerações finais**

A transformação do direito de família nos últimos anos apontou para o seu necessário e indispensável processo de constitucionalização, na medida em que foram recepcionados direitos e garantias fundamentais no âmbito das relações privadas, tendo como pauta direcionadora o valor da pessoa humana. O reconhecimento do valor do ser humano demandou o também reconhecimento da dimensão plúrima da sua existência, manifestada pelo respeito à diferença. O acompanhamento paralelo do Direito desta nova realidade culminou na extensão das formas de constituição de família, salvaguardada pela proposta constitucional.

Como questão prévia a ser considerada, não se pode intentar promover uma análise do surgimento de novos projetos parentais, com o uso do recurso assistido procriativo, sem que se observe a dinâmica mercadológica que circunscreve a perspectiva da oferta e da procura que também envolve as relações de natureza médica. As relações sociais como um todo estão influenciadas por fatores econômicos, capazes de ditar muitas vezes o curso do resultado de um contrato.

O procedimento assistido de reprodução heteróloga consiste num contrato celebrado junto a uma clínica especializada que usará material biológico doado (óvulo ou sêmen). A ausente de lei ordinária sobre o processo, associada à insuficiente disciplina normativa da resolução existente, desemboca na falta de parâmetros claros no que tange ao uso do recurso heterólogo na procriação.

Constata-se que o procedimento pode ser utilizado por pessoas solteiras, viúvas ou casais formados por pessoas do mesmo sexo, que não

possuem necessariamente uma questão patológica, como infertilidade ou esterilidade, mas, sim, um impedimento circunstancial, que é a falta do outro genitor ou do genitor de sexo oposto para concretização da gestação.

No entanto, persiste a falta de cuidado quanto ao procedimento atinente à escolha do material genético doado. A reprodução heteróloga deve ser concretizada com vistas à necessária proteção à diversidade biológica, advinda da tutela constitucional do patrimônio genético humano. Para isso, deve assemelhar-se à procriação natural com o objetivo de preservar o patrimônio genético em sua condição de pluralidade.

Assim, no processo heterólogo de reprodução, demandado por um casal, pessoa solteira ou viúva, o padrão fenotípico a ser escolhido deve assemelhar-se ao(s) do demandante(s). Percebe-se que a recomendação já emitida pelo Conselho Federal de Medicina deve conduzir a um amadurecimento sério e obrigatório, sem abertura de brechas que justifiquem escolhas pessoais, já que a norma deve visar combater processos eugênicos e segregacionistas. A permissão de qualquer tipo de inferência externa na escolha das características do doador pode institucionalizar um verdadeiro “processo seletivo” de seres humanos.

Dessa maneira, as clínicas de reprodução humana, responsáveis pela captação de doadores e uso do material biológico doado, devem manter compromisso com o respeito ao padrão natural de manifestação fenotípica da espécie humana, não permitindo que a decisão pela escolha das características do doador seja guiada pela simples manifestação de vontade do casal, do solteiro ou viúvo. A norma carece de aspecto impositivo, pois deve restar proibida a escolha de características do doador em caso de procedimento heterólogo, a fim de que a questão deixe de ser somente tratada no plano da conduta do profissional que concretiza o processo procriativo.

## Referências

ANÓN, Carlos Lema. *Reproducción, poder y Derecho*. Madrid: Trotta, 1999.

ALVARENGA, Raquel de Lima Leite Soares. Considerações sobre o congelamento de embriões. *In*: CASABONA, Carlos María Romeo;

QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coords). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p.229-247.

CASABONA, Carlos Maria Romeo. Las prácticas eugenésicas: nuevas perspectivas. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo. *La eugenesia hoy*. Bilbao-Granada: Comares, 1999, p. 3-27.

CORTÉS, Fabiola Villela; SALGADO, Jorge E. Linares. Eugenesia. Un análisis histórico y una posible propuesta. *Acta Bioethica*, 2011. v. 17.

DIAS, Jefferson Aparecido; SORRILHA, Rubia Cristina. Biopolítica e o melhoramento genético: uma reflexão na sociedade biotecnológica. *RBDA*, Salvador, v. 13, n. 1, p. 149-189, jan./abr. 2018. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/26183/15864>. Acesso em: 23 fev. 2019.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. *A nova filiação: o Biodireito e as relações parentais*. De acordo com o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana*. A caminho de uma eugenia liberal? Tradução de Karina Janini. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Família Paralelas. *Revista da Faculdade de Direito da Unievrsideade de São Paulo*, São Paulo, v. 108, p. 199-219, jan. 2013.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Sobre peixes e afetos: um devaneio acerca da ética no direito de família*. Palestra proferida no V Congresso Brasileiro do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, em 27/10/ 2006. Disponível em: [http://www.ibdfam.org.br/\\_img/congressos/anais/18.pdf](http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/18.pdf). Acesso em: 6 jul.2018.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MEIRELLES, Ana Thereza. *Neoeugenia e reprodução humana artificial*. Limites éticos e jurídicos. Salvador: Editora Juspodivm, 2014.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Direito Penal e biotecnologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NETTO LOBO, Paulo Luiz. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. *Revista CEJ*, Brasília, n. 27, out./dez. 2004.

ROCA i TRÍAS, Encarna. Direitos de reprodução e eugenia. In: CASABONA, Carlos María Romeo (Org.). *Biotecnologia, Direito e Bioética*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p100-126.

SCHEIDWEILER, Cláudia Maria Lima. A reprodução humana medicamente assistida, sua função social e a necessidade de uma legislação específica. In: MEIRELLES, Jussara Maria Leal de (coord.). *Biodireito em discussão*. Curitiba: Juruá, 2008, p.19-30.

SOTULLO, Daniel. El concepto de eugenesia y su evolución. In: CASABONA, Carlos María Romeo. *La eugenesia hoy*. Bilbao-Granada: Comares, 1999, p. 29-63.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Conflito positivo de maternidade e a utilização de útero de substituição. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (coords.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 309-322.

TORRES, Edgar Novoa. Las nuevas realidades del bios/zoe del cuerpo, entre la bioética y la Biopolítica. *Revista Latino-americana de Bioética*, v. 14, n. 1, ed. 26, p. 98-113, 2014. Disponível em: <https://revistas.unimilitar.edu.co/index.php/rlbi/article/view/499/269>. Acesso em: 22 fev. 2019.

VEGA J.; VEGA M.; MARTINEZ Baza P. El hijo en la procreación artificial. Implicaciones éticas y medicolegales. *Cuadernos de Bioética*, 1995.

VELOSO, Zeno. A dessacralização do DNA. In: A Família na Travessia do Milênio. *Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família*. IBDFAM, Belo Horizonte, 2000.

WARNOCK, Mary. *Fabricando bebês*. Tradução de José Luis López Verdú. Barcelona: Gedisa, 2004.



# ABORTO: INVOLABILIDADE DO DIREITO À VIDA E A GARANTIA DA AUTONOMIA DA MULHER

## ABORTION: INVOLABILITY OF THE RIGHT TO LIFE AND THE WARRANTY OF WOMEN'S AUTONOMY

Sebastião Sergio da Silveira<sup>I</sup> 

Daniela Meca Borges<sup>II</sup> 

<sup>I</sup> Universidade de São Paulo (USP) e Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP), Programa de Pós-Graduação em Direito da UNAERP, Ribeirão Preto, SP, Brasil. Doutor em Direito. E-mail: sebastiao\_silveira@hotmail.com

<sup>II</sup> Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP), Ribeirão Preto, SP, Brasil. Mestranda em Direito. E-mail: daniela.meca.adv@gmail.com

DOI: <http://dx.doi.org/10.20912/rdc.v14i32.2992>

Recebido em: 25.02.2019

Aceito em: 17.03.2019

**Resumo:** O aborto clandestino é uma realidade em nosso país e tem sido causa de morte de grande quantidade de mulheres que se submetem aos procedimentos precários, enquanto o nosso Código Penal ainda criminaliza tal conduta. Diante desse quadro, existe um forte movimento de parte da sociedade, que vem pressionando a revisão da censura legal à interrupção da gravidez. De outro lado, também existe uma corrente mais conservadora, que defende a proibição do aborto, principalmente com base no princípio da intangibilidade da vida preconizado pela Constituição Federal. Dessa forma, o presente trabalho se propõe a examinar algumas polêmicas que cercam o tema, buscando responder se é possível a descriminalização do aborto no Brasil.

**Palavras-chave:** Descriminalização. Aborto. Direito à Vida. Autonomia da mulher.

**Abstract:** Clandestine abortion is a reality in our country and has caused the death of large numbers of women who undergo precarious procedures, while our Penal Code still criminalizes such conduct. Faced with this situation, there is a strong movement on the part of society, which has been pressing the revision of legal censorship to the interruption of pregnancy. On the other hand, there is also a more conservative current, which defends the prohibition of abortion, mainly based on the principle of the intangibility of life advocated by the Federal Constitution. Thus, the present work proposes to examine some controversies that surround the theme, seeking to answer if it is possible the decriminalization of abortion in Brazil.

**Keywords:** Decriminalization. Abortion. Right to life. Autonomy of woman.

**Sumário:** 1 Introdução; 2 O milagre da vida; 3 Direitos inerentes à personalidade do nasci-turo; 4 Análise crítica dos argumentos favoráveis e contrários ao aborto; 5 Considerações finais; Referências.

## 1 Introdução

É certo que os valores da sociedade se alteram com o correr do tempo e o Direito tem o grande desafio de acompanhar essas mudanças, sem embargo da preservação de alguns que se petrificaram como fundamentos de sua organização.

O aborto não é tema recente. Existem registros de sua prática até nas mais remotas civilizações. O tratamento jurídico do tema nunca foi uniforme e sempre se alterou, principalmente, em razão das convicções religiosas e filosóficas.

No Brasil, por influência dos portugueses e do catolicismo, o aborto sempre foi proscrito. Desde as Ordenações do Reino, passando pelo Código Criminal do Império de 1830, Código Penal da República de 1890, até o vigente Código de 1942, a interrupção da gravidez é considerada crime.

Atualmente, existe um crescente movimento em parte da sociedade brasileira que pugna pela descriminalização de práticas abortivas, cujo principal argumento é o direito da mulher ao próprio corpo e ao planejamento familiar.

A matéria vem sendo debatida no Supremo Tribunal Federal, sendo que esse Pretório, no ano de 2012, após longo debate e por maioria, nos autos da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, declarou a inconstitucionalidade da interpretação que possibilitava a criminalização do aborto de anencéfalos.

Não obstante, referida decisão do STF não colocou fim ao debate. A corte deverá voltar a julgar tema análogo, na ADPF de nº 442, que busca a declaração de não recepção parcial dos artigos 124 e 126 do Código Penal, para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gravidez até doze semanas, mas porque antes mesmo do ajuizamento desta ação, o aborto já era – e continua sendo – um assunto recorrente na sociedade brasileira.

É certo que o país está dividido entre grupos que lutam pela descriminalização do aborto, em confronto com a opinião de outros que sustentam a impossibilidade de tal desiderato, principalmente, diante da tutela constitucional dedicada ao direito à vida.

Por certo, qualquer resposta sobre as dúvidas levantadas no debate perpassa pelo debate relativo às cinco teorias que tentam explicar o início da vida. Dessa forma, o presente trabalho se propõe à análise



de tais teorias em face do ordenamento jurídico brasileiro, buscando extrair dele qual é a disciplina jurídica que se submete o nascituro. Em seguida, serão avaliados os argumentos favoráveis e contrários à descriminalização do aborto e contrapondo-os, externaremos o nosso entendimento.

Na busca do enfrentamento com as candentes dúvidas decorrentes do debate do tema, foi realizada revisão bibliográfica, buscando a aferição das teorias antagônicas com a utilização do método hipotético-dedutivo.

## 2 O milagre da vida

A investigação sobre o exato momento em que a vida humana se inicia é imprescindível e preliminar ao debate acerca do aborto. Isso porque, somente delimitando quando “o milagre da vida” acontece, é possível reconhecer a existência de um novo ser individualizado, que não se confunde com o corpo da mulher e que é merecedor de tutela jurídica própria.

No campo da bioética podem ser encontradas, ao menos, cinco visões que tentam definir o início a vida humana: a metabólica, a ecológica, a neurológica, a embriológica e a genética<sup>1</sup>.

A *visão metabólica* considera que o espermatozoide e o óvulo, em si mesmos, são tão vivos quanto uma pessoa. Esta visão recebe duras críticas, por confundir “células vivas” com pessoa humana, ou seja, a parte com o todo<sup>2</sup>. Ademais, ela desconsidera que é possível retirar “células vivas” por processo natural (como, por exemplo, os óvulos que são descartados na menstruação), como por processo artificial (por exemplo, doação de sangue ou de medula óssea), sem que isso importe em desrespeito à vida humana.

Já a *visão ecológica* reconhece como início da vida, o momento, a partir do qual, o feto pode sobreviver fora do útero. Desse modo, a vida humana se iniciaria entre a 20<sup>a</sup> e a 24<sup>a</sup> semanas de gestão, quando os pulmões já estão prontos. À crítica que é feita a essa visão, é de que ela não explica o início da vida, mas sim o início da viabilidade de sobrevivência do feto fora do útero, pois já existe vida antes da formação

---

1 SANCHES, Mario Antonio; VIEIRA, José Odair; MELO, Evandro Arlindo de. *A dignidade do embrião humano: diálogo entre teologia e bioética*. São Paulo: Editora Ave-maria, 2013, n. p.

2 *Ibid.*, n. p.

dos pulmões e a atual medicina permite, inclusive, intervenções na vida fetal<sup>3</sup>.

Os defensores da *visão neurológica* argumentam que se a morte é definida pelo encerramento das atividades elétricas no cérebro, o início da vida deve ser marcado pelo mesmo critério, ou seja, quando o feto apresentar atividade cerebral igual de uma pessoa. Ocorre que além de não haver um consenso sobre o exato momento do início das atividades cerebrais – haja vista que para alguns isso já ocorre na 8ª semana de gestação, enquanto que, para outros, somente na 20ª – a mesma crítica feita à visão ecológica se aplica, também, à visão neurológica, pois para haver atividades cerebrais é porque já existe, anteriormente, um ser vivo<sup>4</sup>.

Destaque-se, por oportuno, que o Ministro Luís Roberto Barroso utilizou os argumentos das *visões ecológica e neurológica* para proferir seu voto, no Habeas Corpus de nº 134.306, reconhecendo a inexistência de crime nos casos em que o aborto for praticado até o terceiro mês de gestação, em razão da impossibilidade de vida extrauterina nesse estágio. A validade da fundamentação dada pelo Ministro será testada no Capítulo 4, mas fica aqui o registro para demonstrar algumas das implicações práticas dos conceitos buscados na bioética.

A *visão embriológica*, a seu turno, argumenta que a vida se inicia quando é estabelecida a individualização humana, o que ocorre na segunda semana de gravidez. Para os adeptos desta visão, antes dos 12 dias, é possível que o zigoto se divida e dê origem a dois ou mais embriões<sup>5</sup>.

Por fim, a *visão genética* defende a fecundação como o marco inicial da vida humana, pois a partir do momento em que os gametas masculinos (o espermatozoide) se unem aos gametas femininos (o óvulo), eles dão origem a um indivíduo, dotado de um conjunto genético próprio, que é o zigoto, o embrião<sup>6</sup>.

Assim, o início da vida *não* está condicionado a verificação do fenômeno da nidação, isto é, a implantação do embrião na parede do útero, porque “a nidificação garante, apenas, o prosseguimento de um processo vital já em andamento, decorrente de seu próprio poder

---

3 SANCHES; VIEIRA; MELO, op. cit.

4 *Ibid.*, n. p.

5 *Ibid.*, n. p.

6 *Ibid.*, n. p.

genético”, ou seja, “a continuidade de uma complexa arquitetura citológica, cujas linhas prévias já lhe chegaram esboçadas no desenho das primeiras divisões mitóticas”<sup>7</sup>.

Esta última visão, pode ser usada para fundamentar a proteção jurídica dos embriões crio-preservados, originários das técnicas de reprodução assistida (fertilização *in vitro* ou ICSI), uma vez que eles possuem as mesmas características genéticas daqueles outros que são decorrentes da fertilização natural.

Advertimos, ainda, que a liberação do uso de células-tronco feita pelo Supremo Tribunal Federal na ADI de nº 3510, não tem o condão de invalidar a visão genética, pois a pesquisa com células-tronco só é permitida em casos excepcionais, quando se verifica que o embrião já se tornou inviável para fins de reprodução, ou após o transcurso de três anos de criopreservação e, em qualquer um dos casos, desde que haja expressa autorização dos seus genitores<sup>8</sup>. Portanto, conforme salienta Flávio Tartuce<sup>9</sup>, “o que se percebe é que essa utilização não traduz regra, mas exceção, justamente porque se deve proteger a integridade física do embrião”.

Filiamo-nos à *visão genética*, reconhecendo que a vida se inicia no momento da fecundação (natural ou artificial), sendo que as demais fases (nidação, individualização, desenvolvimento da notocorda maciça, início dos batimentos cardíacos, aparência humana, registro de ondas eletroencefalográficas, viabilidade pulmonar, etc.) são consequências deste fenômeno.

### 3 Direitos inerentes à personalidade do nascituro

Superada a questão sobre o início da vida, faz-se necessário perquirimos como a vida humana é tutelada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

7 FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito médico*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 149.

8 Nesse sentido, a Lei nº 11.105/2005, em seu artigo 5º, estabelece que: “Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições: I – sejam embriões inviáveis; ou II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento [...]”.

9 A situação jurídica do nascituro: uma página a ser virada no Direito Brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, n. 33, jan. 2007, p. 168.

Iniciando pela Carta Maior, nela encontramos diversos dispositivos que fundamentam a proteção à vida humana. Já em seu primeiro artigo, a Constituição da República Federativa do Brasil estabelece a “dignidade da pessoa humana” como um dos cinco fundamentos do Estado Democrático de Direito.

A dignidade pode ser interpretada como “um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que leva consigo a pretensão ao respeito por parte dos demais”<sup>10</sup>. Disto decorre a conclusão de que a pessoa humana nunca poderá ser “coisificada”, vista como instrumento, havendo tanto normas que protegem à dignidade de violações do Estado ou de particulares (normas que impõem um *não fazer*; uma abstenção), quanto normas que deverão promovê-la e concretizá-la (normas que impõem um *fazer*), garantindo todos os direitos inerentes à uma vida digna: saúde, educação, trabalho, moradia, dentre outros.

Mais adiante, o Constituinte assegurou a todos, *sem distinção de qualquer natureza*, a inviolabilidade do direito à vida<sup>11</sup>.

Além destas normas aplicáveis ao direito interno, também em suas relações internacionais, a República Federativa do Brasil deve rege-se de forma a assegurar a prevalência dos direitos humanos<sup>12</sup>.

Mister advertir, que a proteção a vida humana não se limita às pessoas já nascidas, pois o direito intergeracional que decorre da leitura do *caput* do artigo 225 da *lex mater*, é base que nos permite concluir que a vida humana é tutelada desde o momento da concepção, haja vista que aqueles que hão de nascer representam a futura geração.

Todos os dispositivos que tutelam a preservação da vida humana, se constituem em garantias fundamentais e, por assim serem, integram o núcleo duro da Constituição que não pode ser abolido ou restringido por emenda constitucional, são as cláusulas pétreas<sup>13</sup>.

10 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 42.

11 Cf., CRFB/88, art. 5º, *caput*: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...]”.

12 Cf., CRFB/88, art. 4º, II: “Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:” [...] “II - prevalência dos direitos humanos”.

13 Cf., CRFB/88, art. 60, § 4º, IV: “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada

Há que ser mencionado, ainda, o artigo 10 da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência que é claro em prever que “todo ser humano tem o inerente direito à vida”. Esta Convenção integra o chamado “bloco de constitucionalidade”, pois ela foi internalizada por meio do Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, o qual foi aprovado na forma do § 3º, do artigo 5º, da Carta Maior.

Singrando os mares da legislação infraconstitucional, o primeiro diploma a ser mencionado é o Código Civil brasileiro, haja vista que a redação dada aos seus artigos 1º e 2º, causou muita celeuma ao ponto de dividir os estudiosos do direito, em três posições distintas, sobre a forma como cada um deles compreendem *quando* uma pessoa passa a titularizar direitos e, portanto, pode exigir a proteção deles, incluindo-se à inviolabilidade do direito à vida.

Com efeito, estabelece o artigo 1º do mencionado código que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil” e o artigo 2º acrescenta que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Para melhor entendimento, necessário apresentarmos os conceitos jurídicos de *capacidade e personalidade*.

A *capacidade* pode ser entendida como a aptidão para uma pessoa (natural ou jurídica) ser sujeita de direitos decorrentes de *relações patrimoniais*<sup>14</sup>.

De modo diverso, a *personalidade* se refere às *relações existenciais* e pode ser traduzida como “o atributo reconhecido a uma pessoa (natural ou jurídica) para que possa atuar no plano jurídico (titularizando as mais diversas relações) e reclamar uma proteção jurídica mínima”, ou seja, “ter uma tutela jurídica especial, consistente em reclamar direitos fundamentais, imprescindíveis ao exercício de uma vida digna”<sup>15</sup>. Portanto, a *personalidade* é característica inerente à pessoa humana e dela emana os direitos de ordem existencial: a vida, o nome, a imagem, a honra, a intimidade, a privacidade, dentre outros.

Feito o esclarecimento, agora, podemos examinar com mais clareza as três teorias civilistas que tentam explicar não o início da vida,

---

mediante proposta.”; “§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir.”; “IV - os direitos e garantias individuais”.

14 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: parte geral e LINDB. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 181.

15 *Ibid.*, p. 179.

mas sim o momento em que o ser humano passa a ser sujeito de direitos na ordem jurídica, ou seja, é dizer sobre o início de sua personalidade jurídica (frise-se, direitos decorrentes das relações existenciais).

A primeira teoria é a *natalista* que condiciona a aquisição da personalidade ao nascimento com vida. Para esta corrente, o nascituro – incluindo-se o embrião – não possuiria direitos, mas mera expectativa. Trata-se de uma interpretação literal da primeira parte do artigo 2º do Código Civil. São adeptos dessa visão doutrinária Sílvio Rodrigues<sup>16</sup>, Caio Mário da Silva Pereira<sup>17</sup> e Sílvio de Salvo Venosa<sup>18</sup>.

Para a segunda teoria, a *condicionalista*, o nascituro só terá seus direitos legalmente protegidos se houver a implementação de uma condição: o nascimento com vida. Assim, o nascituro teria *direitos eventuais* porque sujeitos à uma condição suspensiva. Flávio Tartuce<sup>19</sup> não adota esta posição, mas esclarece que o artigo 130 do Código Civil, que garante a prática de atos destinados a conservar um direito eventual, poderia ser usado para fundamentar a *Teoria Condicionalista*. São defensores dessa posição Washington de Barros Monteiro<sup>20</sup>, Fábio Ulhoa Coelho<sup>21</sup> e Clóvis Beviláqua<sup>22</sup>.

A terceira teoria é a *concepcionista*, para a qual, a personalidade é adquirida desde o momento da concepção, sem estar sujeita a qualquer condição. Esta corrente é francamente majoritária, sendo defendida por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald<sup>23</sup>, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho<sup>24</sup>, Flávio Tartuce<sup>25</sup>, Giovanni Comodoro Ferreira e Pablo Pavoni<sup>26</sup> e Larah Beatrissia Queiroz Oliveira<sup>27</sup>.

---

16 *Direito Civil*: Parte Geral. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 36.

17 *Instituições de direito civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. Atualizado por Maria Celina Bodin de Moraes, p. 216.

18 *Direito Civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 1., p. 161.

19 *Op. cit.*, p. 163.

20 *Curso de Direito Civil*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 1 v., p. 66.

21 *Curso de Direito Civil*: Parte Geral. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 1., p. 145.

22 *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 178.

23 *Op. cit.*, p. 318-319.

24 *Novo Curso de Direito Civil*: Parte Geral 1. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 94.

25 *Op. cit.*, p. 166.

26 O início da personalidade jurídica da pessoa natural e a condição jurídica do nascituro no direito C. *Revista Reflexão e Crítica do Direito*, Ribeirão Preto, v. 4, n. 1, dez. 2016, passim.

27 A dignidade natural do ser humano e o problema do aborto - DOI 10.5752/P.2318-7999.2013v16n32p22. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, [s.l.], v. 16, n. 32, 23 dez. 2013, passim.

Dentre as teorias apresentadas, a correta é a *concepcionista*, não apenas segundo o nosso entendimento, mas é esta a conclusão que decorre de uma visão despatrimonializada do Direito Civil, notadamente, numa ótica do direito civil-constitucional. Pois, “o valor da pessoa humana, que reveste todo o ordenamento brasileiro, é estendido a todos os seres humanos, sejam nascidos ou estando em desenvolvimento no útero materno”<sup>28</sup>.

Noutro giro, caso a teoria *natalista* fosse admitida como a correta, teríamos que classificar o nascituro como “coisa”, haja vista que aquele que não tem personalidade, pessoa não é. E, como corolário dessa primeira afirmação, seria negado ao nascituro o direito à vida, aos alimentos, a investigação de paternidade, ao nome e a imagem<sup>29</sup>, fazendo letra morta tantos dispositivos existentes no ordenamento jurídico, os quais tutelam de modo expresse estes direitos.

Também se demonstra equivocada a teoria *condicionalista* porque ela é em sua essência *natalista*, uma vez que afirmar que o nascituro possui *direitos eventuais* tem a mesma implicação prática do que afirmar que ele possui mera *expectativa de direitos*.

Além dos dispositivos constitucionais citados anteriormente, há no Código Civil e em outros diplomas legais, vários artigos que demonstram de forma inequívoca, que o nascituro possui uma gama de direitos que se destinam a proteger sua personalidade e, sobretudo, sua vida digna.

O Pacto de São José da Costa Rica, ao qual o Brasil aderiu formalmente através do Decreto nº 678/92 e foi incorporado ao direito brasileiro com força de norma supralegal, é claro em estabelecer que toda pessoa tem o direito de que sua vida seja respeitada desde o momento da concepção<sup>30</sup>.

A vida do nascituro também é protegida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que em seu artigo 7º assegura que toda criança tem direito a proteção à vida e à saúde<sup>31</sup>. Ressalte-se que o conceito

28 ROSENVALD; FARIAS, op. cit., p. 319.

29 TARTUCE, op. cit., p. 162.

30 Cf., o artigo 4º, item 1, que estabelece: “Artigo 4. Direito à vida”; “1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”.

31 Cf., CDC, art. 7º: “Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de

de criança dado pela lei abrange o nascituro, pois conforme o artigo 2º, criança é toda pessoa de até doze anos<sup>32</sup>. Ademais, quando a Lei assegura a assistência ao pré-natal, no artigo 8º, ela está protegendo não apenas a saúde da gestante, mas, sobretudo, a vida e a saúde do nascituro<sup>33</sup>.

Neste esteio, a Lei nº 11.804/2008 assegura os alimentos gravídicos, assim compreendidos toda e qualquer despesa decorrente da gravidez, desde o momento da concepção até o parto<sup>34</sup>, os quais podem ser fixados pelo juiz apenas com indícios da paternidade<sup>35</sup> e após o nascimento, os alimentos são convertidos automaticamente em pensão alimentícia em favor da criança<sup>36</sup>, o que demonstra que os bens jurídicos protegidos pela Lei são a vida e a saúde do nascituro. A propósito, tratando-se de direitos indisponíveis, como saúde e vida, o Ministério Público possui legitimidade para requerer os alimentos em favor do nascituro<sup>37</sup>.

A filiação também é um direito do nascituro, pois o reconhecimento da paternidade pode preceder ao nascimento<sup>38</sup>.

---

existência”.

- 32 Cf., CDC, art. 2º, *caput*: “Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade”.
- 33 Cf., CDC, art. 8º: “Art. 8º É assegurado a todas as mulheres o acesso aos programas e às políticas de saúde da mulher e de planejamento reprodutivo e, às gestantes, nutrição adequada, atenção humanizada à gravidez, ao parto e ao puerpério e atendimento pré-natal, perinatal e pós-natal integral no âmbito do Sistema Único de Saúde”.
- 34 Cf., Lei nº 11.804/2008, art. 2º: “Art. 2º Os alimentos de que trata esta Lei compreenderão os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes a alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes”.
- 35 Cf., Lei nº 11.804/2008, art. 6º, *caput*: “Art. 6º Convencido da existência de indícios da paternidade, o juiz fixará alimentos gravídicos que perdurarão até o nascimento da criança, sopesando as necessidades da parte autora e as possibilidades da parte ré”.
- 36 Cf., Lei nº 11.804/2008, art. 6º, parágrafo único: “Parágrafo único. Após o nascimento com vida, os alimentos gravídicos ficam convertidos em pensão alimentícia em favor do menor até que uma das partes solicite a sua revisão”.
- 37 Cf., CRFB/88, art. 127, *caput*: “Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.
- 38 Cf., CC, art. 1.609, parágrafo único: “Parágrafo único. O reconhecimento pode



O ordenamento jurídico brasileiro preocupou-se de tal maneira com o nascituro, que, inclusive, previu a possibilidade de ser-lhe nomeado curador, quando o pai falece e a mãe não detém o poder familiar<sup>39</sup>.

Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça podem ser encontrados julgados que reconhece o dano moral ao nascituro pela morte do pai<sup>40</sup> e que confere a condição de pessoa ao nascituro, ao julgar um acidente automobilístico que causou a morte do feto<sup>41</sup>.

Cite-se, ainda, o Enunciado 1, da I Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal, que estabelece que “a proteção que o Código defere ao nascituro alcança o natimorto no que concerne aos direitos da personalidade, tais como: nome, imagem e sepultura”.

Poderiam ser mencionados inúmeros outros direitos do nascituro – como mais um exemplo, a estabilidade provisória da gestante no Direito do Trabalho que além de assegurar o sustento da empregada, garante que o nascituro tenha condições para desenvolvimento e nascimento dignos – mas os já expostos, são capazes de demonstrar que o nascituro possui, sim, personalidade jurídica e todos os direitos dela decorrentes: vida, saúde, honra, nome, filiação, imagem, dentre outros.

É, por isso, que foi feita aquela distinção entre a *personalidade* e a *capacidade*, para esclarecer o motivo dos direitos de natureza patrimonial – doação, herança e seguro previdenciário, dentre outros – estarem condicionados ao nascimento com vida.

Portanto, o nascituro – compreendendo-se o embrião – é pessoa e detém personalidade jurídica com todos direitos a ela inerentes, deixando apenas de possuir *capacidade* para titularizar relações patrimoniais.

Esta conclusão é a que decorre de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, incluindo-se nela o Código Penal brasileiro, pois sem a tutela penal, a vida do nascituro não estaria

---

preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes”.

39 Cf., CC, art. 1.779: “Art. 1.779. Dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar”; “Parágrafo único. Se a mulher estiver interdita, seu curador será o do nascituro”.

40 Cf., STJ, RESP 399.028/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 26.2.02, DJU 15.4.02.

41 Cf., STJ, RESP 1.415.727/SC, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. 04.9.2014, DJU 29.9.2014.

integralmente protegida, porque careceria de proteção contra os atos destinados a encerrá-la, frustrando a realização dos demais dispositivos que protegem seu sadio desenvolvimento.

Isto significa que os crimes tipificados nos artigos 124 ao 126 tutelam a vida intrauterina, pois além deles estarem inseridos no “Título I” que trata dos “crimes contra a pessoa” e no “capítulo I” que disciplina os “crimes contra a vida”, eles têm por objetivo punir os atos praticados pela gestante ou por terceiros que visem interromper a gravidez.

Os tipos penais representam verdadeiras *obrigações*, pois são normas imperativas que impõem um não fazer (não provocar o aborto e não consentir que outrem o provoque), contrapondo-se ao direito subjetivo à vida e cujo descumprimento ensejará a imposição de uma sanção, que são as penas cominadas nos artigos 124 a 126<sup>42</sup>.

#### 4 Análise crítica dos argumentos favoráveis e contrários ao aborto

O antigo anseio de descriminalização do aborto, manifestado por parte da sociedade brasileira vem recrudescendo nos últimos tempos e ganhou força após a realização da I Conferência Nacional de Políticas para Mulheres, que resultou na aprovação de uma resolução propondo ao Governo Brasileiro a inserção do tema no campo da saúde pública e adoção de políticas de descriminalização da prática<sup>43</sup>.

De fato, não se desconhece que a prática clandestina de abortos se transformou em grave problema de saúde pública. Estima-se que no ano de 2005 para cada 100 nascidos vivos, ocorreram 30 abortos realizados em condições inseguras e precárias<sup>44</sup>. Estudos oficiais colocam o aborto induzido como a terceira ou quarta causa de mortalidade materna<sup>45</sup>.

---

42 BORGES, Daniela Meca; LEHFELD, Lucas de Souza. Os Deveres Fundamentais na Construção da Cidadania. In: XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR - BA, 27, 2018, Salvador. *Anais...* Florianópolis: CONPEDI, 2018. p. 152.

43 FREIRE, Nilcéia. Aborto Seguro: Um direito das mulheres? *Revista Ciência e Cultura*, São Paulo, v. 64, n. 2. Abr./jun. 2012, p. 31.

44 BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Área Técnica de Saúde da Mulher. *Magnitude do aborto no Brasil: aspectos epidemiológicos e sócio-culturais*. Abortamento previsto em lei em situações de violência sexual. Brasília: Ministério da Saúde, 2008, p. 3.

45 *Id.*, *Aborto e Saúde Pública no Brasil: 20 anos*. Brasília, 2009, p. 31.

Com tais ingredientes, a discussão sobre o aborto tem sido recorrente no Brasil, estando na pauta do Congresso Nacional, do Judiciário, dos noticiários e do meio acadêmico.

No Congresso Nacional, o projeto de lei nº 236 de 2012, ainda em trâmite, que pretende instituir o novo Código Penal, ressuscitou as discussões acerca do aborto. Além das situações já conhecidas, em que não se pune o aborto praticado nos casos de risco à vida da gestante (aborto necessário) e de gravidez decorrente de estupro (aborto humanitário), o projeto do novo Código Penal prevê que também não haverá crime de aborto: se comprovada a anencefalia ou quando o feto padecer de graves e incuráveis anomalias que inviabilizam a vida extrauterina, em ambos os casos atestado por dois médicos; ou se por vontade da gestante, até a décima segunda semana da gestação, quando o médico ou psicólogo constatar que a mulher não apresenta condições psicológicas de arcar com a maternidade.

Verifica-se que além de incorporar à lei a decisão emanada da ADPF de nº 54, que deu interpretação conforme à Constituição aos artigos 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal vigente, para estabelecer que não se pune o aborto nos casos de anencefalia, o projeto de novo Código Penal foi além, abrangendo, ainda, outras doenças ou anomalias incuráveis que inviabilizam a vida extrauterina.

O ponto alto das discussões no Senado foi, na verdade, a previsão de interrupção voluntária da gravidez até doze semanas, ainda que se tratando de um feto plenamente saudável, pois, nesta hipótese, o que estaria sendo valorado era a saúde física e psicológica da “mulher”, que o projeto deixou, intencionalmente, de qualificá-la como mãe ou gestante.

A proposta recebeu destaques do Senador Pedro Taques para retirada da hipótese de interrupção voluntária da gravidez até doze semanas e a comissão decidiu, por maioria de votos, acolher o destaque e retirar esta hipótese do projeto de lei.

Eduardo Saad-Diniz<sup>46</sup> criticou a revisão do texto, argumentando que a visão concepcionista que foi adotada é de forte conotação religiosa e que a nova redação fere as liberdades pessoais da mulher, notadamente, sua autodeterminação para escolher ser mãe e oferecer condições de

---

46 Observações sobre o movimento codificador no Brasil e a questão das liberdades pessoais da mulher no aborto. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 1, p.17-18, out. 2014, n. p.

vida saudáveis ao recém-nascido. O penalista considerou, ainda, que a argumentação utilizada para retirar a hipótese de interrupção voluntária é em grande medida apelativa, pois ao afirmarem que com doze semanas o bebê já possui feições humanas (olhos, nariz, boca, orelhas, coração, fígado, rins, pulmões e sistema nervoso central já em formação), os autores da revisão buscam uma equiparação entre a personalidade do feto com a personalidade de uma pessoa nascida, causando desconforto a quem opte pelo aborto.

Não obstante toda a deferência que merece o Ilustre professor ribeirão-pretano, ousamos em discordar de suas críticas à revisão. Isso porque, Saad-Diniz parece incorrer no erro comum de partir da premissa de que todo àquele que defende a proteção do direito à vida desde a fecundação, o faz, baseando-se em critérios unicamente religiosos, negando a cientificidade que detém a visão concepcionista, conforme demonstrado no tópico 2.

De igual modo, foi demonstrado no Capítulo 3, que a interpretação sistemática do ordenamento jurídico brasileiro nos permite afirmar que a vida é protegida pela Lei desde à concepção, não havendo mesmo nenhuma diferença quanto à *personalidade jurídica* da pessoa nascida em paralelo com aquela outra que ainda está no estágio da vida intrauterina. Já foi esclarecido que a diferença entre as duas se refere à *capacidade*, pois o feto não possui capacidade para titularizar relações patrimoniais, mas tem resguardado todos os direitos inerentes à sua personalidade.

Já no âmbito do Poder Judiciário, o debate sobre o aborto foi enfrentando em diversas ocasiões, sendo os mais notáveis julgamentos: a ADPF de nº 54, o HC de nº 124.306/RS e, atualmente, a ADPF de nº 442.

Na ADPF de nº 54 foi criado o precedente, segundo o qual, é inconstitucional qualquer interpretação que entenda que a interrupção da gravidez de feto anencéfalo se amolda aos crimes previstos nos artigos 124 e 126, ambos do Código Penal.

Gilson Matilde Diana<sup>47</sup> destaca que a razão de decidir, adotada pela maioria que votou favorável à procedência da ação, foi de que não estava em jogo a vida de outro ser, mas se tratava de um processo

---

47 Direito Constitucional Contemporâneo e os Desafios dos Direitos Fundamentais: a liberdade e autonomia da vontade e a antecipação terapêutica do parto no caso de fetos anencéfalos. *RCJ - Revista Culturas Jurídicas*, Niterói, v. 2, n. 4, 2015, p. 86-87.

de gravidez verdadeiramente mórbido, em que nem mesmo uma intervenção cirúrgica poderia salvar a vida do feto.

Em sentido diverso, votaram pela improcedência do pedido os Ministros Ricardo Lewandowski e Cézar Peluso, os quais asseveraram em seus respectivos votos, que o Supremo Tribunal Federal careceria de unção legitimadora do voto popular e, por isso, não poderia promover inovações no ordenamento normativo, pois a ele só caberia a função de legislador negativo, isto é, extirpar as inconstitucionalidades.

Desse modo, a partir de 12 de abril de 2012, quando a ADPF de nº 54 foi julgada procedente, além das hipóteses de aborto para salvar a vida da gestante e de gravidez decorrente de estupro<sup>48</sup>, também deixou de ser punido o aborto de feto anencéfalo.

Passados pouco mais de quatro anos, a Corte Suprema retomou as discussões sobre o aborto, não porque tenha sido provocada a fazê-lo, mas sim pelo ativismo judicial de seus membros.

A questão voltou ao Supremo por meio do *Habeas Corpus* de nº 124.306, que pretendia relaxar a prisão preventiva de dois réus que foram denunciados como incurso nos crimes dos artigos 126 e 288, ambos do Código Penal, nos quais são punidas, respectivamente, as condutas de provocar aborto com o consentimento da gestante e associação criminosa (antiga quadrilha ou bando). Os argumentos levantados pela defesa foram de não estarem presentes os requisitos necessários para a prisão; que os réus eram primários, com bons antecedentes, possuíam trabalho e residência fixa; e, sobretudo, a desproporcionalidade da prisão cautelar, pois em caso de condenação, os réus cumpririam a pena em regime aberto.

Portanto, tratava-se de um julgamento estritamente objetivo, destinado ao exame da legalidade da prisão preventiva com o cotejo dos artigos 311 a 316, todos Código de Processo Penal.

Seguindo esta linha de raciocínio, o Ministro Marco Aurélio, relator da ação, entendeu que a liberdade dos acusados não oferecia risco ao processo e concedeu a ordem. Nesta ocasião, o Ministro Luís Roberto Barroso pediu vista dos autos e no dia 29 de novembro de 2016, proferiu seu voto, em que não conhecia do *Habeas Corpus*, mas

---

48 Cf., CP, art. 128, I e II: “Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante; II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal”.

concedia a ordem de ofício, invocando razões alheias ao mérito da legalidade da prisão.

Para o Ministro Barroso, era necessário examinar a própria constitucionalidade da legislação penal que pune o aborto voluntário, acrescentando que a criminalização do aborto antes de concluído o primeiro trimestre de gestação violaria os direitos fundamentais da mulher, como sua autonomia, integridade física e psíquica, direitos sexuais e reprodutivos e a igualdade de gênero. Além disso, entendia que a tipificação penal não observava suficientemente o princípio da proporcionalidade.

Este entendimento foi acompanhado pelos votos dos ministros Edson Fachin e Rosa Weber. Já o Ministro Luiz Fux concedeu a ordem de ofício, mas se restringiu a revogar a prisão preventiva.

Publicada esta decisão, não faltaram críticas doutrinárias a respeito, sendo que as mais salutares foram feitas por Lênio Luiz Streck e Rafael Giorgi Dalla Barba<sup>49</sup>, os quais combateram o ativismo judicial evidenciado no voto do Ministro Barroso e a equivocada interpretação da ponderação de Robert Alexy.

Com relação ao ativismo judicial, os autores argumentaram que dentro do Estado Democrático de Direito, o órgão que tem a função de julgar os casos sob a lei, não pode criá-las, haja vista que as decisões políticas não podem ser transferidas da esfera legislativa para a jurisdicional, sob pena da nossa cidadania ser alienada por completo.

Já com relação a ponderação alexyana, os autores advertiram que se trata de um método para resolver conflitos de princípios. Por isso, a ponderação não pode ser aplicada às regras, já que estas se aplicam por meio subsunção, de modo que ou o fato se amolda à regra, ou não, o famoso “tudo ou nada”. Assim, considerando que os crimes previstos nos artigos 124 e 126 são regras e não princípios, é impossível deixar de aplicá-los pela técnica da ponderação.

Não obstante as críticas que foram feitas ao voto do Ministro Barroso e apesar da decisão proferida no HC de nº 124.306 não ter força vinculante, fato é que ela tem sido utilizada como valioso paradigma para os movimentos que defendem a legalização do aborto, tanto que seus argumentos foram reproduzidos pelo Partido Socialismo e Liberdade - PSOL para fundamentar uma nova ação, a ADPF de nº

---

49 Aborto: a recepção equivocada da ponderação alexyana pelo STF. *ConJur*, São Paulo, dez. 2016, n. p.

442, atualmente em tramitação perante o Supremo Tribunal Federal, que pretende exatamente descriminalizar a interrupção voluntária da gravidez até doze semanas de gestação.

É possível notar que não apenas os juristas, mas a sociedade brasileira como um todo está dividida entre os que querem a procedência da ADPF de nº 442, com a consequente descriminalização dos crimes de aborto até doze semanas de gestação, e os que buscam a sua improcedência, argumentando a defesa da vida desde o seu início.

Cumpramos analisarmos os principais argumentos que são invocados por ambos os grupos, contrapondo-os para, ao final, externarmos nosso posicionamento.

Iniciando pelos argumentos favoráveis à descriminalização do aborto, Ana Beraldo, Telma de Souza Birchall e Claudia Mayorga<sup>50</sup> asseveram que “a ilegalidade do aborto não impede que ele seja feito, mas o situa na esfera do segredo, do privado, podendo atuar na reprodução da subordinação feminina”, ou seja, elas encaram o aborto como um fato, um fenômeno que não é coibido pela existência da lei.

Na pesquisa realizada por estas autoras, elas apontam que o Feminismo passou a influenciar o processo de decisão sobre o aborto, porque, por meio dele, as mulheres passaram a enxergar o aborto como moralmente aceitável<sup>51</sup>, inserindo a questão no campo da liberdade e autodeterminação que detém a mulher.

Marilena Chauí<sup>52</sup> analisa o aborto entre as mulheres de 13 a 18 anos e afirma que em tais casos, o aborto é mais uma necessidade do que uma liberdade, haja vista que nesta faixa etária, as mulheres não têm condições de se responsabilizarem pela maternidade. Assim, as mulheres são expostas à violência, que é verificada tanto nos métodos caseiros de aborto (giletes, tesoura, colher, barbante) quanto nas consequências negativas por ele provocadas (câncer, esterilidade, horror à sexualidade, sadomasoquismo, histeria, etc.). Com base nisso, Chauí propõe não somente a descriminalização do aborto, mas uma discussão dentro da própria sociedade para evitar que mesmo legalizado, os médicos façam o aborto com métodos cruéis, como forma de castigar a mulher que opte por fazê-lo.

---

50 O aborto provocado: um estudo a partir das experiências das mulheres. *Revista Estudos Feministas*, [s. l.], v. 25, n. 3, dez. 2017, p. 1.153.

51 *Ibid.*, 1.149.

52 Mãe, Mulher ou Pessoa: discutindo o aborto. **Lua Nova**: Revista de Cultura e Política, [s. l.], v. 1, n. 1, jun. 1984, n. p.

Terezinha Inês Teles Pires<sup>53</sup> insere o aborto dentro da liberdade reprodutiva da mulher, argumentando que só cabe à mulher definir o valor a ser atribuído à vida do embrião que está dentro do ventre dela. Para esta autora, os interesses da vida pré-natal são, na verdade, questões de liberdade de crença e de convicções filosóficas que não podem se sobrepor à independência ética da mulher.

Exatamente por considerar o aborto como uma questão de valoração ética, Terezinha argumenta que nem mesmo uma consulta popular direta, como a realização de um plebiscito, poderia resolver o dilema. Pois, em caso de vitória da posição que privilegia a vida do feto, a liberdade da mulher estaria obstada pelo critério majoritário. Então, para solucionar a questão, a autora assevera que tanto o Congresso Nacional quanto o Poder Judiciário estão autorizados a realizar um procedimento de “atualização hermenêutica” para rever a legislação punitiva do aborto e adequá-la à índole principiológica da Constituição vigente<sup>54</sup>.

Naara Luna<sup>55</sup> cita o 3º Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3) – que foi instituído pelo Decreto nº 7.037/2009 e atualizado pelo Decreto nº 7.177/2010 – para lembrar que por meio dele, o Brasil assumiu o compromisso de apoiar a aprovação do projeto de lei que descriminaliza o aborto, considerando a autonomia das mulheres para decidir sobre seus corpos. Também é invocada a laicidade do Estado para afirmar que, por isso, o Estado não pode se reger por princípios religiosos. São feitas críticas aos movimentos pró-vida, porque a autora entende a que a humanização do feto tem implicado na desumanização da mulher.

Thiago Ferrare Pinto<sup>56</sup> defende a ideia do direito penal mínimo, segundo o qual, o direito penal é o último instrumento a ser usado, quando ele se apresenta como o único meio para proteção de algum bem jurídico, argumentando não ser este o caso do aborto. Este autor assevera que ao combater o aborto, o Brasil viola vários direitos

---

53 A legitimação do aborto à luz dos pressupostos do estado democrático de direito. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, [s. l.], v. 3, n. 2, 18 jan. 2014, p. 382.

54 *Ibid.*, p. 377-379.

55 A Polêmica do Aborto e o 3º Programa Nacional de Direitos Humanos. *Dados*, [s. l.], v. 57, n. 1, mar. 2014, n. p.

56 Aborto no Brasil atual: entre o direito e as políticas públicas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, [s. l.], v. 3, n. 1, 20 mar. 2013, p. 19-20.



fundamentais da mulher, tais como o direito à liberdade, à autonomia e à privacidade.

Para cada um dos argumentos favoráveis à descriminalização do aborto, há um contra-argumento que nos direciona a uma conclusão inversa, conforme passamos a demonstrar.

A retórica de que o aborto é uma realidade que não é coibida pela lei, não é suficiente para revogar os tipos penais, pois caso assim o fosse, teríamos que revogar todo o Código Penal, haja vista que os homicídios, os furtos, os sequestros, as fraudes e tantos outros delitos também não deixaram de existir apenas porque há uma norma que prevê uma pena para quem os pratica. Nesse sentido, Streck e Barba<sup>57</sup> lembram que o Brasil alcançou a marca de 60 mil homicídios anuais.

Também não enxergamos o aborto como uma questão exclusivamente de ordem moral, de modo que o feminismo, ou na via transversa a religião, pudesse fazer como que ele se tornasse aceitável ou não. A questão é também moral, mas é, sobretudo, jurídica. Não dá para sermos indiferentes àquela vasta gama de proteção legal à vida, desde sua fase inicial, exposta no Capítulo 3, e enfrentarmos o aborto como se somente os direitos da mulher estivessem em jogo.

Nesse sentido, Ives Gandra Martins Filho<sup>58</sup>, criticando o PNDH-3, argumenta que é “como se o nascituro, com código genético distinto e vocacionado para o nascimento, ainda pudesse ser considerado como mero órgão da mãe, passível de amputação!”.

Falacioso também é o argumento de que o aborto seria uma necessidade em razão da tenra idade da gestante. Registre-se, a prática de ato sexual com menor de catorze anos configura o crime de estupro de vulnerável<sup>59</sup>, por isso, o aborto já é autorizado em tais casos<sup>60</sup>. Nesta ordem de ideias, a descriminalização genérica do aborto, sem que se precisasse dizer o motivo, contribuiria para a naturalização do sexo entre crianças e adolescentes.

Ao invés disto, propomos que sejam perquiridos mecanismos de efetivação à especial proteção legal que têm as crianças e os adolescentes,

---

57 *Op. cit.*, n. p.

58 Direitos desumanos. **O Globo**, [s. l.], jan. 2010, n. p.

59 Cf., CP, art. 217-A: “Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos”.

60 Cf., CP, art. 128, II: “Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico.”; “II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal”.

incluindo-se aí, consequências mais rígidas para o descumprimento do dever de cuidado e o abandono em qualquer uma de suas formas (afetivo, material e intelectual).

Cai por si mesmo, o argumento exposto por Terezinha de que o aborto não estaria sujeito à consulta popular e que caberia ao Congresso Nacional ou ao Poder Judiciário fazer uma “atualização hermenêutica”. Resta evidente o desespero da autora em tentar legalizar o aborto, a qualquer custo, *data máxima vênia*. Conforme demonstrado no Capítulo 3, a proteção à vida é um direito fundamental assegurado como cláusula pétreia. Por isso, qualquer proposta legislativa – oriunda ou não de consulta popular – que tente restringir este direito fundamental será inconstitucional. Também não é crível que o Poder Judiciário pudesse fazer “atualização hermenêutica” sobre isto, porque além de usurpar da competência do Poder Legislativo, o Judiciário estaria descumprindo sua função típica de defender a guarda da Constituição<sup>61</sup>.

Quanto ao compromisso assumido pelo Brasil no Programa Nacional de Direitos Humanos de descriminalizar o aborto, é necessário submeter o Decreto nº 7.037, de 21 de dezembro de 2009, que o instituiu, ao controle de constitucionalidade. Isso porque, conforme demonstrado no Capítulo 3, a interpretação sistemática da Carta Magna nos permite afirmar que a vida é protegida desde a concepção e, sob este prisma, o famigerado PNDH-3, na parte que busca a descriminalização do aborto, é inconstitucional.

Some-se, ainda, que a ideia de direito penal mínimo, ao contrário do que foi argumentado por Thiago Ferrare Pinto<sup>62</sup>, apenas reforça a necessidade de criminalizar o aborto, pois sem a tipificação penal, a vida humana em sua fase intrauterina estaria desprotegida, já que os outros ramos do direito não poderiam tutelá-la suficientemente.

A simples revogação dos dispositivos penais incriminadores do aborto implicaria em crassa violação do Princípio da Proibição de Proteção Deficiente, que abrange:

[...] um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto às agressões contra direitos fundamentais provenientes de terceiros, de tal sorte que se está diante de dimensões que reclamam maior densificação, notadamente, no que diz com os desdobramentos da assim chamada proibição de insuficiência

61 Cf., CRFB/88, art. 102: “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição [...]”.

62 *Op. cit.*, n. p.

no campo jurídico-penal e, por conseguinte, na esfera da política criminal, onde encontramos um elenco significativo de exemplos a serem explorados<sup>63</sup>.

Verificamos, desse modo, que são de difícil sustentação as premissas que se baseiam os movimentos pró-aborto.

Poderiam ser mencionadas, ainda, vários outros argumentos, tal como a falácia de que a lei criminaliza mulheres negras e pobres, as quais acabam mortas ou presas. Exatamente pelo fato de o aborto ser criminalizado, que qualquer estatística sobre o perfil das mulheres que o cometem, é questionável. Ademais, as cominações previstas nos artigos 124 e 126 do Código Penal são brandas, admitindo-se, inclusive, a suspensão condicional do processo nas hipóteses de autoaborto e do aborto praticado com o consentimento da gestante<sup>64</sup> ou a substituição por penas restritivas de direito<sup>65</sup>, de modo que, na prática, dificilmente as mulheres serão presas.

É necessário observar, da mesma forma, que não será com a simples eliminação das restrições legais, especialmente daquelas de natureza penal, que serão resolvidos os problemas apontados pelos defensores da tese da legalização do aborto, conforme acertadamente indicado pela doutrina:

Decidir apenas pela sua legalização ou não, ou em que situações ele deve ser permitido, não resolverá a questão, pelo menos até que o nível educacional geral (e não somente o grau de informação sobre métodos contraceptivos e planejamento familiar) das populações melhore, ou até que modos mais apropriados de prevenção de gestações possam ser amplamente utilizado<sup>66</sup>.

63 SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. *Revista da Ajuris*, ano XXXII, n. 98, junho/2005, p. 107.

64 Cf., Lei nº 9.099/95, art. 89, *caput*: “Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena”.

65 Nesse sentido, o artigo 44 do Código Penal prevê a possibilidade de as penas privativas de liberdade serem substituídas pelas restritivas de direitos.

66 LIMA, Bruno Gil de Carvalho. Mortalidade por causas relacionadas ao aborto no Brasil: declínio e desigualdades espaciais. *Revista Panamericana Salud Publica/ Pan Am J Public Health* 7(3), 2000, p. 172.

Merece consideração, da mesma forma, que o Direito Penal não pode ser visto isoladamente. Ele integra aquilo que Roxin<sup>67</sup> define como a “ciência global do direito”, de forma que a alteração casuística de três dispositivos legais retira a lógica e a sustentabilidade do sistema jurídica, de forma que o princípio constitucional referenciado ficará sem a necessária proteção pelo direito positivo.

Destarte, não estamos defendendo a morte ou a prisão das mulheres, mas sim o direito que detém o feto de não ter sua vida arbitrariamente interrompida. Não se trata de instrumentalizar o corpo da mulher, mas de reconhecer a necessidade de proteger um estágio que todos nós passamos – inclusive as próprias mulheres – para que pudéssemos, hoje, estarmos vivos e discutindo esta questão. Por isso, queremos que as mulheres sejam conscientizadas de que qualquer direito dentro da ordem jurídica sofre limitação, não podendo atingir a esfera jurídica de proteção do outro sujeito, ou seja, a autonomia sobre o corpo não pode autorizar o desrespeito à vida intrauterina.

## 5 Considerações finais

Conforme demonstrado, o aborto é um dos mais controvertidos temas discutidos nos últimos tempos em nosso país.

De um lado, existe o setor mais conservador da sociedade brasileira, que defende a criminalização do aborto, com o apego ao texto da Constituição da República, na qual a vida está inserida dentre os bens fundamentais e o sob o manto da intangibilidade.

Em sentido oposto, o movimento feminista, com a bandeira da autonomia da mulher e do grave problema de saúde pública causado pela realização de abortos em condições precárias, sustenta a necessidade de revisão de nossa legislação, especialmente do direito penal, como forma de descriminalizar, ainda que parcialmente a conduta.

Estabelecida a premissa de que a vida humana começa na fecundação e que o nascituro tem personalidade jurídica, nos parece inarredável a conclusão de a descriminalização do aborto não é constitucional, em face da inviolabilidade do direito à vida<sup>68</sup>.

---

67 *Derecho Penal*: Parte General Tomo I. Madrid: Civitas, 1997, p. 47.

68 Cf., CRFB/88, art. 5º, *caput*: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...]”.

Além disso, ainda que o aborto seja descriminalizado, ele não será legal, porque eventual revogação dos dispositivos proibitivos ou que criminalizam a conduta podem implicar em violação ao Princípio da Proibição de Proteção Deficiente.

Não obstante, diante da realidade existente no país e do gigantesco problema de saúde pública existente, será necessário um amplo debate com a sociedade brasileira, no sentido de buscar uma solução democrática para o embate, eis que cabe ao povo decidir sobre as opções para o seu futuro.

De qualquer forma, não nos parece adequado que o debate seja solucionado por uma decisão do Supremo Tribunal Federal, que não possui legitimidade democrática para resolver tão grave questão. Nesse sentido, a ADPF de nº 442 não reúne condições para ser julgada procedente, máxima, diante da taxatividade da garantia do direito à vida.

Não obstante, é necessário enfatizar que o grave problema de saúde pública não será resolvido com a simples eliminação da proibição legal. Muito mais que isso, é necessária uma séria política de educação e inclusão, que possibilite a opção pelo planejamento familiar, adoção de métodos contraceptivos e, principalmente, uma adequada assistência médica.

## Referências

BELIVÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

BERALDO, Ana; BIRCHAL, Telma de Souza; MAYORGA, Cláudia. O aborto provocado: um estudo a partir das experiências das mulheres. *Revista Estudos Feministas*, [s. l.], v. 25, n. 3, p. 1141-1157, dez. 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/1806-9584.2017v25n3p1141>. Acesso em: 10 set. 2018.

BORGES, Daniela Meca; LEHFELD, Lucas de Souza. Os Deveres Fundamentais na Construção da Cidadania. In: XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR - BA, 27, 2018, Salvador. *Anais...* Florianópolis: CONPEDI, 2018. p. 147 - 162.

BRASIL. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. *Convenção internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência e seu protocolo facultativo*. Brasília, Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2009/006949.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2009/006949.htm).

[gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm](http://gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm). Acesso em: 5 set. 2018.

BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. *Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (pacto de São José da Costa Rica)*. Brasília, 9 nov. 1992. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm). Acesso em: 20 ago. 2018.

BRASIL. Decreto nº 7.037, de 21 de dezembro de 2009. *Programa Nacional de Direitos Humanos*. Brasília, 22 dez. 2009. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d7037.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7037.htm). Acesso em: 28 ago. 2018.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Aborto e saúde pública no Brasil: 20 anos*. Brasília, 2009. Disponível em: [http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/livro\\_aborto.pdf](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/livro_aborto.pdf). Acesso em 17 set. 2018.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Área Técnica de Saúde da Mulher. *Magnitude do aborto no Brasil: aspectos epidemiológicos e sócio-culturais*. Abortamento previsto em lei em situações de violência sexual. Brasília: Ministério da Saúde, 2008. Disponível em: [http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/magnitude\\_aborto\\_brasil.pdf](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/magnitude_aborto_brasil.pdf). Acesso em 17 set. 2018.

BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012. *Novo Código Penal*. Brasília, Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>. Acesso em: 09 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 54*. Brasília, 12 de abril de 2012. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2226954>. Acesso em: 2 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 124.306*. Brasília, 29 de novembro de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2018.

CHAVES, Antônio. *Direito à vida e ao próprio corpo*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

CHAUÍ, Marilena. Mãe, Mulher ou Pessoa: discutindo o aborto. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, [s. l.], v. 1, n. 1, p.35-40, jun. 1984. FapUNIFESP (SciELO). Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/s0102-64451984000100009>. Acesso em: 15 ago. 2018.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil: Parte Geral*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 1.

DIANA, Gilson Matilde. Direito Constitucional Contemporâneo e os Desafios dos Direitos Fundamentais: a liberdade e autonomia da vontade e a antecipação terapêutica do parto no caso de fetos anencéfalos. *RCJ - Revista Culturas Jurídicas*, Niterói, v. 2, n. 4, p. 81-102, 2015. Disponível em: <http://www.culturasjuridicas.uff.br/index.php/rcj/article/view/139>. Acesso em: 7 set. 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. 880 p.

FERREIRA, Giovanni Comodaro; PAVONI, Pablo. O INÍCIO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA PESSOA NATURAL E A CONDIÇÃO JURÍDICA DO NASCITURO NO DIREITO C. *Revista Reflexão e Crítica do Direito*, Ribeirão Preto, v. 4, n. 1, p. 192-218, dez. 2016. Disponível em: <http://www9.unaerp.br/revistas/index.php/rcd/article/view/897>. Acesso em: 30 ago. 2018.

FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito médico*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

FREIRE, Nilcéia. Aborto Seguro: Um direito das mulheres? *Revista Ciência e Cultura*, São Paulo, v. 64, n. 2, p. 31-35, abr./jun. 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Parte Geral* 1. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

LIMA, Bruno Gil de Carvalho. Mortalidade por causas relacionadas ao aborto no Brasil: declínio e desigualdades espaciais. *Revista Panamericana Salud Publica/Pan Am J Public Health* 7(3), 2000, p. 168-172.

LUNA, Naara. A Polêmica do Aborto e o 3º Programa Nacional de Direitos Humanos. *Dados*, [s. l.], v. 57, n. 1, p.237-275, mar. 2014. FapUNIFESP (SciELO). Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/s0011-52582014000100008>. Acesso em: 15 ago. 2018.

MARTINS FILHO, Ives Gandra. Direitos desumanos. *O Globo*, [s. l.], jan. 2010.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 1 v.

OLIVEIRA, Larah Beatrissia Queiroz. A DIGNIDADE NATURAL DO SER HUMANO E O PROBLEMA DO ABORTO - DOI 10.5752/P.2318-7999.2013v16n32p22. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, [s.l.], v. 16, n. 32, p. 22-41, 23 dez. 2013. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/5989>. Acesso em: 27 ago. 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. Atualizado por Maria Celina Bodin de Moraes.

PINTO, Thiago Ferrare. Aborto no Brasil atual: entre o direito e as políticas públicas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, [s. l.], v. 3, n. 1, p. 14-24, 20 mar. 2013. Centro de Ensino Unificado de Brasília. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5102/rbpp.v3i1.1951>. Acesso em: 15 ago. 2018.

PIRES, Teresinha Inês Teles. A legitimação do aborto à luz dos pressupostos do estado democrático de direito. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, [s. l.], v. 3, n. 2, p. 364-390, 18 jan. 2014. Centro de Ensino Unificado de Brasília. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5102/rbpp.v3i2.2648>. Acesso em: 15 ago. 2018.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil: Parte Geral*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General Tomo I*. Madrid: Civitas, 1997.

SAAD-DINIZ, Eduardo. Observações sobre o movimento codificador no Brasil e a questão das liberdades pessoais da mulher no aborto. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 1, p.17-18, out. 2014.

SANCHES, Mario Antonio; VIEIRA, José Odair; MELO, Evandro Arlindo de. *A dignidade do embrião humano: diálogo entre teologia e bioética*. São Paulo: Editora Ave-maria, 2013. 248 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. *Revista da Ajuris*, ano XXXII, n. 98, jun. 2005.



STRECK, Lênio Luiz; BARBA, Rafael Giorgio Dalla. Aborto: a recepção equivocada da ponderação alexyana pelo STF. *ConJur*, São Paulo, p. 0-0. dez. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-dez-11/aborto-recepcao-equivocada-ponderacao-alexys-stf>. Acesso em: 27 ago. 2018.

TARTUCE, Flávio. A situação jurídica do nascituro: uma página a ser virada no Direito Brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, n. 33, p.155-177, jan. 2007.


VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 1.



# DA POSSIBILIDADE DE CANDIDATURAS AVULSAS NO DIREITO ELEITORAL PÁTRIO: ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO STF

*OF THE POSSIBILITY OF AVULSES IN THE ELECTORAL LAW  
PÁTRIO: ANALYSIS OF THE JURISPRUDENCE OF THE STF*

Danilo Henrique Nunes<sup>I</sup> 

Lucas Souza Lehfeldd<sup>II</sup> 

Leticia Oliveira Catani<sup>III</sup> 

<sup>I</sup> Universidade de Ribeirão Preto (Unaerp), Ribeirão Preto, SP, Brasil. Mestre em Direito. E-mail: dhnunes@hotmail.com

<sup>II</sup> Universidade de Ribeirão Preto (Unaerp), Programa de Pós-Graduação em Mestrado em Direitos Coletivos e Cidadania da Unaerp, Ribeirão Preto, SP, Brasil. Doutor em Direito. E-mail: lehfeldrp@gmail.com

<sup>III</sup> Universidade de Ribeirão Preto (Unaerp), Ribeirão Preto, SP, Brasil. Mestre em Direitos Coletivos e Cidadania. E-mail: leticiacatani@yahoo.com.br

DOI: <http://dx.doi.org/10.20912/rde.v14i32.2930>

Recebido em: 10.01.2019

Aceito em: 01.04.2019

**Resumo:** Em nosso sistema eleitoral pátrio não há possibilidade de candidaturas avulsas, posto o vínculo partidário como condição de elegibilidade elencado pelo §3º do artigo 14 da Constituição Federal, porém, hodiernamente o tema foi levado para discussão perante o Supremo Tribunal Federal, visto haver conflito entre norma constitucional e o Pacto de São José da Costa Rica, que tem status supralegal. O trabalho busca pelo método hipotético-dedutivo, tendo como objetos de pesquisa doutrinas, artigos e o gráfico produzido pela ACE Project, demonstrar o vácuo normativo existente, assim como evidenciar os demais argumentos que embasam a tese da candidatura independente. Ademais, o presente estudo demonstrará que o Brasil se engloba numa minoria de países que impossibilitam habilitação de candidatos avulsos para concorrerem às eleições, situação da qual resulta em afronta a princípios de ordem constitucional, bem

**Abstract:** In our country's electoral system there is no possibility of individual candidacies, given the party bond as a condition of eligibility listed by § 3 of article 14 of the Federal Constitution, but today the subject was taken to discussion before the Federal Supreme Court, since there is conflict between constitutional norm and the Pact of San José of Costa Rica, that has supralegal status. The work searches for the hypothetical-deductive method, having as objects of research doctrines, articles and the graph produced by the ACE Project, to demonstrate the existing normative vacuum, as well as to highlight the other arguments that support the thesis of the independent candidacy. In addition, the present study will demonstrate that Brazil is comprised of a minority of countries that make it impossible to qualify independent candidates to run for the elections, a situation that results in an affront to constitutional



como afronta pactos federativos do qual é signatário.

**Palavras-chave:** Direito Eleitoral. Candidatura avulsa. Análise Jurisprudencial. Vácuo Normativo.

principles, as well as affront to federative pacts of which it is a signatory.

**Keywords:** Election Law. Individual Candidacies. Analysis of Jurisprudence;. Vacuuo Normative.

**Sumário:** 1 Introdução; 2 Dos direitos políticos; 3 Do instituto da candidatura avulsa; 3.1 Comparação ao Direito Eleitoral Português; 3.2 Comparação ao Direito Eleitoral dos Estados Unidos da América; 3.3 Comparação ao Direito Eleitoral Francês; 4 Dos partidos políticos e da possibilidade de candidaturas avulsas; 4.1 Histórico dos Partidos Políticos no Brasil; 4.2 Do Sistema Majoritário; 4.3 Do sistema proporcional; 5 Análise da jurisprudência dos Tribunais Superiores brasileiros e do Supremo Tribunal Federal; 5.1 Do fisiologismo partidário; 5.2 Da decisão sobre fidelidade partidária pelo STF; 5.3 Possibilidade aparente de candidaturas independentes no Brasil; 6 Considerações finais; Referências.

## 1 Introdução

Os direitos políticos estão esculpidos no artigo 14 da Constituição Federal, sendo também denominado de sufrágio. Os direitos políticos se subdividem em direitos políticos ativos (votar) e direitos políticos passivos (ser votado).<sup>1</sup>

Partindo de tal premissa o presente estudo busca analisar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito da possibilidade de candidaturas avulsas no sistema eleitoral pátrio, demonstrando para tanto, o que é o instituto da candidatura avulsa e analisar por meio de direito comparado o cenário mundial a respeito do tema, fazendo um breve comparativo a outros sistemas eleitorais. Como o instituto da candidatura avulsa parte do pluripartidarismo, o trabalho traz o contexto histórico dos partidos políticos no Brasil, assim como explica as diferenças entre o sistema majoritário e o sistema proporcional de votação.

Contudo, foi levado aos tribunais a questão da necessidade do vínculo partidário como condição de elegibilidade, ou seja, para que um cidadão possa se candidatar é necessário que previamente este esteja vinculado a um partido político, caso contrário não poderá participar das eleições. Seguindo essa linha, o trabalho demonstrará em um sistema empírico-dedutivo as possibilidades de implementação das

1 “Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: § 3º São condições de elegibilidade, na forma da lei;”. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 29 mar. 2019.

candidaturas avulsas no sistema eleitoral brasileiro, analisando estudos produzidos em todo o mundo e as decisões produzidas pelos tribunais superiores.

## 2 Dos direitos políticos

Os direitos políticos têm como nascedouro o artigo 1<sup>a</sup>, parágrafo único da Carta Magna, ao aduzir que o poder emana do povo, num formato de democracia representativa.<sup>2</sup> No Brasil, por se tratar de um estado democrático de direito, partimos da premissa de que todo o poder emana do povo, visto que pode ser exercido de forma direta ou indireta, sendo que a regra em nosso sistema é de uma democracia indireta, salvo as exceções, visto que há casos em que o Brasil pode fazer plebiscito ou referendo, institutos que consultam de modo direto o povo.

Assim, nas palavras de Flávio Martins Alves Nunes Júnior:

O Brasil, como vimos em capítulo anterior, é um estado democrático de direito. Em nosso País, a democracia é híbrida, uma mistura de duas democracias anteriormente mencionadas. É, pois, uma democracia semidireta ou participativa. Isso decorre do artigo 1<sup>o</sup>, parágrafo único, da Constituição Federal: “Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Assim, em regra, o Brasil é uma democracia indireta, em que o povo toma suas decisões (legislativas, políticas, administrativas) por meio de seus representantes eleitos. Não obstante, a própria Constituição admite hipóteses de democracia direta, como o plebiscito, o referendo etc.<sup>3</sup>

Conforme exposto e, analisado o nascedouro dos direitos políticos, passaremos a analisar os direitos políticos como um todos, sendo que, em nosso sistema se utiliza como escopo dos direitos políticos o artigo 14 da Constituição Federal.<sup>4</sup> Nesse sentido, leciona Alexandre de Moraes:

---

2 “Art. 1<sup>o</sup> 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: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.” Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 28 mar. 2019.

3 *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 1124.

4 “Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto

A soberania popular, conforme prescreve o art. 14, caput, da Constituição Federal, será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos e, nos termos da lei<sup>212</sup>, mediante: plebiscito; referendo; iniciativa popular. Podemos, igualmente, incluir como exercício da soberania e pertencente aos direitos políticos do cidadão: ajuizamento de ação popular e organização e participação de partidos políticos. Assim, são direitos políticos: • direito de sufrágio; • alistabilidade (direito de votar em eleições, plebiscitos e referendos); • elegibilidade; • iniciativa popular de lei; • ação popular; • organização e participação de partidos políticos<sup>5</sup>.

O termo empregado como sufrágio não deve ser, todavia, confundido com voto, em que pese serem terminologias parecidas e muitas vezes utilizadas como sinônimos, devemos destacar que há diferença, sendo que sufrágio seria amplo, englobando direitos políticos passivos (negativos) e ativos (positivos), enquanto o voto é somente o exercício do direito do sufrágio. O sufrágio é universal, deste modo, todos os brasileiros natos e naturalizados, via de regra, podem exercer o direito de votar e ser votado, sendo que, para tanto, devem preencher requisitos, que serão objetos de debate nos próximos tópicos.<sup>6</sup> Ademais, temos como direitos políticos o plebiscito: direito de participar da formulação de um projeto de lei, é um ato prévio que o povo têm a possibilidade de aprovar o projeto antes mesmo de ser apresentado ao poder legislativo, o referendo: trata-se de um ato posterior, sendo que o povo faz a votação após a entrada em vigência da lei, caso não seja aprovada pela população será arquivada, iniciativa popular: é a possibilidade do próprio povo criar um projeto de lei que entenda ser pertinente aos interesses da sociedade, a doutrina também elenca a ação popular, prevista na Constituição Federal no artigo 5º, inciso LXXIII<sup>7</sup>,

---

direito e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante”. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 28. mar. 2019.

5 *Direito constitucional*. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 178.

6 *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018, p. 1228-1229.

7 “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;” Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/)

que traz a ideia de proteção aos bens públicos, patrimônio histórico e cultural e ao erário, sendo possível o ajuizamento da ação popular por qualquer cidadão.

### *2.1 Direitos políticos ativos ou positivos*

O termo sufrágio engloba duas grandes classes dos direitos políticos, os direitos políticos ativos (positivos), ora apresentado, e os direitos políticos passivos (negativos). O direito político ativo se exterioriza pelo voto, que segundo o legislador constituinte tem as seguintes características: direto; secreto e igualitário. Nas palavras de Flávio Martins Alves Nunes Júnior:

Voto direto é aquele em que o eleitor escolhe diretamente seu representante (Presidente, Governador, Deputado, Senador, Vereador etc.), sem intermediários. O povo vai diretamente às urnas e escolhe seus representantes [...].

Voto Secreto é o voto sigiloso, contrário do voto aberto (que existia no início de nossa República, que facilitou o “coronelismo eleitoral” e o “voto de cabresto”).

Por fim, o voto igualitário significa que todos os votos têm o mesmo peso, o mesmo valor. O voto a um candidato presidencial dado por um amazonense, gaúcho ou carioca terá sempre o mesmo peso [...].<sup>8</sup>

O direito político ativo tem como requisito a alistabilidade, ou seja, para que o cidadão possa exercer seu direito de voto, deve previamente fazer o procedimento administrativo junto à justiça eleitoral no prazo de 150 dias antes do início das eleições, regra está contida no artigo 91 da lei das eleições (Lei 9.504/97), cabe salientar que somente estarão desobrigados do alistamento eleitoral os maiores de 16 anos e menores de 18 anos, maiores de 70 anos, analfabetos, militares conscritos, estrangeiros e os menores de 16 anos.<sup>9</sup> Para os brasileiros naturalizados existe uma regra específica, positivada no artigo 8º do Código Eleitoral (Lei 4.737/65), o qual obriga que o brasileiro

---

Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 28. mar. 2019.

8 *Curso de Direito Constitucional*. 2 ed. São Paulo: [s. n.], 2018, p 1229-1230.

9 “Art. 91. Nenhum requerimento de inscrição eleitoral ou de transferência será recebido dentro dos cento e cinquenta dias anteriores à data da eleição”. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9504.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504.htm). Acesso em: 28. mar. 2019

naturalizado se aliste no prazo de um ano posterior a sua naturalização, caso não se submeta a tal procedimento lhe será aplicada uma multa.<sup>10</sup>

## 2.2 *Diretos políticos passivos ou negativos*

Analisando a outra vertente do sufrágio, veremos os direitos políticos passivos (negativos), os quais estão intimamente ligados a elegibilidade, em síntese, os direitos políticos passivos estão ligados ao direito de ser votado, se eleger para ocupar cargos como representante do povo ou do estado, caso este que ocorre com os senadores. Assim argumenta José Afonso da Silva:

Assim como a alistabilidade diz respeito à capacidade eleitoral ativa (direito de ser eleitor), a elegibilidade se refere à capacidade eleitoral passiva, à capacidade de ser eleito. Tem elegibilidade, portanto, quem preencha as condições exigidas para concorrer a um mandato eletivo. Consiste, pois, a elegibilidade no direito de postular a designação pelos eleitores a um mandato político no Legislativo ou no Executivo. Numa democracia, a elegibilidade deve tender à universalidade, tanto quanto o direito de alistar-se eleitor. Suas limitações não deverão prejudicar a livre escolha dos eleitores, mas ser ditada apenas por considerações práticas, isentas de qualquer condicionamento político, econômico, social ou cultural.<sup>11</sup>

Partindo dessa premissa, para que o direito político passivo seja exercido se faz necessário o cumprimento do rol elencado pelo artigo 14, § 3º da Constituição Federal<sup>12</sup>, ou seja, preencher os requisitos de elegibilidade, quais sejam: nacionalidade brasileira; pleno exercício dos direitos políticos; alistamento eleitoral; domicílio eleitoral na circunscrição; filiação partidária e as idades mínimas para preenchimento dos cargos. A filiação partidária, requisito de elegibilidade, está positivado na lei 9.096/95, sendo que para ser votado, necessariamente o

10 “Art. 8º O brasileiro nato que não se alistar até os 19 anos ou o naturalizado que não se alistar até um ano depois de adquirida a nacionalidade brasileira, incorrerá na multa de 3 (três) a 10 (dez) por cento sobre o valor do salário-mínimo da região, imposta pelo juiz e cobrada no ato da inscrição eleitoral através de selo federal inutilizado no próprio requerimento”. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4737.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4737.htm). Acesso em: 28. mar. 2019.

11 *Direito Constitucional Positivo*. 25 ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2005, p. 366.

12 “Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: § 3º São condições de elegibilidade, na forma da lei” Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 28. mar. 2019.



cidadão deverá se filiar a um partido político. O requisito acima narrado é tema de discussão, visto que a constituição federal expressamente em seu § 3º do artigo 14 traz a filiação partidária como requisito prévio para que o interessado passa gozar de seus direitos políticos passivos, sendo que, em contrário sensu, o Pacto de São José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário, em seu artigo 23, inciso 2, não elenca a obrigatoriedade de filiação partidária para exercer funções pública.<sup>13</sup> Ante ao conflito, o STF reconheceu a repercussão geral do tema por meio de um Recurso Extraordinário com Agravo (ARE 1.054.490), sendo trazido no alusivo recurso o choque entre a Constituição Federal e o pacto de São José da Costa Rica.<sup>14</sup> O conflito normativo traz de um lado uma norma constitucional em desconformidade com uma norma de status “supralegal”, destaca-se que já houve conflito semelhante entre a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica, quando o tema debatido estava ligado a prisão civil do depositário infiel, sendo que em tal oportunidade o STF decidiu sobre a impossibilidade de sua prisão, ou seja, o respeito da hierarquia das normas foi analisado sob outro aspecto.<sup>15</sup>

### 3 Do instituto da candidatura avulsa

O instituto, tema de discussão no Supremo Tribunal Federal, traz a possibilidade de um candidato se candidatar as eleições sem que necessite de filiação partidária, colocando a pleito suas ideologias pessoais, sem que necessite, para se candidatar, de vínculo partidário. A jurisprudência firmada pela Corte Interamericana no caso “Yatama Vs. Nicarágua” informa:

[...] Desse modo, qualquer requisito de que um “cidadão” deva ser membro de um partido político ou de qualquer outra forma de organização política para exercer aquele direito viola

13 “A lei pode regular o exercício dos direitos e oportunidades a que se refere o inciso anterior, exclusivamente por motivos de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal”. Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_america.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm). Acesso em: 28. mar. 2019.

14 *Recurso extraordinário com Agravo*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-mp-avulsa.pdf>. Acesso em: 9 set. 2018.

15 Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=358255>. Acesso em: 10 set. 2018.

claramente tanto o espírito como a letra da norma em questão [...]”<sup>16</sup>

Seguindo a mesma linha de raciocínio da jurisprudência supracitada, diz Bruno André Blume que “seria uma forma de promover a participação política. Como é grande a desconfiança da população em relação aos partidos, muitos aspirantes a cargos eletivos passariam a ingressar nesse mundo sem precisar se comprometer com a política partidária”<sup>17</sup>. A ideia tem o intuito de aprimorar a liberdade de expressão e otimizar a democracia, visto que, tal direito alcança todos os cidadãos, que podem expressar por meio de sua candidatura as suas ideias, projetos e visão administrativa. Todavia, existem autores que entendem que não há compatibilidade de haver candidaturas independentes no Brasil. Em sua obra, Uadi Lammêgo Bulos afirma o seguinte:

Filiação partidária (art. 14, § 3º, V) - ninguém pode candidatar-se a cargos eletivos sem partido político. Em Portugal, a Constituição permite candidaturas avulsas para a Presidência da República, facultando aos candidatos dirigirem-se diretamente aos eleitores, sem a necessidade de filiação partidária (art. 127). No Brasil é diferente. O ato de concorrer a postos eletivos liga-se à intermediação de agremiações políticas, cujo acesso é livre, sem quaisquer discriminações ou cerceamentos (CF, art. 17). Cumpre à lei ordinária estatuir, antes das eleições, o prazo de filiação partidária. Mas a filiação aí enunciada é aferida de acordo com as convicções do candidato, que, por sua vez, deverá seguir o conteúdo programático fixado pelo partido de sua escolha.<sup>18</sup>

Assim, nota-se que previamente, para que possa concorrer a postos eletivos o candidato não pode se candidatar sem que para isso esteja vinculado a um partido político. Em nosso sistema eleitoral, atualmente não temos a possibilidade de candidaturas avulsas, visto que para se candidatar, essencialmente, o candidato deve previamente estar vinculado a um partido político, como requisito de elegibilidade, expresso pela Constituição Federal. Assim pensam vários autores de direito constitucional a respeito do tema. Nesse sentido, também aduz Alexandre de Moraes:

Filiação partidária: ninguém pode concorrer avulso sem partido político (CF, art. 17). A capacidade eleitoral passiva exige prévia filiação partidária, uma vez que a democracia representativa consagrada pela Constituição de 1988 inadmitte candidaturas que não apresentem a intermediação de agremiações políticas

16 Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha\\_tecnica.cfm?nId\\_Ficha=268](http://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=268). Acesso em: 10 set. 2018.

17 *Candidaturas Avulsas*: por que são proibidas? 2016. Disponível em: <http://www.politize.com.br/candidaturas-avulsa-por-que-sao-proibidas/>. Acesso em: 11 set. 2018

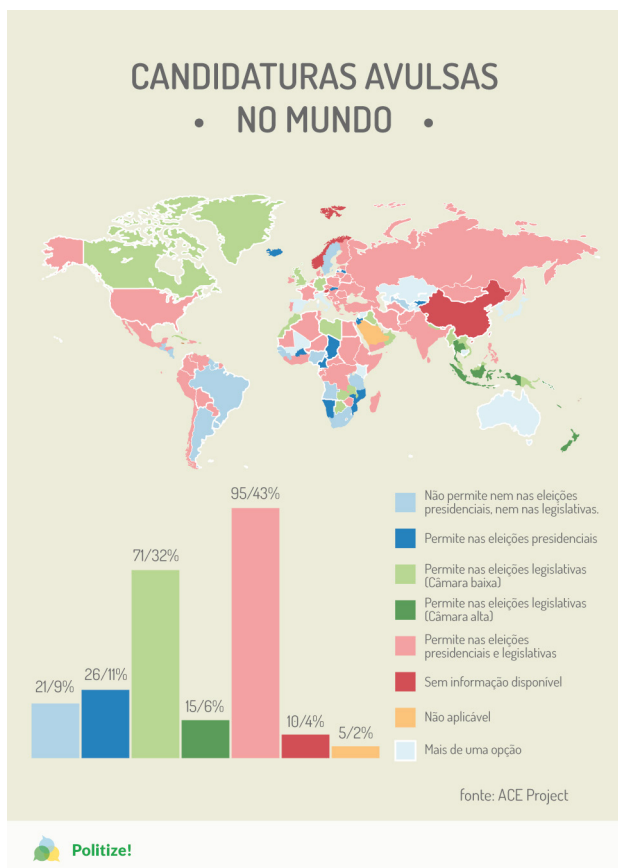
18 *Curso de Direito Constitucional*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 868.

constituídas na forma do art. 17 da Constituição Federal. Saliente-se que, em face da exigibilidade de filiação partidária para o exercício desse direito político (elegibilidade), há de ser assegurado a todos o direito de livre acesso aos partidos, sem possibilidade de existência de requisitos discriminatórios e arbitrários. Conforme entendimento do Tribunal Superior Eleitoral, “a prova de filiação partidária dá-se pelo cadastro eleitoral, não se sobrepondo, a este, o ato unilateral da parte interessada. Cumpre ao Partido Político encaminhar à Justiça Eleitoral – para arquivamento, publicação e cumprimento dos prazos de filiação, objetivando a candidatura – a relação dos filiados na respectiva zona eleitoral”.<sup>19</sup>

Em análise ao cenário mundial, veremos que são poucos os países que não possibilitam a eleição de candidatos avulsos. Alguns países somente a adotam para assumir cargos da câmara baixa, outros na câmara alta, porém, somente 9% dos países não adotam de forma alguma, sendo um deles o Brasil. Deste modo, ficará clara a total incompatibilidade do sistema eleitoral pátrio, no que pese as candidaturas avulsas, em relação aos outros sistemas eleitorais no mundo, de modo que, ficará notório o arcaísmo de nosso sistema. Assim, para ilustrar o presente trabalho, traremos abaixo o estudo do ACE Project, o qual demonstra os dados em cenário mundial sobre a possibilidade de candidaturas independentes, tanto para câmara alta, quanto para a câmara baixa e no geral os países que a impossibilitam de maneira total as candidaturas independentes, deixando claro que se trata de uma minoria.

---

19 *Direito Constitucional*. 32 ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 406/407.



Portanto, far-se-á um comparativo com outros sistemas eleitorais que admitem as candidaturas avulsas.

### 3.1 Comparação ao Direito Eleitoral Português

O direito eleitoral português, conforme demonstrado na tabela supracitada é um dos países que possibilitam as candidaturas avulsas. Nas palavras de Morais, “alguns países possibilitam a apresentação de candidaturas presidenciais diretamente aos cidadãos e não aos partidos (por exemplo: Constituição da República Portuguesa, art. 127)”.<sup>21</sup> Conforme expresso, Portugal priva pelo voto direcionado ao candidato

20 Disponível em: <http://aceproject.org/epic-en?question=PC008&f=>. Acesso em: 11 set. 2018.

21 Direito *Constitucional*. 32 ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 406-407.

não ao partido, haja vista o dispositivo expresso na constituição portuguesa.

Nesse sentido, se aproxima muito ao que se busca no Brasil, ligar a democracia aos direitos políticos, deixando de lado o vínculo partidário obrigatório, no que pese as condições de elegibilidade.

### *3.2 Comparação ao Direito Eleitoral dos Estados Unidos da América*

O direito eleitoral norte americano também possibilidade o ingresso de candidatos sem vínculo partidário, conforme extraímos da leitura do gráfico em apressa, sendo possível a candidatura até mesmo para o cargo de presidente. Nesse sentido, expressa Sylvio Guedes:

Quatro em cada 10 nações permitem que pessoas sem filiação partidária disputem pelo menos cadeiras legislativas em nível local ou nacional, casos da Alemanha, Japão, Itália e Reino Unido. Em 37,79% dos países, as candidaturas avulsas valem até mesmo para presidente da República, como nos EUA, França, Chile, Irã e a superpopulosa democracia da Índia.<sup>22</sup>

Ante ao exposto fica claro que o sistema eleitoral brasileiro não se adequa a maioria dos outros países.

### *3.3 Comparação ao Direito Eleitoral Francês*

O direito eleitoral francês muito se assemelha ao direito eleitoral norte americano no que tange as candidaturas avulsas, haja vista também ser possibilitado aos candidatos participarem das eleições para presidência sem a necessidade de filiação partidária. Deste modo, hodiernamente o presidente da França Emmanuel Macron conseguiu se eleger, sem para isso ter vínculo partidário.<sup>23</sup>

---

22 *Maioria dos Países já Adota o Sistema*. Disponível em: [http://www.senado.gov.br/noticias/agencia/quadros/qd\\_053.html](http://www.senado.gov.br/noticias/agencia/quadros/qd_053.html). Acesso em: 12 set. 2018.

23 EVELIN, Guilherme. *Época*. 2017. Disponível em: <https://epoca.globo.com/mundo/noticia/2017/05/emmanuel-macron-facanha-do-candidato-frances.html>. Acesso em: 12 set. 2018.

## 4 Dos partidos políticos e da possibilidade de candidaturas avulsas

### 4.1 Histórico dos Partidos Políticos no Brasil

Os partidos políticos no Brasil foram mencionados somente na Constituição de 1946, sendo que em tempos anteriores era o instituto da candidatura avulsa o utilizado, nota-se que havia uma opressão aos partidos políticos, haja vista que há época o presidente do Brasil era Getúlio Vargas, tendo uma notória tendência antipartidária. Isso se estendeu até 1965, sendo que nesse meio tempo os partidos políticos foram ganhando força, nas palavras de Ana Claudia Santano:

Até 1965 as agremiações partidárias encontraram um terreno fértil para o seu fortalecimento e consolidação, processo este que ainda era muito dificultado devido ao frequente discurso antipartidário presente, impedindo-os de serem verdadeiros agentes na formação da vontade popular. O controle do Estado sobre os partidos era nítido, bloqueando-os de cumprir as suas funções dentro da agonizante democracia que claudicava do já iminente golpe do regime militar.<sup>24</sup>

Deste modo, foi criada a lei 4.740/1965<sup>25</sup>, a denominada Lei Orgânica dos Partidos políticos, a qual veio a restringir direitos, visto que neste momento o país estava em meio a um regime militar, diminuindo as possibilidades de criação dos partidos políticos, sequentemente foram criados o Ato institucional nº 2 e nº 4, os quais extinguiram e posteriormente autorizaram a permanência de apenas dois partidos políticos, o ARENA e MDP. Nesse sentido relata Juliana Bezerra:

Depois do golpe de 1964, o modelo político visava fortalecer o poder executivo. Dezesete atos institucionais e cerca de mil leis excepcionais foram impostas à sociedade brasileira.

Com o Ato Institucional nº 2, os antigos partidos políticos foram fechados e foi adotado o bipartidarismo. Desta forma surgiram:

(i) a Aliança Renovadora Nacional (Arena), que apoiava o governo;

(ii) o Movimento Democrático Brasileiro (MDB), representando os opositores, mas cercado por estreitos limites de atuação.

24 Ativismo judicial no caso das candidaturas independentes. *Revista Justiça do Direito*, 32(1), 120-152, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.5335/rjd.v32i1.7958>. Acesso em: 14 set. 2018.

25 Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-4740-15-julho-1965-368290-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acessado em: 14 set. 2018.

O governo montou um forte sistema de controle que dificultava a resistência ao regime, através da criação do Serviço Nacional de Informação (SNI). Este era chefiado pelo general Golbery do Couto e Silva.<sup>26</sup>

O bipartidarismo vigorou até o ano de 1979, quando da edição da lei nº 6.767/79<sup>27</sup>, que extinguiu os partidos ARENA e MDP, a fim de fazer uma reforma partidária, visto o descontentamento que havia há época. Nesse sentido leciona Ana Claudia Santano:

O panorama começa a mudar substantivamente em 1979, quando se inicia a implantação do pluripartidarismo, por meio da exigência de uma base eleitoral mínima para a atuação dos partidos. A Lei nº 6.767/1979<sup>28</sup>, por sua vez, extinguiu o MDB e o ARENA, começando-se uma reforma partidária gradativa. O processo de redemocratização viria, de fato, com a Emenda Constitucional 25/1985. A partir de então, a constituinte iniciada em 1987 inaugurou a etapa do que se pode considerar a constitucionalização dos partidos no Brasil. Os esforços postos nessa tarefa deixam claro que a intenção era realmente a de reconstruir a democracia com base no fortalecimento dos partidos, dando-lhes o monopólio de apresentação de candidaturas como maneira de viabilizar esse objetivo.<sup>28</sup>

Deste modo, ao chegarmos na constituição federal de 1988, veremos os direitos políticos esculpido em seu artigo 14, o qual traz como condição de elegibilidade a filiação partidária. Desde 1945 até os tempos atuais os partidos políticos se encontram presentes em nosso sistema eleitoral, todavia, seu vínculo obrigatório foi posto a debate.

#### *4.2 Do Sistema Majoritário*

Em nosso sistema eleitoral existem dois sistemas em que os candidatos estarão sujeitos, o critério majoritário e o critério proporcional. O critério majoritário se aplica aos candidatos que visam ocupar os cargos de Presidente da República, governador de estado e do Distrito Federal, senador e prefeito, sendo que o mais votado dentre os candidatos vence. Tal critério é subdividido em duas espécies, uma para situações em que votarão menos de 200.000,00 eleitores, sendo necessário para o candidato ser aprovado maioria simples, ou seja, a maioria dos votos apurados. A segunda espécie se aplica para votação de

26 *Ditadura Militar no Brasil (1964 – 1985)*. Disponível em: <https://www.todamateria.com.br/ditadura-militar-no-brasil/>. Acesso em: 27. ago. 2018.

27 Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1970-1979/L6767.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6767.htm). Acesso em: 11 set. 2018.

28 Op. cit.

mais de 200.000 eleitores, sendo que para haver vencedor, o candidato necessita da votação de maioria absoluta, em suma, mais da metade dos votos dos eleitores, não sendo computados os votos brancos e nulos, se o candidato não alcançar tal número de votação haverá um segundo turno, em que os dois candidatos mais votados participarão. Conforme descreve José Afonso da Silva:

Em segundo lugar, o sistema majoritário pode ser simples (ou sistema de escrutínio a um só turno), pelo qual, por uma única eleição, se proclama o candidato que houver obtido a maioria simples ou relativa (por isso, também, às vezes, é denominado sistema de eleição por maioria relativa), como pode ser por maioria absoluta (por isso, é também conhecido como sistema eleitoral por maioria absoluta), segundo o qual somente se considerará eleito o candidato que obtiver a maioria absoluta dos votos; se nenhum candidato o conseguir, efetivar-se-á nova eleição, geralmente entre os dois candidatos mais votados a fim de decidir entre ambos, quando, então, um deverá alcançar a maioria absoluta de votos (por essa razão, dá-se-lhe também o nome de sistema majoritário a dois turnos, ou sistema de escrutínio a dois turnos).<sup>29</sup>

A diferença entre o sistema simples e o absoluto, como visto acima, está ligada somente a o número de eleitores de determinado local, ou seja, o critério é objetivo, numérico, não abrindo margem para discricionariedade.

### *4.3 Do sistema proporcional*

O critério proporcional está sujeito aos candidatos para os cargos de deputado federal, deputado estadual, deputado distrital e vereador, traz a ideia de voto ao partido ou coligação, sendo escolhido preferencialmente o candidato, porém, se o candidato votado não alcançar determinado número para ser eleito o voto será dado ao partido, é o denominado quociente eleitoral, onde farar-se-á a divisão do número de “votos válidos” pelo de “vagas a serem preenchidas”, assim chegando a um determinado número que casa partido poderá ocupar em cadeiras. Assim, fica clara a diferença notória do sistema proporcional e do sistema majoritário. Nesse sentido, aduz Sylvio Motta:

Sistema proporcional é aquele em que as cadeiras em jogo são distribuídas segundo os votos recebidos, de modo proporcional, como o nome indica. Assim, por exemplo, se houver uma

---

<sup>29</sup> *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 370.



eleição para escolher 10 deputados e concorrerem o partido A e B, o primeiro com 10% dos votos e o segundo, com 40%, no primeiro sistema o partido A receberia 10 cadeiras e, no segundo sistema, o partido A receberia seis cadeiras e o B teria quatro. Além de escolher a fórmula eleitoral, o sistema eleitoral também se preocupa com o procedimento a ser adotado pelo eleitor, com a estrutura do distrito e do boletim de votos.<sup>30</sup>

Em rumo comum, relata em seu trabalho Leonardo Tricot Saldanha:

Ou seja, o candidato eleito a um cargo por meio do sistema eleitoral proporcional ocupa uma cadeira resultante do atingimento do quociente eleitoral por seu partido político. Para atingir tal quociente, são utilizados os votos de todos os candidatos daquele partido, somados aos votos dos candidatos dos demais partidos da coligação, bem como os votos atribuídos a todos as legendas da coligação. Na grande maioria das vezes, portanto, o parlamentar não o é em virtude de seus votos pessoais – na grande maioria das vezes elege-se com os votos (e, portanto, com os esforços, militância e fundos) de outros candidatos. Mesmo no caso de votações excepcionais de candidatos muito populares que alcancem, sós, o quociente partidário, continua sendo válido afirmar que é o trabalho de todo o partido que o elege.<sup>31</sup>

A proporção dos votos é vinculada aos votos recebidos pelos partidos/coligações, não sendo vinculado, portanto, o candidato e sim ao partido como um todo, ou seja, é plenamente possível que um candidato com baixa votação represente seu partido, caso este tenha cadeiras a serem preenchidas.

## **5 Análise da jurisprudência dos Tribunais Superiores brasileiros e do Supremo Tribunal Federal**

Ante a todo o exposto, chegamos ao ápice do presente estudo, onde passaremos a analisar as decisões que deram ênfase a temática, levando as candidaturas avulsas até o STF e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

---

30 *Direito Constitucional: teoria, jurisprudência e questões*. 23 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 374.

31 Análise do Instituto da Fidelidade Partidária ante as Exceções Estabelecidas pelo TRE. *ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET*, Curitiba, ano VII, n. 13, jan./jun. 2015.

### 5.1 *Do fisiologismo partidário*

As falhas eleitorais são notórias, uma das grandes falhas gira em torno do referido fisiologismo partidário, onde os líderes dos partidos políticos comandam a política no Brasil, haja vista que somente se elegem quem os líderes partidários permitem.

Deste modo, ante a tal cenário, são candidatos somente as pessoas que possuem vínculos com os líderes dos partidos políticos, sendo sanguíneos ou afetivos, contudo o poder legislativo permanecerá sempre nas mãos das mesmas pessoas. A cerca do tema, Ricardo Sobrosa Mezzomo relata em sua denúncia:

Os candidatos são selecionados não por seus sólidos valores e princípios morais, por sua ilibada biografia, capacidade de trabalho, experiência profissional, ideias, propostas ou projetos políticos, mas por sua proximidade com a cúpula partidária e de acordo com seu potencial de voto. Muito comum no Brasil que subcelebridades midiáticas, p.ex., oriundas de programas de auditório ou reality shows se tornem candidatos.<sup>32</sup>

Notória é a rotação forçada do poder pelos líderes dos partidos políticos, mantendo, em tese, a eleição somente para os candidatos que tem chances de vencer, buscando, para tanto, pessoas vinculadas a mídia ou que já tiveram relações políticas anteriores.

### 5.2 *Da decisão sobre fidelidade partidária pelo STF*

Como mencionado acima, já houve discussão similar a respeito do tema, ou seja, a fidelidade partidária já foi levada ao STF por meio do controle concentrado. Se discutia na oportunidade a perda do mandato por infidelidade partidária, onde o candidato eleito, após tomar posse do cargo, muda de partido.

Foi editada então a resolução nº 22.610 do Tribunal Superior Eleitoral<sup>33</sup> que regulamente o tema da desfiliação partidária, sendo que a mesma foi objeto de grande debate pelas ações diretas de inconstitucionalidade nº 3.999 e 4.086, onde se discutia a incompetência do TSE para legislar sobre direito eleitoral, consequentemente a impossibilidade do TSE criar hipóteses de infidelidade partidária. As

32 *Denúncia à Comissão Interamericana de Direitos Humanos*. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/denuncia-mezzomo-candidatura-avulsa.pdf>. Acesso em: 13 set. 2018.

33 Disponível em: <http://www.tse.jus.br/arquivos/tse-resolucao-22-610>. Acesso em: 18 set. 2018.

referidas ADIs foram julgadas improcedentes na oportunidade, dando total validade a resolução nº 22.610 do TSE.

Em seu artigo 1º, § 1º, a resolução traz as possibilidades de justa causa para a desfiliação partidária, se o candidato não estiver amparado por qualquer das hipóteses elencadas no artigo supracitado, poderá o partido político postular pela decretação da perda do cargo eletivo do candidato.

Deste modo, na ADI nº 3.999, em sua decisão, firma o Ministro Joaquim Barbosa que “o sistema de eleição baseado na apuração proporcional pressupõe a identidade entre o interesse dos eleitores e a postura e o programa adotados pelo partido político. Essa presunção, contudo, não é absoluta na quadra histórica atual”.<sup>34</sup> Nota-se, que a decisão menciona os cargos relativos ao sistema proporcional, ou seja, os cargos nos quais o eleitor direciona seu voto ao partido/coligação e não a figura do candidato em si. O TSE fez então a consulta nº 1.407<sup>35</sup>, onde foi esclarecido que o entendimento da fidelidade partidária também deveria se aplicar aos candidatos do sistema majoritário.

Em decorrência do entendimento do TSE foi proposta a ADI nº 5.081, a qual versa sob a inconstitucionalidade da aplicação da infidelidade partidária aos cargos do sistema majoritário. Nas palavras do Ministro Luís Roberto Barroso “a perda do mandato em razão de mudança de partido não se aplica aos candidatos eleitos pelo sistema majoritário, sob pena de violação da soberania popular e das escolhas feitas pelo eleitor”.<sup>36</sup>

Seguindo tal entendimento, podemos extrair da leitura que os candidatos que se submetem ao sistema majoritário não devem sofrer a perda do mandato por infidelidade partidária, haja vista que o voto é direcionado ao candidato e não ao partido, como ocorre no sistema proporcional.

---

34 Decisão ADI 3.999. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=586949>. Acesso em: 18 set. 2018.

35 *TSE: fidelidade partidária vale para cargos majoritários*. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/agencia/noticias/111985.html>. Acesso em: 18 set. 2018.

36 Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5081.pdf>. Acesso em: 18 set. 2018.

### 5.3 Possibilidade aparente de candidaturas independentes no Brasil

No cenário atual não há possibilidade de candidaturas avulsas no país, visto o critério de elegibilidade esculpido pela Constituição Federal. Toda via, temos algumas premissas que devem ser observadas, que nos trazem a sensação de possibilidade das alusivas candidaturas independentes em nosso sistema eleitoral.

Conforme se observa da leitura do gráfico produzido pelo ACE Project, os países que impossibilitam as candidaturas avulsas no cenário mundial são a minoria, sendo que Brasil é exemplo de tal impossibilidade. O Brasil, por ser signatário do Pacto de São José da Costa Rica, se comprometeu a adotar todos os critérios esculpidos no aludido tratado, deste modo, seu artigo 23 não se amolda ao artigo 14 da Carta Magna, haja vista que, segundo a texto do pacto, que o cidadão somente será privado de exercer “exclusivamente por motivo de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal”. Deste modo, o candidato a prefeito do Rio de Janeiro Rodrigo Sobrosa Mezzomo trouxe em sua denúncia a Comissão Interamericana de Direitos Humanos o que segue:

O Brasil, sendo signatário do Pacto de São José da Costa Rica, não pode mais ignorar seus termos e condições, sendo ilícito e imoral manter os brasileiros refêns e escravos dos partidos políticos. A aderências aos partidos deve ser fruto da qualidade ética de tais agremiações, não imposição legal monopolística.<sup>37</sup>

Conforme dito, o Ministro do STF Luís Roberto Barroso decidiu na ADI nº 5.081:

Se a soberania popular integra o núcleo essencial do princípio democrático, não se afigura legítimo estender, por construção jurisprudencial, a regra da fidelidade partidária ao sistema majoritário, por implicar desvirtuamento da vontade popular vocalizada nas eleições, como antes se expôs. Tal medida, sob a justificativa de contribuir para o fortalecimento dos partidos brasileiros, além de não ser necessariamente idônea a esse fim, viola a soberania popular, ao retirar os mandatos de candidatos escolhidos legitimamente por votação majoritária dos eleitores. Se o objetivo perseguido é o aperfeiçoamento da democracia representativa e do modelo eleitoral brasileiro, a extensão

---

37 *Denúncia à Comissão Interamericana de Direitos Humanos*. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/denuncia-mezzomo-candidatura-avulsa.pdf>. Acesso em: 13 set. 2018.

da fidelidade partidária ao sistema majoritário subverte esse propósito, agravando o problema sob o pretexto de saná-lo.<sup>38</sup>

Em suma, o sistema proporcional tem grades diferenças quanto ao sistema majoritário, pois no primeiro notamos o grande vínculo do voto ao partido/coligação, diferentemente do sistema majoritário, onde somente é analisada a ideologia do candidato, por esse motivo a infidelidade partidária deve ser aplicada somente aos cargos vinculados ao sistema proporcional e não a o majoritário.

Deste modo, por hermenêutica, extraímos da decisão do STF das ADIs 4.999 e 4.086 que a fidelidade partidária deve ser obedecida pelos candidatos que se submetem ao sistema proporcional, sendo assim, não há tal obrigatoriedade aos candidatos que se submetem ao sistema majoritário. Nesse sentido, e analisando a decisão supracitada do Ministro Roberto Barroso na ADI 5.081, fica claro que o partido não é objeto de voto no sistema majoritário, portanto, não há necessidade de vínculo partidário aos candidatos que se submetem a tal sistema.

## 6 Considerações finais

Feita a análise dos institutos trazidos fica clara a matéria que levou o tema ao STF, sendo que o conflito normativo foi o maior destaque, haja vista o conflito entre o artigo 14, §3º da Constituição Federal e o disposto no artigo 23 do pacto de São José da Costa Rica.

Ocorre a possibilidade tem fundamento somente nos dispositivos legais supramencionados e seu conflito, notado que existem outros argumentos que foram apreciados. O estudo produzido pela ACE Project nos diz que somente 9 % dos países do mundo não possibilitam que candidatos avulsos participem das eleições, ora, se somos minoria nesse sentido resta evidenciado o arcaísmo de nosso sistema eleitoral.

Nessa perspectiva podemos analisar que impossibilitar a candidatura de um candidato independente fere não somente o pacto de São José da Costa Rica, mas também a Constituição Federal, pois não possibilitar a candidatura fere a liberdade de expressão do cidadão, positivada no artigo 5º, IV da CRFB/88, sendo que o princípio mencionado está vinculado à dignidade da pessoa humana. Quando um candidato se submete a pleito está colocando ali não somente sua

---

38 *Decisão ADI 5.081*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticia/NoticiaStf/anexo/ADI5081.pdf>. Acesso em: 14 set. 2018.

imagem, mas sim suas opiniões políticas e projetos, em outras palavras, exercer os direitos políticos passivos é gozar de seu direito à liberdade de expressão.

Ao ser analisado o instituto da fidelidade partidária e a jurisprudência do STF quanto ao tema, extraímos da leitura das decisões dos Ministros Joaquim Barbosa na ADI nº 3.999 e da decisão do Ministro Luís Roberto Barroso na ADI nº 5.081 que o sistema majoritário e o sistema proporcional devem ser analisados de maneira diferente, ou seja, enquanto neste direcionamos o voto ao partido/coligação naquele atribuímos o voto ao candidato, tendo caráter pessoal, nesse sentido não há que se falar em necessidade de vínculo partidário aos candidatos que se submetem ao sistema majoritário, posto que o partido, perante a visão da sociedade é somente um meio para que o candidato exerça seu direito eleitoral passivo.

Por derradeiro, analisado todos os institutos, entende-se plenamente cabível a possibilidade de candidaturas independentes em nosso sistema eleitoral, haja vista que seria uma evolução para a busca do respeito à democracia, notado que o impedimento elencado pela Constituição Federal de 1988 não é compatível com a própria Constituição, com o pacto do qual é signatário e com a maioria dos sistemas eleitorais no âmbito mundial.

## Referências

BRASIL. *Lei nº 4.737. 15 de julho de 1965*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4737.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4737.htm). Acesso em: 19 set. 2018.

BRASIL. *Lei nº 4.740. 15 de julho de 1965*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/1950-1969/L4740.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L4740.htm). Acesso em 14 set. 2018.

BRASIL. *Lei nº 6.767. 20 de dezembro de 1979*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/1970-1979/L6767.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1970-1979/L6767.htm). Acesso em: 11 set. 2018.

BRASIL. *Lei n. 0.096. 17 de setembro de 1995*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9096.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9096.html). Acesso em: 19 set. 2018.

BRASIL. *Lei nº 9.504. 30 de setembro de 1997*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9504.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9504.htm). Acesso em: 20 set. 2018.

BRASIL. *Pacto de São José da Costa Rica*. 20 de novembro de 1969. Disponível em: [https://www.didh.oas/baiscos/portugues/c.convencao\\_america.html](https://www.didh.oas/baiscos/portugues/c.convencao_america.html). Acesso em: 17 set. 2018.

BRASIL. *Constituição Federal*. 5 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em 20 set. 2018.

BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. 18 de setembro de 1946. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm). Acesso em: 20 set. 2018.

BEZZERA, Juliana. *Ditadura Militar no Brasil (1964 – 1985). Toda Matéria*. Disponível em: <https://www.todamateria.com.br/ditadura-militar-no-brasil/> Acesso em: 27 ago.2018.

BLUME, Bruno André. *Candidaturas avulsas: por que são proibidas? Politize!*. 2016. Disponível em: <https://www.politize.com.br/candidaturas-avulsas-por-que-sao-proibidas/> Acesso em 10 jan.2019.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 868.

CANDIDATURAS AVULSAS NO MUNDO. *ACE Project*. Disponível em: <http://aceproject.org/epic-en?question=PC008&f=>. Acesso em: 11 set. 2018.

CORTE INTERAMERICANA NO CASO. “*Yatama versus Nicaragua*”. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=358255>. Acesso em: 10 set. 2018.

EVELIN, Guilherme. *Época*. 2017. Disponível em: <https://epoca.globo.com/mundo/noticia/2017/05/emmanuel-macron-facanha-do-candidato-frances.html>. Acesso em: 12 set. 2018.

GUEDES, Sylvio. *Maioria dos países já adota o sistema*. Disponível em: [http://www.senado.gov.br/noticias/agencia/quadros/qd\\_053.html](http://www.senado.gov.br/noticias/agencia/quadros/qd_053.html). Acesso em: 12 set. 2018.

JÚNIOR, Flávio Martins Alves Nunes. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018. p. 1228-1229.

JÚNIOR, Flávio Martins Alves Nunes. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 178.

MOTTA, Sylvio. *Direito Constitucional: teoria, jurisprudência e questões*. 23. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 374.

MOZZOMO, Ricardo Sobrosa. *Denúncia à Comissão Interamericana de Direitos Humanos*. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/denuncia-mezzomo-candidatura-avulsa.pdf>. Acesso em: 13 set. 2018.

SALDANHA, Leonardo Tricot. Análise do Instituto da Fidelidade Partidária ante as Exceções Estabelecidas pelo TRE. *ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET*, Curitiba, ano VII, n. 13, jan./jun. 2015.

SANTANO, Ana Paula. Ativismo judicial no caso das candidaturas independentes. *Revista Justiça Do Direito*, 32(1), 120-152, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.5335/rjd.v32i1.7958>. Acesso em: 14 set. 2018.

SILVA, José Afonso da. *Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Decisão. ADI 3.999*. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=586949>. Acesso em: 18 set. 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Decisão. ADI 5.081*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5081.pdf>. Acesso em: 14 set.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso Extraordinário com Agravo*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-mp-avulsa.pdf>. Acesso em: 9 set. 2018.

PORTAL DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. TSE: fidelidade partidária vale para cargos. Disponível em: <http://2camara.leg.br/agencia/noticias/111985.html>. Acesso em: 18 set. 2018.