

ISSN 1678-8729

# REVISTA ELETRÔNICA DE DIREITO

DO CENTRO UNIVERSITÁRIO NEWTON PAIVA

NÚMERO 38 | MAIO / AGOSTO 2019



**Newton**

## ESTRUTURA FORMAL DA INSTITUIÇÃO

PRESIDENTE DO GRUPO SPLICE: Antônio Roberto Beldi

REITOR: João Paulo Barros Beldi

DIRETORA DA EDUCAÇÃO À DISTÂNCIA: Jucimara Roesler

PROCURADORA INSTITUCIONAL: Glaucia Corrêa

GESTOR DO INSTITUTO DE HUMANAS: Maria Angela Brescia Gazire Duch

COORDENAÇÃO DA ESCOLA DE DIREITO: Sabrina Torrês Lage Peixoto de Melo | Valéria Edith Carvalho de Oliveira

ISSN 1678-8729

R449

Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva  
n.1 (jan./jun. 2003) – Belo Horizonte: Centro Universitário Newton  
Paiva, 2003.

n.38, maio/ago. 2019

ISSN 1678-8729

1. Direito. 2. Pesquisa. I. Centro Universitário Newton Paiva. III.  
Título

CDU: 34

(Ficha catalográfica elaborada pelo Núcleo de Bibliotecas do Centro Universitário Newton)

### **CENTRO UNIVERSITÁRIO NEWTON PAIVA** **ESCOLA DE DIREITO**

Av. Presidente Carlos Luz, 220 - Caiçara

Av. Barão Homem de Melo, 3322 - Buritis

Belo Horizonte - Minas Gerais - Brasil



# EXPEDIENTE

## EDITOR

Michael César Silva

## CONSELHO EDITORIAL

Adalberto de Souza Pasqualotto | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Alejandro Marcelo Medici | Universidad Nacional de La Pampa Santa Rosa, La Pampa, Argentina

Angela Issa Haonat | Universidade Federal do Tocantins, Palmas, Tocantins, Brasil

Carlos Frederico Marés de Souza Filho | Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, Paraná, Brasil

Carlos Henrique Bezerra Leite | Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, Espírito Santo, Brasil

César Fiuza | Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Claudia Lima Marques | Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Cristiano Chaves de Farias | Faculdade Baiana de Direito | Complexo de Ensino Renato Saraiva (CERS), Salvador, Bahia, Brasil

Daniel Bettencourt Rodrigues Morais | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

David Sanchez Rubio | Universidad de Sevilla, Sevilla, Espanha

Dirley da Cunha Júnior | Universidade Federal da Bahia, Salvador, Bahia, Brasil

Eduardo Augusto Alves Vera-Cruz Pinto | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Fernando José Borges Correia de Araújo | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Fredie Souza Didier Junior | Universidade Federal da Bahia, Salvador, Bahia, Brasil

Giammaria Milani | Università di Siena, Siena, Itália

Giovani Clark | Universidade Federal de Minas Gerais | Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Guilherme Calmon Nogueira da Gama | Universidade do Estado do Rio de Janeiro | Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Gustavo José Mendes Tepedino | Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Gustavo Silveira Siqueira | Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Igor Raatz dos Santos | Universidade FEEVALE, Novo Hamburgo, Rio Grande do Sul, Brasil

Ingo Wolfgang Sarlet | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Jean Carlos Dias | Centro Universitário do Estado do Pará, Belém, Pará, Brasil

Jean-Christophe Merle | Universität Vechta, Vechta, Alemanha

Jorge Alberto Caras Altas Duarte Pinheiro | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Jorge Claudio de Bacelar Gouveia | Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, Portugal

José Luiz Quadros de Magalhães | Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Juan Claudio Morel | Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, Tandil, Buenos Aires, Argentina

Juarez Freitas | Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Júlio César Faria Zini | Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Karina Nunes Fritz | Humboldt Universidade de Berlim, Berlim, Alemanha

Luis Alberto Reichelt | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Marco Antônio Ribeiro Tura | Universidade Presbiteriana Mackenzie | Escola Superior do Ministério Público da União, Mogi das Cruzes, São Paulo, Brasil

Marco Aurelio Rodrigues da Cunha e Cruz | Escola Superior Associada de Goiânia | Universidade do Oeste de Santa Catarina, Chapecó, Santa Catarina, Brasil

Marcos Augusto de Albuquerque Ehrhardt Júnior | Universidade Federal de Alagoas, Maceió, Alagoas, Brasil

Marcos Catalan | Unilasalle | Universidade do vale do Rio dos Sinos, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Marcia Carla Pereira Ribeiro | Pontifícia Universidade Católica do Paraná | Universidade Federal do Paraná, Curitiba, Paraná, Brasil

Marciano Buffon | Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil

Maria Vital da Rocha | Universidade Federal do Ceará | Centro Universitário 7 de Setembro, Fortaleza, Ceará, Brasil

Michael César Silva | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Nelson Rosenvald | Complexo Educacional Damásio de Jesus, São Paulo, São Paulo, Brasil

Paulo Roberto Ribeiro Nalin | Universidade Federal do Paraná, Curitiba, Paraná, Brasil

Rafael Peteffi da Silva | Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, Santa Catarina, Brasil

Regina Linden Ruaro | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Ricardo Rabinovich-Berckman | Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina

Rogério Medeiros Garcia de Lima | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Rubén Martínez Dalmau | Universidad de Valência, Valência, Espanha

Salete Oro Boff | Faculdade Meridional – IMED, Passo Fundo, Rio Grande do Sul, Brasil

Talden Queiroz Farias | Universidade Federal da Paraíba | Universidade Estadual da Paraíba, Campina Grande, Paraíba, Brasil

Tatiana Ribeiro de Souza | Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, Minas Gerais, Brasil

Valmir César Pozzetti | Universidade Federal do Amazonas | Universidade do Estado do Amazonas, Manaus, Amazonas, Brasil

Yi Wa Jiang | Faculdade de Direito da Universidade de Macau, Macau, China

## CONSELHO DE PARECERISTA

Adilson Silva Ferraz | Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Caruaru | Faculdade Asces, Caruaru, Pernambuco, Brasil

Adriano Marteleto Godinho | Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, Paraíba, Brasil

Alessandro Jacomini | Centro Universitário Adventista de Ensino de São Paulo, Engenheiro Coelho, São Paulo, Brasil

Alexandre Senra | Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, Espírito Santo, Brasil

Álisson José Maia Melo | Centro Universitário 7 de Setembro, Fortaleza, Ceará, Brasil

André Cordeiro Leal | Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais | Universidade FUMEC, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

André de Carvalho Okano | Centro universitário Adventista de Ensino de São Paulo, Engenheiro Coelho, São Paulo, Brasil

André Del Negri | Universidade de Uberaba, Uberaba, Minas Gerais, Brasil

Angela Issa Haonat | Universidade Federal do Tocantins, Palmas, Tocantins, Brasil

Arthur Magno e Silva Guerra | Faculdade de Direito Milton Campos | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Beatriz Felipe Pérez | Universitat Rovira i Virgili, Tarragona, Espanha

Bernardo Gomes Barbosa Nogueira | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Carlos Alberto Ferri | Centro Universitário Adventista de Ensino de São Paulo, Engenheiro Coelho, São Paulo, Brasil

Carlos Henrique Bezerra Leite | Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, Espírito Santo, Brasil

Carlos Luiz Strapazzon | Universidade do Oeste de Santa Catarina, Chapecó, Santa Catarina, Brasil

Carolina Soares Hissa | Escola Superior Associada de Goiânia | Faculdade Cambury, Goiânia, Goiás, Brasil

Caroline Fockink Ritt | Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, Rio Grande do Sul, Brasil

Clara Cardoso Machado Jaborandy | Universidade Tiradentes, Aracaju, Sergipe, Brasil

Claudio Macedo de Souza | Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, Santa Catarina, Brasil

Cristian Kiefer da Silva | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Cristiano Chaves de Farias | Faculdade Baiana de Direito | Complexo de Ensino Renato Saraiva (CERS), Salvador, Bahia, Brasil

Cyntia Carneiro Lafeté | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Daniel Bettencourt Rodrigues Morais | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Daniela Silva Fontoura de Barcellos | Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Davidson Malacco Ferreira | Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Dirley da Cunha Júnior | Universidade Federal da Bahia, Salvador, Bahia, Brasil

Eduardo Salles Pimenta | Universidade Paulista, São Paulo, São Paulo, Brasil

Ernani de Paula Contipelli | Unochapecó, Chapecó, Santa Catarina, Brasil

Eugênio Facchini Neto | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Everilda Brandão Guilhermino | Universidade Federal de Pernambuco | Faculdade Salesiana, Recife, Pernambuco, Brasil

Fábio Gabriel de Oliveira | Universidade do Estado da Bahia, Valença, Bahia, Brasil

Felipe Dalenogare Alves | Faculdade Antonio Meneghetti, Restinga Sêca, Rio Grande do Sul, Brasil

Felipe Peixoto Braga Netto | Escola Superior Dom Helder Câmara, Belo Horizonte, Brasil

Fernanda Dalla Libera Damacena | Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil

Filipe Piazzi Mariano da Silva | Centro Universitário Adventista de Ensino de São Paulo, Engenheiro Coelho, São Paulo, Brasil

Guilherme Calmon Nogueira da Gama | Universidade do Estado do Rio de Janeiro | Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Guilherme Henrique Lage Faria | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Gustavo Silveira Siqueira | Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Gustavo Vidigal Costa | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Heleno Florindo da Silva | Faculdade São Geraldo, Cariacica, Espírito Santo, Brasil

Igor Raatz dos Santos | Universidade FEEVALE, Novo Hamburgo, Rio Grande do Sul, Brasil

Igor Ajouz | Universidade Veiga de Almeida, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Igor Emanuel de Souza Marques | Centro Universitário Adventista de Ensino de São Paulo, Engenheiro Coelho, São Paulo, Brasil

Ingrid Paula Gonzaga e Castro | Faculdade Montes Belos, São Luiz de Montes Belos, Goiás, Brasil

João Emilio de Assis Reis | Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Juan Claudio Morel | Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, Tandil, Buenos Aires, Argentina

Júlio César Faria Zini | Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Karina Nunes Fritz | Humboldt Universidade de Berlim, Berlim, Alemanha

Larissa Clare Pochmann da Silva | Universidade Candido Mendes, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Leonardo Rabelo de Matos Silva | Universidade Veiga de Almeida, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Maraluce Maria Custodio | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Marcelo Milagres | Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Marcelo Sarsur Lucas da Silva | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Marciano Buffon | Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil

Marco Aurelio Rodrigues da Cunha e Cruz | Escola Superior Associada de Goiânia | Universidade do Oeste de Santa Catarina, Chapecó, Santa Catarina, Brasil

Marco Antônio Ribeiro Tura | Universidade Presbiteriana Mackenzie | Escola Superior do Ministério Público da União, Mogi das Cruzes, São Paulo, Brasil

Marcos Augusto de Albuquerque Ehrhardt Júnior | Universidade Federal de Alagoas, Maceió, Alagoas, Brasil

Marcos Catalan | Unilasalle | Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Margareth Vetis Zaganelli | Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, Espírito Santo, Brasil

Mariana Ribeiro Santiago | Universidade de Marília | Universidade Nove de Julho, São Paulo, Brasil

Mariane Camargo D´Oliveira | Universidade Feevale, Novo Hamburgo, Rio Grande do Sul, Brasil

Maria de Fátima de Sá | Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Maria Vital da Rocha | Universidade Federal do Ceará | Centro Universitário 7 de Setembro, Fortaleza, Ceará, Brasil

Miguel Lemos | Faculdade de Direito da Universidade de Macau, Macau, China

Oswaldo Alves de Castro Filho | Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Três Lagoas, Mato Grosso do Sul, Brasil

Renata Carlos Steiner Reisdorfer | Universidade Positivo, Curitiba, Paraná, Brasil

René Patricio Bedón Garzón | Pontificia Universidad Católica del Ecuador | Universidad de Los Hemisferios de Quito, Quito, Ecuador

Ricardo Antônio Lucas Camargo | Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Rodrigo Dias Silveira | Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Roberto Henrique Pôrto Nogueira | Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, Minas Gerais, Brasil

Ricardo Lupion Garcia | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Rodrigo Reis Mazzei | Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, Espírito Santo, Brasil

Rosa Maria Fernandes Guerra | Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto, Luanda, Angola

Sabrina Tôrres Lage Peixoto de Melo | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino | Faculdade Meridional – IMED, Passo Fundo, Rio Grande do Sul, Brasil

Sofia Alves Valle Ornelas | Faculdades Objetivo, Goiânia, Goiás, Brasil

Suelen da Silva Webber | Centro Universitário da Serra Gaúcha, Caxias do Sul, Rio Grande do Sul, Brasil

Taise Rabelo Dutra Trentin | Faculdade Palotina de Santa Maria, Santa Maria, Rio Grande do Sul, Brasil

Talden Queiroz Farias | Universidade Federal da Paraíba | Universidade Estadual da Paraíba, Campina Grande, Paraíba, Brasil

Thais Câmara Maia Fernandes Coelho | Centro Universitário de Belo Horizonte, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Valmir César Pozzetti | Universidade Federal do Amazonas | Universidade do Estado do Amazonas, Manaus, Amazonas, Brasil

Vinícius Lott Thibau | Escola Superior Dom Helder Câmara, Belo Horizonte, Brasil

Wilges Bruscato | Universidade Federal de Alfenas, Poços de Caldas, Minas Gerais, Brasil

Yi Wa Jiang | Faculdade de Direito da Universidade de Macau, Macau, China

## APOIO TÉCNICO

Núcleo de Publicações Acadêmicas Newton | <http://npa.newtonpaiva.br/npa>  
Projeto Gráfico: Ariane Lopes

# sumário



## APRESENTAÇÃO

MICHAEL CÉSAR SILVA.....10-12

## ARTIGOS

ENSINO, APRENDIZAGEM E PROCESSO: A REPRODUÇÃO DA TEORIA  
INSTRUMENTALISTA NO ENSINO DO PROCESSO CIVIL E OS SEUS REFLEXOS  
NA APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS  
ALEXANDRE ANTONIO BRUNO DA SILVA | RAPHAELLA PRADO ARAGÃO DE SOUSA  
THIAGO PINHO DE ANDRADE.....13-27

NORMA CONSTITUCIONAL INCONSTITUCIONAL? A PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO  
INFIEL E O ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL  
SANDRO NAHMÍAS MELO | JAMILLY IZABELA DE BRITO SILVA..... 28-40

ENSINO JURÍDICO E TECNOLOGIA: UMA REFLEXÃO SOBRE O PAPEL DO PROFESSOR  
DA CIÊNCIA DO DIREITO NA ERA DA REVOLUÇÃO 4.0  
MARTIN PERIUS HAEBERLIN | JOSÉ EDUARDO AIDIKAITIS PREVIDELLI  
DANIELLA BITENCOURT.....41-54

IMPOSTO SOBRE AS GRANDES FORTUNAS: SUA RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICA À  
EFETIVAÇÃO DA JUSTIÇA FISCAL E DIMINUIÇÃO DAS DESIGUALDADES NO BRASIL  
MARCIANO BUFFON | PRISCILA ANSELMINI.....55-71

O DIREITO À MORADIA NO ESPAÇO URBANO: VIAS POSSÍVEIS PELO ZONEAMENTO  
AMBIENTAL E PAGAMENTO POR SERVIÇOS AMBIENTAIS  
SANDRINE ARAUJO SANTOS | ADIR UBALDO RECH.....72-82

PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA EM INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS  
REPETITIVAS (IRDR): UMA ANÁLISE A PARTIR DE IRDR SUSCITADO PELA SAMARCO  
ÉMILIE VILAS BOAS REIS | LEONARDO CORDEIRO DE GUSMÃO..... 83-106

MOISÉS, *PERCHÈ NON PARLI?*: REFLEXÕES JURÍDICAS EM EDIÇÃO GENÉTICA  
EMBRIONÁRIA A PARTIR DA ARTE DE MICHELANGELO  
TACIANA MARCONATTO DAMO CERVI | STÉFANI REIMANN PATZ..... 107-119

**apresentação**

A releitura crítica e construtiva dos modelos jurídicos, por meio do estudo da doutrina e da análise do posicionamento jurisprudencial dos Tribunais Pátrios, apresenta-se como imprescindível na contemporaneidade, no sentido de permitir a reflexão de inúmeras questões controversas, presentes no contexto do Estado Democrático de Direito.

Nesse cenário, a Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva (REDCUNP) destaca-se como um relevante instrumento de difusão da pesquisa científica, da apreciação crítica do Direito e de fomento à produção intelectual na área jurídica, sob uma perspectiva interdisciplinar de estudo, e, tendo por linha editorial, temáticas relacionadas ao *Estado Democrático de Direito e Solução de Conflitos*.

O periódico encontra-se classificado pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) no *estrato B1* do Sistema *Qualis* de Periódicos Científicos no Brasil, demonstrando o compromisso da publicação com a qualidade da produção intelectual veiculada.

A revista atendendo a rigorosos requisitos editoriais, relacionados a excelência de periódicos, encontra-se inserida em vários indexadores nacionais e internacionais, com destaque para, a *REDIB* (Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico), o *Latindex* (Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal), o *BDJur* (Biblioteca Digital Jurídica do Superior Tribunal de Justiça), a *RVBI* (Rede Virtual de Bibliotecas do Senado Federal) e o *Portal de Periódicos da Capes*.

É com enorme alegria que apresentamos o segundo número da Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva em 2019 (n.38, maio/ago. 2019).

Agradecemos aos autores pela confiança assentada em nossa revista para fins de publicação de suas pesquisas e aos membros do Conselho de Pareceristas pelo dispêndio de tempo e trabalho para a realização das avaliações.

O presente número do periódico compõe-se por trabalhos científicos inéditos, cujas temáticas proporcionam ao leitor relevantes discussões sobre conflitos sociais oriundos do cenário de transformações que permeiam a sociedade contemporânea - hipercomplexa, plural e multifacetária - sob a necessária perspectiva do Estado Democrático do Direito.

Do Estado do Ceará, Alexandre Antonio Bruno da Silva, Doutor em Direito pela PUC-SP, Mestre em Direito pela UFC-CE e Professor do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* do Centro Universitário Christus, Raphaella Prado Aragão de Sousa, Mestranda em Processo e Direito ao Desenvolvimento pelo Centro Universitário Christus e Thiago Pinho de Andrade, Doutorando em Direito Constitucional nas Relações Privadas pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR) apresentam interessante abordagem sobre a questão relativa ao *Ensino, Aprendizagem e Processo*, tecendo críticas construtivas em relação ao ensino jurídico brasileiro e a formação dos futuros profissionais do direito, com relevantes conclusões sobre a temática.

No segundo artigo, intitulado *Norma constitucional inconstitucional? a prisão civil do depositário infiel e o entendimento do Supremo Tribunal Federal*, Sandro Nahmias Melo, Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC-SP, Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas e Jamilly Izabela de Brito Silva, Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas analisam criticamente a *ratio decidendi* adotada pelo STF no caso da prisão civil do depositário infiel (RE 466.343/SP) sob a perspectiva dos estudos desenvolvidos por Otto Bachof na obra “Normas Constitucionais Inconstitucionais?”

*Ensino jurídico e tecnologia*, texto de autoria de Martin Perius Haerberlin, Doutor e Mestre em Direito pela PUC-RS, Professor no Mestrado em Direitos Humanos do Centro Universitário Ritter dos Reis, José Eduardo Aidikaitis Previdelli, Mestre em Direitos Humanos pelo Centro Universitário Ritter dos Reis e Daniella Bitencourt, Mestra em Direitos Humanos pelo Centro Universitário Ritter dos Reis discorrem sobre a influência da chamada Revolução 4.0 no ensino jurídico, a qual impõe interações construídas de modo

colaborativo e transdisciplinar, refletindo criticamente sobre o processo de conhecimento e o papel do professor em sua construção, no contexto tecnológico contemporâneo.

Marciano Buffon, Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito na Universidade do Vale do Rio dos Sinos e Priscila Anselmini, Mestranda em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos abordam temática envolvendo a viabilidade da instituição do *Imposto sobre as grandes fortunas no Brasil*, como instrumento a possibilitar a redução das desigualdades sociais por meio da regulamentação proposta no estudo, com a finalidade de se combater a concentração de riqueza privada e as desigualdades sociais e econômicas vivenciadas pela população brasileira.

Do Estado do Rio Grande do Sul, Adir Ubaldo Rech, Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná, Coordenador e Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Ambiental da Universidade de Caxias do Sul e Sandrine Araujo Santos, Doutoranda e Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Caxias do Sul abordam a questão do *direito à moradia no espaço urbano*. Nesse viés, analisam a necessidade de criação de espaços para moradia, em consonância com a manutenção e preservação ambiental no meio urbano. Nessa linha de raciocínio, o estudo se fundamenta na análise crítica do zoneamento ambiental, como instrumento essencial, para o planejamento do uso e ocupação do solo urbano, com ênfase na preservação de áreas ambientais, a partir da regulamentação do pagamento por serviços ambientais, em consonância com a função socioambiental da propriedade.

*Participação Democrática em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR)*, estudo dos mineiros, Émilien Vilas Boas Reis, Pós-doutor em Filosofia pela Faculdade de Letras da Universidade do Porto (Portugal), Doutor e Mestre em Filosofia pela PUC-RS, Professor de Filosofia e Filosofia do Direito na Escola Superior Dom Hélder Câmara e Leonardo Cordeiro de Gusmão, Mestre em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável na Escola Superior Dom Helder Câmara discorrem sobre o exercício do contraditório e a ampla defesa nos IRDR, sob a perspectiva do Estado Democrático de Direito, a partir do exame do IRDR nº 1.0273.16.000131-2/001, suscitado pela mineradora Samarco, em consequência às milhares de ações indenizatórias, ajuizadas em razão aos danos individuais proporcionados pelo rompimento da barragem de Fundão/MG, que, impediu a participação democrática em âmbito processual, inviabilizando a obtenção de um processo justo.

Do Estado do Rio Grande do Sul, Taciana Marconatto Damo Cervi, Doutora em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Professora na Graduação em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões e Stéfani Reimann Patz, Graduanda no Curso de Direito na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, expõem interessantes reflexões em estudo sobre o desenvolvimento da biotecnologia em reprodução humana medicamente assistida e a técnica complementar de edição genética embrionária averiguando possíveis limites à implementação, sob a perspectiva do princípio da dignidade da pessoa humana.

Por fim, cumpre destacar a honra de apresentar mais um número da Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva (REDCUNP), elaborado a partir da produção científica de renomados pesquisadores, e do compromisso intelectual de qualidade editorial do periódico.

Esperamos que o diálogo e as reflexões propostas pelos autores nos articulados aqui publicados possam colaborar para futuras pesquisas, e, para o enriquecimento de toda a comunidade acadêmica.

Boa leitura!

**Professor Doutor Michael César Silva**

Editor da Revista Eletrônica de Direito do  
Centro Universitário Newton Paiva (REDCUNP)

# ENSINO, APRENDIZAGEM E PROCESSO: A REPRODUÇÃO DA TEORIA INSTRUMENTALISTA NO ENSINO DO PROCESSO CIVIL E OS SEUS REFLEXOS NA APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

## TEACHING, LEARNING AND PROCESS: THE REPRODUCTION OF THE INSTRUMENTALIST THEORY IN TEACHING THE CIVIL PROCEEDINGS AND ITS REFLEXES IN THE APPLICATION OF JUDICIAL PROCEDURES

Alexandre Antonio Bruno da Silva<sup>1</sup>

Raphaella Prado Aragão de Sousa<sup>2</sup>

Thiago Pinho de Andrade<sup>3</sup>

**RESUMO:** O ensino jurídico restringe o papel do professor a reproduzir as teorias dominantes sem demonstrar para os alunos uma análise da teoria de acordo com a complexidade do sistema jurídico e os seus reflexos na prática forense. No ensino do processo civil não é diferente, os institutos são apresentados de acordo como são expostos na legislação e na doutrina, predominando a Teoria Instrumentalista que busca a celeridade e coloca o magistrado em um patamar acima das partes, sendo o responsável por alcançar a paz social por meio da aplicação do processo. O modelo de ensino gera um ciclo em que os graduandos e futuros profissionais passam a aplicar os institutos de forma automática, sem refletir as incompatibilidades que eles apresentam com os fundamentos do Estado Democrático de Direito em que o processo deve ser visualizado como um campo de concretização dos direitos fundamentais. Na prática, esse erro é visualizado na aplicação dos precedentes judiciais quando utilizados por meio de uma subsunção, modelo que privilegia a celeridade e a resolução do processo sem avaliar de forma aprofundada o caso concreto e por vezes sem possibilitar que as partes exerçam o contraditório de modo substancial. Por meio de uma análise bibliográfica de natureza exploratória, utilizou-se o método dedutivo para compreender os problemas práticos, concluindo que o ensino do processo civil acarreta consequências negativas na prática jurídica e que cabe ao professor apresentar os possíveis reflexos negativos, proporcionando que o aluno aprenda o conteúdo de forma crítica, sendo capaz de assumir uma posição.

**Palavras-chave:** ensino; aprendizagem; processo civil; teoria instrumentalista; precedentes judiciais.

**ABSTRACT:** Legal teaching restricts the role of the teacher to reproduce the dominant theories without demonstrating for students an analysis of the theory according to the complexity of the legal system and its reflexes in forensic practice. The teaching of civil procedure is not different, institutes are presented according to how they are exposed in legislation and doctrines, predominates the Instrumentalist Theory that seeks the celerity and places the magistrate on a plateau above the parties, being responsible for achieving peace through the application of the process. The teaching model generates a cycle in which undergraduates and future professionals begin to apply the institutes automatically, without reflecting the incompatibilities they present with the foundations of the Democratic State of Law, in which the process must be seen as a field of concretization of the fundamental rights. In practice, this error is seen in the application of judicial precedents when used by means of a subsumption, a model that privileges the speed and resolution of the process without evaluating in depth the concrete case and sometimes without allowing the parties to exercise the adversarial substantially. Through an exploratory bibliographical analysis, the deductive method was used to understand the practical problems, concluding that the teaching of the civil process has negative consequences in the legal practice and that it is up to the teacher to present the possible negative reflexes, providing that the student learn the content critically, being able to take a stand.

**Keywords:** teaching; learning; civil procedure; instrumentalist theory; judicial precedents.

1 Doutor em Direito pela PUC/SP Mestre em Direito pela UFC/CE. Mestre em Informática pela PUC/RJ. Especialista em Processo Civil pelo Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS). Professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* do Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS). Professor Adjunto da Universidade Estadual do Ceará (UECE). Auditor-Fiscal do Trabalho.

2 Mestranda em Processo e Direito ao Desenvolvimento pelo Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS).

3 Doutorando em Direito Constitucional nas Relações Privadas pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Mestre em Direito Constitucional nas Relações Privadas pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR), L.L.M em Direito Corporativo pelo Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais (IBMEC/RJ). Especialista em Direito Processual pela Faculdade 7 de Setembro (FA7/CE). Professor Universitário e Advogado. Coordenador da Pós-Graduação em Direito Corporativo do Centro Universitário Christus. Cofundador da Muvon Escola de Direito e Inovação

## 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O ensino jurídico no Brasil permanece com uma visão reducionista de que o papel do professor universitário é resumido a expor o conteúdo com o objetivo de possibilitar que os alunos armazenem as informações necessárias para a sua aprovação no Exame da Ordem dos Advogados do Brasil ou em concursos públicos que eles desejem se submeter.

As universidades exigem como requisito para o ingresso na carreira de docente o título de mestre ou doutor, porém, os cursos de mestrado e doutorado possuem uma estrutura voltada para a pesquisa científica, sem maiores aprofundamentos sobre alguns assuntos, como as relações desenvolvidas em sala de aula e sobre o processo de aprendizagem.

Na prática, o mercado exige que o professor seja apenas o responsável por reproduzir o conteúdo, conduta que privilegia o simples ensino das teorias dominantes, inclusive, esta é a problemática visualizada no ensino do processo civil. O professor reproduz o que consta na legislação e na doutrina sem inserir os institutos da disciplina na complexidade do sistema jurídico e da sociedade, não há espaço para falar de forma aprofundada e crítica sobre as incoerências da teoria majoritária.

O processo civil é estudado com base na Teoria Instrumentalista, que foca no alcance dos escopos processuais, na garantia da celeridade e no autoritarismo judicial, colocando o magistrado e a jurisdição como as figuras exaltadas do processo, responsáveis por solucionar o conflito de forma a promover a paz social.

Além disso, durante o estudo do processo os educandos são ensinados sobre a constitucionalização do processo civil e sobre a importância que o Código de Processo Civil de 2015 ofereceu aos princípios constitucionais, inserindo estes princípios dentro das suas normas fundamentais, porém, isto possibilita que a Teoria Instrumentalista seja ensinada de forma velada, como se os institutos processuais estivessem todos de acordo com o processo democrático, privilegiando a observância dos direitos fundamentais no caso concreto.

As incoerências do ensino jurídico são espelhadas na prática profissional, como acontece na utilização dos precedentes judiciais no Brasil, que são aplicados por um percentual dos magistrados por meio de subsunção, como uma regra que privilegia a celeridade do processo, em detrimento do contraditório substancial, direito que as partes possuem de exercerem no caso concreto.

Objetiva-se demonstrar os motivos que tornam o modelo constitucional de processo o mais apropriado para analisar o instituto dos precedentes judiciais, desfrutando dos mecanismos interpretativos que os precedentes judiciais podem proporcionar, considerando como um ponto de partida para a interpretação dos magistrados e, conseqüentemente, como uma forma de garantir coerência entre as decisões judiciais, devendo o professor demonstrar as teorias existentes para que os alunos possam construir o seu aprendizado, escolhendo qual a teoria eles consideram mais adequada para ser utilizada de acordo com o Estado Democrático de Direito.

Para a análise das inadequações do ensino do processo civil e seus reflexos práticos na aplicação dos precedentes judiciais, utilizou-se a análise bibliográfica de livros e periódicos e a abordagem qualitativa. A pesquisa classifica-se como de natureza exploratória e pura, em relação aos resultados.



## 2 O PAPEL DO PROFESSOR UNIVERSITÁRIO

No âmbito universitário brasileiro, especialmente nos cursos de Direito, a formação dos professores universitários não era um assunto de grandes questionamentos, prevalecendo a ideia de que para ser um bom professor bastava o sujeito obter êxito profissional, seja exercendo a advocacia, o seu cargo de magistrado, de defensor público, de promotor, entre outros (GIL, 2010, p. 19).

Não existia uma preocupação na formação dos professores universitários, prevalecia o mito de que o bom professor possuía o “dom de ensinar”, como se a profissão não exigisse nenhuma preparação específica, sendo uma qualidade inata do sujeito. Desse modo, como bem esclarece Antonio Carlos Gil: “As crenças amplamente difundidas de que quem sabe sabe ensinar e o bom professor nasce feito contribuíram para que a seleção de professores para os cursos superiores fosse determinada principalmente pela competência no exercício da profissão correspondente” (GIL, 2010, p. 19).

No entanto, o destaque profissional demonstrou não ser um fator suficiente para verificar a qualidade do professor, em virtude da observação de que um professor que não é cauteloso na sua formação profissional como docente, que não estuda o suficiente e não possui segurança para dialogar com os seus alunos, não é detentor de condições para coordenar as atividades exigidas em uma sala de aula (FREIRE, 2011a, p. 89-90).

É necessário compreender que o professor não possui o simples papel de ensinar, de reproduzir o seu conhecimento, pois o professor precisa ser uma figura atuante no processo de ensinagem, aliando o ensino com a aprendizagem, despertando a curiosidade dos alunos e intervindo como um formador (FERNANDES; GONÇALVES, 2018, p. 217).

O professor não pode exercer o seu trabalho com arrogância, deve privilegiar o respeito dentro da sala de aula, construindo uma relação séria e generosa com os seus alunos (FREIRE, 2011a, p. 90), proporcionando um ambiente democrático em que todos os participantes possuem voz, onde o silêncio não ganha espaço, prevalecendo à inquietação, a instigação das dúvidas e o despertar da vontade de aumentar o conhecimento (FREIRE, 2011a, p. 91).

A imagem do docente diante dos seus alunos é um aspecto importante que os profissionais que trabalham com a educação precisam ter consciência, pois o modo como os educandos lhe observam pode influenciar de forma negativa ou positiva na sua labuta e em seu processo de ensinagem.

Saber que não posso passar despercebido pelos alunos, e que a maneira como me percebem me ajuda ou desajuda no cumprimento de minha tarefa de professor, aumenta em mim os cuidados com o meu desempenho. Se a minha opção é democrática, progressista, não posso ter uma prática reacionária, autoritária, elitista. Não posso discriminar o aluno em nome de nenhum motivo. A percepção que o aluno tem de mim não resulta exclusivamente de como atuo, mas também de como o aluno entende que atuo (FREIRE, 2011a, p. 95).

A relação de confiança é um fator fundamental e o docente deve procurar sempre manter uma coerência entre o que fala e o seu comportamento. Não mentir é um aspecto importante e possibilita uma preservação da confiança no ambiente educacional, não ocorrendo

em nenhum ilícito ao afirmar que não sabe e que vai aprofundar os seus estudos no intuito de responder da melhor forma possível ao questionamento levantado (FREIRE, 2011a, p. 94).

Atualmente há uma aparência de que os pontos anteriormente argumentados estão na consciência dos docentes brasileiros, principalmente após a Reforma Universitária de 1968, que tornou como requisito para o ingresso nos cargos das universidades públicas a necessidade do título de mestre ou doutor (GIL, 2010, p. 19), requisito que está gradativamente sendo estendido para o ingresso nas universidades particulares. No entanto, as alterações não foram da magnitude que se esperava, em virtude de representar, em algumas hipóteses, apenas uma formalidade para quem deseja ser professor universitário.

A primeira inconsistência a ser destacada é o fato de o mestrado ser considerado o principal meio de formação dos professores universitários, mas durante esta formação não há uma preocupação com a construção pedagógica do futuro docente, que no curto período de dois anos precisa produzir a sua dissertação, artigos científicos e cursar as disciplinas que na maioria dos casos não possuem a característica de focar na formação didático-pedagógico (GIL, 2010, p. 20).

Segundo, é um fator que mostra uma evolução, porém, ainda não suficiente, indicando que os programas de mestrado objetivam atuar na construção do conhecimento e habilidades que proporcionem a produção de pesquisas científicas, conforme esclarece Antonio Carlos Gil:

Os programas de mestrado têm como objetivo proporcionar a seus participantes conhecimentos e habilidades para a realização de pesquisas científicas, o que constitui sem dúvida um dos mais importantes requisitos de um professor nesse nível de ensino, pois o que se espera é que ele não seja apenas um reprodutor, mas também construtor de conhecimentos. Mas a inexistência de disciplinas de caráter didático-pedagógico nesses programas deixa uma lacuna em sua formação (GIL, 2010, p. 21).

Pensando na realidade do ensino jurídico, é preciso refletir se o mercado proporciona que os professores universitários exerçam as habilidades desenvolvidas nos programas de mestrado e doutorado, de forma a despertar a curiosidade dos alunos para a pesquisa científica.

O problema recorrente nas universidades brasileiras é a visão ainda prevalecente do processo de ensino, modelo em que as aulas são formatadas como uma palestra ou como uma reunião, onde os alunos apenas escutam o que o professor precisa expor sobre determinado assunto (PIMENTA, 2010, p. 204-205). Este modelo evidencia uma dicotomia entre o ato de ensinar e o ato de aprender, desconsiderando que estes elementos precisam ser somados para que ocorra o processo de ensinagem, possibilitando um método dialético na formação do conhecimento (PIMENTA, 2010, p. 205).

Na ensinagem há uma superação do modelo de aulas simplesmente expositivas, considerando que a aula precisa ser construída por meio da ação do professor e dos alunos:

Supera-se, portanto, a visão de senso comum da docência associada à aula expositiva como forma única de ensinar, visão que reforçava a ação do professor como palestrante e a do aluno como copista do conteúdo. Nessa superação, a aula – como momento e espaço privilegiado de encontro e de ações – não deve ser dada nem assistida, mas construída, feita pela ação conjunta de professores e alunos (PIMENTA, 2010, p. 207).

O problema é em verificar até que ponto os professores universitários possuem essa



liberdade de atuar como formadores de opinião em um mercado de ampla concorrência, em que as pessoas precisam se adaptar e se apresentar como uma “mercadoria atraente e desejável” (BAUMAN, 2008, p. 13). Assim, Bauman descreve de modo apropriado o dilema que é enfrentado pelos professores universitários para conseguir um espaço no mercado:

São, ao mesmo tempo, os promotores das mercadorias e *as mercadorias que promovem*. São, simultaneamente, o produto e seus agentes de marketing, os bens e seus vendedores e permitam-me acrescentar que qualquer acadêmico que já se inscreveu para um emprego como docente ou para receber fundos de pesquisa vai reconhecer suas próprias dificuldades nessa experiência (BAUMAN, 2008, p. 13).

Os docentes podem possuir uma formação concreta sobre o processo de ensinagem, inclusive desejando aplica-lo do melhor modo possível no seu cotidiano. Por outro lado, precisam se modelar e se encaixar ao sistema, “como produtos que são capazes de obter atenção e atrair *demanda e fregueses*” (BAUMAN, 2008, p. 13), porém, quem são os fregueses dos professores de Direito do Brasil?

A resposta é de fácil constatação, pois a maioria das faculdades de Direito do Brasil possuem o objetivo de proporcionar que os seus alunos sejam aprovados no exame da Ordem dos Advogados do Brasil e, posteriormente, em concursos públicos, não existindo a real preocupação de construir a aprendizagem, o pensamento crítico e a pesquisa científica.

Exige-se que nas Universidades ocorra uma relação indissociável entre ensino, pesquisa e extensão, porém, a articulação exigida nos cursos jurídicos não é efetivada, prevalecendo a valorização do ensino, com a continuidade da cultura de reproduzir o que consta nos manuais, privando os alunos das discussões sobre questões sociais e desvalorizando a pesquisa científica (GONÇALVES, 2012, p. 178-179).

Para o docente que ingressou recentemente nos quadros das instituições, agir buscando aplicar o método da ensinagem e não simplesmente reproduzindo o que consta na legislação, nos livros e nos julgados dos tribunais superiores, pode ser um mecanismo arriscado na progressão da sua carreira. Os alunos podem alegar insatisfação com as aulas dos professores que buscam aplicar o método desvirtuado do que se considera comum no ambiente acadêmico, conseqüentemente, a conduta positiva do professor que atua como um formador de saberes pode ser interpretada de forma negativa e acarretar em diversas reclamações dos que alegam que este não está cumprindo o seu papel de apenas transmitir o conhecimento.

Os primeiros três anos da atividade docente são marcados pelo período de sobrevivência, em que o professor precisa possuir uma preocupação com a sua fixação no mercado e conviver com os fatores que aprendeu como ideais, mas que na prática são diferentes e que infelizmente exigem uma adaptação para que consiga permanecer exercendo a sua profissão, sem muita liberdade de buscar os métodos que entende como corretos (GIL, 2010, p. 31).

No entanto, mesmo nesse período delicado da carreira do professor é preciso alcançar um equilíbrio entre o método tradicional de ensino com a característica das aulas expositivas e resumidas, com o importante papel que o docente exerce na formação humana e profissional dos seus alunos. O objetivo central precisa ser na transformação que o conhecimento proporciona e isso só poderá ser verificado quando o educando deixar de exercer o papel passivo de apenas reproduzir o que escuta, ele precisa aprender e formar um conhecimento crítico sobre o que é exposto na sala de aula (GIL, 2010, p. 37-38).

### 3 PROFESSOR REPRODUTOR: OS REFLEXOS DESTA CONDUTA NO ENSINO DO PROCESSO CIVIL

Os docentes que durante o curso de Direito não se envolveram nos projetos de pesquisa e extensão, possuem na maioria dos casos a tendência a ser um professor reprodutor, repassando para os seus alunos o que contém na legislação, oferecendo continuidade ao processo de ensino que eles foram submetidos (GONÇALVES, 2012, p. 179).

O planejamento da aula segue o modelo tradicional de explicar a disciplina, apresentando conceitos prontos e desligando os conceitos do momento histórico que ocorreu o seu desenvolvimento (PIMENTA, 2010, p. 207). Entender um problema particular avaliando fora do seu contexto prejudica a capacidade do aluno compreender os seus reflexos na sociedade, principalmente quando o conteúdo é complexo e precisa ser avaliado durante um período estendido, conforme relata Edgar Morin:

Efetivamente, a inteligência que só sabe separar fragmenta o complexo do mundo em pedaços separados, fraciona os problemas, unidimensionaliza o multidimensional. Atrofia as possibilidades de compreensão e de reflexão, eliminando assim as oportunidades de um julgamento corretivo ou de uma visão a longo prazo. Sua insuficiência para tratar nossos problemas mais graves constitui um dos mais graves problemas que enfrentamos (MORIN, 2006, p. 14).

Nesse contexto apresentado, o educador atua como um narrador que por meio de uma repetição mecânica influencia a memorização dos educandos que serão avaliados de acordo com a sua capacidade de absorver o conteúdo e reproduzir o que armazenou no momento em que for exigido. Analogicamente, Paulo Freire relata que sob este aspecto há uma transformação dos educandos em “vasilhas que precisam ser enchidas”:

A narração, de que o educador é o sujeito, conduz os educandos à memorização mecânica do conteúdo narrado. Mais ainda, a narração os transforma em “vasilhas”, em recipientes a serem “enchidos” pelo educador. Quanto mais vá “enchendo” os recipientes com seus “depósitos”, tanto melhor educador será. Quanto mais se deixem docilmente “encher”, tanto melhores educandos serão” (FREIRE, 2011b, p. 80).

No entanto, a educação precisa ser observada como uma ferramenta que possibilita intervenções na sociedade, porém, para que as intervenções sejam efetivas, os educandos precisam reconhecer os conteúdos da ideologia dominante e os conteúdos que demonstram que aqueles aspectos não são suficientes para a compreensão da realidade. É errado que ocorra a reprodução das teorias dominantes no âmbito universitário sem a referência aos obstáculos reais que são enfrentados por estas teorias, resultando em uma compreensão ideal, sem reflexões sobre as problemáticas que são enfrentadas na prática, sobre o momento histórico que ocorreu a sua consagração e sobre as incompatibilidades da teoria com o atual momento que o Brasil enfrenta (FREIRE, 2011b, p. 96-97).

A proliferação da teoria dominante sem a transparência de que existem outras teorias que lhe contradizem é uma problemática que precisa ser enfrentada no aprendizado do processo civil nas faculdades de Direito do Brasil, onde os especialistas na matéria não se preocupam em aprofundar os seus conhecimentos em relação às peculiaridades da disciplina, reproduzindo apenas os conhecimentos técnicos, sem considerar os desafios da época (MORIN, 1921, p. 16-17).

O processo é aprendido com base na Teoria Instrumentalista, afirmando a sua função

de ser um instrumento para a concretização do direito material, privilegiando a busca pela celeridade e o acesso à ordem jurídica justa (BARROS, 2009, p. 08), ressaltando a figura do juiz que, de forma solipsista, possui a capacidade de julgar e resolver os problemas de injustiça social (BARROS, 2009, p. 07).

A posição dominante do instrumentalismo é um reflexo da aceitação e expansão da doutrina de Cândido Rangel Dinamarco no Brasil, ressaltando que o processo é um meio que se destina a alcançar os objetivos do Estado, os chamados escopos processuais:

É vaga e pouco acrescenta ao conhecimento do processo a usual afirmação de que ele é um *instrumento*, enquanto não acompanhada da indicação dos *objetivos* a serem alcançados mediante o seu emprego. Todo instrumento, como tal, é *meio*; e todo meio só é tal e se legitima, em função dos *fins* a que se destina. O raciocínio teleológico há de incluir então, necessariamente, a fixação dos escopos do processo, ou seja, dos *propósitos* norteadores da sua instituição e das condutas dos agentes estatais que o utilizam (DINAMARCO, 2008, p. 177).

Os escopos processuais são divididos em escopos sociais, escopos políticos e escopos jurídicos que individualmente apresentam uma função específica para o alcance dos objetivos que são ambicionados com a utilização do processo. O escopo social ilustra o objetivo de o Estado influenciar de forma favorável a vida das pessoas, realizando a justiça no caso concreto e acreditando que por meio da soma entre a jurisdição e a legislação é possível alcançar a paz social (DINAMARCO, 2008, p. 188).

O escopo político representa o poder do Estado decidir imperativamente de forma a sustentar os fins que legitimam a atuação estatal, bem como, concretizar a dignidade dos indivíduos para exercerem a sua liberdade de acordo com o estabelecido pelo Estado. Por fim, possui o intuito de permitir que se mantenha assegurada a participação dos cidadãos nos destinos políticos da sociedade (DINAMARCO, 2008, p. 198).

O escopo jurídico representa que o Estado possa se pronunciar por meio do processo sobre o direito em análise, promovendo a composição da lide e a concretização da vontade da lei no caso concreto (DINAMARCO, 2008, p. 209). Desse modo, a Teoria Instrumentalista é compatível com as finalidades do Estado de Direito, em que por meio de um conjunto de regras e direitos outorgados, o Estado e os seus súditos realizam as suas atividades de forma subordinada, com o objetivo de preservar a realização dos escopos sociais (DIAS, 2015, p. 61).

Importante deixar claro algumas diferenciações sobre as características principais do Estado Legislativo, Estado de Direito, Estado Constitucional e Estado Democrático de Direito, para fundamentar os motivos que fazem a Teoria Instrumentalista ser incompatível com este último.

O Estado de Direito surge na forma de um Estado Legislativo durante o século XIX como uma forma de refletir os ideais da Revolução Francesa, possuindo como referencial teórico o positivismo exegético. Neste momento, a Constituição representa um documento político que é o responsável por fundar o Estado, enquanto o Poder Legislativo se destaca por ser o responsável por produzir as leis que deveriam ser respeitadas por representar a vontade do povo (LOPES FILHO, 2016, p. 36).

No período em que vigorava o fetichismo legal, as leis expressavam os direitos fundamentais dos indivíduos perante o Estado, à legislação e a sua aplicação por meio de subsunção eram sinônimos de justiça, certeza e segurança (LOPES FILHO, 2016, p. 37). No século XX, o direito ao sufrágio foi estendido a outras camadas sociais oportunizando a

ascensão de outros setores ao poder (LOPES FILHO, 2016, p. 41).

Conseqüentemente, ocorreram mudanças dentro do parlamento que passou a ser ocupado por pessoas que possuíam pensamentos diferentes (LOPES FILHO, 2016, p. 41). Deste modo, ocorreram disputas dentro do parlamento e a lei deixou de ser observada como o fruto de um legislador racional e objetivo (LOPES FILHO, 2016, p. 42).

Com o envelhecimento da legislação, os magistrados precisaram ir além do que estava no texto da lei, procurando respostas a partir dos enunciados legislativos e não apenas nos enunciados (LOPES FILHO, 2016, p. 42). Com a crise do Estado Legislativo, começaram a busca de novas alternativas para combater a discricionariedade judicial no momento de aplicação da lei, oportunidade em que a Constituição ganha destaque e passa a ser o referencial para combater a discricionariedade, momento em que surge o Estado Constitucional (LOPES FILHO, 2016, p. 61).

O Estado Constitucional apresenta três características fundamentais, a primeira é observar os direitos fundamentais como valores objetivos, a segunda consiste na interpretação dos valores constitucionais nas relações privadas, já a terceira característica consiste na força vinculante da Constituição, expandindo os direitos fundamentais, independente da legislação, (LOPES FILHO, 2016, p. 66) porém, estas características não são suficientes para combater a discricionariedade judicial.

Como não há espaço para uma descrição aprofundada, resumidamente o Estado Democrático de Direito é diferente do Estado Constitucional por objetivar combater a discricionariedade por meio de suas bases teóricas discursivas, que não possuem o foco em apenas reproduzir os conceitos previstos em decisões baseadas na autoridade e na tradição (LEAL, 2017, p. 20). No processo adequado para o Estado Democrático de Direito, os institutos processuais são observados com base na isonomia, na ampla defesa e no contraditório (LEAL, 2017, p. 27).

Assim, o processo baseado no alcance dos escopos apresentados pelo instrumentalismo não reflete os pilares do processo democrático em que é fundamental a inafastabilidade dos direitos fundamentais por representarem os pilares de movimentação do processo:

Assim, na teoria da democracia os direitos fundamentais são inafastáveis não porque já estejam impregnados na consciência dos indivíduos, mas porque são requisitos jurídicos da instalação processual da movimentação do sistema democrático, sem os quais o conceito de Estado Democrático de Direito não se enuncia (LEAL, 2017, p.27).

No Estado Democrático de Direito os direitos fundamentais devem prevalecer, de modo que se tornou inadequado continuar com a mesma visão instrumentalista de que o magistrado é o único responsável por apreciar o Direito em conflito, colocando as partes em um papel secundário no dinamismo do processo (STRECK, 2017, p. 33).

Assim, os professores de processo precisam ir além da reprodução, é insuficiente para a formação crítica dos alunos a explicação da legislação e a exposição do conteúdo presente nos livros que são formatados como manuais, pois é necessário apresentar as peculiaridades do modelo constitucional do processo civil e o seu entendimento de que os princípios e normas constitucionais precisam ser exacerbados no aprendizado e na utilização prática dos institutos (BARACHO, 2008, p. 15).

Um dos principais destaques que precisa ser efetivado pelos docentes é o fato de que não basta mencionar a simples elevação dos princípios constitucionais sem demonstrar a sua

importância na garantia da igualdade substancial das partes, proporcionando a oportunidade do contraditório no caso concreto (BARACHO, 2008, p. 13).

Esse destaque parece óbvio em virtude do próprio Código de Processo Civil destacar os princípios previstos na Constituição Federal entre as suas normas fundamentais, inclusive enfatizando a necessidade do contraditório. Ocorre que o instrumentalismo, por vezes, passa despercebido, sendo reproduzido como se estivesse mencionando os institutos processuais de acordo com o que é apropriado para o processo democrático.

Para manter uma análise simplificada e ainda interligada à Teoria Instrumentalista, se privilegia a celeridade do processo, analisando o tempo sob a perspectiva do tempo-calendário que pode ser relacionado e medido de acordo com a rotina das pessoas (MARDEN, 2015, p.26). No entanto, é prejudicial para o direito das partes a busca por um resultado satisfatório a partir da observação do tempo cronológico, em virtude de esta conduta desconsiderar as peculiaridades materiais do caso concreto.

Assim, o tempo do processo deve ser analisado sob a perspectiva da tempestividade em que o processo deve atingir a sua finalidade de forma qualitativa, realizando de forma minuciosa os seus atos essenciais (MARDEN, 2015, p. 97), ou seja, garantindo que o processo seja um campo de concretização dos direitos fundamentais e não um meio de proporcionar um resultado de forma rápida e ao livre arbítrio do julgador.

Aplicando este conceito ao de duração processual, pode-se dizer que cada processo também tem um ritmo próprio e que somente respeitando este ritmo é possível permitir que conclua todo o conjunto de eventos necessários ao aperfeiçoamento do fenômeno processual. Aqui, evidentemente, deve ser destacado que os diferentes processos podem (e devem) ter ritmos próprios, considerados a partir de seu objetivo geral e da complexidade do caso concreto (MARDEN, 2015, p. 103).

Obter resultados mais rápidos por meio da restrição de direitos fundamentais é uma forma inadequada de conduzir o processo no Estado Democrático de Direito (NERY, 2016, p. 364), porém, na prática jurídica e no estudo dos institutos processuais essa inadequação é reproduzida com a aparência de que há um respeito ao modelo constitucional de processo.

Ao estudar sobre a aplicação dos precedentes judiciais, essa inadequação se apresenta de forma persuasiva, representando uma combinação entre a busca por celeridade e a valorização da autoridade judicial. Assim, como bem esclarece Lenio Luiz Streck: “Os juízes decidem com os que doutrinam; os professores falam de sua convivência casuística com os que decidem; os que doutrinam não reconhecem as decisões” (STRECK, 2013, p. 62).

Há um círculo vicioso em que continua o predomínio da Teoria Instrumentalista sem procurar soluções para a aplicação do processo civil de acordo com o que é estabelecido na Constituição Federal:

Não há como negar que a ausência de um ensino jurídico adequado ao novo paradigma do Estado Democrático de Direito torna-se fator decisivo para a inefetividade dos direitos constitucionais. Acostumados com a resolução de problemas de índole liberal-individualista, e com posturas privatísticas que ainda comandam os currículos dos cursos jurídicos (e os manuais jurídicos), os “operadores do direito” não conseguiram, ainda, despertar para o novo. O novo continua obscurecido pelo velho paradigma, sustentando por uma dogmática jurídica entificadora (STRECK, 2013, p. 68).



Assim, os argumentos que fundamentam a Teoria Instrumentalista são repassados como se não existisse nenhuma discussão em torno do assunto, como um tema pacífico, enquanto na verdade esta postura resulta na restrição da possibilidade dos educandos conhecerem as divergências existentes e formarem a sua própria opinião sobre o modo mais adequado de utilização do processo no Estado Democrático de Direito.

#### **4 PRECEDENTES JUDICIAIS: O ENSINO E A APLICAÇÃO DO INSTITUTO**

O funcionamento do Poder Judiciário e a eficácia do sistema é uma consequência indissociável do ensino nos cursos de Direito (SANTOS, 2011, p. 81), há uma dominação de um ensino técnico-burocrático que afasta o estudo da legislação das mudanças exteriorizadas na sociedade. Essa prática precisa ser substituída por um aprendizado técnico-democrático, reconhecendo a independência dos magistrados e a sua função de promover os mandamentos constitucionais, para que aos poucos seja construída uma sociedade mais democrática, onde prevaleça o compromisso com os problemas sociais e com a garantia da igualdade, incumbência que deve ser superior aos interesses de manutenção do poder e da hierarquização do Judiciário (SANTOS, 2011, p. 87).

Ao retratar um perfil geral dos magistrados, Boaventura de Sousa Santos percebe a observação restrita que a formação dos juristas ocasiona em uma parcela dos magistrados brasileiros:

Suspeito que o retrato-robot do magistrado brasileiro não será muito diferente. Ao desenhá-lo, certamente vou cometer injustiças contra muitos magistrados. Trata-se, contudo, apenas de um retrato-robot que, naturalmente, não tem que retratar todas as situações gerais. E, de maneira nenhuma, retrata situações particulares. Qual é, então, a grande característica deste retrato? Domina uma cultura normativista, técnico-burocrática, assenta em três grandes ideais: a autonomia do direito, a ideia de que o direito é um fenômeno totalmente diferente de tudo o resto que ocorre na sociedade e é autônomo em relação a essa sociedade; uma concepção restritiva do que é esse direito ou do que são os autos aos quais o direito se aplica; e uma concepção burocrática ou administrativa dos processos (SANTOS, 2011, p. 83).

Observa-se que a formação dos juízes influencia na condução do processo como uma estrutura que possui a única finalidade de aplicar a norma jurídica ao problema que é encaminhado para a sua resolução, existindo a preocupação formal de encerrar a demanda, desligando o direito da complexidade em que está inserido. Em virtude da corriqueira rotina dos magistrados, em alguns casos não há uma reflexão sobre as suas condutas, que instintivamente passam a ser reproduzidas com naturalidade, sem refletir sobre a utilização e a função dos institutos, como é o caso dos precedentes judiciais (LOPES FILHO, 2016, p. 19).

Durante a graduação os estudantes de Direito estão em permanente contato com doutrinadores, que possuem um apego à norma legislativa e que reproduzem a relevância dos pronunciamentos judiciais sem desenvolver uma teoria adequada para compreender a utilização dos precedentes judiciais de acordo com o processo democrático (LOPES, 2016, p. 26).

Em relação a esse tema, Luiz Guilherme Marinoni é um doutrinador que consta na bibliografia das faculdades de Direito do Brasil e que reproduz o entendimento de que os precedentes devem ser tratados como normas produzidas no âmbito do Poder Judiciário. (SILVA, 2010). Há um destaque à hierarquização da estrutura judicial, devendo prevalecer

os pronunciamentos das Cortes Superiores, como uma norma geral e abstrata que deve ser aplicada a casos futuros que retratem a mesma situação (MARINONI, 2014, p. 62).

Só o respeito aos precedentes da Corte Suprema pode deixar claro que a cláusula geral se destina a dar ao Judiciário poder de elaborar norma de aplicação geral, ainda que atenta a uma circunstância específica insuscetível de ser definida à época da edição do texto legal. Ou seja, a norma judicial derivada da técnica legislativa das cláusulas gerais, não obstante considere uma circunstância que surge no caso concreto, deve ter caráter universalizante, na medida em que não terá racionalidade caso não puder ser aplicada a casos futuros marcados pela mesma circunstância (MARINONI, 2014, p. 62).

As Cortes Superiores atuam ao lado do Poder Legislativo, pois na visão do autor, ao produzirem os precedentes judiciais os julgares estão atuando no desenvolvimento do direito, de modo que devem ser tratados como meios de instruir o comportamento da sociedade e dos magistrados que ocupam posições inferiores (MARINONI, 2014, p. 65).

Para Marinoni, a aplicação dos precedentes judiciais seria obrigatória e sua legitimidade é reconhecida em virtude de ser resultado de um processo em que os participantes possuíram a oportunidade de exercer o contraditório (MARINONI, 2010, p. 217). Porém, o autor possui uma visão deslocada do modelo de processo que foi anteriormente apresentando, oportunidade em que foi demonstrado que um dos seus princípios basilares é o da observância do contraditório substancial, que só pode ser exercido com a participação paritária das partes no caso concreto.

Assim, o contraditório exercido em outro processo não seria fundamento para a dispensa do contraditório no processo posterior, pois para Ronaldo Brêtas o contraditório substancial só pode ser definido a partir do quadrinômio estrutural do contraditório, que consiste na possibilidade do sujeito ser informado sobre os acontecimentos processuais, podendo reagir de forma dialogada, influenciando a decisão do julgador:

[...] o que deve ser instaurado na dinâmica do procedimento é o quadrinômio estrutural do contraditório (e não binômio ou trinômio), ou seja – informação – reação – diálogo – influência – como o resultado lógico formal da correlação do princípio do contraditório com o princípio da fundamentação das decisões judiciais (DIAS, 2015, p. 133).

Desse modo, o contraditório substancial representa a igualdade de oportunidade de se manifestar no processo em simétrica paridade de tratamento (GONÇALVES, 2016, p. 109) em virtude de o processo democrático apresentar princípios que não devem ser inobservados no decorrer do processo e nas decisões judiciais (LEAL, 2002, p. 87).

Na prática jurídica, os argumentos dos especialistas no assunto, a exemplo de Marinoni, bem como, dos magistrados dos Tribunais Superiores, prevalecem para sustentar a posição de quem acredita que os precedentes judiciais devem ser aplicados por meio de subsunção. No entanto, fundamentar um argumento com base na opinião de uma autoridade pode ser uma técnica falaciosa que silencia qualquer opinião contrária (WALTON, 2012, p. 242).

O ensino jurídico do Brasil costuma ser embasado no argumento de autoridade, como esclarece Maurício Ramires, ao dispor sobre esse método: “E é assim que se produz saber jurídico no Brasil. Os códigos comentados e os livros de doutrina estão cheios de verbetes jurisprudenciais em tons conceituais, com pretensão de validade universal e, pior, são tomados por universalmente válidos pela comunidade jurídica” (RAMIRES, 2010, p. 50).

No meio da ausência de discussões em virtude da simples reprodução, se observa o desconhecimento sobre os motivos que acarretaram o crescente uso dos precedentes no Brasil, permanecendo a impossibilidade dos graduandos e dos profissionais que trabalham com o Direito criticarem a aplicação dos precedentes por meio de subsunção.

O primeiro motivo que precisa ser conscientizado é o teórico, consistente no fato de os enunciados legislativos passarem a ser considerados apenas o início da interpretação, motivo que fez com que a previsibilidade que se esperava na legislação fosse transferida para os precedentes judiciais (LOPES FILHO, 2016, p. 29). O segundo motivo é a superação do Estado Legislativo pelo Estado Constitucional, valorizando a função do Poder Judiciário, já o terceiro motivo é o prático, diante da possibilidade de acesso às decisões anteriores por meio da Internet (LOPES FILHO, 2016, p. 30).

Para o estudo desenvolvido, a razão político-institucional é a que mais necessita ser criticada, pois no Estado Constitucional os poderes dos magistrados de primeiro grau foram alargados em virtude da proximidade que eles possuem das partes e da realidade social, estando mais aptos para efetivarem as garantias do processo ao caso concreto. Assim, com o destaque oferecido aos magistrados de primeiro grau, a estrutura piramidal e hierarquizada do Poder Judiciário foi invertida e as instâncias superiores foram sobrecarregadas com os recursos das partes que estão insatisfeitas com as decisões antecedentes (LOPES FILHO, 2016, p. 30).

Para manter a hierarquização dentro do Poder Judiciário e o controle das decisões dos magistrados de graus inferiores, foi lançada a ideia de precedentes obrigatórios, possibilitando que os Tribunais Superiores preservassem o seu protagonismo (LOPES FILHO, 2016, p. 30). Estas peculiaridades não são reveladas ou questionadas durante o processo de ensino, esse erro possibilita a permanência do entendimento de que o juiz é superior às partes, que a hierarquia dentro do Poder Judiciário deve ser observada e de que o processo é um instrumento de realização do poder do Estado, devendo buscar um resultado rápido e satisfatório, sem a real preocupação de avaliar as peculiaridades de cada caso.

Privilegia-se a aplicação dos precedentes como soluções prontas, permitindo o julgamento acelerado do processo, pois já há uma fórmula ampla que pode ser aplicada em diversos casos, sem exigir uma análise aprofundada, gerando mais julgamentos em um lapso de tempo reduzido (LOPES FILHO, 2016, p. 192).

No processo democrático é inescusável a eliminação do seu caráter autoritário, como é incorporado na visão da aplicação obrigatória dos precedentes judiciais, assim, a principal premissa a ser observada no processo é a participação substancial das partes na produção do provimento final, permitindo que elas não sejam apenas destinatárias da decisão, sejam co-autoras (COUTINHO, 2012, p. 31).

Diante do poder de influência das partes, não há fundamentos para ser mantido o posicionamento de que os precedentes judiciais devem ser aplicados por meio de subsunção, como uma forma mecânica que deixa de avaliar o caso concreto. Os precedentes judiciais não são regras abstratas que devem ser utilizadas para solucionar demandas futuras, eles são gerados para resolver as questões levantadas no caso objeto de análise, devendo ser considerado um resultado de uma atividade interpretativa (STRECK, 2014, p. 49).

Assim, os precedentes judiciais retratam decisões reais que foram geradas em um processo dialético em que prevaleceram os argumentos do autor e do réu na construção do resultado final (LOPES FILHO, 2016, p. 339). Esta decisão pode ser paradigma para as



decisões futuras no sentido de representar um ganho interpretativo, de forma secundária pode possibilitar uma economia de tempo e esforços do magistrado, pois analisando os aspectos já considerados o juiz pode desenvolver um novo provimento, analisando as semelhanças entre os dois casos para verificar até que ponto eles podem ser tratados de forma igualitária, garantindo uma coerência entre os julgamentos de casos semelhantes (LOPES FILHO, 2016, p. 346).

Diante do que foi exposto, observa-se que o ensino do processo civil que acentua a reprodução pura da legislação e a repetição das teorias majoritárias sem nenhuma análise crítica do contexto em que elas foram desenvolvidas, ocasiona reflexos na formação dos magistrados e dos demais profissionais que atuam perante o Poder Judiciário, inclusive, possibilitando uma análise inadequada do processo, aplicando os institutos processuais em desacordo com os fundamentos do Estado Democrático de Direito.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Retratou-se no decorrer deste estudo que o ensino nos cursos de Direito do Brasil são baseados no método do reprodutivismo, em que os docentes estão inseridos em um mercado onde o objetivo é preparar os alunos para exames que são focados na legislação e na reprodução da doutrina majoritária.

Demonstrou-se de forma específica que esse método também é visualizado no ensino do processo civil, em virtude da explanação dos institutos processuais, com base na Teoria Instrumentalista, sem uma análise da complexidade do sistema jurídico. A legislação, a doutrina e os docentes reconhecem que o Brasil optou por vivenciar o Estado Democrático de Direito, se adequando ao movimento de constitucionalização do processo, porém, mesmo com esta consciência, não há uma reflexão sobre as incompatibilidades dos institutos processuais, que permanecem reproduzindo a Teoria Instrumentalista, mas são mencionados como se estivessem de acordo com o Modelo Constitucional de Processo.

Conforme foi explanado, verifica-se algumas inconsistências práticas, inclusive na aplicação do instituto dos precedentes judiciais, que é estudado como uma forma de garantir a igualdade e a celeridade nas decisões, porém, não há discussões em torno das problemáticas históricas que proporcionaram a sua crescente utilização.

Com isso, os magistrados brasileiros e os demais profissionais do Direito passaram a reproduzir, na prática, o que foi aprendido no âmbito universitário, sem avaliar que a aplicação dos precedentes judiciais por meio de uma subsunção é uma maneira inadequada e incompatível com as bases do processo democrático, que deve privilegiar a observância dos direitos fundamentais, inclusive o direito ao contraditório substancial. Diante disso, foi demonstrado que os precedentes judiciais devem ser observados como um ganho interpretativo que auxilia o magistrado a manter a coerência entre as decisões judiciais, sendo indispensável à verificação do contraditório no caso concreto.

Conclui-se que os professores universitários precisam apresentar para os educandos a teoria majoritária e as demais teorias que são discutidas no âmbito acadêmico, proporcionando que os alunos possam compreender criticamente a aplicação dos institutos e escolher o modo que entendem como o mais apropriado para o processo democrático. Assim, para uma reforma no Poder Judiciário que privilegia a produção qualitativa dos processos, é necessário a modificação do sistema, que deverá abandonar o foco no ensino e privilegiar a aprendizagem.

## REFERÊNCIAS

- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito Processual Constitucional: aspectos contemporâneos*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- BARROS, Flaviane de Magalhães. *(Re)forma do Processo Penal: comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis n. 11.690/08, n. 11.719/08 e n. 11.900/09*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- BAUMAN, Zygmunt. *Vida Para Consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*. Traduzido Por Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- COUTINHO, Carlos Marden. Processo (Constitucional): reconstrução do conceito à luz do paradigma do estado democrático de direito. *Opinião Jurídica*, Fortaleza, ano 10, n. 14, p. 24 – 40, jan./dez. 2012.
- DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- FERNANDES, Igor Benevides Amaro; GONÇALVES, Flávio José Moreira. A Formação de Mediadores e Conciliadores no Poder Judiciário do Estado do Ceará. *Revista Paradigma*. Ribeirão Preto, v. 27, n. 1, p. 215 – 237, jan./jun. 2018.
- FREIRE, Paulo. *Pedagogia da Autonomia: saberes necessários à prática educativa*. São Paulo: Paz e Terra, 2011.
- FREIRE, Paulo. *Pedagogia do Oprimido*. 50. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2011.
- GIL, Antonio Carlos. *Didática do Ensino Superior*. São Paulo: Atlas, 2010.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.
- GONÇALVES, Flávio José Moreira. Educação em Direitos Humanos: algumas ideias para a disseminação de práticas transdisciplinares do ensino jurídico. In: Lima, Gretha Leite Maia Correia; TEIXEIRA, Zaneir Gonçalves (Org.) *Ensino Jurídico: os desafios da compreensão do direito: estudo em homenagem aos 10 anos do curso de direito da Faculdade Christus*. Fortaleza: Faculdade Christus, 2012.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. 3. Ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.
- LEAL, André Cordeiro. *O Contraditório e a Fundamentação das Decisões no Direito Processual Democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os Precedentes Judiciais no Constitucionalismo Brasileiro Contemporâneo*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- MARDEN, Carlos. *A Razoável Duração do Processo: o fenômeno temporal e o modelo constitucional processual*. Curitiba: Juruá, 2015.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *A Ética dos Precedentes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MORIN, Edgar. *A Cabeça Bem-Feita: repensar a reforma, reformar o pensamento*. Traduzido Por Eloá Jacobina. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.
- NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Processo, Jurisdição e Processualismo Constitucional Democrático na América Latina: alguns apontamentos. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, v. 101, p. 61 – 96, jul./dez. 2010.

PIMENTA, Selma Garrido. *Docência no Ensino Superior*. São Paulo: Cortez, 2010.

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

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para Uma Revolução Democrática da Justiça*. São Paulo: Cortez, 2011.

SILVA, Alexandre Antonio Bruno da. Acesso à Justiça: o direito de ação sob a perspectiva do neoconstitucionalismo. Anais do XIX Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010, p. 299-305. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/>>. Acesso em: 29 jul. 2019.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. *O Que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

WALTON, Douglas N. *Lógica Informal: manual de argumentação crítica*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

---

**Recebido em:** 25/05/2019

**Aprovado em:** 02/09/2019

**Como citar este artigo (ABNT):**

SILVA, Alexandre Antonio Bruno da; SOUSA, Raphaella Prado Aragão de; ANDRADE, Thiago Pinho de. Ensino, aprendizagem e processo: a reprodução da teoria instrumentalista no ensino do Processo Civil e os seus reflexos na aplicação dos precedentes judiciais. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.38, p.13-24, maio/ago. 2019. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2019/09/DIR38-01.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

# NORMA CONSTITUCIONAL INCONSTITUCIONAL? A PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL E O ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

## UNCONSTITUTIONAL CONSTITUTIONAL NORM? THE CASE OF THE ARREST OF THE UNFAITHFUL DEPOSITARY AND THE UNDERSTANDING OF THE SUPREME FEDERAL COURT

Sandro Nahmias Melo<sup>1</sup>  
Jamilly Izabela de Brito Silva<sup>2</sup>

**RESUMO:** A partir dos estudos desenvolvidos por Otto Bachof na obra “Normas Constitucionais Inconstitucionais?”, o artigo debate a *ratio decidendi* adotada pelo STF no caso da prisão civil do depositário infiel (RE 466.343/SP) e suas aproximações com a teoria que apontou, ainda que de forma teórica, para a possibilidade de que normas constitucionais originárias sejam inconstitucionais. O método é o hipotético-dedutivo porquanto busca a corroboração (ou não) de proposições hipotéticas viáveis mediante experimentação. Como se verá, o STF não admitiu a inconstitucionalidade da parte final do inciso XVII do art. 5º., mas reconheceu sua completa ineficácia (ou cessão de vigência), o que, de forma inusitada, aproxima o entendimento jurisprudencial da tese defendida por Bachof. Logo, ainda que a teoria analisada não seja acatada pelo ordenamento brasileiro, o debate propicia enfrentar a interlocução entre o direito positivado e o direito suprapositivo como mecanismo de adequação da Constituição às novas exigências sociais.

**Palavras-chave:** depositário infiel; normas constitucionais inconstitucionais; Otto Bachof; STF.

**ABSTRACT:** From the studies developed by Otto Bachof in the book “Unconstitutional Constitutional Norms?”, the article discusses the *ratio decidendi* adopted by the STF in the case of the arrest of the unfaithful depository (RE 466.343/SP) and its approximations with the theory that pointed, albeit theoretically, to the possibility that original norms of the Constitution may be unconstitutional. The method is the hypothetical-deductive because it seeks to corroborate (or not) viable hypothetical propositions through experimentation. As will be seen, the STF did not admit the unconstitutionality of the final part of item XVII of art. 5º., but acknowledged its complete ineffectiveness (or termination), which, in an unusual way, approximates the jurisprudential understanding of the thesis defended by Bachof. Therefore, even if the theory analyzed is not accepted by the Brazilian legal system, the debate allows us to deal with the interlocution between the positive law and the suprapositive law as a mechanism to adapt the Constitution to the new social requirements.

**Keywords:** unfaithful depository; unconstitutional constitutional norms; Otto Bachof; STF.

---

1 Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor do Programa de Pós-Graduação (Mestrado) em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas. Membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho (Cadeira n. 20). Juiz do Trabalho Titular da 11ª Região.

2 Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas. Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil e em Direito Público pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas (CIESA). Assessora Jurídica da Presidência do Tribunal Regional Eleitoral do Amazonas. Membro do Grupo de Pesquisa “Direitos Humanos na Amazônia”.

## 1 INTRODUÇÃO

Em sua obra intitulada “Normas Constitucionais Inconstitucionais?”, escrita na década de 50, o alemão Otto Bachof (2014, p.70), influenciado pelos horrores legalmente perpetrados durante a Segunda Guerra Mundial, defende “que a afirmação, muitas vezes feita demasiado precipitadamente, da <<impossibilidade lógica>> de normas constitucionais inconstitucionais (ou, de qualquer modo, inválidas) não resiste à análise.”<sup>3</sup>

Em suma, sua teoria reconhece a validade e a legitimidade do texto constitucional tão somente quando o legislador leva em consideração os princípios constitutivos da ordem jurídica, além de buscar atender aos mandamentos cardeais da lei moral, possivelmente diferentes segundo o tempo e lugar.

No julgamento do RE 466.343/SP, o Supremo Tribunal Federal, ao analisar a possibilidade (ou não) de prisão civil do depositário infiel, diante da aparente antinomia entre o que preveem a Constituição Federal (art. 5º., LXVII<sup>4</sup>) e a Convenção Americana (art. 7.7<sup>5</sup>), inserida no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto Legislativo 27/92 e do Decreto Presidencial 678/92<sup>6</sup>, firmou o entendimento de que os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos internalizados em momento anterior à inclusão do §3º. ao art. 5º. da Constituição Federal possuem *status* supralegal e, portanto, devem se posicionar acima das leis (ordinárias e complementares), mas abaixo da Carta Maior.

Ainda assim, com fundamento na suposta necessidade de regulamentação infraconstitucional do art. 5º., LXVII, da CF/88, viabilizada por meio do Decreto-lei 911/1969 e/ou do art. 652 do Código Civil, a Suprema Corte brasileira afastou a possibilidade de prisão civil do depositário infiel, considerando que a disposição da Convenção Americana de Direitos Humanos, por ser supralegal, afastaria a regulamentação infraconstitucional então existente.

Feitas tais considerações, a questão que se coloca em debate é a seguinte: *o art. 5º., XLVII, da Constituição Federal teve sua eficácia paralisada pela Convenção Americana de Direitos Humanos, como defendeu o STF, ou a hipótese deveria ser de superveniente inconstitucionalidade?*

Nesse panorama, e com base nos estudos desenvolvidos por Otto Bachof, especialmente na obra supracitada, o presente artigo tem como objetivo debater a *ratio decidendi* adotada pelo STF no caso da prisão civil do depositário infiel (então autorizada por norma constitucional originária) e suas aproximações com a teoria alemã que apontou, considerando seus efeitos jurídicos práticos, para a possibilidade de que normas constitucionais

3 Nesse ponto, saliente-se que o autor, ao defender a possibilidade de uma norma constitucional inconstitucional privilegia o debate em torno da hipótese em que esta norma constitucional emanou do poder constituinte originário, até em virtude da aplicação do direito alemão durante a Segunda Guerra Mundial.

4 CF, Art. 5º., LXVII: não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.

5 CADH, art. 7.7: ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

6 Por sua vez, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 11), também internalizado pelo Estado brasileiro (Decreto Legislativo n. 226/91 e Decreto Presidencial n. 592/92), dispõe que “ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual”

originárias sejam “inconstitucionais” (no sentido da perda de aplicabilidade diante do efeito paralisante de sua eficácia).<sup>7</sup>

Para tanto, num primeiro momento, será enfrentado o entendimento do próprio STF e da doutrina constitucionalista pátria sobre a (im)possibilidade de normas constitucionais originárias serem consideradas inconstitucionais, bem como serão explicitadas, ainda que de forma *an passant*, as técnicas de decisão de controle de constitucionalidade. Em seguida, o estudo em comento passará a expor as premissas da teoria proposta por Otto Bachof, buscando identificar o arcabouço teórico a sustentar seu entendimento. Por fim, buscar-se-á analisar o entendimento do STF no caso específico do depositário infiel como uma (possível) aplicação prática de norma constitucional que, apesar de não declarada inconstitucional, perdeu *in totum* sua eficácia.

Segundo Mezzaroba e Monteiro (2017, p.96-98), o método utilizado é o hipotético-dedutivo, tanto porque busca confrontar o entendimento constitucional brasileiro com a teoria formulada por Otto Bachof sobre a possibilidade de normas originariamente constitucionais serem consideradas inconstitucionais, quanto porque visa verificar o alcance, a consistência e a incidência dos dois entendimentos na análise sobre a (in)viabilidade da prisão civil do depositário infiel no ordenamento jurídico brasileiro (antinomia entre Constituição e Convenção Americana). Assim, busca-se corroborar (ou não) as proposições hipotéticas viáveis mediante experimentação. Em tempo, também serão utilizados como recursos metodológicos o estudo de caso (RE 466.343/SP) e as pesquisas bibliográfica e documental.

## **2 NORMA CONSTITUCIONAL INCONSTITUCIONAL? O ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E AS TÉCNICAS DE DECISÃO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**

É cediço que o Supremo Tribunal Federal não admite a tese das normas constitucionais inconstitucionais quando estas advêm do poder constituinte *originário*. Considerada a teoria da unidade, se duas ou mais normas originalmente presentes na Carta Maior aparentam ser contraditórias, para o STF, a hipótese é de compatibilização e/ou ponderação, não se podendo falar em derrogação de uma em detrimento da outra. Nesse sentido, foi o posicionamento adotado no julgamento da ADI 815, *leandig case* sobre o assunto, assim ementada:

Ação direta de inconstitucionalidade. Parágrafos 1º e 2º do artigo 45 da Constituição Federal.

- *A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras e incompatível com o sistema de Constituição rígida.*

- *Na atual Carta Magna “compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição” (artigo 102, “caput”), o que implica dizer que essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios de direito suprapositivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição.*

- *Por outro lado, as cláusulas pétreas não podem ser invocadas para sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em face de normas constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao Poder Constituinte derivado*

<sup>7</sup> STF, RE 466.343, voto do rel. Min. Cezar Peluso, j. 3-12-2008, DJE 104 de 5-6-2009, Tema 60.



*ao rever ou ao emendar a Constituição elaborada pelo Poder Constituinte originário, e não como abarcando normas cuja observância se impôs ao próprio Poder Constituinte originário com relação as outras que não sejam consideradas como cláusulas pétreas, e, portanto, possam ser emendadas. Ação não conhecida por impossibilidade jurídica do pedido. (Rel. Min. MOREIRA ALVES, Data do Julgamento: 28/03/1996, Data DJe: 10/05/1996) (grifos nossos)*

Tal entendimento, além de afastar a existência de hierarquia entre as normas constitucionais, expressa que as cláusulas pétreas (art. 60, §4º., CF/88) somente limitam a atuação do poder constituinte derivado. Em síntese, a Corte Suprema brasileira apenas admite controle de constitucionalidade de normas emanadas do poder constituinte derivado (emendas constitucionais).

Por sua vez, a doutrina brasileira, a exemplo de Branco e Mendes (2015, p.63;103-117), defende que a impossibilidade de inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias decorre do princípio da unidade da constituição e, ainda, da rigidez do texto constitucional (supremacia constitucional).

No mais, as características comumente imputadas ao poder constituinte originário – poder *inicial, ilimitado e incondicionado* – também afastam a possibilidade de norma constitucional originária ser eivada de inconstitucionalidade. Ora, “[s]endo o poder constituinte originário ilimitado e sendo o controle de constitucionalidade exercício atribuído pelo constituinte originário a poder por ele criado e que a ele deve reverência, não há que se cogitar de fiscalização de legitimidade por parte do Judiciário” (BRANCO;MENDES, 2015, p.117).

Para o ordenamento jurídico brasileiro, portanto, o tema relativo à inviabilidade de declaração de inconstitucionalidade de norma constitucional originária é pacífico, seja no plano teórico, seja na prática jurisprudencial.

Por outro lado, quando a análise versa sobre as técnicas de decisão de controle de constitucionalidade, o debate é constantemente renovado, mormente quando se afasta da hipótese de declaração de inconstitucionalidade total com efeito *ex tunc* (regra geral para o controle de constitucionalidade).

Segundo Fernandes (2015, p.1.276-1.283), há falar na existência de, pelo menos, quatro técnicas de decisão<sup>8 9</sup>, a saber: (a) interpretação conforme a Constituição, (b) declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução do texto, (c) declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade e (d) declaração de constitucionalidade de lei “ainda” constitucional.

A interpretação conforme a Constituição, para o referido autor, aponta que, com ou sem redução do texto constitucional, “pode [se] declarar a constitucionalidade de uma norma, desde que tenha determinada interpretação compatível com a Constituição ou mesmo pode

8 Além das hipóteses a seguir citadas, Fernandes (2015, p.1.283-1.296) tece diversas considerações sobre as chamadas sentenças intermediárias, as quais também podem ser vistas como técnicas de decisão de controle de constitucionalidade. Tal problemática não será enfrentada no presente estudo, seja porque as técnicas já trazidas são suficientes para os objetivos ora propostos, seja porque, como destaca o referido autor, “encontramos na doutrina um discurso totalmente confuso a respeito do tema, de modo que ora os juristas tentam distinguir diferenças entre os institutos que compõem este gênero, ora buscam mesclá-los de modo desarrazoado” (FERNANDES, 2015, p.1.285).

9 Importa mencionar também a chamada modulação de efeitos de eventual declaração de inconstitucionalidade, expressamente prevista no art. 27 da Lei 9.868/99, *in verbis*: ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

[se] declarar a constitucionalidade de uma norma desde que tenha determinada interpretação” (FERNANDES, 2015, p.1277).

Por sua vez, a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução do texto representa a “possibilidade (...) [de] declarar a inconstitucionalidade de uma hipótese, de um viés ou de uma variante de aplicação de uma norma jurídica sem reduzir seu texto” (FERNANDES, 2015, p.1.278). O texto literal continua o mesmo, mas determinada(s) hipótese(s) de aplicação são extirpadas do ordenamento jurídico.

Já a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade ocorre quando a inconstitucionalidade é reconhecida, porém a nulidade não é pronunciada. Isso porque “com base no princípio da proporcionalidade, [pode-se entender] que a declaração de nulidade poderá agravar o estado de inconstitucionalidade presente no sistema jurídico-constitucional” (FERNANDES, 2015, p.1.280). A norma, portanto, pode permanecer de forma provisória, consignando-se lapso temporal razoável para a norma ser retirada do ordenamento.

Por fim, a declaração de constitucionalidade de lei “ainda” constitucional, como a nomenclatura deixa transparecer, aponta para a hipótese em que “a lei é constitucional, mas caminha progressivamente para a inconstitucionalidade” (FERNANDES, 2015, p.1.281). Daí porque esta técnica também é conhecida como inconstitucionalidade progressiva e/ou apelo ao legislador.

Fincadas as razões que embasam, no direito constitucional brasileiro, o entendimento dominante no sentido de que é inviável a existência de normas constitucionais originárias inconstitucionais, bem como algumas técnicas que permeiam as decisões proferidas no âmbito do controle de constitucionalidade, na seção a seguir serão rapidamente expostos os argumentos que sustentam a identificação de uma norma constitucional inconstitucional, tendo como parâmetro a teoria desenvolvida por Otto Bachof.

### **3 NORMA CONSTITUCIONAL INCONSTITUCIONAL? UMA BREVE ANÁLISE DA TEORIA DE OTTO BACHOF**

O questionamento acerca da possibilidade ou não de uma norma constitucional originária ser inconstitucional, para Otto Bachof (2014, p.2), impõe-se com especial intensidade, mas não exclusivamente<sup>10</sup>, no contexto em que “regimes contrários ao Estado-de-direito são substituídos por regimes de Estado-de-direito.” À vista disso, a obra em análise, denominada “Normas Constitucionais Inconstitucionais?” é permeada pela necessidade de “superação do passado” alemão na então recente Segunda Guerra Mundial.

Feitas tais considerações, o objeto de estudo é dissecado pelo próprio autor, por ocasião da identificação dos principais entraves para o enfrentamento do tema, após análise crítica e minuciosa da jurisprudência, doutrina e posicionamento do parlamento federal na Alemanha, *in litteris*:

Pareceu-me necessária esta panorâmica relativamente pormenorizada das posições até agora assumidas sobre o nosso problema, porque só o seu conjunto mostra onde se situam as dificuldades da respectiva solução. É manifesto que elas são condicionadas predominantemente por três circunstâncias:

10 Sobre o assunto, o autor conclui seu prefácio à tradução portuguesa nos seguintes termos: “Deixe-se todavia em suspenso a questão de se saber a possibilidade de um legislador democrático ultrapassar os limites indicados é, na verdade, tão pequena como o Tribunal Constitucional Federal crê. Em qualquer caso, o fenómeno (só na aparência paradoxal) de normas constitucionais inconstitucionais não deverá ser esquecido, como advertência permanente de que a onipotência do Estado tem limites” (BACHOF, 2014, p.4).



1. pelos diversos sentidos em que é usado o conceito de *Constituição* e também forçosamente, por consequência, o conceito de *inconstitucionalidade*;
2. pelas diferentes concepções acerca da existência de um direito supralegal e, por consequência, acerca da *vinculação* ou *liberdade* do legislador constituinte;
3. por uma insuficiente distinção da questão jurídica-material da *validade* (*Geltung*) de uma norma jurídica – em especial, de uma norma constitucional – da questão processual de um correspondente *direito judicial de controle* (BACHOF, 2014, p.37)

Diante de tais circunstâncias, é imprescindível estabelecer as três principais premissas jurídicas que fundamentam o raciocínio do autor. A *primeira* refere-se à necessidade de que o texto constitucional seja adequado à missão de integrar a comunidade por ele constituída (missão integradora), sob pena da Constituição falhar em a sua missão.

A *segunda*, por seu turno, requer o afastamento do padrão constitucional que restringe a ideia de Constituição à lei *escrita* ou à lei *formal*. Em outras palavras, o conceito do que é texto constitucional deve considerar o conteúdo material das normas e, até mesmo, o direito suprapositivo (supralegal ou natural).

Neste ponto, para Bachof (2014, p.42), tanto a primeira quanto a segunda premissa apontam os requisitos essenciais para que a Constituição seja válida e legítima, a saber, positividade e obrigatoriedade. Confira-se:

A *validade* (*Geltung*) de uma Constituição compreende a sua legitimidade em ambos os aspectos: a *positividade*, no sentido de sua <<existência como plano e expressão de um poder efetivo>>, e a *obrigatoriedade*, no sentido da vinculação jurídica dos destinatários das normas ao que é ordenado.

Já a *terceira* premissa reside na identificação da hierarquia entre normas constitucionais. Assim, é preciso examinar “a tese segundo a qual um preceito do documento constitucional pode ser inconstitucional e carecer, por isso, de obrigatoriedade jurídica em virtude de uma contradição com um preceito de grau superior do mesmo documento” e, ainda, excluir “a hipótese de a norma de grau superior conter uma positivação de direito supralegal, de tal maneira que a não obrigatoriedade da norma de grau inferior pudesse advir de uma infracção deste direito supralegal” (BACHOF, 2014, p.55).

Todavia, é certo que, até em razão do conceito de Constituição abarcar o direito suprapositivo e este direito funcionar como uma exceção à hierarquia entre normas constitucionais, o pilar fundamental da teoria ora analisada está alicerçado numa espécie de *limitação ao poder constituinte originário* fincada em *valores éticos e/ou morais* com repercussões jurídicas, a saber: o próprio direito suprapositivo, supralegal ou natural como pressuposto e parte integrante do texto constitucional.

Assim sendo, a Constituição somente será válida e legítima:

[N]a medida em que o legislador tome em conta os <<princípios constitutivos de toda e qualquer ordem jurídica>> e, nomeadamente, se deixe guiar pela aspiração à justiça e evite regulamentações arbitrárias. Mas, além disso, só [haverá legitimidade e validade] (...) se o legislador atender aos mandamentos cardeais da lei moral, possivelmente diferente segundo o tempo e o lugar, reconhecida pela comunidade jurídica, ou, pelo menos, não os renegar conscientemente. (...)

Nenhum sério defensor do direito supralegal pretenderá afirmar que todos os postulados que a razão, a natureza, a religião ou a lei moral ditam à ordem

jurídica sejam direito vigente, só porque são postulados com essa natureza. (...) O direito supralegal assim delimitado é uma ordem *objectiva*.

Apontados os argumentos jurídicos que subsidiam a teoria de Otto Bachof, na sequência, serão analisados os principais argumentos utilizados pelo STF para considerar *ilícita* a prisão civil do depositário infiel, especialmente aqueles relacionados aos *status* dos tratados internacionais sobre direitos humanos.

#### 4 A (IM)POSSIBILIDADE DA PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL: ESTUDO DE CASO

A discussão acerca da (im)possibilidade de prisão civil do depositário infiel foi retomada, no STF, por ocasião do julgamento do RE 466.343/SP, iniciado em 2006.<sup>11</sup> Em síntese, no referido feito, entre outros argumentos, havia conflito entre “a normativa constitucional brasileira, que permite a prisão civil do depositário infiel (art. 5º., LXXVII), e o art. 7.7 da Convenção Americana que permite tão somente a prisão civil do alimentante inadimplente por razões inescusáveis” (LOUREIRO; SILVA, p.196).

Somente na sessão do dia 3 de dezembro de 2008, após diversos pedidos de vista, o julgamento foi concluído, tendo a Corte Suprema superado o entendimento até então vigente<sup>12</sup> para reconhecer a impossibilidade da prisão civil por dívida do depositário infiel.

O cerne do debate, no que interessa para o presente estudo, concentrou-se no *status* dos tratados internacionais sobre direitos humanos, particularmente na hierarquia normativa que deveria ser atribuída à Convenção Americana de Direitos Humanos, sendo certo que, na ocasião, foram defendidas 02 (duas) teses, a saber: a primeira, que se sagrou vencedora, de *supralegalidade deste tratado*, defendida pelos Ministros Gilmar Mendes, Carmen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Carlos Britto, Marco Aurélio e Menezes Direito e; a segunda, de *reconhecimento desse tratado como parte integrante do “bloco de constitucionalidade”*, sustentada pelos Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Eros Grau e Ellen Gracie.

Esclarecedora a ementa do julgado em comento:

PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. *Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)*. Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. *É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. (destaques nossos)*

Nesses termos, por ocasião do referido julgamento, o STF, de um lado, reconheceu a insubsistência da previsão constitucional e das normas infraconstitucionais que possibilitavam a prisão civil do depositário infiel à luz do que dita a Convenção Americana de Direitos Humanos

11 Ressalte-se que o RE 466.343/SP foi julgado em conjunto com o RE 349.703/RS e o HC 87.585/TO.

12 O debate é antigo e remonta ao RE 80.004/SE, de 1º de junho de 1977. Desta feita, a definição do valor dos tratados internacionais vem sendo recorrentemente discutida no STF, tendo sido firmada a jurisprudência no sentido de paridade normativa entre os tratados internacionais, ainda que versem sobre direitos humanos, e as leis ordinárias, embasada na suposta identidade entre os quóruns de votação por maioria simples durante os processos legislativos para a aprovação destas duas espécies normativas totalmente distintas até o voto do Ministro Gilmar Mendes nos RE 466.343/SP e 349.703/RS, que firmou o entendimento de que os tratados internacionais de direitos humanos possuem valor supralegal, sendo esta a primeira sinalização de que o STF iniciaria um processo de gradativa mutação constitucional.

e, doutro modo, entendeu que o referido tratado internacional possui *status* supralegal no ordenamento jurídico brasileiro.

Ora, o raciocínio desenvolvido pela Corte Suprema – além de ir de encontro com o que dita o §2º. do art. 5º. da Constitucional Federal<sup>13</sup> (norma constitucional originária), para exaltar o que dispõe o §3º. do mesmo art. 5º.<sup>14</sup> (norma constitucional derivada inserida pela EC n. 45/2004), privilegiando aspectos formais em detrimento do conteúdo material da norma – parece padecer de uma contradição – lógica – intrínseca.

Isso porque, da forma como foi afastada a possibilidade da prisão civil do depositário infiel, pode-se defender que foi utilizada técnica de decisão típica de controle de constitucionalidade – seja a interpretação conforme, seja a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto – para tratado internacional que somente possui caráter supralegal (e não constitucional).

Vejam os trechos do voto do Ministro Gilmar Mendes, proferido no julgamento do já citado RE n. 466.343/SP, esclarecedor sobre o que ora se defende:

Nesse sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, a *previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, inciso LXVII) não foi revogada pelo ato de adesão do Brasil ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria*, incluídos o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e o Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969.

Tendo em vista o *caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais*, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada. É o que ocorre, por exemplo, com o art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002), que reproduz disposição idêntica ao art. 1.287 do Código Civil de 1916. Enfim, desde a adesão do Brasil, no ano de 1992, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), *não há base legal para aplicação da parte final do art. 5º, inciso LXVII, da Constituição, ou seja, para a prisão civil do depositário infiel. (destaques nossos)*

Esta também é a opinião de Sarlet (2015, p.4) ao se manifestar sobre o referido julgamento:

Uma reflexão possível é a de que o STF acabou, de certo modo, caindo em *contradição*. Com efeito, ao refutar a tese da paridade entre a CF e os tratados, hipótese na qual poderia, mediante um juízo de ponderação e na esteira da lógica do in favor personae (já comentada na coluna de 10.04.15), ter afastado, pelo menos como regra, a prisão civil do depositário, o STF afirmou a *hierarquia supralegal (mas infraconstitucional) dos tratados*. Com isso, em que pese o artifício argumentativo de que a CF não teria sido revogada, o que houve foi sim uma derrogação informal do permissivo constitucional expresso. Ora, se os tratados situam-se abaixo da CF e o STF afirmou a competência para declarar sua inconstitucionalidade, não parece que a tese da supralegalidade possa, aplicada coerentemente, afastar por completo e

13 Art. 5º., §2º: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

14 Art. 5º., §3º.: Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

mesmo para toda e qualquer hipótese futura, possibilidade expressamente afirmada pela CF que lhe seque superior. (*destaques nossos*)

Com essas considerações, de forma inusitada, há nítida aproximação entre os estudos desenvolvidos por Otto Bachof e o posicionamento do Supremo Tribunal Federal no caso em análise. Ainda que defendam posicionamentos inconciliáveis quanto à possibilidade de ocorrência de normas constitucionais inconstitucionais, *o STF e Bachof parecem chegar à mesma conclusão quando, por motivos eminentemente formais, não se declara a superveniente inconstitucionalidade de determinado dispositivo constitucional originário.*

De fato, ao discorrer sobre circunstância em que se identifica a perda de sentido ou obsolescência de determinada norma, Bachof (2014, p.60) desenvolve raciocínio que parece se coadunar com o entendimento da Corte Maior brasileiro:

Se certos pressupostos, que foram determinantes para o legislador emitir uma norma jurídica, não vieram a verificar-se, ou se falham as expectativas que manifestamente se ligaram à norma jurídica, pode a norma, certamente, perder o sentido. Mas, em regra, será então tarefa do legislador tirar daí as consequências e modificá-la. No entanto, em vista da particular missão de integração da ordem constitucional, *será lícito admitir também como possível que normas singulares da Constituição se tornem automaticamente obsoletas, quando as mesmas, em consequência da mudança da situação real, já não puderem cumprir a sua função integradora, e porventura comecem até a desempenhar uma função desintegradora.* Põe-se, porém, a questão de saber se pode dizer-se então que essas normas se tornaram daí em diante <<inconstitucionais>>, ou se não será mais exacto falar aqui *simplesmente de <<cessação de vigência>>.*

Impende registrar que, ao se referir a dois precedentes emanados de tribunais alemães, Bachof, quando enaltece o conceito “alargado” de Constituição, defende o reconhecimento de “direitos invioláveis e inalienáveis do homem” como parte integrante da ordem constitucional, o que, *mutatis mutandi*, corresponde aos parâmetros norteadores da própria cláusula aberta de direitos humanos, concretizada pelo §2º. do art. 5º. da Constituição Federal, mecanismo indispensável para acompanhar as alterações e/ou mudanças da sociedade quanto ao mínimo existencial (direito suprallegal) que deve ser preservado. Vejamos os comentários do autor alemão:

Numa decisão (Beschluss) do VGH de Wüttemberg-Baden (...) presente-se (...) o aparecimento, ainda que em termos muito cautelosos, de um conceito de Constituição alargado por inclusão do direito suprapositivo. O tribunal afirma ser eventualmente possível uma norma da Constituição infringir direito suprapositivo que, por um lado, o legislador da Lei Fundamental, através do reconhecimento de direitos do homem invioláveis e inalienáveis, positivou e todo o caso em certa extensão, assim o declarando parte integrante da <<ordem constitucional>>; o saber se uma norma da Constituição, no caso de infração do direito suprapositivo assim positivado, pode ser qualificada como <<inconstitucional>> e se, no caso afirmativo, o Tribunal Constitucional Federal também seria competente para decidir da existência de tal infração, são questões que podem ficar em suspenso. (...) É, porém, o VerfGH da Baviera que de modo mais decidido se afasta de um conceito de Constituição puramente formal, ao incluir o próprio direito suprapositivo na <<Constituição>> como padrão de controlo. (BACHOF, 2014, p.22-23)

Em outro momento, ao contrapor as críticas ao subjetivismo alegadamente inerente ao conceito de justiça, Bachof (2014, p.80) acrescenta:

É evidente que um juiz não está autorizado a basear suas decisões em concepções *subjectivas* sobre a justiça: tem de servir-lhe sempre de padrão a *communis opinio* de todo <<os que pensam recta e justamente>> - e, na verdade, ainda que as concepções sobre o justo e o injusto diverjam múltiplamente no pormenor, existe a tal respeito, nas questões *fundamentais*, larga concordância dentro de uma comunidade jurídica, pois de outro modo qualquer tentativa de criação de uma autêntica ordem integradora estaria de antemão condenada ao fracasso.

A título de última nota, impende mencionar que, no caso em apreço (RE 466.343/SP), nada obstava que o Supremo Tribunal Federal, ao invés de aplicar uma espécie de reengenharia jurídica que, por um lado, afasta a tese do caráter constitucional dos tratados internacionais sobre direitos humanos e, doutro modo, reconhece a “ilegalidade” da prisão civil, a despeito de previsão constitucional expressa nesse sentido, *fundamentasse sua ratio decidendi no controle de convencionalidade*.<sup>15</sup>

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo em comento, com base na teoria desenvolvida por Otto Bachof, especialmente na obra “Normas Constitucionais Inconstitucionais?”, teve como objetivo precípuo debater os fundamentos adotados pela Corte Suprema no caso da prisão civil do depositário infiel (RE 466.343/SP).

Como visto, o STF não reconhece a inconstitucionalidade de norma constitucional originária, mas admite que esta tenha sua aplicabilidade, sua eficácia, paralisadas por norma infraconstitucional (tratado internacional sobre direito humano com *status* supralegal). Dito de outra forma: o STF não admite a inconstitucionalidade da parte final do inciso XVII do art. 5º., mas reconheceu sua completa inaplicabilidade (paralisa de eficácia ou cessação de vigência).

A própria tese fixada no RE 466.343/SP deixa claro tal entendimento, ao prever que é *ilícita* e não *inconstitucional* a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito.

Além disso, durante o julgamento, por diversas vezes, os Ministros enaltecem a inclusão do §3º. ao art. 5º. da Constituição Federal, porquanto tal dispositivo teria o condão de encerrar o debate acerca da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos.

Em suma, segundo o STF, para que sejam considerados com *status* constitucional, os diplomas internacionais que versam sobre direitos humanos necessitam passar pelo rito agravado equivalente ao de emendas constitucionais. Se assim não ocorrer, os tratados em questão possuem hierarquia supralegal, a exemplo dos diplomas internacionais sobre direitos

15 Ainda no ano de 2006, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no Caso Almonacid Arellano vs. Chile explicitou que “o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de ‘controle de convencionalidade’ entre as normas jurídicas internas que aplicam nos casos concretos e a Convenção Americana de Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve ter em conta não apenas o tratado, mas também a sua interpretação feita pela Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana”. (par. 124). Sobre o tema, ver ainda o voto razonado do juiz *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot no Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México, também julgado pela Corte Interamericana.



humanos internalizados antes da EC n. 45/2004. Há, portanto, nítido privilégio da forma em relação ao conteúdo material da norma, além de ser visível a construção de um raciocínio que desembocará em insegurança jurídica<sup>16</sup>.

Por outro lado, ao defender posicionamento voltado para o conteúdo material dos tratados internacionais de direitos humanos, afastando-se de aspectos formais que dificultam a implementação da “cláusula aberta” do §2º. do art. 5º. da CF/88 e considerando a responsabilidade internacional assumida pelo Estado brasileiro ao internalizar a Convenção Americana, Antônio Augusto Cançado Trindade, em voto separado proferido no caso *Damião Ximenes Lopes vs. Brasil*, perante a Corte Interamericana, aponta a irrelevância jurídica do *status* com que são recepcionados os tratados internacionais sobre direitos humanos, do ponto de vista do Direito Internacional:

[O]s triunfalistas da recente inserção do parágrafo 3º no artigo 5º da Constituição Federal brasileira, *reféns de um direito formalista e esquecidos do Direito material*, não parecem se dar conta de que, do prisma do Direito Internacional, um tratado como a Convenção Americana ratificado por um Estado o vincula *ipso jure*, aplicando-se de imediato e diretamente, quer tenha ele previamente obtido aprovação parlamentar por maioria simples ou qualificada. Tais providências de ordem interna, - ou, ainda menos, de *interna corporis*, - são simples fatos do ponto de vista do ordenamento jurídico internacional, ou seja, são, do prisma jurídico-internacional e da responsabilidade internacional do Estado, inteiramente irrelevantes.

Porém, a própria doutrina brasileira, atualmente, começa a questionar a *ilimitação* do poder constituinte originário. Segundo Sarmiento e Souza Neto (2016, p.255), os limites a serem impostos devem ser “decorrentes de valores historicamente sedimentados, radicados na cultura do constitucionalismo, e voltados à garantia de um patamar mínimo de respeito aos direitos humanos e à democracia”.

Já Branco e Mendes (2015, p.105) asseveram que “se o poder constituinte é a expressão da vontade política da nação, não pode ser entendido sem a referência aos valores éticos, religiosos, culturais que informam essa mesma nação e que motivam suas ações.”

Coincidentemente ou não, esta também era uma das principais preocupações de Bachof (2014, p.42-43), mormente quando defende que a obrigatoriedade da Constituição somente é legítima quando o legislador considera “os princípios constitutivos de toda e qualquer ordem jurídica”, deixa-se guiar pela “aspiração à justiça”, evita regulamentações arbitrárias e atende aos mandamentos cardeais da lei moral, possivelmente diferente segundo o tempo e o lugar, reconhecida pela comunidade jurídica, ou, pelo menos, não os renegar conscientemente.

Logo, ainda que a teoria alemã não seja acatada pelo ordenamento jurídico brasileiro, o debate propicia enfrentar a interlocução entre o direito positivado e o chamado direito suprapositivo, supralegal ou natural. A unidade da Constituição e a rigidez constitucional não

16 A comprovar a afirmação explicita-se que duas convenções internacionais sobre direitos humanos que versam sobre o mesmo tema – Direitos das Pessoas com Deficiência – possuem *status* diferentes no ordenamento jurídico brasileiro. A *Convenção da ONU*, exclusivamente por ter seguido o rito do §3º. do art. 5º., possui hierarquia equivalente à emenda constitucional, já a *Convenção da OEA*, exclusivamente por não ter seguido o mencionado rito agravado, possui hierarquia supralegal.

podem ser muralhas intransponíveis para o ideal de justiça vigente e em constante mutação. Aspectos formais não podem impedir que determinada norma, por seu conteúdo, seja reconhecida constitucional.

Ora, a perpetuação de um poder constituinte originário ilimitado, mormente quando impede avanços na salvaguarda de direitos fundamentais, também pode representar uma espécie de *paradigma da democracia* porquanto, como questiona Canotilho (2003, p.74), “como << pode >> um poder estabelecer limites às gerações futuras?”, “será defensável vincular gerações futuras a ideias de legitimação e a projectos políticos que, provavelmente, já não serão os mesmos que pautaram o legislador constituinte?” (CANOTILHO, p.1.065).

É preciso lembrar as palavras do Ministro Celso de Mello quando, no julgamento do RE 466.343/SP, defendeu a necessidade de “adequação da própria Constituição às novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam a sociedade contemporânea”.

## REFERÊNCIAS

BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 815/DF, Tribunal Pleno, Rel. Ministro Moreira Alves. Data do Julgamento: 28/03/1996. Data de Publicação: 10/05/1996.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 466.343/SP, Tribunal Pleno, Rel. Ministro Cezar Peluso. Data do Julgamento: 03/12/2008. Data de Publicação: 05/06/2009.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. 4. reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

CORTE IDH. Caso Damião Ximenes Lopes vs. Brasil. Sentença de 4 de julho de 2006. Série C No. 149. Voto concordante do Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade.

CORTE IDH. Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C No. 154.

CORTE IDH. Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de novembro de 2010. Série C No. 220. Voto razonado do Juiz Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional* 7. ed., rev., ampl. e atual. e em consonância com a jurisprudência do STF. Salvador: Juspodivm, 2015.

MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOUREIRO, Sílvia Maria da Silveira; SILVA, Jamilly Izabela de Brito. O modelo janicéfalo de incorporação dos tratados internacionais sobre direitos humanos na Constituição: as perplexidades da validade e aplicabilidade do novo parágrafo 3º. do art. 5º. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, [S.l.], n. 9, p. 193-208, jul. 2016. ISSN 1677-1419. Disponível em: <<http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/147>>. Acesso em: 26 dezembro de 2018.

SARLET, Ingo. Prisão civil do depositário infiel e o “controle de convencionalidade.” In: *Revista Consultor Jurídico*, 24 de abril de 2015, 8h02. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-abr-24/direitos-fundamentais-prisao-civil-depositario-infiel-controle-convencionalidade>>. Acesso em: 26 de dezembro de 2018.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito Constitucional – Teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed., 2. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

---

**Recebido em:** 18/01/2019

**Aprovado em:** 07/10/2019

**Como citar este artigo (ABNT):**

MELO, Sandro Nahmias; SILVA, Jamilly Izabela de Brito. Norma constitucional inconstitucional? a prisão civil do depositário infiel e o entendimento do Supremo Tribunal Federal. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.38, p.28-40, maio/ago. 2019. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2019/10/DIR38-02.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.



# ENSINO JURÍDICO E TECNOLOGIA: UMA REFLEXÃO SOBRE O PAPEL DO PROFESSOR DA CIÊNCIA DO DIREITO NA ERA DA REVOLUÇÃO 4.0

## LEGAL LEARNING AND TECHNOLOGY: A REFLECTION ON THE ROLE OF LAW SCHOOL PROFESSORS IN THE REVOLUTION 4.0 ERA

Martin Perius Haeblerlin<sup>1</sup>  
José Eduardo Aidikaitis Previdelli<sup>2</sup>  
Daniella Bitencourt<sup>3</sup>

**RESUMO:** O presente artigo trata da relação entre um ensino jurídico que repete modelos ultrapassados de conhecimento e a tecnologia, mais precisamente a partir da chamada Revolução 4.0, que realiza modificações na forma de interação entre as pessoas, notadamente na disponibilidade veloz da informação. Partindo da premissa de que a tecnologia não muda o modo, mas a forma como conhecemos (interações construídas de modo colaborativo e transdisciplinar), o artigo, utilizando-se de pesquisa qualitativa de caráter descritivo e exploratório, realiza uma investigação doutrinária que surge da colocação de dois problemas fundamentais: o primeiro, sobre a necessidade de um professor para o ensino jurídico; o segundo, sobre o seu perfil. Na primeira seção, analisa-se o significado da Revolução 4.0 e o porquê de ela colocar em xeque a existência e o papel do professor. Na sua segunda seção, reflete-se criticamente a partir de uma possível abordagem do problema, analisando a relação entre o processo de conhecimento e os novos meios à disposição dos professores. Na terceira e última seção, descortina-se, como produto daquela reflexão crítica, a imprescindibilidade do professor e o entendimento da mudança de seu papel. Conclui-se que, em vez de um garantidor da informação, cabe ao professor contemporâneo ensinar a processar o universo de informações disponíveis para fazer da educação jurídica uma educação voltada à alteridade, possibilitando uma formação plena, a qual abrange o exercício de uma cidadania sólida.

**Palavras-chave:** ensino jurídico; tecnologia; tecnologia e professor 4.0; cidadania.

**ABSTRACT:** The present article deals with the relationship between a legal education that repeats outdated models of knowledge and technology, more precisely from the so-called Revolution 4.0, which makes changes in the way people interact, notably in the fast availability of information. Starting from the premise that technology does not change the way, but the means of knowledge (interactions constructed in a collaborative and transdisciplinary way), the article, using qualitative research of a descriptive and exploratory method, carries out a doctrinal investigation that arises from the placement of two fundamental problems: the first, about the necessity of professors on legal education; the second, about their role. In the first section, it is analyzed the meaning of Revolution 4.0 and why it puts the existence and role of professors in check. In the second section, a critical reflection from a possible approach to the problem is addressed, analyzing the relationship between the process of knowledge and the new means available to professors. In the third and last section, the product of that critical reflection is presented, suggesting the indispensability of the professor bounded to the understanding of the change of his role. It is concluded that, instead of a guarantor of information, it is up to the contemporary professor to indicate how to process the universe of information available and, in this sense, make legal education an education directed to otherness, allowing an in-depth formation, which includes the exercise of a solid citizenship.

**Keywords:** legal teaching; technology; revolution 4.0; citizenship.

1 Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Pesquisador Visitante do Max-Planck - Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht. Professor no Mestrado em Direitos Humanos e na Graduação em Direito do Centro Universitário Ritter dos Reis (UniRitter). Advogado e Consultor Jurídico.

2 Mestre em Direitos Humanos pelo Centro Universitário Ritter dos Reis (UniRitter). Especialista em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário Ritter dos Reis (UniRitter). Especialista em Formação Pedagógica de Professores pela FAQI. Professor convidado nos cursos de Pós-graduação do Centro Universitário Ritter dos Reis (UniRitter). Professor das Escolas e Faculdades QI. Tutor da Escola Superior da Magistratura e da Escola Superior do Ministério Público. Instrutor do Centro de Formação do Judiciário do Rio Grande do Sul (CJUD). Assessor do Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul (2ª instância).

3 Mestre em Direitos Humanos pelo Centro Universitário Ritter dos Reis (UniRitter). Especialista em Tributos em Espécie pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) e em Direito Tributário Geral pela Universidade Mackenzie/SP. Professora de Direito Tributário na Anhanguera Educacional.

## 1 INTRODUÇÃO

O tempo é, de fato, um senhor volátil. Há alguns anos – que, de próximos, não se deixam contar em décadas –, o ensino jurídico orgulhava-se de seu tradicionalismo arraigado e de seu pendor às fórmulas positivistas, para as quais o conhecimento da lei fazia-se epicentro do trabalho docente. Sentados à ribeira, os juristas da academia pareciam testemunhar incólumes as transformações, quando, em verdade, sua inércia decorria apenas da falta de percepção de que também os espaços tradicionais da Faculdade de Direito faziam-se por ela profundamente afetados. E poucas experiências são mais deletérias do que aquela do atraso próprio de se fazer objeto, no lugar de sujeito ativo, de uma revolução. Felizmente, aquilo que ontem era orgulho, irradia hoje a luz do autoengano.

Hoje, grande parte dos juristas conhecem dessas transformações o nome e o sobrenome: Revolução 4.0. Mas nada há no nome se esse batismo não carrega, com ele, alguma intimidade própria à saída do desconhecido. Nada há no nome se a carga de nossas pré-compreensões não revela, junto ao substantivo, algo de seu significado. A Revolução 4.0 opera irrefreáveis mudanças culturais, uma vez que, conectando pessoas a máquinas e por máquinas, implica novas formas de relação feitas ao compasso da velocidade tecnológica. Diante da impossibilidade de encontrar um ponto distal às novas realidades subjacentes, impõe-se a reflexão sobre a docência e sobre o modelo de docente que se compatibiliza com tal observável mundo novo.

Ocorre que a Revolução 4.0 muda a interação entre as pessoas, e a Ciência do Direito, descendente das ciências sociais, trata exatamente dessas interações. De tal modo, a própria existência do conhecimento jurídico carece de maiores aportes sobre essa realidade na qual ainda tateia assim como um empirista garimpando suas verdades.

O presente artigo, nessa linha, utilizando-se de pesquisa qualitativa de caráter descritivo e exploratório, realiza uma investigação doutrinária que surge da colocação de dois problemas fundamentais associados ao narrado contexto. O primeiro, sobre se ainda é necessário um professor para o ensino jurídico; o segundo, sendo afirmativa a primeira resposta, sobre qual deverá ser o seu perfil.

Em nossa hipótese de enfrentamento dos problemas colocados, uma premissa é relevante: a Revolução 4.0 mudou a forma como conhecemos, mas não o modo de conhecer. Com base nessa premissa, perfaz-se uma análise sob o seguinte plano de trabalho: primeiro, coloca-se mais claramente o problema, analisando o significado da Revolução 4.0 e o porquê de ela colocar em xeque a existência e o papel do professor; em sequência, reflete-se criticamente a partir de uma possível abordagem do problema, analisando a relação entre o processo de conhecimento e os novos meios à disposição dos professores; por fim,

3 Nesse ponto, saliente-se que o autor, ao defender a possibilidade de uma norma constitucional inconstitucional privilegia o debate em torno da hipótese em que esta norma constitucional emanou do poder constituinte originário, até em virtude da aplicação do direito alemão durante a Segunda Guerra Mundial.

4 CF, Art. 5º., LXVII: não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.

5 CADH, art. 7.7: ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

6 Por sua vez, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 11), também internalizado pelo Estado brasileiro (Decreto Legislativo n. 226/91 e Decreto Presidencial n. 592/92), dispõe que “ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual”

7 STF, RE 466.343, voto do rel. Min. Cezar Peluso, j. 3-12-2008, DJE 104 de 5-6-2009, Tema 60.

descortina-se, daquela reflexão crítica, a sugestão de que a imprescindibilidade do professor no ensino jurídico decorre de sua tarefa de educar para a cidadania.

Desse modo, procura-se contribuir para a conexão entre o cientista do direito e os novos tempos, estreitando assim o laço entre duas realidades ainda em descompasso: o ensino da Ciência do Direito e a tecnologia. A proposição, alerta-se, não é realizada como uma exaltação do novo ou do antigo. Ela apenas parte da percepção de um fato e de sua contingência para que, assim o fazendo, o professor possa, como referido, conhecendo os significados da Revolução, tornar-se seu sujeito ativo nessa revolução.

## **2 O PROFESSOR, A REVOLUÇÃO 4.0 E O PROCESSO DE CONHECIMENTO NO ENSINO JURÍDICO: A COLOCAÇÃO DE UM PROBLEMA**

A Ciência do Direito, em conjunto com outras ciências sociais aplicadas, trata das relações intersubjetivas em sociedade. Tem como material de trabalho, mais especialmente, a harmonização das liberdades individuais no convívio em sociedade. (VASCONCELOS, 2016). Entende-se, assim, que o direito – objeto dessa ciência – existe justamente para preservar certa unidade em multifacetados indivíduos. Ao editar normas, “normaliza” determinados comportamentos cuja observância orienta seus destinatários. Daí porque, usualmente, a regra surge quando há pelo menos mais de uma possibilidade de agir, cabendo ao direito indicar a melhor em determinada conjuntura (ARAUJO, 2016). Carnelutti (2005) afirma que o segredo do direito está no fato de que os homens não podem viver na desordem. Poder-se-ia resumir a guerra na desordem e a paz na ordem. Esta é, objetivamente, a função do direito: reger a sociedade para que não se viva no caos.

A ordem não impede, porém, a evolução, mesmo de caráter revolucionário. Com efeito, a história testemunhou momentos que, por disruptivos, podem ser adjetivados como revolucionários, dentre os quais, assim já catalogados: a 1ª Revolução Industrial (1780-1870), iniciada a partir do surgimento da máquina à vapor; a 2ª Revolução Industrial (1870 – 1970), caracterizada pelo uso da energia elétrica, combustíveis derivados do petróleo e o aço; e a 3ª Revolução Industrial (1970 até o advento da quarta revolução na qual a época de início é polêmica, porém estima-se início do século 21), ocasionada pelo avanço da eletrônica, sistemas computadorizados e pela robótica. (AMORIM, 2017).

Há uma 4ª Revolução Industrial em andamento e, pode-se dizer, também já catalogada. A chamada Revolução 4.0 é um período marcado por rápidos avanços industriais descentralizados, controlados pela tecnologia e autônomos concomitantemente, por sistemas “cyber-físicos” e pela “internet das coisas”. Une-se a tecnologia com os domínios físico, digital e biológico, com internet móvel onipresente mais em conta e disponível a todas as pessoas. Enquanto nas outras revoluções havia uma fonte tecnológica originária (como a máquina a vapor ou a eletricidade), nesse momento o que se observa é distinto, porquanto a tecnologia vê-se pulverizada em tudo e em todos.

Frente a sua contemporaneidade, é válido afirmar que, se o homem não estava pronto para reconhecer a totalidade das mudanças que a Revolução Industrial traria, pode-se imaginar que a história, agora, se repete. (FINKELSTEIN, 2011) Não obstante, esta revolução possui efeitos vastos e consequências já evidentes, desde a operacionalização de toda a vida política até à facilitação da vida social. Os números confirmam essas assertivas: até 2022, o número de usuários de computadores chegará a dois bilhões; 70% das pessoas consideram a internet indispensável e há cerca de 220 milhões de domínios na internet. (MOREIRA, 2012).

Daí porque já se pode usar a palavra “revolução”: não é possível retornar-se ao status

quo ante após esses fenômenos. Muito mais que uma “singela” transformação tecnológica, opera uma verdadeira mutação cultural nas entranhas sociais. Trata-se de uma ebulição marcada por dois elementos principais: a tecnologia e a velocidade. Um dos aspectos que mais identificam a Revolução 4.0 é, de fato, a sua capacidade de estabelecer a ligação entre máquinas, dispositivos, sistemas e pessoas, todos unidos a uma inteligência artificial que faz tudo acontecer (TSURU, 2018).

À vista dessa compleição “dinâmico-conflituosa-homeostática”, natural questionar-se o papel do docente, em particular do ensino jurídico, por ser um campo no qual a maioria foi formada em dogmática tradicional: grandes códigos, provas que exigiam transcrição da lei, domínio da doutrina e jurisprudência e, mais grave, tudo isso pensado para uma época em que não era exigido, tampouco necessário, que a norma fornecesse uma resposta imediata. (ROSA, 2004) Mudando a realidade, muda-se o paradigma e, assim, faz-se necessário repensar não apenas a estrutura curricular; reclama-se um novo olhar, com novos parâmetros temporais. (FORSTER; BITENCOURT; PREVIDELLI, 2018)

Se a Ciência do Direito, como anteriormente afirmado, trata de interação entre as pessoas, e a Revolução 4.0 muda a interação entre as pessoas, é cogente a conclusão de que a Revolução 4.0 muda a Ciência do Direito. Mais: diante da inviabilidade do estabelecimento de leis claras, coerentes e completas em um mundo de rápidas transformações, esse fenômeno revolucionário, marcado pela velocidade, coloca em xeque tanto o ensino tradicional positivista, como o próprio sistema legislativo que lhe dá sustentação.

Schwab (2016) aponta outro alerta preocupante: em um futuro previsível, os empregos de baixo risco em termos de automação serão aqueles que reclamam capacidades sociais e criativas; serão valorizadas as pessoas que tenham habilidades de decidir de forma rápida em momentos de incerteza e desenvolvimento de novas ideias. Porém, complementa o autor, mesmo essas habilidades podem não ser duradouras e aptas a fazer frente ao advento da geração automatizada de narrativas.

De fato, algoritmos sofisticados podem gerar quaisquer textos, no estilo solicitado e formatado a determinado público. Nesse sentido, foi realizado um teste pelo jornal The New York Times no qual foi constatado que, ao ler duas peças semelhantes, é impossível saber a diferença entre o texto escrito pela máquina e o do ser humano (THE NEW YORK TIMES, 2015). A tecnologia avança de forma tão veloz que Kristian Hammond, cofundador da Ciência da Narrativa, uma empresa especializada em geração automatizada de narrativas, prevê que, por meados da década de 2020, 90% das notícias poderão ser geradas por um algoritmo, a maior parte delas sem qualquer intervenção humana (exceto a criação do algoritmo).

Nesta transformação, em que o ser humano perde protagonismo, o dinheiro é virtual, as cirurgias e outras funções são realizadas por robôs, milhões de operações deixam de ser realizadas se um simples programa bancário não funciona por alguns minutos, há programas que escrevem textos como se humanos fossem, grandes quantidades de livros podem ser armazenadas em um único aparelho – razão pela qual várias livrarias estão em crise (ÉPOCA NEGÓCIOS, 2018) –, o consumo pela internet cresce cada vez mais (EMPRESAS E NEGÓCIOS, 2018) e, claro, os alunos podem consultar praticamente qualquer informação com poucos toques de dedos em um dispositivo eletrônico qualquer. Esse novo modo de absorver o mundo à volta mudou o ensino. Sintoma desses fenômenos, segundo a Associação Brasileira do Ensino a Distância (2017), os cursos à distância e os semipresenciais tiveram um significativo crescimento: foram contabilizados em 2017 um total de 7.773.828 milhões alunos; em 2009, por exemplo, eram 528.320 mil.

De tudo, resta inarredável que vivenciamos uma era sem precedentes, cuja característica mais marcante é o fato de o conhecimento estar à disposição de qualquer pessoa ligada, por qualquer dispositivo, à rede mundial de dispositivos (para usar termo mais abrangente que apenas “computadores”). E, frente a essa característica, colocam-se dois problemas fundamentais. O primeiro, sobre se ainda é necessário um professor para o ensino jurídico. O segundo, sendo afirmativa a primeira resposta, sobre qual deverá ser o seu perfil.

### **3 O PROFESSOR, A REVOLUÇÃO 4.0 E O PROCESSO DE CONHECIMENTO NO ENSINO JURÍDICO: UM MODO DE PENSAR SOBRE O PROBLEMA**

Na hipótese de enfrentamento do problema colocado, uma premissa é relevante: a Revolução 4.0 mudou a forma como conhecemos, mas não o modo de conhecer. Isso porque a criação do conhecimento segue configurando-se como um processo que se inicia no indivíduo e se estabelece nas interações sociais (CARVALHO et al, 2015), uma vez que a reflexão individual complementa-se na interação social, no movimento que ocorre da internalização à externalização. Em outras palavras: a inquietação inicia-se no indivíduo e, uma vez socializada, produz novos processos de pensamentos.

Esse movimento não muda com a tecnologia. Ao contrário, renova-se, uma vez que a integração, implementação e modificação de conhecimentos, habilidades e atitudes sobre o uso educacional da tecnologia para o planejamento de aulas exige uma produção colaborativa. (PINHO; LIMA, 2013) E, pode-se acrescentar, ela deve ocorrer em três níveis: (i) entre docentes; (ii) entre discentes; e (iii) entre docentes e discentes. O conhecimento potencial das novas tecnologias é uma tarefa vinculada à potencialização dessa produção colaborativa nesses três níveis, no âmbito dos quais deve aprimorar os meios aptos a alcançar objetivos pedagógicos novos ou mesmo preexistentes.

Frente à complexidade da Revolução 4.0, há duas perspectivas que podem ser ressaltadas. De um lado, os indivíduos poderão ter maior acesso à qualidade, rapidez e baixo custo do ensino. Por outro lado, não se pode descuidar de possíveis externalidades negativas da tecnologia, dentre as quais a minoração da necessidade de capital humano nos mais diferentes processos, implicando potencialmente em desempregos ou reconstrução de formas de trabalho. Desse modo, se o choque entre passado e futuro é iminente nos processos educacionais, “para que o ser humano possa usufruir dessas novas possibilidades, é preciso consenso de civilidade, proteção, solidariedade e equilíbrio entre todas as pessoas”. (SOARES, 2018, p. 30-31)

O ensino jurídico costumou ser protagonista de modificações sociais relevantes e na construção das citadas virtudes. Contudo, parece estar à reboque de outras disciplinas, inclusive das ciências sociais (ARAÚJO, 2018), quando se trata de utilizar os novos meios para essa habitual construção. Há certa falta de atenção aos fatos e à sua evolução, os quais forjam a própria Ciência Jurídica. Campos como a Administração, a Economia e a Psicologia, apenas para citar exemplos, já abandonaram o modo clássico da educação passiva para se valer das profundas metamorfoses operadas nas salas de aula cujo centro não é o professor, mas o conhecimento; e o conhecimento não é um dado, mas algo construído de modo participativo, colaborativo e transdisciplinar.

Dizer que o conhecimento pode ser construído não significa endossar o relativismo epistemológico. Aquilo que vale para a hermenêutica, vale para o ensino. Cabe ao intérprete-docente o domínio dos meios e a sua utilização reflexiva e finalística para a propositura de certa unidade nos processos cognitivos aptos a ser traduzidos em conhecimento. Nesse



sentido, falando de hermenêutica, a lição de Freitas (2004, p. 32) é esclarecedora:

Como objeto de cognição e de compreensão, o sistema jurídico mostra-se dialeticamente unitário, aperfeiçoando-se no intérprete, sendo ele – o intérprete positivador – quem, na multiplicidade cambiante e enigmática da vida, outorga, por assim dizer, unidade ao ordenamento epistemológica e ontologicamente considerado. É um sistema marcado por atividades teleológicas e de eleição crítica entre critérios.

Na revolução 4.0, um mundo no qual o acesso à informação é sobejo – aliás, onde o problema da informação não está em sua escassez, mas em seu excesso –, um docente prende-se à inutilidade caso seja um mero garantidor da informação. Sua excelência advirá, pois, não no acesso, mas na qualidade e na reflexão dessa informação já disponível. Ora, se os alunos podem acessar qualquer conhecimento de um mero aparelho de celular, a educação e a função do professor são ressignificadas, até mesmo porque parte do conhecimento aprendido poderá ser obsoleto no futuro. O docente mais do que propagar informação, assim, deve motivar, mostrando aos alunos o significado e o sentido prático de cada aprendizagem e distinguindo o conhecimento útil do “lixo eletrônico”.

Trata-se, aqui, de empreender a si e aos que o circundam de uma liberdade substantiva nos termos expostos em Sen (2017, p. 16-26): busca-se, nas iguais oportunidades, um ponto em comum em que cada sujeito ativo (agente) possa, dispondo dos meios, determinar sua trajetória. Daí a relevância de aprendermos a visão desde o olhar alheio como um ato típico de exercício da democracia, como salienta Nussbaum (2015, p. 7):

Quando vivemos em sociedade, se não aprendemos a enxergar tanto o eu como o outro dessa forma, imaginando em ambos capacidades inatas de pensar e de sentir, a democracia está fadada ao fracasso, porque ela se baseia no respeito e na consideração, e estes, por sua vez, se baseia, na capacidade de perceber os outros seres humanos, não como simples objetivo.

A autora segue refletindo sobre a capacidade empática, a qual, segundo ela, é própria do lúdico e, no caso do ensino, relaciona-se à importância do ensinar pelo prazer, reforçando laços emocionais e criativos da personalidade por meio de os jogos, poesia e ajuda mútua. Quer-se não somente a criação de juristas (alunos) técnicos, mas capazes de desenvolver a alteridade. (NUSSBAUM, 2015)

Por isso, é válida a advertência de Bittar (2001), ao dizer que a universidade, bem como todo o ensino jurídico, deve representar um lugar em que a efervescência de ideias é acolhida e produz eco. Gerar reflexões e produzir ideias tomam o lugar antes predominantemente informativo da vocação docente. Esse ambiente intersemiótico – ou seja, de cruzamento entre ideias e soluções – não se esgota meramente no espectro didático da relação aluno/professor, mas existe na citada externalidade, quando as ideias se entrecruzam, multiplicam, antagonizam e, enfim, se complementam dentro de uma mentalidade dialógica. A universidade, nesse sentido, provê uma (infra)estrutura – com instrumentos arquitetônicos, equipamentos de eletrônica, áreas de lazer, esportes, pesquisa, estudo e integração – de facilitação para o fomento da diversidade, possibilitando uma formação mais plena dos estudantes, o que, por via de consequência, contribui para a formação de uma cidadania sólida. Segue o autor, dizendo

[...] que sua combatividade se volte contra as ilegalidades, o abuso de poder, as práticas de corrupção, a manipulação e a fraude, as práticas



mercadológicas aviltantes do sentido e da nobreza do Direito. A sociedade quer ver, e precisa ver, na figura do bacharel em Direito um humanista completo, um representante da ética institucional, um legítimo guerreiro das causas públicas e sociais, enfim, um insistente batalhador da causa humana (BITTAR, 2001, p.71;75-76)

E, no passo seguinte, vale o complemento de Souza (2016, p. 90), lembrando que trabalhar com a tecnologia é jogar o conhecimento do passado nos ventos da expectativa de um futuro superior:

[..] desde cedo somos influenciados a pensar de forma linear, mas as revoluções tecnológicas de hoje demandam uma nova ótica, pois evoluem em padrão diverso: o exponencial. A sociedade termocientífica em que vivemos exige uma perspectiva orientada para o futuro. A capacidade de se projetar no amanhã – antecipando, realizando planos e organizando possibilidades vindouras – representa uma das mais incríveis capacidades individuais.

A essencialidade da linguagem, por fim, também não se perde, ainda que a linguagem mude. Passa ela a ser multimodal, englobando som, imagem, textos verbais e animação. Envolve uma articulação verbal e não verbal de construção de sentidos plurais na manifestação dos mais diversos gêneros que se integram como recursos semióticos diferentes e complementares. Nesse contexto, ser um leitor ou produtor de textos proficiente implica dominar estratégias de leitura e de escrita nas mais diversas plataformas. O mesmo raciocínio cabe para o desenvolvimento da competência argumentativa, que é um saber fundamental na formação do profissional do Direito, e que pode ser realizado de modo transdisciplinar e complementar por profissionais do direito e da linguística, por exemplo, em profícuo mutualismo. (PALMA; KOO, 2014).

Não se defende, veja-se, a existência de uma fórmula para esse novo ensino do direito. Fórmula, se há, é aquela – e tão somente aquela – de conceder necessária abertura ao novo. Deixar que as técnicas realizem em cada professor a sua particular adaptação.

Nesse cenário de riscos e incertezas, em que o próprio futuro é questionado, sabe-se que o século XXI reclama um novo tipo de educador. Com certo alento, pode-se dizer que, embora se repense o modelo de educador, ainda não está questionada sua imprescindibilidade. Na verdade, uma apresentação primorosa de um professor amante da sua disciplina tem, e sempre terá, o seu valor.

#### **4 DA FORMAÇÃO DO JURISTA DO PASSADO À FORMAÇÃO DO CIDADÃO DO FUTURO**

Pensar o ensino jurídico sob a perspectiva da revolução tecnológica obriga a refletir criticamente o tipo de docência que se fazia no passado – a fim de não se tornar escravo dela – e o tipo de docência que se quer para o futuro – a fim de que o professor possa, como referido, deixar de ser objeto para ser sujeito ativo nessa revolução.

Dessa reflexão crítica, muitas outras se podem extrair. Seguramente, uma delas está na necessidade de um ensino jurídico que transcenda o ensino jurídico, sendo, de um lado, mais que ensino, e, de outro, mais que jurídico.

Ambos os trajetos reflexivos (o primeiro que coloca o ensino jurídico na linha do tempo e o segundo que o coloca em certa transcendência espacial) merecem algumas considerações, feitas nas linhas que seguem.

#### **4.1 O ensino jurídico no tempo: evitando sermos escravos do passado para aprendermos a ser senhores do futuro**

Horácio Wanderlei Rodrigues, em texto que produz um balanço geral do Ensino Jurídico no Brasil, começa por fazer um interessante breve relato histórico do mesmo. Após citar a criação dos dois primeiros cursos jurídicos do Brasil, respectivamente em São Paulo e Olinda, o autor cita cinco características do ensino jurídico no Império, que aqui resumimos: 1. controle pelo governo central; 2. predominância do jusnaturalismo até 1870, quando da inserção do positivismo; 3. limitação às aulas-conferência; 4. local de comunicação das elites econômicas; 5. não acompanhamento das mudanças sociais. (RODRIGUES, 1995, p. 10)

O interessante, todavia, é que, com pequenas alterações introduzidas no ensino da República Velha e posteriormente a 1930, um traço do ensino jurídico foi característico desde os seus primórdios: a desvinculação entre a educação e a realidade social. Fator atribuído mormente à condição econômica das pessoas que tinham condições de ingressar nas Faculdades de Direito, o ambiente de reunião de jovens estudantes pertencentes a uma elite foi profícuo em criar uma estrutura das Faculdades de Direito do país sem quaisquer preocupações de cunho social, onde as discussões levadas a cabo nas bancadas jurídicas podiam simplesmente ser importadas da, desde aquela época, diferente realidade europeia, de onde a cultura jurídica local era embebida.

Embora o problema social que fazia incluir apenas as elites nas Faculdades de Direito tenha diminuído bastante, seja em razão do acesso via concurso às universidades públicas, seja em função de bolsas de educação e do proliferamento das universidades privadas, a mentalidade daqueles tempos parece, ainda e muitas vezes, impregnada no docente jurídico de hoje que, tendo aprendido o Direito como a simplicidade de uma reprodução subsuntiva do texto legal – feito no passado – ao caso concreto – ocorrido no presente –, muitas vezes acaba passando esta imagem para o seu aluno, que, por sua vez, se um dia vier a ser docente, tenderá a passar novamente esta ideia.

O entendimento do Direito dessa maneira olvida, no mais das vezes, o espaço criador do Direito, o qual, enquanto texto normativo, é sempre descontextualizado. Há uma tentativa sublime, porém sempre frustrada do legislador em racionalizar o contingente. O contingente, todavia, em face da sua riqueza e complexidade, foge do legislador e se torna sempre um corpo intocável pelas letras da lei. A fim de não se tornar um escravo do passado, cumpre ao ensino jurídico o papel de transmitir o direito como um constante refutador do passado naquilo em que as realidades não mais se adequarem a ele.

Citando Ascarelli, Álvaro Melo Filho (1997, p.107) assenta: “o mundo pede aos juristas ideias novas mais que sutis interpretações”. A frase, com o aporte da nova teoria do direito constitucional, mostra-se de uma verdade dificilmente derogável nos próximos tempos, tamanha a validade de seu pressuposto filosófico.

Trata-se, aqui, do papel do intérprete como um agente efetivo no processo de reconhecimento de direitos humanos e fundamentais. Como importante instrumental deste papel, o reconhecimento de princípios como elemento constitutivo e ultima ratio do ordenamento jurídico. Os princípios deixam de ser, nesse contexto, apenas regras gerais que preenchem lacunas do ordenamento, mas ganham conteúdo normativo e aptidão para desenvolver e especificar preceitos, com, pelo menos, as seguintes características: alto grau de generalidade; alto grau de indeterminação, concretização por via interpretativa; conteúdo programático; posição elevada na hierarquia das fontes de direito; função importante e fundamental no sistema

jurídico ou político unitariamente considerado; dirigidos aos órgãos de aplicação.

O reconhecimento e a introdução em nosso sistema desta doutrina dos direitos permitiu que afeiçoássemos dois tipos de normas cujos desafios antigamente nos eram de difícil solução: 1. normas menos avançadas que a realidade, em relação às quais mecanismos de interpretação foram criados para, ou expurgá-las, quando padecem de vício insanável (declaração de inconstitucionalidade) ou, quando possível, adequá-las à realidade (interpretação conforme); e 2. normas mais avançadas que a realidade, cujos exemplos, por excelência, são algumas disposições constitucionais, em relação às quais criou-se, por exemplo, a ideia de eficácia mínima a fim de proteger o conteúdo rígido de cada previsão textual.

Nesse novo contexto, passa a ser também função do ensino jurídico ser agente instrutor dos contemporâneos mecanismos e ser agente transformador das mentalidades na persecução dos objetivos sociais. Por isso, Rievera Lugo, após atentar para os perigos dos efeitos neoliberalistas nas universidades, fazendo com que

[...] las Facultades de Derecho se les ha querido reducir a la función de entrenar a los técnicos jurídicos necesarios para el buen funcionamiento de un sistema que, ya lo advirtió el filósofo alemán Herbert Marcuse, no hace sino propender a la unidimensionalidad totalitaria de la vida (LUGO, 2003, p. 239),

bem adverte, falando a partir da realidade da Faculdade de Direito Eugenio Maria de Hostos:

Debemos, pues, encaminarnos hacia una nueva pedagogía de la esperanza, como le llamó Paulo Freire, basada en una voluntad de poder liberador. Hostos siempre insistió que cualquier proyecto liberador en lo social y político requería de la construcción de un ejército de pedagogos que se atrevan a educar para la superación de las estructuras de poder dominantes y comprometidas con la formación de un nuevo ciudadano, de un nuevo ser humano. (LUGO, 2003, p. 249)

Esses objetivos, aliás, estão bem resumidos no preâmbulo da Constituição Federal e que deveriam constar, da mesma forma que os médicos fazem, simbolicamente, com o juramento de Hipócrates, como juramento do professor do direito, quais sejam: *“assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social [...]”*.

## 4.2 O ensino jurídico e sua necessária transcendência

Reconhecer que o ensino jurídico deve ser mais que ensino é reconhecer que o ensino jurídico deve fazer parte de um novo paradigma educacional que se insere no modelo conhecido como construtivismo. Este modelo fundamentalmente propõe um afastamento da segmentação estanque entre professor e aluno segundo a qual aquele deveria ser sempre o portador de verdades apriorísticas as quais este deveria aceitar mecânica e quase messianicamente em virtude de uma hierarquia do saber predeterminada.

A dimensão construtivista, como bem refere Maria Cândida Moraes (2004, p. 2),

[...] reconhece o aprendiz/aprendente como um sistema vivo, autopoietico, autoconstrutor e autocriador de sua realidade, integrado a um contexto

histórico, social e cultural, onde ele atua mediante reflexões e diálogos nutritivos, fundados nas ações ecologizadas que desenvolve em suas experiências vividas, através das quais ele constrói o conhecimento e faz emergir o seu mundo. Um mundo onde nada é predefinido, predeterminado independente do ser, mas gerado em sua corporeidade, em seu processo de viver/conviver.

O ensino será mais que ensino quando deslocar a posição fundacionista do saber em que o professor costuma hodiernamente se encontrar e a realocar num lugar não identificável da relação professor-aluno, onde o compromisso entre um e outro não é mais o respeito à hierarquia do professor, mas o respeito mútuo à pessoa humana de um e de outro e à honestidade intelectual dos argumentos dialogantes. Ao fim, não há vencedor-vencido (amo-escravo), posto que a dialética desta relação, porque dialética em seu sentido mais profundo, busca o aproveitamento da tese e da antítese numa síntese que promova superação (eis a *aufheben* hegeliana), aqui bem traduzível por aprendizado.

É, enfim, acreditar na verdade de que a relação professor-aluno é biconstitutiva, no sentido de que, como há muito asseverava nosso Paulo Freire (2002, p. 7), em seu célebre *Pedagogia da Autonomia*, “não há docência sem discência”. Professor só recebe tal desígnio quando lhe apareça à frente o aluno disposto ao aprendizado. Do contrário será, no máximo, uma relação de obediência e correspondência anacrônica entre aquele que fala buscando ensinar e aquele que ouve não querendo aprender.

Tal preceito interliga-se, assim, à ideia de responsabilidade social da educação com a qual Délcia Enricone (2002, p. 49) sedimenta a resposta para a pergunta “por que inovar?” na ação educativa, que pode ser resumida na seguinte lição:

A qualidade do ensino depende da autonomia construída, da liderança conquistada e da responsabilidade assumida pelos participantes. Quando se fala em responsabilidade social, fala-se também da responsabilidade na tomada de decisões. A responsabilidade pelas decisões que afetam a vida de outras pessoas depende de escolhas, de reflexões. Ser responsável significa ser coerente com princípios.

O ensino jurídico, para ser ensino, deverá ser mais que ensino. Isto pode significar, em resumo, que ele deve obedecer, ao menos, aos quatro pilares da educação ensinados por Jacques Delors (1998): aprender a conhecer, aprender a fazer, aprender a viver com os outros e aprender a ser. Um método e quatro pilares de um preceito que acreditamos, talvez, um dos de maior difícil consecução, se não o de maior. Não em face da dificuldade, per se, de sua implementação, mas em face de quão arraigado o ensino jurídico é em seu formato tradicional.

Atribui-se a Rui Barbosa frase cujo teor, não a literalidade, diz: “Aquele que sabe tudo apenas de Direito não sabe nada de Direito.” Sendo este ou não mais um dos brilhantes insights da autoria do gênio de Rui Barbosa, que em muito lembra a sentença de Bartolo de Sassoferrato segundo a qual “*i meri leggesti sono puri asini*” (BECKER, 1999, p. 51), fato é que o estudo contemporâneo do Direito não mais admite a sua compreensão dissociada de outras áreas do conhecimento que com ele se comunicam, em maior ou menor intensidade.

Neste prisma, o Direito, tanto em seu âmbito de aplicação, como – o que para nós aqui mais interessa – sob o ângulo de seu ensino, ganha valorosa contribuição com aquilo que se pode chamar, na esteira das boas lições de introdução, de *zetética* do Direito, vale dizer, em palavras metafóricas e sem maior preocupação técnica, do diálogo do Direito com as demais ciências da vida.

É, aliás, incompreensível – e configurador de um retrocesso que não pode prosperar – a tentativa de vislumbrar um Direito enclausurado, alheio a diversos avanços científicos e doutrinários que ocorrem em outros meios acadêmicos. Dentre estas áreas de conhecimento que efetuam crescente contribuição às letras jurídicas, estão, apenas para citar os exemplos, a Filosofia (cujo casamento com o Direito vem de longa data e que lhe é necessário para todo e qualquer trabalho de fundamentação mais aprofundado) e a Psicologia (não mais tímida na seara jurídica, que envolve desde estudos recentes do comportamento humano sobre patologias e de juízos acerca da psique dos operadores do Direito até pesquisas sobre memória, e suas falácias, e testemunho).

No entanto, a despeito do que se tem escrito sobre essas conjunções acadêmicas, pouco se tem escrito problematizando-as com as questões relativas ao ensino jurídico. Considerando que o ensino jurídico é o lugar primeiro do desenvolvimento destas ideias, é seu objeto a atenção a estas questões, principalmente a fim de instruir o pensamento interdisciplinar no Direito, com o cuidado ao transpor os institutos de outras áreas, sabendo se é possível a importação e comparando suas semelhanças e dessemelhanças de maneira a não incorrer em conclusões precipitadas. Como Bertrand Russel (1981, p. 8) adverte no início de seu ABC da Relatividade, apenas para citar o exemplo da teoria que possivelmente é a mais sacrificada por incompreensões, muito já se disse sobre o princípio da relatividade de Einstein relacionando-o com a subjetividade kantiana, enquanto esta não era a intenção do famoso físico. Interdisciplinaridade exige responsabilidade e exige pensar que as diversas áreas do pensamento devem ter sim uma autonomia, ainda que dogmática. Para ficar com o exemplo suscitado, quer-se dizer, simplesmente, que Direito não é Física, a despeito das correspondências que ambos podem ter.

O ensino jurídico, para ser jurídico, deverá ser mais que jurídico significa a necessidade do reconhecimento do discurso interdisciplinar como fenômeno integrante de um último momento da racionalidade jurídica, momento este em que o operador do Direito deve reconhecer-se inapto em dar as respostas monologicamente e requerendo, ele mesmo, a abertura do seu discurso. Mas significa, ao momento deste reconhecimento, também a necessidade de questionarmos a forma de pensar esta interdisciplinaridade, se há limites para seu uso e, em caso afirmativo, quais são.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Vivenciamos uma era marcada irrefreavelmente pela tecnologia e pela velocidade. A tecnologia que permite que fontes do conhecimento estejam à disposição de qualquer pessoa ligada, por qualquer dispositivo, à rede mundial de dispositivos, e a velocidade da troca de informações. Elas, mais do que uma transformação nos meios que nos conectam, modificam culturalmente as pessoas, afetando nossas formas de interação.

Uma vez que o Direito tem, como material de trabalho, exatamente a interação das pessoas, em seus processos de adaptação e corrigenda (Pontes de Miranda), a Revolução 4.0 muda a Ciência do Direito. Ela escancara a incompatibilidade de uma operação positivista clássica frente ao anacronismo dos mais diversos textos – notadamente os textos normativos – frente às rápidas transformações. E, pela mesma razão, incompatibiliza-se o modelo de ensino tradicional positivista, no qual o professor, erigido a um papel centralizador de conhecimento, transfere aos discentes informações encontradas na lei, na doutrina e na jurisprudência.

Nesse contexto, o presente artigo colocou dois problemas fundamentais, os quais



tratavam da necessidade de um professor e de seu papel nos tempos da Revolução 4.0.

Enfrentados esses problemas sob a premissa de que a tecnologia não muda o modo como conhecemos (uma vez que todo ato de conhecer surge de uma inquietação iniciada no indivíduo e externalizada com o meio, a partir de interações), mas sim a forma dessas interações (cada vez mais essas interações constroem-se de modo participativo, colaborativo e transdisciplinar), encontra-se, como produto desta reflexão que o professor nunca se fez tão necessário como nos dias de hoje, desde que se entenda a mudança de seu papel.

Menos um garantidor da informação, a excelência docente advém da qualidade na reflexão desse universo de informações disponíveis, de modo a fazer com que aqueles que estão no seu entorno aprendam a empreender a si e aos que o circundam de liberdades substantivas. Toda educação jurídica, hoje, é uma educação para a alteridade, exercida a partir do fomento à diversidade, de modo a possibilitar uma formação plena e contribuir para o exercício de uma cidadania sólida.

A tecnologia provê uma infraestrutura capaz de colocar professores e alunos em um mesmo compasso e, assim o fazendo, permitir que o Direito exerça suas funções conservadora e progressista. Conserva do passado as virtudes pelas quais deve zelar e refuta do passado aquilo que as novas realidades exijam adequação. Com esse exercício, o ensino jurídico faz-se o almejado ensino que ensina a conhecer, a fazer, a viver com os outros e a ser (Delors). A sermos agentes contemporâneos transformadores das mentalidades em favor da persecução de objetivos constitucionais.

Ao final de uma reflexão sobre o ensino jurídico e a tecnologia, não deixa de ser curioso que se acaba por compreender que parte da missão da docência no direito – da qual decorre sua verdadeira imanência desde o próprio surgimento do conhecimento universitário –, está no fato de que o ensino jurídico é mais que ensino e mais que jurídico.

## REFERÊNCIAS

AMORIM, Eduardo. A “indústria 4.0” e a sustentabilidade do modelo de financiamento do Regime Geral da Segurança Social. *Cadernos de Direito Actual*, n.5, p.243-254, Vol. Extraordinario. Universidade do Porto, Portugal, 2017.

ARAÚJO, Guilherme Dourado Aragão Sá. Perspectivas do Direito Tributário na 4<sup>o</sup> Revolução Industrial: Análise econômica da destruição criativa da economia disruptiva. *EALR*, v.9, n.1, p.134-153, Jan-Abr, Quidaxá, CE, 2018.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EDUCAÇÃO A DISTÂNCIA. *Censo EAD.Br*. São Paulo: Intersaberes. Disponível em: [http://abed.org.br/arquivos/CENSO\\_EAD\\_BR\\_2018\\_impreso.pdf](http://abed.org.br/arquivos/CENSO_EAD_BR_2018_impreso.pdf). Acesso em: 11 jan. 2019.

BECKER, Alfredo Augusto. *Carnaval Tributário*. 2. ed. São Paulo: Lejus, 1999.

BITTAR, Eduardo C. B. *Direito e Ensino Jurídico, legislação educacional*. São Paulo: Ed. Atlas, 2001.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CARNELUTTI, Francesco. *Como nasce o Direito*. Clássicos do Direito. 4. ed. Belo Horizonte: Livraria Líder e Editora Ltda, 2005.

CARVALHO, Adriana dos Santos Caparróz et al. The Creation of Knowledge for the use ff Technologies in the Context of Teaching Performance. *Business and Management Review*. SPECIAL ISSUE, VII 4, n.12, Taiwan, p.398-434, 2015.



COSTA, Bárbara; ROCHA, Leonel Severo. *Educação Jurídica e a formação de profissionais do futuro*. Curitiba: Appris, 2018.

DELORS, Jacques. *Educação: um tesouro a descobrir*. Relatório para a UNESCO da Comissão Internacional sobre Educação para o século XXI. São Paulo: Cortez, 1998.

EMPRESAS E NEGÓCIOS. Na Contramação da crise, compras pela internet crescem em 2017. *Agência Sebrae Notícias*, São Paulo, 22 de março de 2018. Disponível em: <<https://revistapegn.globo.com/Negocios/noticia/2018/03/na-contramao-da-cri-se-compras-pela-internet-crescem-em-2017.html>>. Acesso em: 14 jan. 2019

ENRICONE, Délcia. O Professor e as Inovações. In: ENRICONE, Délcia (Org.). *Ser Professor*. 3.ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002.

ÉPOCA NEGÓCIOS. Numa crise em efeito cascata no mercado de livros, editoras encolhem. *Agência o Globo*, São Paulo, 17 de junho de 2018. Disponível em: <<https://epocanegocios.globo.com/Mercado/noticia/2018/06/numa-cri-se-em-efeito-cascata-no-mercado-de-livros-editoras-encolhem.html>>. Acesso em: 14 jan. 2019.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FINKELSTEIN, Maria Eugênia. *Direito do Comércio Eletrônico*. 2. ed. Elsevier: Rio de Janeiro, 2011.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia da Autonomia: saberes necessários à prática educativa*. 24. ed. São Paulo: Paz e terra, 2002.

FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GUASTINI, Riccardo. *Das Fontes às Normas*. Traduzido por Edson Bini. São Paulo: Quatier Latin, 2005.

LUGO, Rievera. Meditaciones Insurgentes sobre la Política y el Poder en la Educación Jurídica. *Revista Crítica Jurídica*. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho. Curitiba, n.22, 2003.

MELO FILHO, Álvaro. Ensino Jurídico e a Nova LDB. *Ensino Jurídico*. OAB – 170 anos de cursos jurídicos no Brasil. Brasília: OAB Conselho Federal, 1997.

MORAES, Maria Cândida. *Pensamento Eco-Sistêmico*. Petrópolis: Vozes, 2004.

MOREIRA, Fábio Lucas. Da "sociedade informática" de Adan Schaff ao estabelecimento dos fundamentos e princípios do marco civil da internet (PL 2.126/2011). *O Direito na Era Digital*. MARQUES, Jader; SILVA, Maurício Faria (Orgs.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

NUSSBAUM, Martha. *Sem Fins Lucrativos, porque a democracia precisa das humanidades*. São Paulo: Martins Fonte, 2015.

PALMA, Dieli Vesaro; KOO, Lawrence Chung. Formação Inicial de Profissionais de Direito no Curso de Graduação na Sociedade de Conhecimento e da Tecnologia no Século XXI: desafios a serem enfrentados. In: SANTOS, Ivanaldo; POZZOLI, Lafayette (Orgs.). *Direito e Educação, a fraternidade em ação*. São Paulo: Letras Jurídicas, p.183-206, 2014.

PINHO, Isis da Costa; LIMA, Marília dos Santos. Teacher's Digital Fluency: a New Competence for Foreign Language Teaching. *RBLA*, Belo Horizonte, v.13, n.3, p.711-739, 2013.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Novo Currículo Mínimo dos Cursos Jurídicos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

ROSA, Alexandre Morais da. Relacionamentos virtuais, direito de família e paradigma do desamor. In: ROVER, Aires José (Org.). *Direito e Informática*. São Paulo: Manole, p.383-412, 2004.

RUSSEL, Bertrand. *ABC da Relatividade*. 5. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1981.

SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. Edipro edições profissionais Ltda: São Paulo, 2016.

SOARES, Matias Gonsales. *A quarta revolução industrial e seus possíveis efeitos no direito, economia e política*. Lisboa: Universidade Autônoma de Lisboa, p.1-33, 2018.

SOUZA, Bernardo de Azevedo. *Direito Tecnologia e Práticas Punitivas*. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2016.

THE NEW YORK TIMES. Did a Human or a Computer Write This? *The New York Times*, New York, 07 de março de 2015. Sunday Review. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/interactive/2015/03/08/opinion/sunday/algorithm-human-quiz.html>>.

TSURU, Agência Digital. *Indústria 4.0: a Quarta Revolução Industrial já é uma realidade?* Blog da Agência Tsuru. 30 de maio de 2018. Disponível em: <<https://www.agenciatsuru.com.br/blog/industria-4-0-a-quarta-revolucao-industrial/>>. Acesso em: 14 nov. 2018.

---

**Recebido em:** 27/06/2019

**Aprovado em:** 21/10/2019

**Como citar este artigo (ABNT):**

HAEBERLIN, Martin Perius; PREVIDELLI, José Eduardo Aidikaitis; BITENCOURT, Daniella. Ensino jurídico e tecnologia: uma reflexão sobre o papel do professor da ciência do direito na era da revolução 4.0. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.38, p.41-54, maio/ago. 2019. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2019/10/DIR38-03.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

# IMPOSTO SOBRE AS GRANDES FORTUNAS: SUA RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICA À EFETIVAÇÃO DA JUSTIÇA FISCAL E DIMINUIÇÃO DAS DESIGUALDADES NO BRASIL

## WEALTH TAX: ITS SOCIAL AND LEGAL RELEVANCE ON THE EFFECTIVENESS OF TAX JUSTICE AND REDUCING INEQUALITIES IN BRAZIL

Marciano Buffon<sup>1</sup>  
Priscila Anselmini<sup>2</sup>

**RESUMO:** Diante da concentração de riqueza privada e das desigualdades sociais e econômicas vivenciadas pela população brasileira, o presente artigo se propõe analisar a viabilidade da instituição do Imposto sobre as Grandes Fortunas no Brasil, a fim de buscar alternativas, via tributação, eficazes à redução dessas iniquidades sociais. Assim, no primeiro momento, analisar-se-á os impostos que compõem a estrutura do Sistema Tributário brasileiro, e, após, verificar-se-á a regulamentação do Imposto sobre as Grandes Fortunas no Brasil, mediante a pesquisa sobre o conceito de grandes fortunas, características e análise de suas vantagens e desvantagens. Para tanto, utilizou-se, como recurso técnico, a Pesquisa Bibliográfica, por meio de materiais já publicados, como livros e artigos, bem como a Pesquisa Documental, por meio da coleta de dados contidos em documentos oficiais, reportagens de jornais, entre outros. Por tudo isso, percebe-se que a tributação pode ser um instrumento de redução da concentração de riqueza e desigualdade de renda, porém, para alcançar tais objetivos, é necessária uma tributação mais significativa sobre o patrimônio através da regulamentação do Imposto sobre as Grandes Fortunas.

**Palavras-chave:** imposto sobre as grandes fortunas; iniquidades sociais; sistema tributário nacional; tributação sobre o patrimônio.

**ABSTRACT:** Given the concentration of private wealth and the social and economic inequalities experienced by the Brazilian population, this paper proposes to analyze the feasibility of Wealth Tax in Brazil, in order to seek effective alternatives through taxation to reduce these inequities. Social Thus, at the first moment, the taxes that make up the structure of the Brazilian Tax System will be analyzed, and afterwards, the regulation of the Wealth Tax in Brazil will be verified through the research on the concept of large corporations. fortunes, characteristics and analysis of their advantages and disadvantages. To this end, the bibliographic research was used as a technical resource, through published materials, such as books and articles, as well as documentary research, through the collection of data contained in official documents, newspaper reports, among others. For all these reasons, it is clear that taxation can be a tool for reducing wealth concentration and income inequality, but to achieve these goals, a more significant taxation of wealth is required through the regulation of the Wealth Tax.

**Keywords:** national tax system; taxation on equity; wealth tax; social inequities.

1 Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado/Doutorado) e da graduação na UNISINOS. Advogado.

2 Bolsista CAPES/PROEX do Curso de Mestrado em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Especialista em Direito Público pela Escola Superior de Magistratura Federal (ESMAFE/RS). Advogada.

## 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Vive-se uma realidade na qual um dos elementos mais marcantes da sociedade reside na desigualdade social e econômica. Evidentemente, não se trata de algo recente, mas sim consequência de um processo histórico que vem sendo construído há muito tempo, sem que no presente sejam vislumbradas alternativas que possam ser, de fato, implementadas com vistas a romper com este enraizado quadro de iniquidades.

Um dos elementos que, tradicionalmente, é entendido como tendencialmente apto a minimizar a desigualdade de renda e patrimônio é a tributação, isto é, o modo de tributar de um país revela se a opção política é voltada à redução das desigualdades inerentes ao modo de produção capitalista, ou se os tributos servem apenas para prover os recursos necessários para manter a coisa pública, sem muitos ou quaisquer intentos redistributivos.

No Brasil, a maior parte da tributação incide sobre os bens de consumo e serviço, arrecadando, segundo os dados da Recita federal de 2017, em torno de 48.44%. Em contrapartida, a arrecadação sobre os valores provenientes das folhas dos salários se concentrou em apenas 26.12%, a renda em 19.22% e 4,58% sobre a propriedade, o que evidencia a injustiça fiscal perante a população e o seu caráter regressivo, visto que a grande parte da arrecadação incide diretamente sobre a população com menor poder aquisitivo, agravando ainda mais as desigualdades e não cumprindo o papel redistributivo da tributação.

Em vista disso, pergunta-se: a atual composição da carga tributária coopera para a redução das desigualdades e concentração de riqueza? Caso não reduza, a tributação sobre o patrimônio, através da regulamentação do Imposto sobre as Grandes Fortunas, poderia contribuir para reverter essa situação?

Nesta perspectiva, o artigo se propõe, no primeiro capítulo, analisar a contemporânea estrutura do Sistema Nacional Tributário fiscal. Para tanto, examina-se os tributos existentes no sistema tributário e a distribuição da carga tributária, objetivando demonstrar o prejuízo desse modelo tributário para os contribuintes de menor poder aquisitivo, uma vez que o Estado brasileiro é financiado pelas classes mais pobres via tributação, o que reflete na crescente desigualdade.

Em seguida, no segundo capítulo, o artigo verificará os aliados na empreitada voltada à minimização das elásticas desigualdades sociais e econômicas, via tributação. Neste momento, abordar-se-á a tributação sobre o patrimônio e a regulamentação do Imposto sobre as Grandes Fortunas, visando equilibrar a distribuição do ônus fiscal aos contribuintes, conforme a sua capacidade econômica, concretizando a justiça fiscal e os objetivos do Estado Democrático de Direito.

Portanto, o objetivo geral deste trabalho, então, é explorar o Imposto sobre as Grandes Fortunas e sua regulamentação no Sistema Tributário Nacional, a fim de buscar alternativas, via tributação, eficazes para a redução da concentração de riqueza privada e das desigualdades sociais e econômicas.

O presente trabalho tem como objetivos específicos:

- a) Analisar a base tributária brasileira e como isso reflete na estrutura social do país brasileiro;
- b) Explorar a Tributação sobre o patrimônio, a propriedade e o capital brasileiro;
- c) Verificar a viabilidade constitucional, processual e política do “Imposto sobre as Grandes Fortunas”.

Para elaboração do presente artigo houve a necessidade de uma adoção de métodos de abordagem e técnicas de pesquisa, que podem ser classificadas quanto a natureza

da pesquisa, a abordagem do problema, a realização dos objetivos e quanto aos procedimentos técnicos.

Neste viés, o artigo, quanto a sua natureza, pode ser classificado em Pesquisa Aplicada, uma vez que busca gerar conhecimentos para uma aplicação prática dirigida a solucionar problemas específicos. Assim, o artigo analisará a aplicação do Imposto sobre as Grandes Fortunas no Brasil, a fim de contribuir para a redução da desigualdade brasileira.

No que tange à realização dos objetivos, pode-se classificar como Pesquisa Exploratória, que visa proporcionar uma maior proximidade com o problema, objetivando torná-lo explícito. Dessa forma, o presente artigo objetiva expor o problema da falta de regulamentação do Imposto sobre as Grandes Fortunas e como isso reflete na distribuição da carga tributária brasileira perante a sua população.

Referente aos procedimentos técnicos, esse artigo utilizará a Pesquisa Bibliográfica, através de materiais já publicados, como livros e artigos, bem como a Pesquisa Documental, por meio da coleta de dados contidos em documentos oficiais, reportagens de jornais, entre outros.

A partir disso, a presente pesquisa será ancorada no método de abordagem do problema qualitativa, pois não visa uma grande quantidade de dados e sim a qualidade deles. Tecnicamente se valerá de coleta de alguns dados, que tem sua representatividade quantitativa, mas o foco qualitativo sobressaindo-se, havendo uma interpretação dos fenômenos e a atribuição de significados e, para isso, é necessário as seguintes etapas: 1) revisão bibliográfica sobre os conceitos básicos acerca do assunto, como a composição do sistema tributário brasileiro e o estudo dos impostos previstos na Constituição Federal; 2) coleta de dados, através dos índices de desigualdade, o valor arrecadado com impostos no Brasil e a o percentual relativo à distribuição do ônus fiscal; 3) interpretação dos fenômenos, por meio da análise dos projetos para a regulamentação do Imposto sobre as Grandes Fortunas; e 4) conclusões.

Ao se deparar com a problemática envolvendo a crescente desigualdade e concentração de patrimônio no Brasil, percebe-se como isso reflete na vida social e econômica da população. Por isso, justifica-se esta pesquisa sobre a adoção de alterações na tributação sobre o patrimônio, com a regulamentação do Imposto sobre as Grandes Fortunas, para que se tenha uma distribuição justa do ônus fiscal e se concretize os direitos básicos fundamentais a todos os cidadãos brasileiros.

Justifica-se, assim, este artigo em razão de sua relevância para o estudo da estrutura tributária brasileira, bem como à aplicação jurisdicional do Direito frente a efetivação dos direitos fundamentais. Isso porque o Estado, através da arrecadação de tributos, possui meios para garantir o seu custeio, concretizando o “bem comum”, isto é, a realização dos direitos constitucionais e fundamentais do cidadão.

## **2 A ESTRUTURA DO SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL**

Uma das características mais marcantes do Brasil, reside na desigualdade e concentração de patrimônio. Não obstante, há uma incontornável resistência em discutir a adoção de impostos que taxem significativamente os patrimônios brasileiros, sobretudo aqueles mais expressivos. Assim, não discutir imposto sobre o patrimônio é “uma loucura”, pois “todos os países têm impostos sobre herança muito superiores ao brasileiro.” (MARTINS, 2014, s.p.).

Em entrevista a Carta Capital, Piketty (2014) relatou o problema do cenário brasileiro no que tange a tributação de patrimônios. Assim, não tributar de forma mais elevada os

patrimônios e as grandes fortunas permite a acumulação de riqueza entre os 10% mais ricos do país. Destarte, “[...] a limitação da concentração é a saída para fazer da propriedade privada algo temporário” (MARTINS, 2014, s.p.), ou seja, “[...] se você continuar investindo e trabalhando, poderá manter essa propriedade. Se mantiver seu capital parado, iremos distribuí-lo.” (MARTINS, 2014, s.p.).

Como se irá analisar, o Brasil prefere tributar o comércio de bens e serviços, para investir em políticas e servidores públicos, do que arrecadar com a tributação sobre a propriedade e a riqueza, ao contrário do que acontece em outros países. O país brasileiro possui mais desigualdade de patrimônio do que de renda, segundo estudos do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea). Conforme o estudo feito pelo economista membro do Ipea, o índice de desigualdade patrimonial, entre os candidatos a prefeitos e vereadores de 2012, “[...] era de 0,81, considerando-se inclusive os postulantes que disseram não ter bens. E de 0,70, excluindo-se a turma de patrimônio zero.” (BARROCAL, 2014, s.p.). Estes dados foram mais elevados do que a desigualdade calculada pelo IBGE com base na renda.

O que se constata no Brasil é que, apesar de haver um quadro de desigualdade que coloca o Brasil entre os quinze países de pior índice GINI, a tributação sobre o patrimônio, especialmente quando significativo, é muito reduzida. Os impostos brasileiros incidentes sobre o patrimônio são o ITR, IPTU, IPVA, ITBI e ITCD, sendo esses dois últimos relativos à transmissão de propriedade. Esses impostos juntos representam menos de 4% da arrecadação brasileira, valendo frisar que, num país em que o agronegócio é uma grande fonte de riqueza, o imposto incidente sobre a propriedade rural representa menos de 0,5% do montante da arrecadação.

Diante disso, percebe-se que seria necessária uma reforma tributária no sentido de tributar mais o patrimônio e a renda e diminuir a carga tributária sobre os bens de consumo e serviços. No entanto, há uma desinteressada vontade política em editar leis complementar ou ordinária para mudar a estrutura tributária brasileira. (BUFFON, 2014). Prova disso, é o imposto sobre as grandes fortunas, que está previsto na Constituição Federal de 1988, mas que nunca chegou a ser regulamentado.

Neste ponto, importante entender como se distribui a carga tributária no sistema nacional para, então, compreender os reflexos nas iniquidades da sociedade brasileira e como uma tributação voltada ao patrimônio poderia reduzir significativamente essas injustiças sociais.

## **2.1 Impostos sobre os bens de consumo e serviços**

A tributação brasileira sobre o consumo é composta principalmente por três impostos: o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), o Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) e o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS), embora não se possa minimizar a importância de duas contribuições sociais que também incidem sobre o consumo: PIS e COFINS.

A Carta Magna (BRASIL, 1988), no artigo 153, dispõe que o IPI é um tributo de competência da União e possui como fato gerador a industrialização de determinado bem. Trata-se de um tributo incidente sobre o consumo; não cumulativo, seletivo de acordo com a essencialidade do bem, ou seja, tributar-se-á de forma mais gravosa os bens considerados supérfluos, e considerado um tributo indireto, pois o valor do imposto é repercutido ao consumidor final. (GASSEN; D'ARAÚJO; PAULINO, 2013).

Por ser um tributo incidente sobre o consumo, não sendo de caráter pessoal, possui efeitos regressivos, já que os consumidores pagam a mesma alíquota na aquisição de



determinado bem, independentemente de seu poder aquisitivo. Entretanto, nesse imposto deve-se atentar para o princípio da seletividade e sua função extrafiscal, em razão da essencialidade do produto no IPI, atendendo a diversas finalidades sociais, como a saúde pública e o desenvolvimento econômico. (CASTRO, 2012).

O princípio da seletividade na tributação sobre o consumo é importante para a justiça fiscal, uma vez que,

[...] permite a variação da alíquota do imposto de acordo com a essencialidade do bem, proporcionando, assim, uma tributação mais pesada sobre bens e serviços considerados supérfluos, bem como uma atenuação daqueles produtos considerados de primeira necessidade. Com isso, ele visa estabelecer os impostos de acordo com a presumível capacidade contributiva do indivíduo. (GASSEN; D'ARAÚJO; PAULINO, 2013, p. 213-214).

Dessa forma, o IPI apresenta diferentes alíquotas conforme o produto e sua essencialidade para a população. Exemplos disso é a tributação sobre os peixes, em que prevê a alíquota zero para esse produto, salvo salmões, bacalhaus e arenques, que são consumidos por uma parcela da população com maior poder aquisitivo. No caso de produtos de beleza e cosméticos a alíquota é de 22%, com exceção do protetor solar, em que é zero sua alíquota. (ANSELMINI; BUFFON, 2018).

O ICMS, por sua vez, é de competência dos Estados-Membros e do Distrito Federal e responsável por onerar o consumo de bens e os serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação. Tem por base de cálculo o valor da operação de circulação do bem ou da prestação do serviço, “[...] incluídos nisso os encargos financeiros nos pagamentos a prazo, o valor correspondente a seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como os descontos recebidos sob essa condição”. (GASSEN; D'ARAÚJO; PAULINO, 2013, p.220). Neste sentido, o ICMS é “um tributo sobre o consumo, não cumulativo, indireto, poderá ser seletivo de acordo com a essencialidade da matéria tributada e suas alíquotas são fixadas considerando se a operação é interna ou interestadual”. (GASSEN; D'ARAÚJO; PAULINO, 2013, p. 225).

Por fim, o ISS é um tributo sobre o consumo de competência dos municípios e do Distrito Federal, conforme dispõe o artigo 156, inciso III, da Constituição Federal. Ele incide sobre serviços remunerados prestados a terceiros, em que não incide o ICMS. Ao contrário do IPI e do ICMS, esse tributo é cumulativo e, em relação à seletividade, não há previsão legal, o que permite ao ente tributante optar, “pela seletividade em função da essencialidade do serviço prestado, o que contribuiria para a construção de uma carga tributária progressiva ou para a redução do grau de regressividade”. (GASSEN; D'ARAÚJO; PAULINO, 2013, p. 227).

Assim sendo, a maior parcela da tributação brasileira baseia-se no consumo de bens e serviços, através, principalmente, dos impostos como o IPI, ICMS e ISS. Entre esses impostos, apenas o IPI será necessariamente seletivo, enquanto o ICMS “poderá ser seletivo” e, em relação ao ISS, nada se dispõe. Contudo, é de suma importância que a fixação das alíquotas de todos esses tributos incidentes sobre o consumo respeite o princípio da seletividade. Assim, os produtos essenciais para o consumo do cidadão comum, como alimentos presentes na cesta básica, devem ter sua alíquota reduzida, ou até mesmo zerada, de modo a equilibrar a carga tributária brasileira, reduzindo o ônus fiscal sobre a população mais carente, transformando a tributação sobre o consumo em importante ferramenta para a redução das desigualdades existentes na sociedade brasileira. (GASSEN; D'ARAÚJO; PAULINO, 2013, p. 213-234).

## 2.2 Impostos relativos ao patrimônio

O peso dos impostos sobre o patrimônio no Brasil é ínfimo, não chegando a 3% do PIB. O único imposto federal sobre patrimônio – o Imposto sobre Propriedade Territorial Rural (ITR) tem uma arrecadação insignificante, chegando a ser inferior, na sua dimensão nacional, ao que alguns brasileiros pagam de IPTU em poucos Distritos da cidade de São Paulo (POCHMANN, 2008). A arrecadação do ITR significa menos de 0,1% do PIB, apesar da estrutura fundiária brasileira (BEHRING; BOSCHETTI, 2006).

Outro imposto que incide sobre a propriedade e sobre o patrimônio merece destaque o Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU). A sua competência é municipal e onera o contribuinte conforme o montante de seu patrimônio, e tem como base de cálculo o valor venal do imóvel. (TAMS, 2010).

A Carta Magna, no seu art. 156, instituiu que esse imposto terá suas alíquotas progressivas de acordo o valor do imóvel, além de possuir alíquotas diferentes conforme a localização e o uso da propriedade. Entretanto, cabe facultativamente ao ente municipal a aplicação dessas disposições. (ANSELMINI; BUFFON, 2018).

O Código Tributário Nacional definiu o IPTU em seu art. 32 (Brasil, 1966) como um imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana, possuindo como fato gerador “[...] a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do município.” (FONSECA; LOBO; GARCIA, 2017, p. 517-518)

O Código Tributário ressalta, ainda, que deve ser observado o requisito de existência de no mínimo dois dos melhoramentos seguintes, construídos ou mantidos pelo Poder Público, para incidir o IPTU:

(I) meio-fio ou calçamento, com canalização de águas pluviais; (II) abastecimento de água; (III) sistema de esgotos sanitários; (IV) rede de iluminação pública, com ou sem posteamento para distribuição domiciliar; (V) escola primária ou posto de saúde a uma distância máxima de 3 quilômetros do imóvel considerado. (FONSECA; LOBO; GARCIA, 2017, p.518)

Ademais, a Emenda Constitucional nº 29, de 13 de setembro de 2000 (Brasil, 2000), permitiu alíquotas progressivas do IPTU em razão do valor do imóvel e de acordo com sua localização e uso. Neste sentido, em Porto Alegre, por exemplo, há dois tipos de alíquotas, segundo o uso do imóvel, divididas em residencial e não residencial. Já em relação aos terrenos, apresenta diferenciadas alíquotas conforme a localização e o valor do imóvel. Entretanto, para se ter a progressividade deste último imposto é importante também analisar a renda do proprietário do imóvel, e não apenas a localização e o seu valor. (ANSELMINI; BUFFON, 2018).

## 2.3 Impostos relativos a renda

No que tange os impostos incidentes sobre a renda, tem-se o Imposto incidente sobre os rendimentos das pessoas naturais e o lucro das pessoas jurídicas, conhecido como Imposto de Renda (IR). Este imposto está previsto no art. 153, § 2º, inciso I da Constituição Federal (BRASIL, 1988) que será informado pelos critérios da generalidade, progressividade e da universalidade.

A base de cálculo será a própria renda do contribuinte, e apresenta diferentes alíquotas dependendo do poder econômico do contribuinte. Neste sentido, no ano de 2010, apresentavam-se quatro tipos de alíquotas, variando de 7,5 a 27,5%, além da faixa isenta. Contudo,

a faixa que incide a maior alíquota manteve-se praticamente inalterada ao longo de duas décadas, trazendo efeitos negativos para a progressividade deste imposto, já que os que os contribuintes que possuem uma renda mais alta acabam contribuindo com uma parcela relativamente baixa de seus rendimentos. (ANSELMINI; BUFFON, 2018)

Em termos de alíquotas efetivas, a alíquota efetiva (média) total do imposto de renda da pessoa física foi “(...) 9,2% em 2012, bastante próxima da alíquota marginal mínima de 7,5% para os rendimentos do trabalho e bem distante da alíquota mínima de 15% para os rendimentos do capital.” (CASTRO; BUGARIN, 2017, p. 22). Isso evidencia que a grande maioria da população não paga imposto ou paga a alíquotas efetivas inferiores às previstas na legislação, demonstrando a efetividade do princípio da capacidade de pagamento previsto na Constituição Federal de 1988. (ANSELMINI; BUFFON, 2018)

Em relação a países com renda próxima à brasileira, como Chile, Uruguai, África do Sul e Paquistão, o Brasil apresentou índices redistributivos superiores, entre os anos de 2008 a 2012. Todavia, encontram-se muitas dificuldades dos países de renda média, entre eles o Brasil, em fazer uso da tributação direta. Nesses casos, os índices redistributivos são mais baixos devido à baixa representatividade da arrecadação do imposto frente à renda bruta total do país. (CASTRO; BUGARIN, 2017, p. 23)

Diante dessa realidade, percebe-se que o sistema tributário deve ser um mecanismo de redistribuição de renda, resgatando os princípios constitucionais para se garantir uma estrutura tributária mais justa e investimentos mais eficazes nas políticas sociais. Logo, deve-se reduzir a incidência da carga tributária sobre as famílias de média e baixa renda, tributando-se de forma progressiva, conforme a capacidade contributiva do cidadão. Assim sendo, as famílias com mais elevado poder aquisitivo arcariam com o maior ônus fiscal, redistribuindo a renda nacional. (ANSELMINI; BUFFON, 2018).

Em vista disso, há de se examinar se o Imposto sobre as Grandes Fortunas, previsto no Texto Constitucional e ainda não instituído, poderia ser um instrumento útil no sentido de implementar uma justiça fiscal e, por decorrência, ser um eficiente meio de redução das desigualdades sociais e econômicas.

### **3 IMPOSTO SOBRE AS GRANDES FORTUNAS E A SUA PROBLEMÁTICA REGULAMENTAÇÃO**

O Imposto sobre as Grandes Fortunas voltou a ser objeto de debate a partir da publicação de multicitada obra de Piketty: o Capitalismo no Século XXI., na qual o autor defende, ao final, a instituição de um Imposto Mundial sobre o Capital, que incidiria, numa esfera internacional, sobre a riqueza acumulada como meio de redução da desigualdade econômico (PIKETTY, 2014).

Embora inserido num cenário bem diferente, o Estado Brasileiro prevê o imposto sobre as grandes fortunas em sua Constituição Federal, no art. 153, VII, (BRASIL, 1988), nos seguintes termos:

Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:  
(...)  
VII- grandes fortunas, nos termos da lei complementar;

Desse artigo pode-se extrair que a competência para o instituir cabe à União, a ser exercida pelo Congresso Nacional, por lei complementar. Entretanto, esse imposto jamais foi regulamentado pelas casas do Congresso Nacional.

O referido imposto visaria alcançar riqueza, contribuindo para uma melhor distribuição dela entre a população. Este foi o objetivo do mesmo ter sido inserido na Carta Magna, pois a Constituição permite que as pessoas de menor renda tenham acesso aos bens de forma democrática, contribuindo para o equilíbrio social e o interesse do povo. (KHAIR, 2015).

Portanto, as justificativas deste imposto referem-se à redistribuição de riquezas e a minimização das desigualdades econômicas, inclusive vinculando o produto da arrecadação ao Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, nos exatos termos do art. 80, inciso III, dos Atos e Disposições Constitucionais Transitórias, nos seguintes termos:

Art. 80. Compõem o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza:  
[...] III - o produto da arrecadação do imposto de que trata o art. 153, inciso VII, da Constituição.

Diante disso, pergunta-se: Como um imposto que visa redistribuir a riqueza e diminuir com a desigualdade social ainda não foi regulamentado pelos representantes do povo?

Para responder essa indagação, necessário analisar o conceito de grandes fortunas, suas características, propostas de leis e vantagens/desvantagens de sua regulamentação.

### **3.1 Conceito de Grandes Fortunas**

Inicialmente, há de se ter presente, que a definição de “grandes fortunas” se trata de algo em aberto, cujos contornos do Texto Constitucional remeteu para o legislador, mediante o mecanismo da lei complementar. Antes de se enfrentar esse tema, faz-se necessário distinguir a tributação sobre as grandes fortunas, dos patrimônios elevados e a tributação das grandes heranças.

No que tange a tributação de patrimônios elevados, inclui-se a tributação sobre os bens imóveis, excluindo os ativos financeiros e outros bens como ouro, obras de arte, etc. (CATARINO; CAVALCANTE, 2017, p. 373). Dessa forma, esse tributo incide sobre o valor bruto do bem específico, sem qualquer redução de dívidas e sem levar em consideração os demais bens possuídos pelo contribuinte. Geralmente, trata-se de “[...] impostos específicos a certos tipos de propriedade (imóveis, automóveis, etc) e de competência dos governos locais.” Por fim, os impostos sobre a propriedade “[...] não tem relação com o nível de riqueza do proprietário (número de propriedades) ou da titularidade do patrimônio (núcleo familiar e/ou o número de usufrutuários).” (CARVALHO, 2011, p.9-10)

Quando se trata de tributação sobre as grandes heranças, deve-se atentar para o fato gerador, que é causa mortis, recaindo sobre as heranças em geral, variando conforme o grau de parentesco ou isenções de bases. (CATARINO; CAVALCANTE, 2017, p. 373).

Assim, grandes fortunas trata-se de riquezas pertencentes ao complexo de bens patrimoniais, diferenciando-se de impostos sobre herança e patrimônio. Ou seja, “[...] é um imposto mais ou menos abrangente sobre o patrimônio líquido, ou seja, o valor da riqueza de uma pessoa reduzido das dívidas e ônus que o patrimônio venha a ter.” (CARVALHO, 2011, p. 10)

Neste sentido, alguns países já adotam a tributação sobre riqueza acumulada, mas com parâmetros específicos em cada país. É o caso dos países como União Europeia, Espanha, França e, na América do Sul, Argentina, Colômbia e Uruguai, todos eles com matrizes de tributação bem distintas. (CATARINO; CAVALCANTE, 2017, p. 374).

No Brasil, o imposto sobre as grandes fortunas não está regulamentado, mas o constituinte conferiu ao legislador infraconstitucional a tarefa de instituir, de acordo com o quadro

socioeconômico brasileiro, o que poderia ser enquadrado como grandes fortunas. Logo, a utilização da expressão “grandes fortunas”, por si só, sinaliza a intenção do constituinte de onerar algo maior que as simples fortunas, ou seja, patrimônios que, de fato, destoem da realidade econômica dos cidadãos em geral. (ALBUQUERQUE, 2014)

Todavia, antes de aplicar uma norma jurídica, é necessário interpretá-la, definindo o seu significado linguístico e o vocábulo empregado pelo legislador constituinte. Assim, tem-se o significado de grandes fortunas pelo Dicionário Aurélio, como:

Fortuna. S. f. 1. Casualidade, eventualidade, acaso. 2. Destino, fado, sorte. 3. Bom êxito; êxito, sucesso. 4. Boa sorte; sorte, felicidade. 5. Revés da sorte; adversidade. 6. Haveres, riqueza.

Grande. Adj. 2 g. 1. De tamanho, volume, intensidade, valor, etc., acima do normal. 2. Comprido, longo. 3. De grande extensão ou volume. 4. Crescido, desenvolvido, taludo. 5. Numeroso. 6. Intenso, forte. 7. Exagerado, excessivo. 8. Dilatado, longo. 9. Extraordinário, excepcional, desmedido. 10. Imponente, surpreendente. 11. Notável [...] (FERREIRA, 1994, p.305;328).

A partir do significado dos vocábulos apresentados, pode-se interpretar que o constituinte está se referindo não apenas a fortuna como riqueza, mas uma fortuna extraordinária, devendo ser analisado o montante, objeto de tributação, com base na realidade social e econômica da população brasileira, visto que a expressão “grandes fortunas” deve ser realizada no âmbito dos objetivos do Estado Democrático de Direito, cujo objetivos fundamentais residem na redução das desigualdades sociais e econômicas. Para isso, passa-se verificar a base econômica deste imposto e demais característica pertinentes.

### **3.2 Características**

Após analisado o conceito de grandes fortunas, imperioso examinarem demais características deste imposto, como a sua base de cálculo. A base de cálculo do imposto sobre as grandes fortunas pode ser bastante abrangente e comumente incide sobre o

(...) patrimônio acumulado em ações, em depósitos bancários e de poupança, em seguros, em investimento em ativos reais e empresas de capital fechado, em títulos financeiros, em imóveis urbanos e rurais (inclusive o de residência), em automóveis, obras de arte, jóias, barcos, aeronaves e outros bens de uso pessoal. (CARVALHO, 2011, p. 9)

Dessa forma, esse imposto seria exigido anualmente sobre a riqueza líquida, no qual exceder a um determinado limite de isenção. A questão encontra-se na definição desse valor de isenção, que deve considerar a base econômica do país. Assim, para garantir a igualdade na tributação, é necessário fixar faixas de alíquotas, que podem ser progressivas, e limites de isenções, de acordo com a base econômica brasileira, a fim de não ter efeito confiscatório. (CARVALHO, 2011, p.10)

Todavia, há autores que argumentam que, quanto mais alíquotas progressivas e limites de isenção, maior será a evasão fiscal. Isto porque o contribuinte pode transferir o seu patrimônio entre os entes familiares a fim de permanecer no limite de isenção. (CARVALHO, 2011, p. 12)

Assim, sugere-se a fixação de uma alíquota única, a redução do limite de isenção, a instituição de declaração familiar conjunta, além de cadastros familiares e, por fim,



“[...] um maior limite de isenção e bandas entre alíquotas para declarações conjuntas.” (CARVALHO, 2011, p. 12)

Quanto aos critérios legislativos para a regulamentação do Imposto sobre as Grandes Fortunas, o art. 153, VII, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), disciplina ser competência da União à instituição do Imposto sobre as Grandes Fortunas, devendo ser regulamentado através de Lei Complementar.

Para isso, a aprovação da Lei Complementar exige quórum de maioria absoluta das duas Casas do Congresso (41 senadores e 257 deputados). A votação no Senado é feita em turno único, mas na Câmara realiza-se em dois turnos. (BARROS, 2008)

Quanto à legitimidade para propor o projeto de Lei Complementar, o art. 61 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), dispõe ser legítimos qualquer membro ou comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional; o Presidente da República; o Supremo Tribunal Federal; os Tribunais Superiores; o Procurador-Geral da República; e os cidadãos, na forma prevista no § 2º do mesmo artigo. Quando o projeto de lei complementar tiver origem externa ao Poder Legislativo Federal, sempre iniciará a sua tramitação pela Câmara dos Deputados (art. 61, § 2º, e art. 64, ambos da CF). (BRASIL, 1988).

Quando aprovado regularmente pela Câmara e pelo Senado, o projeto será enviado ao Presidente da República, que poderá sancioná-lo ou vetá-lo, total ou parcialmente (BRASIL, 1988, art. 66). Caso o Presidente da República vetar o projeto integralmente ou parcialmente, o mesmo retornará ao Congresso Nacional para reexame da matéria em sessão conjunta, com vistas à confirmação ou não do veto (BRASIL, 1988, art. 66, § 4º). Da mesma forma é exigido o quórum de maioria absoluta para rejeitar o veto presidencial. (BARROS, 2008)

Dessa forma, deve ser respeitado o critério legislativo acima descrito para poder regulamentar o Imposto sobre as Grandes Fortunas. Como verá a seguir, houve muitos projetos de lei, sendo distintos entre si, mas nenhum que conseguisse atingir a aprovação.

### **3.3 Propostas de Lei**

Muitos projetos existiram para regulamentar o Imposto sobre as Grandes Fortunas, mas nenhum logrou êxito. O primeiro projeto a ser apresentado foi o PLP n. 108/1989, do deputado Juarez Marques Batista, que juntamente com os PLP n.208/1989, n. 218/1990, 268/1990, foram posteriormente apensados ao PLS n.162/1989, arquivado em 2007.

Atualmente, tramitam diversos projetos no Congresso Nacional, sendo eles: PLP n. 26/2011, PLP n. 62/2011, PLP n. 130/2012, PLP n. 48/2011, PLP n. 2/2015, PLP n. 6/2015, PLP n. 10/ 2015, PLP n. 11/2015, PLP n. 281/2016, PLP. 294/2016, PLP n. 302/2016, PLP n. 324/2016, e o Projeto de Lei do Senado n. 315/2015, todos apensos ao Projeto de Lei Complementar n. 277/2008. Também em tramitação, segue em separado o Projeto de Lei do Senado n. 534/2011. (CATARINO; CAVALCANTE, 2017, p. 386-387)

A principal diferença entre esses projetos está na base de cálculo, que varia entre R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais) e R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais).

O projeto mais recente é o PLS 315/2015, proposto pelo Senador Paulo Paim do PT-RS, protocolado no dia 26 de maio de 2015 junto ao Senado Federal, visando instituir o Imposto sobre Grandes Fortunas, de que trata o art. 153, inciso VII, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), além de outras providências. A base de cálculo indica o patrimônio cujo valor ultrapasse R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais). Contudo, o projeto ainda tramitará nas casas do congresso até a sua promulgação, caso for realmente levado em frente. (SILVA, 2015).



Entre as justificativas da regulamentação deste imposto está o disposto no art. 3º da Constituição Federal, que prevê a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais, suprimindo as deficiências da tributação regressiva, buscando uma maior justiça fiscal. (CATARINO; CAVALCANTE, 2017, p.387)

Segundo Khair (2015), a regulamentação desse imposto traria uma arrecadação em torno de 100 bilhões de reais anualmente, com uma alíquota de 1% sobre patrimônios de um milhão de reais, isentando ainda uma parte da população que não possui esse valor de capital. Assim, a carga tributária sobre o consumo poderia ser diminuída, tendo uma tributação mais equilibrada e, conseqüentemente, um aumento no crescimento da economia, já que os preços dos bens de consumo ficariam mais acessíveis à população, movimentando o mercado e comércio. (KHAIR, 2015).

Essa é uma das vantagens descritas por alguns autores da regulamentação do imposto sobre a riqueza. Todavia, há argumentos contrários a sua regulamentação no Brasil. Assim, imperioso analisar os argumentos contrários e favoráveis sobre a viabilidade ou não da regulamentação desse imposto no Brasil, como se verá no próximo tópico.

### **3.4 Vantagens e desvantagens da regulamentação do Imposto sobre as Grandes Fortunas**

Dentre os argumentos desfavoráveis à regulamentação do imposto sobre a riqueza, encontra-se a alegação de que este imposto estimularia a fuga de recursos financeiros para outros países. Assim, os titulares de grandes patrimônios poderiam retirar seus recursos do país, ou transferi-los para empresas, as quais não sofreriam a incidência do mencionado imposto. (ALBUQUERQUE, 2014)

Além da evasão fiscal, a tributação sobre grandes fortunas também poderia desestimular a poupança, uma vez que os contribuintes evitariam acumular dinheiro em poupanças para abster-se da cobrança do imposto sobre grandes fortunas. (ALBUQUERQUE, 2014)

Marcos Cintra, relator para a apreciação das emendas oferecidas ao PLP nº 202/1989, posicionou-se contrário ao imposto, uma vez que a sua regulamentação teria um custo bastante elevado para a Administração Pública, em razão da resistência social ao imposto, bem como pela dificuldade de sua administração. (BRASIL, 2000, p. 993)

Isto porque seria dispendiosa a fiscalização dos patrimônios líquidos calculados pelos contribuintes, podendo ser facilmente ocultados alguns bens, como joias, títulos ao portador, valores mobiliários, entre outros. Desse modo, o parlamentar acredita que não ser viável a sua regulamentação, pois causaria dificuldades operacionais, bem como altos custos para o ente público. (BRASIL, 2000, p. 993)

Neste sentido, no Brasil há apenas indicadores parciais sobre os valores de patrimônios, elaborados para outros fins, sendo possível tão somente especular, aproximadamente, qual seria o âmbito de incidência do imposto sobre as grandes fortunas. Esse fato dificulta na elaboração do quantum a ser tributado e na definição do limite de isenção deste imposto.

Outra alegação que gera dúvidas quanto a sua regulamentação, refere-se a dupla tributação. Isto porque o imposto sobre as grandes fortunas poderia recair sobre bens e valores que já seriam objeto de tributação direta. Exemplo disso seria a tributação relativa à rendimen-

---

16 A comprovar a afirmação explicita-se que duas convenções internacionais sobre direitos humanos que versam sobre o mesmo tema – Direitos das Pessoas com Deficiência – possuem *status* diferentes no ordenamento jurídico brasileiro. A *Convenção da ONU*, exclusivamente por ter seguido o rito do §3º. do art. 5º., possui hierarquia equivalente à emenda constitucional, já a *Convenção da OEA*, exclusivamente por não ter seguido o mencionado rito agravado, possui hierarquia supralegal.

tos oriundos do trabalho e capital em que já incidiria o Imposto de Renda. Outro exemplo seria a incidência do ITR, IPVA, IPTU sobre o patrimônio, caracterizando-se, assim, o fenômeno da bitributação, vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro. (ALBUQUERQUE, 2014).

Em contrapartida, os defensores da regulamentação do Imposto sobre as Grandes Fortunas rebatem grande parte dos argumentos desfavoráveis citados acima. Quanto a legação de evasão fiscal, Olavo Nery Corsatto (2000, p. 97), afirma que a regulamentação deste imposto permitiria o cruzamento de dados através de declarações, cadastros e informações fiscais, servindo de subsídio para o controle do IR e demais impostos incidentes sobre o patrimônio, evitando, conseqüentemente, a evasão fiscal.

No que tange ao argumento de desestimular investimentos à poupança, os defensores deste imposto alegam que os fatores aos cidadãos investirem em poupança referem-se à conjuntura macroeconômica e o grau de estabilidade do ambiente político e econômico circundantes, e não simplesmente a incidência de um imposto. (ALBUQUERQUE, 2014).

Já em relação a crítica de que este imposto causaria o efeito da bitributação, essa não merece prosperar, devendo-se atentar para o fato gerador do imposto sobre as grandes fortunas, uma vez que trata exclusivamente sobre a acumulação de riquezas acima de um determinado nível. Isto é, “[...] individualizando-o e diferenciando-o do de outros impostos, como o IPTU e o ITR, em que é suficiente a propriedade do bem, independentemente da quantidade de bens possuídos, para caracterizar o fato gerador do imposto.” (ALBUQUERQUE, 2014)

Além disso, este imposto permitiria a tributação de valores que, de alguma forma, não teve incidência de impostos ou o contribuinte conseguiu esquivar-se da tributação. Assim, a regulamentação deste imposto admite um maior alcance de tributação aos ganhos de capital.

Neste sentido, Amir Khair (2008, p.3), apresenta algumas vantagens da regulamentação do imposto sobre a riqueza, rebatendo os argumentos contrários, nas seguintes palavras:

Em vez de afugentar, deve atrair mais o capital ao permitir a desoneração do fluxo econômico, gerando maior consumo, produção e lucros. Não teria nenhum conflito com os impostos existentes, pois sua base tributária é o valor total dos bens. Quanto às dificuldades de avaliação dos títulos mobiliários, o registro eletrônico das transações e as posições fornecidas pelos bancos podem resolver o problema. [...] A regulamentação do IGF irá diminuir a forte regressividade do sistema tributário, descentralizar mais recursos para Estados e Municípios, desonerar a folha de pagamento das empresas, contribuindo para reduzir a informalidade e com isso gerar empregos e desenvolvimento. (KHAIR, 2008, p. 3)

Dessa forma, o mestre em Finanças Públicas, acredita que o imposto irá contribuir para a economia brasileira e não apresentaria dificuldades quanto a avaliação dos bens objeto da tributação, diante do registro das transações feitas pelas instituições bancárias.

Ademais, Khair (2015) afirma que a regulamentação desse imposto traria uma arrecadação em torno de 100 bilhões de reais anualmente, com uma alíquota de 1% sobre patrimônios de um milhão de reais, isentando ainda uma parte da população que não possui esse valor de capital. Dessa forma, a carga tributária sobre o consumo e serviços poderia ser reduzida e, mesmo assim, ter-se-ia uma arrecadação elevada de tributos por parte do Estado, podendo financiar políticas públicas para toda a população, além da distribuição de riqueza entre a população de forma igualitária. (ANSELMINI; BUFFON, 2017)

Posto isso, necessário analisar a contribuição deste imposto ao sistema tributário, bem como para a população brasileira, no que tange a justiça fiscal e a redução das desigualdades sociais. Isto porque, como analisado no capítulo anterior, a tributação baseada em bens

de consumo e serviços possui efeitos regressivos, aumentando a incidência de impostos sobre a população de baixa e média renda, agravando ainda mais as iniquidades sociais.

O Sistema Tributário brasileiro possui como um dos seus princípios a capacidade contributiva, em que o cidadão contribui conforme sua capacidade econômica, garantindo o mínimo existencial, ou seja, o mínimo para uma vida minimamente digna. Todavia, com a estrutura do ordenamento tributário alicerçada em tributos sobre o consumo e serviços, a população mais carente contribui com uma alta carga tributária em comparação com a sua capacidade econômica.

A consequência é o aumento nos índices das desigualdades entre a população, pois esse sistema contribui para a concentração de riquezas pela minoria da população, evidenciando seu efeito regressivo. Para modificar esse cenário, necessário uma tributação voltada ao patrimônio e, daí, uma das principais vantagens da regulamentação do imposto sobre as grandes fortunas, nos seguintes termos:

Assim, a justiça fiscal deve ser um dos valores supremos de um Estado Democrático de Direito, para que as necessidades estatais possam ser plenamente supridas sem que a população seja sobrecarregada, bem como para que haja uma proporcionalidade entre as cargas tributárias impostas às diferentes classes sociais, em atenção à capacidade econômica de cada uma. Neste contexto, o IGF apresentar-se-ia como um instituto apto a colaborar substancialmente para a construção de um sistema tributário mais justo. (ALBUQUERQUE, 2014)

Neste sentido, o economista Thomas Piketty, em seu livro “O Capital no século XXI”, defende uma tributação voltada ao patrimônio, por meio da instituição de um Imposto Mundial sobre o Capital, alegando que este imposto traria uma maior justiça fiscal e reduziria, consequentemente, as desigualdades sociais.

Piketty (2014, p. 511) defende uma tributação direta sobre o capital, pois permite captar a capacidade contributiva dos titulares de grandes fortunas, o que no âmbito da tributação da renda nem sempre é possível em função de possibilidades mais amplas de planejamento fiscal.

Assim, um imposto sobre o capital, poderia estabelecer incidências progressivas sobre a riqueza individual, seria, segundo Piketty (2014, p. 518) uma instituição que permitiria ao interesse comum a retomar o controle do capitalismo ao se apoiar nas forças da propriedade privada e da livre concorrência, pois cada categoria de riqueza seria taxada da mesma maneira, sem discriminação a priori quanto à sua origem, partindo do princípio de que, em geral, os detentores dos ativos estão em melhor posição do que o poder público para decidir sobre os investimentos a serem feitos. Restabelecendo a justiça fiscal e a redução das desigualdades de renda e riquezas.

A tributação sobre o patrimônio, defendida por Piketty, mesmo sendo considerada por ele mesmo como uma “utopia útil”, possibilitou o debate sobre a regulamentação do Imposto sobre as Grandes Fortunas no Brasil. Logo, os defensores de sua regulamentação, argumentam que este imposto poderia ser um instrumento eficaz na redução das desigualdades, tornando o ordenamento tributário mais equânime, possibilitando ao Estado Democrático de Direito brasileiro concretizar o “bem-comum”, ou seja, garantir ao cidadão os direitos fundamentais previstos na nossa Carta Magna, como acesso à saúde, educação, lazer, alimentação, moradia, entre outros.

Diante do exposto, a regulamentação do Imposto sobre as Grandes Fortunas, bem como a tributação mais voltada ao patrimônio, poderá contribuir para uma estrutura social

brasileira mais igualitária, tornando possível a redistribuição da concentração de riqueza privada. A regulamentação deste imposto é uma das alternativas para reduzir a carga tributária imposta à grande maioria da população, sendo ainda possível o Estado brasileiro arrecadar significativamente pela via fiscal. Assim, as desigualdades enfrentadas pela população brasileira poderão ser reduzidas, facilitando a efetivação dos direitos básicos do cidadão.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Como visto, o Brasil é um país que prefere adotar uma tributação regressiva, baseada em impostos indiretos, tendo sua base tributária focada em impostos sobre os bens de consumo e serviços, o qual atinge a maior parte da população brasileira. Os impostos indiretos possuem efeitos regressivos, já que essa tributação tem uma relação inversa com o nível de renda do contribuinte, prejudicando as pessoas de menor poder aquisitivo. O problema está no fato de que a maior parte da população do Brasil é formada por classes de média e baixa renda, que acabam arcando com a excessiva tributação sobre os bens de consumo e serviços.

Dessa forma, sendo o sistema tributário brasileiro regressivo, estes tributos acabam não respeitando a capacidade econômica do contribuinte. Ora, uma tributação com base nos bens de consumo e serviços, não tributando de forma significativa o patrimônio dos cidadãos, demonstra o seu caráter regressivo.

Diante da análise dos impostos que compõe a estrutura do sistema tributário brasileiro, percebeu-se que há poucos impostos que tributam efetivamente o patrimônio dos cidadãos no Brasil, sendo que a arrecadação através destes tributos chega a ser insignificativa perante a arrecadação dos impostos sobre os bens de consumo e serviços.

Assim, um ordenamento tributário para ser equânime deveria respeitar o princípio da capacidade contributiva do cidadão, tributando-se conforme a capacidade econômica do contribuinte, para que o Estado Democrático de Direito possa concretizar os direitos fundamentais constitucionais e, conseqüentemente, garantir a efetivação do princípio do mínimo existencial. Este princípio se faz necessário no que diz respeito à proteção de seus direitos fundamentais, como moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, conforme dispõe o art. 7º, IV, da Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, para termos garantido o mínimo existencial, tributa-se com maior carga tributária os bens que não são considerados essenciais, aqueles apresentados como supérfluos e que não estejam elencados no rol do art. 7º, IV da Constituição Federal. No entanto, a tributação calcada nos bens de consumo e serviços prejudica os cidadãos de classes com menor poder aquisitivo no seu poder de compra, negando o acesso a bens essenciais para sua sobrevivência.

Por isso, se faz necessário uma maior tributação sobre a renda e o patrimônio, para que os tributos sobre os bens de consumo e serviços, que atingem a maior parte da população formada pela classe média e baixa, deixem de produzir seus efeitos regressivos. Assim, com um sistema tributário mais igualitário, as desigualdades de renda e riqueza terão uma redução no âmbito nacional, proporcionando um acesso maior à população aos seus direitos básicos.

Dentre os impostos que podem compor a tributação sobre o patrimônio, o presente artigo preocupou-se com a investigação do Imposto sobre as Grandes Fortunas, constitucionalmente previsto pela Carta Magna, mas sem regulamentação pelo poder legislativo brasileiro.

Dessa forma, verificou-se os projetos apresentados ao Congresso Nacional ao longo

dos anos e suas diferenças, concluindo-se que a principal diferença entre eles está na definição do valor a ser tributado por este imposto. Para isso, analisou-se o conceito de grandes fortunas, suas características, como base de cálculo, alíquotas e o procedimento legislativo para sua regulamentação.

Assim, concluiu-se que este imposto deve ser aplicado anualmente sobre a riqueza líquida, ou seja, o valor da riqueza de uma pessoa reduzido as dívidas e ônus que o patrimônio venha a ter, no qual exceder a um determinado limite de isenção. E esse limite de isenção deve considerar a base econômica do país, pois para garantir a igualdade na tributação, é necessário fixar faixas de alíquotas, que podem ser progressivas, e limites de isenções, de acordo com a base econômica brasileira.

Após analisar as características do imposto sobre as grandes fortunas, passou-se a descrever algumas vantagens e desvantagens de sua regulamentação do país brasileiro. Dentre as desvantagens, citou-se a evasão fiscal, o desestímulo à poupança, a dificuldade de avaliação dos bens patrimoniais e o efeito da bitributação.

Essas desvantagens são criticadas por alguns autores, como analisado, afirmando que a sua regulamentação traria estímulo ao mercado nacional, que poderia se ter um maior controle sobre os bens patrimoniais, através da colisão de dados contidos em declarações e nas transações bancárias, além de não prosperar a alegação de bitributação, uma vez que se trata de grandes fortunas, com um fato gerador distinto dos demais impostos sobre propriedades.

Além disso, a carga tributária sobre o consumo poderia ser diminuída, tendo uma tributação mais equilibrada e, conseqüentemente, um aumento no crescimento da economia, já que os preços dos bens de consumo ficariam mais acessíveis à população, movimentando o mercado e comércio.

Por fim, percebeu-se que a grande vantagem deste imposto se refere à justiça fiscal, através de um sistema tributário mais equânime e sem efeitos regressivos. Assim, concluiu-se que uma tributação voltada ao patrimônio traz benefícios para toda a população, principalmente no que tange à redistribuição de riquezas e a redução de iniquidades sociais.

Para fins deste artigo, conclui-se que a tributação pode ser um instrumento de redução das desigualdades sociais e econômicas, através da regulamentação do Imposto sobre as Grandes Fortunas, que poderia contribuir efetivamente para a equidade do ordenamento tributário, diminuindo a carga tributária sobre os bens de consumo e serviços. Logo, percebe-se que tributar de maneira mais significativa o patrimônio é necessário no Brasil, devendo ser pensada por todos como forma de redução da concentração de riqueza, reestabelecendo uma estrutura tributária e social mais equânime e justa para todos.

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Raíssa Carvalho Fonseca e. Da omissão legislativa na instituição do Imposto sobre Grandes Fortunas. *Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF: 26 fev. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.47163&seo=1>>. Acesso em: 28 jun. 2018.

ANSELMINI, Priscila; BUFFON, Marciano. O Imposto Mundial sobre o Capital: da sua relevância sócio-jurídica para a redução da desigualdade de renda e patrimônio, a partir de Piketty. *Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário*, v. 12, n. 1, jan./jun. 2017. Disponível em: <<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/RDIET>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

ANSELMINI, Priscila; BUFFON, Marciano. Tributação como instrumento de redução das desigualdades



no Brasil. *Revista de Direito Público*. Universidade Estadual de Londrina - UEL, 2018. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/29111> >. Acesso em: 20 jun. 2018.

BARROCAL, André. A desigualdade patrimonial é pior que a de renda. *Carta Capital*, 07 de dezembro de 2014. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/economia/desigualdade-patrimonial-e-pior-que-a-de-renda-7561.html>>. Acesso em: 08 maio 2018.

BARROS, Edilson Santos. A Lei Complementar e o seu Processo de Elaboração na Câmara dos Deputados. *Revista E-Legis*. Câmara dos Deputados. VI, N.1, 2008. Disponível em: <<http://e-legis.camara.leg.br/cefor/index.php/e-legis/article/view/51>>. Acesso em 21 jun. 2018.

BEHRING, E. R.; BOSCHETTI, I. *Política Social: fundamentos e história*. São Paulo: Cortez, 2006. (Col. Biblioteca Básica do Serviço Social, v.II).

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. *Diário da Câmara dos Deputados*. Brasília, DF, 7 dez. 2000. Disponível em: <[http://imagem.camara.gov.br/dc\\_20.aspselCodColecaoCsv=D&DataIn=26/2/1991&txpagina=622&altura=700&largura=800](http://imagem.camara.gov.br/dc_20.aspselCodColecaoCsv=D&DataIn=26/2/1991&txpagina=622&altura=700&largura=800)>. Acesso em: 25 jun. 2018.

BUFFON, Marciano. Desigualdade e tributação no Brasil do Século XXI. In: STRECK, Lênio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado/orgs*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed; São Leopoldo: UNISINOS, 2014.

CARVALHO, Pedro Humberto Bruno de. As discussões sobre a regulamentação do Imposto sobre Grandes Fortunas: a situação no Brasil e a experiência internacional. *Instituto de Pesquisa Aplicada – IPEA, 2011*. Disponível em: <[http://desafios2.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/nota\\_tecnica/111230\\_notatecnicadinte7.pdf](http://desafios2.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/nota_tecnica/111230_notatecnicadinte7.pdf)>. Acesso em: 25 jun. 2018.

CASTRO, Fábio Ávila de; BUGARIN, Maurício Soares. A progressividade do imposto de renda de pessoa física no Brasil. *Estudos Econômicos*, vol.47, no. 2, São Paulo Apr./June 2017. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-41612017000200259&lng=en&nrm=iso&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-41612017000200259&lng=en&nrm=iso&tlng=pt)>. Acesso em: 21 jun. 2018.

CASTRO, Rodrigo Dutra de. *Análise da Regressividade da Estrutura Tributária brasileira: justiça fiscal por bases de incidência*. 2012. 60 f. Trabalho de Conclusão do Curso de Graduação em Economia, Faculdade de Ciências Econômicas da UFRGS. Porto Alegre, 2012. Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/54932/000856428.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 23 jun. 2018.

CATARINO, João Ricardo; CAVALCANTE, Denise Lucena. Imposto sobre as Grandes Fortunas: Estudo Luso-Brasileiro acerca da sua admissibilidade. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, v. 37.1, jan./jun. 2017. Disponível em: <<file:///C:/Users/MICRO/Downloads/11741-49362-1-PB.pdf>>. Acesso em: 21 jun. 2018.

CORSATTO, Olavo Nery. Imposto sobre Grandes Fortunas. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, DF: Senado Federal, a. 37, n. 146, abr./jun. 2000.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio Básico da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1994.

FONSECA, Digo Ferreira; LOBO, Carlos; GARCIA, Ricardo Alexandrino. Imposto Predial e Territorial Urbano: uma metodologia de ajuste tributário para Belo Horizonte/MG. *Revista Brasileira de Gestão Urbana*, 2017. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/urbe/2017nahead/2175-3369-urbe-2175-3369009003AO10.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2018.

GASSEN, Valcir. D'ARAÚJO, Pedro Júlio Sales. PAULINO, Sandra Regina da F. *Tributação sobre Consumo*:



o esforço em onerar mais quem ganha menos. Sequência, Florianópolis, n. 66, 213-234, jul., 2013. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/seq/n66/09.pdf>>. Acesso em: 23 jun. 2018.

KHAIR, Amir. "Imposto sobre grandes fortunas renderia 100 bilhões por ano": depoimento. (03/ KHAIR, Amir. Imposto sobre grandes fortunas renderia 100 bilhões por ano: depoimento. *Revista Carta Capital*, Entrevista concedida a Renan Truffi, 03 de março de 2015. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/economia/imposto-sobre-grandes-fortunas-renderia-100-bilhoes-por-ano-1096.html>>. Acesso em: 22 jun. 2018.

KHAIR, Amir. *Imposto sobre Grandes Fortunas (IGF)*. Publicado em ago. 2008. Disponível em: <[http://www.ie.ufrj.br/aparte/pdfs/akhair190308\\_2.pdf](http://www.ie.ufrj.br/aparte/pdfs/akhair190308_2.pdf)>. Acesso em: 03 jun. 2018.

MARTINS, Antonio. Um mito e algumas verdades sobre os tributos no Brasil. *Instituto Justiça Fiscal*, 04 set. 2014. Disponível em: <[http://ijf.org.br/?view=detalhe.publicacao&url\\_amigavel=um-mito-e-algumas-verdades-sobre-os-tributos-no-brasil](http://ijf.org.br/?view=detalhe.publicacao&url_amigavel=um-mito-e-algumas-verdades-sobre-os-tributos-no-brasil)>. Acesso em: 03 abr. 2018.

PIKETTY, Thomas. *O capital do século XXI*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

POCHMANN, M. Palestra de Abertura. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL REFORMA TRIBUTÁRIA E FEDERALISMO FISCAL, 2008, Brasília. Anais eletrônicos... Brasília, 2008. Disponível em: Acesso em: 24 maio 2018.

SILVA, Edmar Oliveira da. Imposto sobre Grandes Fortunas (IGF) e o PLS 315/2015. *Jus Brasil*, maio de 2015. Disponível em: <<http://advedmar.jusbrasil.com.br/artigos/192954346/imposto-sobre-grandes-fortunas-igf-e-o-pls-315-2105>>. Acesso em: 20 jun. 2018.

TAMS, Rafael Argenta. A progressividade constitucional dos impostos sobre a renda, o consumo e o patrimônio: o caso do ICMS sobre as cestas básicas. 2010. 85 f. Trabalho de Conclusão do Curso de Graduação em Economia, Faculdade de Ciências Econômicas da UFRGS. Porto Alegre, 2010. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/28126/000765753.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 24 abr. 2018.

---

**Recebido em:** 04/02/2019

**Aprovado em:** 11/10/2019

**Como citar este artigo (ABNT):**

BUFFON, Marciano; ANSELMINI, Priscila. Imposto sobre as grandes fortunas: sua relevância social e jurídica à efetivação da justiça fiscal e diminuição das desigualdades no Brasil. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.38, p.XXX-XXX, maio/ago. 2019. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2019/10/DIR38-04.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

# O DIREITO À MORADIA NO ESPAÇO URBANO: VIAS POSSÍVEIS PELO ZONEAMENTO AMBIENTAL E PAGAMENTO POR SERVIÇOS AMBIENTAIS

## THE RIGHT TO HOUSING IN URBAN SPACE: ROUTES POSSIBLE FOR ENVIRONMENTAL ZONING AND PAYMENT FOR ENVIRONMENTAL SERVICES

Sandrine Araujo Santos<sup>1</sup>  
Adir Ubaldo Rech<sup>2</sup>

**RESUMO:** Pretende-se neste artigo analisar parte do problema que permeia as cidades brasileiras, qual seja a necessidade de espaços para moradia, em consonância com a manutenção e preservação ambiental no meio urbano. Neste sentido, considera-se o zoneamento ambiental como instrumento jurídico essencial para o planejamento do uso e ocupação do solo urbano. Por outro lado, há que se ter presente que o espaço urbano também abriga áreas ambientalmente sensíveis, principalmente que comportam matas ciliares e beiras de rios, que vem sendo gradativa e consideravelmente degradadas para cederem espaço a moradias. Por esta razão, considera-se que tais áreas possam ser preservadas a partir da regulamentação do pagamento por serviços ambientais, como forma de compensação, equilíbrio econômico e principalmente para a preservação e manejo adequado dessas áreas essenciais a toda a sociedade, em consonância com a função socioambiental da propriedade. Para proceder-se este estudo, utilizou-se o método dialético, como recurso de investigação do problema e também para a proposta de caminhos possíveis, através de análise documental e bibliográfica.

**Palavras-chaves:** direito à moradia; espaço urbano; pagamento por serviços ambientais; zoneamento ambiental

**ABSTRACT:** This article intends to analyze part of the problem that permeates the Brazilian cities, what is the need of spaces for housing, in consonance with the maintenance and environmental preservation in the urban environment. In this sense, environmental zoning is considered as an essential legal instrument for planning the use and occupation of urban land. On the other hand, it should be borne in mind that the urban space also houses environmentally sensitive areas, mainly with riparian forests and riverbanks, which has been gradually degraded and considerably degraded to give way to housing. For this reason, it is considered that such areas can be preserved from the regulation of payment for environmental services, as a form of compensation, economic balance and mainly for the preservation and adequate management of these essential areas to the whole society, in line with the socio-environmental function of the property. In order to carry out this study, the dialectic method was used as a resource for investigation of the problem and also for the proposal of possible ways, through documentary and bibliographic analysis.

**Keywords:** right to housing; urban space; payment for environmental services; environmental zoning.

1 Doutoranda no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Caxias do Sul. Mestre em Direito pela da Universidade de Caxias do Sul. Membro do Grupo de Pesquisa "Interdisciplinaridade, Cidades e Desenvolvimento: Planejamento Sustentável do Meio Ambiente". Bolsista CAPES. Advogada.

2 Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Coordenador e Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Ambiental da Universidade de Caxias do Sul. Advogado. Parecerista.

## 1 INTRODUÇÃO

Sabe-se atualmente que um dos problemas perenes nas cidades brasileiras envolve a demanda por moradia, deflagrando a necessidade de que para a concretização desse direito, parcelas das cidades precisam ser pensadas e destinadas a este fim para todas as classes sociais. Sabe-se igualmente, que tais espaços precisam ser pensados e estruturados com respeito aos recursos naturais neles agregados.

O que ocorre no momento atual das cidades é que diante da indisponibilidade de locais planejados com valores acessíveis para todas as classes da população, parte dos cidadãos tem ocupado áreas que são ambientalmente sensíveis para construir suas moradias, o que resulta em vários problemas, dos quais cita-se a ausência de segurança das próprias moradias e a degradação do meio ocupado. Apresentar este contexto é o que se pretende no início da abordagem.

E por serem estas preocupações constantes, há que se buscar alternativas diuturnamente. É neste sentido que chama-se atenção aqui para a necessidade de implementação, pelo Poder Público, mais especificamente o municipal, de normas capazes de garantir áreas habitacionais adequadas e de evitar ocupações em locais onde é essencial a preservação dos serviços ambientais, tais como matas ciliares, beiras de rios, entre outros espaços que exercem importante papel na manutenção do equilíbrio da qualidade ambiental das cidades.

O desafio sequencial está em pensar agilmente as cidades para contornar tais dilemas. Nesta perspectiva, quer se demonstrar a relevância de seus Planos Diretores, instrumentos de planejamento coletivo, destacando o potencial do zoneamento ambiental neste contexto a fim de que a ocupação do solo e a preservação do ambiente se deem de maneira segura e sustentável.

No sentido de fortalecer e incentivar a preservação e a sustentabilidade, quer se elencar igualmente enquanto alternativa, instrumentos que implantem o pagamento por serviços ambientais.

Visando observar e retratar a viabilidade destes instrumentos em prol de melhorias na ocupação do território urbano, desenvolveu-se o presente estudo, adotando-se o método dialético, a partir do qual procedeu-se à leitura da realidade, de seus problemas adjacentes, para a análise da pertinência da aplicação de alternativas previstas na doutrina e na legislação, configurando-se, portanto, em pesquisa aplicada, qualitativa, desenvolvida via análise documental e bibliográfica.

## 2 DO DIREITO À MORADIA E DA PROTEÇÃO AMBIENTAL NO ESPAÇO URBANO

Com o aumento da concentração populacional nas cidades brasileiras, sabe-se da necessidade de planejar a ocupação do espaço urbano, assim como de se pensar, manter e proteger espaços ambientalmente sensíveis para que sejam preservadas também as qualidades de seus serviços ecossistêmicos, responsáveis pela manutenção e equilíbrio da vida tanto humana quanto em suas demais formas. Por esta razão analisa-se, nesta seção, vias alternativas para que tais espaços sejam preservados, assim como sejam pensados espaços habitacionais para as classes menos favorecidas.

## 2.1. Da ocupação de áreas impróprias para moradia

A inserção da necessidade de proteção ambiental no texto constitucional, com a designação de Capítulo específico (VI) na Ordem Social (Título VIII), especificamente com o art. 225<sup>3</sup> da Constituição Federal (BRASIL, 1988), faz ascender também a necessidade de caminhos possíveis para um meio ambiente sadio e equilibrado, essencial à qualidade de vida, tanto da população, quanto dos demais seres que compõem o ecossistema.

Ampliam-se assim a busca e a inclusão no ordenamento de instrumentos e legislação garantidores desta proteção, em um cenário de inquietante crise ecológica, em que precisam ser equilibrados interesses sociais, econômicos e políticos, com a preservação do meio ambiente, ou seja, distintos mas equivalentes interesses da coletividade.

Deriva do mencionado artigo constitucional que o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado é um direito de todos, ao passo que sua preservação constitui-se como dever da coletividade e também do Poder Público, a fim de que seus benefícios essenciais estejam disponíveis para as presentes e para as futuras gerações, em cumprimento aos preceitos dos princípios da sustentabilidade, da responsabilidade e da solidariedade intergeracionais.

Buscando atender esse direito-dever, assim como para preservar e conservar os ecossistemas que prestam serviços ambientais essenciais à sociedade, áreas de elevado potencial econômico, urbanístico, paisagístico, turístico, de produção agrícola ou extrativista, exigem legislação protetiva e até que contemple uma previsão de manejo adequado para sua manutenção.

Este é um dos aspectos em que o Estado brasileiro tem demonstrado suas falhas, visto que ao longo dos anos não conseguiu implantar políticas públicas suficientes para atender a demanda de proteção e utilização das áreas com os potenciais acima referidos.

Isso pode ser percebido, no espaço urbano, quando permite, ao mesmo tempo em que não dá opções economicamente viáveis como alternativas, que a população ocupe áreas públicas ou impróprias em matas ciliares, próximas a nascente de rios, áreas de preservação permanente, espaços esses que são essenciais para a preservação e manutenção das formas de vida ali existentes.

Está nítido no contexto brasileiro que a existência da legislação tanto a nível de proibição, quanto a nível de punição, de ocupação dessas não tem se consolidado de maneira satisfatória.

A própria ocupação “ilegal, pobre e predatória” dessas áreas pelas populações de baixa renda, que tem ocorrido com a indulgência do Estado, “está longe de significar uma política de respeito aos carentes de moradia ou aos direitos humanos”. (MARICATO, 2003, p.158).

Além dos aspectos negativos sociais, Maricato esclarece também que

A população que aí se instala não compromete apenas os recursos que são fundamentais a todos os moradores da cidade, como é o caso dos mananciais de água. Mas ela se instala sem contar com qualquer serviço público ou obras de infra-estrutura urbana. Em muitos casos, os problemas de drenagem, risco de vida por desmoronamentos, obstáculos à instalação de rede de água e esgotos torna inviável ou extremamente cara a urbanização futura (sic). (MARICATO, 2003, p.158).

O objetivo aqui não é culpabilizar a população carente de moradia que ocupa essas

---

<sup>3</sup> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

áreas, mas alertar para os aspectos ambientais e econômicos que envolvem as mesmas e poderiam ser potencialmente gerenciados e aproveitados.

Ao nível dos debates teóricos e práticos, sabe-se que é indiscutível a necessidade de se consolidar uma tutela jurídica que conecte a preservação ou conservação de determinados espaços a partir do estabelecimento de normas de ocupação sustentável, em consonância com políticas públicas de acesso à moradia segura, que sejam capazes de solucionar os problemas atuais que impactam os ecossistemas e evitar que novos sejam prejudicados.

Isto porque a manutenção e proteção desses ecossistemas converte-se em benefício de toda a coletividade, face a relevância dos serviços ambientais que prestam como um todo.

Neste rumo, o que se precisa garantir é que tais espaços sejam preservados e recuperados, através de instrumentos jurídicos que sejam capazes de trazer resultados práticos com eficiência e eficácia em busca de melhores condições de vida e de habitabilidade, em alternativa às medidas restritivas e punitivas atuais que sem a presença fiscalizatória do Estado acabam por não realizarem-se.

Diante do contexto hodierno, edificado sobre o modelo capitalista, cujas bases firmam-se no lucro e no resultado como caminhos para o crescimento, o ordenamento jurídico precisa oferecer alternativas capazes de driblar o impasse gerado entre a preservação ambiental e a economia, mesmo porque, até o momento, não se vislumbra outro sistema econômico a ser adotado e aceito.

No cenário de ocupações de áreas ambientalmente sensíveis para moradia, a simples expulsão dos cidadãos dessas áreas não constitui uma alternativa adequada. Há que se pensar e planejar espaços equilibrados e seguros, como via de solução deste impasse.

### **3 ALTERNATIVAS POSSÍVEIS: DO ZONEAMENTO AMBIENTAL E DO PAGAMENTO POR SERVIÇOS AMBIENTAIS**

Dentro desta perspectiva surgem as propostas de zoneamento ambiental e de pagamentos por serviços ambientais, os quais serão abordados a seguir, como medidas que podem ser adotadas em complementariedade, visando a garantia de espaços para concretização do direito à moradia e do tão almejado desenvolvimento sustentável.

#### **3.1 Do zoneamento ambiental: planejar para preservar**

O zoneamento ambiental<sup>4</sup> é um dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente, previstos na Lei nº 6.938/81 (BRASIL, 1981), portanto anterior à própria Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), tendo sido regulamentado posteriormente, pelo Decreto 4.297, de 2002 (BRASIL, 2002), a partir do qual passou a ser chamado de zoneamento ecológico-econômico, denominação equivocada, na visão de Rech e Rech (2016, p. 123).

Para Rech e Rech, o equívoco se deve a possibilidade de interpretação a partir da denominação que caracterizaria o zoneamento apenas como um instrumento permissivo de exploração econômica dos recursos naturais. (RECH, 2016, p. 123)

Na visão dos citados autores, o zoneamento ambiental

[...] deve ser entendido como uma ferramenta de planejamento territorial de proteção do meio ambiente, orientadora do desenvolvimento sustentável. É um norteador do processo de desenvolvimento sustentável, com foco

---

4 Art. 9º - São instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente: I – o estabelecimento de padrões de qualidade ambiental; II – o zoneamento ambiental; (...)

na proteção do meio ambiente e não um instrumento que tem por objeto autorizar a exploração econômica das riquezas naturais. A ocupação em imensos espaços, como nas grandes metrópoles, impossibilita falar em sustentabilidade sem um processo de planejamento ambiental, que envolve todos os municípios-membros. (RECH; RECH, 2016, p.111-112).

É neste sentido que o zoneamento ambiental apresenta-se como uma via de proteção do ambiente em si, dos ecossistemas, das formas de vida, da biodiversidade como um todo, demonstrando-se assim seu caráter ecocentrista em contraponto ao caráter antropocentrista habitualmente adotado. (RECH; RECH, 2016, p. 113).

Este instrumento jurídico contempla não apenas áreas rurais, mas também áreas urbanas, orientando, nessas últimas que a fragmentação das mesmas se dê de forma a prever espaços e índices construtivos que sejam adequados à convivência e a qualidade de vida da população, preocupando-se em

[...] definir o uso e o parcelamento do solo de forma adequada, respeitando as características e potencialidades de cada espaço, observando-se o cumprimento dos princípios e das diretrizes do Plano Diretor, com vistas a assegurar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a construção de uma cidade sustentável, nos aspectos físicos, ambientais, econômicos e sociais. (RECH; RECH, 2010, p. 101)

Nota-se assim a importância do Plano Diretor considerar todos esses aspectos em sua elaboração, uma vez que através dele podem ser definidos os espaços a serem ocupados, assim como aqueles que devem ser resguardados para preservação ambiental e para garantia da segurança para os cidadãos e para o ecossistema.

Por esta razão, defendem Rech e Rech (2010, p.103) que o zoneamento torna-se obrigatório e cogente, constituindo-se em política urbana que deve ser adotada pelos municípios como forma de garantir o direito dos cidadãos ao meio ambiente equilibrado e também uma forma para que o Poder Público cumpra seu dever previsto no art. 225 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) já citado.

Dentre as possibilidades de zoneamento em área urbana defendidas pelos mencionados autores (RECH;RECH, 2010, p.103), estão: a) zonas residenciais puras, b) zonas residenciais mistas, c) zonas residenciais populares (mistas), d) zonas industriais específicas, e) zonas comerciais, f) zonas de atividades noturnas, g) zonas institucionais e de lazer, h) zonas de preservação permanentes ou ambientais, e i) zonas de águas.

Considerando-se esta classificação, acredita-se que os municípios tenham condições de garantir tanto espaços habitavelmente seguros e adequados, quanto espaços em que a proteção seja preconizada, viabilizando até mesmo a implantação de pagamento por serviços ambientais em áreas em que o potencial ecossistêmico deve ser valorizado.

O zoneamento ambiental desta forma, embora não preconize e não se estabeleça em critérios estritamente econômicos, traduz-se como instrumento de planejamento com possibilidade de coadunação entre tais critérios e os ambientais ao se pensar a sustentabilidade do espaço urbano.

Isto porque, a ocupação dos espaços urbanos, para as diversas atividades humanas não pode ser pensada em dissonância da preservação e proteção da biodiversidade, dos ecossistemas, mas sim planejada de forma a atender as demandas dessas atividades, mas também de garantir a preservação destes espaços para que os serviços ambientais deles oriundos não sejam prejudicados e isso pode se dar através do zoneamento, plataforma



base dos Planos Diretores Municipais, pensados democraticamente, com a participação da sociedade a fim de que as normas de ocupação criadas possam ser respeitadas e frutíferas.

Até então, de maneira restrita, o Estado tem se apoiado, ainda que não permanentemente, para preservação ou conservação de áreas de interesse ecológico, ambiental, histórico ou cultural, na desapropriação e não função social da propriedade. Pela desapropriação institucionaliza a intenção de guardar permanentemente as áreas, com medidas punitivas para as intervenções humanas agressoras e descaracterizadoras das áreas. Pela função social da propriedade, visa estabelecer limitações com possibilidade de imposição de penalidades para o caso de descumprimento de tal função ao lado da constante fiscalização.

Todavia, em ambas as situações a proteção ambiental ainda é incipiente, visto que permanecem crescentes as ocupações na ilegalidade, que causam prejuízos aos ecossistemas ambientais, ocasionadas por comportamentos inadequados, tanto dos particulares que invadem ditas áreas, mas essencialmente pelo Estado que não cumpre seu dever de proteger e fiscalizar a proteção ambiental, assim como não prioriza políticas públicas habitacionais para populações de baixa e média renda<sup>5</sup>

Vê-se assim a permanência do conflito entre os interesses econômicos, políticos, sociais e ambientais que exigem a constante evolução dos instrumentos jurídicos para controlar e mitigar as controvérsias deles oriundas no planejamento urbano sustentável.

A preservação e conservação dos ecossistemas, passa pela consolidação de textos legais que incorporem efetivamente a sustentabilidade. E para trilhar esse caminho, dentre as alternativas defendidas teórica e pragmaticamente, em consonância com o zoneamento ambiental, está a valoração dos serviços essenciais à sociedade através dos pagamentos por serviços ambientais.

O planejamento urbano sustentável, viabilizado pelo Plano Diretor, precisa preocupar-se em definir todos os rumos possíveis à cidade, seja pela construção de prédios, indústrias, comércio, hortas urbanas, espaços de lazer, cultura e de contato com os bens ambientais, espaços estes pensados para ocupação ou para preservação, visto que a vida com qualidade e dignidade perpassa por todos esses cenários. Todos esses espaços ocupados ou preservados, porém, tem significativo valor econômico.

Assim, passa-se a analisar o pagamento por serviços ambientais.

### **3.2 Das alternativas via pagamento por serviços ambientais urbanos**

O pagamento por serviços ambientais pode ser entendido pela definição exposta pelo Senado Federal, através da qual se constitui em um

conjunto de processos naturais dos ecossistemas capazes de assegurar a ocorrência da vida no planeta e as condições para as atividades produtivas. O trabalho é realizado pelos ecossistemas, mas a atuação do ser humano para mantê-los ou restaurá-los é considerado parte da tarefa. (BRASIL, 2011)

É possível observar, a partir deste conceito, que a natureza presta serviços essenciais à manutenção da vida, inclusive a do homem, que em pleno funcionamento garantem o funcionamento natural dos ecossistemas. Como exemplos podem ser citados a provisão de oxigênio para desenvolvimento das plantas, proteção das nascentes de água e manutenção do equilíbrio ecológico pelas matas ciliares, a fertilidade do solo, formação das belezas

---

<sup>5</sup> Deixa-se de abordar as edificações de classes mais altas, a exemplo daquelas construídas em praias particulares ou em áreas de preservação permanente, por não serem objeto direto de análise neste trabalho.

naturais, manutenção climática, reprodução de todas as formas de vida, todas essas formas que impactam diretamente a manutenção da vida do homem.

Neste contexto, tem ganhado força a proposta de pagamentos por serviços ambientais, os PSA's, que "tem por finalidade a compensação pelos serviços ecossistêmicos prestados. Dito de outra forma, procura-se remunerar os agentes econômicos envolvidos na conservação de um determinado bem ou serviço ambiental", como esclarece Gullo (2011, p.182).

O que se busca, assim, é viabilizar tal proposta, através de instrumentos legais já existentes ou novos, que tornem mensurável um valor de troca e tornem acessíveis seus pagamentos, o que, poderia funcionar com um incentivo para a ampliação da sua prestação, tendo imprescindivelmente presente a importância dos serviços ambientais para a manutenção e preservação da vida, requerendo um manejo equilibrado da natureza, não baseado no lucro.

Isto é relevante, porque dentre os pontos de vista que afastam a possibilidade de pagamento pelos serviços ambientais estão aqueles que defendem, a partir do próprio teor do art. 225 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) que independente de pagamentos, é dever de todos preservar o meio ambiente. Como afirma Fensterseifer (2008, p.123)

Registra-se que, a partir do comando constitucional do caput do art. 225, a defesa do ambiente pela sociedade civil não se constitui apenas de mero voluntarismo e altruísmo de uns poucos idealistas, mas toma a forma de dever jurídico fundamental, revelando a dupla natureza de direito e dever fundamental da abordagem constitucional conferida à proteção do ambiente.

Assiste razão o entendimento de que também é dever da sociedade civil preservar o meio ambiente, seja ele no espaço urbano ou no espaço rural. Todavia, já tendo exemplos de legislação restritiva e punitiva, que não tem alcançado efetividade na preservação dos recursos naturais, inclusive para evitar a ocupação de áreas urbanas inadequadas a moradia e para convencer o Estado a priorizar políticas habitacionais de amplo acesso, novas alternativas precisam ser consideradas para mitigação dos problemas ambientais.

Sem a renovação dos instrumentos, o próprio Estado em omissão de suas funções essenciais, como a garantia do direito à moradia<sup>6</sup> preconizado na Constituição Federal, vale-se do subterfúgio de que a preservação do meio ambiente é tarefa apenas do cidadão, ignorando suas funções de planejamento e execução da política urbana.

Embora se tenha consciência que a valoração e a precificação dos serviços em si se constituem um problema a ser superado, há que se ter presente que, como esclarece Nusdeo (2013, p.107) que:

Via de regra, o benefício ofertado não corresponde ao valor econômico do serviço ecossistêmico que se visa proteger, pois, além da complexidade que tal avaliação envolve, alguns dos serviços possuem um valor intrínseco, não mensurável em termos econômicos. O valor usualmente corresponde a uma retribuição pelo seu custo de oportunidade e pelos custos incorridos na prática desejada.

Há que se considerar igualmente que instrumentos de compensação econômica podem funcionar como estimuladores da preservação ambiental que, podem ser utilizados inclusive pelo Poder Público, como forma de dar impulso a políticas de uso adequado dos recursos, através da legislação, para possibilitar seu efetivo cumprimento.

Como esclarece Altman, por vezes os instrumentos de comando-e-controle, hoje

---

6 Assim, o art. 6º da Constituição Federal de 1988.

presentes na legislação, podem funcionar de forma negativa à preservação. O autor cita como exemplo a proibição do corte do pinheiro brasileiro, de crescimento espontâneo no Rio Grande do Sul. Segundo o autor, a proibição do corte, fomentou uma cultura popular de não deixar os pinheiros crescerem, pois quando crescidas tais árvores se tornariam problemas com a lei para os proprietários (ALTMANN, 2009, p. 93).

Por esta razão, defende referido autor que, os pagamentos por serviços ambientais nesse caso poderiam converter-se em comando positivo para a preservação da vegetação.

Diante do cenário capitalista atual, exigir dos cidadãos a não utilização de suas propriedades ou bens dela oriundos em prol da preservação ambiental não tem demonstrado eficácia e não parece ter êxito para o futuro, se não forem definidas as devidas compensações econômicas a estes cidadãos, diante custos, por vezes até impraticáveis, para a reposição e conservação dos recursos naturais.

O projeto de lei 5.487/2009, que tramita no Congresso Federal desde 05 de junho de 2009, reconhece o meio ambiente como um prestador de serviços a sociedade e ao Poder Público, sendo que estes deverão definir suas estratégias para valorização e manejo adequado dos serviços ambientais.

Referido projeto já foi alvo de inúmeras críticas, dentre elas a definição dos pagamentos por serviços ambientais como ação voluntária dos cidadãos, podendo ser incentivadas ou não pelo Poder Público. Tal posicionamento pode manter o Poder Público na mesma esteira em que se encontra atualmente, em omissão de suas funções de planejar e executar a proteção dos recursos naturais.

O êxito da implantação dos pagamentos por serviços ambientais depende também do posicionamento do Poder Público, ao assumir seu papel de regulador da atividade econômica. Como afirma Sarlet (2010, p.22)

O Estado Socioambiental de Direito, longe de ser um Estado “Mínimo”, é um Estado regulador da atividade econômica, capaz de dirigi-la e ajustá-la aos valores e princípios constitucionais, objetivando o desenvolvimento humano e social de forma ambiental sustentável. O princípio do desenvolvimento sustentável, expresso no art. 170 (inciso VI) da CF88, confrontando com o direito de propriedade privada e a livre iniciativa (caput e inciso II do art. 170), também se presta a desmitificar a perspectiva de um capitalismo liberal-individualista em favor de sua leitura à luz dos valores e princípios constitucionais socioambientais.

Nota-se assim que se centra no Estado além do dever de garantir a preservação dos ecossistemas, também a função regulatória da atividade econômica, exigindo-lhe definir quais as vias para garantir os direitos fundamentais aos cidadãos, que passam certamente pela adequação dos espaços para a sadia qualidade de vida.

Neste sentido, o pagamento por serviços ambientais pode auxiliar nos dois aspectos, convergindo interesses do Estado com interesses dos cidadãos, visto que a partir de então haveria um caminho para preservação dos ecossistemas, assim como uma retribuição econômica para aquele que preserva estes espaços, que prioriza o manejo sustentável dos bens e serviços prestados pela natureza ao contrário do que se observa atualmente, em que a exploração em determinados espaços se dá de forma livre enquanto aos que preservam não se oferecem incentivos.

Este seria também um caminho viável diante da inviabilidade de que o Poder Público promova a desapropriação de todas áreas onde se verificam a prestação de serviços ambientais essenciais a toda a sociedade, assumindo a propriedade das mesmas. Além dos aspectos financeiros, se fomentaria a habitual ideia de que tudo que pertence ao Estado seria de todos

e de ninguém ao mesmo tempo, dificultando a vigilância para a preservação dessas áreas.

Diante do preceito constitucional de que a propriedade não é absoluta, devendo cumprir sua função socioambiental, tem o Poder Público, através do planejamento para restrição de uso e ocupação do solo, uma via mais efetiva para o exercício de suas funções executórias e fiscalizatórias.

Este caminho poderia viabilizar a solução de problemas habitacionais para as classes menos favorecidas, que diante da falta de planejamento de espaços para moradias com custo acessível se vê obrigada a ocupar áreas ambientalmente sensíveis, como as encostas, beiras de rios, entre outros espaços, que interferem na preservação de matas ciliares, preservação de nascentes entre outros serviços ambientais e mais do que isso não garantem conservação dos espaços e segurança da vida e da dignidade destes cidadãos.

Adequada, neste sentido a afirmação de Rech e Rech (2010, p.32)

As normas urbanísticas não contemplam os pobres, que normalmente não têm condições de adquirir um terreno regular nas nossas cidades, pois não há espaços planejados para os desiguais, porque as normas urbanísticas, que deveriam se pautar pelo princípio da sustentabilidade social e ambiental, são norteadas pelo direito imobiliário, cujo objetivo é o lucro e, em consequência disso, as ocupações irregulares têm sido uma das principais causas da degradação ambiental e a violação de direitos fundamentais.

Percebe-se assim que o próprio Estado ainda trata parte de seus cidadãos como simples objetos ideológicos e para alcance de interesses políticos e não efetivamente como cidadãos, omitindo-se com relação a função socioambiental da propriedade.

Referida função, que pode estabelecer-se como restrição e limitação da forma de uso e/ou desuso das propriedades por seus proprietários, em prol do melhor aproveitamento dos espaços para evitar-se a degradação ambiental, em uma visão alargada precisaria contemplar também as compensações aos proprietários que preservam suas áreas para toda a sociedade como medida socioambiental.

Como esclarece Sarlet,

Com relação à pedra estruturante do sistema capitalista, ou seja a propriedade privada, os interesses do seu titular devem ajustar-se aos interesses da sociedade e do Estado, na esteira das funções social e ecológica que lhes são inerentes. (SARLET, 2010, p. 22)

Observando-se a propriedade neste sentido, como pedra estrutura da sociedade, uma alternativa viável para superação da crise ambiental e urbanística passa pela valorização da prestação dos serviços ambientais, através de instrumentos compensatórios tanto pela preservação quanto pelo receio da perda da propriedade, que incentivem e obriguem proprietários para colaborarem com a preservação e manutenção dos ambientes naturais que prestam serviços essenciais para toda a sociedade, como forma de ajuste dos interesses conflitantes.

Considera-se também que este instrumento seja relevante no sentido de aproximar os cidadãos da política urbana, como uma forma possível de participação popular que fomente a consciência da importância coletiva das propriedades assim como a preservação dos espaços.

Neste sentido de envolvimento dos cidadãos, pode-se mencionar importante princípio que estrutura o pagamento por serviços ambientais, o princípio do protetor-recebedor.

Preconiza Furlan (2010, p.213), que “o princípio do protetor-recebedor está relacionado ao princípio da participação, na medida em que, ao estimular um comportamento social útil,

incentiva-se uma maior participação da sociedade”.

Como exposto por Furlan (2010, p.213), é essencial que os cidadãos sejam estimulados e não apenas obrigados a cumprirem legislações impostas, para que se alcance uma efetiva proteção ambiental.

Esta possibilidade de participação reveste-se de significativa importância tanto pelo despertar da consciência ecológica, quanto pelo incentivo dos cidadãos a participarem da tomada de decisões dos espaços em que convivem, constituindo os necessários processos democráticos de envolvimento e gestão conjunta entre Poder Público e sociedade.

Desta forma, entende-se como viável e imperiosa a adoção do pagamento por serviços ambientais também como forma de melhor uso e ocupação do solo urbano, evitando-se que novas áreas de relevante potencial ambiental sejam degradadas pelo desprezo de seus proprietários em cumprir o que preceitua a legislação ambiental.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante do atual contexto de ocupação das cidades, observa-se que a política urbana precisa estar constantemente preocupada em atender as diversas demandas sociais, dentre as quais encontram-se a necessidade de espaços para moradia e a necessidade de preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações, em atendimento aos princípios da solidariedade, responsabilidade e sustentabilidade.

Considerando tais aspectos, com o aporte doutrinário e legal analisado, defende-se que o Poder Público, principalmente no âmbito municipal, defina através de seus Planos Diretores, espaços que contemplem ambos os aspectos. Entre as vias exequíveis, destaca-se que isto seja possível na prática, a partir do zoneamento ambiental, instrumento que inserido ao Plano Diretor vai contribuir para que sejam evitadas novas ocupações em áreas ambientalmente sensíveis, visando tanto a proteção ambiental, quanto a proteção da vida humana que habita essas áreas em situação de risco.

Além disso, essas áreas ambientalmente sensíveis, destacando-se aqui as matas ciliares e as beiras de rios, espaços comuns em muitas das cidades brasileiras, tem função basilar para a manutenção do equilíbrio dos ecossistemas, essencial tanto para a manutenção da vida humana quanto das demais espécies.

Desta forma, embora o zoneamento ambiental não priorize e não se constitua em critérios estritamente econômicos, pode edificar-se como instrumento de planejamento com possibilidade de coadunação entre tais critérios e os ambientais ao se pensar a sustentabilidade do espaço urbano.

Como caminho de fortalecimento e incentivo desta preservação, julga-se diante da análise, que é possível conciliar o zoneamento ambiental com os pagamentos por serviços ambientais, visto que embora tenham suas funções distintas, podem ser pensados em complementariedade, visando o bem maior da coletividade.

Observa-se também que é o Poder Público o responsável pela gestão pública, seja através do estabelecimento de instrumentos que interfiram na ordem econômica, seja para propor instrumentos que definam de forma efetiva e eficiente a proteção dos recursos naturais, salvaguardando os ecossistemas e contribuindo para a ampliação da consciência ecológica.

Por esta razão, percebeu-se que também no ambiente urbano, o pagamento por serviços ambientais configura-se viável como medida de compensação e equilíbrio financeiro para os mantenedores das áreas que guardam importante função ambiental, em prol de um objetivo maior que é a manutenção e proteção destes espaços que são essenciais para toda a sociedade e podem contribuir consideravelmente para a consolidação de um planejamento equilibrado e sustentável das cidades, que não pode mais ser adiado.



## REFERÊNCIAS

ALTMANN, Alexandre. O desenvolvimento sustentável e os serviços ambientais. In.: RECH, Adir U.; ALTMANN, Alexandre. *Pagamento por serviços ambientais: imperativos jurídicos e ecológicos para a preservação e restauração das matas ciliares*. Caxias do Sul, RS: Educs, 2009.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil (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: 27 ago. 2018.

BRASIL. *Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981*. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm)>. Acesso em: 27 ago. 2018.

BRASIL. *Decreto nº 4.297, de 10 de julho de 2002*. Regulamenta o art. 9º, inciso II, da Lei no 6.938, de 31 de agosto de 1981, estabelecendo critérios para o Zoneamento Ecológico-Econômico do Brasil - ZEE, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4297.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4297.htm)>. Acesso em: 27 ago. 2018.

BRASIL. Senado Federal. *Serviços Ambientais*. 2011. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/codigoflorestal/infograficos/servicos-ambientais>>. Acesso em: 27 ago. 2018.

FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos fundamentais e proteção do ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FURLAN, Melissa. *Mudanças climáticas e valoração econômica da preservação ambiente: Pagamento por serviços ambientais e o princípio do protetor-recebido*. Curitiba: Juruá, 2010.

MARICATO, Ermínia. Metrópole, legislação e desigualdade. In.: *Estudos avançados 17 (48)*, 2003. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/eav/article/view/9928>>. Acesso em: 27 ago. 2018.

NUSDEO, Ana Maria. Pagamento por serviços ambientais. Do debate de política ambiental à implementação jurídica. In.: LAVRATTI, Paula; TREJEIRO, Guillermo (Orgs.). *Direito e mudanças climáticas: Pagamento por Serviços Ambientais, fundamentos e principais aspectos jurídicos*. São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, 2013.

RECH, Adir Ubaldo; RECH, Adivandro. *Direito urbanístico*. Caxias do Sul: Educs, 2010.

RECH, Adir Ubaldo; RECH, Adivandro. *Cidade sustentável, direito urbanístico e ambiental: instrumentos de planejamento*. Caxias do Sul: Educs, 2016.

RECH, Adir Ubaldo; ALTMANN, Alexandre. *Pagamento por serviços ambientais*. Caxias do Sul: Educs, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Estado socioambiental e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

---

**Recebido em:** 16/07/2019

**Aprovado em:** 13/11/2019

### Como citar este artigo (ABNT):

SANTOS, Sandrine Araujo; RECH, Adir Ubaldo. O direito à moradia no espaço urbano: vias possíveis pelo zoneamento ambiental e pagamento por serviços ambientais. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.38, p.72-82, maio/ago. 2019. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2020/01/DIR38-05.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.



# **PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA EM INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (IRDR): UMA ANÁLISE A PARTIR DE IRDR SUSCITADO PELA SAMARCO**

## **DEMOCRATIC PARTICIPATION IN THE REPETITIVE DEMAND RESOLUTION INCIDENT (IRDR): AN ANALYSIS FROM IRDR FILED BY SAMARCO**

**Émilien Vilas Boas Reis<sup>1</sup>**  
**Leonardo Cordeiro de Gusmão<sup>2</sup>**

**RESUMO:** Investiga-se, neste trabalho, como deve ser exercido o contraditório e a ampla defesa em IRDR, à luz do Estado Democrático de Direito. Para tanto, consideram-se algumas decisões proferidas no IRDR nº 1.0273.16.000131-2/001, suscitado pela mineradora Samarco em consequência às milhares de ações indenizatórias ajuizadas em razão dos danos individuais proporcionados pelo rompimento da barragem de Fundão, por meio das quais não se permitiu a participação de parte do processo que deu origem ao incidente, e também, das partes dos processos repetitivos afetados. Na pretensão de alcançar o objetivo traçado, promove-se uma pesquisa qualitativa, descritiva e explicativa, conduzida mediante método dedutivo com raciocínio jurídico-teórico, a partir de fontes documentais, bibliográficas e legislativas. Após uma síntese das referidas decisões, fez-se uma análise jurídica de como deve ser exercido o contraditório em IRDR, a partir de dispositivos legais e constitucionais, considerando o ideal de democracia participativa. Sob tal contexto, chegou-se à conclusão de que o contraditório ampliado é indispensável à preservação da legalidade e da constitucionalidade do IRDR, de modo que as decisões proferidas no IRDR suscitado pela Samarco não se revelam coerentes com o ordenamento jurídico brasileiro, por impedir a participação democrática em âmbito processual, inviabilizando a obtenção de um processo justo.

**Palavras-chave:** desastre ambiental da samarco; incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR); estado democrático de direito; direito ao contraditório; processo justo.

**ABSTRACT:** It's investigated, in this work, how the contradictory and ample defense should be exercised in IRDR, in the light of the Democratic State of Law. It'll be considered some decisions pronounced in IRDR nº 1.0273.16.000131-2/001, filed by the mining company Samarco as result of the thousands of lawsuits filed as consequence of individual damages caused by the rupture of the Fundão dam, through which didn't allow the participation of part of the process that gave rise to the incident, and also of the parts of the repetitive processes affected. In order to reach the goal outlined, a qualitative, descriptive and explanatory research is conducted, using a deductive method with legal-theoretical reasoning, based on documentary, bibliographic and legislative sources. After a summary of these decisions, a legal analysis was made of how the contradictory in IRDR should be exercised, based on legal and constitutional rules, considering the ideal of participatory democracy. In this context, it was concluded that the expanded contradiction is indispensable for the preservation of the legality and constitutionality of the IRDR, so that the decisions rendered in the IRDR filed by Samarco are not consistent with the Brazilian legal system, inhibiting the democratic participation, making it impossible to obtain a fair trial.

**Keywords:** samarco environmental disaster; repetitive demand resolution incident (IRDR); democratic state of law; right to the contradictory; fair process.

<sup>1</sup> Pós-doutor em Filosofia pela Faculdade de Letras da Universidade do Porto (Portugal). Doutor e Mestre em Filosofia pela PUC/RS. Professor de Filosofia e Filosofia do Direito na Graduação na Escola Superior Dom Helder Câmara. Professor nos cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável da Escola Superior Dom Helder Câmara.

<sup>2</sup> Mestre em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável na Escola Superior Dom Helder Câmara. Especialista em Direito Tributário pela Fundação Getúlio Vargas. Advogado.

## 1 INTRODUÇÃO

Investiga-se, no presente trabalho, como deve ser exercido o contraditório e a ampla defesa em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) à luz do Estado Democrático de Direito. Tal investigação se embasará em decisões proferidas no IRDR nº 1.0273.16.000131-2/001<sup>3</sup>, suscitado pela mineradora Samarco, uma vez que não foi permitida a participação de uma das partes de processo escolhido pela suscitante para dar origem ao incidente, ocorrendo o mesmo em relação às partes dos processos repetitivos afetados pela decisão que admitiu a instauração do incidente.

Como hipótese, supõe-se que tanto a legalidade quanto a constitucionalidade do IRDR estão condicionadas à possibilidade de uma ampla participação dos interessados na resolução das questões controvertidas e unicamente de direito em debate, tal como as partes dos processos originários<sup>4</sup> e dos processos repetitivos afetados<sup>5</sup>, sob pena de violação aos direitos fundamentais ao contraditório e à ampla defesa, basilares à preservação da democracia em âmbito processual. Se confirmado tal raciocínio, revelar-se-á, também, a incoerência jurídica das decisões proferidas no IRDR suscitado pela Samarco.

Na pretensão de alcançar o objetivo traçado, promove-se uma pesquisa qualitativa, descritiva e explicativa, conduzida mediante método dedutivo com raciocínio jurídico-teórico, a partir de fontes documental, bibliográfica, legislativa e jurisprudencial.

Primeiramente, far-se-á uma síntese do IRDR nº 1.0273.16.000131-2/001, o qual foi suscitado pela Samarco em decorrência do ajuizamento de milhares de ações indenizatórias contra a mineradora no estado de Minas Gerais, tendo como causa de pedir os danos morais individuais provocados pelo grave desastre ambiental resultante do rompimento da barragem de Fundão. Serão expostos os fundamentos utilizados em decisões proferidas no referido incidente processual, por meio das quais se impediu a participação de parte de processo originário, além de indeferir a intervenção de terceiros, tais como as partes dos demais processos repetitivos afetados.

Posteriormente, verificar-se-á a coerência jurídica das referidas decisões considerando o teor de dispositivos legais e constitucionais que asseguram o exercício do contraditório e da ampla defesa, em especial aqueles relativos à participação de interessados na solução de IRDR, visando assegurar-lhes um processo justo, condizente com o Estado Democrático de Direito.

## 2 O IRDR SUSCITADO PELA SAMARCO E OS FUNDAMENTOS DAS DECISÕES QUE IMPEDIRAM A PARTICIPAÇÃO DE PARTES DE PROCESSO ORIGINÁRIO E DE PROCESSO REPETITIVO AFETADO

O desastre ambiental provocado pelo rompimento da barragem de Fundão, pertencente à mineradora Samarco<sup>6</sup>, ocorrido em novembro de 2015 no município de Mariana/MG, ganhou notoriedade no cenário nacional e internacional em razão da notória gravidade de seus

3 Oportuno informar que o IRDR nº 1.0273.16.000131-2/001, anteriormente estava cadastrado sob o nº 1.0105.16.000.562-2/004, o qual foi distribuído em 21/07/2017. Disponível em: <[https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc\\_resultado2.jsp?tipoPesquisa2=1&txtProcesso=10105160005622004&nomePessoa=&tipoPessoa=X&naturezaProcesso=0&situacaoParte=X&codigoOAB2=&tipoOAB=N&ufOAB=MG&numero=20&select=1&listaProcessos=10105160005622004&tipoConsulta=1&natureza=0&ativoBaixado=X&comrCodigo=0024](https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado2.jsp?tipoPesquisa2=1&txtProcesso=10105160005622004&nomePessoa=&tipoPessoa=X&naturezaProcesso=0&situacaoParte=X&codigoOAB2=&tipoOAB=N&ufOAB=MG&numero=20&select=1&listaProcessos=10105160005622004&tipoConsulta=1&natureza=0&ativoBaixado=X&comrCodigo=0024)>. Acesso em: 09 jun. 2019.

4 Utilizar-se-á do termo “processo originário” para se referir àqueles escolhidos pelo suscitante para dar origem ao IRDR.

5 Chamar-se-ão de processos repetitivos afetados aqueles que não deram origem ao incidente, mas que foram afetados, isto é, sobrestados, em razão da decisão que admitiu a instauração do incidente.

6 A mineradora Samarco é uma *joint venture* constituída pelas mineradoras Vale e BHP Billiton, as quais, por tal razão, são legalmente enquadradas como poluidoras indiretas no desastre ambiental provocado pelo rompimento da barragem de Fundão.

impactos negativos<sup>7</sup>. De acordo com Borges e Maso, “O colapso da barragem de Mariana/Rio Doce é considerada a pior tragédia socioambiental da história brasileira e o caso mais grave de um desastre tecnológico envolvendo uma barragem de resíduos de mineração nos últimos dois séculos<sup>8</sup>” (BORGES; MASO, 2017, p. 72, tradução nossa).

Nos termos do laudo técnico preliminar elaborado e divulgado pelo Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), trata-se de desastre ambiental qualificado como antropogênico, com intensidade de nível IV – máxima gravidade – e, quanto à evolução, pode ser considerado como súbito, uma vez que grande parte de seus efeitos adversos foram experimentados de imediato (IBAMA, 2015).

A barragem de Fundão continha aproximadamente 50 milhões de m<sup>3</sup> de minério de ferro que jorraram em direção ao Rio Doce, onde percorreram aproximadamente 663,2 km até alcançar sua foz no estado do Espírito Santo (IBAMA, 2015). Em relação especificamente à poluição do Rio Doce, o IBAMA salientou que além da contaminação resultante do contato com os rejeitos de minério de ferro oriundos na barragem, devido à força com que o grande volume de lama jorrou na água, ocorreu a suspensão de sedimentos repletos de metais pesados, anteriormente localizados no fundo dos cursos hídricos afetados, o que agravou os impactos (IBAMA 2015).

Alguns dos danos ambientais, sociais e individuais imediatos, provocados pelo desastre ambiental, foram identificados pelo IBAMA em laudo técnico preliminar:

O Ibama está acompanhando a evolução do desastre in loco desde o dia 06/11. Por todo o trajeto, comprovaram-se:

- mortes de trabalhadores da empresa e moradores das comunidades afetadas, sendo que algumas ainda restam desaparecidas;
- desalojamento de populações;
- devastação de localidades e a consequente desagregação dos vínculos sociais das comunidades;
- destruição de estruturas públicas e privadas (edificações, pontes, ruas etc.);
- destruição de áreas agrícolas e pastos, com perdas de receitas econômicas; – interrupção da geração de energia elétrica pelas hidrelétricas atingidas (Candongá, Aimorés e Mascarenhas);
- destruição de áreas de preservação permanente e vegetação nativa de Mata Atlântica;
- mortandade de biodiversidade aquática e fauna terrestre;
- assoreamento de cursos d’água;
- interrupção do abastecimento de água;
- interrupção da pesca por tempo indeterminado;
- interrupção do turismo;
- perda e fragmentação de habitats;
- restrição ou enfraquecimento dos serviços ambientais dos ecossistemas;
- alteração dos padrões de qualidade da água doce, salobra e salgada;
- sensação de perigo e desamparo na população. (IBAMA, 2015, p. 04; 05)

No que tange aos danos individuais, ganha destaque a interrupção do serviço público essencial de fornecimento de água potável encanada. Nesse azo, Mathias e Júnia (2016,

7 No que se refere à intensidade da degradação ambiental, o desastre da Samarco, ocorrido em Mariana/MG no mês de novembro de 2015, segue sendo o mais grave da história do país. No entanto, convém enfatizar que o desastre da Vale, ocorrido em Brumadinho/MG no mês de janeiro de 2019, é o que acarretou em maior número de mortes.

8 “The collapse of the dam in Mariana/Rio Doce, considered to be the worst socio-environmental tragedy in Brazilian history and the most serious case of a technological disaster involving a mining waste dam in the last two centuries”.

[s/p]) destacam que “Mais de 1,2 milhão de pessoas foram atingidas diretamente, a maior parte delas teve o abastecimento de água cortado”.

Como consequência à interrupção do serviço público de fornecimento de água potável encanada, foram ajuizadas milhares de ações com pedidos de indenização por danos morais em desfavor não apenas da Samarco, mas também de suas acionistas, Vale S.A. e BHP Billiton LTDA. De acordo com informações prestadas pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) foram distribuídas aproximadamente 100 mil ações judiciais (MINAS GERAIS, 2018a).

Essas ações indenizatórias têm como fundamento não apenas os artigos 186 e 927 do Código Civil de 2002 (CC/02), mas também o § 3º do artigo 225 da CRFB/88 e o § 1º do artigo 14 da Lei 6.938/81, que asseguram a responsabilidade objetiva e integral do poluidor – direto e indireto – pelos danos decorrentes da degradação ambiental (BRASIL, 1981; 1988; 2002).

Significa que o poluidor pode ser responsabilizado nas esferas cível, administrativa e penal. Ademais, estará obrigado a reparar, independentemente de culpa e sem a possibilidade de excludentes de responsabilidade, tanto os danos coletivos – ambientais e sociais – quanto os individuais decorrentes da poluição, uma vez que no “ordenamento jurídico é consenso que os riscos da atividade potencialmente causadora de danos deverão ser internalizados no processo produtivo” (BEDRAN; MAYER, 2013, p. 83).

Nesse sentido é firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, como se observa em trechos da ementa do Recurso Especial Repetitivo nº 1.374.284/MG, julgado em 27/08/2014 mediante relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão.

[...] 1. Para fins do art. 543-C do Código de Processo Civil: a) a responsabilidade por dano ambiental é objetiva, informada pela teoria do risco integral, sendo o nexó de causalidade o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato, sendo descabida a invocação, pela empresa responsável pelo dano ambiental, de excludentes de responsabilidade civil para afastar sua obrigação de indenizar; b) em decorrência do acidente, a empresa deve recompor os danos materiais e morais causados e c) na fixação da indenização por danos morais, recomendável que o arbitramento seja feito caso a caso e com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível socioeconômico do autor, e, ainda, ao porte da empresa, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de modo que, de um lado, não haja enriquecimento sem causa de quem recebe a indenização e, de outro, haja efetiva compensação pelos danos morais experimentados por aquele que fora lesado [...] (BRASIL, 2014, [s/p], grifos nossos)

Sob a alegação de que nas sentenças proferidas em diversas ações indenizatórias haveria divergências versando sobre matéria unicamente de direito – incluindo a definição do valor da indenização por danos morais –, e que tal situação colocaria em risco a isonomia e a segurança jurídica, a mineradora Samarco suscitou pela instauração do IRDR nº 1.0273.16.000131-2/001<sup>9</sup>, sendo o incidente admitido pela 2ª Seção Cível do TJMG – decisão identificada no documento eletrônico nº 01 (MINAS GERAIS, 2018b).

Oportuno ressaltar que aos Tribunais cabe manter sua jurisprudência estável,

---

9 Oportuno informar que o IRDR nº 1.0273.16.000131-2/001, anteriormente estava cadastrado sob o nº 1.0105.16.000.562-2/004, o qual foi distribuído em 21/07/2017. Disponível em: <[https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc\\_resultado2](https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado2)>.

coerente e íntegra. Em outras palavras, devem garantir segurança jurídica (estabilidade) e isonomia jurídica (coerência) aos jurisdicionados. Compete-lhes, também, preservar a integridade do direito, o que exige, de modo que o provimento jurisdicional decorrerá de “uma construção argumentativa lógica e integrada ao conjunto do Direito, estabelecendo garantias contra os absurdos, tal como evita-se surpresas por causa de interpretação pessoal do julgador” (FERRI; OKANO; WANZELER JÚNIOR, 2018).

Em tal contexto, faz-se relevante esclarecer que o IRDR é um instrumento processual por meio do qual se objetiva promover a pacificação de múltiplos litígios que versem sobre a mesma questão unicamente de direito e, com isso, garantir segurança e isonomia jurídica mediante a fixação de teses jurídicas que formarão um precedente de observância obrigatória, isto é, que deve ser observado pelos juízes ao julgarem os processos repetitivos afetados pela decisão que admitiu a instauração do incidente, e também nos futuros processos que tratem da mesma questão controvertida e unicamente de direito que foi objeto de debate no incidente processual (THEODORO JÚNIOR, 2018a).

Apesar da indubitável existência de interesse coletivo envolvido, o IRDR não se confunde com as ações coletivas. Com estas últimas promove-se a reunião de ações singulares, algo que não ocorre com o incidente processual. Neste, será fixada a tese jurídica vinculante aplicável às demandas repetitivas afetadas e, em regra, promover-se-á o julgamento do processo originário – processo de competência originária do Tribunal, recurso ou remessa necessária (BRASIL, 1988).

Em relação especificamente ao IRDR nº 1.0273.16.000131-2/001, convém notar que antes mesmo de sua admissão pelo órgão colegiado, a parte<sup>10</sup> de um dos processos escolhidos pela Samarco para dar origem ao incidente<sup>11</sup> protocolou memoriais na pretensão de demonstrar o não preenchimento dos requisitos cumulativos exigidos pela lei para a instauração do incidente – documentos eletrônicos nº 66/67 (MINAS GERAIS, 2018c). Com a instauração do IRDR, também apresentou manifestação acerca do mérito, oferecendo ao órgão colegiado teses jurídicas alternativas àquelas propostas pela Samarco – documento eletrônico nº 118 (MINAS GERAIS, 2018d).

No entanto, foram inadmitidas as referidas manifestações, apresentadas pela parte de um dos processos que deram origem ao IRDR nº 1.0273.16.000131-2/001. Segundo a fundamentação constante na decisão que julgou os embargos de declaração nº 1.0273.16.000.131-2/004<sup>12</sup> – documento eletrônico nº 10 –, como o referido processo tem tramitação em Juizado Especial, em caráter excepcional não será julgado o seu mérito e,

---

10 Quem protocolou os memoriais relativos ao juízo de admissibilidade foi a parte autora do processo originário nº 0105.16.000562-2, com tramitação no Juizado Especial Cível da Comarca de Governador Valadares/MG

11 Ao observar a petição na qual a Samarco pediu pela instauração do IRDR nº 1.0273.16.000.131-2/001, percebe-se que o incidente se originou de dois processos distintos: processo nº 0105.16.000562-2, com tramitação no Juizado Especial Cível da Comarca de Governador Valadares/MG; e o processo 0273.16.000131-2, que tramitou na Vara Única da Comarca de Galileia/MG, cuja sentença foi impugnada por meio de apelação interposta pela Samarco, tendo sua tramitação pela admissão do IRDR antes mesmo da apresentação de contrarrazões pela parte autora.

12 Os embargos de declaração nº 1.0273.16.000.131-2/004 foram inicialmente decididos de forma monocrática pelo relator, embora tenham sido apresentados contra acórdão proferido nos embargos de declaração nº 1.0273.16.000.131-2/002, que por sua vez foram interpostos contra o acórdão que admitiu a instauração do incidente. Posteriormente, ao julgar o Agravo Interno nº 1.0273.16.000.131-2/016, o relator promoveu juízo de retratação para reconhecer a nulidade da decisão monocrática proferida nos embargos de declaração nº 1.0273.16.000.131-2/004, os quais, conseqüentemente, serão julgados pela 2ª Seção Cível – julgamento iniciado dia 20/05/2019, interrompido devido a pedido de vista realizado por desembargador. De todo modo, os fundamentos constantes na decisão monocrática, proferida nos embargos de declaração nº 1.0273.16.000.131-2/004, serão avaliados no presente trabalho com a pretensão de alcançar o objetivo proposto.



por tal motivo, a parte (suscitada) do processo originário é parte do incidente e não pode se participar na pretensão de contribuir para a formação das teses jurídicas:

Afição que no presente IRDR, tendo em vista a particularidade de ter se originado do Juizado Especial, não há causa piloto, constituindo exceção a regra geral, sendo prova disso o fato de que a 2ª Seção não irá julgar qualquer recurso alusivo ao tema do IRDR. Haverá pronunciamento tão somente quanto a tese a ser fixada.

O sujeito que figura como parte da causa piloto pode se manifestar no IRDR, porque ocorrerá o julgamento de seu processo conjuntamente com o incidente. Contudo, na espécie, isso não irá acontecer. Assim, o direito deduzido decorrente da causa-piloto não se aplica ao caso por absoluta impertinência. Logo, a parte ora petionária não é parte do presente incidente, seja porque não se aplica ao caso o conceito de causa piloto e suas decorrências, seja porque não o instaurou. Somente se pode atribuir tal condição a Samarco, pois fora quem o manejou.

[...]

Logo, não pode a parte ora embargante intervir no presente IRDR, pois não é parte e, tampouco, preenche os requisitos para intervir como terceiro. (MINAS GERAIS, 2019a, p. 04; 07)

Atente-se, portanto, que segundo o posicionamento alhures, a participação de parte (suscitada) de processo escolhido pela suscitante para dar origem ao IRDR – no caso, pela Samarco –, fica condicionada à possibilidade do julgamento de seu mérito pelo órgão colegiado. Entendeu-se que por se tratar de processo distribuído perante Juizado Especial, como o órgão colegiado do TJMG não possui competência para julgá-lo em consonância com o parágrafo único do artigo 978 do CPC, somente a parte do processo originário que suscitou pela instauração do incidente (suscitante) pode participar do procedimento e, portanto, apenas ela pode influenciar na formação da tese jurídica vinculante.

No que se refere à parte adversa do processo originário (suscitada), compreendeu-se que ela não poderá se manifestar acerca do juízo de admissibilidade ou, ainda, sobre as teses jurídicas que serão firmadas na segunda fase do incidente. Por fim, ponderou-se que também não seria viável sua participação na qualidade de terceiro interessado, haja vista o não preenchimento dos requisitos necessários – inexistência de interesse jurídico.

Além do mais, também foi indeferido monocraticamente pelo relator, no IRDR em comento, o pedido de intervenção de terceiro formulado por parte<sup>13</sup> de um dos processos repetitivos afetados, sendo inadmitida, por consequência, a manifestação por ela protocolada na pretensão de propor teses jurídicas que fariam contraponto àquelas sugeridas pela Samarco. Vejam-se, adiante, trechos da decisão<sup>14</sup> que indeferiu o pedido de intervenção –

---

13 O pedido de intervenção de terceiros foi formulado pela parte autora do processo nº 0105.16.000254-6, que foi suspenso pela decisão que admitiu a instauração do incidente, e que estará vinculado às teses jurídicas que serão fixadas com o advento do julgamento do mérito do IRDR.

14 Contra a decisão monocrática que indeferiu o pedido de intervenção de terceiros foi apresentado o Agravo Interno nº 1.0273.16.000131-2/008, que foi inicialmente inadmitido mediante decisão monocrática do relator. Como consequência, foram apresentados os embargos de declaração nº 1.0273.16.000131-2/010, os quais também foram inadmitidos por decisão monocrática do relator. Posteriormente o relator, de ofício, cassou a decisão monocrática que inadmitiu o Agravo Interno nº 1.0273.16.000131-2/008 em razão da necessidade de submetê-lo à apreciação do órgão colegiado. Por fim, o órgão colegiado não deu provimento ao aludido recurso, não tendo sido o acórdão publicado até o momento. Para o presente trabalho serão analisados os fundamentos empregados pelo relator na decisão monocrática em que indeferiu o pedido de intervenção, a despeito do conteúdo do acórdão do Agravo Interno, que ainda será publicado.



documento eletrônico nº 284 do IRDR nº 1.0273.16.000131-2/001:

No caso em análise a parte ora petionária não apresenta qualquer tipo de interesse jurídico direto ou indireto quanto à questão controvertida. Na verdade, tendo em vista a identidade de causa de pedir remota entre sua Ação e a que se originou o presente IRDR, entende haver interesse que ampararia a intervenção. Na verdade, tal interesse tem conotação meramente subjetiva e econômica, pois, estando sua Ação abarcada pelo objeto do presente IRDR, o seu desate influenciará naquela, mas disso não se apura interesse jurídico, pois não há vinculação direta ou indireta entre a questão controvertida na Ação que originou o IRDR e o direito que a parte ora petionária julga ser titular. As pretensões deduzidas em cada ação são semelhantes, mas isso, por si só, não dá direito a promover a pretendida intervenção de terceiro.

O ora asseverado não se trata de mera conjectura técnica, pois, acaso se entenda diferentemente, na hipótese em comento, a qual abarca dezenas de milhares de Ações, mesmo se apenas ínfima parte dos autores dessas pretenderem intervir no processo, o procedimento se tornará inviável, pois representará algumas centenas de manifestações.

Noto, inclusive, que esse é o entendimento do STJ sobre a questão em tela, o qual fora exteriorizado em sede de julgamento repetitivo em que se analisou pedido de intervenção de parte que teve seu processo sobrestado por decisão emanada de recurso submetido à sistemática do recurso repetitivos, REsp nº 1.418593/MS, julgado pelo Segunda Seção, de relatoria do ilustre Ministro Luís Felipe Salomão, em 14/05/2014 [...] (MINAS GERAIS, 2019b, p. 03; 04)

Observe-se que o pedido de intervenção de terceiro foi indeferido, primeiramente, sob o argumento de que as partes dos processos repetitivos afetados não possuem interesse jurídico para se manifestar sobre as teses jurídicas que serão fixadas pelo órgão colegiado, apesar de sua observância obrigatória nas respectivas sentenças.

De resto, ponderou-se que uma eventual intervenção de parte de algum dos milhares de processos repetitivos afetados acarretaria em risco à viabilidade do incidente, tendo em vista a possibilidade de múltiplos pedidos de intervenção (MINAS GERAIS, 2019b). Para fundamentar tal alegação, foi citado entendimento *obiter dicta*<sup>15</sup> firmado em precedente de 2014, relativo ao julgamento do Recurso Especial Repetitivo nº 1.418.593/MS, ocasião em que foi reconhecida a possibilidade de indeferimento de pedido de intervenção de terceiro em recurso especial repetitivo, com fulcro na regra constante no § 4º artigo 543-C do Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73) (MINAS GERAIS, 2019b).

Como consequência às decisões supracitadas, tanto a parte suscitada do processo originário quanto as partes dos processos repetitivos afetados ficaram impedidas de realizar sustentação oral em conformidade com a regra contida na alínea “b”, inciso II, do artigo 984 do Código de Processo Civil de 2015 (CPC) (BRASIL, 2015).

Adiante, avaliar-se-á a coerência jurídica dos fundamentos constantes nas referidas decisões, as quais limitaram o debate no IRDR nº 1.0273.16.000131-2/001, impedindo a participação da parte suscitada do processo originário e das partes dos processos repetitivos afetados.

---

15 Fundamentos que não compõem a *ratio decidendi* da decisão, ou seja, são fundamentos paralelos àqueles utilizados para a questão decidida.

### **3 O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A PARTICIPAÇÃO DE INTERESSADOS EM IRDR**

#### **3.1. O julgamento do caso-piloto que deu origem ao IRDR e a participação de interessados**

No IRDR nº 1.0273.16.000131-2/001, suscitado pela Samarco, o relator não permitiu a participação de parte de processo originário com tramitação em Juizado Especial, primeiramente sob o argumento de que ele não seria parte do incidente, uma vez que o órgão colegiado não teria competência para julgar o mérito de sua ação em consonância com a exegese do parágrafo único do artigo 978 do CPC. Nesse sentido, posteriormente o equiparou àqueles que figuram como parte nos processos repetitivos afetados, compreendendo que a intervenção destes últimos não seria possível em razão da ausência de interesse jurídico. Sob tal perspectiva também indeferiu o pedido de intervenção de terceiro formulado por parte de um dos processos repetitivos afetados pela decisão que admitiu a instauração do incidente.

Nesse azo, surgem relevantes questionamentos que precisam ser respondidos: a) a participação de parte de processo originário em IRDR está condicionada ao julgamento do mérito de seu processo, nos termos do parágrafo único do artigo 978 do CPC? b) as partes dos processos repetitivos afetados, que são aqueles cuja tramitação é suspensa pela decisão que admite a instauração do IRDR, têm interesse jurídico nas teses jurídicas que serão fixadas, de modo a justificar sua intervenção e efetiva participação no incidente?

Em princípio, na pretensão de responder às perguntas formuladas no parágrafo anterior, compete trazer à tona as lições de Cunha e Didier Jr. (2017), revelando a existência de dois sistemas distintos destinados à resolução de causas repetitivas: causa-piloto ou causa-modelo. No primeiro sistema (causa-piloto), ao fixar a tese jurídica o órgão colegiado profere o julgamento do processo escolhido para dar origem ao incidente numa espécie de julgamento por amostragem, ou seja, evidenciando como se dará a aplicação da tese vinculante no caso concreto que lhe deu origem (CUNHA; DIDIER JR., 2017). Por sua vez, no outro sistema (causa-modelo), o órgão colegiado apenas estabelece as teses jurídicas sem analisar o mérito dos processos que foram indicados para demonstrar a existência de divergência quanto à determinada questão de direito (CUNHA; DIDIER JR., 2017).

Resta, agora, averiguar qual sistema foi adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, considerando o microssistema normativo aplicável ao IRDR, identificado no artigo 928 do CPC (BRASIL, 2015). De acordo com o parágrafo único do artigo 978 do CPC: “O órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente” (BRASIL, 2015, [s/p]). Da norma regra em evidência extrai-se com clareza a obrigação imposta ao órgão colegiado pelo legislador, incumbindo-lhe de julgar o mérito da ação escolhida pelo suscitante para dar origem ao incidente, além de fixar a tese jurídica vinculante.

Por tal razão a existência de causa pendente no Tribunal se faz imprescindível para instauração do incidente conforme preceitua o Enunciado nº 344 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): “A instauração do incidente pressupõe a existência de processo pendente no respectivo tribunal” (FPPC, 2017, p. 47). Portanto, como regra o ordenamento jurídico brasileiro incorporou o sistema de resolução de demandas repetitivas fundamentado na causa-piloto (ou caso-piloto).

Esse também é o posicionamento adotado pelos processualistas Cunha e Didier Jr., que ainda destacaram como única exceção à regra – em que se adotará o sistema da causa-

modelo – a hipótese em que a parte desiste do processo originário, consoante § 1º do artigo 976 do CPC:

Quanto ao IRDR, cumpre observar o disposto no parágrafo único do art. 978, segundo o qual “O órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente”. Já se percebe que o tribunal, no IRDR, julga a causa e fixa o entendimento a ser aplicável aos demais casos repetitivos. Trata-se, então, também, de uma causa-piloto, e não de uma causa-modelo. Ainda que não houvesse o texto do parágrafo único do art. 978 do CPC, haveria aí uma causa-piloto, pois não é possível que o IRDR seja instaurado sem que haja causa pendente no tribunal. Sendo o IRDR um incidente, é preciso que haja um caso tramitando no tribunal. A *instauração do IRDR*, repita-se, pressupõe a existência de uma causa no tribunal, assim como a *instauração do incidente para julgamento de recurso extraordinário e especial repetitivo pressupõe a existência de um deles no âmbito do tribunal superior*.

[...]

Quando houver desistência, o IRDR ou o recurso repetitivo pode prosseguir para definição da questão comum. A propósito do IRDR, assim dispõe o § 1º do art. 976 do CPC: “A desistência ou o abandono do processo não impede o exame do mérito do incidente”. Relativamente aos recursos repetitivos, enuncia o parágrafo único do art. 998 do CPC: “A desistência do recurso não impede a análise de questão cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida e daquela objeto de julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos”.

Nesses casos, ocorre uma exceção à regra geral, caracterizando-se uma hipótese de causa-modelo. (CUNHA; DIDIER JR., 2017, 316- 318, grifos no original)

Convém destacar, aliás, que o sistema de causa-piloto também se aplica aos recursos especial e extraordinários repetitivos, por consequência à norma regra constante no § 4º do artigo 1.037 do CPC, que informam a obrigação de julgamento dos recursos afetados. Nas palavras de Cunha e Didier Jr. (2017, p. 316), “No sistema brasileiro, os recursos especial e extraordinário repetitivos são processados e julgados como *causa-piloto*”, ou seja, “Julgados os recursos paradigmas, decidem-se as causas neles contidas (causas-piloto) e, ao mesmo tempo, fixa-se a tese a ser aplicada a todos os demais processos que ficaram sobrestados” (CUNHA; DIDIER JR., 2017, p. 316).

Percebe-se, pois, que o microsistema normativo destinado ao julgamento de casos repetitivos e aquele voltado à formação de precedentes de obrigatórios incorporaram o modelo de causa-piloto como regra – que exige o julgamento do mérito do processo originário –, sendo aplicável tanto aos recursos especial e extraordinário repetitivos quanto ao IRDR. Nesses termos, a 1ª Seção Cível do TJMG inadmitiu a instauração do IRDR nº 1.0000.18.074264-5/001 devido à inexistência de causa pendente de julgamento no Tribunal, uma vez que já tinha ocorrido o julgamento do recurso de apelação que lhe deu origem:

[...] 1. Tratando-se o IRDR de um incidente, deverá ser instaurado em processo que esteja em curso no tribunal, não sendo admissível sua instauração em processos repetitivos que tramitam em primeiro grau de jurisdição, vez que impediria o cumprimento do disposto no parágrafo único do art. 978 do CPC/15, tendo em vista que o mesmo órgão que fixa a tese jurídica tem a competência para o julgamento do recurso, da remessa necessária ou do processo de competência originária que originou o incidente. 2. No presente

caso, ainda que se reconheça que não há prazo para a suscitação de IRDR, mostra-se incabível a suscitação do presente incidente após o julgamento da apelação interposta, exatamente por já ter sido julgada o recurso, o que impede a aplicação do citado parágrafo único do art. 978 do CPC/15 [...] (MINAS GERAIS, 2018e, [s/p])

Por ocasião do julgamento do Agravo em Recurso Especial 1.470.017/SP, em 15/10/2019, o Superior de Justiça firmou precedente reconhecendo que o IRDR deve ser instaurado a partir de causa pendente de julgamento no Tribunal, visando possibilitar o julgamento de seu mérito nos termos da regra contida no parágrafo único do artigo 978 do CPC. Por tal razão, a Corte Superior entendeu não ser possível a instauração de IRDR quando já tiver ocorrido o julgamento do recurso indicado para lhe dar origem, ainda que existam embargos declaratórios pendentes de julgamento. Vejam-se trechos do Informativo de Jurisprudência nº 0658 de 08 de novembro de 2019, identificando o precedente supracitado:

A instauração do IRDR é cabível quando um dos legitimados do art. 977 do CPC/2015 demonstrar, simultaneamente, a efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica (art. 976, I e II, do CPC/2015). Ademais, o art. 978, parágrafo único, do mesmo Código dispõe que o órgão colegiado incumbido de analisar o mérito do incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso que o originou. Por essa razão, a doutrina afirma que o cabimento do IRDR condiciona-se à pendência de julgamento, no tribunal, de uma causa recursal ou originária. Se já encerrado o julgamento, não caberá mais a instauração do IRDR, senão em outra causa pendente; mas não naquela que já foi julgada [...] A pendência do julgamento dos embargos de declaração contra o acórdão do agravo de instrumento revela um momento processual em que já houve quase que o esgotamento da apreciação do mérito, tratando-se de momento inicial inadequado para a formação do precedente do jaez do IRDR. [...] (BRASIL, 2019, [s/p])

Pode-se afirmar que o processo indicado pelo suscitante para dar origem ao IRDR deve estar pendente de julgamento no Tribunal, possibilitando o cumprimento da obrigação constante no parágrafo único do artigo 978 do CPC. Relevante, agora, realizar uma interpretação sistemática do aludido dispositivo visando responder aos questionamentos que orientam o presente tópico.

Sob tal perspectiva, a primeira regra que merece destaque está contida no § 1º do artigo 976 do CPC, que prevê a continuidade excepcional do IRDR unicamente para fixação da tese jurídica em caso de desistência da parte autora de processo que deu origem ao incidente. O prosseguimento do incidente é justificado em razão do interesse coletivo envolvido, consistente na preservação da segurança e da isonomia jurídica.

Por sua vez, o artigo 979 do CPC exige uma ampla publicidade dos fundamentos determinantes da decisão que admitiu a instauração do incidente, considerando imprescindível sua contextualização jurídica e fática de maneira a facilitar a identificação dos processos que serão afetados e suspensos na forma do inciso I do artigo 982 do CPC (BRASIL, 2015). Além disso, a regra em comento pretende tornar viável a oitiva não apenas das partes do processo que deu origem ao incidente, mas também dos demais interessados em sua solução, nos termos do *caput* do artigo 983 do CPC (BRASIL, 2015). Nesse azo são as ponderações de Bueno:

O *caput* e o § 1º do art. 979 impõem ampla e específica divulgação não só da *instauração*, mas também do *juízo* do incidente de resolução de demandas repetitivas. Além disso, os mesmos dispositivos impõem a criação e manutenção de bancos de dados a seu respeito, inclusive, mas não só, perante o CNJ.

A providência louvável, até para viabilizar o maior número possível de intervenções para os fins do art. 983 e, conseqüentemente, da discussão mais aprofundada possível da tese a ser fixada, levando em conta todos os seus argumentos, em favor ou contra, seu acolhimento, bem assim as conseqüências de seu acolhimento ou de sua rejeição [...] (BUENO, 2018, [s/p], grifos no original)

Verifica-se, portanto, que uma vez instaurado o IRDR, mesmo na eventualidade de desistência do processo originário, incidindo a hipótese excepcional prevista pelo § 1º do artigo 976 do CPC, deve-se incentivar a ampliação do debate acerca das teses jurídicas que serão fixadas no julgamento do mérito do incidente, tornando possível participação de terceiros interessados identificados no *caput* do artigo 983 do CPC (BRASIL, 2015). Atente-se que em tal ocasião o terceiro será ouvido no incidente processual a despeito do não julgamento do mérito de sua demanda individual e também da ação do processo originário no qual a parte pediu desistência.

Caso o pretense interveniente demonstre que sua participação é capaz de acrescer fundamentos ao debate, dever-se-á deferir o pedido de intervenção, conforme exigência do *caput* do artigo 983 do CPC, que não confere ao relator a faculdade de não ouvi-lo (BRASIL, 2015). Após, caberá ao órgão colegiado apreciar todos os fundamentos apresentados em consonância com o § 2º do artigo 984 do CPC, sob pena de violação ao dever de fundamentação exigido pelo inciso IX do artigo 93 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988 (CRFB/88) (BRASIL, 1988; 2015).

De acordo com a doutrina, tanto a parte de processo que deu origem ao incidente quanto as partes dos processos repetitivos afetados podem se manifestar acerca das teses jurídicas que serão estabelecidas no incidente. Entende-se, pois, que em relação a tais sujeitos o interesse jurídico já foi legalmente reconhecido pelo *caput* do artigo 983 do CPC. Além disso, também se compreende pela possibilidade de intervenção de *amicus curiae*, desde que demonstrado seu interesse institucional. Nesse sentido discorre Bueno:

Além dessas atividades que assumem caráter de instrução (de preparação) do incidente, o *caput* do art. 983 permite a oitiva das partes e de outros interessados – inclusive a OAB e a Defensoria Pública – para se manifestarem acerca da questão (predominantemente) de direito controvertida que justificou a instauração do incidente.

A menção a “partes” deve ser entendida amplamente para aceitar também que qualquer parte *individualmente* considerada que tenha processo seu suspenso mercê da instauração do incidente (art. 982, I) possa se manifestar diretamente no Tribunal para expor suas razões sobre a resolução da questão de direito.

O dispositivo menciona que os “outros interessados” podem ser “pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia”, o que traz à tona a figura do *amicus curiae* generalizada pelo art. 138. O *interesse* na manifestação em tais casos, importa destacar, é necessariamente o *institucional* e, portanto, inconfundível com o usual “interesse jurídico”, que caracteriza as demais modalidades de intervenção de terceiro, tradicionais e novas, disciplinadas pelo CPC de 2015 e, no que interessa para cá, também a manifestação das próprias partes como acima aventado. (BUENO, 2018, [s/p], grifos no original)



O raciocínio alhures também é adotado por Neves (2018), segundo o qual, enquanto as partes dos processos repetitivos afetados atuarão como assistentes litisconsorciais, na eventualidade de intervenção de *amicus curiae*, este figurará como auxiliar do juízo. Observe-se, portanto, que em se tratando de parte de algum dos processos repetitivos afetados pela admissão do incidente, há uma presunção legal de seu interesse jurídico na solução do IRDR, assim como ocorre em relação à parte de processo escolhido pelo suscitante para dar origem ao incidente.

Pode-se concluir, assim, que a participação de terceiros interessados, na forma do *caput* do artigo 983 do CPC, não está condicionada ao julgamento do mérito do processo escolhido pelo suscitante para dar origem ao incidente. Em outras palavras, o direito de participação pode ser exercido independentemente de eventual pedido de desistência formulado por parte de processo originário, e apesar da excepcional impossibilidade de julgamento do mérito da ação. Assim, mesmo que não seja possível ao órgão colegiado julgar o mérito de processo originário com tramitação em Juizado Especial, às partes dos processos repetitivos afetados deve ser assegurado o direito de intervir e de contribuir para a formação das teses jurídicas vinculantes.

A participação de interessados em IRDR não ocorre na pretensão de tratar do mérito de processos individuais afetados, mas sim para ampliar o debate acerca da tese jurídica que será fixada pelo órgão colegiado do Tribunal. Não por acaso, em caráter excepcional o IRDR terá continuidade mesmo na hipótese de desistência de parte do processo originário, hipótese em que ainda será admitida a intervenção de terceiros.

A compreensão contida nos parágrafos anteriores é corroborada pelas disposições contidas nas alíneas “a” e “b” do inciso II do artigo 984 do CPC, que asseguram às partes do processo que deu origem ao incidente e aos demais interessados, o direito de realizar sustentação oral por ocasião do julgamento de mérito do incidente (BRASIL, 2015).

De resto, por meio do § 4º do artigo 982 do CPC e também do artigo 987 do CPC vislumbra-se que à parte do processo originário, bem como às partes dos processos repetitivos afetados pela admissão do incidente, também é garantido o direito de interpor recurso extraordinário ou especial contra o acórdão que formar o precedente de observância obrigatória (BRASIL, 2015).

Nesses termos, o Enunciado nº 94 da FPPC preceitua que “A parte que tiver o seu processo suspenso nos termos do inciso I do art. 982 poderá interpor recurso especial ou extraordinário contra o acórdão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas” (FPPC, 2017, p. 19). Aliás, em consideração ao interesse coletivo envolvido em IRDR o Enunciado nº 604 da FPPC informa que “É cabível recurso especial ou extraordinário ainda que tenha ocorrido a desistência ou abandono da causa que deu origem ao incidente” (FPPC, 2017, p. 75). Por sua vez, Neves (2018) aduz ser extremamente ampla a legitimidade para interposição de recurso especial ou extraordinário, incluindo nesse rol a parte do processo originário e também as partes dos processos repetitivos afetados e submetidos ao precedente obrigatório formado.

Em argumento *obiter dicta*, ao julgar o Agravo em Recurso Especial 1.470/017/RS, em 15/10/2019, o Superior Tribunal de Justiça ponderou que a legitimidade do IRDR está condicionada a um contraditório ampliado no que diz respeito ao debate acerca das teses jurídicas, o que deve ocorrer com a participação dos interessados que serão afetados pela decisão proferida no incidente, de *amicus curiae*, sendo também viável a realização de audiência pública (BRASIL, 2019).



A partir dos fundamentos supramencionados verifica-se que o enfoque do IRDR reside no debate acerca da fixação das teses jurídicas vinculantes e não no julgamento do mérito do processo que lhe deu origem, embora em regra isso também deva ocorrer. Mesmo que não seja julgado o mérito de um dos processos originários devido à sua tramitação em Juizado Especial, ainda assim será possível a participação das respectivas partes, uma vez que possuem interesse jurídico legalmente presumido na formação da tese jurídica vinculante.

Sob tal perspectiva, a intervenção de terceiros deve ser permitida sempre que apresentarem fundamentos capazes de fomentar o debate, de maneira a contribuir para a fixação de teses jurídicas sólidas que confirmem efetiva segurança e isonomia jurídica para atuais e futuros processos coletivos e individuais que envolvam as mesmas questões controvertidas e unicamente de direito que justificaram a instauração do incidente.

Assim, no que se refere aos fundamentos empregados nas decisões do IRDR nº 1.0273.16.000131-2/001, utilizados como base para a elaboração deste artigo, deve ser reconhecida sua incoerência jurídica por impedir a participação de parte (suscitada) de processo originário com tramitação em Juizado Especial, bem como a intervenção de terceiro que figura como parte de processo repetitivo afetado, tendo em vista a inobservância das normas que compõem os microssistemas de julgamento de casos repetitivos e de formação de precedentes obrigatórios, que asseguram àqueles o direito de participar de IRDR e de influenciar na decisão do órgão colegiado.

### **3.2. A participação de interessados diante da possibilidade de múltiplos pedidos de intervenção**

Compete agora analisar outro fundamento utilizado no IRDR nº 1.0273.16.000131-2/001 para indeferir a intervenção de parte de processo repetitivo afetado pela decisão que admitiu o incidente – além da afirmação de que careceria de interesse jurídico –, consistente na alegação de que haveria riscos à viabilidade do procedimento em razão da possibilidade de múltiplos pedidos de intervenção formulados pelas partes dos outros processos repetitivos afetados.

Há de se destacar, primeiramente, a inaplicabilidade do entendimento *obiter dicta* estabelecido no julgamento do Recurso Especial Repetitivo nº 1.418.593/MS. No respectivo acórdão afirmou-se pela possibilidade do relator indeferir o pedido de intervenção formulado por parte de processo afetado por julgamento de Recurso Especial Repetitivo em razão da possibilidade de uma multiplicidade de pedidos de intervenção capazes de causar uma confusão processual, colocando em risco a viabilidade do procedimento (BRASIL, 2014).

No Recurso Especial Repetitivo nº 1.418.593/MS o pedido de intervenção foi negado com fulcro no § 4º do artigo 543-C do CPC/73 (BRASIL, 2014), que atualmente corresponde ao inciso I do artigo 1.038 do CPC, o qual faculta ao relator a admissão de pedidos de intervenção de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia entabulada em recursos repetitivos:

Art. 1.038. O relator *poderá*:

I - solicitar ou admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia, considerando a relevância da matéria e consoante dispuser o regimento interno. (BRASIL, 2015, [s/p], grifo nosso)

Por sua vez, o pedido de intervenção formulado no IRDR nº 1.0273.16.000131-2/001, tem como fundamento o *caput* do artigo 983 do CPC, que impõe ao relator o dever de ouvir os interessados na solução do incidente:

Art. 983. O relator *ouvirá* as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de 15 (quinze) dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida, e, em seguida, manifestar-se-á o Ministério Público, no mesmo prazo. (BRASIL, 2015, [s/p], grifo nosso)

Observe-se, portanto, que em relação à intervenção de terceiro há diferenças relevantes entre o IRDR e o julgamento de recursos especial ou extraordinário repetitivos. Naquele, o legislador incentivou a intervenção de múltiplos interessados – com interesse jurídico ou institucional (*amicos curiae*) –, a fim de ampliar, ao máximo possível, o debate acerca das teses jurídicas vinculantes que serão fixadas. Assim, diante de pedidos de intervenção formulados por partes de processos repetitivos afetados pela decisão que admitiu a instauração de IRDR, a princípio não poderia o relator indeferir-los.

Diferentemente, em relação ao julgamento de recursos repetitivos, a lei conferiu expressamente ao relator a possibilidade de indeferir eventuais pedidos de intervenção, até porque o debate sobre a questão de direito controvertida já alcançou certa maturidade devido ao seu julgamento em 2ª instância.

Deve-se, contudo, reconhecer a competência atribuída ao relator para gerir e ordenar os processos, prevista pelo artigo 932 do CPC (BRASIL, 2015). Em suas decisões, compete-lhe considerar as circunstâncias específicas do incidente, atuando em consonância com o princípio da proporcionalidade constante no artigo 8º do CPC (BRASIL, 2015). Na realidade, diante da existência de diversas pessoas com interesse jurídico nas teses jurídicas – as partes dos processos repetitivos afetados –, cabe ao relator avaliar a necessidade ou não da intervenção de terceiro, considerando que “o critério mais importante para possibilitar as intervenções deve ser a apresentação de novos elementos para o debate, o que reflete uma análise da *utilidade* da intervenção” (DIDIER JR.; TEMER, 2017, p. 242, grifo no original).

Assim sendo, se o IRDR já estiver adequadamente instruído a partir de manifestações apresentadas por interessados na forma do *caput* do artigo 983 do CPC, estando hábil à formação de uma tese jurídica capaz de garantir efetiva segurança e isonomia jurídica, será viável ao relator indeferir, mediante decisão fundamentada, novos pedidos de intervenção formulados por partes de processos repetitivos afetados, cabendo-lhe evidenciar que o pretense interveniente não ofereceu novos fundamentos relevantes ao julgamento de mérito do incidente.

Como observado, no caso do IRDR nº 1.0273.16.000131-2/001, o relator indeferiu o pedido de intervenção formulado por parte de processo repetitivo afetado sob alegação de que haveria riscos à viabilidade do incidente, uma vez que tal permissividade poderia ensejar em múltiplos pedidos de intervenção. Atente-se, portanto, que a limitação imposta pelo relator violou o princípio da proporcionalidade porque ocorreu em caráter preventivo, ou seja, independentemente da efetiva existência de múltiplos pedidos de intervenção, sem atentar para a necessidade legalmente reconhecida de se ampliar o debate acerca das teses jurídicas que serão fixadas.

Assim sendo, pode-se afirmar que é juridicamente possível ao relator indeferir pedido de intervenção formulado por parte de processo repetitivo afetado por IRDR, desde que esta não apresente argumentos capazes de enriquecer o debate. Não se trata da situação verificada no IRDR suscitado pela Samarco, que serviu como base para a confecção do presente trabalho, já que o indeferimento do pedido de intervenção se deu sob o fundamento de que seria necessário evitar eventual risco à viabilidade do incidente diante da mera possibilidade de

múltiplos pedidos de intervenção. Houve, assim, violação aos dispositivos legais que regem o IRDR e asseguram o exercício de um contraditório ampliado.

No tópico seguinte, verificar-se-á a constitucionalidade do IRDR a teor dos direitos fundamentais ao contraditório e à ampla defesa e, conseqüentemente, do Estado Democrático de Direito.

#### **4 O TEXTO CONSTITUCIONAL E A PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA EM IRDR**

Com a promulgação da CRFB/88 houve a consolidação do Estado Democrático de Direito, que por sua vez está fundamentado na dignidade da pessoa humana conforme se observa no *caput* e inciso III do artigo 1º (BRASIL, 1988).

Segundo o Ministro Luís Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal (STF), “A Constituição de 1988 é o símbolo maior de uma história de sucesso: a transição de um Estado autoritário, intolerante e muitas vezes violento para um Estado democrático de direito” (BARROSO, 2015, [s/p]). Estabeleceu-se, com a CRFB/88, uma forma de governo dotada de instrumentos destinados a evitar a consolidação de regimes autoritários e a concentração de poder, e que de acordo com o Ministro Alexandre de Moraes se “manifesta pela consagração da supremacia constitucional e o respeito aos direitos fundamentais” (MORAES, 2018, [s/p]).

No Estado Democrático de Direito faz-se imprescindível a disponibilidade de instrumentos que viabilizem a participação direta dos cidadãos em questões capazes de afetar interesses coletivos, conferindo-lhes a oportunidade de deliberação. Dentre esses instrumentos, como exemplos, podem ser destacados a ação popular e o plebiscito, constantes no inciso LXXVIII do artigo 5º da CRFB/88 e no inciso I do artigo 14 da CRFB/88 (BRASIL, 1988).

Trata-se de ponderação que se coaduna com a compreensão de democracia deliberativa elaborada por Jürgen Habermas, que, segundo Costa, Reis e Oliveira (2016, p.11-12), consiste numa visão que “leva em consideração os diferentes tipos de discurso, buscando uma vontade comum, que tentaria agregar os diversos interesses, através de uma deliberação racional”. Sob a perspectiva de Habermas, a legitimidade das normas jurídicas está atrelada à possibilidade de ampla deliberação acerca de questões que envolvam o interesse coletivo:

A fim de obter critérios precisos para a distinção entre princípio da democracia e princípio moral, parto da circunstância de que o princípio da democracia destina-se a amarrar um procedimento de normatização legítima do direito. Ele significa, com efeito, que somente podem pretender validade legítima as leis jurídicas capazes de encontrar o assentimento de todos os parceiros de direito, num processo jurídico de normatização discursiva. O princípio da democracia explica, noutros termos, o sentido performativo da prática de autodeterminação de membros do direito que se reconhecem mutuamente como membros iguais e livres de uma associação estabelecida livremente (HABERMAS, 1997, p. 145).

Com a consolidação constitucional do Estado Democrático de Direito a sociedade passou a estar mais protegida contra eventuais abusos estatais em razão da centralidade de garantias e direitos fundamentais individuais e coletivos, cuja máxima efetividade se faz essencial à dignidade da pessoa humana e ao bem-estar social. Ao se pronunciar sobre a relação entre democracia e constitucionalismo, Oliveira afirmou o seguinte:

*Democracia e Constitucionalismo* constituem uma simbiose político-jurídica e se garantem mutuamente, tanto formal quanto materialmente. Se

a *democracia* assenta-se no consenso majoritário e de inclusão em meio ao dissenso, o *constitucionalismo* estabelece as premissas fundamentais tanto para o consenso quanto para o dissenso: o reconhecimento e a observância dos direitos, garantias e deveres fundamentais dos indivíduos e da sociedade (OLIVEIRA, 2017, p. 225, grifos do original).

No entanto, não raras vezes são observadas violações a direitos fundamentais individuais e coletivos, embora essenciais à dignidade humana e ao bem-estar social (pacificação social). Nesses casos, ganha relevância o direito fundamental ao acesso à justiça, constante no inciso XXXV do artigo 5º da CRFB/88, que não se limita à mera possibilidade de provocar o Poder Judiciário (BRASIL, 1988). Segundo Marinoni, trata-se de direito que possui vários corolários, “iniciando com o direito de participar adequadamente do processo, mediante a apresentação de alegações e de produção de provas em prazo racional, e de influir sobre o convencimento do juiz” (MARINONI, 2018, [s/p]).

Pode-se afirmar, portanto, que a efetividade do direito fundamental ao acesso à justiça está intrinsecamente relacionada à garantia de condições, aos interessados na solução de determinado processo ou incidente processual, do direito de participar e influenciar em decisão judicial capaz de repercutir em suas relações jurídicas.

Posto isso, ganha relevância o direito fundamental ao devido processo legal, previsto no inciso LIV do artigo 5º da CRFB/88 (BRASIL, 1988), que está intimamente ligado ao Estado Democrático de Direito e tem o escopo de garantir a aplicação imparcial e equânime da legislação em vigor. Mais que isso, o Ministro Gilmar Mendes enfatiza que se trata de direito relacionado à exigência de um processo justo, no qual se assegura a máxima efetividade aos direitos fundamentais indispensáveis à fruição de uma vida digna:

A noção de devido processo legal significa, portanto, a exigência de um *processo justo*. O processo justo não é apenas aquele que está formalmente preestabelecido em lei, mas o processo previsto de forma adequada e razoável para a consecução de sua finalidade primordial no Estado Democrático de Direito, que é a garantia e proteção dos direitos fundamentais. Assim, em seu natural significado processual, o devido processo também compreende um aspecto material ou substancial vinculado às ideias de razoabilidade e de proporcionalidade, que condicionam a própria criação legislativa do processo. O devido processo não é apenas o processo legal, mas o processo legal, justo e adequado. Por isso, a cláusula constitucional do devido processo não exige apenas um processo previamente estabelecido em lei; ela vincula a própria atividade legislativa na feitura do processo justo, o qual pode ser entendido como um processo estabelecido de forma adequada e proporcional à garantia efetiva dos direitos e liberdades básicas dos indivíduos. (MENDES, 2018, [s/p], grifo no original)

O devido processo legal possui uma dimensão formal, composta por garantias processuais indispensáveis à concretização do direito fundamental ao acesso à justiça. Também possui uma dimensão substancial que se refere à proporcionalidade da tutela jurisdicional, isto é, à razoabilidade da decisão em seu aspecto material, considerando o objeto que se pretende atingir.

A partir da perspectiva exposta, é possível concluir que a efetividade dos direitos fundamentais ao acesso à justiça e ao devido processo legal – formal ou substancial (proporcionalidade) –, dependem da prévia observância dos direitos fundamentais ao contraditório e à ampla defesa, dispostos no inciso LV do artigo 5º da CRFB/88 (BRASIL, 1988).

Nas palavras Didier Jr. (2017, p.91), o “contraditório é reflexo do princípio democrático

na estruturação do processo. Democracia é participação, e a participação no processo opera-se pela efetiva garantia do contraditório”. Para o processualista, o contraditório possui uma dimensão formal consistente na “garantia de ser ouvido, de participar do processo, de ser comunicado, de poder falar no processo” (DIDIER JR., 2017, p.92), além de uma dimensão substancial (ampla defesa), que assegura aos sujeitos processuais o poder de influenciar no processo, uma vez que “Não adianta permitir que a parte simplesmente participe do processo [...] É necessário que se permita que ela seja ouvida, é claro, mas em condições de poder influenciar a decisão do órgão jurisdicional” (DIDIER JR., 2017, p. 92).

Nos mesmos termos se pronunciou o Ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal, em voto proferido no acórdão do Mandado de Segurança nº 25.787/DF, como se observa adiante:

Daí afirmar-se, correntemente, que a pretensão à tutela jurídica, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5º, LV, da Constituição, contém os seguintes direitos:

- 1) *direito de informação (Recht auf Information)*, que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes;
- 2) *direito de manifestação (Recht auf Ausserung)*, que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo;
- 3) *direito de ver seus argumentos considerados (Recht auf Berücksichtigung)*, que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (*Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft*) para contemplar as razões apresentadas (BRASIL, 2006, p. 209, traduções e grifos do original).

Àqueles cujas relações jurídicas podem ser afetadas por decisão judicial proferida em determinado processo ou incidente processual, o exercício do contraditório e da ampla defesa (dimensão substancial do contraditório) se faz essencial para a concretização do direito fundamental à igualdade em seu aspecto processual (isonomia processual / paridade processual), em consonância com o *caput* e inciso I do artigo 5º da CRFB/88 (BRASIL, 1988).

Conveniente, pois, trazer à tona algumas ponderações de Theodoro Júnior, relacionadas às consequências da inserção dos princípios básicos do processo no rol de direitos e garantias fundamentais da CRFB/88, ressaltando também a imprescindibilidade da participação democrática em âmbito processual:

Realizou-se, enfim, a democratização do processo: o juiz continua titular do poder de definir a solução do litígio, mas não poderá fazê-lo isolada e autoritariamente. As partes, numa nova concepção do contraditório, terão o direito de influir efetivamente no iter de formação do provimento judicial. O contraditório deixa de ser um diálogo entre as partes para sujeitar também o juiz. Trata-se da inserção do processo judicial no plano da democracia participativa, em que os atos de poder não ficam restritos à deliberação dos representantes da soberania popular, mas podem se legitimar, também, pela participação direta dos cidadãos em sua conformação. O processo, no atual Estado Democrático de Direito, realiza seu mister pacificador pelo regime cooperativo, em que as partes, tanto como o juiz, participam efetivamente da formação do ato de autoridade destinado a compor o conflito jurídico levado à apreciação do Poder Judiciário. (THEODORO JÚNIOR, 2018b, [s/p])

De acordo com Goés (2015, p. 131) assim como “todo e qualquer ato de poder, as decisões judiciais numa democracia, precisam revestir-se de legitimidade”. Sob tal perspectiva o autor ressaltou que no âmbito de uma democracia deliberativa, tal como



elaborada por Habermas, as garantias fundamentais inerentes ao devido processo legal, tal como o contraditório e a ampla defesa, não serão efetivadas mediante uma mera representação processual – legitimidade extraordinária –, sendo necessário assegurar aos interessados a possibilidade de participar diretamente do processo que envolva interesse coletivo – ou incidente processual –, e de influenciarem nas respectivas decisões judiciais por meio do discurso.

Em outros termos: nos processos que tratam da tutela de direitos de fundo ou base nacional, o interesse da coletividade sempre é conhecido aos olhos do Judiciário segundo algum tipo de representação institucional. Assim, a defesa, o contraditório, a análise quanto à oportunidade de produzir a prova, a avaliação sobre a pertinência ou não do uso de algum recurso, dentre outros consectários do devido processo, realizam-se sem que os verdadeiros interessados sejam sequer conclamados a participar do processo. É a teoria da representação abarcando com absoluto grau de prioridade as iniciativas processuais que venham concorrer para a formação do convencimento que aportará, ao final, como fundamento conclusivo do ato decisório. Por isso que se o projeto habermasiano de democracia deliberativa fundase na premissa da participação discursiva e procedimental de todos os que simetricamente agem, como livres e iguais, sem coerção, como autores e destinatários do Direito, estou certo que igual perspectiva pode e deve ser adotada pelo Direito que, de certo modo, é também produzido pela Jurisdição. (GOÉS, 2015, p. 141)

Do mesmo modo se posiciona Filardi (2004, p. 263), ao ponderar sobre a necessidade de observância da ética deliberativa de Habermas em âmbito jurisdicional, ressaltando que como ela “preconiza o diálogo humano como única forma de pacificação social, valendo-se da teoria do melhor argumento, deve ser amplamente aplicada no desenrolar das relações processuais, com vistas à obtenção de legitimidade dos provimentos jurisdicionais”.

Nesse sentido, pode-se inferir que processualmente, a preservação do Estado Democrático de Direito e da dignidade da pessoa humana está intimamente vinculada ao exercício dos direitos fundamentais ao contraditório e da ampla defesa, isto é, à garantia da possibilidade dos sujeitos interessados participarem efetivamente do processo ou incidente processual, com capacidade de influenciar na decisão judicial que repercutirá em suas relações jurídicas.

Se em determinado processo ou incidente processual não for assegurado o contraditório e a ampla defesa às partes e demais interessados, restará caracterizada violação aos direitos fundamentais ao acesso à justiça, ao devido processo legal (formal e substancial) e à isonomia processual, constituindo-se um cenário incapaz de resultar na obtenção de um processo justo.

Vale lembrar que as questões debatidas em IRDR são de interesse coletivo, vez que segundo a legislação em vigor, trata-se de procedimento que tem como objetivo a fixação de teses jurídicas que serão aplicadas de forma vinculante aos processos repetitivos que versem sobre as mesmas questões controvertidas e unicamente de direito tratadas no incidente. Os juízes dos processos afetados pelo incidente ainda irão proferir suas sentenças, porém, não poderão deixar de aplicar a tese formada a partir do julgamento do mérito do IRDR (THEODORO JÚNIOR, 2018a).

Diante da impossibilidade dos juízes ignorarem em processos afetados por determinado IRDR, as teses jurídicas nele estabelecidas, faz-se imprescindível assegurar às partes de tais processos a possibilidade de se manifestar e influenciar no julgamento do mérito do



incidente. Trata-se de compreensão imprescindível à preservação do núcleo dos direitos fundamentais ao contraditório, à ampla defesa, à isonomia processual, ao devido processo legal e ao acesso à justiça. Somente assim é que se assegurará às partes dos processos afetados um processo justo, condizente com a dignidade da pessoa humana e com o Estado Democrático de Direito.

Conveniente ressaltar, pois, as ponderações de Marinoni, Arenhart e Mitidiero:

*Preservação do Contraditório.* Porque o IRDR tem a potencialidade de impor decisão com indiscutibilidade *erga omnes*, é necessário que se preserve o devido contraditório. Para tanto, deve o Judiciário autorizar ampla participação de qualquer sujeito que possa invocar interesse direto na discussão, sob pena de uma decisão *inutiliter data*. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017, p. 1058, grifos do original)

Nos mesmos termos compreendem Mendes e Temer, ao ressaltar que a constitucionalidade do IRDR está condicionada à garantia do amplo exercício do contraditório e da ampla defesa aos interessados, na forma prevista pelo *caput* do artigo 983 do CPC.

O art. 983 do novo Código é um dos dispositivos mais importantes para assegurar a constitucionalidade do incidente de resolução de demandas repetitivas. Este dispositivo trata da participação democrática na formação da tese jurídica debatida nas demandas repetitivas. Trata, em suma, do contraditório como direito de influência para a formação da decisão judicial. [...]

A garantia do contraditório é claramente revisitada nos instrumentos de tutela diferenciada para as demandas repetitivas, o que não autoriza, contudo, a prolação de decisões que afetarão pessoas que não possam nela influir.

O contraditório é preservado, nesta modalidade processual, pela conjugação de três fatores: (a) pela escolha mais plural possível dos processos que irão formar o “modelo” no incidente, para representarem a controvérsia do modo mais amplo e completo possível [...]; (b) pela ampla participação dos potencialmente afetados pela decisão proferida no incidente, ou seja, os sujeitos parciais dos processos em que se discuta a mesma questão de direito; (c) pela manifestação de órgãos, entidades e pessoas na condição de *amicus curiae* (art. 138 do CPC/2015).

Importante pontuar que as situações dos itens “b” e “c” acima não se confundem. A intervenção dos interessados que serão afetados pela decisão não é suprida pela manifestação de pessoas sem interesse jurídico na controvérsia (os amigos da corte) e vice-versa. Entendemos que devem estar presentes manifestações de todos, sendo todas levadas em consideração por ocasião da prolação da decisão judicial. (MENDES; TEMER, 2015, p. 296; 297)

Sob tal perspectiva, ainda que excepcionalmente não ocorra o julgamento do mérito de processo originário, seja em razão de desistência processual do autor ou em decorrência de sua tramitação em Juizado Especial; a constitucionalidade do IRDR está condicionada à possibilidade de participação das partes daquele, e também das partes dos processos repetitivos afetados mediante intervenção de terceiro. Deve ser conferida oportunidade de manifestação para tratar de eventuais equívocos quanto ao juízo de admissibilidade e, em especial, de contribuir para a decisão de mérito do incidente.

Diante da argumentação jurídica apresentada, constata-se a inconstitucionalidade dos fundamentos apresentados nas decisões proferidas no IRDR nº 1.0273.16.000131-2/001, utilizados para embasar o presente trabalho, uma vez que impediram a participação democrática da parte de processo originário com tramitação em Juizado Especial, e também

de parte de processo repetitivo afetado.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Investigou-se, no presente trabalho, o modo pelo qual os sujeitos interessados na solução de IRDR devem exercer o contraditório e a ampla defesa, em atenção ao Estado Democrático de Direito. Para tanto, foram destacados alguns fundamentos constantes em decisões proferidas no IRDR nº 1.0273.16.000131-2/001, que indicaram a impossibilidade jurídica de participação de parte (suscitada) de um dos processos originários com tramitação em Juizado Especial, devido à incompetência do órgão colegiado para o julgamento de seu mérito; além de indeferir o pedido de intervenção de terceiro formulado por parte de um dos processos repetitivos afetados, sob o argumento de que não possuiria interesse jurídico na solução do incidente e que, em caso de deferimento, criar-se-iam riscos à viabilidade do procedimento em razão da possibilidade de múltiplos pedidos de intervenção.

Após análise das normas que compõem o microssistema de julgamento de casos repetitivos e de formação de precedentes obrigatórios, chegou-se à conclusão de que se deve garantir o direito de participação, em conformidade com o *caput* do artigo 983 do CPC, à parte de processo originário que não tenha pedido desistência, mas que apesar disso não terá o mérito de sua demanda individual julgado na forma da regra contida no parágrafo único do artigo 978 do CPC, devido à sua tramitação em Juizado Especial. Isso porque seu interesse jurídico na solução do incidente é legalmente presumido e, além disso, seu direito de participação não está condicionado ao julgamento do mérito do processo originário, uma vez que no âmbito do IRDR sua manifestação recairá sobre as teses jurídicas que serão fixadas.

Em relação à intervenção de partes de processos repetitivos afetados, constatou-se que seu interesse jurídico também foi previamente reconhecido pelo *caput* do artigo 983 do CPC. Verificou-se, também, que diferentemente do que ocorre em relação ao julgamento de recursos especial e extraordinário repetitivos, em IRDR o relator tem a obrigação de ouvir os interessados na solução do incidente, uma vez que a decisão de mérito do IRDR afetará na relação jurídica debatida em sua demanda individual.

Ressaltou-se, aliás, a incoerência jurídica da decisão que impede a participação de parte dos processos afetados sob o fundamento de que tal permissividade poderia ensejar em múltiplos pedidos de intervenção que colocariam em risco a viabilidade do incidente, sendo necessária uma medida de prevenção contra esse possível cenário. O legislador considerou imprescindível a ampliação do debate acerca das teses jurídicas que serão fixadas no IRDR, não sendo razoável a decisão que indefere a intervenção de terceiros a despeito das circunstâncias processuais, ou seja, sem considerar a possível contribuição oriunda dos argumentos trazidos pelos pretensos intervenientes e a efetiva existência de múltiplos pedidos de intervenção.

Em razão das atribuições legalmente atribuídas ao relator, ser-lhe-á permitido mediante decisão fundamentada, indeferir pedidos de intervenção somente quando os argumentos ventilados não contribuirão efetivamente para o debate acerca das teses jurídicas que serão fixadas.

Por fim, destacou-se que a própria constitucionalidade do IRDR, devido ao efeito vinculante que a tese jurídica produzirá no processo originário e nos demais processos repetitivos afetados, está condicionada ao amplo exercício do contraditório e da ampla defesa pelos sujeitos interessados, assegurado pelas normas componentes dos microssistemas

de julgamento de casos repetitivos e de formação de precedente obrigatório. Trata-se de compreensão essencial também à preservação dos direitos fundamentais à isonomia processual, ao devido processo legal e ao acesso à justiça e, portanto, à obtenção de um processo justo, coerente com a dignidade da pessoa humana e com o Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. [E-Book]

BEDRAN, Karina Marcos; MAYER, Elizabeth. A Responsabilidade Civil por Danos Ambientais no Direito Brasileiro e Comparado: Teoria do Risco Criado versus Teoria do Risco Integral. *Revista Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável*, Belo Horizonte, v. 10, n. 19, p. 45-88, 2013. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/271/339>>. Acesso em: 05 maio 2018.

BORGES, Caio; MASO, Tchenna Fernandes. The Collapse of the River Doce Dam. *SSRN*, Rochester/NY, v. 14, n. 25, p. 71-87, 2017. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3106766](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3106766)>. Acesso em: 28 fev. 2019.

BRASIL. *Lei nº 6.938* de 31 ago. 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 31 ago. 1981. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm)>. Acesso em: 05 mai. 2018.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil* de 1.988. *Diário Oficial da União*, 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 em: 05 mai. 2019.

BRASIL. Código Civil. *Lei nº 10.406* de 10jan. 2002. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm#art186](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm#art186)>. Acesso em: 08jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 25.787/DF*. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Data do Julgamento: 08/11/2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=486706>>. Acesso em: 17 abr. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial Repetitivo nº 1.418.593/MS*. Órgão Julgador: Segunda Seção. Relator: Luis Felipe Salomão. Data do Julgamento: 14/05/2014. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201303810364&dt\\_publicacao=27/05/2014](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201303810364&dt_publicacao=27/05/2014)>. Acesso em: 06 mai. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial Repetitivo nº 1.374.284/MG*. Órgão Julgador: Segunda Seção. Relator: Luis Felipe Salomão. Data do Julgamento: 27 de agosto de 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?repetitivos=REPETITIVOS&processo=1374284&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em 28 mai. 2019.

BRASIL. Código de Processo Civil. *Lei nº 13.105* de 16 mar. 2015. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 mar. 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 26 dez. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo em Recurso Especial nº 1.470.017/SP*. Órgão Julgador: Segunda Turma. Relator: Francisco Falcão. Data do Julgamento: 15 de outubro de 2019. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201900760156&dt\\_publicacao=18/10/2019](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201900760156&dt_publicacao=18/10/2019)>. Acesso em 01 dez. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Informativo de Jurisprudência nº 0658 de 08 de novembro de 2019*. Agravo em Recurso Especial nº 1.470.017/SP. Órgão Julgador: Segunda Turma. Relator:

Francisco Falcão. Data do Julgamento: 15 de outubro de 2019. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisarumaedicao&livre=@cod=%270658%27>>. Acesso em 01 dez. 2019.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*: volume único. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. [E-Book]

COSTA, Beatriz Souza; REIS, Émilien Vilas Boas; OLIVEIRA, Márcio Luís de. *Fundamentos Filosóficos e Constitucionais do Direito Ambiental*. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. Recursos contra decisão proferida em incidente de resolução de demandas repetitivas que apenas fixa a tese jurídica. In: DIDIER JR. Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Julgamento de Casos Repetitivos*. Salvador: Jus Podivum, 2017

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19. ed. Salvador: Jus Podivum, 2017.

DIDIER JR., Fredie; TEMER, Sofia. A decisão de organização do incidente de resolução de demandas repetitivas: importância, conteúdo e o papel do Regimento Interno do Tribunal. In: DIDIER JR. Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Julgamento de Casos Repetitivos*. – Salvador: Jus Podivum, 2017.

FERRI, Carlos Alberto; OKANO, André de Carvalho; WANZELER JÚNIOR, Elias Moia. O Código de Processo Civil: A Busca pela Uniformização Jurisprudencial e a Formação de Precedentes Vinculantes. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n. 36, p. 30-47, 2018. Disponível em: <<http://npa.newtonpaiva.br/direito/?p=3577>>. Acesso em: 05. Mai. 2018.

FILARDI, Hugo. Democracia e processo: breves reflexões sobre a influência do Estado Democrático de Direito na prestação da tutela jurisdicional. *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ)*, Rio de Janeiro, v. 07, n. 27, p. 260-270, 2004. Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista27/revista27\\_sumario.htm](http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista27/revista27_sumario.htm)>. Acesso em: 08 jun. 2019.

FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS (FPPC). *Enunciados do Fórum Permanente e Processualistas Civis*, 2017. Disponível em: <<https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>>. Acesso em: 17 abr. 2019.

GOÉS, Ricardo Tinoco de. A legitimidade decisória da jurisdição segundo os postulados de democracia deliberativa: a teoria de Jürgen Habermas em base prospectiva. *Revista Pensamento Jurídico (RPJ)*, São Paulo, v. 08, n. 02, p. 130-152, 2015. Disponível em: <<http://fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/view/31>>. Acesso em: 08 jun. 2019.

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

INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS (IBAMA). *Laudo Técnico Preliminar* – Impactos ambientais decorrentes do desastre envolvendo o rompimento da barragem de Fundão, em Mariana, Minas Gerais. Brasil, 2015. Disponível em: <[http://www.ibama.gov.br/phocadownload/barragemdefundao/laudos/laudo\\_tecnico\\_preliminar\\_ibama.pdf](http://www.ibama.gov.br/phocadownload/barragemdefundao/laudos/laudo_tecnico_preliminar_ibama.pdf)>. Acesso em 27 fev. 2019.

MATHIAS, Máira; JÚNIA, Raquel. Cenário de fim do mundo no rastro da lama. *EPSJV/Fiocruz*. Rio de Janeiro, 21 jan. 2016. Disponível em: <<http://www.epsjv.fiocruz.br/noticias/reportagem/cenario-de-fim-do-mundo-no-rastro-da-lama>>. Acesso em: 25 fev. 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. Direito Fundamental de Ação. In: J. J. Gomes Canotilho *et al.* *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: 2018. [E-Book]



MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O incidente de resolução de demandas repetitivas do novo Código de Processo Civil. *Revista dos Tribunais Online*, v. 243, p. 283-331, 2015, p. 296; 297. Disponível em: <[https://www.academia.edu/15300046/O\\_incidente\\_de\\_resolu%C3%A7%C3%A3o\\_de\\_demandas\\_repetitivas\\_do\\_novo\\_C%C3%B3digo\\_de\\_Processo\\_Civil](https://www.academia.edu/15300046/O_incidente_de_resolu%C3%A7%C3%A3o_de_demandas_repetitivas_do_novo_C%C3%B3digo_de_Processo_Civil)>. Acesso em: 17 abr. 2019.

MENDES, Gilmar. Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. In: J. J. Gomes Canotilho *et al.* *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: 2018. [E-Book]

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *TJMG admite IRDR relacionado à falta de água após acidente da Samarco*. Assessoria de Comunicação Institucional (Ascom), Belo Horizonte, 27 ago. 2018a. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/tjmg-admite-irdr-relacionado-a-falta-dagua-apos-acidente-da-samarco.htm#.XNG4Oo5Ki01>>. Acesso em: 06 mai. 2019.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 1.0273.16.000131-2/001*. Documento eletrônico nº 01. Órgão Julgador: 2ª Seção Cível. Relator: Ministro Amauri Pinto Ferreira. Data do julgamento: 27 ago. 2018b. Disponível em: <[https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc\\_resultado2.jsp?tipoPesquisa2=1&txtProcesso=10273160001312001&nomePessoa=&tipoPessoa=X&naturezaProcesso=0&situacaoParte=X&codigoOAB2=&tipoOAB=N&ufOAB=MG&numero=20&select=1&listaProcessos=10273160001312001&tipoConsulta=1&natureza=0&ativoBaixado=X&comrCodigo=0024](https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado2.jsp?tipoPesquisa2=1&txtProcesso=10273160001312001&nomePessoa=&tipoPessoa=X&naturezaProcesso=0&situacaoParte=X&codigoOAB2=&tipoOAB=N&ufOAB=MG&numero=20&select=1&listaProcessos=10273160001312001&tipoConsulta=1&natureza=0&ativoBaixado=X&comrCodigo=0024)>. Acesso em: 06 mai. 2019.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 1.0273.16.000131-2/001*. Documento eletrônico nº 66/67. 20 fev. 2018c. Disponível em: <[https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc\\_resultado2.jsp?tipoPesquisa2=1&txtProcesso=10273160001312001&nomePessoa=&tipoPessoa=X&naturezaProcesso=0&situacaoParte=X&codigoOAB2=&tipoOAB=N&ufOAB=MG&numero=20&select=1&listaProcessos=10273160001312001&tipoConsulta=1&natureza=0&ativoBaixado=X&comrCodigo=0024](https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado2.jsp?tipoPesquisa2=1&txtProcesso=10273160001312001&nomePessoa=&tipoPessoa=X&naturezaProcesso=0&situacaoParte=X&codigoOAB2=&tipoOAB=N&ufOAB=MG&numero=20&select=1&listaProcessos=10273160001312001&tipoConsulta=1&natureza=0&ativoBaixado=X&comrCodigo=0024)>. Acesso em: 06 mai. 2019.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 1.0273.16.000131-2/001*. Documento eletrônico nº 118.28 nov. 2018d. Disponível em: <[https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc\\_resultado2.jsp?tipoPesquisa2=1&txtProcesso=10273160001312001&nomePessoa=&tipoPessoa=X&naturezaProcesso=0&situacaoParte=X&codigoOAB2=&tipoOAB=N&ufOAB=MG&numero=20&select=1&listaProcessos=10273160001312001&tipoConsulta=1&natureza=0&ativoBaixado=X&comrCodigo=0024](https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado2.jsp?tipoPesquisa2=1&txtProcesso=10273160001312001&nomePessoa=&tipoPessoa=X&naturezaProcesso=0&situacaoParte=X&codigoOAB2=&tipoOAB=N&ufOAB=MG&numero=20&select=1&listaProcessos=10273160001312001&tipoConsulta=1&natureza=0&ativoBaixado=X&comrCodigo=0024)>. Acesso em: 06 mai. 2019.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 1.0000.18.074264-5/001*. Órgão Julgador: 1ª Seção Cível. Relatora: Desembargadora Teresa Cristina da Cunha Peixoto. Data do julgamento: 02 out. 2018e. Disponível em: <[https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=BDB92E39F1E57E517920B00BBE448403.juri\\_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.18.074264-5%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar](https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=BDB92E39F1E57E517920B00BBE448403.juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.18.074264-5%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar)>. Acesso em: 23 mai. 2019.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Embargos de Declaração nº 1.0273.16.000131-2/004*. Documento eletrônico nº 10. Decisão monocrática do relator Ministro Amauri Pinto Ferreira. Data do julgamento: 25 mar. 2019a. Disponível em: <[https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc\\_resultado2.jsp?tipoPesquisa2=1&txtProcesso=10273160001312004&nomePessoa=&tipoPessoa=X&naturezaProcesso=0&situacaoParte=X&codigoOAB2=&tipoOAB=N&ufOAB=MG&numero=20&select=1&listaProcessos=10273160001312004&tipoConsulta=1&natureza=0&ativoBaixado=X&comrCodigo=0024](https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado2.jsp?tipoPesquisa2=1&txtProcesso=10273160001312004&nomePessoa=&tipoPessoa=X&naturezaProcesso=0&situacaoParte=X&codigoOAB2=&tipoOAB=N&ufOAB=MG&numero=20&select=1&listaProcessos=10273160001312004&tipoConsulta=1&natureza=0&ativoBaixado=X&comrCodigo=0024)>. Acesso em: 06 mai. 2019.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 1.0273.16.000131-2/001*. Documento eletrônico nº 284. Decisão monocrática do relator Amauri Pinto Ferreira. 28 jan. 2019b. Disponível em: <[https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc\\_resultado2.jsp?tipoPesquisa2=1&txtProcesso=10273160001312001&nomePessoa=&tipoPessoa=X&naturezaProcesso=0&situacaoParte=X&codigoOAB2=&tipoOAB=N&ufOAB=MG&numero=20&select=1&listaProcessos=10273160001312001&tipoConsulta=1&natureza=0&ativoBaixado=X&comrCodigo=002](https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado2.jsp?tipoPesquisa2=1&txtProcesso=10273160001312001&nomePessoa=&tipoPessoa=X&naturezaProcesso=0&situacaoParte=X&codigoOAB2=&tipoOAB=N&ufOAB=MG&numero=20&select=1&listaProcessos=10273160001312001&tipoConsulta=1&natureza=0&ativoBaixado=X&comrCodigo=002)>. Acesso em: 06 mai. 2019.



MORAES, Alexandre de. Art. 1º. In: MORAES, Alexandre de *et al.* *Constituição Federal Comentada*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. [E-Book]

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Jus Podivum, 2018.

OLIVEIRA, Márcio Luis de. *A Constituição Juridicamente Adequada*. Belo Horizonte: D'Placido, 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. III. 51 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018a. [E-Book]

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. I. 51 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018b. [E-Book]

---

**Recebido em:** 09/06/2019

**Aprovado em:** 03/12/2019

**Como citar este artigo (ABNT):**

REIS, Émilien Vilas Boas; GUSMÃO, Leonardo Cordeiro de. Participação Democrática em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR): uma análise a partir de IRDR suscitado pela Samarco. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.38, p.83-106, maio/ago. 2019. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2020/01/DIR38-06.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

# MOISÉS, *PERCHÈ NON PARLI?*: REFLEXÕES JURÍDICAS EM EDIÇÃO GENÉTICA EMBRIONÁRIA A PARTIR DA ARTE DE MICHELANGELO

## MOSE, *PERCHÈ NON PARLI?*: LEGAL REFLECTIONS IN EMBRYO GENETIC EDITION FROM THE ART OF MICHELANGELO

Taciana Marconatto Damo Cervi<sup>1</sup>  
Stéfani Reimann Patz<sup>2</sup>

**RESUMO:** A pesquisa investiga o contexto em que se desenvolve a biotecnologia em reprodução humana medicamente assistida e a técnica complementar de edição genética embrionária averiguando possíveis limites à implementação. O problema de pesquisa está conformado em torno dos parâmetros de biossegurança para os avanços científicos no setor e o contexto jurídico pertinente. A estátua italiana de Moisés surge como recurso lúdico simbolizando a atuação científica no contexto das surpresas anunciadas com a possibilidade de melhoramento genético por meio da edição genética embrionária. Em seguida, o estudo se dedica aos desafios da técnica de edição genética embrionária demonstrando a vocação do homem em alcançar perfeição e beleza o que pode produzir o encontro inevitável com as terapias de melhoramento genético. Ao final, tem-se no contexto de complexidade da temática as diretrizes principiológicas constatando a implementação em dissonância ao princípio da dignidade da pessoa humana para a notoriedade do cientista. Assim, propõe-se o princípio responsabilidade de Hans Jonas na condução dos procedimentos de edição genética em reprodução humana medicamente assistida por meio do debate transdisciplinar e da formulação de marcos normativos concebidos neste mesmo contexto. A pesquisa adota o método de abordagem dedutivo e o método de procedimento analítico.

**Palavras-chave:** edição genética embrionária; moisés; michelangelo; arte; direito.

**ABSTRACT:** The research investigates the context in which the biotechnology in human reproduction is developed medically assisted and the complementary technique of embryonic genetic editing investigating possible limits to the implementation. The research problem is shaped around the parameters of biosafety for scientific advances in the sector and the relevant legal context. The Italian statue of Mose appears as a playful resource symbolizing the scientific performance in the context of the surprises announced with the possibility of genetic improvement through embryonic genetic editing. The study is then dedicated to the challenges of the embryonic genetic editing technique, demonstrating man's vocation to achieve perfection and beauty, which can produce the inevitable encounter with genetic improvement therapies. In the end, it is in the context of complexity of the thematic the principles guidelines noting the implementation in dissonance to the principle of the dignity of the human person to the notoriety of the scientist. Thus, it is proposed the principle of responsibility of Hans Jonas in the conduct of the procedures of genetic editing in human reproduction assisted by means of the transdisciplinary debate and the formulation of normative frameworks conceived in this same context. The research adopts the method of deductive approach and the method of analytical procedure.

**Keywords:** embryonic genetic editing; mose; michelangelo; art; law.

1 Doutora em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professora na Graduação em Direito da URI - *Campus* de Santo Ângelo/RS. Pesquisadora em Biodireito e Direitos Humanos. Coordenadora do Projeto de Iniciação Científica Crisálida: Direito e Arte. Membro do Grupo de Pesquisa Estudo Crítico-Prospectivo da Nova Era dos Direitos Globais, na UFRGS.

2 Graduanda no Curso de Direito na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI) - *Campus* de Santo Ângelo/RS. Bolsista PIIC/URI no Projeto de Iniciação Científica Crisálida: Direito e Arte. Pesquisadora voluntária do Projeto de Pesquisa Internet, Liberdade de Informação, Manipulação de Comportamentos e a Desestabilização do Processo Democrático.

## 1 INTRODUÇÃO

Vislumbrar a escultura de Moisés remete qualquer pessoa a refletir sobre a origem e o significado simbólico da obra, bem como sobre seu escultor. Como símbolo da perfeição humana em escultura, a estátua contextualiza todo o anseio humanista do movimento renascentista ao enaltecer a beleza do homem e a importância de suas obras.

A partir da tradição cristã em torno de Moisés, que recebeu de Deus os Dez Mandamentos e guiou o povo hebreu durante décadas pelo deserto, o estudo propõe a análise da escultura de Moisés para investigar de modo lúdico as repercussões jurídicas do melhoramento genético realizado com as técnicas de Reprodução Humana Medicamente Assistida (RHMA). Nesta senda, a pesquisa analisa a história e o trabalho do artista italiano Michelangelo di Ludovico Buonarroti Simoni e averigua sua genialidade no processo de elaboração da obra, por meio do cuidado com os detalhes do corpo humano ao elucidar os padrões de beleza da época com perfeição nos detalhes morfológicos. O estudo também investiga a relação entre o Direito e a Arte e, como a interrelação de duas áreas do conhecimento, com bases em diálogos, pode auxiliar na contextualização de questões contemporâneas, como a que se pretende com a edição genética embrionária promovida como técnica complementar em reprodução humana medicamente assistida.

Na sequência, a pesquisa analisa como o progresso científico, especialmente em reprodução humana medicamente assistida, tem ofertado oportunidades inéditas à humanidade.

Nesse viés, o estudo investiga quais são os desafios da edição genética embrionária, a partir dos escritos de diversos autores, como os do historiador Yuval Noah Harari, do médico Siddhartha Mukherjee, do geneticista James Watson, do filósofo Michael Sandel, do jusfilósofo Ronald Dworkin, entre outros.

Posteriormente, a pesquisa se dedica à abordagem da técnica de edição genética embrionária contextualizando a temática nos contornos de complexidade, de Edgar Morin e de responsabilidade, de Hans Jonas. Nesse cenário, o estudo investiga quais são os atuais estágios da reprodução humana em que técnicas artificiais são desenvolvidas para proceder reparos genéticos em embriões criopreservados, no encontro dos melhores interesses em saúde. Além disso, o estudo também analisa como o desenvolvimento e a difusão das técnicas de reprodução humana medicamente assistida podem ser utilizados no planejamento e na organização familiar. Nesse viés, a pesquisa investiga o papel da autonomia na constituição familiar e como deve se dar o manejo científico das técnicas de implementação biotecnológica.

A partir disso, questiona-se qual a contribuição do Direito para o enfrentamento dos desafios da edição genética embrionária considerando a proteção das pessoas concebidas em laboratórios de reprodução humana medicamente assistida. Por meio do método de abordagem dedutivo e do método de procedimento analítico, a pesquisa apresenta a obra Moisés como recurso didático para sensibilização em analogia à reprodução humana medicamente assistida com utilização de edição genética embrionária. Neste cenário, recorre-se à investigação dos parâmetros jurídicos aos avanços científicos refletindo acerca dos anseios dos pais quanto às intervenções genéticas embrionárias.

## 2 MOISÉS, A ESCULTURA DE MICHELANGELO BUONARROTTI

Embora aparentemente inusitada a abordagem de uma escultura em investigações jurídicas tem-se como profícua para o caso em tela. O recurso parte da relação entre direito e arte sendo assim designada a abordagem de questões jurídicas associadas a obras artísticas.

Na visão de Sousa e Nascimento, a busca por novos métodos decorre do contexto dinâmico em se desenvolve a interação social produzindo acervo de conhecimento no encontro desta demanda. (SOUSA; NASCIMENTO, 2011, p. 104).

Neste aspecto, destaca-se três vértices de abordagem que são identificados, inicialmente por Xerez, por meio da “representação simbólica da justiça”, pela abordagem da representação de atos ou personagens relacionados com a aplicação do direito” e finalmente, o segmento de representações de “situações da vida humana que inspiram uma reflexão sobre direitos subjetivos”. (XEREZ, 2012, p. 229).

É no contexto do terceiro segmento dos temas que envolvem o direito e a arte, que o presente estudo analisa a escultura de Moisés como recurso didático para sensibilização e discussão da temática proposta. O personagem de Moisés e sua história são instigantes: o bebê que foi lançado ao rio em um cesto por sua mãe, corria perigo em razão de que o Faraó havia ordenado a morte de todos os bebês hebreus nascidos no Egito. Deste modo, a mãe esperava que alguém encontrasse o bebê e o adotasse. Segundo a tradição, assim aconteceu quando a princesa que se banhava no rio o encontrou e pediu ao Faraó para adotá-lo.

Moisés foi escolhido por Deus para conduzir os hebreus à Terra Prometida por meio da travessia do Mar Vermelho que seria caminho aberto pelas forças divinas. Ao chegarem em Israel, Moisés é convocado por Deus a subir o Monte Sinai, local em que recebe de Deus os Dez Mandamentos em duas tábuas de pedra conforme designado no livro do Êxodo. (BÍBLIA ONLINE, s.a, s.p.).

A partir das escrituras bíblicas, Michelângelo teve inspiração para esculpir aquela que posteriormente seria considerada a mais perfeita de suas obras – a estátua de Moisés, que em seu simbolismo oferece imaginário ideal para considerar fatos jurídicos relacionados às práticas de engenharia e edição genética da contemporaneidade.

A estátua é referenciada ao longo da história como demonstração fiel da anatomia e beleza humana e pode ser analisada sob três dimensões – como experiência estética, como objeto cultural, ou ato expressivo de seu criador. Na orientação de Xerez, em cada uma das óticas tem-se perspectiva parcial do fenômeno artístico, relacionada, respectivamente, com o espectador, com a obra de arte e com o criador”. Por isso, a arte pode ser compreendida de forma plena a partir da consideração do todo, isto é, com a compreensão das dimensões referidas de modo conjunto. (XEREZ, 2012, p. 216).

Com base em tais constatações percebe-se que ao vislumbrar uma obra de arte tem-se o estabelecimento de conexão ímpar seja com a história ou com o universo de significados oriundos da experiência estética ou cultural, de modo que a referida apreciação é capaz de gerar mudança profunda. Nesse viés, Rocha destaca a constituição de força que conecta a pessoa e a obra conduzindo a mudança significativa na percepção sensível do mundo real. (ROCHA, 2018, p. 40-1).

Com essa perspectiva, a pesquisa se debruça na análise da estátua de Moisés, esculpida entre 1513 e 1515 por Michelangelo di Ludovico Buonarroti Simoni que é considerado um “dos grandes gênios da Renascença italiana, e [...] um dos maiores e mais importantes artistas de todos os tempos”. (CUNHA, s.a., s.p.). Esculpido em mármore, Moisés apresenta cerca de 2,35 metros de altura e pode ser apreciado na igreja de San Pietro in Vincoli, em Roma.

A altíssima reputação de Michelangelo propiciou que o Papa Júlio II o convidasse a trabalhar em sua tumba, no ano de 1505. (MENDES, 2005, s.p.). Neste contexto, surge a escultura de Moisés, que pode ser considerada como uma representação do pontífice católico. A escultura em comento “tem um tamanho maior que o natural, uma escala não redutora, mas

amplificadora”. (FRANCO, s.a., p. 10). De acordo com o psicanalista Sérgio Gouvêa Franco na figura monumental,

Michelangelo figurou Moisés como um velho forte, robusto, imponente, com uma barba fluindo como um rio, a qual ele segura com a mão esquerda e o indicador direito. Moisés está sentado, cenho franzido, olhando severamente à sua esquerda, com as tábuas da lei sob o braço direito. (FRANCO, s.a., p. 10).

Algo que merece destaque em Moisés é “a bravura e terrível olhar da figura (*terribilità*), pois [...] esta possui uma intensa vida interior, uma força que transcende a pedra da qual foi retirada a figura”. (CUNHA, s.a., s.p.). Notadamente, a interpretação mais comum entre os historiadores de arte é de que Moisés denota toda a cólera ao povo de Israel em razão da adoração ao bezerro e ao outro. (FRANCO, s.a., p. 11). Deste modo, o olhar firme e decidido percebido na obra garante que serão castigados aqueles que não cumprirem as ordens divinas. (CUNHA, s.a., s.p.).

A importância histórica de Moisés é percebida por contemplar tanto a valorização do humano em sua anatomia e razão estética, bem como, a necessidade do resgate das relações para com o divino. (THEODOR, s.a., s.p.). O artista italiano acreditava que a escultura “era de todas as artes, a mais próxima de Deus, pois Ele havia criado a vida a partir do barro e o que o escultor faz é libertar a vida do mármore que a aprisiona”. (FERRAZ, 2009, s.p.).

Nesse sentido, a perfeição da escultura quando comparada à morfologia humana foi tal que segundo a tradição ao vislumbrar o resultado de seu trabalho, o artista teria batido com o martelo no joelho da estátua e dito: “*Perché non parli?*” ou “Por que não falas?”

Entretanto, algo curioso é percebido na escultura de Moisés – a presença de chifres em sua frente. O fato conduz ao questionamento sobre as razões do adorno e, a explicação encontrada dá-se em dois sentidos. Inicialmente, compreende-se os chifres como cornos místicos. Na concepção de Sérgio Gouvêa Franco “os cornos místicos [...] representam a luz que veio a Moisés após ver Deus”. (FRANCO, s.a., p. 10). Todavia, o que a literatura relata é que o artista italiano possa ter se baseado em um erro de tradução no momento de esculpir o herói bíblico. Neste sentido, Marcelo de Souza Silva relata que a “chamada *Vulgata*, tradução da Bíblia para o latim, feita no século IV por São Jerônimo, pode ter confundido dois vocábulos hebraicos de grafia parecida: *karan*, que quer dizer resplandecer, e *keren*, que significa chifre”. (SILVA, s.a., s.p., grifos do autor).

Nota-se no livro bíblico de Êxodo que “ao descer do monte Sinai com as duas tábuas da aliança nas mãos, Moisés não sabia que o seu *rosto resplandecia* por ter conversado com o Senhor”. (BÍBLIA ONLINE, s.a., s.p., grifos nossos). Já na tradução de São Jerônimo,

esse trecho teria ficado com a tradução ‘Moisés não sabia que seu rosto tinha chifres’. A tradução da *Vulgata* provavelmente foi o texto fundamental utilizado por Michelangelo na idealização do seu Moisés, refletindo assim uma concepção de época que muito provavelmente se originou deste mal-entendido. (SILVA, s.a., s.p., grifos do autor).

O equívoco na tradução encontra explicação quando Carolina Rodrigues destaca que no hebraico “não se escrevem vogais”. (RODRIGUES, s.a., s.p.). Deste modo, percebe-se a consagração de uma escultura – de perfeição e beleza, o melhor trabalho de Michelangelo, como registro artístico de um erro de tradução.

Nessa senda, parece mais adequado vislumbrar Moisés resplandecente em luz ao



portar consigo a lei divina para entregar aos homens.

### 3 DESAFIOS DA EDIÇÃO GENÉTICA EMBRIONÁRIA

O progresso científico, especialmente em reprodução humana medicamente assistida, tem ofertado oportunidades inéditas à humanidade. Diante da impossibilidade ou dificuldade de gerar filhos, as pessoas têm recorrido às clínicas médicas para produzir *in vitro*, embriões viáveis a serem implantados no útero de uma mulher.

Ocorre que por meio de diagnósticos genéticos realizados em momento anterior à implantação no útero, é possível conhecer as características genéticas que permitem saber sobre a aparência física das pessoas oriundas de tais procedimentos médicos. Em tais rumos, apresenta-se tentadora a utilização da tecnologia para diversas finalidades, tanto para promover saúde quanto para propiciar aperfeiçoamento genético.

Tais contextualizações reportam a necessidade de reflexão pois mesmo sendo doloroso e até vergonhoso admitir, vive-se em uma sociedade eugênica na qual a busca pela perfeição imprime uma culpabilidade devastadora nos pais que podem transmitir algum tipo de doença ou anomalia genética para os seus filhos. (BARCHIFONTAINE, 2002, p. 238).

É em nome dessa perfeição que homens e mulheres se submetem a horas intermináveis de atividades físicas, alimentações regradíssimas e procedimentos cirúrgicos invasivos, entre outros.

Neste contexto, o israelense Yuval Noah Harari, afirma que a “elevação dos homens à condição de deuses pode seguir qualquer um dentre três caminhos: engenharia biológica, engenharia cibernética e engenharia de seres não orgânicos”. (HARARI, 2016, p. 52). O autor aborda a evolução da espécie humana – de *Homo erectus* para *Homo sapiens* - a seleção natural e o papel que poderá ser desempenhado pelos profissionais da engenharia biológica, afirmando que:

Os bioengenheiros vão pegar o velho corpo do *Sapiens* e reescrever intencionalmente seu código genético, reconectar seus circuitos cerebrais, alterar seu equilíbrio bioquímico e até mesmo provocar o crescimento de novos membros. Disso resultarão novas entidades divinas que poderão ser tão diferentes de nós *Sapiens* quando somos diferentes do *Homo erectus*. (HARARI, 2016, p. 52, grifos do autor).

Os “novos membros” de Harari podem ser comparados aos “antigos chifres” de Michelangelo. Sob este cenário, um erro na tradução das escrituras sagradas ou no código genético, pode causar diversas consequências catastróficas, tanto no âmbito médico, estético ou jurídico. Neste viés, o autor questiona seus leitores sobre quais seriam os possíveis resultados “de mais algumas pequenas mudanças no nosso DNA, no sistema hormonal ou na estrutura do cérebro”. (HARARI, 2016, p. 52).

Em *O Gene*, o médico indiano Siddhartha Mukherjee, combina ciência, história social e relato pessoal para tratar da hereditariedade. O autor destaca como a genética influencia as vidas, personalidades e identidades, bem como destinos e escolhas. Sua obra é considerada essencial pois trata de uma das mais importantes questões da humanidade pois relembra que “a história do século passado nos ensinou os perigos de dar a governos o poder para determinar ‘aptidão’ genética” e afirma que “a questão que confronta a nossa era é o que acontece quando esse poder cabe ao indivíduo”. (MUKHERJEE, 2006, p.539).

Ao discorrer sobre o Projeto Genoma Humano e a entrevista com o geneticista James

Watson, realizada em meados de 1991 destaca que este quando questionado sobre o que aconteceria assim que todos os genes do nosso genoma tivessem sido sequenciados e os cientistas pudessem manipular informações genéticas à vontade, respondeu que:

Muita gente se diz preocupada com a mudança em nossas instruções genéticas. Mas essas [instruções genéticas] são apenas um produto da evolução, moldadas para nos adaptar a certas condições que podem não existir hoje. *Todos sabemos o quanto somos imperfeitos. Por que não nos tornar um pouquinho mais aptos à sobrevivência?* (WATSON, 1991, s.p. *apud* MUKHERJEE, 2006, p. 541, grifos nossos).

Ao final da entrevista, o cientista teria afirmado que o trunfo da condução genética seria tornar os homens melhores do que são. (WATSON, 1991, s.p. *apud* MUKHERJEE, 2006, p.541, grifos nossos). Neste cenário de alterações genéticas e experimentos científicos, é preciso entender que até o final dos anos 1980, “o único mecanismo para identificar o genoma humano [...] em um sentido genético – era identificar mutações genéticas altamente penetrantes e gravemente danosas [...] ainda no útero e interromper a gravidez”. (MUKHERJEE, 2006, p.541).

Já nos anos de 1990, “o diagnóstico genético pré-implantacional (PGD) permitia aos pais selecionar de forma preventiva e implantar embriões sem essas mutações, substituindo o dilema moral de interromper uma vida pelo dilema moral da escolha”. No final dos anos 1990, o advento da terapia gênica alterou os termos dessa discussão e “possibilitou mudar intencionalmente genes em corpos humanos [...] em vez de eliminar seres humanos portadores de genes danosos, os cientistas agora podiam cogitar em corrigir genes humanos defeituosos, e com isso, tornar o genoma um pouquinho melhor”. (MUKHERJEE, 2006, p.541, grifo do autor).

De acordo com o filósofo e jurista, Ronald Dworkin, a ciência genética acena com a possibilidade de “criar determinados seres humanos projetados, um por um, segundo uma planta minuciosa”, ou ainda de “alterar os seres humanos existentes, ainda enquanto fetos ou mais tarde, para criar pessoas com as propriedades genéticas mais favoráveis”. (DWORKIN, 2005, p.624).

Por isso, o questionamento que conduz o pensamento científico na área consiste em identificar como transtorno a inserção de característica de DNA estranha enquanto percebe-se possível a reinscrição do próprio código transformando um perigoso gene mutante em sua algo benéfico. Nesta perspectiva, Harari afirma que

Poderíamos então começar a usar o mesmo mecanismo para consertar, além de genes letais, todos os responsáveis por doenças menos fatais, como o autismo, a obesidade e a estupidez. Quem ia querer que seu filho sofresse de algum desses males? Suponha que um teste genético indicasse que sua filha ainda por nascer seria inteligente, bonita e bondosa – mas que sofreria de depressão crônica. Você não gostaria de salvá-la de anos de sofrimento *com uma intervenção rápida e indolor num tubo de ensaio?* E já que você está por ali, *por que não dar um empurrão à criança?* A vida é dura e desafiadora até mesmo para pessoas saudáveis. Assim, seria muito conveniente que a menininha tivesse um sistema imunitário mais forte que o normal, uma memória acima da média, ou um humor especialmente bom. (HARARI, 2016, p.62, grifos nossos).

Este cenário é considerado por muitos como apocalíptico ou até hollywoodiano, todavia é preciso lembrar que a “pesquisa científica e os desenvolvimentos tecnológicos estão se processando em um ritmo muito mais rápido daquele que a maioria de nós pode compreender”

(HARARI, 2016, p. 58). Há trinta anos poucos imaginavam o poder e a influência que a internet teria na humanidade, porém atualmente “cerca de 3,9 bilhões de pessoas usam a internet em todo o mundo, o que representa mais da metade da população mundial”. (EBC, 2018, s.p.).

Desse modo, os recentes avanços relacionados à genética clínica, sejam eles referentes a testes genéticos ou às promessas de curas para diversas doenças, colocam a sociedade diante de circunstâncias preocupantes pois, ao mesmo tempo em que é possível conseguir resultados ótimos com o nascimento de uma criança é também, viável escolher características genéticas relacionadas aos desejos de uma geração.

Conforme menciona Harari, “não existe uma linha que separa claramente a cura do aprimoramento. A medicina quase sempre atua salvando pessoas de se posicionarem abaixo dos padrões existentes, mas as mesmas ferramentas e o mesmo *know-how* podem mais tarde ser usados para elevá-los”. Para exemplificar a situação, o autor cita o caso das cirurgias plásticas, inicialmente criadas para tratar lesões faciais decorrentes da Primeira Guerra Mundial e atualmente utilizadas para aprimorar e embelezar os seres humanos financeiramente afortunados. (HARARI, 2016, p. 60).

É sob o contexto da busca pela perfeição humana, que as técnicas de RHMA surgem como uma opção aos pais que visam efetivar seu direito ao planejamento familiar, além de possibilitar aos cientistas ferramentas para *esculpir* seres humanos com características específicas.

Na concepção do filósofo Michael Sandel, o rápido avanço científico e o seu descompasso com a compreensão moral são fatores capazes de gerar considerável mal-estar. Assim, em sociedades liberais, recorre-se inicialmente à linguagem baseada nos conceitos de autonomia, direitos humanos e justiça, diretrizes capazes de articular o contexto de mal-estar pois “a revolução genômica induziu a uma espécie de vertigem moral”. (SANDEL, 2013, s.p.).

No futuro, projetar bebês “pode se tornar tecnologicamente tão exequível quanto assassinar pessoas para colher seus órgãos” o que atualmente é possível e extremamente lucrativo, mesmo sendo visto “como uma atividade marginal”. (HARARI, 2016, p. 63). Diante disso, urge compreender quais são as novas tecnologias e como elas podem ser utilizadas na seara da genética humana, para então, refletir de forma transdisciplinar sobre o assunto a fim de normatizar tais condutas.

Consoante Emilssen González de Cancino, “é muito difícil afirmar o que pode ser considerado avanço ou retrocesso quando se fala em genética humana”. (CANCINO, 2007, p.265). Neste sentido, George Daley, biólogo especialista em células-tronco, afirma que: “A edição gênica traz a questão fundamental de como iremos ver a nossa humanidade do futuro e se iremos dar os passos drásticos para modificar nossa linha germinal e, em certo sentido, assumir o controle do nosso destino genético, o que gera um perigo para a humanidade”. (DALEY, s.a., s.p., *apud* MUKHERJEE, 2006, p.555).

No Brasil, a perspectiva não encontra qualquer disposição legal especial, de modo que se pode contextualizar a alteração de características genéticas como invasiva e, nesse aspecto, dentre os direitos da personalidade.

Nessa linha, denota-se a necessidade de autorização da pessoa para a realização de procedimentos cirúrgicos, conforme percebe-se no artigo 15 do Código Civil de 2002. Entretanto, diante da impossibilidade de obtenção de consentimento em virtude de tratar-se de intervenção médica embrionária, compreende-se que os genitores possam permitir apenas as alterações genéticas que resultem em um benefício de saúde, distante dos aspectos de melhoramento genético. Ocorre que esse raciocínio não impede as práticas em laboratórios

e clínicas de RHMA.

O Conselho Federal de Medicina dispõe sobre a temática em resoluções desde 1992. Embora não tenha caráter vinculante ao ordenamento jurídico brasileiro, denota-se como diretriz ética para orientação das condutas médicas. Assim, a partir da Resolução nº1.358/92, as clínicas médicas são responsáveis pela escolha dos doadores de gametas garantindo a maior semelhança possível com os autores do projeto parental; destaca a vedação à escolha do sexo ou qualquer outra característica genética, salvo quando houver a possibilidade de evitar doenças.

A Resolução nº2.168/2017 é a mais recente e prevê o acesso às técnicas disponíveis por pessoas sem diagnóstico de problemas reprodutivos para o congelamento de gametas, embriões e tecidos germinativos. A perspectiva é justificada no planejamento familiar a partir da consideração dos projetos individuais como trabalho e estudos.

Diante disso, tem-se lacuna tanto legislativa quanto nas orientações da corporação médica quanto às intervenções genéticas, o que não impede a sua realização dado que a literatura refere a viabilidade dos procedimentos de edição genética para a manipulação de características, conforme referido supra. Assim, considerando os recentes avanços relacionados à genética clínica e a possibilidade de no futuro, criar seres humanos *perfeitos*, assim como a escultura de Moisés, a bioética surge como uma bússola na busca de orientações de uso para guiar as técnicas de RHMA, além de demonstrar o princípio jonasiano da responsabilidade que deve guiar quem aventura-se a *esculpir* um ser humano.

#### **4 COMPLEXIDADE E RESPONSABILIDADE EM EDIÇÃO GENÉTICA EMBRIONÁRIA**

O contexto em que se desenvolve a ciência é inusitado e nessa linha o pensamento complexo surge como desafio para os pesquisadores que passam a vislumbrar os possíveis resultados de uma ação. Assim,

é complexo o que não pode resumir-se numa palavra mestra, o que não pode reduzir-se a uma lei ou a uma ideia simples. Por outras palavras, o complexo não pode resumir-se na palavra complexidade, reduzir-se a uma lei de complexidade ou a uma ideia de complexidade. A complexidade não poderia ser qualquer coisa que se definisse de maneira simples e tomasse o lugar da simplicidade. A complexidade é uma palavra problema e não uma palavra solução. (MORIN, 2001, p. 8.).

As afirmações sobre o contexto de complexidade são pertinentes em razão de que as ameaças mais graves em que a humanidade incorre estão relacionadas ao progresso desmedido, observado distante de reflexão acerca do conhecimento aplicado às criações, como refere com relação à manipulação genética das espécies, armas nucleares. (MORIN, 2001, p. 14.). Sob este contexto, vislumbra-se o pensamento complexo como percepção e diretriz para atuação científica na contemporânea.

O propósito do pensador francês consiste em sensibilizar sobre a carência do pensamento que produz ações mutiladoras, de modo que destaca o pensamento complexo como forma de civilizar o conhecimento. (MORIN, 2001, p. 23). A exemplo tem-se as disposições acerca da biotecnologia no sentido de que

dispõe de técnicas muito precisas e eficazes, em particular, está *abrindo novas realidades* e, sobretudo, perspectivas muito promissoras para diversos campos da indústria, da agricultura, da alimentação, *da saúde*, do meio ambiente, entre outros. Consequentemente, a capacidade de inferir

na matéria viva por meio das biotecnologias tornou-se muito maior, assim como a velocidade com que as transformações podem ocorrer. (ROMEO-CASABONA, 2007, p. 29, grifo nosso).

Tal contextualização permite compreender a efetiva possibilidade de criação do Moisés contemporâneo por meio da engenharia genética caracterizado em pessoas oriundas das técnicas de RHMA, com saúde perfeita e aparência física em conformidade com os padrões da geração atual. A reflexão deste cenário a partir da perspectiva da complexidade será capaz de estimular cientistas a enfrentar os desafios e exigências do presente com pensamento que não seja mutilador.

Além de considerar a complexidade que envolve as técnicas de RHMA, os responsáveis pelas pesquisas e procedimentos devem ser responsáveis. Essa é a síntese do princípio responsabilidade, elaborado por Hans Jonas, na obra *Das Prinzip Verantwortung – Versuch einer Ethic für die Technologische Zivilisation* (O Princípio Responsabilidade – Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica, em português), publicada no ano de 1979 na Alemanha. Para o autor, a responsabilidade é

princípio primordial e norteador deste momento da história de utopias caídas e novos paradigmas levantados, no qual o ser humano busca desesperadamente categorias que o ajudem a continuar vivendo uma vida digna e que continue merecendo o nome de humana. (JONAS, 2006, p. 19).

Nessa linha, a ética entra em cena como regulação do agir, indicando “como uma estrela-guia aquilo que é o bem ou o permitido”. Sua tese é de que se deve refletir sobre uma ética de previsão que contemple responsabilidade e limites que possa ser aplicável às novas circunstâncias. Com esse norte, reitera a necessidade de pensar em conjunto a manipulação técnica, social e o valor verificado na premissa do “valer-a-pena de todo empreendimento humano”. (JONAS, 2006, pp. 59-66). O autor também trata do

sonho ambicioso do *Homo faber*, condensado na frase de que o homem quer tomar em suas mãos a sua própria evolução, a fim não meramente de conservar a espécie em sua integridade, mas de melhorá-la e modificá-la segundo seu próprio projeto. Saber se temos o direito de fazê-lo, se somos qualificados para esse papel criador, tal é a pergunta mais séria que se pode fazer ao homem que se encontra subitamente de posse de um poder tão grande diante do destino. (JONAS, 2006, p. 61, grifo do autor).

Com isso, é possível identificar o papel pedagógico do Princípio Responsabilidade. No contexto da concepção jonasiana, na de Haide Maria Hupffer e Wilson Engelmann, os quais afirmam que a prudência adquire uma função fundamental no imperativo responsabilidade, especialmente “por exigir coragem para decidir com cautela quando os conhecimentos científicos e técnicos disponíveis não conseguem dar respostas seguras em relação a possibilidade ou não de riscos graves e irreversíveis”. Por fim, os autores destacam que para Hans Jonas, “o não saber já é motivo suficiente para uma moderação responsável”. (HUPFFER; ENGELMANN, 2017, p.2671).

Assim, constata-se que o princípio responsabilidade proposto por Jonas pode contribuir pedagogicamente para nortear as discussões sobre as consequências das técnicas de RHMA que começam a ser questionadas e temidas.

Desde o início de século XXI, percebe-se um movimento e um olhar mais cuidadoso de outras áreas do conhecimento que começam a questionar a influência que as técnicas



de RHMA podem ter sobre o planejamento familiar e o futuro da sociedade. A discussão em âmbito internacional sobre os benefícios e os riscos das técnicas mostram que está em curso uma modificação de postura e um entendimento de que elas podem representar ameaça às futuras gerações. Em outras palavras, o despertar da humanidade traz novas expectativas de renegociar a governança da ciência com amparo em uma nova ética para a biotecnologia que sustenta o dever diante da criação de bebês em laboratórios.

## 5 CONCLUSÃO

O estudo da escultura de Moisés mostra-se pertinente para a compreensão dos rumos possíveis em reprodução humana medicamente assistida e, especialmente quanto à edição genética embrionária. A genialidade do artista pode ser constatada na demonstração dos detalhes do corpo humano ao elucidar a beleza com perfeição nos detalhes morfológicos. A inspiração renascentista permitiu a Michelangelo elevar o humano ao êxtase quando entregou ao mundo a escultura de Moisés.

Nesse contexto lúdico, a pesquisa reflete sobre os atuais estágios da reprodução humana em que técnicas artificiais são desenvolvidas para proceder reparos genéticos em embriões criopreservados, no encontro dos melhores interesses em saúde. O desenvolvimento e a difusão da reprodução humana medicamente assistida têm de fato, aberto um horizonte de possibilidades aos autores do projeto parental no que diz respeito ao planejamento e à organização familiar. Nesse viés, é possível identificar a autonomia na constituição familiar e o manejo científico responsável das técnicas de implementação biotecnológica.

Entretanto, é constatado também, a determinação de características genéticas relacionadas aos valores da época ou de uma geração, que podem ser consideradas intervenções para propiciar o melhoramento genético.

Com esse foco, o trabalho demonstra a tendência dos cientistas em aperfeiçoar a natureza desde as afirmações Watson quando da revelação da estrutura helicoidal do DNA e da possibilidade de recombinar genes. O referido é vislumbrado com preocupação uma vez que a história apresenta episódios cruéis em que a implementação de políticas eugenistas geraram exclusão e morte de pessoas, especialmente judeus, em campos de concentração nazistas.

Contemporaneamente, verifica-se que a reprodução humana medicamente assistida pode constituir meio para a consagração de eugenias quando se percebe a efetiva possibilidade de esculpir seres humanos a partir dos desejos de seus pais ou, ainda, dos cientistas que se aventuram ao divulgar experimentos distantes de critérios éticos e, com foco na consecução de notoriedade.

Especialmente, nota-se a necessária discussão sobre a pertinência de limites aos anseios e à conduta parental, bem como aos cientistas que conduzem tais práticas.

A estátua de Moisés representa nesta produção analogia aos fatos jurídicos relacionados às práticas de engenharia e edição genética, permitindo a contextualização da temática quanto aos riscos e benefícios da implementação biotecnológica e a responsabilidade pelos contornos do porvir. Nesse ponto, o simbolismo surge do diálogo entre o direito e a arte demonstrando a interrelação de duas áreas do conhecimento, com bases em diálogos que visem contextualizar questões contemporâneas.

No que diz respeito às práticas no setor de reprodução humana medicamente assistida, ressalta-se a inexistência de legislação sobre a temática, de modo que o debate e as reflexões contribuem para a articulação de mecanismos propulsores de segurança jurídica haja vista o

dilema representado pelo avanço biotecnológico e as questões éticas.

A preocupação parece oportuna pois, nos moldes do ocorrido com os chifres constantes na escultura de Moisés, produto de um erro de tradução do hebraico para o latim, é possível que sejam processados equívocos genéticos na constituição das pessoas oriundas das técnicas de reprodução humana medicamente assistida. Neste particular, o dito popular de que “errar é humano” abre caminhos para a reflexão em torno da urgência de um marco regulatório oportuno.

Diante de todo o exposto, demonstra-se que o direito pode contribuir para o uso prudente da tecnologia sem prescindir do diálogo com as demais áreas do conhecimento. A perspectiva parece encontrar viabilidade para atuação biomédica em conformidade com o princípio responsabilidade, de modo que a promoção da dignidade da pessoa humana constitua-se em fundamento norteador dos interesses de todos os envolvidos nos procedimentos de reprodução humana medicamente assistida. O panorama apresentado parece contribuir para a gestão adequada de uma ciência efetivamente compromissada com os interesses da humanidade.

## REFERÊNCIAS

BARCIBFONTAINE, Christian de Paul de; PESSINI, Leo (orgs.). *Bioética: alguns desafios*. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

BÍBLIA ONLINE. Êxodo. Disponível em: <<https://www.bibliaonline.com.br/nvi/ex/34/29>>. Acesso em: 30. mai. 2019.

CANCINO, Emilssen González de. Eugenia: Avanço ou Retrocesso. In: ROMEO-CASABONA, Carlos María; SÁ, Maria de Fátima Freire de, (orgs.). *Desafios Jurídicos da Biotecnologia*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007.

CUNHA, Sonia. *Michelangelo: 9 obras para conhecer o gênio*. Disponível em: <<https://www.culturagenial.com/michelangelo-obras/>>. Acesso em: 23. maio 2019.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Traduzido por Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DURANT, Guy. *A bioética: natureza, princípios, objetivos*. Traduzido por Porphírio Figueira de Aguiar Netto. São Paulo: Paulus, 1995.

EBC, Agência. *Mais da metade da população mundial está conectada à internet, diz ONU*. 2018. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2018-12/mais-da-metade-da-populacao-mundial-esta-conectada-internet-diz-onu>>. Acesso em: 27. mai. 2019.

FRANCO, Sérgio de Gouvêa. *Freud e o Moisés de Michelangelo*. Disponível em: <<http://sig.org.br/wp-content/uploads/2016/04/artigo1.pdf>>. Acesso em: 23. mai. 2019.

HARARI, Yuval Noah. *Homo Deus: Uma breve história do amanhã*. Traduzido por Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

HUPFFER, Haide Maria; ENGELMANN, Wilson. O princípio responsabilidade de H. Jonas como contraponto ao avanço (ir)responsável das nanotecnologias. *Revista Direito Práxis*. Rio de Janeiro, Vol. 08, N. 04, 2017. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdp/v8n4/2179-8966-rdp-8-4-2658.pdf>>. Acesso em: 23 abr. 2019.

JONAS, Hans. *O Princípio Responsabilidade: Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Traduzido por Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto, Ed. PUC-Rio, 2006.

MENDES, Eliana Rodrigues Pereira. Um jogo de espelhamentos, a partir do Moisés de Michelangelo. *Reverso*. v.27 n.52, Belo Horizonte, set. 2005. Disponível em: <[http://pe.psic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-73952005000100003](http://pe.psic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-73952005000100003)>. Acesso em: 23. mai. 2019.

MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. Traduzido por Dulce Matos. Lisboa: Stória Editores, 3 ed., 2001.

MUKHERJEE, Siddhartha. *O gene: Uma história íntima*. Traduzido por Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras. 2006.

ROCHA, Fernanda. *Arte, busca pela essência humana: Michelangelo*. Galeria 419, 2018.

RODRIGUES, Carolina. *Por que razão a escultura de Moisés de Michelangelo tem dois chifres?*. Disponível em: <<https://www.sabado.pt/vida/detalhe/por-que-razao-a-escultura-de-mois-es-de-michelangelo-tem-dois-chifres>>. Acesso em: 24. mai. 2019.

ROMEO-CASABONA, Carlos María (org.). *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética, Cátedra de Derecho y Genoma Humano*. Disponível em: <<https://enciclopediabioderecho.com/>>. Acesso: 29. mar. 2019.

ROMEO-CASABONA, Carlos María. O desenvolvimento do Direito diante das Biotecnologias. In: ROMEO-CASABONA, Carlos María; SÁ, Maria de Fátima Freire de. (Orgs.). *Desafios Jurídicos da Biotecnologia*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007.

SANDEL, Michael. *Contra a perfeição: Ética na era da engenharia genética*. Traduzido por Ana Carolina Mesquita. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

SILVA, Marcelo de Souza. *O Moisés de Michelangelo visto por Freud*. Disponível em: <<https://omundodasnuvens.wordpress.com/2016/01/13/o-mois-es-de-michelangelo-visto-porfreud/>>. Acesso em: 24. mai. 2019.

SOUSA, Ana Maria Viola de; NASCIMENTO, Grasielle Augusta Ferreira. Direito e Cinema - uma visão interdisciplinar. *Revista Ética e Filosofia Política*, n. 14, v.2, out. 2011. Disponível em: [http://www.ufjf.br/eticaefilosofia/files/2011/10/14\\_2\\_sousa\\_nascimento\\_8.pdf](http://www.ufjf.br/eticaefilosofia/files/2011/10/14_2_sousa_nascimento_8.pdf) Acesso em: 26 mai.2019.

THEODOR, Adrian. *O Moisés De Michelangelo*. Disponível em: <<https://cenciturismo.com.br/o-mois-es-de-michelangelo/>>. Acesso em: 24. maio 2019.

XEREZ, Rafael Marcílio. *Dimensões da concretização dos direitos fundamentais: Teoria, método, fato e arte*. Salvador: Universidade Federal da Bahia – UFBA, 2012.

---

**Recebido em:** 23/07/2019

**Aprovado em:** 18/11/2019

**Como citar este artigo (ABNT):**

CERVI, Taciana Marconatto Damo; PATZ, Stéfani Reimann. Moisés, *perchè non parli?*: reflexões jurídicas em edição genética embrionária a partir da arte de Michelangelo. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.38, p.107-118, maio/ago. 2019. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2020/01/DIR38-07.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.



**Newton**