



Expediente da Faculdade de Direito do Sul de Minas

Programa de Pós-Graduação em Direito – v. 32, n. 2

ISSN (impresso) Nº 1516.4551

ISSN (eletrônico) Nº 2447-8709

Editor-chefe: Prof. Pós-Dr. Rafael Lazzarotto Simioni.

Periodicidade: O volume anual é composto de dois números, com periodicidade semestral.

Secretária: Natália Carvalho Campos Azevedo.

Editores associados: Adrielly Francine Rocha Tiradentes, Fabiana Silva Bittencourt, Henrique Cassalho Guimarães e Meliza Marinelli Franco Carvalho.

Conselho Editorial:

Prof. Dr. Andrea Panzarola - LUM - Libera UniversitàMediterranea "Jean Monnet" Bari – Itália;

Prof. Dr. António Castanheira Neves - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra;

Prof. Dr. José Ignacio Martinez Estay - Universidad de los Andes;

Prof. Dr. José Lebre de Freitas - Universidade Nova de Lisboa;

Prof. Dr. José Manuel Aroso Linhares - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra;

Prof. Dr. Marcel Storme - Law Faculty of the University of Ghent (Bélgica);

Prof. Dr. Nicola Picardi - Università degli Studi di Roma "La Sapienza";

Prof. Dr. Rodrigo Perez Lisisic - Universidade do Atacama – Chile;

Prof. Dr. Rui Manuel Moura Ramos - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra;

Prof^a. Dra. Paula Costa e Silva - Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal);

Prof. Ms. Diego Germán Mejía - Lemos – National University of Singapore, Faculty of Law, Singapur;

Luiz Inácio Lucena Adams – Advogado Geral da União;

Prof. Dr. Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy – IDP e UCB – DF;

Prof. Dr. Celso Lafer – FAPESP e USP;

Prof. Dr. Fredie Didier Junior - UFBA;

Prof. Dr. Humberto Theodoro Junior – UFMG;

Prof. Dr. Jessé José Freire de Souza – UFJF;

Prof. Dr. Leonardo José Carneiro da Cunha – UFPE e UNICAP;

Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - UNISINOS;

Prof. Dr. Luiz Alberto David Araujo - PUC São Paulo;

Prof. Dr. Marcilio Toscano Franca Filho – UFPB;

Prof^a. Dra. Angela Araújo da Silveira Espindola - UNISINOS;

Prof^a. Dra. Flávia Piovesan, PUC – SP e PR;

Prof^a. Dra. Jânia Maria Lopes Saldanha - UNISINOS;

Prof^a. Dra. Maria Sylvia Zanella Di Pietro – USP;

Prof^a. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE;

Prof. Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho – UCB – DF.

Pareceristas atuantes:

Dr. André Karam Trindade – IMED

Ma. Ana Carolina Faria Silvestre - FDSM

Pós-Dr^a. Ana Claudia Pompeu Torezan Andreucci – MACKENZIE

Dr^a. Angela Araújo da Silveira Espindola - UFSM

Dr. Aurélio Agostinho da Bôaviagem - FADIC

Dr. Bruno Amaro Lacerda – UFJF

Dr. Clóvis Eduardo Malinverni da Silveira - UCS

Dr^a. Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira - UNILASALLE

Dr^a. Daniella Maria dos Santos Dias - UNIFESSPA

Dr. Daniel Francisco Nagao Menezes – MACKENZIE

Dr. Eduardo Henrique Lopes Figueiredo - FDSM

Pós-Dr. Edson Vieira da Silva Filho – FDSM

Pós-Dr. Elias Kallás Filho – FDSM

Dr. Érico Hack - PUC/PR

Dr. Felipe Kern Moreira - UFRR

Dr. Flávio Luís de Oliveira - ITE

Dr. Gabriel Luis Bonora Vidrih Ferreira - UEMS

Me. Geraldo Magela Melo –UNIFEMM

Dr. Henrique Weil Afonso - FADIC

Dr. João Carlos Medeiros de Aragão - PUC/SP

Dr. João da Cruz Gonçalves Neto - UFG

Dr. José Alberto Antunes de Miranda – UNILASALLE

Leilane Serratine Grubba

Dr. Leonel Pires Ohlweiler - UNILASALLE

Dr. Lourival José de Oliveira – FACCAR

Dr. Lucas da Silva Taschetto - PUC/SP

Dr^aa. Maria Virgínia Leal – UFPE

Me. Matheus Faganello – FADERGS

Dr. Miguel Calmon Teixeira de Carvalho Dantas – UFBA

Dr. Murilo Gaspardo - UNESP

Dr. Nuno Coelho – USP

Pós-Dr. Paulo Eduardo Vieira de Oliveira - FDSM

Pós-Dr. Paulo José Brando Santilli - UNESP

Pós-Dr. Rafael Lazzarotto Simioni – FDSM

Me. Renato Ribeiro de Almeida – USP

Dr. Rodolfo Viana Pereira - UFMG

Pós-Dr. Rodrigo Garcia Schwarz - UNOESC

Dr^a. Rosa Maria Borges – UNIRITTER

Dr^a. Rosalina Moitta Pinto da Costa - UFPA

Dr. Sérgio Tibiriçá Amaral – ITE

Dr^a. Theresa Rachel Couto Correia - UFSC

Dr. Vanderlei Martins - UERJ

Dr. Victor Hugo Tejerina-Velazquez – UNIMEP

Bibliotecária responsável: Zélia Nilva de Souza Chagas.

Missão: A Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas é um veículo de consolidação das linhas de pesquisas institucionais e tem por finalidade publicar trabalhos inéditos na área do Direito.

Linha editorial: Constitucionalismo e Democracia.

Política de responsabilidade: O corpo editorial da Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas não se responsabiliza pelas opiniões expressas nos artigos, sendo estes de responsabilidade de seus autores.

Política de livre acesso: Todo o material publicado na Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas é de acesso online e gratuito. Na versão impressa, é distribuída por permuta e doação a diversas instituições de ensino nacionais e estrangeiras. A cessão de artigos à revista é igualmente gratuita, não sendo

cobradas, tampouco, taxas para a análise e publicação. A Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas obedece aos termos da licença Creative Commons 3.0 (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/br/deed.pt>), atribuição não comercial e sem derivações, em consonância com a legislação autoral brasileira, Lei 9.610/98.

Indexação: Assembleia de Minas; Latindex; Portal de Periódicos; Sumários.org; DOAJ; Diadorim; Blook.

Correspondência: Toda correspondência, incluindo artigos científicos a serem submetidos para avaliação, cartas aos editores, solicitação de cópias, sugestões, avisos e outras informações, deve ser enviada para revista@fdsm.edu.br.

Endereço postal: Av. Dr. João Beraldo, 1075 - Centro - Pouso Alegre MG - CEP 37550-000 – Tel./Fax: (35) 3449-8106.

Normas para a submissão de artigos: Disponíveis em:

<http://www.fdsd.edu.br/site/posgraduacao/diretrizes.php>

Faculdade de Direito do Sul de Minas:

Diretor: Leonardo de Oliveira Rezende

Vice-Diretor: Rafael Tadeu Simões

Fundador: Evaristo Toledo

Coordenação Financeira: Luiz Otávio de Oliveira Rezende

Coordenação de Graduação: Elias Kallás Filho

Coordenação Científica e de Pós-Graduação: Rafael Lazzarotto Simioni

A BUSCA PELA VALORIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO: INTERPRETAÇÃO SISTÊMICA DO TEXTO CONSTITUCIONAL

THE SEARCH FOR VALUATION OF WORK HUMAN: SYSTEMATIC INTERPRETATION OF THE CONSTITUTIONAL TEXT

*Oreonnilda de Souza**
*Lourival José de Oliveira***

RESUMO

Partindo da premissa de que o trabalho humano deve ser valorizado e a dignidade humana protegida em todas as suas dimensões, este artigo trata de importantes aspectos dos direitos fundamentais em um cenário cuja globalização impõe relativizações e, até mesmo, reduções de direitos trabalhistas para maior lucratividade das empresas. Todo cidadão tem direito ao trabalho digno, incumbindo ao Estado editar políticas de proteção e diminuição dos índices de desemprego, normatizando e fiscalizando a atuação empresarial – que deve cumprir sua função social. A proposta é demonstrar a importância de uma interpretação uníssona dos dispositivos constitucionais para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária alcançando o desenvolvimento nacional e a erradicação da pobreza e das desigualdades sociais e regionais. Foram utilizados o método de abordagem dialético e o de procedimento analítico na

-
- * Mestranda em Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social, na linha de pesquisa Relações Empresariais, Desenvolvimento e Demandas Sociais pela Universidade de Marília (UNIMAR) e do grupo de pesquisa Empreendimentos Econômicos, Processualidade e Relações Jurídicas. Professora e pesquisadora vinculada ao Núcleo de Iniciação Científica do Curso de Direito (NICDir) do Centro Universitário de Rio Preto (UNIRP). Advogada. E-mail: oreonnilda@gmail.com.
- ** Doutor em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Docente do Programa de Mestrado da Universidade de Marília (Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social, linha de pesquisa Relações Empresariais, Desenvolvimento e Demandas Sociais). Docente do Curso de Graduação da Universidade Estadual de Londrina (UEL). Advogado. E-mail: lourival.oliveira40@hotmail.com.

organização, análise e interpretação dos dados obtidos por meio de revisões bibliográficas.

Palavras-chave: Direito do trabalho; Aspectos constitucionais; Valorização do trabalho humano.

ABSTRACT

Starting from the premise that human labor should be valued and human dignity protected in all its dimensions, this article deals with important aspects of fundamental rights in a scenario which globalization imposes relativization and even labor rights reductions for higher profitability companies. Every citizen has the right to decent work and is responsible to the State edit protection policies and decrease in unemployment, by regulating and supervising the business activities - which must fulfill its social function. The proposal is to demonstrate the importance of unison interpretation of constitutional provisions to build a free, just and solidary society achieving national development and poverty eradication and social and regional inequalities. The method of dialectical approach and the analytical procedure in the organization, analysis and interpretation of data obtained from literature reviews were used.

Keywords: Labor law; Constitutional aspects; Value of human labor.

INTRODUÇÃO

O Decreto-lei n. 5.452/1943, que aprovou a Consolidação das Leis do Trabalho, previu inúmeros direitos ao trabalhador com o propósito de protegê-lo das arbitrariedades do poder econômico.

Embora as Constituições brasileiras anteriores trouxessem em seus textos alguma proteção aos trabalhadores, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 o rol de direitos fundamentais e sociais foi ampliado, especialmente levando-se em consideração as questões humanitárias. A partir de então, muitas normas celetistas receberam *status* constitucional, por isso fala-se em “constitucionalização dos direitos trabalhistas”.

A pertinência e a relevância desta pesquisa justificam-se na necessidade premente de efetividade dos direitos fundamentais do trabalhador, mormente *àqueles* condizentes *à* dignidade e *à* saúde para a proteção da vida humana.

Para o desenvolvimento deste trabalho, foram utilizados os métodos de abordagem dialético (entendendo a realidade social, aproximando-se do real por meio do diálogo argumentativo e conflitivo) e o de procedimento analítico (do todo para as partes, decompondo o objeto em elementos constitutivos para uma melhor compreensão), com subsídio em obras literárias, em artigos jurídicos e na legislação para a obtenção dos resultados apresentados.

A problemática central foi demonstrar a imprescindibilidade de fazer uma interpretação *sistêmica* dos dispositivos constitucionais, extraíndo deles a essência

para alcançar os objetivos fundamentais da República, alicerçados nos fundamentos constantes no artigo 1º, entre eles o da valorização do trabalho humano.

Imperioso se faz deixar o plano teórico da valorização do ser humano e viabilizá-lo na prática, principalmente no que tange à figura estatal. É dever do Estado pautar todos os seus atos e políticas públicas nos anseios da coletividade, tutelando, em todos os seus aspectos, a dignidade humana, para que os objetivos do Estado Democrático de Direito possam ser alcançados.

O STATUS CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS TRABALHISTAS PREVISTOS PELA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO

Embora a Consolidação das Leis do Trabalho já garantisse inúmeros direitos aos trabalhadores, alguns tinham natureza constitucional. A Constituição Federal de 1988 elevou a *status* constitucional direitos básicos e fundamentais destinados à proteção da relação de trabalho e, principalmente, do trabalhador em razão da profunda desigualdade econômica entre as partes contratantes, com escopo de compatibilizar a função laboral com a dignidade e o bem-estar do obreiro. É o que se depreende a partir da interpretação sistêmica do texto constitucional.

Nessa linha de raciocínio, lecionam Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior:

A interpretação sistemática [...] é aquela empreendida à vista das relações de coordenação e subordinação da norma jurídica analisada com as demais normas integrantes do sistema, quer situada no mesmo patamar de hierarquia, quer situada em patamar superior.

Na verdade, o objetivo da interpretação sistemática é a análise da norma jurídica como parte do sistema. Assim, interpretar uma norma implica a interpretação do sistema, como um todo¹.

Hodiernamente, debate-se uma nova perspectiva a respeito do constitucionalismo: o neoconstitucionalismo², desenvolvendo e disseminando a ideia de que o texto constitucional deve ser mais efetivo e menos retórico; trata-se da proposta de uma Constituição limitadora do poder político, mas, sobretudo, da

¹ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. rev. e atual. até a EC n. 76 de 28 de novembro de 2013. São Paulo: Verbatim, 2014, p. 115.

² Entre as nomenclaturas utilizadas pela doutrina, neoconstitucionalismo é a mais empregada, porém pode-se encontrar as terminologias constitucionalismo pós-moderno e pós-positivismo. Gustavo Binenbojm, citado por Shirlene Marques Velasco (*In*: Estado social e democrático de direito e o neoconstitucionalismo. *Revista Opinião Filosófica*, ano 1, v. 1, n. 2, p. 90-104, jul./dez. 2010, p. 95) entende o neoconstitucionalismo como o “processo por meio do qual os sistemas democrático e de direitos fundamentais ‘espraíam seus efeitos conformadores por toda a ordem jurídico-política’”.

concretização e efetivação dos direitos fundamentais, voltados ao bem-estar social e à proteção da dignidade humana em todos os seus aspectos.

A hermenêutica constitucional na contemporaneidade, cuja pedra de toque é o princípio da dignidade humana, impõe um novo olhar às normas e à sua aplicabilidade; o sistema jurídico precisa se harmonizar e ser interpretado para garantir a dignidade e a vida humana.

Fenômeno relevante na consolidação da hermenêutica constitucional é a constitucionalização do direito. Através dele, o direito assume um caráter principiológico e programático; contudo, preservada a força normativa da Constituição. A interpretação constitucional assume caráter transdisciplinar e sistêmico, aberto a valores. As características de abstração e adaptabilidade das normas jurídicas são adequadas à interpretação pluralista e procedimental da Constituição. [...]

A hodierna hermenêutica constitucional fornece diversos métodos de interpretação (concretização) do Direito, os quais podem ser aplicados de forma combinada, de modo a potencializar a eficácia da dignidade da pessoa humana³.

12 Ao serem definidos como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (artigo 3º, CF), nota-se que a preocupação do constituinte foi exatamente determinar a todo ordenamento jurídico infraconstitucional a observância desses objetivos basilares em nome da justiça social.

O Brasil, constituindo-se em Estado Democrático de Direito⁴, adotou como fundamentos, jungindo como princípios fundamentais da República, a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa e o pluralismo político (artigo 1º, CF). Portanto, são papéis pre-cípuos do Estado tutelar e valorizar o trabalho, fazendo cumprir a Lei Maior no tocante à efetivação dos princípios fundamentais, bem como dos direitos e das garantias fundamentais (individuais e coletivos).

³ SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da; MENESES, Luiz Manoel Andrade. Hermenêutica constitucional, dignidade do trabalhador e evolução do modo de produção. *In*: Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (Conpedi) UFMG/Fumec/Dom Helder Câmara. 23, 2015. *Anais eletrônicos...* Florianópolis: Conpedi, 2015, p. 163. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/6eh993o0>>. Acesso em: 20 jan. 2016.

⁴ Rodrigo Cesar Rebello Pinho [*In: Teoria geral da Constituição e direitos fundamentais*. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 17 (Coleção Sinopses Jurídicas), p. 62] define Estado Democrático de Direito “como o Estado regido por leis, em que o governo está nas mãos de representantes legitimamente eleitos pelo povo”.

Cumpra salientar que os direitos e as garantias fundamentais do indivíduo estão insertos no artigo 5º do texto constitucional, cujo *caput* garante, expressamente, a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país o seu exercício.

Ingo Wolfgang Sarlet define direitos fundamentais como

[...] todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, forma, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal [...]⁵.

Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior afirmam que os direitos fundamentais “constituem uma categoria jurídica, constitucionalmente erigida e vocacionada à proteção da dignidade humana em todas as dimensões”. Novamente, registra-se a importância da prevalência e proteção da dignidade humana⁶.

Conforme pontua Ingo Wolfgang Sarlet, a doutrina e a jurisprudência precisam desenvolver “parâmetros que sirvam, sem prejuízo de sua consistência argumentativa e, portanto, de sua sempre possível controlabilidade, para assegurar aos direitos fundamentais a sua máxima proteção, potencializando a noção de limites aos limites dos direitos fundamentais”⁷.

Robert Alexy considera papel central da interpretação constitucional a ponderação a partir da análise dos direitos fundamentais como princípios, e não como simples regras. A ponderação permitiria, sob a visão do autor, um meio de otimização relativa a princípios em colisão (contrapostos)⁸.

Os direitos fundamentais resultam da personalização e da positivação constitucional de valores basilares à manutenção da vida e das liberdades individuais – por isso sua essência axiológica –, os quais constituem a base do Estado Democrático de Direito com vistas à concretização do princípio da dignidade humana. Sob essa óptica, estão, igualmente, os direitos sociais⁹, entre eles o direito ao trabalho e à saúde (ações de promoção, reabilitação, vigilância e proteção) do trabalhador.

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 91.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 153.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 413.

⁸ ALEXY, Robert. *Jueces y ponderación argumentativa*. México: Unam, 2006, p. 1.

⁹ CF, artigo 6º: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

O direito ao trabalho reflete o próprio direito à dignidade humana, sendo deveres do Estado implementar políticas de proteção e diminuição dos índices de desemprego, e zelar pela saúde do trabalhador na execução de seus ofícios e/ou de suas atividades laborativas.

[...] o Direito do Trabalho consolida-se como o principal instrumento de concretização da dignidade da pessoa humana, ao possibilitar a inclusão efetiva do indivíduo-trabalhador na sociedade capitalista. Cabe lembrar que a atividade estatal deve ser pautada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que o ser humano é o “centro convergente de direitos” de todo o ordenamento jurídico e a dignidade constitui o substrato mínimo a ser assegurado a todos igualmente¹⁰.

Celso Ribeiro Bastos define como trabalhadores “todos aqueles que se dedicam a uma atividade voltada a suprir uma carência humana” e, com propriedade, aduz que, “de fato, é pelo trabalho que o homem vence a falta de autossuficiência, que é marca fundamental de sua condição terrena”. Logo, todo cidadão tem direito ao trabalho digno¹¹.

Evidente que os direitos sociais são endereçados a todos, não sendo admitidas no território brasileiro formas degradantes e/ou desumanas de trabalho a qualquer que seja a pessoa ou seu ofício.

14

Fato é que os trabalhadores tiveram reconhecidos pelo texto constitucional direitos já previstos na legislação infraconstitucional (CLT), além de inovar o ordenamento com novas conquistas laborais.

Nessa perspectiva, oportuno comentar alguns dos direitos previstos no artigo 7º da Constituição Federal de 1988, em especial, aqueles diretamente relacionados à tutela da dignidade humana, indispensáveis à efetividade da valorização humana.

O artigo 7º estabelece um rol de direitos aos trabalhadores urbanos e rurais (*caput*), aos trabalhadores avulsos (inciso XXXIV) e aos domésticos (parágrafo único); esses últimos tiveram inúmeros direitos reconhecidos com a aprovação da Emenda Constitucional n. 72/2013.

O inciso I do artigo 7º introduziu uma nova conquista aos trabalhadores ao prever um meio protetivo contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa, inferindo a não recepção dessa modalidade de dispensa pela Constituição vigente, cujo texto expressamente garante proteção aos empregados “contra dispensa arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar que preverá indenização compensatória, entre outros direitos”. Fato é que não se pode vincular a

¹⁰ MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. O direito do trabalho como instrumento de efetivação da dignidade social da pessoa humana no capitalismo. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 49, n. 79, p.149-162, jan./jun. 2009, p. 151.

¹¹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: C. Bastos, 2002, p. 436.

efetividade dessa garantia constitucional à edição de lei complementar, pois se trata de norma de eficácia plena em razão de sua natureza jurídica.

A proteção contra a dispensa arbitrária, portanto, encontra no ordenamento jurídico fundamentos que transcendem até mesmo a própria discussão em torno da aplicabilidade do art. 7º, I, da CF.

Mas mesmo mirando-se a questão neste aspecto, a proteção contra dispensa arbitrária tem plena vigência.

O inciso I, do art. 7º, em questão, faz menção, é verdade, à indenização como forma de concretizar a garantia constitucional e o art. 10, inciso I, do ADCT, estipulou a indenização de 40% sobre o saldo do FGTS, para valer enquanto não votada a Lei Complementar, mencionada no inciso I, do art. 7º. No entanto, há de se reconhecer que a Constituição ao proibir a dispensa arbitrária acabou por criar uma espécie qualificada de dispensa.

Desse modo, a dispensa que não for fundada em justa causa, nos termos do art. 482, da CLT, terá que, necessariamente, ser embasada em algum motivo, sob pena de ser considerada arbitrária¹².

Consoante ao princípio juslaboralista da continuidade da relação de emprego, os pactos laborais são feitos para se perpetuar no tempo; dessa forma, a regra de contratação é por prazo indeterminado, ao passo que as exceções são os contratos a termo ou com prazo determinado. Délio Maranhão leciona: “o contrato de trabalho caracteriza-se, em princípio, pelo sentido de continuidade; vive enquanto não se verifica uma circunstância a que a lei atribui o efeito de fazer cessar a relação que dele se origina”¹³.

Mas não é só isso: com base nos princípios do pleno-emprego (artigo 170, inciso VIII), da valorização do trabalho humano (artigo 170, *caput*) e no direito social fundamental ao trabalho (artigo 6º), os postos de trabalho devem atender a todo cidadão para que este tenha condições mínimas e mais dignas de subsistência, própria e familiar. Tais fundamentos impedem a dispensa arbitrária por parte do empregador, visto que a propriedade empresarial deverá atender a uma finalidade social; portanto, o empregador tem responsabilidade social e a atividade empresarial não pode ter o condão exclusivo de maximizar lucros em detrimento do desenvolvimento social e do bem-estar dos trabalhadores, fatores relevantes à persecução da função social da empresa.

¹² MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Proteção contra a dispensa arbitrária e aplicação da Convenção 158 da OIT*, p. 3. Disponível em: <http://www.calvo.pro.br/media/file/colaboradores/jorge_luiz_souto_maior/jorge_luiz_souto_maior_protecao_contra_dispensa.pdf>. Acesso em: 8 jan. 2016.

¹³ MARANHÃO, Délio. Contrato de trabalho. In: SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. *Instituições de direito do trabalho*. 21. ed. atual. por Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho. v. 1. São Paulo: LTr, 2003, p. 260.

Jorge Luiz Souto Maior classifica as modalidades de dispensa:

Assim, aplicados os preceitos constitucionais e legais, sob o âmbito individual, passam a existir quatro tipos de dispensa: a) a imotivada (que ora se equipara à dispensa arbitrária); b) a motivada (mas sem justa causa); c) a com justa causa (artigo 482, da CLT); e d) a discriminatória (prevista na Lei n. 9.029/95) [...] ¹⁴.

A dispensa arbitrária ou dispensa imotivada é aquela na qual o empregador não menciona o motivo pelo qual está dispensando o empregado, fator impeditivo de qualquer espécie de contestação ou reivindicação por parte do obreiro. É vedada pela Constituição Federal, ensejando reintegração ou indenização compensatória.

A dispensa motivada ou dispensa sem justa causa pressupõe motivo justificável da dispensa. Não se deve confundir essa modalidade de dispensa com fundamentos no descumprimento das obrigações contratuais por parte do empregado (pois esta é outra modalidade de dispensa, a por justa causa).

Igualmente, a dispensa arbitrária (ou imotivada) não pode ser confundida com a dispensa motivada (ou sem justa causa), sendo a primeira vedada e a última somente permitida, e não transmutada para arbitrária, se os parâmetros jurídicos estiverem fundados em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro, consoante ao estatuído no artigo 165 da CLT.

16

Já na dispensa por justa causa, operam-se algum dos motivos previstos no artigo 482 consolidado ¹⁵ ou em motivos expressamente previstos em leis especiais vigentes; portanto, aqui existe a “falta grave” do empregado.

E, por fim, dispensa discriminatória é aquela que se materializa por questões preconceituosas e/ou discriminatórias atentatórias aos princípios da igualdade e da dignidade humana, cujos efeitos estão previstos na Lei n. 9.029/95, ensejando reintegração ou indenização compensatória.

¹⁴ MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Proteção contra a dispensa arbitrária e aplicação da Convenção 158 da OIT*, p. 4. Disponível em: <http://www.calvo.pro.br/media/file/colaboradores/jorge_luiz_souto_maior/jorge_luiz_souto_maior_protecao_contra_dispensa.pdf>. Acesso em: 8 jan. 2016.

¹⁵ Art. 482. Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador: a) ato de improbidade; b) incontinência de conduta ou mau procedimento; c) negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço; d) condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena; e) desídia no desempenho das respectivas funções; f) embriaguez habitual ou em serviço; g) violação de segredo da empresa; h) ato de indisciplina ou de insubordinação; i) abandono de emprego; j) ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem; k) ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem; l) prática constante de jogos de azar. Parágrafo único: Constitui igualmente justa causa para dispensa de empregado a prática, devidamente comprovada em inquérito administrativo, de atos atentatórios à segurança nacional.

Gustavo Filipe Barbosa Garcia distingue dispensa arbitrária da dispensa sem justa causa utilizando a seguinte argumentação:

Entretanto, a rigor, em termos mais precisos, seria possível entender que a “dispensa arbitrária” não se funda em motivos *objetivos*, relacionados à empresa, referentes a fatores econômicos, financeiros, técnicos ou estruturais. Por sua vez, a “dispensa sem justa causa” seria aquela que não se funda em motivos *subjetivos*, ou seja, disciplinares, referentes ao empregado¹⁶.

Por consequência, “a dispensa que não for por justa causa ou não se embasar em motivo suficiente, como dito, considerar-se-á arbitrária e, portanto, não está autorizada ao empregador”¹⁷.

[...] a dispensa imotivada de trabalhadores, em um mundo marcado por altas taxas de desemprego, que favorece, portanto, o império da “lei da oferta e da procura” e que impõe, certamente, aos trabalhadores condições de trabalho subumanas e diminuição de suas garantias e salários, agride a consciência ética que se deve ter para com a dignidade do trabalhador e, por isso, deve ser, eficazmente, inibida pelo ordenamento jurídico. Não é possível acomodar-se com uma situação reconhecida-mente injusta, argumentando que “infelizmente” o direito não a reprime, ainda mais quando, como demonstrado, o próprio direito positivo (internacional e interno) possui normas eficazes para uma tal realização, bastando que se queira aplicá-las. Devemos aprender a utilizar as virtudes do direito no sentido da correção das injustiças, até porque uma sociedade somente pode se constituir com base em uma normatividade jurídica se esta fornecer instrumentos eficazes para que as injustiças não se legitimem. Do contrário, não haveria do que se orgulhar ao dizer que vivemos em um “Estado democrático de direito”¹⁸.

17

Conclui-se que a dispensa arbitrária fere os postulados constitucionais do pleno-emprego, da valorização do trabalho humano, da dignidade humana e da justiça social, além de acentuar as desigualdades sociais e deixar cada vez mais longe a tão sonhada sociedade livre, justa e solidária, um dos principais objetivos desta República.

O inciso IV do artigo 7º garante o salário mínimo como um meio de valorizar o trabalho humano e de reduzir as desigualdades sociais, impedindo a exploração

¹⁶ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de direito do trabalho*. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 612.

¹⁷ MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Proteção contra a dispensa arbitrária e aplicação da Convenção 158 da OIT*, p. 4. Disponível em: <http://www.calvo.pro.br/media/file/colaboradores/jorge_luiz_souto_maior/jorge_luiz_souto_maior_protecao_contra_dispena.pdf>. Acesso em: 8 jan. 2016.

¹⁸ MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Proteção contra a dispensa arbitrária e aplicação da Convenção 158 da OIT*, p. 18-19.

patronal abusiva, uma vez que empregadores, utilizando-se da sua condição de superioridade econômica e jurídica, aproveitavam-se disso para pagar salários degradantes, ínfimos ou até mesmo manter o empregado em condições análogas às de um escravo (trabalho em troca de comida ou para pagar dívidas).

A iniciativa foi válida, porém não surte todos os efeitos desejados. O salário mínimo nacional vigente, cotado em R\$ 880,00 (oitocentos e oitenta reais), demonstra-se insuficiente para suprir as necessidades básicas e promover uma vida digna ao trabalhador e à sua família¹⁹.

Para Celso Ribeiro Bastos, o salário mínimo é a

[...] contraprestação mínima, que deve ser efetuada pelo empregador ao trabalhador por determinado período de serviço e que seja capaz de atender às suas necessidades vitais básicas e às de sua família. Este passou a ter o seu *quantum* determinado por um número muito maior de itens. Cite-se, como exemplo, o lazer.

Exige-se, ainda, que o salário mínimo cumpra o papel específico de fixar um montante que represente o menor valor monetário a ser pago a qualquer assalariado por qualquer serviço em todo o território nacional.²⁰

Cumpra ressaltar acerca da diferença entre o salário mínimo e o piso salarial. O primeiro não diz respeito ao trabalho com qualificação profissional, já o segundo é a remuneração específica para determinado ofício ou profissão – “demanda, ainda, que se leve em conta a qualidade desse trabalho e, sobretudo, a sua complexidade. Outro ponto é a desnecessidade de ser de âmbito nacional”²¹.

Outra forma de valorizar o trabalho humano é a limitação de jornada diária e semanal, pois jornadas excessivas de trabalho – como as do século XIX, época da Revolução Industrial, de 14 a 16 horas diárias – refletem diretamente na saúde do trabalhador, prejudicando-a sobremaneira.

A jornada máxima permitida, conforme a redação do artigo 7º, inciso XIII, da Constituição Federal de 1988, é de, no máximo, 8 (oito) horas diárias e 44 (quarenta e quatro) semanais, permitindo-se 2 (duas) horas em regime extraordinário. Nos turnos ininterruptos de revezamento, a jornada foi reduzida a 6

¹⁹ Pesquisas do Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (DIEESE) comprovaram que o salário mínimo capaz de suprir as necessidades básicas e prover a subsistência do cidadão, consoante ao garantido pela CF/88, deveria ser de R\$ 3.518,51 mensais, mas, à época, era de R\$ 788,00 (pesquisa do mês de dezembro/2015). Percebe-se a discrepância do valor aplicado em comparação àquele que deveria ser garantido para o atendimento das finalidades constitucionais [In: Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (Dieese). *Salário mínimo nominal e necessário*. Disponível em: <<http://www.dieese.org.br/analisecestabasica/salarioMinimo.html>>. Acesso em: 22 jan. 2016].

²⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: C. Bastos, 2002, p. 441.

²¹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: C. Bastos, 2002, p. 442.

(seis) horas diárias, salvo negociação coletiva (inciso XIV). Acrescenta-se: a hora extra teve a sua remuneração mínima elevada a 50% sobre o horário normal; e aos domingos e feriados, 100% (Súmula n. 146, TST).

A Lei Fundamental garante aos trabalhadores medidas (normas de saúde, higiene e segurança) que reduzam os riscos inerentes ao trabalho (artigo 7º, inciso XXII). Depreende-se do texto constitucional a preocupação em resguardar a integridade física e mental dos obreiros.

Nesse sentido, atuam a medicina e a segurança do trabalho recomendando métodos de proteção, como a utilização de equipamentos de proteção individual (EPI) e a fiscalização do ambiente de trabalho, do maquinário utilizado e da própria situação de execução do ofício pelo trabalhador.

Com relação ao disposto no inciso XXVIII do artigo 7º da Constituição, o seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, não exclui o seu dever de indenizar o trabalhador se o infortúnio ocorrer por dolo ou culpa daquele. Resguardar a saúde do trabalhador é proteger a vida, por consequência um instrumento de valorização humana.

Insta consignar que a Emenda Constitucional n. 72/2013 deu nova redação ao parágrafo único do artigo 7º da Constituição Federal de 1988, aumentando o rol de direitos dos trabalhadores domésticos²². Sem dúvidas, trata-se de uma importante conquista para essa classe, todavia ainda não se pode afirmar que

²² A nova redação desse dispositivo contempla aos domésticos: relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa (inciso I); seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário (inciso II); obrigatoriedade no recolhimento do FGTS (inciso III); salário mínimo proporcional às horas trabalhadas (inciso IV); irredutibilidade do salário (inciso VI); garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável (inciso VII); décimo terceiro salário (inciso VIII); remuneração do trabalho noturno superior à do diurno (inciso IX); proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa (inciso X); salário-família (inciso XII); duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais (inciso XII); repouso semanal remunerado (inciso XV); remuneração do serviço extraordinário (inciso XVI); gozo de férias anuais acrescidas de um terço (inciso XVII); licença à gestante com duração de 120 (cento e vinte) dias (inciso XVIII); licença-paternidade (inciso XIX); aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de 30 (trinta) dias e no máximo 90 (noventa) dias (inciso XXI); redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (inciso XXII); aposentadoria (inciso XXIV); assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas (inciso XXV); reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho (inciso XXVI); seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa (inciso XXVIII); proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil (inciso XXX); proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência (inciso XXXI); proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos (inciso XXXIII), além da integração à Previdência Social.

houve uma equiparação com os trabalhadores urbanos e rurais, em razão de diferenciações e da não contemplação integral de todos os direitos, além das peculiaridades inerentes ao empregado doméstico, as quais os distanciam, ainda, de uma aplicação uníssona e eficaz da CLT.

O DIREITO AO TRABALHO E O DIREITO À SAÚDE: CONECTIVIDADE PARA A VALORIZAÇÃO HUMANA

A partir da análise do texto constitucional, os direitos fundamentais podem ser divididos nos seguintes grupos: (a) direitos individuais (artigo 5º); (b) direitos coletivos (artigo 5º); (c) direitos sociais (artigos 6º ao 11, 193 e ss.); (d) direitos à nacionalidade (artigo 12); e (e) direitos políticos (artigos 14 a 17).

O artigo 6º da Constituição prevê os direitos sociais, elencando suas espécies: “são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados” – direitos esses imprescindíveis a uma existência humana digna.

Imperioso deve ser o desempenho do Estado na ordem econômica, o qual se fundamenta na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, garantindo a diminuição das disparidades sociais e o ofício (artigo 170, inciso VII, da CF), para que todos vivam dignamente, segundo os ditames da justiça social, que se funda no primado do trabalho (artigos 193/232), sendo a seguridade social designada a assegurar os direitos concernentes à saúde (artigo 196), à previdência social (artigo 201) e à assistência social (artigo 203), cabendo ao Poder Público e à sociedade se unirem em solidariedade para garantir esses direitos (artigo 194).

A Constituição brasileira, apelidada Constituição Cidadã, é considerada uma Constituição Social; assim, os direitos sociais, por preconizarem a dignidade humana, devem encabeçar a legislação e nortear os atos da administração pública.

Para José Afonso da Silva,

[...] os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade (*grifos nossos*)²³.

²³ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed. rev. atual. até a Emenda Constitucional n. 67, de 22.12.2010. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 286-287.

Segundo a Constituição Federal, os direitos sociais são classificados em: a) direitos relativos ao trabalhador; b) direitos relativos à seguridade social – saúde, previdência e assistência social; c) direitos à educação e à cultura; d) direitos à família, à criança, ao adolescente e ao idoso; e) direitos relativos ao meio ambiente, abrangendo os direitos sociais do homem como produtor e como consumidor.

Os direitos sociais exigem do Estado prestações positivas, “direitos de promoção ou direitos prestacionais”, cuja implementação deve se dar por meio de “políticas públicas concretizadoras de certas prerrogativas individuais e/ou coletivas, destinadas a reduzir as desigualdades sociais existentes e a garantir uma existência humana digna”²⁴.

Para Marcelo Novelino, todos os indivíduos são destinatários dos direitos sociais, mesmo sendo sua finalidade precípua “a proteção dos hipossuficientes e dos mais fragilizados, que são os maiores dependentes das prestações materiais promovidas pelo Estado”²⁵.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, inicia-se uma política voltada a resguardar a saúde do trabalhador, consoante a previsão do artigo 196: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Nesse sentido, é a redação do inciso I do artigo 200 da Constituição Federal de 1988 ao atribuir como uma das competências do sistema único de saúde a execução de “ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador”.

A Lei Orgânica da Saúde (Lei n. 8.080/90), ao conceituar saúde do trabalhador, dispõe no artigo 6º:

[...] § 3º *Entende-se por saúde do trabalhador, para fins desta lei, um conjunto de atividades que se destina, através das ações de vigilância epidemiológica e vigilância sanitária, à promoção e proteção da saúde dos trabalhadores, assim como visa à recuperação e reabilitação da saúde dos trabalhadores submetidos aos riscos e agravos advindos das condições de trabalho, abrangendo:*

I – assistência ao trabalhador vítima de acidentes de trabalho ou portador de doença profissional e do trabalho;

II – participação, no âmbito de competência do Sistema Único de Saúde (SUS), em estudos, pesquisas, avaliação e controle dos riscos e agravos potenciais à saúde existentes no processo de trabalho;

²⁴ NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 469.

²⁵ NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*, op. cit., p. 469-470.

III – participação, no âmbito de competência do Sistema Único de Saúde (SUS), da normatização, fiscalização e controle das condições de produção, extração, armazenamento, transporte, distribuição e manuseio de substâncias, de produtos, de máquinas e de equipamentos que apresentam riscos à saúde do trabalhador;

IV – avaliação do impacto que as tecnologias provocam à saúde;

V – informação ao trabalhador e à sua respectiva entidade sindical e às empresas sobre os riscos de acidentes de trabalho, doença profissional e do trabalho, bem como os resultados de fiscalizações, avaliações ambientais e exames de saúde, de admissão, periódicos e de demissão, respeitados os preceitos da ética profissional;

VI – participação na normatização, fiscalização e controle dos serviços de saúde do trabalhador nas instituições e empresas públicas e privadas;

VII – revisão periódica da listagem oficial de doenças originadas no processo de trabalho, tendo na sua elaboração a colaboração das entidades sindicais; e

VIII – a garantia ao sindicato dos trabalhadores de requerer ao órgão competente a interdição de máquina, de setor de serviço ou de todo ambiente de trabalho, quando houver exposição a risco iminente para a vida ou saúde dos trabalhadores (*grifos nossos*).

22

Portanto, são de relevância pública as ações e os serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, especialmente concernentes ao trabalhador, devendo sua execução ser feita diretamente ou por terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado (artigo 197, CF).

Instituiu-se, por meio da Portaria n. 1.679/2002 do Ministério da Saúde, a Rede Nacional de Atenção Integral à Saúde do Trabalhador (Renast), devendo ser implementada de forma articulada entre o Ministério da Saúde, as Secretarias de Saúde dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com o envolvimento de órgãos de outros setores dessas esferas, executores de ações relacionadas à saúde do trabalhador, além de instituições colaboradoras nessa área (NR, artigo 1º, Portaria do Ministério da Saúde n. 2.728/2009).

A implementação da Renast segue as determinações dispostas no § 3º do artigo 1º da Portaria n. 2.728/2009²⁶, mormente quanto à estruturação dos Centros de Referência em Saúde do Trabalhador (Cerest).

²⁶ “Art. 1º: Dispor sobre a Rede Nacional de Atenção Integral à Saúde do Trabalhador (Renast), que deverá ser implementada de forma articulada entre o Ministério da Saúde, as Secretarias de Saúde dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com o envolvimento de órgãos de outros setores dessas esferas, executores de ações relacionadas com a Saúde do Trabalhador, além de instituições colaboradoras nessa área. § 1º As ações em Saúde do Trabalhador deverão ser desenvolvidas, de forma descentralizada e hierarquizada, em todos os níveis de atenção do SUS,

Os Cerest têm por objetivos estudar e intervir nas relações de trabalho e saúde, realizando e implementando medidas de prevenção, promoção e de recuperação da saúde do trabalhador urbano ou rural, bem como anuncia o artigo 7º da Portaria a lume: “O Cerest tem por função dar subsídio técnico para o SUS, nas ações de promoção, prevenção, vigilância, diagnóstico, tratamento e reabilitação em saúde dos trabalhadores urbanos e rurais”. Os Cerest promovem ações para melhorar as condições de trabalho e a qualidade de vida do trabalhador por meio da prevenção e da vigilância²⁷.

Segundo a Política de Saúde e Segurança do Trabalhador, entende-se por trabalhadores homens ou mulheres que exerçam atividades para sustento próprio e/ou familiar, inclusive aqueles insertos no mercado informal, aqueles que trabalham ou trabalharam como assalariados, autônomos, domésticos, rurais, avulsos, temporários, servidores públicos, cooperativados e empregadores, proprietários de micro e pequenas unidades de produção e serviços etc. Também são considerados trabalhadores o não remunerado que trabalha no domicílio, o aprendiz ou estagiário e aqueles que estão afastados temporária ou definitivamente do mercado de trabalho por doença, aposentadoria ou desemprego²⁸.

A saúde é um direito que envolve os aspectos físico, mental e social das pessoas, além de promover a prevenção e a ausência de patologias.

O chamado “bem de todos” engloba o estado de completo bem-estar físico, mental e social por meio do atendimento de todas as necessidades básicas dos

incluindo as de promoção, preventivas, curativas e de reabilitação. § 2º A Renast integra a rede de serviços do SUS, voltados à promoção, à assistência e à vigilância, para o desenvolvimento das ações de Saúde do Trabalhador. § 3º A implementação da Renast dar-se-á do seguinte modo: I – estruturação da rede de Centros de Referência em Saúde do Trabalhador (Cerest); II – inclusão das ações de saúde do trabalhador na atenção básica, por meio da definição de protocolos, estabelecimento de linhas de cuidado e outros instrumentos que favoreçam a integralidade; III – implementação das ações de promoção e vigilância em saúde do trabalhador; IV – instituição e indicação de serviços de Saúde do Trabalhador de retaguarda, de média e alta complexidade já instalados, aqui chamados de Rede de Serviços Sentinela em Saúde do Trabalhador; e V – caracterização de Municípios Sentinela em Saúde do Trabalhador (*grifos nossos*).”

²⁷ Cabe aos Cerest regionais: capacitar a rede de serviços de saúde; apoiar as investigações de maior complexidade; assessorar a realização de convênios de cooperação técnica; subsidiar a formulação de políticas públicas; apoiar a estruturação da assistência de média e alta complexidade para atender aos acidentes de trabalho e agravos contidos na Lista de Doenças Relacionadas ao Trabalho e aos agravos de notificação compulsória citados na Portaria GM/MS n. 2.472/2010. Cabe aos Cerest estaduais: elaborar e executar a Política Estadual de Saúde do Trabalhador; acompanhar os planos de ação dos Cerest regionais, a participação da pactuação para definição da rede sentinela e contribuir para as ações de vigilância em saúde. (*In*: PARANÁ (Estado). Secretaria da Saúde. *CerestS*. Disponível em: <<http://www.saude.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=2666>>. Acesso em: 7 jan. 2016).

²⁸ BRASIL. Previdência Social. *Política Nacional de Segurança e Saúde do Trabalhador (PNSST)* – versão de 12 de nov. 2004. Disponível em: <http://www.previdenciasocial.gov.br/arquivos/office/3_081014-105206-701.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2010.

indivíduos e da coletividade. Em outras palavras, promover o “bem de todos” inclui promover a saúde de todos²⁹.

A Carta Republicana elencou um rol mínimo de direitos a serem assegurados pelo Estado Democrático de Direito, sendo evidente o direito à saúde desdobramento do próprio direito à vida, direito este inerente a toda e qualquer pessoa.

A questão da saúde, portanto, é abrangente e complexa, envolvendo um conjunto de ações sanitárias, sociais e econômicas a serem executadas com competência e seriedade, levando-se em consideração uma série de critérios estabelecidos. Tendo como objetivo primordial a redução do risco de doenças e de outros agravos, as normas constitucionais sobre saúde dão ao sistema único de saúde competência para colaborar na proteção do meio ambiente do trabalho (artigo 200, VIII, da CF)³⁰.

Nesse diapasão, a Lei n. 8.080/90 dispõe no artigo 2º que “a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”. Logo, é dever do Estado garantir a saúde formulando e executando políticas econômicas e sociais que reduzam riscos e doenças e outros agravos, estabelecendo condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação (§ 1º, artigo 2º, Lei n. 8.080/90).

24

Ressaltando que a saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do País (artigo 3º, Lei n. 8.080/90), além das ações que se destinam a garantir aos indivíduos e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social (parágrafo único do mesmo artigo).

Ao se pensar em saúde, imprescindível fazê-lo em um meio ambiente saudável e, por tal relevância e correlação, afirma-se que a proteção à saúde do trabalhador está intimamente ligada às condições do exercício da atividade laborativa, bem como ao meio ambiente do trabalho como um bem a ser tutelado³¹, pois a saúde humana, reitera-se, guarda ampla e irrestrita relação com o meio ambiente, pressupondo para sua efetivação um ambiente de trabalho saudável,

²⁹ DALLARI JÚNIOR *apud* DIACOV, Priscila Jorge Cruz. O direito constitucional à saúde do trabalhador. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, ano 34, n. 132, p. 139-149, out./dez. 2008, p. 141-142.

³⁰ DIACOV, Priscila Jorge Cruz. O direito constitucional à saúde do trabalhador. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, ano 34, n. 132, p. 139-149, out./dez. 2008, p. 142.

³¹ Justamente por isso, o *caput* do artigo 225 da Constituição Federal de 1988 garante a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, considerando-o fator essencial à sadia qualidade de vida das presentes e futuras gerações.

capaz de resguardar não só a integridade psicofísica dos obreiros, mas também propiciar a eles uma vida digna.

O DIREITO AO TRABALHO E OS DIREITOS HUMANOS

Evidente que as relações típicas de emprego evoluíram e precisam ser vistas a partir de uma nova realidade globalizada, caracterizada pela fragmentação e desterritorialização da produção, pela transnacionalização do capital, pela tecnologia que permite mais produtividade e menos mão de obra e, conseqüentemente, maior lucratividade, pelas práticas ilegais tendentes à diminuição e, até mesmo, a extinção dos direitos sociais visando redução de custos, entre tantas outras vertentes do mundo globalizado. Leis precisam ser revistas e atualizadas; a doutrina precisa se posicionar; aos tribunais cabem a boa interpretação e colmatação de lacunas a esse respeito, já que o Poder Judiciário não pode se negar à concessão da prestação jurisdicional pleiteada em razão do devido processo legal e ao princípio da inafastabilidade da jurisdição. E tudo isso à luz da nova realidade econômico-produtivo-social que desembocou novas formas de prestação de serviço e relação de emprego.

Por isso, a tradicional relação de emprego cede espaço a relações mais amplas e complexas, cujos requisitos caracterizadores romperam as próprias fronteiras. Definições de subordinação e não eventualidade (ou habitualidade), por exemplo, na era globalizada tornaram-se obsoletas e, se aplicadas, a partir de uma visão compartimentada, com fundamento na letra fria da lei, desvirtuam sua própria essência criadora: a de proteção às relações de emprego, a valorização humana e a concretude dos direitos sociais e fundamentais dos trabalhadores brasileiros.

O direito ao trabalho é um direito social previsto no artigo 6º, *caput*, da Constituição Federal. Mas este não é o único dispositivo constitucional que trata do assunto, já que os artigos 7º, 170 e 193 também garantem esse relevante direito. Além disso, o inciso IV do artigo 1º consagra o direito social ao trabalho como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil – um pilar da República e um instrumento para a efetivação da dignidade humana.

José Afonso da Silva reconhece o direito social ao trabalho “como condição da efetividade da existência digna (fim da ordem econômica) e, pois, da dignidade da pessoa humana, fundamento, também, da República Federativa do Brasil (artigo 1º, III)”³².

O artigo 170 do texto constitucional consagra o princípio da valorização do trabalho, colocando-o na posição de fundamento da ordem econômica brasileira,

³² SILVA, José Afonso da Silva. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed. rev. atual. até a Emenda Constitucional n. 67, de 22.12.2010. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 290.

enquanto o artigo 193 prevê que a “ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”.

O direito ao trabalho nasceu com a Revolução Industrial e é estreitamente ligado à sua consecução. Quanto a esse direito, não basta fundamentá-lo ou proclamá-lo. Nem tampouco basta protegê-lo. O problema da sua realização não é nem filosófico nem moral. Mas tampouco é um problema jurídico. É um problema cuja solução depende de um certo desenvolvimento da sociedade e, como tal, desafia até mesmo a Constituição mais evoluída e põe em crise até mesmo o mais perfeito mecanismo de garantia jurídica³³.

Por trabalho, entende-se, simultaneamente, um conjunto de direitos e obrigações. Direitos para a subsistência do ser humano (relaciona-se diretamente ao direito à vida), e deveres em virtude da convivência em sociedade, que exige a colaboração e o esforço coletivo na busca do bem comum, por meio do trabalho.

Não se pode esquecer que os direitos sociais relativos aos trabalhadores são de duas ordens: uma individual (artigo 7º, CF) e outra coletiva (artigos 9º ao 11) – “de qualquer modo, cumpre reconhecer que a oportunidade de trabalho para todos é indispensável para uma ordem econômica atenta para a justiça social”³⁴.

26

Nessa linha de raciocínio, os princípios constitucionais são relevantes para a persecução dos próprios objetivos (artigo 3º, CF) e para a higidez dos fundamentos da República (artigo 1º), os quais, para uma perfeita aplicação, demandam a análise sistêmica do texto constitucional, promovendo sua unidade. Por meio dos princípios, são fixados os vetores constitucionais, pelos quais se extrai a essência criadora de cada dispositivo, a partir de uma visão ampla com base em toda a sua carga axiológica.

O trabalho é um dos bens cujo legislador constituinte primou por uma ampla proteção; verificam-se inúmeros dispositivos constitucionais tratando dessa temática.

O artigo 1º consagrou os valores sociais do trabalho como fundamento da República. O artigo 3º como um dos objetivos fundamentais implícitos, pois sem trabalho impossível será construir uma sociedade livre, justa e solidária, tampouco haverá a mínima condição de promover a justiça social (artigo 170); não existirá desenvolvimento social nem erradicação da pobreza e da marginalização,

³³ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 45.

³⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à constituição brasileira de 1988*. v. 4. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 7.

muito menos redução das desigualdades sociais e regionais; por conseguinte, cada vez mais distante estará a concretização de um Estado voltado ao bem-estar social em detrimento de um mero discurso político³⁵.

Ao tratar das relações do Brasil no plano internacional, o artigo 4º adota como princípios: II – prevalência dos direitos humanos; e IX – cooperação entre os povos para o progresso da humanidade. Sem sombra de dúvidas, podemos afirmar que o direito ao trabalho é um ponto crucial para a efetividade de ambos os princípios.

O *caput* do artigo 5º, ao instituir como direito fundamental o direito à vida, garante também o direito ao trabalho, porventura haveria vida digna sem trabalho e condições mínimas de subsistência humana? O inciso XIII, do mesmo artigo, garante o livre-exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.

E, mais, o artigo 6º elenca os direitos sociais e, lá, está o direito ao trabalho, cujo rol mínimo de direitos dos trabalhadores urbanos e rurais está elencado pelo artigo 7º. No artigo 8º, encontra-se o princípio sindical para que haja maior efetividade dos direitos dos trabalhadores, unindo-se forças na busca por melhores condições de trabalho e ambientes salubres e equilibrados para o exercício da atividade laborativa.

Ao dispor sobre a ordem econômica, a Carta Republicana no artigo 170 elege como fundamentos a valorização do trabalho humano e a livre-iniciativa, com a finalidade precípua de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados alguns princípios, entre eles a busca do pleno-emprego.

E o artigo 193 conclama que a ordem social tem como base o primado do trabalho e, como objetivos, o bem-estar e a justiça sociais.

Depreende-se que o desejo do legislador constituinte foi proteger o direito ao trabalho e promover a valorização do trabalho humano, pois, sem isso, não há vida digna nem condição de crescimento e/ou desenvolvimento econômico para qualquer nação.

Nesse viés, os direitos fundamentais sociais são direitos inerentes à própria condição humana, extrapolando as fronteiras territoriais dos Estados-nações,

³⁵ Para Francisco Javier Díaz Revorio, em *Valores superiores e interpretación constitucional* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 1997, p. 306), “la cuestión fundamental que ello plantea es si la politicidad afecta también a los criterios y métodos de la interpretación, y a la propia decisión constitucional, convirtiendo a la misma en una actividad política, o incluso al Tribunal Constitucional en un órgano político” (Tradução livre: A questão fundamental é saber se a natureza política afeta também os critérios e métodos de interpretação, e a própria decisão constitucional, convertendo a mesma atividade em política ou mesmo o Tribunal Constitucional em um órgão político).

tomando por destinatários todo homem e qualquer homem. Por conseguinte, são direitos supraconstitucionais, preexistentes às Constituições, as quais tão somente os declaram.

Para Diego Alfredo Pérez Rivas, os direitos humanos devem declarar-se sendo justificados racionalmente em todo lugar em que se tenha demonstrada a coerência interna da lei mediante a atribuição de obrigações e garantias. Ao declararem-se, os direitos se fazem patrimônio do ser, logo da humanidade, ou seja, mostram-se não só como algo racional no poder, mas também como um verdadeiro direito intrínseco e inerente às pessoas que habitam o mundo³⁶.

Os direitos considerados fundamentais ao homem são aqueles imprescindíveis à sua própria existência, pois o ser humano não se realiza, não convive e, em algumas circunstâncias, nem sequer conseguiria sobreviver sem eles. São fundamentais para o homem porque devem ser tratados de modo igual, e não apenas convencionalmente reconhecidos, mas palpável e materialmente concretizados. Por isso, tais direitos devem estar previstos em todas as Constituições³⁷ para garantir o desenvolvimento da personalidade humana, protegendo-se os direitos humanos do império da lei, de forma tirana e opressora. Garantir direitos fundamentais é conservar condições mínimas de vida, mas uma vida digna, compelindo o Estado a garanti-los e efetivá-los.

28

Sem o mínimo necessário à existência, cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais da liberdade. A dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados³⁸.

Essa preocupação, racional e necessária, fez nascer a disciplina Direito Internacional dos Direitos Humanos, com objetivo de promover tutela e concretude dos direitos humanos mundialmente pela aplicabilidade de normas garantidoras da vida, da dignidade, da segurança, da liberdade, do trabalho, saúde etc.

³⁶ Texto original: “(...) deben declararse siendo justificados racionalmente (en todo lugar en el que tenga que demostrarse la coherencia interna Del Derecho mediante la asignación de obligaciones y garantías. Al declararse, los derechos se hacen patrimonio del ser-para-sí de la humanidad, es decir, se muestran no sólo como algo racional en potencia, sino también como una verdadera facultad intrínseca y consustancial de las personas que habitan en el *orbe*” (RIVAS, Diego Alfredo Pérez. *De derechos*: humanos, naturales, fundamentales y de gentes. México: Fundación Universitaria Andaluza Inca Garcilaso, 2012, p. 11-12).

³⁷ Segundo Norberto Bobbio, em *A era dos direitos* (Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 1), “o reconhecimento e a proteção dos direitos do homem estão na base das Constituições democráticas modernas”.

³⁸ TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 177, p. 29-49, jul./set. 1989, p. 31.

[...] sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos. Em outras palavras, a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais; haverá paz estável, uma paz que não tenha a guerra como alternativa, somente quando existirem cidadãos não mais apenas deste ou daquele Estado, mas do mundo³⁹.

Norberto Bobbio caracteriza os direitos do homem como liberdades, mas também como poderes, os quais são antinômicos, pois a efetivação completa de um implica a diminuição ou estagnação do outro, nas palavras do autor:

Todas as declarações recentes dos direitos do homem compreendem, além dos direitos individuais tradicionais, que consistem em *liberdades*, também os chamados direitos sociais, que consistem em *poderes*. Os primeiros exigem da parte dos outros (incluídos aqui os órgãos públicos) obrigações puramente negativas, que implicam a abstenção de determinados comportamentos; os segundos só podem ser realizados se for imposto a outros (incluídos aqui os órgãos públicos) um certo número de obrigações positivas. São antinômicos no sentido de que o desenvolvimento deles não pode proceder paralelamente: a realização integral de uns impede a realização integral de outros. Quanto mais aumentam os poderes dos indivíduos, tanto mais diminuem as liberdades dos mesmos indivíduos (*grifos do autor*)⁴⁰.

Além disso, sendo o Brasil um Estado de Direito⁴¹, isto é, um Estado com um sistema de garantias dos direitos do homem, cujo objetivo deve ser o desenvolvimento pleno das faculdades humanas e a Constituição Federal de 1988 atribuir aos direitos humanos internacionais hierarquia de norma supralegal e, no caso de aprovação por maioria qualificada, *status* de emenda constitucional (artigo 5º, §§ 1º, 2º e 3º), considerando-os direitos constitucionalmente garantidos com aplicabilidade imediata, tem o dever de implementar e efetivá-los para

³⁹ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 1.

⁴⁰ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, op. cit., p. 21.

⁴¹ “Estado de direito entende-se geralmente um Estado em que os poderes públicos são regulados por normas gerais (as leis fundamentais ou constitucionais) e devem ser exercidos no âmbito das leis que os regulam, salvo o direito do cidadão de recorrer a um juiz independente para fazer com que seja reconhecido e refutado o abuso ou excesso de poder. (...) Na doutrina liberal, Estado de direito significa não só subordinação dos poderes públicos de qualquer grau às leis gerais do país, limite que é puramente formal, mas também subordinação das leis ao limite material do reconhecimento de alguns direitos fundamentais considerados constitucionalmente, e, portanto, em linha de princípio ‘invioláveis’ (esse adjetivo se encontra no art. 2º da constituição italiana)” BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 1997, p. 18-19.

realização plena dos direitos de cidadania, pois, sem efetividade dos direitos humanos, não há de se falar em direitos da cidadania.

CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 reconheceu inúmeros direitos trabalhistas já contemplados pela Consolidação das Leis do Trabalho, mas, também, inovou com relação às demais Constituições. Apelidada “Constituição Cidadã”, trouxe ampla tutela aos cidadãos, preocupando-se com questões humanitárias para tutela e valorização dos direitos do homem.

Vários incisos do artigo 7º da Constituição da República evidenciam a valorização do trabalho humano: vedação à dispensa arbitrária ou sem justa causa, pois essa modalidade vai de encontro aos princípios e preceitos constitucionais; salário mínimo nacional; limitação de jornada diária e semanal; normas de saúde, higiene e segurança que reduzam os riscos inerentes ao trabalho; seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador. Além disso, a Emenda Constitucional n. 72/2013 ampliou o rol de direitos dos trabalhadores domésticos.

Outros dispositivos abordam a temática: o artigo 1º consagrou os valores sociais do trabalho como fundamento da República; e o artigo 3º, como um dos objetivos fundamentais implícitos para promoção da justiça social, do desenvolvimento social, da erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais.

Ao dispor sobre a ordem econômica, a Carta Republicana no artigo 170 elege como fundamentos a valorização do trabalho humano e a livre-iniciativa, com a finalidade precípua de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados alguns princípios, entre eles a busca do pleno-emprego. Nesse mesmo sentido, o artigo 193 determina que a base da ordem social é o primado do trabalho.

Conclui-se que o objetivo do legislador constituinte foi garantir o direito ao trabalho e delinear seu exercício de forma a proteger a dignidade do trabalhador, valorizando o trabalho humano.

Valorizar o trabalho humano é valorizar a própria vida; é trazer maior efetividade aos princípios fundamentais, bem como dos direitos e garantias essenciais ao homem. Por isso, o direito ao trabalho reflete o próprio direito à dignidade humana, sendo dever do Estado implementar políticas de proteção e diminuição dos índices de desemprego, reduzindo as desigualdades sociais e regionais.

Portanto, a hermenêutica constitucional contemporânea pressupõe uma interpretação sistêmica com vistas à efetivação dos direitos fundamentais e consolidação dos objetivos da República, alicerçados nos fundamentos estatuídos

no artigo 1º, cujo rol abrange a valorização do trabalho humano. Buscar a finalidade das normas a partir da interpretação dos vetores constitucionais é mitigar a retórica e deixar mais pragmático o sistema jurídico para concretude dos direitos fundamentais e para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Jueces y ponderación argumentativa*. México: Unam, 2006.
- ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. rev. e atual. até a EC n. 76 de 28 de novembro de 2013. São Paulo: Verbatim, 2014.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: C. Bastos, 2002.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 1997.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 5 jan. 2016.
- BRASIL. *Decreto n. 7.030, de 14 de dezembro de 2009*. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm>. Acesso em: 9 jan. 2016.
- BRASIL. *Lei n. 8.080 de 19 de setembro de 1990*. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm>. Acesso em: 6 jan. 2016.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Biblioteca Virtual em Saúde. *Centro de Referência em Saúde do Trabalhador (Cerest)*. Disponível em: <<http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/dicas/116cerest.html>>. Acesso em: 7 jan. 2016.
- BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria n. 1.679, de 19 de setembro de 2002*. Dispõe sobre a estruturação da rede nacional de atenção integral à saúde do trabalhador no SUS e dá outras providências. Disponível em: <http://ftp.medicina.ufmg.br/osat/legislacao/Portaria_1679_12092014.pdf>. Acesso em: 7 jan. 2016.
- BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria n. 2.728, de 11 de novembro de 2009*. Dispõe sobre a Rede Nacional de Atenção Integral à Saúde do Trabalhador (RENAST) e dá outras providências. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2009/prt2728_11_11_2009.html>. Acesso em: 7 jan. 2016.
- BRASIL. Previdência Social. *Política Nacional de Segurança e Saúde do Trabalhador (PNSST) versão de 12 de nov. 2004*. Disponível em: <http://www.previdenciasocial.gov.br/arquivos/office/3_081014-105206-701.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2010.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Secretaria-Geral Judiciária. Coordenadoria de Jurisprudência. *Súmulas, Orientações Jurisprudenciais (Tribunal Pleno / Órgão Especial, SBDI-I, SBDI-I Transitória, SBDI-II e SDC), Precedentes Normativos* [recurso eletrônico]. Brasília: Coordenadoria de Serviços Gráficos de Administração do Conselho da Justiça Federal, 2015. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/documents/10157/1563615/Livro-versao2014-igual_IndRem.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2016.

CARRION, Valentin. *Comentários à consolidação das leis do trabalho*. 35. ed. atual. por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIACOV, Priscila Jorge Cruz. O direito constitucional à saúde do trabalhador. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, ano 34, n. 132, p. 139-149, out./dez. 2008.

Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos – Dieese. Salário mínimo nominal e necessário. Disponível em: <<http://www.dieese.org.br/analisecesta-basica/salarioMinimo.html>>. Acesso em: 22 jan. 2016.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à constituição brasileira de 1988*. v. 4. São Paulo: Saraiva, 1995.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de direito do trabalho*. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GARCIA, Marcos Leite. Novos direitos fundamentais e demandas transnacionais. *Revista do Direito UNISC*, Santa Cruz do Sul, n. 33, p. 103-129, jan./jun. 2010. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/download/1801/1598>>. Acesso em: 22 dez. 2015.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Proteção contra a dispensa arbitrária e aplicação da Convenção 158 da OIT*. Disponível em: <http://www.calvo.pro.br/media/file/colaboradores/jorge_luiz_souto_maior/jorge_luiz_souto_maior_protacao_contra_dispensa.pdf>. Acesso em: 8 jan. 2016.

MARANHÃO, Délio. Contrato de trabalho. In: SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. *Instituições de direito do trabalho*. 21. ed. atual. por Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho. v. 1. São Paulo: LTr, 2003.

MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. O direito do trabalho como instrumento de efetivação da dignidade social da pessoa humana no capitalismo. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 49, n. 79, p.149-162, jan./jun. 2009.

NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

PARANÁ (Estado). Secretaria da Saúde. *Cerests*. Disponível em: <<http://www.saude.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=2666>>. Acesso em: 7 jan. 2016.

PINHO, Rodrigo César Rebello. *Teoria geral da Constituição e direitos fundamentais*. 4. ed. rev. v. 17. São Paulo: Saraiva, 2003. (Coleção Sinopses Jurídicas)

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

PRADO, Alessandro Martins. Estado constitucional e democrático de direito, caso Araguaia (Gomes Lund e outros), Corte Interamericana de Direitos Humanos e Supremo

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 32, n. 2: 9-34, jul./dez. 2016

Tribunal Federal: o crime de responsabilidade por desídia no julgamento da ADPF n. 153. In: PRADO, Alessandro Martins; BATISTA, Cláudia Karina Ladeia; SANTANA, Isael José (Orgs.). *Direitos humanos: novos olhares*. Curitiba: CRV, 2012.

REVORIO, Francisco Javier Díaz. *Valores superiores e interpretación constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 1997.

RIVAS, Diego Alfredo Pérez. *De derechos: humanos, naturales, fundamentales y de gentes*. México: Fundación Universitaria Andaluza Inca Garcilaso, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Liv. Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. rev. e atual. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed. rev. atual. até a Emenda Constitucional n. 67, de 22.12.2010. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da; MENESES, Luiz Manoel Andrade. Hermenêutica constitucional, dignidade do trabalhador e evolução do modo de produção. In: Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (Conpedi) UFMG/Fumec/Dom Helder Câmara. 23, 2015. *Anais eletrônicos...* Florianópolis: Conpedi, 2015. p. 159-185. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/6eh993o0>>. Acesso em: 20 jan. 2016.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 177, p. 29-49, jul./set. 1989.

VELASCO, Shirlene Marques. Estado social e democrático de direito e o neoconstitucionalismo. *Revista Opinião Filosófica*, ano 1, v. 1, n. 2, p. 90-104, jul./dez. 2010.

VIANNA, Segadas. Antecedentes históricos. Evolução do direito do trabalho no Brasil. In: SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. *Instituições de direito do trabalho*. 21. ed. atual. por Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho. v. 1. São Paulo: LTr, 2003.

A CONSTITUINTE DE 1934 E A UNIFICAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO

THE CONSTITUENT OF 1934 AND BRAZILIAN PROCESS RIGHTS UNIFICATION

Antonio Teixeira Leite*

RESUMO

Este artigo analisa as discussões, os motivos e as principais influências que levaram os constituintes de 1934 a decidirem pela unificação do direito processual civil, penal e comercial no Brasil. A Constituição de 1891, ao se alinhar com o modelo federativo norte-americano, atribuiu aos Estados a competência para legislar sobre o direito processual. Em consequência, quando ocorreu a Revolução de 1930, existiam, na federação brasileira, vinte e quatro Códigos Processuais em vigor. Na segunda Assembleia Constituinte republicana, formaram-se duas correntes: os unitaristas, que defendiam a unificação da legislação sobre o processo judicial; e os dualistas, que defendiam a manutenção da competência dos Estados e da União para legislar sobre o assunto. Uma emenda de autoria do deputado Prado Kelly, atribuindo apenas à União a competência para legislar sobre o direito processual, acabaria sendo amplamente apoiada e subscrita pelos constituintes dos Estados menores da federação, obtendo, ao final, aprovação. A alteração, por implicar mudanças nas leis de todos os entes federados, seria uma das mais significativas de nossa história constitucional.

Palavras-chave: Constituição de 1934; Direito processual; Unificação.

ABSTRACT

This article analyzes the discussions, the reasons and the main influences that led the constituents of 1934 to decide the unification of civil, criminal and commercial procedural law in Brazil. The Constitution of 1891, to align with the American federative model, attributed to States the power to legislate

* Professor em cursos de graduação e pós-graduação em Direito junto ao Instituto de Ensino Superior de Brasília. Especialista em Direito Público (IDP). MBA em Direito e Política Tributária (FGV). Especialista em Políticas Públicas (ENAP). Assessor jurídico junto ao Ministério da Justiça. Área de interesse: Constitucionalismo e democracia. E-mail: anteixeiraprofessor@gmail.com. O autor informa que inexistem financiamento e conflito de interesse.

on procedural law. Consequently, when occurred the Revolution of 1930, there were, in the Brazilian federation, twenty-four Procedural Code in force. In the second Republican Constituent Assembly, formed two groups: unitarians, who defended the unification of legislation on the judicial process, and the dualists, who defended the maintenance of the competence of the States and the Union to legislate on the subject. An amendment authored by Mr. Prado Kelly, assigning only the Union the competence to legislate on procedural law, would be widely supported and endorsed by the constituents of the smallest states of the federation, getting to the final approval. The amendment, as it implies changes in the laws of all federal entities, would be one of the most significant in our constitutional history.

Keywords: Constitution of 1934; Procedural law; Unified.

INTRODUÇÃO

O direito processual brasileiro nasceu assentado sobre a codificação portuguesa. Durante o período colonial, fomos regidos, na esfera cível, pelo Livro Terceiro, e, na esfera penal, pelo Livro Quinto, das Ordenações Filipinas¹, de 11 de janeiro de 1603. Tratava-se, na verdade, de um extenso Código, elaborado e sancionado por Filipe II, rei da Espanha. No entanto, como este também detinha o trono português, a nova legislação, que refletia a forte influência do Direito Romano e do Direito Canônico, passou a ser também observada pelos lusitanos e, depois, pelo Brasil.

No campo do processo civil, nas décadas iniciais após a independência, mantivemos a aplicação das Ordenações Filipinas². Somente em 25 de novembro de 1850, sob o reinado de D. Pedro II, seria publicado o Decreto n. 737, fixando todo o acervo de normas a serem observadas no processo comercial³. Apesar de voltado para os atos de comércio, o novo Código, por sua extensão, pois era dotado de 743 artigos, e pelos avanços introduzidos, pois trouxe economia e simplificações aos procedimentos, passaria a ser também aplicado ao processo civil⁴.

¹ Sobre o Livro Terceiro das Ordenações Filipinas, destaca Arruda Alvim: “A parte processual (Livro Técnico) dividia-se da seguinte forma: 1ª) fase postulatória, que se encontra nos Códigos Modernos; 2ª) fase introdutória, destinada à prova; 3ª) fase decisória, destinada à decisão; 4ª) fase executória, destinada ao processo de execução. Ao lado disto, regulava o processo ordinário, que era o processo comum, e ainda os chamados processos sumários, empregados para alguns casos particulares, juntamente com os chamados processos especiais, aplicáveis a determinadas ações” (ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. 16. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 76).

² O Decreto de 20 de outubro de 1823 fixou que o processo civil continuava a ser regido pela legislação, até então, em vigor, ou seja, as Ordenações Filipinas.

³ A Comissão que elaborou o Regulamento foi presidida por Eusébio de Queiroz, então Ministro da Justiça, e integrada pelo Barão de Mauá, maior empresário brasileiro da época, José Clemente, Nabuco, Carvalho Moreira e Caetano Alberto.

⁴ Outro fator determinante para a ampla utilização do Regulamento n. 737 residiu em termos uma legislação processual civil arcaica para a época. Durante o segundo reinado, o Conselheiro Ribas foi incumbido de modernizar as regras então existentes. No entanto, este, na verdade,

No campo do processo penal, de modo contrário, logo após a independência, houve significativos avanços, incluindo a finalização de uma nova legislação nacional, abrangente e moderna. A Lei de 29 de novembro de 1832 promulgou o Código de Processo Criminal Imperial, trazendo um total de 355 artigos, acrescido de 27 artigos referentes a disposições provisórias. Pouco antes, a Lei de 16 de dezembro de 1830 fixara o Código Criminal, que instituiu a maioria penal aos quatorze anos e previa a pena de morte.

A Constituição de 1824, ao instituir o modelo de Estado Unitário, centralizou a produção legislativa em apenas um órgão, a Assembleia Geral. Em consequência, ao longo de todo o território nacional, aplicava-se a mesma lei civil, penal, comercial e processual. O Ato Adicional de 1834 permitiu às províncias a abertura de suas próprias Assembleias Legislativas, no entanto a competência desses órgãos estava circunscrita apenas a assuntos de interesse local. As legislações que regulavam os processos judiciais cível, comercial e penal continuaram, portanto, a serem as mesmas, em todo o território nacional, durante o primeiro reinado, a regência e o segundo reinado⁵.

A Constituição de 1891, alinhada ao modelo norte-americano⁶, alteraria por completo esse quadro. Passaríamos a adotar a forma federativa, promovendo forte descentralização das competências administrativas e legislativas para os Estados. Em consequência, todos os entes federados passaram a ser competentes para elaborar suas Constituições e suas próprias legislações nas mais variadas áreas, inclusive o direito processual⁷, como fixado no § 2º, artigo 65, da nova Carta⁸.

Apesar de termos seguido o modelo norte-americano, havia sensíveis diferenças históricas entre o ocorrido no Brasil e nos Estados Unidos. As treze colônias, durante o domínio inglês, tinham os próprios governos, leis e, algumas, até mesmo Constituições. Quando elas decidiram se juntar para formarem um único país, cederam o mínimo possível das suas prerrogativas para a União.

juntou as antiquadas Ordenações Filipinas a outras leis do Império, originando, em 28 de dezembro de 1876, a Consolidação Ribas, que não trouxe os avanços esperados.

⁵ Durante o Império, em todo o território nacional, o processo penal era regido pelo Código Criminal do Império do Brasil (Lei de 16 de dezembro de 1830), o cível pelas Ordenações Filipinas e, depois, pela Consolidação Ribas (1876), e o comercial, pelo Regulamento n. 737 (1850).

⁶ Desde a independência, o direito processual nos Estados Unidos é descentralizado. Em 1938, sobreveio o Código de Processo Civil federal. Muitos estados acabaram referenciando sua regulamentação sobre processo na lei federal, mas, até hoje, não há uma uniformidade entre os códigos processuais estaduais.

⁷ Campos Sales propôs, na constituinte de 1891, que os Estados e a União tivessem justiça e leis processuais próprias. Sua proposta acabaria sendo adotada no texto da nova Constituição, que, assim, se alinhava com o modelo então implantado nos Estados Unidos, onde o direito processual não era unificado, dispondo cada ente federado de sua própria legislação.

⁸ **Art. 65.** “É facultado aos Estados: § 2º Em geral, todo e qualquer poder ou direito, que lhes não for negado por cláusula expressa ou implicitamente contida nas cláusulas expressas da Constituição”.

Mesmo nos novos Estados que passaram a integrar a federação norte-americana, após a independência, seguiu-se a lógica de atribuir a cada ente federado a competência para elaborar o seu próprio direito e a sua própria legislação processual. O Canadá também foi submetido a um processo de colonização descentralizada, dispondo cada província de competência para legislar, inclusive sobre processo.

A colonização portuguesa, de forma contrária à da inglesa, era altamente centralizadora. Em consequência, as províncias brasileiras detinham reduzidas competências, em geral, circunscritas apenas ao campo administrativo. A independência não alteraria significativamente esse quadro, mesmo com as pressões das oligarquias locais por maior autonomia.

Como, a partir da Carta de 1891, passamos a ter uma elevada descentralização, no ano de 1934, existiam, considerando todas as unidades federativas do Brasil, 24 legislações diferenciadas sobre processo⁹. Até mesmo no plano federal, havia três legislações processuais distintas: a da justiça federal; a da justiça do Distrito Federal; e a da justiça do Acre. Ao longo dos quase quarenta anos de vigência da primeira Constituição republicana, surgiram vários críticos à multiplicidade de leis processuais, sendo o mais destacado Rui Barbosa.

OS CÓDIGOS DE PROCESSO CIVIL DOS ESTADOS

38

O Decreto n. 763/90 fixou que o Regulamento n. 737 continuaria a reger o processo civil, em todos os Estados, enquanto não sobreviesse a legislação local. Na década seguinte, começaram a ser elaboradas as leis processuais estaduais¹⁰. A primeira a entrar em vigor se deu no Estado do Pará, em 1904. O Estado do Maranhão instituiu o Código de Processo Civil, pela Lei n. 65, de 16 de janeiro de 1908. Já o Rio Grande do Sul instituiu o Código de Processo Civil e Comercial, pela Lei n. 65, de 15 de janeiro de 1908.

O Código de Processo de Minas Gerais foi instituído pela Lei n. 830, de 7 de setembro de 1922. O Decreto estadual n. 28, datado de 2 de dezembro de 1930,

⁹ Rui Barbosa, candidato, em 1910, à presidência da República, contra a candidatura do Marechal Hermes da Fonseca, defendia, como uma das suas propostas, a unidade processual e da magistratura no Brasil. A disputa acabaria sendo denominada campanha civilista, pois havia a concorrência de um civil (advogado) contra um militar. Rui, no entanto, acabaria derrotado nas urnas.

¹⁰ Sobre os Códigos Processuais Cíveis dos Estados, destaca Humberto Theodor Junior: “A Constituição Republicana de 1891 estabeleceu a dicotomia entre a Justiça federal e a estadual, bem como entre o poder de legislar sobre processo. Elaboraram-se, então, o direito processual da União (Consolidação preparada por Hígino Duarte Pereira, aprovada pelo Decreto n. 3.084 de 1898) e os vários códigos estaduais de Processo Civil, quase todos simples adaptações do figurino federal, por falta de preparo científico dos legisladores para renovar e atualizar o direito processual pátrio. Apenas no Código da Bahia e no de São Paulo se notou a presença de inovações inspiradas no moderno direito processual europeu” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. v. I. 55. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 71).

A constituinte de 1934 e a unificação do direito processual brasileiro

instituiu o Código de Processo Civil da Paraíba; a Lei estadual n. 1.952, de 30 de dezembro de 1921, o Código de Processo Civil do Ceará; e a Lei estadual n. 551, de 11 de dezembro de 1922, o Código de Processo Civil do Rio Grande do Norte.

Houve, no entanto, Estados que não chegaram a produzir o seu Código, como Amazonas, Alagoas e Mato Grosso, os quais continuaram a seguir o Regulamento n. 737, de 1850.

A PROPOSTA DE UNIFICAÇÃO NA COMISSÃO ITAMARATY

A coexistência de múltiplas legislações processuais no Brasil começará a ser alterada com a Revolução de 1930. Para a elaboração da nova Constituição, Getúlio Vargas instituiu a Comissão Itamaraty, com a finalidade de elaborar o anteprojeto constitucional. Como integrantes do grupo foram escolhidos juristas e políticos da época, entre os quais Oliveira Viana, Oswaldo Aranha, Carlos Maximiliano e Agenor de Roure.

As propostas debatidas na comissão sofreriam forte influência da Constituição de Weimar, adotada em 1919, na Alemanha. No novo modelo federativo alemão, houve forte centralização, às custas do esvaziamento das competências dos Estados. Os principais direitos, inclusive o processual, passaram a ser produzidos apenas pela União¹¹.

A Comissão resolveu seguir o modelo de Weimar, e, entre as mudanças centralizadoras propostas no anteprojeto, estava a unificação do direito processual, que passaria para a competência privativa da União, em detrimento dos Estados, que perderiam essa prerrogativa. O alinhamento com o direito alemão implicaria a alteração, por completo, da situação jurídica presente em 1934, pois os Códigos Processuais estaduais teriam de ser extintos e substituídos por um único Código, a ser aplicado em todo o território nacional.

39

A UNIFICAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DE 1934

Os constituintes de 1934 receberam a mudança proposta no anteprojeto com reações diferentes. Para os maiores estados da federação, em especial, São Paulo e Minas Gerais, a proposta representava a retirada de sua competência de legislar sobre direito processual, exercida há quarenta anos. A redução nas atribuições estaduais implicava redução na importância política e, em consequência, algumas bancadas estaduais levantaram oposições ao anteprojeto.

O deputado Henrique Bayma, representante do Estado de São Paulo, na sessão de 29 de janeiro de 1934, repudiou, em plenário, a proposta, destacando, em seu discurso:

¹¹ Otto von Bismark, responsável pela unificação alemã, em 1870, afirmava que, depois da língua, é o direito o melhor cimento para a unidade nacional (*Anais*, 1935, v. XI, p. 132).

Não temos nenhuma dúvida de que os preceitos do anteprojeto mutilam o estado federativo, reduzem-no à posição de província, colocam-no na situação em que se achavam, ao tempo do Ato Adicional de 1834. O anteprojeto consagra neste assunto uma centralização inadmissível diante dos princípios de direito público, inadmissível diante da realidade brasileira e da experiência que se vem desenvolvendo de 1891 para cá, inadmissível diante do estudo comparativo que se estabeleça com o que praticam os outros povos que se regem, igualmente, pelos princípios federativos¹².

Bayma defendeu o modelo descentralizado adotado pelos Estados Unidos e criticou fortemente o modelo altamente centralizado adotado pela Alemanha, com a Constituição de Weimar¹³, que o Brasil estava seguindo, como destacado em seu discurso:

A nova república alemã formada após a guerra, obedecendo à necessidade de estabelecer um corpo forte para as vicissitudes das relações internacionais, a nova Constituição alemã foi tão centralista quanto pode, levou a centralização ao máximo, obedecendo a necessidades que não existem no Brasil. A propósito da Constituição alemã de 1876, discutia-se se a Alemanha era uma federação ou confederação; a discussão que os autores hoje estabelecem, em face da discussão de Weimar, é para dizer se a Alemanha tem um regime federativo ou se é um país unitário¹⁴.

40

Visando à manutenção da independência processual, a oposição interpôs a Emenda n. 688, de autoria do deputado Cardoso de Melo Neto e outros, propondo que a União apenas poderia legislar sobre direito processual do Distrito Federal e Territórios. Como justificativa, a proposta sublinhava que a competência para essa matéria deveria caber aos Estados¹⁵.

Como o anteprojeto da Comissão Itamaraty recebeu um total de 1.244 emendas, sobre os mais diversos assuntos, resolveu-se, em face da inviabilidade de discutir e votar, uma a uma, constituir uma comissão com um representante de cada Estado e com os representantes classistas para elaborar um novo projeto constitucional, que incorporasse o maior número de propostas possíveis.

¹² BAYMA, Henrique. *Anais*, 1935, v. VII, p. 7.

¹³ Bayma destacou que a Áustria, onde o direito, incluindo o processual, era unificado, representava uma distorção, pois apesar do país se considerar como uma federação, na verdade, tratava-se de estado unitário.

¹⁴ BAYMA, Henrique. *Anais*, 1935, v. VII, p. 11.

¹⁵ Emenda n. 668: "Ao artigo 33, n. 9, substitua-se pelo seguinte: 'Direito civil, comercial, criminal e processual do Distrito Federal e Territórios'. Justificação: a matéria de direito processual e de organização judiciária dos Estados, deve caber a estes, e não à União".

A constituinte de 1934 e a unificação do direito processual brasileiro

Foi formada, então, a Comissão dos 26, que decidiu, no texto final do novo projeto constitucional, não unificar o direito processual. O artigo 7º, que determinava as competências legislativas da União, trouxe, em consequência, a seguinte redação:

Art. 7º. Compete privativamente à União:

10) legislar sobre: a) direito civil, direito comercial, inclusive o processo de falência, direito penal, direito aéreo; (...) r) normas fundamentais do processo civil e criminal nas justiças dos Estados.

Ao final, portanto, adotou-se um modelo misto, no qual a União legislaria sobre as normas fundamentais do direito processual, cujo conteúdo não estava especificado, cabendo as demais normas aos Estados. A solução não agradou à maioria dos constituintes, que consideraram o texto um retrocesso em relação ao modelo fixado no anteprojeto da Comissão Itamaraty. Primeiro, porque não havia definição sobre quais seriam as normas a serem elaboradas pela União e quais seriam as de âmbito estadual¹⁶. Segundo, porque persistiria o quadro de multiplicidade de legislações processuais no país.

Os constituintes favoráveis à unicidade levantavam argumentos de técnica jurídica, destacando os problemas advindos da multiplicidade de legislações, para defenderem sua posição. O deputado Daniel de Carvalho era um dos alinhados a esse argumento, como evidenciado em sua manifestação plenária:

41

Não é possível que perdue por mais tempo a confusão reinante nos pretórios em consequência da pluralidade de direito judiciário. Não é possível que continue em tantos assuntos a dúvida sobre qual o direito aplicável, se o federal ou estadual. Esta dúvida põe perplexos os litigantes, os advogados, os juízes. O direito se tem transformado, graças a isso, numa *boîte à surprise*. Tome-se, por exemplo, um executivo cambial processado no interior do país, no estado de Minas Gerais. O oficial de justiça e o advogado começarão duvidando sobre ser ou não exigido do executado o ciente da intimação da penhora que a legislação processual mineira reclama seja escrita e assinada pelo citado. Se exigível o ciente, sua falta prejudicará o ato. Se não exigível, sua postulação ao executado representará uma impertinência. Continua, assim, a dúvida em todo o curso do processo. Desse modo, se o executado embargar a

¹⁶ O deputado Sampaio Costa destacou essa situação, no discurso proferido, em plenário: “Estabelece-se que compete privativamente à União legislar sobre normas fundamentais do processo civil e criminal nas justiças dos Estados (art. 7º, n. 10, letra r). Ora, pergunta-se: que normas fundamentais são essas? Quais são as outras não fundamentais que cumpre ao Estado estabelecer? Onde a linha divisória, a linde dessas normas e, ao mesmo tempo, dessa dupla competência? Não iremos implantar conflitos e confusões ainda maiores do que os já existentes e conhecidos?” (*Anais*, 1935, v. XIII, p. 93).

execução para arguir a nulidade do processo, mas deixar de requerer formalmente o seu pronunciamento, pode por esta última circunstância, com igual probabilidade, perder ou ganhar os embargos, conforme o juiz entenda ser ou não aplicável a lei processual mineira¹⁷.

Os advogados que oficiavam na justiça federal e nas estaduais, enfrentavam, com frequência, dificuldades geradas pelos prazos diferenciados, pela multiplicidade de processos de execução, promovendo inclusive prejuízos de ordem material¹⁸. Em consequência, a maioria posicionava-se a favor da unicidade processual.

Outro argumento favorável à unicidade residia no fato de que, como o Direito Civil e Penal, no Brasil, eram unificados, não havia razão para que o Direito Processual Civil e Penal também não o fossem. Nereu Ramos, deputado por Santa Catarina, em defesa desse argumento, destacou, em seu discurso, estudo desenvolvido pelo Professor Francisco Morato, da Faculdade de Direito de São Paulo, elaborado para subsidiar a Reforma Constitucional de 1926:

Verdadeiramente não se compreende Direito Processual múltiplo onde o Direito material é um. Se o fim do processo é concretizar o Direito, dando-lhe realidade e vida, constante e uniformemente, permitir aos Estados a faculdade de votar leis adjetivas diferentes, é, na realidade, consentir que o Direito não seja aplicado de modo uniforme e com a mesma intensidade em todo o território do país; o que é absurdo, contraproducente e perigoso¹⁹.

Contra a multiplicidade, argumentava-se que a existência de dezenas de Códigos de Processos estaduais era apenas uma fachada enganosa. Isso porque as legislações dos Estados eram muito similares entre si, chegando alguns a serem cópias de outros. A própria legislação do Império (Regulamento n. 737) serviu de base para a elaboração dos Códigos, em grande parte dos Estados. Havia

¹⁷ CARVALHO, Daniel de. *Anais*, 1935, v. XI, p. 127.

¹⁸ O advogado Filadelfo de Azevedo também destacou os infortúnios gerados pela multiplicidade de legislações processuais: “No Distrito Federal, nas execuções hipotecárias, a citação para a penhora, o código medeia 48 horas; outros Estados, porém, estatuem em seus códigos, que a penhora pode ser feita incontinenti. Depreca-se para um Estado que observa essa legislação: a penhora é feita incontinenti. Chegam os autos à Corte de Apelação, em grau de recurso, e anula-se o processo, sob o fundamento de que a penhora não observou o prazo de 48 horas e que o juízo da penhora é o juízo depreciante. Em outros arestos, entretanto, a decisão tem sido contrária, entendendo-se que o juízo da penhora não é o depreciante, e sim o deprecado. Nos embargos de terceiros, da mesma forma: um indivíduo vexado por uma penhora judicial, não obstante poder produzir uma defesa cabal imediata, é obrigado muitas vezes, em virtude da diversidade da legislação processual, a ir ao foro do juízo depreciante, para fazer circular os seus bens” (*Anais*, 1935, v. XIII, p. 93).

¹⁹ RAMOS, Nereu. *Anais*, 1935, v. XIV, p. 439.

pouquíssimas exceções, como o caso de São Paulo, cuja legislação adotou disposições do moderno direito europeu. No entanto, os paulistas apenas instituíram a sua legislação própria, em 14 de janeiro de 1930, pela Lei n. 2.421.

Levi Carneiro, o primeiro presidente da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), era, em 1934, deputado constituinte classista, tendo, portanto, participado dos trabalhos da elaboração da nova Carta. Tornou-se um dos maiores opositores à unicidade do processo. Entre seus argumentos, destacava que a legislação processual federal apresentava graves problemas de técnica, carecendo até mesmo de lógica na redação de algumas normas, como evidenciado em sua manifestação:

Continua, ainda hoje, a União com a sua tríplice legislação processual, sendo que a justiça federal se acha infestada das mais ridículas velharias, das mais esdrúxulas e obsoletas formalidades, das mais vergonhosas ciladas à boa-fé dos litigantes, como, para citar um exemplo, a absurda e extravagante exigência da citação da lei ofendida, nos casos de interposição de agravos, e também a da solenidade do lançamento de provas em audiência. Este é o processo que a União decretou e mantém, que o legislativo federal tem organizado, não conseguindo, ele próprio nos três ramos do Judiciário que mantém, estabelecer um regime da unidade. Ainda mais: aqui, no Distrito Federal, até a presidência do Sr. Artur Bernardes, quando se decretou o atual Código de Processo, estivemos regidos por uma série de leis processuais antiquadas e confusas e todas as tentativas, notadamente, a do grande Ministro da Justiça, Sr. Esmeraldino Bandeira, fracassaram estrondosamente²⁰.

Favorável ao dualismo havia também o argumento de que muitos dos códigos estaduais eram melhores do que a legislação federal sobre processo. O deputado Moraes de Andrade, representante do Estado de São Paulo, destacou que a legislação processual federal, de forma diversa do verificado nos Estados, era muito arcaica, pois ainda remontava ao século passado. Nessas condições, o constituinte concluiu que a União não dispunha de capacidade para elaborar um código unificado, e declarou, em seu discurso, que:

Em contrário à tese de Vossa Excelência, quero lembrar apenas uma experiência, a fim de demonstrar a incapacidade da União para regular o direito chamado adjetivo, o direito processual. Basta citar a V. Exa. que, enquanto quase todos os Estados têm os seus Códigos de Processo perfeitamente elaborados e adiantados, a União ainda se rege por uma consolidação de 1890, ou de 1891, se não me engano. Isto prova a incapacidade da União para regular o caso²¹.

²⁰ CARNEIRO, Levi. *Anais*, 1935, v. XIII, p. 119.

²¹ ANDRADE, Moraes. *Anais*, 1935, v. VII, p. 399.

O deputado Daniel de Carvalho rebateu essa concepção, destacando, em seu discurso plenário, que:

Em segundo lugar, se argui contra a unificação do processo a circunstância de que alguns códigos processuais dos Estados são melhores que as leis processuais da União. Seria, argumentar-se, trocar o melhor pelo pior. Parece-me de toda justiça dar como provada a superioridade de certos códigos estaduais sobre as leis processuais da União a fim de raciocinar a partir deste ponto. E inicialmente pergunto: embora sejam aqueles superiores a estas não será melhor que apenas vigorem estas para evitar o permanente conflito que traz os maiores danos às partes e aos advogados, além de desprestigiar a lei e a magistratura na opinião pública? A vantagem da certeza de uma lei única compensaria fortemente as desvantagens dos senões acaso existente naquela²².

Durante as discussões, levantou-se que as expressivas diversidades regionais impossibilitavam que houvesse um código único a ser aplicado em todas as unidades federativas. Nessa linha, o deputado Maurício Cardoso, representante do Estado do Rio Grande do Sul, destacou ser impossível sobrevir uma única lei que atendesse a todas as particularidades locais, como evidenciado em seu discurso:

Sabemos, por exemplo, que a generalidade dos nossos códigos processuais permite o sequestro e o arresto, estabelecendo, porém, o prazo de 15 dias para a propositura da ação, sob pena de ficar sem efeito o sequestro. Como no Acre, onde se leva três meses de viagem de um Município para outro, como se poderá estabelecer esse prazo de 15 dias?²³

44

O deputado Pontes Vieira, representante do Estado do Ceará, foi um dos que se opuseram ao argumento da necessidade de diferentes legislações processuais para atender às diferenças geográficas existentes, destacando que o atual Código de Mato Grosso se tratava, na verdade, de cópia dos Códigos de outros entes federados, como transcrito de sua manifestação plenária:

Nem se diga que as condições ambientais de diversidade entre as unidades políticas obrigam à dualidade processual. Não se tome como obstáculo a dificuldade de transporte em Estados como Amazonas e Mato Grosso, comparando-os com Distrito Federal e São Paulo. Confrontem-se, entretanto, os Códigos adjetivos de Mato Grosso que pôs em execução, no seu território, o do Distrito Federal, o do Espírito Santo e São Paulo, e verificar-se-ão a leve divergência em detalhes mínimos e a sua coincidência nas linhas básicas, sendo uma cópia do outro, ou imitação hábil e engenhosa²⁴.

²² CARVALHO, Daniel de. *Anais*, 1935, v. XI, p. 130.

²³ CARDOSO, Maurício. *Anais*, 1935, v. XV, p. 209.

²⁴ VIEIRA, Pontes. *Anais*, 1935, v. XIV, p. 45.

Refutando também o argumento geográfico levantado por Moraes de Andrade, Sampaio Costa destacou que a semelhança entre os Códigos Processuais afasta a alegada relação do direito processual às diversidades regionais:

Se as diversidades regionais existentes no Brasil obrigassem, tornassem imperiosa a multiplicidade do processo, por que razão – perguntamos nós ao brilhante Deputado por São Paulo – por que razão o seu Estado, um dos mais adiantados da República, tem se regido pelo velho Regulamento n. 737 e, só agora, depois de quarenta anos, acaba de elaborar o seu Código Processual? Por que razão o meu Estado também seguiu as mesmas pegadas, e os Códigos existentes são idênticos quase: o de Mato Grosso ao do Distrito Federal, o do Espírito Santo ao de São Paulo... assim por diante? (...) Ademais, senhores, a meu ver, as tão comentadas diversidades locais, se resumem no seguinte: nas distâncias e nas dificuldades de comunicação. Ora, essas dificuldades estão hoje reduzidas ao mínimo, com o desenvolvimento e rapidez dos transportes, e podem ser solvidas com o flexionamento dos prazos²⁵.

Moraes de Andrade defendia que, como havia duplicidade de justiças (estadual e federal), necessariamente deveria haver leis processuais diferenciadas²⁶. O deputado Henrique Bayma, representante do Estado de São Paulo, destacou que, em países de grandes dimensões, como o Brasil, mostrava-se impossível unificar o direito processual, porque existiam muitas especificações locais a serem contempladas, em especial, em relação aos prazos. Como exemplo, destacou o caso da Suíça, que, apesar de sua reduzida extensão territorial, não tinha unidade processual²⁷.

Levi Carneiro, no seu acervo de argumentos contrários à unidade, sublinhou que a unificação ocorrida durante o Império provocou a estagnação das leis processuais e até mesmo o desinteresse pela matéria.

Na verdade, o principal motivo da oposição à unificação residia na preocupação, por parte dos grandes Estados, de estarem sofrendo um esvaziamento de sua força

²⁵ COSTA, Sampaio. *Anais*, v. XIII, p. 92.

²⁶ O deputado Sampaio Costa contestou os argumentos de Moraes destacando em seu discurso: “V. Exa. sabe que esse critério é errôneo. O processo é mais atraído pelo direito material que pela organização judiciária. Isso constitui, hoje, verdade axiomática. Onde o critério? Nas faladas diversidades regionais? Também pensamentos que não, porque essas diversidades, sempre enunciadas de maneira vaga, imprecisa, não nos obrigam a uma legislação processual especial. Essas podem ser resolvidas dentro da unidade processual absoluta, à feição do que se fazia antigamente, em toda a vastidão do Império” (*Anais*, 1935, v. XI, p. 91).

²⁷ Bayma, sobre a Suíça, destacou em seu discurso: “E se quereis ter uma prova completa e recente de que a Suíça, apesar de seu pequeno território, não está disposta a excessos de centralização, eu vos citarei a moção apresentada em 1914 por oito deputados, pedindo que se tratasse de estudar a unificação processual total, se possível, ou parcial. O Chefe do Departamento da Justiça foi autorizado pelo Conselho Federal a combater essa proposta. Sobreveio a guerra. Posteriormente, a proposta foi retirada” (*Anais*, v. VII, 1935, p. 12).

decisória e, em consequência, um perigoso rebaixamento político, que poderia colocá-los em uma posição de reduzida relevância no pacto federativo, nivelando-os com os entes menores da federação²⁸. O receio era procedente por dois motivos. Primeiro, porque o anteprojeto da Comissão Itamaraty, com seu alinhamento com a Constituição de Weimar, propôs um novo modelo federativo, em que os Estados perderiam consideravelmente as suas competências. Segundo, porque havia outra proposta, ainda mais perigosa, em tramitação, que previa a unificação das justiças estaduais e federal, o que implicava a perda, pelos Estados, de seus poderes judiciários.

O substitutivo elaborado pela Comissão dos 26 receberia um total de cinco emendas fixando a adoção da unicidade²⁹. O deputado Prado Kelly, representante do Estado do Rio de Janeiro e advogado, começou a mobilizar os demais deputados a favor da unidade processual, para a subscrição de uma emenda que ele apresentaria. Ciente de que os constituintes dos pequenos estados reunidos conseguiam superar, em número, as bancadas de Minas, de São Paulo e do Rio Grande do Sul, alinhadas ao dualismo, Kelly traçou a estratégia de convocar todos os unitaristas para também subscreverem a sua proposta. Tratava-se claramente de um plano para reunir as forças dos pequenos Estados para derrotar o poder dos maiores.

Kelly apresentou a sua emenda, em 26 de março de 1934, obtendo sucesso na sua estratégia de concentrar os políticos de vários estados. A proposta receberia a denominação de Emenda n. 1.740 e receberia, no total, 138 signatários. Com um número tão elevado de subscritores, evidenciava-se que a vitória seria concretizada. Para termos uma ideia do apoio, toda a bancada do Estado de São Paulo contava com vinte e dois deputados, a do Rio Grande do Sul, dezesseis, e a de Minas Gerais, a maior de toda a Assembleia, trinta e sete.

Na sessão de 8 de maio de 1934, o Presidente da Assembleia Constituinte colocou em votação as emendas que instituíam a unidade e a pluralidade do processo no Brasil, entre elas a Emenda Prado Kelly (n. 1.740), que instituiu a unidade processual no Brasil³⁰.

²⁸ A defesa da autonomia estadual foi feita no discurso do deputado Bayma (São Paulo): “nunca, senhores – direi terminando – nunca nenhuma comunidade federada se desenvolveu e cresceu tendo os olhos voltados para o poder central. Bem serve à nação aquele que trabalha cada dia de sol a sol; aquele que não poupa as próprias forças; aquele que procura desenvolver, infatigavelmente, sua capacidade para somá-la à capacidade de todos os outros, em benefício do grande todo que é a nação. Bem serve ao Brasil aquele que defende a autonomia de seu Estado e não quer que lhe sejam cerceados os elementos de que sempre se utilizou para o bem comum, e de quer continuar a utilizar-se. É com tais pressupostos, para que possamos todos trabalhar e progredir, que defendemos, como indispensáveis, as prerrogativas inalienáveis da autonomia dos Estados (*Anais*, 1935, v. VII, p. 555).

²⁹ Propuseram emendas unificando o direito processual, no Brasil, os Deputados Ferreira de Sousa, Tomaz Lobo, Homero Pires, Daniel de Carvalho e Prado Kelly. De forma contrária, a Emenda n. 1.945 fixava a pluralidade de legislações.

³⁰ Emenda n. 1.740: ao artigo 7º, n. 10, letra “a”, acrescente-se: “...e direito processual”. Suprima-se a primeira parte da letra “r”. A emenda também alterava as Disposições Transitórias, fixando a nomeação de uma comissão de juristas para a elaboração dos novos Códigos Processuais.

A constituinte de 1934 e a unificação do direito processual brasileiro

No encaminhamento para votação, Ferreira de Sousa, autor de uma das emendas que fixavam a unicidade, destacou que a pluralidade de legislações, surgidas desde 1891, tem gerado problemas de toda ordem, inclusive pedagógicos e didáticos.

Sampaio Costa também proferiu, antes do encaminhamento para votação, discurso enfático em defesa do unitarismo, destacando:

A pluralidade do processo tem trazido inconvenientes notáveis em nosso país. Contra ela se têm batido homens dos mais eminentes vultos, dos mais respeitáveis nas letras jurídicas do Brasil. Se, em 1891, quando os federalistas exaltados entendiam que a natureza do regime não comportava nem a unidade da magistratura nem a do direito, foi possível aceitar-se a dualidade processual, hoje em dia, que essa doutrina se acha rechaçada pelas autoridades mais conceituadas, não se pode compreender como se continuasse nesse sistema que vem prometendo o direito nacional e a jurisprudência pátria. A unidade do processo é necessidade imperiosa, por assim, dizer, nacional. Concito a Casa para que, atendendo à necessidade da unidade do direito brasileiro e à da mais rápida distribuição da justiça, rejeite o que se contém no substitutivo³¹.

Levi Carneiro, quando do encaminhamento para votação, solicitou a palavra e foi enfático ao afirmar que a súbita substituição de vinte e quatro leis por uma que sequer existia poderia levar ao caos o Poder Judiciário:

Ninguém, Sr. Presidente, saberá, amanhã, qual a lei una que vigorará no Brasil, depois que vigorarem, como atualmente, vinte e quatro leis diversas. Ninguém saberá como se fará essa unidade, que vai acarretar a paralisação da legislação processual. Aliás, Sr. Presidente, tenho ainda outra ponderação. A solução da unidade do processo é uma solução simplista, enganadora de comodidade, mas não corresponde aos interesses nacionais³².

Carneiro também destacou que o Congresso Nacional ficaria sobrecarregado, tendo de legislar sobre as expressivas questões do direito processual e, constantemente, atualizar as leis. Nas suas palavras, “o legislador federal não conseguiu sequer fazer a unidade do processo nas três justiças que tem sob sua jurisdição”³³.

Daniel de Carvalho também solicitou a palavra e proferiu, antes da votação, discurso a favor da unicidade, sublinhado:

³¹ COSTA, Sampaio. *Anais*, 1935, v. XX, p. 172.

³² CARNEIRO, Levi. *Anais*, 1935, v. XX, p. 174.

³³ *Anais*, 1935, v. XX, p. 173.

Quero repetir que tivemos a experiência da unidade no tempo do Império – e tal experiência foi benéfica. E melhor experiência temos ainda da multiplicidade de legislação processual, durante 40 anos de República. Não se pode absolutamente negar que há unidade histórica e conceitual entre o direito e o processo. Não existe meio de separar nitidamente o que é direito substantivo do que é direito adjetivo. O povo brasileiro teve uma grande desilusão com a reforma constitucional de 26, porque nela não se consagrou a unidade do processo. Pois bem: maior será a desilusão do povo brasileiro ao ver que perdemos essa oportunidade de dar ao país a unidade de processo³⁴.

Finalizada a votação, de um total de 216 constituintes presentes, 146 votaram a favor e 70 de forma contrária. Com o resultado, voltávamos a ter um direito processual unificado, como ocorrera durante todo o Império.

Em consequência da mudança, seria preciso, portanto, a elaboração de uma legislação processual civil e penal unificada, o que foi fixado pelo artigo 11 das Disposições Transitórias da Constituição de 1934:

Art. 11. O Governo, uma vez promulgada esta Constituição, nomeará uma comissão de três juristas, sendo dois ministros da Corte Suprema e um advogado, para, ouvidas as Congregações das Faculdades de Direito, as Cortes de Apelações dos Estados e os Institutos de Advogados, organizar dentro de três meses um projeto de Código de Processo Civil e Comercial; e outra para elaborar um projeto de Código de Processo Penal.

48

A UNIFICAÇÃO NAS CONSTITUIÇÕES DE 1946, 1967 E 1988

O novo Código de Processo Civil somente começou a ser elaborado, em 1937, após o golpe do Estado Novo. Getúlio Vargas nomeou uma comissão para elaborar a nova lei. O projeto acabaria sendo elaborado por Pedro Batista Martins, que integrava a referida comissão, e aprovado pelo Ministro Francisco Campos.

A nova legislação com abrangência nacional seria instituída pelo Decreto-Lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939, entrando em vigor no dia 1º de março de 1940. O Código de Processo Penal, resultante da unificação, seria instituído pelo Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941, continuando, até hoje, em vigor.

O quadro de pluralidade das legislações processuais, presente durante a República Velha, não mais seria restaurado no direito brasileiro. As demais Constituições manteriam a unificação processual, sendo esta regra trazida pelo artigo 5º, inciso XV, “a”, da Constituição de 1946:

³⁴ CARVALHO, Daniel. *Anais*, 1935, v. XX, p. 175.

A constituinte de 1934 e a unificação do direito processual brasileiro

Art. 5º Compete à União:

XV – Legislar sobre:

Direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, aeronáutico e agrário;
A Constituição de 1967 fixaria a unidade em seu art. 8º, XVII, “b”:

Art. 8º Compete à União:

XVII – Legislar sobre:

Direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, aéreo, marítimo e do trabalho.

Por fim, a Constituição de 1988 a fixou em seu artigo 22, inciso I³⁵:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I – Direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho.

CONCLUSÃO

Em 1934, muitos constituintes, preocupados com o avanço das propostas de forte centralização, fruto da influência do modelo alemão de Weimar, alegavam que estávamos promovendo uma violação ao federalismo. Para os maiores Estados, até então, dotados de enormes competências, em decorrência do alinhamento com o modelo presente dos Estados Unidos, implantado pela Constituição de 1891, haveria sensível perda de poderes. Na verdade, o conceito de federação não é um monopólio do direito norte-americano. Existem diferentes tipos de Estados federados, e a melhor estrutura certamente é aquela que melhor garante o desenvolvimento nacional.

A Assembleia Constituinte de 1934, ao final, optou por unificar o direito processual, em todo o Brasil, do Amazonas ao Rio Grande do Sul. Desde 1939, não mais existem os Códigos Processuais Cíveis dos Estados. Ao longo dessas décadas, os obstáculos levantados e as previsões negativas tecidas pelos deputados defensores da corrente dualista não se concretizaram. A unificação acabaria se mostrando vantajosa e, hoje, certamente, é considerada uma mudança constitucional acertada.

Prado Kelly, autor da emenda que traria a unificação do direito processual no Brasil, participaria ainda da constituinte de 1946, exercendo a função de vice-presidente da Grande Comissão de Constituição. Também se tornaria presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, no período de 1960 a 1962, e Ministro do Supremo Tribunal Federal, no período de 1965 a 1968. Seu nome, hoje, no entanto, tornou-se pouco lembrado. Mas a sua proposta e o seu empenho pela aprovação da Emenda n. 1.740 mudariam para sempre a face do direito processual no Brasil.

³⁵ O artigo 24, inciso XI, Constituição de 1988, previu a competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal, para legislar sobre procedimento em matéria processual.

REFERÊNCIAS

- ANAIS. *Assembleia Nacional Constituinte (1933/1934)*. Rio de Janeiro: Gráfica do Senado, 1935. (22 volumes)
- ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.
- ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. 16. ed. São Paulo: RT, 2013.
- AZEVEDO, José Afonso de Mendonça. *Elaborando a Constituição Nacional: atas da subcomissão elaboradora do anteprojeto de 1932/1933*. Rio de Janeiro: Gráfica do Senado, 1933.
- BONAVIDES, Paulo. *Reflexões: política e direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1988.
- CARNEIRO, L. *Pela nova Constituição*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco, 1936.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 55. ed. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

A CORTE DEFENSORA DA CONSTITUIÇÃO INTERNACIONAL

THE DEFENDER COURT OF THE INTERNATIONAL CONSTITUTION

Alexandre Coutinho Pagliarini*

RESUMO

Para concluir, ao final, que é possível e desejável a criação do Tribunal Constitucional Internacional, este artigo primeiro analisa o Poder Constituinte que dá origem aos Estados nacionais modernos. Em seguida, estuda o exercício do Poder Constituinte Derivado (e Difuso), também no âmbito do Estado nacional. A partir das assertivas acerca do Poder Constituinte na polis (no Estado nacional), desenvolvem-se discussões jurídicas e filosóficas sobre os Poderes Constituintes (Originário e Reformador) na cosmópolis pós-moderna (no *Mundus Novus*). Antes de concluir efetivamente pelas possibilidades sociopolítica e jurídica do Tribunal Constitucional Internacional, demonstra este texto a existência de um Direito Constitucional Internacional e de uma Constituição (material) Internacional.

Palavras-chave: Poder constituinte internacional; Constituição internacional; Tribunal Constitucional Internacional; Direitos humanos.

ABSTRACT

To conclude, at the end, that the establishment of the International Constitutional Court is possible and desirable, this article first analyzes the Constituent Power, which gives life to modern National States. Then, this article studies the exercise of the Derivative Constituent Power (and Diffuse), also within the National State. From the assertions about the Constituent Power in the polis (in the National State), legal and philosophical discussions on the Constituent Powers (Originating Power and Reform Power) in the postmodern cosmópolis (in *Mundus Novus*) are developed. Before effective-

* Pós-Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Lisboa. Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica (PUC-SP). Professor efetivo do Mestrado e da Graduação em Direito da Uninter (Curitiba-PR). Editor-Chefe da Revista *Ius Gentium*. Autor das editoras Saraiva, Forense, Fórum, Lumen Juris e GZ. Diretor de Relações Internacionais do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania (IDCC). Tradutor de francês-português-francês e inglês-português-inglês. Advogado. E-mail: alexandrepagliarini@terra.com.br.

ly conclude for the sociopolitical and legal possibilities of the International Constitutional Court, this text demonstrates the existence of a Constitutional International Law and a (material) International Constitution.

Keywords: International Constituent Power; International Constitution; International Constitutional Court; Human rights.

INTRODUÇÃO

Tem-se na Constituição nacional o ícone jurídico-político da modernidade, a tal ponto que o constitucionalismo moderno se assentou na realidade da supremacia das normas constitucionais, fator este que implicou a criação de modelos de controle de constitucionalidade – *judicial review* [o dos Estados Unidos, o da Europa, a partir da Áustria, e o brasileiro, um misto (híbrido) do sistema norte-americano e do europeu]. Em consequência disso, estabeleceram-se as competências defensivas da Constituição (no concretismo dos Estados Unidos) e criaram-se Tribunais Constitucionais (na Europa do controle abstrato).

Nasceram as Constituições nacionais para o cumprimento de duas funções essenciais: (i) a de estruturar o Estado; e a de (ii) definir e garantir Direitos Fundamentais. E, cumprindo tais funções, o constitucionalismo se desenvolveu, enfrentando hoje o dilema da globalização em um *Mundus Novus* integrado pela política, pela economia, pelo Direito e por vários outros fatores construtores da *International Community*.

Neste artigo, detectar-se-á já existente um Direito Constitucional Internacional, bem como se perceberá que o *Mundus Novus* tem um órgão representativo, a Organização das Nações Unidas (ONU), não sendo, portanto, errôneo entender já existente uma Constituição (material) Internacional, razão pela qual, ao final, ver-se-á indispensável a criação de uma Corte Constitucional Internacional que cumprirá duas funções: (a) ela controlará as normas constitucionais internacionais que estabelecem a estrutura da ONU; (b) ela defenderá os direitos humanos previstos nas Declarações e nos Tratados Internacionais acerca dessa temática fundamental para o indivíduo (cidadão do mundo) e para a coletividade global.

PODER CONSTITUINTE

Nuances do poder constituinte tradicional nacional

Muito se pensa que o Poder Constituinte resulta de manifestações populares maciças, conscientes, organizadas e voltadas à feitura da Constituição, o que implica entender que o Poder Constituinte, ao fazer uma nova Constituição, estrutura o Estado, limitando o poder, bem como define e dá instrumentos de garantia para os Direitos Fundamentais.

O que consta no parágrafo anterior representa o ideal, mas não espelha o real. São verdadeiros os enunciados segundo os quais o Poder Constituinte positiva a Constituição e esta estrutura a Comunidade Política (geralmente, o Estado Nacional), nela garantindo Direitos Fundamentais.

Todavia, não é verdadeiro o enunciado que diz que o Poder Constituinte resulta sempre de manifestações populares maciças, conscientes, organizadas, voltadas à feitura da Constituição e com alguma representação do eleitorado. Sim, todo Poder Constituinte cria a primeira Constituição do Estado nacional ou a nova Constituição do Estado nacional: isso é certo! O que não condiz com a verdade é a crença ingênua de que o Poder Constituinte sempre será a manifestação democrática e organizada do povo na concepção do Estado que quer conceber e na definição dos Direitos Fundamentais que quer difundir e garantir.

Se se imaginar o Poder Constituinte que positivou a Constituição brasileira de 1988, imediatamente surgirão nas cabeças dos brasileiros imagens da anistia que os militares começaram a implantar de modo gradativo, as eleições diretas dos governadores Tancredo Neves (Minas Gerais), Leonel Brizola (Rio de Janeiro), Franco Montoro (São Paulo), Miguel Arraes (Pernambuco), Waldir Pires (Bahia), Pedro Simon (Rio Grande do Sul) e José Richa (Paraná), todos opositores à Ditadura Militar. Passarão, igualmente, nas cabeças dos brasileiros as cenas dos gigantescos comícios pelas “Diretas Já!” e a eleição indireta (pelo Congresso Nacional de então) de Tancredo Neves para Presidente, quando derrotou o candidato civil dos militares, o senhor Paulo Maluf. Na mesma esteira histórica, os brasileiros se lembrarão da comoção nacional causada pela morte de Tancredo, com a consequente assunção ao poder de José Ribamar Sarney. Por fim, na montagem do quebra-cabeça (*puzzle*) que foi o Poder Constituinte que positivou a Constituição hoje em vigor para os brasileiros, o Presidente Sarney propôs a Emenda Constitucional n. 26, que convocou o eleitorado nacional para, em outubro de 1986, eleger os Deputados e Senadores que, além dos seus mandatos parlamentares usuais, formaram a Assembleia Nacional Constituinte que resultou na Constituição da República Federativa do Brasil atual, promulgada pelo Deputado Ulysses Guimarães em 5 de outubro de 1988.

Por tudo o que se disse sobre o Poder Constituinte da Constituição atual, no parágrafo anterior, pode-se afirmar com acerto que a Carta Política brasileira que hoje vigora é documento jurídico-político formado por uma altíssima participação popular resultante da somatória de fatores constituintes verdadeiramente populares, quais foram: a insatisfação popular com os militares; a eleição de governadores opositoristas nos mais importantes Estados da federação; a campanha das “Diretas Já!”; a eleição e a morte de Tancredo; a convocação da Constituinte pela EC n. 26 de Sarney; os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte; e a promulgação da Constituição por Ulysses em 5 de outubro de 1988. Perceba-se que, em cada um desses momentos políticos (**fragmentados**) aqui referenciados,

houve real e efetiva participação popular, de modo que a Constituição de 1988 pode ser seguramente classificada como carta democrática, filha legítima de um Poder Constituinte **eleito** e precedido por manifestações populares espalhadas por todo o território nacional. Sim, essa é uma prova de que o Poder Constituinte da Carta de 1988 é daqueles que se podem classificar como maciçamente populares, organizados e referendados por uma população que já não se coadunava mais com o regime militar sustentado pela Constituição anterior.

Ocorre que nem sempre é assim; e é aí que a doutrina tradicional¹ ou extremamente popularesca (ou populista?) erra fragorosamente – ao desejar ensinar que o Poder Constituinte é sempre uma latência sociopolítica em constante estado de *stand-by* **nos braços do povo** (será?). Há outros poderes constituintes igualmente legítimos...

Não se pode dizer que a Constituição mais importante do mundo – a dos Estados Unidos –, de 1787, tenha sido um modelo de participação popular ou resultado de “panelaços” na rua: não! Da sua feitura participaram os delegados das 13 antigas Colônias-Estados, que, juntos, venceram a Inglaterra na Guerra da Independência. A Convenção Federal reuniu-se na Casa de Estado (*Hall of Independence*), na Filadélfia, em 14 de maio de 1787, para revisar os *Artigos da Confederação*. Em virtude de estarem presentes, inicialmente, as delegações de apenas dois Estados, os membros suspenderam os trabalhos, dia após dia, até que fosse atingido o quórum de sete Estados em 25 de maio. Por meio de discussões e debates, ficou claro, em meados de junho, que, em vez de alterar os atuais artigos da Confederação, a Convenção deveria elaborar uma estrutura inteiramente nova para o governo. Ao longo de todo o verão, os delegados debateram, elaboraram e reelaboraram os artigos da nova Constituição em sessões fechadas, sem qualquer participação ou consulta popular prévia. Entre os principais pontos em questão, estavam o grau de poder permitido ao governo central, o número de representantes no Congresso para cada Estado e como estes representantes deveriam ser eleitos – diretamente pelo povo ou pelos legisladores dos Estados. A Constituição foi o trabalho das mentes partícipes da Convenção e permanece como um modelo de cooperação entre lideranças políticas e da arte da condescendência. Os cinquenta e cinco delegados que redigiram a Constituição incluíram a maior parte dos líderes mais destacados da nova Nação, chamados Pais Fundadores. Thomas Jefferson, que estava na França durante a convenção, disse “Isto é realmente uma assembleia de semideuses”². Eles representaram uma ampla variedade de interesses, estados e classes na vida, mesmo que a

54

¹ MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. 3. ed. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 113.

² HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *The federalist papers*. Nova York: Bantam Dell, reissue, 2003, p. 67.

grande maioria deles fosse proprietária rica e todos fossem homens brancos. Havia trinta e dois advogados, onze comerciantes, quatro políticos, dois militares, dois doutores, dois professores/educadores, um inventor e um agricultor. A Convenção foi, sobretudo, construída pela fé cristã, incluindo congregacionistas, episcopalistas, luteranos, metodistas, presbiterianos, *quackers* e católicos romanos. Thomas Jefferson e John Adams não assistiram; estavam no estrangeiro, na Europa, mas escreveram para casa para animar os delegados. O anticonstitucionalista Patrick Henry esteve também ausente, pois rejeitou ir, já que disse “cheira a rato!”³. Alguns dos delegados de maior prestígio e destaque foram George Washington, John Rutledge, Roger Sherman, Rufus King, Alexander Hamilton, James Wilson, Benjamin Franklin e James Madison.

Por fim, há que se lembrar – ou informar – que a Constituição dos Estados Unidos, apesar de cumprir, depois das emendas includentes de alguns Direitos Individuais, as duas funções clássicas que normalmente cumprem uma Carta Política (1 – estruturar o Estado; e 2 – definir Direitos Humanos), tem natureza jurídica de **tratado internacional**, uma vez que mereceu ser **ratificada** pelos delegados representantes dos Estados-membros formadores dos Estados Unidos. Repita-se: sim, **a Constituição dos Estados Unidos é um tratado internacional!**

Voltando ao Brasil, nem todos os seus Poderes Constituintes originários se mostraram democráticos. Essa verdade rechaça a opinião segundo a qual não há Constituição sem povo. Ora, há sim, não que isso seja animador ou de se comemorar! Pois bem: promulgada é a Constituição democrática, ou seja, feita pelos representantes eleitos pelo povo; por isso, a Constituição de 1988 também é conhecida como “Constituição Cidadã”. O Brasil conheceu as seguintes Constituições promulgadas: de 1891 (inspirada pelas ideias de Ruy Barbosa); de 1934; de 1946; e a de 1988. E, ainda, as seguintes Constituições outorgadas: de 1824; de 1937 (Getúlio Vargas); e a de 1967 (Ditadura Militar).

O destaque agora é para a França. A primeira Constituição francesa não foi elaborada tampouco por representantes – eleitos – do povo para cumprir o fim de elaborar uma Carta Magna. Era fruto de uma revolução (a Revolução Francesa, com a Queda da Bastilha em 14 de julho de 1789). De fato, a Assembleia Nacional Constituinte francesa foi formada pela Assembleia dos Estados Gerais em maio de 1789, nas primeiras fases da Revolução Francesa, sendo dissolvida a 30 de setembro de 1791.

A Constituição francesa de 1791 foi criada pelo Terceiro Estado (camponeses, artesãos, burgueses), que limitava os poderes do Rei e eliminava os privilégios do primeiro (clero) e do segundo (nobreza) Estamentos ou Estados. O Rei Luís XVI, ao menos aparentemente, aceitou o funcionamento da Assembleia Nacional Constituinte, porém impôs a condição de que dela participassem

³ HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *The federalist papers*, op. cit., p. 68.

os representantes do clero e da nobreza; ou seja, representantes “biônicos”, como diriam alguns brasileiros a respeito de senadores que participaram da Constituinte de 1986/1988. Uma das principais decisões dessa Assembleia foi a adoção da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, datada de 1789.

Da Assembleia gaulesa participaram com maior peso dois grupos que se posicionavam em lados opostos⁴ nas mesas de negociação: à direita, estavam os girondinos, que representavam a alta burguesia (banqueiros, grandes empresários e comerciantes), que inicialmente controlavam o governo e defendiam posições moderadas, temendo que as camadas populares assumissem o controle da revolução e prejudicassem seus negócios; e à esquerda, os jacobinos, que representavam a média burguesia (funcionários reais, profissionais liberais, como médicos, professores, advogados), a pequena burguesia (pequenos comerciantes e artesãos mais ricos), os camponeses e os *sans-culottes* (proletariado e demais trabalhadores urbanos de baixa condição). Defendiam os jacobinos posições radicais, estimulando a agitação popular.

Com o fito de demonstrar que há “poderes constituintes e poderes constituintes” – e que **nem todos** incluem o povo –, convém aqui traçar alguns parágrafos sobre o constitucionalismo lusitano. Tomar-se-ão como base duas Constituições: a segunda (1826); e a derradeira (em vigor desde 1976).

56

A Carta Constitucional da Monarquia Portuguesa de 1826 foi a segunda Constituição Portuguesa. Teve o nome de Carta Constitucional por ter sido outorgada pelo Rei D. Pedro IV (o mesmo Pedro I, do Brasil), e não redigida e votada por Cortes Constituintes eleitas pela Nação, tal como sucedera com a anterior Constituição de 1822. Tratava-se da segunda Carta Constitucional outorgada pelo mesmo Dom Pedro (Brasil, em 1824, e Portugal, em 1826). Essa Constituição foi fruto de um governo que se pode considerar provisório, pois, de fato, durante o curto reinado de oito dias de D. Pedro IV (26 de abril a 2 de maio de 1826), o Rei português e Imperador brasileiro viria a tomar duas medidas de enorme alcance político: (i) a outorga de uma nova Constituição (em 29 de abril de 1826), muito menos radical que a Constituição de 1822, que tentava sobrepor o poder do rei à soberania da Nação, mantendo, embora, os princípios fundamentais do liberalismo, procurando, dessa forma, sanear as diferenças políticas entre liberais e absolutistas; (ii) e a decisão de abdicar dos seus Direitos ao trono em nome da sua filha D. Maria da Glória, no dia 2 de maio, que data o final do seu reinado. A Carta Constitucional esteve vigente durante três períodos distintos: 1º) de 29 de abril de 1826 até 11 de julho de 1828, quando foi abolida por D. Miguel, na sequência das Cortes de Lisboa que o proclamaram Rei de

⁴ Essa é a origem histórica dos termos esquerda (para designar os mais exaltados) e direita (para designar os mais conservadores), em política.

Portugal; 2º) de 23 de maio de 1834, com a derrota dos miguelistas e a assinatura da Concessão de Évora-Monte, até a revolução de setembro, em 10 de setembro de 1836, quando entra de novo em vigor a Constituição de 1822 (a primeira de Portugal); e 3º) de 11 de fevereiro de 1842, com o golpe de Estado de Costa Cabral, que derrubou a Constituição de 1838 (redigida para tentar conciliar vintistas e cartistas) até a implantação da República em 5 de outubro de 1910. Durante esse último período, sofreu diversos *Actos* Adicionais (1852, 1885 e 1896) até que foi definitivamente abolida com o advento da República e a subsequente aprovação da Constituição Republicana de 1911 em 24 de agosto daquele ano.

A Constituição da República Portuguesa de 1976 é a atual Carta Magna dos lusitanos. Foi redigida pela Assembleia Constituinte eleita na sequência das primeiras eleições gerais livres, no país, em 25 de abril de 1975, datando do 1º aniversário da Revolução dos Cravos. Os seus deputados⁵ deram os trabalhos por concluídos em 2 de abril de 1976, data da sua aprovação, tendo a Constituição entrado em vigor a 25 de abril de 1976 – na sua origem, tinha forte pendor socializante, arrefecido, porém, nas sucessivas revisões constitucionais que adequaram Portugal aos princípios da economia de mercado e aos ideais de integração supranacional vigentes no Velho Continente.

Até o momento, a Constituição de 1976 é a mais longa Constituição portuguesa que alguma vez entrou em vigor, tendo mais de trinta e duas mil palavras (na versão atual). Estando há 40 anos em vigor e tendo recebido sete revisões constitucionais (em 1982, 1989, 1992, 1997, 2001, 2004 e 2005), a Constituição de 1976 já sofreu mais revisões constitucionais do que a Carta Constitucional de 1826, a Constituição portuguesa que mais tempo esteve em vigor – durante 72 anos (a qual, com cerca de sete mil palavras na versão original, recebeu somente quatro revisões). Um dos mais notáveis feitos da Constituição de 1976 foi haver adotado a Declaração Universal de Direitos Humanos (ONU, 1948) como parte formal integrante do seu texto magno.

Nuances do poder constituinte derivado (reformador) e difuso

Passar-se-á a considerar a Constituição brasileira de 1988 para a análise do Poder Reformador (ou, para quem preferir, Poder Constituinte Derivado). Com base no texto constitucional em vigor, no Brasil, encontram-se normas que dão conta de ter havido dois modos de modificação constitucional: (i) pela tradicional Emenda Constitucional (EC); e (ii) pelo processo de Revisão Constitucional (RC, uma só). A EC tramita segundo as prescrições do artigo 60 da

⁵ Os Profs. Jorge Miranda e Vital Moreira tiveram participação destacada na Assembleia Constituinte que positivou a Constituição de 1976, principalmente o Prof. Miranda, considerado por muitos o Pai da Constituição de Portugal.

Carta brasileira em vigor – até a data da publicação deste texto científico, foram promulgadas 91 EC. Já a RC se inspirou na Constituição portuguesa de 1976, texto em que estão previstas revisões constitucionais a cada cinco anos (desde 1976, a atual Constituição dos lusitanos foi revisada em 1982, 1989, 1992, 1997, 2001, 2004 e 2005). No Brasil, a RC teve previsão no artigo 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). Entre março e junho de 1994, foram aprovadas seis Emendas Constitucionais de Revisão (ECR) mediante o quórum de maioria absoluta – ao contrário do quórum exigido para as EC (maioria qualificada de três quintos dos membros das duas Casas Legislativas, num total de quatro votações, duas na Câmara dos Deputados e duas no Senado).

Outra forma de modificar a Constituição se dá pelo controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) por meio de um controle abstrato de constitucionalidade que contempla a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI ou ADI, tanto faz), a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), a Reclamação Constitucional e a Súmula Vinculante. Logo, a atuação do STF brasileiro acaba sendo capaz de modificar o texto constitucional pela via do controle direto (no STF) de constitucionalidade. Todavia, pelo fato de, no Brasil, qualquer Juiz poder controlar a constitucionalidade de norma infraconstitucional (**controle difuso**, como fazem os magistrados **norte-americanos**), deixando de aplicá-la em um litígio concreto que esteja sob a sua análise jurisdicional, o Poder Judiciário, como um todo e em todas as suas instâncias, acaba por ser sempre um guardião da Constituição. A diferença brasileira entre os dois modelos de controle de constitucionalidade adotados pela Carta de 1988 é a seguinte: no modelo kelseniano-europeu (o direto e abstrato), a decisão do STF terá força *erga omnes*; no modelo norte-americano, que inspirou Ruy Barbosa, a sentença do Magistrado recusando-se a aplicar norma inconstitucional (a seu ver) em um caso concreto só produzirá força entre as partes litigantes, a não ser que o Senado da República, depois de decisão do STF em sede de Recurso Extraordinário, retire a norma declarada **incidentalmente** inconstitucional de vigor, coragem esta que a Câmara Alta do Parlamento brasileiro jamais exerceu.

Perceba-se que, nas linhas anteriores, foram explicitados os modos formais pelos quais se interpreta a Constituição de 1988, e, eventualmente, lhe modifica o texto original: (i) ou pela EC comum; (ii) ou pela ECR; (iii) ou pelo controle concentrado, direto e abstrato exercido pelo STF; (iv) ou pelo Recurso Extraordinário julgado procedente pelo STF – e que pode vir a produzir efeitos *erga omnes* caso o Senado cumpra a função que lhe defere o artigo 52, inciso X, da Carta. Todavia, mesmo na lógica do Poder Reformador cuja atuação tenha sido prevista na Constituição original, não somente pelas vias formais o sentido da Constituição se modifica. Há o que se pode chamar de Poder Constituinte **difuso**, ao qual serão dedicados os próximos 3 longos parágrafos.

Não se deve crer que, de fato, o Poder Constituinte esteja ou instituído em um prédio fixo qualquer, ou que seja ele um fator sociopolítico do qual qualquer povo esteja inteiramente ciente durante as 24 horas do dia. Ele ocorre de modo difuso... Guarde-se bem esta última palavra!

Se o Poder Constituinte derivado (reformador) é uma potência que transforma as Constituições, deve-se admitir que sua ação não é limitada pelas modalidades juridicamente organizadas de seu exercício. Para bem dizer a verdade, o Poder Constituinte não cessa jamais de agir. Toma-se conta dessa ação permanente pela qualificação do que se pode chamar **costume constitucional**. É esse costume que traduz a validade incessante das forças constituintes. Uma vez formado um costume, tal como a regra escrita, pressupõe-se certa [im]obilidade do Estado de Direito que ele criou (**costume = conduta reiterada + *opinio vel veritatis***); para se afirmar, o costume necessita de certa constância na prática. Assim, a significação presente de uma Constituição é essencialmente dotada de [mo]bilidade: sem que o quadro formal da Constituição seja tocado, as instituições, os órgãos, as autoridades e até mesmo a Comunidade Internacional conhecem períodos de “florescimento constituinte” seguidos de crises de degeneração. Fora isso, é sabido que a Constituição também pode ser alterada em razão da conjuntura política, fator este que afirma um exercício cotidiano do Poder Constituinte que, por não ter registro nos mecanismos constitucionais formais, tampouco nos sismógrafos das revoluções, nem por isso é menos real. Particularmente nos regimes democráticos clássicos – em que os cidadãos têm um largo acesso aos instrumentos de difusão do pensamento –, há uma ação constituinte permanente da opinião pública. Isso significa que, nos enquadramentos do texto constitucional em vigor, a opinião pública em um país culto e democrata traça o que é possível, o que é obrigatório ou o que se proíbe: nenhum homem político digno desse nome ignora que o campo aberto às suas prerrogativas se encontra mais exatamente descrito pelos rumores da rua ou pelo curso da economia do que propriamente pelos artigos da Constituição formal.

Sem dúvida, convém não exagerar a potência dessas observações a ponto de concluir que a Constituição, no sentido formal do termo, é mera vaidade, uma frivolidade ou futilidade; não! E, sem dúvida, não é possível analisar as formas de exercício desse Poder Constituinte, discreto e inominado (**difuso?**), pois não se saberia isolar tal potência de todo o contexto da vida política que o reveste. Portanto, resta indubitável que os juristas e os cientistas políticos devam mencionar a existência desse Poder Constituinte **difuso**, que não é consagrado em nenhum processo formal. Aceitar esse Poder Constituinte **difuso** não significa rasgar a Constituição; pelo contrário, com fidelidade aos métodos tradicionais, indica-se continuar a analisar o exercício do Poder Constituinte reformador segundo as suas formas codificadas, mas sem se esquecer de que, por serem mais visíveis tais formas, elas, nem por isso, tornem-se as mais perfeitas ou eficazes.

Poder constituinte originário da *International Community*

O Poder Constituinte da *International Community* (*Mundus*) não está de modo algum previsto no texto da Constituição brasileira de 1988, muito menos em textos de outras Constituições **nacionais; claro que não, ele é internacional!** Caso houvesse previsão constitucional de um Poder Constituinte da *International Community*, seria ela a de um Poder Constituinte de reforma da *International Community*, jamais de um Poder Constituinte originário, posto que este não está previsto nem nas Constituições nacionais, pelo fato de nem as Constituições nacionais e nem uma eventual Constituição internacional lidarem com o assunto **golpes de Estado (ou golpes contra a Comunidade Internacional organizada, por exemplo contra as Nações Unidas – ONU)**. Destarte, aqui fica a primeira conclusão acerca do Poder Constituinte da *International Community*: ele não é um poder jurídico e só jurídico. Trata-se ele de uma latência sociopolítica e econômica que, em nível internacional, encontra-se em constante e silenciosa evolução e em permanente estágio de *stand-by*.

60

É fato que a criação da ONU, em 1945, mudou os rumos do *Mundus*. Mesmo que se queira criticar a ONU – e há muitas razões⁶ para isso –, o *Mundus* pós-1945 é muito mais vigilante e pacífico do que o *Mundus* pré-1945. A ONU e as suas “agências” (FMI, Banco Mundial, Unesco, Unicef etc.) são, na realidade, um aglomerado de países-membros e instituições burocráticas que representam o que poderíamos chamar de cosmópolis. Nesse sentido, a Segunda Guerra contribuiu como elemento formador da ONU; logo, pode, por isso, ser considerada fragmento de Poder Constituinte Internacional, assim como – e principalmente – a Carta da ONU (1945) e a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). Assim, não é exagero afirmar que **a Constituição *Mundus* é formada pela somatória desses dois documentos: a Carta da ONU e a Declaração Universal de Direitos Humanos.**

Para os positivistas⁷, o poder constituinte é pré-jurídico, quer dizer, é uma manifestação de força ou uma energia social não encontrada no mundo das

⁶ Criticam-se muitas das características e estruturas da ONU, por exemplo, dizem sobre ela: é um instrumento da “globalização neoliberal”; o “Clube dos Cinco” (Estados Unidos, Rússia, China, Reino Unido e França) devia ser alargado com a inclusão de países como Japão, Alemanha, Itália, Brasil, Índia e África do Sul nos assentos permanentes do Conselho de Segurança; trata-se de um conglomerado sem força executiva; é uma organização ainda marcada pela internacionalidade, e não pela supranacionalidade (característica que só a União Europeia tem!); o Direito Internacional que rege a ONU se organiza pela coordenação, e não pela subordinação; falta à ONU a soberania do Estado moderno hobbesiano ou hegeliano; o Direito Internacional é descentralizado e primitivo por causa da *pacta sunt servanda* e do *oculum pro oculo, dentem pro dente*; trata-se de uma organização que não tem um órgão jurisdicional para a defesa dos Direitos Humanos etc.

⁷ PFERSMANN, Otto. *Positivismo jurídico e justiça constitucional no século XXI*. Tradução e Coordenação de Alexandre Coutinho Pagliarini. São Paulo: Saraiva/IDP, 2014.

normas positivadas. De fato, o tema do Poder Constituinte foge do alcance da Ciência do Direito porque não podem os cientistas do Direito descrever uma latência sociopolítica, antropológica, econômica – e até mesmo internacional –, que é o Poder Constituinte, com as fórmulas axiológicas usadas na interpretação das normas jurídicas positivas (postas pela autoridade competente: o Estado ou a *International Community*). O que se faz ao estudar o Poder Constituinte não é Direito, mas sim filosofia, sociologia, economia, mas não Direito nem Ciência do Direito, já que este tem por padrão referencial o próprio Direito positivo que, por sua vez, surge quando se está a instituir uma Constituição. É esta a posição de um jurista adepto da Teoria Positivista do Direito.

Mas o que é o Positivismo Jurídico? A expressão positivismo designa tanto o positivismo sociológico quanto o estrito Positivismo Jurídico. No caso do positivismo aplicado ao campo **jurídico**, o seu objeto de reconhecimento é apenas o Direito positivo, no sentido de Direito vigente e eficaz em determinada sociedade, limitando a Ciência Jurídica ao estudo das legislações positivas (ordenamentos jurídicos positivados pela autoridade competente), consideradas fenômenos espaço-temporais. Por essa razão, contrapôs-se frontalmente o positivismo ao jusnaturalismo, por ser este centrado em uma relação de causa e efeito (causalidade), enquanto aquele baseava-se em relação de condição e consequência (imputabilidade).

Citando positivistas ligados tanto à fonte sociológica quanto à jurídica, a fim de situar o leitor no contexto espacial do movimento, sobressaíram-se na difusão de tal corrente de pensamento – além do próprio Kelsen – pessoas como Auguste Comte, Durkheim, Duguit, Santi Romano, Lombroso, Roscoe Pound, Luhmann, Otto Pfersmann, entre outros estrangeiros de renome. No Brasil, juristas do quilate de Clóvis Beviláqua, Pontes de Miranda, Pedro Lessa e Hermes Lima eram também adeptos da escola positivista.

O ápice do pensamento positivista foi alcançado com Hans Kelsen, na década de 1930, com a edição do clássico *Reine Rechtslehre* (*Teoria Pura do Direito*). A teoria kelseniana surgiu como uma crítica das concepções dominantes sobre os entraves do Direito público e da Teoria Geral do Estado, e, também, como um **grito de independência** da Ciência Jurídica que, a partir da **Teoria Pura do Direito**, deveria ser vista como uma ciência autônoma, **divorciada** da ciência natural e desvinculada de outras elucubrações – como a política, a sociologia, a economia, a religião, a moral, a etiqueta e os exercícios psicológicos de valoração e sentido de justiça – e que teria como objeto o estudo da norma jurídica e a sua consequente descrição.

Estando a Ciência Jurídica em seu devido lugar e ocupando-se de seu estrito objeto – a descrição da norma jurídica –, indaga-se como o próprio Direito

deveria ser visto perante os olhos de Hans Kelsen. Para o mestre do renomado Círculo de Viena, o jurista deve encarar o Direito como norma, e jamais como fato social (sociologia) ou como valor transcendente.

Miguel Reale⁸ ensina que o que seduziu Hans Kelsen foi o ideal de uma Ciência Jurídica pura, em que o Direito apareceria como pura normatividade caracterizada pelo *sollen* (dever-ser) e independente da multiplicidade proveniente da vida social. Assim, o que pretendeu Kelsen durante toda a vida foi seguir o princípio da pureza metódica que fizesse com que o Direito e a Ciência Jurídica fossem definitivamente reconhecidos, respectivamente, como norma e técnica científica descritiva da norma. Para isso, discutiu e propôs os princípios e métodos da teoria do Direito, tendo sido acusado constantemente com os mais diversos adjetivos, como reducionista, radical e desumano. Todavia, o polêmico austríaco nunca quis negar os múltiplos aspectos que circundam o Direito, como os já citados, ou seja, economia, sociologia, religião, moral etc. O que fez Kelsen foi efetivamente identificar o Direito com a norma jurídica e, feito isso, dar-lhe total autonomia, posicionando, conseqüentemente, a Ciência Jurídica no prisma da descrição das normas jurídicas e só delas. Jamais negou, contudo, que, antes de editada a norma pela autoridade competente, quer dizer, antes de posto (positivado) o Direito, os aspectos costumeiros, religiosos, sociológicos, econômicos, valorativos e filosóficos obviamente influem no caráter ou mesmo na feição da norma que advirá; posta a norma, contudo, é o Direito positivo inserido no ordenamento jurídico, desvinculado de valorações políticas ou de justiça ou injustiça.

62

Para chegar à conclusão da pureza do Direito, Hans Kelsen trilhou um longo caminho, que elegera a lógica como atributo supremo da autonomia buscada. Serviram como momentos de capital importância para o positivismo kelseniano, no citado **longo caminho trilhado**, os seguintes tópicos básicos e fundamentais: a distinção entre as categorias do **ser** e do **dever-ser**; a diferença entre os princípios da causalidade e da imputabilidade e a inaplicabilidade daquele no campo do Direito; a distinção entre validade e eficácia; a teoria da norma fundamental; o fundamento de validade de uma norma sendo outra norma que lhe é superior (o Direito cria o Direito); a Constituição como norma hierarquicamente superior dentro do ordenamento jurídico posto; e a superioridade do Direito Internacional Público em face dos “subsistemas” jurídicos “parciais e periféricos” nacionais.

Para os fins deste trabalho, e tendo em vista o posicionamento positivista, cujo contexto encontra seu fechamento na teoria da **norma fundamental** kelseniana, o Poder Constituinte é um poder anterior ao Direito Positivo, pois o es-

⁸ REALE, Miguel. *Teoria do direito e do estado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 321.

copo da capacidade de fazer uma Constituição é, com a Constituição, inaugurar a cadeia hierárquica normativa de um Estado – e/ou da **cosmópolis** (no caso do constitucionalismo mundial).

Nessa lógica positivista-kelseniana, o Poder Constituinte só pode ser uma manifestação prévia, anterior ao Direito estatuído, à norma posta.

Tendo os positivistas colocado o Poder Constituinte no lugar onde deveria estar – que, para eles, é o mundo pré-normativo –, há que se esclarecer o significado daquilo que representava, para Kelsen, o cerne de sua **Teoria Pura do Direito**, a chamada **Norma Hipotética Fundamental**. A norma fundamental kelseniana é a que antecede todas as outras normas, devendo-se considerar, assim, que antecede também o Poder Constituinte. Nos escritos franceses de Kelsen, Charles Leben⁹ detectou que, para o mestre do Positivismo Jurídico, a norma hipotética fundamental é o **Direito Costumeiro Internacional**.

Feitas as considerações supracitadas acerca do Positivismo Jurídico, convém, para fins de acabamento, responder à questão: qual é o Poder Constituinte do *Mundus*?

Ora, no caso do *Mundus Novus*, o Poder Constituinte internacional é composto por múltiplos e incontáveis fatores fragmentados e de poder, como o Conselho de Segurança da ONU, o Fundo Monetário Internacional (FMI), as bolsas de valores mais influentes, a Organização Mundial do Comércio (OMC), a Organização Mundial da Saúde (OMS), a Organização dos Estados Americanos (OEA), a Organização dos Países Exportadores de Petróleo (OPEP), a União Europeia, os “Tigres Asiáticos”, o Mercosul, os tribunais internacionais regionais de Direitos Humanos (como a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a Corte Europeia de Direitos Humanos e a jurisdição africana de Direitos Humanos, esta *última* ainda nascente), bem como as Encíclicas Papais sobre Direitos Humanos e sobre o meio ambiente¹⁰. Mas o que mais conta em favor do Poder Constituinte do *Mundus Novus* é o que se pode entender por “opinião pública internacional” (*international public opinion*), do mesmo modo como a opinião pública nacional é relevante no exercício do Poder Constituinte difuso – já explicado anteriormente.

No contexto da União Europeia (UE), não é novo o tema “Constituição Comunitária” (Constituição internacional “local”, para a UE), e o fato de o **Reino Unido, em plebiscito popular, ter decidido sair da UE em nada muda a essência de Direito Constitucional Comunitário** de que se falará adiante.

⁹ LEBEN, Charles. *Hans Kelsen: Ecrits français de droit international*. Paris: PUF, 2001, p. 98.

¹⁰ São elas: (i) a Carta *Encíclica Pacem in Terris*, paz, povos, guerra, justiça, caridade, liberdade, 11 de abril de 1963, do Papa João XXIII; e (ii) a Carta Encíclica do Sumo Pontífice Francisco *Laudato Si’ – Louvado Sejas*: Sobre o cuidado da Casa Comum.

De fato, o Tratado de Lisboa é uma espécie de Carta Constitucional para a UE, devendo-se lembrar que muito desse pacto firmado e ratificado na capital lusitana é fruto dos trabalhos da Convenção presidida por Valéry Giscard d'Estaing, a qual se tratava de um Poder Constituinte diferenciado para a positivação da famosa Constituição Europeia, que acabou por não vingar por conta dos referendos negativos da França e da Holanda, fator este que, apesar de ter barrado a Constituição Europeia formal, jamais estancou o **constitucionalismo europeu material e difuso**, do que se há de concluir que a Europa já tem uma Constituição material decorrente do que se pode entender pela expressão Metamorfose Normativa para a União Europeia (MNUE), decorrente da somatória implicativa de três fatores normativos, quais sejam: os tratados internacionais (TI), mais o Direito Comunitário europeu posto de forma derivada pelas instituições burocráticas e decisórias da UE (D. Com.), mais o Direito Constitucional costumeiro ou escrito formador da UE e que nela define Direitos Humanos (D. Const.); memorize-se, então, a seguinte fórmula: MNUE = TI + D. Com. + D. Const.

Para aqueles que criticam o constitucionalismo internacional ao dizerem que um ou vários tratados internacionais não formam uma Constituição, deve-se lembrar que a própria Constituição dos Estados Unidos é um tratado internacional. Ao contrário das coisas físicas e visíveis, o Poder Constituinte não é físico nem visível. É uma abstração tanto quanto o são a soberania e o próprio Estado moderno por se tratarem todos eles de objetos culturais inventados pela cabeça do homem!

64

Uma coisa se liga à outra. O Poder Constituinte implica a feitura de uma Constituição; uma Constituição implica a estruturação da polis e/ou da cosmópolis e a proclamação de Direitos Fundamentais; a soberania implica a crença no Estado delimitado territorialmente, com um governo superior e regras respeitadas, o que, por sua vez, implica o Estado-nação da modernidade.

As implicações mostradas, todas elas, decorrem de abstrações, pois, fisicamente, não são tácteis, nem o Poder Constituinte, nem o Estado, e muito menos a soberania. De fato, a solidez dessas verdades desmanchou-se no ar da globalização, assim como se desmancha no ar tudo o que uma vez foi sólido em razão da simples inteligência humana.

É o constitucionalismo europeu um ícone representativo de duas novas verdades históricas: a Supranacional e a Internacional. Nesse prisma, a Carta Magna europeia e a **Constituição do *Mundus Novus*** são necessidades intransponíveis que os tempos impuseram àquilo que o Papa Francisco chama de Casa Comum; **logo, se é visível a existência de um substrato constitucional internacional comum na cosmópolis, então é possível uma Constituição para o *Mundus Novus*, de modo que não se crê mais ser possível barrar o Poder Constituinte Internacional.**

Demonstra este texto a existência de um Direito Constitucional Internacional e de uma Constituição (material) Internacional, que já havia em dois documentos internacionais fundamentais: a Carta da ONU e a Declaração Universal de Direitos Humanos (ONU, 1948). **Logo, se é possível uma Constituição Internacional, então também o é um Tribunal Constitucional Internacional (TCI)**, que, para fins de conclusão deste artigo, será objeto de breve análise no próximo item.

Quanto ao Poder Constituinte reformador (derivado) e **difuso** na Comunidade Internacional – ou seja, no Direito Internacional Público ou no Direito Comunitário europeu –, tome-se a ONU por exemplo. Sabe-se que a ONU nasceu em 1945 para ser o instrumento de garantia da paz no mundo; tanto isso é verdade que o Conselho de Segurança da ONU é o detentor do monopólio da força em Direito Internacional¹¹.

Como se exerce o Poder Reformador Internacional? O Poder Constituinte de Reforma Internacional será exercido pelas vias normativas possíveis, quais sejam: pelos tratados internacionais e pela normativa internacional derivada – resoluções da ONU e o Direito derivado europeu (regulamentos, diretivas e decisões).

No que se refere ao Poder Constituinte Internacional **difuso**, tudo o que foi dito anteriormente (sobre o Constituinte **difuso**) em nível nacional serve para justificar o referido Poder Constituinte (**difuso**) **também** em nível internacional.

CONCLUSÕES

65

Reforma da ONU

O Direito Constitucional Internacional formador da ONU – e dos vários fragmentos da cosmópolis (*Mundus* ou melhor: *Mundus Novus*) – tem por base a Carta da ONU e a sua Declaração Universal de Direitos Humanos, bem como outros tratados, resoluções e normativas internacionais formadores dos espaços da União Europeia, da OEA, do Mercosul e da Comunidade Internacional como um todo.

Uma vez criado, estaria o Tribunal Constitucional Internacional (TCI) ligado à ONU. Todavia, a profunda reforma da ONU se faz necessária pelo Poder Constituinte Internacional.

¹¹ Carta da ONU: **Art. 2º** A Organização e os seus membros, para a realização dos objetivos mencionados no artigo 1º, agirão de acordo com os seguintes princípios: (...) 4. Os membros deverão abster-se nas suas relações internacionais de recorrer à ameaça ou ao uso da força, quer seja contra a integridade territorial ou a independência política de um Estado, quer seja de qualquer outro modo incompatível com os objetivos das Nações Unidas. **Art. 24. 1.** A fim de assegurar uma ação pronta e eficaz por parte das Nações Unidas, os seus membros conferem ao Conselho de Segurança a principal responsabilidade na manutenção da paz e da segurança internacionais e concordam em que, no cumprimento dos deveres impostos por essa responsabilidade, o Conselho de Segurança aja em nome deles.

A reforma que propõe esse escrito científico para a ONU é a seguinte, atrelando-se, necessariamente, à sua democratização:

Criação de um Parlamento Democrático Mundial, com representantes dos 193 países-membros da ONU. Tal Parlamento teria uma configuração similar à do Parlamento Europeu, com sede em Bruxelas. Os Deputados desse Parlamento seriam eleitos pelos eleitores dos 193 Estados-membros da ONU, respeitando-se, proporcionalmente, a densidade demográfica de cada Soberania, do mesmo modo como ocorre na Câmara dos Deputados do Brasil.

Para que não haja disparidades gritantes, os países teriam um número máximo e um número mínimo de representantes. É por isso que, de acordo com a Constituição brasileira, cada Estado-membro dessa federação terá, ao menos, oito e, no máximo, setenta deputados eleitos à Câmara Federal.

Assim, a China, a Índia e os Estados Unidos (tanto como, no Brasil, São Paulo, Minas Gerais e Rio de Janeiro) teriam maiores bancadas, ao passo que o Paraguai apresentaria o número mínimo de representantes.

Quanto ao número máximo e ao número mínimo de representantes, a fim de que neste artigo não haja incompletudes ou omissões covardes, este texto ousa propor que o número máximo seja de dez e que o número mínimo de deputados junto ao Parlamento Mundial seja de um. Assim, a China alcançaria dez deputados, assim como a Índia e os Estados Unidos. Luxemburgo, por conta de sua pouca densidade eleitoral, teria garantido o número mínimo de um deputado.

66

Pergunta-se: a disparidade de representantes apontada não indicaria, ao final, uma desproporcionalidade? E a resposta é **sim!**

E, pelo que se concluiu no parágrafo anterior aqui anunciado, o Parlamento Mundial seria uma das Casas Legislativas do Congresso Mundial **bicameral**, que contaria com uma espécie de Câmara Alta (ou Senado **Confederal**); nesse sentido, a considerar que a ONU é composta por 193 países, então cada um deles teria um senador no Parlamento, igualmente eleito pelos povos de cada um dos 193 Estados-membros da Confederação Mundial chamada ONU.

A forma de governo na ONU seria o parlamentarismo. Os representantes eleitos para o Congresso Mundial bicameral elegeriam o Gabinete de Governo da ONU, com um Premiê representante do Governo.

Tribunal Constitucional Internacional (TCI)

Em uma ONU reformada – e democrática! –, o TCI teria competência, prevista na nova Carta da **nova** ONU (órgão representante do *Mundus Novus*), para o exercício de duas funções – classicamente constitucionais –, quais sejam: (i) controlar as normas estruturantes do *Mundus Novus*, tendo como normas-parâmetro

a Carta da ONU e a Declaração Universal dos Direitos Humanos; e (ii) controlar a constitucionalidade (internacional) das normas de direitos humanos e zelar pela aplicação desses direitos em favor dos habitantes desse *Mundus Novus*.

As palavras de ordem desse *Mundus Novus* serão, finalmente, “À paz perpétua!”.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Fernando. *Análise económica do direito* – Programa e guia de estudo. Coimbra: Almedina, 2008.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Emendas à Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.
- BONAVIDES, Paulo. *A Constituição aberta*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
- BURDEAU, Georges *et al.* *Droit constitutionnel*. 24. ed. Paris: L.G.D.J, 1995.
- CAETANO, Marcelo. *Direito constitucional*. 2. ed. v. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1977.
- CARVALHO, Orlando Magalhães. *O mecanismo do governo britânico*. Belo Horizonte: Os Amigos do Livro, 1943.
- CHANTEBOUT, Bernard. *Droit constitutionnel et science politique*. 14. ed. Paris: Armand Colin, 1997.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. *Direito constitucional anotado*. Coimbra: Almedina/Quid Juris, 2008.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. Corte / Tribunal Constitucional Internacional. Nota de abertura. *Notandum 41*. Porto/São Paulo: CEMOrOC-Feusp / IJI-Univ. do Porto, 2016.
- DERRIDA, Jacques; HABERMAS, Jünger. Passado traçou mentalidade política única. Artigo veiculado, no Brasil, no caderno Mundo do jornal *Folha de S. Paulo*, em 8 de junho de 2003.
- DIEZ-PICAZO, Luis María. *Constitucionalismo de la Unión Europea*. Madri: Civitas Ediciones, 2002.
- FAVOREU, Louis. *As cortes constitucionais*. São Paulo: Landy, 2004.
- FERRAJOLI, Luigi. *La sovranità nel mondo moderno*. Roma: Editori Laterza, 1997.
- FRANCISCO, Papa. *Laudato si'* – Louvado sejas: Sobre o cuidado da Casa Comum. São Paulo: Paulus/Loyola, 2015.
- GIDDENS, Anthony. *Mundo em descontrolo* – O que a globalização está fazendo de nós. Rio de Janeiro: Editora Record, 2007.
- HÄBERLE, Peter. Derecho constitucional común europeo. In: LUÑO, Antonio-Enrique Perez (Coord.). *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*. Madrid: Marcial Pons, 1996.
- HABERMAS, Jürgen. *Après l'État Nation*. Paris: Fayard, 2008.
- HABERMAS, Jürgen. *Era das transições*. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 2001.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *The federalist papers*. Nova York: Bantam Dell, reissue, 2003.

KANT, Immanuel. *À paz perpétua*. São Paulo: L&PM, 2014.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LEBEN, Charles. *Hans Kelsen: Ecrits français de droit international*. Paris: PUF, 2001.

MACHADO, Jónatas, E. M. *Direito internacional do paradigma clássico ao pós-11 de setembro*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

MIRANDA, Jorge. *Curso de direito internacional público*. Cascais: Principia, 2002.

MOREIRA, Vital *et al.* *Carta de direitos fundamentais da União Europeia*. v. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. 3. ed. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2003.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. *A Constituição europeia como signo: da superação dos dogmas do Estado nacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

68

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. *Constituição e direito internacional: cedências possíveis no Brasil e no mundo globalizado*. Prefácio: Francisco Rezek. Rio de Janeiro: Forense: 2004.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; CHOUKR, Fauzi Hassan (Coords.). *Cooperação jurídica internacional*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; DIMOULIS, Dimitri (Coords.). *Direito constitucional internacional dos direitos humanos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). *Direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PFERSMANN, Otto. *Positivismo jurídico e justiça constitucional no século XXI*. Tradução e Coordenação de Alexandre Coutinho Pagliarini. São Paulo: Saraiva/IDP, 2014.

REALE, Miguel. *Teoria do direito e do estado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

REZEK, Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; MEIRELLES, Jussara Maria de Leal. *Direito e desenvolvimento – biomedicina, tecnologia e sociedade globalizada*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Coords.). *O que é análise econômica do direito*. Uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; LIMA, M. C. de O. *Ordem econômica constitucional e a desconsideração da personalidade jurídica: uma análise a partir dos julgados do TJPR, TJSP, TJMS e TJRS*. In: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; RIBEIRO, Marcia Carla

A corte defensora da constituição internacional

- Pereira (Coords.). *Sociedades e direito*. Rio de Janeiro: GZ, 2013.
- ROMANO, Santi. *Princípios de direito constitucional geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- SIDJANSKI, Dusan. *L'avenir fédéraliste de l'Europe*. Paris: PUF, 1992.
- SIEYÈS, Emmanuel. *Qu'est-ce que le tiers état?* Paris: PUF, 1982.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- TIZZANO, Antonio (Org.). Una Costituzione per l'Europa. Testi relativi alla Convenzione Europea. *Quaderni della Rivista Il Diritto dell'Unione Europea*. Milano: Giuffrè, 2004.
- ZILLER, Jacques. *L'europeanisation des droits constitutionnels à la lumière de la Constitution pour l'Europe*. Paris: L'Harmattan, 2003.
- ŽIŽEK, Slavoj. *Violência*. Tradução de Miguel Serras Pereira. São Paulo: Boitempo, 2014.

ANTINOMIA REAL ENTRE A LIBERDADE RELIGIOSA E O DIREITO À VIDA EM NOME DA CRENÇA RELIGIOSA

REAL ANTINOMIN BETWEEN THE RELIGIOUS FREEDOM AND THE RIGHT TO LIFE O BEHALF OF RELIGIOUS BELIEF

Rafael Niebuhr Maia de Oliveira*
Jéssica Renosto*

RESUMO

Objetiva-se examinar o choque de princípios constitucionais do direito à vida em face da liberdade religiosa, nos casos em que a pessoa, voluntária e conscientemente, decide abrir mão da primeira em razão da segunda. Por meio de pesquisa doutrinária e em precedentes judiciais, operacionalizados pelo método indutivo, constatou-se que, muito embora a maioria da doutrina e jurisprudência entenda pela impossibilidade de disposição da própria vida por motivos religiosos, alçando o direito à vida a patamar inalcançável pela autonomia de crença do cidadão, alguns doutrinadores começam a tratar do direito à vida de forma mais complexa, compreendendo-a não só como o simples direito de estar vivo, mas sim de ter uma vida digna, o que, em tese, possibilitaria ao indivíduo que escolhesse entre sua própria morte e uma vida indigna, conforme suas crenças pessoais.

Palavras-chave: Antinomia real; Direito à vida; Liberdade religiosa.

* Bacharel em Direito pela Unifebe – Brusque/SC; Especialista pela Uniderp; Advogado inscrito nos quadros da OSB/SC sob o n. 25.993. Professor das Disciplinas de Direito das Obrigações, Responsabilidade Civil, Propriedade Intelectual e Criminologia do IBES/Sociesc – Blumenau – SC; Professor das Disciplinas de Direito Processual Civil V da Unifebe – Brusque/SC. Professor de Pós-Graduação (MBA) junto ao Instituto Valor Humano/Univali das Disciplinas de Contratos Imobiliários e Contratos Agrários. Professor de Pós-Graduação (MBA) junto a Unifebe da disciplina de Procedimento Especiais (Processo Civil). Professor de Pós-Graduação (MBA) junto ao INPG da Disciplina de Direito Empresarial. Telefone/FAX: (47) 3351-0211; e-mail: rafaelmaiaadv@gmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/9285964965375059>.

** Bacharel em Direito pela IBES/SOCIESC – Blumenau – SC. E-mail: jessicarenosto@gmail.com.

ABSTRACT

The objective is to examine the impact of constitutional principles of the right to life in the face of religious freedom, in cases where voluntary person consciously decides to give up the first because of the second. By doctrinal research and judicial precedents, operated by the inductive method, it was found that while the majority of the doctrine and jurisprudence understand the disposition of impossibility of life for religious reasons, raising the right to life unattainable level of autonomy belief of citizens, some scholars begin to deal with the more complex form of life right, understanding it not only as the simple right to be alive, but the right to have a dignified life, which in theory would enable the individual to choose between his own death and an unworthy life, according to their personal beliefs.

Keywords: Real antinomin; Right to life; Religious freedom.

INTRODUÇÃO

72 Constitui-se como objeto deste artigo científico a pesquisa no direito brasileiro no ramo do constitucional, especialmente no âmbito dos direitos de liberdade, para verificar como se deve confrontar os direitos de liberdade religiosa com o direito à própria vida, quando estes se colidirem por motivos religiosos, como ocorre no caso das testemunhas de Jeová, que se negam a receber transfusão sanguínea.

A justificativa para o desenvolvimento desta pesquisa se encontra no fato de que, aparentemente, esse tema vem sendo discutido de forma demasiadamente simples por boa parte da doutrina e por quase a totalidade dos magistrados, que fulminam qualquer discussão com a máxima de que o direito à vida não pode ser sobreposto pela liberdade religiosa, em nenhuma hipótese. Assim, o que se busca não é necessariamente contrariar essa ideia, mas apenas confrontá-la com argumentos contrários, a fim de confirmá-la cientificamente ou rechaçá-la.

A pesquisa se origina do problema que consiste em descobrir se o direito à vida sempre deve prevalecer ao direito à liberdade religiosa, em especial quando o cidadão, consciente e voluntariamente, decide abrir mão da primeira em razão da segunda. Esclarece-se, desde já, que a presente pesquisa não abordará os casos de decisão em nome de terceiros, como no caso de pais decidindo em nome de seus filhos ou familiares em nome de seu parente inconsciente, pois, nesses casos, não há a disposição do próprio direito, mas do direito de outrem.

Diante do problema apresentado, propõe-se a seguinte hipótese: em que pese a insofismável conclusão de que o direito à vida é um direito constitucional de primeira grandeza, devendo, dessa forma, receber especial relevo do Estado, tratá-lo de forma absoluta contraria as diretrizes constitucionais de que não devem existir direitos absolutos, sob pena, por exemplo, de ferir o direito de

outros? Assim, no que tange ao caso em análise, entende-se que seria um ato de prepotência do Estado decidir sobre a vida do cidadão acima de sua própria vontade, desde que, é claro, esta vontade seja manifestada de forma inequívoca, clara e absolutamente consciente, sob pena de lhe ferir o direito à dignidade humana, direito este não menos importante que o direito à vida.

Para atingir os objetivos perseguidos, inicialmente será investigada a posição da liberdade religiosa no texto constitucional atual, seguindo-se por uma perspectiva da importância desse direito no Estado democrático. Posteriormente, abordar-se-á a limitação desse direito, examinando-se especificamente, na sequência, a colisão entre liberdade religiosa e direito à vida. Por fim, analisar-se-á o tema central desta pesquisa, para responder se tem o cidadão o direito de dispor da sua própria vida em nome de suas crenças religiosas.

No desenvolvimento desta pesquisa, será utilizado o método indutivo, ou seja, pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral. Assim, a pesquisa inicia pela busca do conceito de liberdade em sentido amplo, passando à investigação da liberdade religiosa em si, para, por fim, examiná-la em confronto com o direito à vida.

Na investigação, far-se-á uso da técnica do referente, das categorias e do conceito operacional por meio de pesquisa doutrinária em obras de direito constitucional e de hermenêutica jurídica, área na qual se optará pelas regras interpretativas descritas por Robert Alexy, cujas obras citadas serão referenciadas ao final.

LIBERDADE RELIGIOSA NO CENÁRIO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Desde as épocas mais longínquas, a religião sempre fez parte da vida do homem, como demonstra Samuel Koenig¹ quando assevera que “estudiosos da vida primitiva jamais encontraram um povo sequer sem as crenças e práticas que constituem uma religião”. Vê-se que a religião é um meio de muitos povos se apoiarem para poderem seguir seus destinos, uma explicação para diversos fenômenos naturais ou não, os quais a ciência moderna se mostra incapaz de evidenciar de maneira racional; de maneira geral, é um modo de pensar ou agir.

No afã de conceituar o termo religião, busca-se o ensinamento de Émile Durkheim², que a define como “um sistema unificado de crenças e práticas relativas às coisas sagradas, isto é, a coisas colocadas à parte e proibidas – crenças e práticas que unem numa comunidade moral todos os que a adotam”.

¹ KOENIG, Samuel. *Elementos de sociologia*. Tradução de V. Borda. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1970, p. 132.

² DURKHEIM, Émile. *As formas elementares da vida religiosa*. Tradução de P. Neves. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 4.

Ainda, segundo Weiler Jorge Cintra Jr.³, a religião pode ser considerada um dos elementos inspiradores da vida do homem em sociedade, no que tange ao seu comportamento público. Significaria, assim, um sentimento de vinculação, de obrigação para com um Ser Superior, Soberano, Transcendente, qualquer que seja a ideia pela qual é Ele concebido.

Logo, sendo a religião um elemento intrínseco à vida do homem, deve ser observada pelos atos estatais não como um retorno à outrora existente e muitas vezes tirana união entre Estado e Igreja, mas sim como garantia de respeito à religiosidade de seu povo.

Pode-se buscar na imersão do constitucionalismo e dos direitos fundamentais as raízes para o surgimento da liberdade religiosa, de forma que esta é sempre mencionada nas Declarações de Direitos, o que demonstra sua essência de direito individual fundamental. Para tanto, traz-se a passagem mencionada na Declaração Universal dos Direitos Humanos⁴ no que tange ao assunto em tela:

Artigo XVIII: Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular.

74

Tem-se que o direito à liberdade religiosa é algo tão intrínseco à condição humana que se caracteriza como um fenômeno sociológico, visto ser alçado pelos princípios constitucionais de liberdade, ganhando importância jurídica. Consoante a esse entendimento, delinea Álvaro Villaça Azevedo⁵:

Crenças religiosas como espécies da liberdade de pensamento ou consciência que formam as convicções mais íntimas de um ser humano fazem com que o modo de vida de cada um seja pautado nestes valores ao ponto de definir a própria identidade pessoal. Por essa razão, a Constituição não apenas garante o direito de professar uma determinada religião, mas o direito de conduzir a vida de acordo com seus preceitos frente a terceiros e ao Estado, inclusive.

Assim, concretizando-se a religião como um direito basilar do Estado Democrático de Direito, encontra-se consagrado no texto constitucional no artigo 5º, inciso VI:

³ CINTRA JUNIOR, Weiler Jorge. A questão atual da intolerância religiosa. *Revista de Direito*, Goiás, n. 22, jan/dez. 2002, p. 37. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/weiler.pdf>. Acesso em: set. 2014.

⁴ ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Disponível em: <<http://www.ambafrance-br.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem>>. Acesso em: 29 out. 2014.

⁵ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Autonomia do paciente e direito de escolha de tratamento médico sem transfusão de sangue*. São Paulo: FAAP, 2010, p. 19.

Antinomia real entre a liberdade religiosa e o direito à vida em nome da crença religiosa

Art. 5º (...)

VI – é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias⁶.

Dentro da normativa brasileira e conforme o texto supracitado, o artigo 5º, inciso VI, da Constituição Federal, revela que é inviolável a liberdade de consciência e de crença, pois é assegurado o direito de livre-exercício de cultos religiosos.

Assegurado na Carta Magna de 1988, trata-se o direito à liberdade religiosa, portanto, de um dos fundamentos da República Federativa do Brasil pelo princípio da separação entre Igreja e Estado, o qual é defendido por Celso Ribeiro Bastos⁷:

O Estado deve manter-se absolutamente neutro, não podendo discriminar entre as diversas igrejas, quer para beneficiá-la, quer para prejudicá-las. Às pessoas de direito público não é dado criar igrejas ou cultos religiosos, o que significa dizer que também não poderão ter qualquer papel na sua estrutura administrativa.

Dessa forma, o Estado não garante apenas a liberdade religiosa, mas também o caráter laico do Estado brasileiro:

(...)

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

VI – É inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

(...)

Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos

Municípios:

I – Estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou suas representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público⁸.

⁶ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 04 maio 2014.

⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. Direito de recusa de pacientes, de seus familiares, ou dependentes, às transfusões de sangue, por razões científicas e convicções religiosas. Parecer Jurídico, São Paulo, 23 de novembro de 2000. p. 192.

⁸ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 4 maio 2014.

Nesse sentido, e por força desses dispositivos constitucionais, tem-se o Brasil como um Estado Laico, onde há liberdade religiosa e livre-exercício de cultos religiosos, sendo respeitados todos os credos e suas exteriorizações. O Estado Laico “é o que estabelece a mais completa separação entre a Igreja e o Estado, vedando qualquer tipo de aliança entre ambos”⁹.

José Afonso da Silva¹⁰, condensando os conceitos analisados, assevera que, para o gozo completo do direito de liberdade religiosa, devem ser cumpridas três formas de expressão: a) a liberdade de crença; b) a liberdade de culto; e c) a liberdade de organização religiosa. De acordo com essa ideia, Antônio José M. Feu Rosa¹¹ argumenta que: “a liberdade religiosa consiste no direito que todo indivíduo tem de professar a religião que desejar, de ser ateu, de ser contra toda e qualquer religião”.

Verifica-se, pois, que o Estado, garantindo de forma plena o livre-exercício e a escolha da religião/culto ou resguardando o direito de não praticar nenhuma crença, está ampliando o conceito de liberdade religiosa, direito de relevante importância aos olhos do Poder Constituinte, visto que erigido à categoria de cláusula pétrea.

LIMITAÇÕES À LIBERDADE RELIGIOSA

76

Qualquer direito que exista, fundamental ou não, nunca será absoluto, estando sempre sujeito a limitações. A liberdade religiosa, por sua vez, encontra seu limite na ordem pública imprescindível à vida em sociedade e desenvolvimento social do país.

Nesse sentido, insta salientar que, muitas vezes, usa-se de uma mercantilização da fé para justificar certos atos inescrupulosos e, por outras vezes, criminosos. Consoante a esse entendimento, é cabível o pensamento de Aldir Guedes Soriano¹²:

Importa ressaltar, mais uma vez, a limitação do direito à liberdade religiosa dentro dos parâmetros do Estado Democrático de Direito, para que essa liberdade pública não seja, efetivamente, confundida com algo, que, de fato, não é liberdade religiosa. Essa distorção da “liberdade religiosa” é contrária à ordem pública e danosa para a sociedade. Todavia, a verdadeira liberdade religiosa é fundamental para a paz social e para o equilíbrio de uma sociedade justa, fraterna e pluralista.

⁹ LAFER, Celso. *Estado laico: direitos Humanos, democracia e república* – homenagem a Fábio Konder Comparato. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2009, p. 227.

¹⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 248.

¹¹ FEU ROSA, Antônio José M. Ainda os direitos humanos. *Revista Consulex*, Brasília, 1999, p. 31-33.

¹² SORIANO, Aldir Guedes. *Liberdade religiosa no direito constitucional e internacional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 152.

Antinomia real entre a liberdade religiosa e o direito à vida em nome da crença religiosa

A sociedade atual por muitas vezes se depara com situações de difícil solução, especialmente quando parcela dela insiste em aproximar o Estado da Igreja, contrariando a definição constitucional de laicidade da República Brasileira. Por esse expediente, não é incomum que preceitos religiosos se choquem com direitos de liberdade individual, na medida em que se pretenda impor à população um código moral determinado por certa religião, seja por meio de pressão social, seja, o que pode ser pior, por meio de positivação de tais regras no ordenamento jurídico.

Nesse âmbito, é importante frisar que as práticas decorrentes do direito à liberdade religiosa nunca deverão infringir outras liberdades, bem como desrespeitar as leis, entre elas as penais, isto é, não poderão existir quando constituírem crimes ou contravenções. Nesse diapasão, Jónatas Machado¹³ afirma:

Assim, é vedada a utilização do direito à liberdade de reunião e associação religiosa para justificar a prossecução de fins violentos (...) ou à lei penal (...), ou, ainda, para contrariar a aplicabilidade de outras regras constitucionais que condicionem, de alguma forma, o exercício desses direitos (...). Quanto ao mais, só se poderá falar na existência de limites implícitos, resultantes de uma leitura sinóptica dos preceitos constitucionais e da necessidade lógico-sistemática de compatibilização substancial, a *posteriori*, do direito em causa com os direitos de terceiros, e com outros bens jurídicos (vida, integridade física, saúde, ambiente, qualidade de vida) constitucionalmente protegidos.

77

Assim, sendo a liberdade religiosa um direito fundamental, bem como todas as demais garantias constitucionais, deverá observar os limites impostos ao abarcar a prática de atos lesivos e ilegais. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou da seguinte maneira: “A Constituição Federal assegura o livre exercício do culto religioso enquanto não for contrário à ordem, tranquilidade e sossego públicos, bem como compatível com os bons costumes” (STF, RTJ n. 51/344).

Expandindo o tema, José Cretella Junior¹⁴ acredita que, além da ordem pública, outros empecilhos devem ser levados em consideração ao definir as limitações da citada liberdade religiosa, sendo eles os bons costumes e outros direitos já emaranhados na coletividade, senão veja-se:

(...) a liberdade religiosa, pela sua natureza, reveste-se de modalidades diferentes: intimamente, qualquer um pode ter o culto ou a fé que mais lhe convier, sem que o Estado possa penetrar ou violar os sentimentos

¹³ MACHADO, Jónatas. Tempestade perfeita? Hostilidade à liberdade religiosa no pensamento teórico-jurídico. In: SORIANO, Aldir; MAZZUOLI, Valério (Orgs.). *Direito à liberdade religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 281-282.

¹⁴ CRETELLA JUNIOR, José. Comentários à constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 219.

de cada um. O mesmo não se dirá, porém, quanto às manifestações desses sentimentos religiosos, manifestações que se acham subordinadas a interesses de ordem pública, dos bons costumes e dos direitos da coletividade. Certas práticas religiosas, ofensivas à moral, são necessariamente proibidas, bem como aquelas manifestações que possam provocar tumultos ou perturbações da ordem pública.

De outra banda, não se observando todos os critérios para limitar a liberdade religiosa, acabar-se-ia por desordenar o sistema jurídico, culminando este último entendimento no exposto seguinte:

(...) se erigíssemos a liberdade religiosa em direito ilimitado, teríamos que lidar com situações literalmente catastróficas para a sociedade, como por exemplo: se, amanhã, surgisse uma nova religião, pregando o sacrifício de vidas humanas e matando pessoas, durante os seus cultos, tal comportamento repugnável estaria assegurado pela liberdade religiosa, garantida na Carta Magna? (...) É lógico que não; os seguidores de tal seita estariam cometendo homicídios, provavelmente qualificados¹⁵.

Para demarcar a extensão dos limites à liberdade religiosa, a teoria de Robert Alexy¹⁶ se mostra a mais eficaz, dividindo-se em duas teorias capazes de manter a ordem ao bem comum, sendo elas a externa e a interna:

78

O conceito de restrição a um direito sugere a existência de duas coisas – o direito e sua restrição –, entre as quais há uma relação de tipo especial, a saber, uma relação de restrição. Se a relação entre direito e restrição for definida dessa forma, então, há, em primeiro lugar, o direito em si, não restringido, e, em segundo lugar, aquilo que resta do direito após a ocorrência de uma restrição, o direito restringido. Essa é a concepção que, normalmente de forma crítica, é denominada de teoria externa. Embora a teoria externa possa admitir que, em um ordenamento jurídico, os direitos apresentam-se sobretudo ou exclusivamente como direitos restringidos, ela tem que insistir que eles são também concebíveis sem restrições. Por isso, segundo a teoria externa, entre o conceito de direito e o conceito de restrição não existe nenhuma relação necessária. Essa relação é criada somente a partir da exigência, externa ao direito em si, de conciliar os direitos de diversos indivíduos, bem como direitos individuais e interesses coletivos.

¹⁵ CONSTANTINO, Carlos Ernani *apud* SORIANO, Aldir Guedes. *Liberdade religiosa no direito constitucional e internacional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 94.

¹⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 277.

Essa teoria serve como base para solucionar conflitos existentes dentro da esfera jurídica, mais precisamente quando da colisão entre princípios. Dessa forma, destaca Virgílio Afonso da Silva¹⁷:

É principalmente a partir dessa distinção que se pode chegar ao sopeamento como forma de solução das colisões entre direitos fundamentais e, mais do que isso, à regra da proporcionalidade, com suas três subregras – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Isso porque é somente a partir do paradigma da teoria externa, segundo o qual as restrições, qualquer que seja a sua natureza, não têm nenhuma influência no conteúdo do direito, podendo apenas, no caso concreto, restringir o seu exercício, que se pode sustentar que, em uma colisão de princípios, o princípio que tem que ceder em favor de outro não tem afetada a sua validade e, sobretudo, a sua extensão *prima facie*. A não atenção a essa simples distinção pode ser fonte de algumas incompreensões teóricas.

Todavia, ao se observar a teoria interna, não se encontram direitos e restrições, mas apenas o direito servindo como norte, em que o processo de definição dos limites de cada direito é algo interno a ele, dispendo assim, Robert Alexy¹⁸:

Um cenário completamente diferente é a base de sustentação da teoria interna. Segundo ela, não há duas coisas – o direito e sua restrição –, mas apenas uma: o direito com um determinado conteúdo. O conceito de restrição é substituído pelo conceito de limite. Dúvidas acerca dos limites do direito não são dúvidas sobre quão extensa pode ser sua restrição, mas dúvidas sobre seu conteúdo. Quando eventualmente se fala em “restrições” no lugar de “limites”, então, se fala em “restrições imanentes”.

Independentemente da teoria que se busque para solucionar a ordem controversa, deverá ser analisado o suporte fático do direito fundamental em questão, abrangendo-o, conforme Silva¹⁹, “em uma definição ainda preliminar, é possível dizer que o preenchimento do suporte fático de uma norma é a condição para que a sua consequência jurídica possa ocorrer”.

No tocante ao papel do Estado, no que concerne aos limites impostos à liberdade religiosa, Aldir Guedes Soriano²⁰ enaltece:

¹⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado*, São Paulo, n. 4, p. 39, 2006.

¹⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 277-278.

¹⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado*, São Paulo, n. 4, p. 29, 2006.

²⁰ SORIANO, Aldir Guedes. *Liberdade religiosa no direito constitucional e internacional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 168.

Há limites para a liberdade, a fim de se preservar a ordem jurídica. Nenhuma atividade ilícita pode ser praticada em nome da religião, pois não se trata de um direito absoluto. De outra banda, não cabe ao Estado dizer o que é verdadeiro ou falso no campo religioso (...); cabe, entretanto, coibir as ilicitudes praticadas em nome da religião, desde que prevista em lei. Para tanto, existe todo um ordenamento jurídico, que regula o mínimo moral. Os crimes de estelionato, de bigamia, de homicídio, de charlatanismo, de curandeirismo, o uso de alucinógenos e o terrorismo merecem a reprovação estatal e devem ser punidos. O Estado promove a perseguição de tais ilícitos, porque violam a ordem pública, ferem a liberdade alheia e atentam contra a segurança pública. Não o faz, portanto, com o escopo de combater os falsos profetas ou as religiões falsas, pois, como ficou assentado, o Estado é neutro, não confessional ou laico.

Assim, importante finalizar com os dizeres do mesmo autor, que defende que “a liberdade religiosa não pode ser confundida com o que se chama de ‘libertinagem religiosa’”, e a limitação da liberdade religiosa deverá sempre ser analisada no caso concreto, de modo que se verifique a sua colisão com outro direito.

LIBERDADE RELIGIOSA FRENTE AO DIREITO À VIDA

80

O direito à vida é historicamente tido como inviolável e indisponível, visto que, embora possa ser titularizado por todos, ninguém tem direito sobre ele. Dessa forma, assenta Alexandre de Moraes²¹:

(...) o direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito a existência e o exercício de todos os demais direitos. A Constituição Federal, é importante ressaltar, protege a vida de forma geral, inclusive a uterina.

E, ainda, Maria Helena Diniz²², em importante passagem, considera:

O direito à vida, por ser essencial ao ser humano, condiciona os demais direitos da personalidade. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, *caput*, assegura a inviolabilidade do direito à vida, ou seja, a integridade existencial, conseqüentemente, a vida é um bem jurídico tutelado como direito fundamental básico desde a concepção, momento específico, comprovado cientificamente, da formação da pessoa. Se assim é, a vida humana deve ser protegida contra tudo e contra todos, pois é objeto de direito personalíssimo. O respeito a ela e aos demais bens ou

²¹ MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 61.

²² DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do direito*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 22-24.

direitos correlatos decorre de um dever absoluto ‘*erga omnes*’, por sua própria natureza, ao qual a ninguém é lícito desobedecer (...). Garantido está o direito à vida pela norma constitucional em cláusula pétrea, que é intangível, pois contra ela nem mesmo há o poder de emendar (...) tem eficácia positiva e negativa (...). A vida é um bem jurídico de tal grandeza que se deve protegê-lo contra a insânia coletiva, que preconiza a legalização do aborto, a pena de morte e a guerra, criando-se normas impeditivas da prática de crueldades inúteis e degradantes (...). Estamos no limiar de um grande desafio do século XXI, qual seja, manter o respeito à dignidade humana.

Entretanto, esse mesmo direito inviolável não é absoluto, podendo ser relativizado, ou seja, dependendo das circunstâncias, àquele que tiver valores religiosos e/ou morais arraigados entre seus dogmas, estaria legitimada a proibição de atos que não estejam de acordo com as suas convicções religiosas, inclusive sob risco de vida. Para tanto, Luís Roberto Barroso²³ converge no sentido de que os direitos fundamentais deverão ser observados caso a caso, conforme se expõe a seguir:

A proteção à dignidade exige que o próprio interessado seja o principal responsável pela definição do seu conteúdo, sob pena de se abrir espaço para uma espécie de totalitarismo dos direitos humanos. A indisponibilidade dos direitos fundamentais, portanto, não resulta de um mandamento constitucional. Como consequência, a validade ou não de um ato de disposição terá de ser verificada caso a caso, tendo em vista a natureza do direito em questão, a natureza de eventuais direitos contrapostos e os valores sociais relevantes que possam ser legitimamente impostos na situação.

Pedro Lenza²⁴, expandindo a questão, expõe que: “O direito à vida, previsto de forma genérica no art. 5º, *caput*, abrange tanto o direito de não ser morto, privado da vida, portanto, o direito de continuar vivo, como também o direito de ter uma vida digna”. Convergindo a esse posicionado, Juliana Araújo Lemos da Silva²⁵ comenta que:

Vida, no texto constitucional (art. 5º, *caput*), não será considerada apenas no seu sentido biológico de incessante autoatividade funcional, peculiar a matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais

²³ BARROSO, Luís Roberto. *Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por Testemunhas de Jeová*. Parecer jurídico elaborado à Procuradora do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 5 de abril de 2010, p. 19. Disponível em: < <http://pt.slideshare.net/Luciana34RJ/testemunhas-jeovasangue>>. Acesso em: 11 nov. 2014.

²⁴ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 748.

²⁵ SILVA, Juliana Araújo Lemos da. *Direito, ética e biossegurança: a obrigação do Estado na proteção do genoma humano*. [Dissertação de mestrado] Franca: Unesp, 2005, p. 197.

compreensiva. (...) A vida humana, que é o objeto do direito assegurado no art. 5º, *caput*, integrasse de elementos materiais (físicos e psíquicos) e imateriais (espirituais). (...) No conteúdo de seu conceito se envolvem o direito a dignidade da pessoa humana (...), o direito à privacidade (...), o direito a integridade físico-corporal, o direito a integridade moral e, especialmente, o direito a existência.

Assim, o dilema existente entre o direito à vida e os outros direitos e garantias não deve ser observado pela óptica do direito absoluto do primeiro, pois, mesmo que este esteja assegurado na Lei Maior, não se restringe apenas à garantia do direito de viver, indo além: trata-se do direito de garantir uma vida digna.

TESTEMUNHAS DE JEOVÁ E O DIREITO DE DISPOR DA PRÓPRIA VIDA EM NOME DA RELIGIÃO

No estudo em tela, a vida se confronta com a liberdade religiosa no caso das testemunhas de Jeová, que se recusam a receber transfusões sanguíneas, já que, conforme sua religião, tal procedimento é visto como uma afronta a algo sagrado. Para eles, receber o sangue de outrem em suas veias é o mesmo que ingerir algo que acabará lhe tirando a vida, basicamente como o ato de drogar-se²⁶.

82

O que se constata da doutrina pesquisada é que, muitas vezes, trata-se o tema de modo um tanto quanto superficial, o que pode ser resultado de uma análise realizada por pessoas que não comungam dessa mesma ideologia religiosa, podendo considerar a posição desse grupo banal ou de menor importância. Entretanto, mister se faz dar ouvido a estes, que encaram tal mandamento religioso com tanta seriedade, chegando a optar livremente por abrir mão de suas vidas em nome dele. Daí, demonstra-se a fundamentação religiosa existente nas passagens bíblicas referidas, conforme associação ligada à essa religião:

Será que a proibição bíblica inclui sangue humano? Sim, e os primeiros cristãos entenderam assim. Atos 15:29 diz para “persistir em abster-se de sangue”. Não diz meramente para abster-se de sangue *animal*. (Compara-se com Levítico 17:10, onde se proíbe comer “qualquer espécie de sangue”). Tertuliano (que escreveu em defesa das crenças dos primitivos cristãos) declarou: “o interdito do ‘sangue’, nós entendemos como sendo um interdito ainda mais do sangue *humano*”²⁷.

²⁶ TRATADOS, Associação Torre De Vigia e. *O que a Bíblia realmente ensina?* Disponível em: <[http://www.jw.org/pt/publicacoes/livros/biblia-ensina/o-conceito-de-deus-sobre-a-vida/#?insight\[search_id\]=0abab060-8e8f-48a4-9f7520f676b0c4ca&insight\[search_result_index\]=17](http://www.jw.org/pt/publicacoes/livros/biblia-ensina/o-conceito-de-deus-sobre-a-vida/#?insight[search_id]=0abab060-8e8f-48a4-9f7520f676b0c4ca&insight[search_result_index]=17)>. Acesso em: 10 nov. 2014, p. 25.

²⁷ TRATADOS, Sociedade Torre de Vigia e. *Raciocínios à base de escrituras*. São Paulo: STV, 1989, p. 345.

Antinomia real entre a liberdade religiosa e o direito à vida em nome da crença religiosa

Inicialmente, tem-se que o paciente que não aceita o tratamento proposto tem o direito ao livre-arbítrio, fundado nos princípios da dignidade e liberdade de consciência religiosa. Esse direito, alavancado no Código Civil (artigo 15) e na Constituição Federal (artigo 5º, inciso II), garante ao paciente recusar determinado tratamento médico que lhe cure a enfermidade e, não obstante, lhe salve a vida. Senão, veja-se:

Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

Art. 5º (...)

II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Destaca-se inicialmente que o profissional da medicina, por operar com bens supremos do indivíduo, entre eles a vida e a dignidade humana, deve ouvir o paciente, interrogá-lo e sempre respeitar suas ideologias. Consoante a esse entendimento, Sílvio de Salvo Venosa²⁸ versa sobre o tema:

Este dever se funda no direito à integridade física e moral de cada indivíduo, constituindo-se em uma das facetas mais relevantes de sua proteção, de tal sorte que o dever do médico em não praticar nenhum ato clínico sobre qualquer pessoa, sem a sua anuência, nasce antes mesmo de qualquer relação individual com o doente *in concreto*, antes mesmo de esboçada qualquer relação contratual. Há um dever na Medicina que deve ser obedecido pelo médico. Tem ele o dever de informar o paciente, ou sua família, de seu estado, da metodologia e técnica a serem utilizadas, dos riscos e possibilidades de cura. (...) Continua a Medicina a ser uma arte, mas sob diversos contextos. O paciente, nessas premissas, raramente terá condições de ponderar e escolher o profissional e o tratamento adequado para seu mal.

Não obstante, para que exerça esse direito, é necessário que o paciente tenha discernimento para que o consentimento tenha validade. Assim, denomina-se escolha esclarecida a total compreensão do paciente quanto ao que o médico lhe informa, para depois consentir ou não o seu tratamento, sendo este, concomitantemente, um direito do paciente e um dever do médico²⁹.

Entretanto, o entendimento majoritário acerca do tema parece indicar no sentido de que o direito à vida é indisponível, e, havendo iminente risco a esse

²⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 143.

²⁹ DANTAS, Eduardo. A análise do contrato de serviços médicos sob a perspectiva da autonomia da vontade e do inadimplemento. *Revista Fórum de Direito Civil*, Belo Horizonte, n. 2, jan./abr. 2013, p. 8. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/ef/wp-content/uploads/2013/10/Direito-Civil-A-analise-do-contrato-de-servicos-medicos-sob-a-perspectiva-da-autonomia-da-vontade-e-do-inadimplemento.pdf>>. Acesso em: 7 set. 2014.

direito, o médico deverá intervir contra a vontade do paciente, tese sustentada sob o pilar de que ninguém pode dispor da própria vida.

Nesse sentido, em relação ao direito de dispor sobre seu próprio corpo e sua saúde, este encontra guarida inclusive no Código de Ética Médica, nos artigos 22 e 24³⁰, contudo com limitação para o caso de risco de morte.

Art. 22. É vedado ao médico deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte.

Art. 24. É vedado ao médico deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo.

Edmilson de Almeida Barros Jr.³¹, nesse sentido, observa que o consentimento do paciente é levado sempre em consideração após sua compreensão clara dos procedimentos e das consequências do seu caso, mas o caso de risco iminente de morte deve se excetuar a essa regra:

Respeitar a vontade do paciente é respeitar a sua liberdade e a sua dignidade, enquanto ser humano [enquanto médico]. (...) A não obtenção do consentimento constitui-se clara afronta à autonomia do paciente e aos seus direitos da personalidade. O verdadeiro consentimento é uma escolha embasada em informações que permitem a avaliação de todas as opções e riscos. O enfermo tem pouco ou nenhum entendimento da técnica médica e, em regra, conta somente com seu médico para fins de esclarecer e guiá-lo até a tomada de uma decisão, inclusive legitimando a não escolha do tratamento como uma das alternativas.

Para Roberta Fragoso Menezes Kaufmann³², o direito à vida prevalecerá sobre a liberdade religiosa, como no caso de um paciente que busca atendimento em um hospital público. Convergindo a esse entendimento, Maria Helena Diniz³³ enfatiza que “a vida tem prioridade sobre todas as coisas, uma vez que a dinâmica do mundo nela se contém e sem ela nada terá sentido”.

³⁰ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (Brasil). Resolução n. 1.931, de 24 de setembro de 2009. Aprova o código de ética médica. *DOU*, 24 de setembro de 2009;(183, seção I): 90-2. Retificações em: União. 13 out 2009;(195, seção I):173. Disponível em: <www.in.gov.br.>. Acesso em: 15 ago. 2014.

³¹ BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. *Direito médico: abordagem constitucional da responsabilidade médica*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 107-110.

³² KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. Colisão de direitos fundamentais: o direito à vida em oposição à liberdade religiosa – O caso dos pacientes Testemunhas de Jeová internados em hospitais públicos. *Revista Direito Público*, Brasília, n. 16, abr/maio/jun 2007, p. 21. Disponível em: <http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewArticle/408>. Acesso em: 27 ago. 2014.

³³ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do direito*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 25.

Antinomia real entre a liberdade religiosa e o direito à vida em nome da crença religiosa

Fabiana Costa Lima de Sá, por sua vez, defende que o direito à vida deverá prevalecer apenas nos casos extremos quando, por exemplo, a transfusão de sangue é o único recurso seguro para salvar a vida da testemunha de Jeová³⁴.

Assim, tem-se dito que, para se buscar liberdade religiosa, é preciso estar vivo, abrindo precedentes ao entendimento de que o médico deverá realizar a transfusão sanguínea no paciente com ou sem o seu consentimento, conforme argumenta o Tribunal do Rio Grande do Sul³⁵, “não consta que morto possa ser livre ou lutar por sua liberdade”.

Entretanto, no entendimento de Luís Roberto Barroso³⁶, no que tange ao atendimento em casos de risco de morte e quando se obriga um cidadão a realizar algo contrário ao pregado pela sua religião, estar-se-ia invadindo e violando a dignidade e a autonomia. Dessa forma, salienta:

(...) As testemunhas de Jeová professam a crença religiosa de que introduzir sangue no corpo pela boca ou pelas veias viola as leis de Deus, por contrariar o que se encontra previsto em inúmeras passagens bíblicas. Daí a interdição à transfusão de sangue humano, que não pode ser excepcionada nem mesmo em casos emergenciais, nos quais exista risco de morte. Por essa razão, as testemunhas de Jeová somente aceitam submeter-se a tratamentos e alternativas médicas compatíveis com a interpretação que fazem das passagens bíblicas relevantes. Tal visão tem merecido crítica severa de adeptos de outras confissões e de autores que têm se dedicado ao tema, sendo frequentemente taxada de ignorância ou obscurantismo. Por contrariar de forma intensa o senso comum e por suas consequências potencialmente fatais, há quem sustente que a imposição de tratamento seria um modo de fazer o *bem* a esses indivíduos, ainda que contra sua vontade. Não se está de acordo com essa linha de entendimento. A crença religiosa constitui uma escolha existencial a ser protegida, uma liberdade básica da qual o indivíduo não pode ser privado sem sacrifício de sua dignidade. A transfusão compulsória violaria, em nome do direito à saúde ou do direito à vida, a dignidade humana, que é um dos fundamentos da República brasileira (CF, art. 1º, IV).

85

De acordo com essa oposição, Celso Ribeiro Bastos³⁷ transcreve:

³⁴ SÁ, Fabiana Costa Lima de. A liberdade religiosa e a transfusão de sangue nas Testemunhas de Jeová. *Themis: Revista da Esmec*, Fortaleza, n. 1, set, 2008, p. 323. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/harvester2/index.php/record/view/23955>>. Acesso em: 12 ago. 2014.

³⁵ TJ-RS-AC: 595000373 RS, Relator: Sérgio Gisckow Pereira, julgado em 28-03-1995, Sexta Câmara Cível, Data de Publicação: *Diário da Justiça* do dia.

³⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por Testemunhas de Jeová*. Parecer jurídico elaborado à Procuradora do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 5 de abril de 2010, p. 28-29. Disponível em: <<http://pt.slideshare.net/Luciana34RJ/testemunhas-jeovasangue>>. Acesso em: 11 nov. 2014.

³⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. Direito de recusa de pacientes, de seus familiares, ou dependentes, às transfusões de sangue, por razões científicas e convicções religiosas. *Parecer Jurídico*, São Paulo, 23 de novembro de 2000, p. 19.

Quando o Estado determina a realização de transfusão de sangue – ocorrência fenomênica que não pode ser revertida – fica claro que violenta a vida privada e a intimidade das pessoas no plano da liberdade individual. Mascara-se, contudo, a intervenção indevida, com o manto da atividade terapêutica benéfica ao cidadão atingido pela decisão. Paradoxalmente, há também o recurso argumentativo aos “motivos humanitários” da prática, quando na realidade mutila-se a liberdade individual de cada ser, sob múltiplos aspectos

Para esses doutrinadores, ao intervir na decisão tomada pela parte, o Estado estaria infringindo a regra, eis que, em não havendo hierarquia entre os direitos fundamentais elencados na Constituição Federal – o da liberdade de crença e o direito à vida –, não caberia optar por um em detrimento do outro. Consoante a esse entendimento, Cláudio da Silva Leiria³⁸ menciona em parecer:

Infelizmente, as Testemunhas de Jeová, por motivo de crença religiosa, têm cerceado um elementar direito agasalhado constitucionalmente – o de recusar um determinado tratamento médico (transfusão de sangue) que é repleto de riscos.

Para dar maior ênfase ao entendimento que se deslinda neste tópico, Luís Roberto Barroso³⁹ conclui ser legítima a recusa à transfusão de sangue por testemunhas de Jeová, prevalecendo a dignidade humana, a liberdade religiosa e as livres escolhas existenciais; veja-se:

É legítima a recusa de tratamento que envolva a transfusão de sangue, por parte das testemunhas de Jeová. Tal decisão funda-se no exercício de liberdade religiosa, direito fundamental emanado da dignidade da pessoa humana, que assegura a todos o direito de fazer suas escolhas existenciais. Prevalece, assim, nesse caso, a dignidade como expressão da autonomia privada, não sendo permitido ao Estado impor procedimento médico recusado pelo paciente. Em nome do direito à saúde ou do direito à vida, o Poder Público não pode destituir o indivíduo de uma liberdade básica, por ele compreendida como expressão de sua dignidade. Tendo em vista a gravidade da decisão de recusa de tratamento, quando presente o risco de morte, a aferição da vontade real do paciente deve estar cercada de

³⁸ LEIRIA, Cláudio da Silva. *Transfusões de sangue contra a vontade de paciente da religião Testemunhas de Jeová* – uma gravíssima violação de direitos humanos. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/transfus%C3%B5es-de-sangue-contra-vontade-de-paciente-da-religi%C3%A3o-testemunhas-de-jeov%C3%A1-uma-grav%C3%AD>>. Acesso em: 17 nov. 2014.

³⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por Testemunhas de Jeová*. Parecer jurídico elaborado à Procuradora do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 5 de abril de 2010, p. 42. Disponível em: <<http://pt.slideshare.net/Luciana34RJ/testemunhas-jeovasangue>>. Acesso em: 11 nov. 2014.

Antinomia real entre a liberdade religiosa e o direito à vida em nome da crença religiosa

cautelas. Para que o consentimento seja genuíno, ele deve ser válido, inequívoco e produto de uma escolha livre e informada.

Importante salientar que tal possibilidade foi incorporada pelo Código de Ética da Sociedade Internacional de Transfusão de Sangue, adotado pela Organização Mundial da Saúde (OMS) em 2000, que dispõe: “o paciente deveria ser informado do conhecimento dos riscos e benefícios da transfusão de sangue e/ou terapias alternativas e tem o direito de aceitar ou recusar o procedimento”⁴⁰.

Ainda dentro da norma infraconstitucional, na qual se encontra amparo para a defesa ao direito de escolha, tem-se, em 2006, aprovada pelo Ministério da Saúde, a Carta dos Direitos dos Usuários da Saúde sob vigência da Portaria n. 675/2006⁴¹, que disciplina o consentimento ou a recusa de procedimentos:

Quarto princípio:

“O respeito à cidadania no Sistema de Saúde deve ainda observar os seguintes direitos:

(...)

V – Consentimento ou recusa de forma livre, voluntária e esclarecida, depois de adequada informação, a quaisquer procedimentos diagnósticos, preventivos ou terapêuticos, salvo se isso acarretar risco à saúde pública;

(...)

VI – O consentimento ou a recusa dados anteriormente poderão ser revogados a qualquer instante, por decisão livre e esclarecida, sem que lhe sejam imputadas sanções morais, administrativas ou legais”.

Pode-se observar que tal controvérsia encontra-se globalizada, havendo diferentes entendimentos ao redor do mundo, sendo crescente a legitimidade de escolha pelo adepto ao recusar tratamento que lhe salve a vida, mas não que lhe deixe viver dignamente. Veja-se que a recusa ao tratamento pelas testemunhas de Jeová é aceita em diversos países, entre eles a Itália, a Espanha, os Estados Unidos e o Canadá⁴².

⁴⁰ MENDES, Pedro Puttini. O direito à convicção religiosa e o direito à vida. *Jus Navigandi*, Teresina, abr. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/27881/o-direito-a-conviccao-religiosa-e-o-direito-a-vida#ixzz3K8UWoRo2>>. Acesso em: 26 out. 2014.

⁴¹ BRASIL. Portaria n. 675, de 30 de março de 2006. Aprova Carta dos Direitos dos Usuários da Saúde, que consolida os direitos e deveres do exercício da cidadania na saúde em todo o País. Disponível em: <www.sgc.goias.gov.br/upload/links/arq_514_675.doc>. Acesso em: 29 out. 2014.

⁴² BARROSO, Luís Roberto. *Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por Testemunhas de Jeová*. Parecer jurídico elaborado à Procuradora do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 5 de abril de 2010, p. 30. Disponível em: <<http://pt.slideshare.net/Luciana34RJ/testemunhas-jeovasangue>>. Acesso em: 11 nov. 2014.

Em parecer encomendado pela Procuradora do Estado do Rio de Janeiro, Dra. Lúcia Léa Guimarães Tavares, e realizado por Luís Roberto Barroso⁴³, faz-se menção a outro defensor das escolhas das testemunhas de Jeová sobre a negativa do recebimento de transfusões, cabendo aqui transcrevê-lo:

Após anotar que o paradigma do *paternalismo médico* vem sendo substituído pela *autonomia do paciente*, destacou o parecerista, em síntese, que: (i) o item n. 2 da Resolução CFM n. 1.021/80 deve ser visto como “expressão atávica do paternalismo ou beneficência médica”, na medida em que deixa de respeitar a vontade do paciente quando há risco de morte; (ii) a objeção de consciência das testemunhas de Jeová corresponde ao exercício da autonomia privada do indivíduo, materializada nos direitos fundamentais à privacidade – autodeterminação no plano das escolhas privadas –, ao próprio corpo e à liberdade religiosa; (iii) não cabe ao médico substituir-se a um paciente maior, capaz e informado para reavaliar sua escolha existencial; (iv) o direito à diferença exige do Estado que tolere e proteja posições jurídicas, ainda que consideradas exóticas pelos demais; (v) a decisão do paciente, que se recusa a receber tratamento, é autoexecutória em relação ao médico, na medida em que se funda diretamente nos direitos fundamentais envolvidos, de modo que não se exige a judicialização do tema; e, a despeito de a consulta não abranger o ponto, (vi) no caso de a recusa dizer respeito à saúde de menor de idade, sua manifestação de vontade poderia ser submetida ao Poder Judiciário, a fim de se aferir sua maturidade para tomar essa decisão.

88

Observa-se que os recentes estudos sobre o tema vêm tratando do tema com maior complexidade e seriedade, enxergando o direito à vida não apenas como o simples fato de existir e estar vivo, mas de viver com dignidade, sem a qual, seria melhor, em casos extremos, nem mesmo viver. Dessa forma, o respeito à liberdade religiosa de uma pessoa deve indicar no sentido de lhe permitir o direito de dispor sobre sua própria vida, se assim o desejar, desde que, é claro, o faça de forma livre e absolutamente consciente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os estudos apresentados apontaram diversos prismas pelos quais é possível enxergar o tema de que os seguidores de Jeová não fazem uso do sangue, visto que, para eles, esse fluido está intrinsecamente relacionado aos processos da vida, algo do qual eles devem se abster, não podendo ingerir e muito menos receber transfusões sanguíneas, obtendo assim proteção à sua liberdade de credo, conforme previsto na Constituição Federal.

⁴³ BINEBOJM *apud* BARROSO, Luís Roberto. *Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por Testemunhas de Jeová*, op. cit., p. 3.

Antinomia real entre a liberdade religiosa e o direito à vida em nome da crença religiosa

Verificou-se, dessa forma, o conflito existente entre os direitos fundamentais, quais sejam o direito à vida e o direito à liberdade religiosa. E, estando ambos direitos elencados na Constituição Federal de 1988, encontram-se no mesmo patamar de proteção, não havendo hierarquia capaz de mensurar o peso de um ou de outro, devendo o julgador, nesse sentido, realizar uma valoração de cada caso, conforme as regras propostas por Robert Alexy.

Ao realizar as consultas doutrinárias e jurisprudenciais, pode-se perceber uma dicotomia, já que diversos autores versam sobre esse multifacetado e complexo assunto. Alguns acreditam que a vontade do paciente e suas crenças deverão ser respeitadas acima de qualquer coisa, sendo legítima a recusa do Testemunha de Jeová, pois, em diversos casos, é permitida a escolha ou a abstenção do tratamento, como nos casos de portadores do vírus da AIDS, indivíduos com câncer etc., os quais não são obrigados a receber tratamento se não o quiserem. Esse entendimento faria prevalecer a dignidade da pessoa humana, não se permitindo ao Estado interferir, destituindo o indivíduo de uma liberdade básica, impondo procedimento médico em nome do direito à saúde ou do direito à vida.

Já a maioria parece defender que a única forma de garantir o direito à liberdade religiosa é estar vivo, abrindo precedentes ao entendimento de que o médico deverá realizar a transfusão sanguínea no paciente com ou sem o seu consentimento, conforme argumenta o Tribunal do Rio Grande do Sul: “não consta que morto possa ser livre ou lutar por sua liberdade”⁴⁴.

Dessa forma, a jurisprudência atual, apesar de começarem a surgir entendimentos contrários, é majoritária ao defender o disposto no Código de Ética Médica, de forma que a liberdade religiosa e a liberdade de dispor sobre seu próprio corpo são limitadas quando houver risco à vida, o qual se julga por meio de a ponderação de valores ser superior, devendo o médico agir de imediato nos casos em que o paciente esteja sob iminente perigo de vida, mesmo em detrimento de sua vontade, o que, no campo prático-jurídico, contraria a hipótese apresentada.

Todavia, sob o enfoque doutrinário, acredita-se na confirmação da hipótese apresentada, uma vez que a doutrina começa a apresentar vozes que passam a entender o direito à vida com maior complexidade, deixando de considerar vida o simples ato de estar vivo, mas enxergando-a como o direito de viver com dignidade, sem a qual não haveria sentido, inclusive, viver. Destaca-se o vanguardismo no tema do Ministro Luís Roberto Barroso, no artigo citado neste trabalho, defendendo a posição em defesa da liberdade religiosa e o direito de dispor sobre a própria vida, o que pode vir a refletir em futuras decisões, considerando-se sua posição junto ao Supremo Tribunal Federal.

⁴⁴ TJ-RS-AC: 595000373/RS, Relator: Sérgio Gischkow Pereira, julgado em 28-03-1995, Sexta Câmara Cível, Data de publicação: *Diário da Justiça* do dia.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012.

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*. Disponível em: <<http://www.ambafrance-br.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem>>. Acesso em: 29 out. 2014.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Autonomia do paciente e direito de escolha de tratamento médico sem transfusão de sangue*. São Paulo: Faap, 2010.

BARBIERI, José Eduardo. *Defesa do médico: responsabilidade civil e a inversão do ônus da prova sob óptica da bioética*. São Paulo: Editora de Direito, 2008.

BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. *Direito médico: abordagem constitucional da responsabilidade médica*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por Testemunhas de Jeová. *Parecer Jurídico* elaborado à Procuradora do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 5 de abril de 2010. Disponível em: <<http://pt.slideshare.net/Luciana34RJ/testemunhas-jeovasangue>>. Acesso em: 11 nov. 2014.

BASTOS, Celso Ribeiro. Direito de recusa de pacientes, de seus familiares, ou dependentes, às transfusões de sangue, por razões científicas e convicções religiosas. *Parecer Jurídico*, São Paulo, 23 de novembro de 2000.

90

BRASIL. Código Civil (2002). *Código Civil*. Brasília, DF: Senado, 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 25 maio 2014.

BRASIL. Constituição (1891). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 20 maio 2014.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 4 maio 2014.

BRASIL. *Portaria n. 675*, de 30 de março de 2006. Aprova Carta dos Direitos dos Usuários da Saúde, que consolida os direitos e deveres do exercício da cidadania na saúde em todo o País. Disponível em: <www.sgc.goias.gov.br/upload/links/arq_514_675.doc> Acesso em: 29 out. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Número Registro: 595000373*. 6ª Câmara Cível. Relator: Sérgio Gischkow Pereira. Julgado em 28-03-1995. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6956801/apelacao-civel-ac-595000373-rs-tjrs>>. Acesso em: 3 out. 2014.

CINTRA JUNIOR, Weiler Jorge. A questão atual da intolerância religiosa. *Revista de Direito*, Goiás, n. 22, jan./dez. 2002. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/weiler.pdf>. Acesso em: set. 2014.

CRETELLA JUNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 32, n. 2: 71-92, jul./dez. 2016

Antinomia real entre a liberdade religiosa e o direito à vida em nome da crença religiosa

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (Brasil). Resolução no 1931, de 24 de setembro de 2009. Aprova o Código de Ética Médica. *DOU*. 24 set 2009, n. 183, seção I, p. 90-92. Retificações em *DOU*. 13 out 2009, n. 195, seção I, p. 173. Disponível em: <www.in.gov.br>. Acesso em: 15 ago. 2014.

CONSTANTINO, Carlos Ernani; ADRAGÃO, Paulo Pulido. *Liberdade religiosa e o estado*. Coimbra: Almedina, 2002.

DANTAS, Eduardo. A análise do contrato de serviços médicos sob a perspectiva da autonomia da vontade e do inadimplemento. *Revista Fórum de Direito Civil*, Belo Horizonte, n. 2, jan./abr. 2013. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/ef/wp-content/uploads/2013/10/Direito-Civil-A-analise-do-contrato-de-servicos-medicos-sob-a-perspectiva-da-autonomia-da-vontade-e-do-inadimplemento.pdf>>. Acesso em: 07 set. 2014.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do direito*. São Paulo: Saraiva, 2001.

DURKHEIM, Émile. *As formas elementares da vida religiosa*. Tradução de P. Neves. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

FEU ROSA, Antônio José M. Ainda os direitos humanos. *Revista Consulex*, Brasília, 1999.

KAUFMANN, Roberta Fragozo Menezes. Colisão de direitos fundamentais: o direito à vida em oposição à liberdade religiosa – O caso dos pacientes Testemunhas de Jeová internados em hospitais públicos. *Revista Direito Público*, Brasília, n. 16, abr./maio/jun. 2007 Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewArticle/408>>. Acesso em: 27 ago. 2014.

KOENIG, Samuel. *Elementos de sociologia*. Tradução de V. Borda. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1970.

LAFER, Celso. *Estado laico: direitos humanos, democracia e república – homenagem a Fábio Konder Comparato*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

LEIRIA, Claudio da Silva. *Transfusões de sangue contra a vontade de paciente da religião Testemunhas de Jeová – uma gravíssima violação de direitos humanos*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/transfus%C3%B5es-de-sangue-contravontade-de-paciente-da-religi%C3%A3o-testemunhas-de-jeov%C3%A1-uma-grav%C3%AD>>. Acesso em: 17 nov. 2014.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MACHADO, Jónatas. Tempestade perfeita? Hostilidade à liberdade religiosa no pensamento teórico-jurídico. In: SORIANO, Aldir; MAZZUOLI, Valério (Orgs.). *Direito à liberdade religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MENDES, Pedro Puttini. O direito à convicção religiosa e o direito à vida. *Jus Navigandi*, Teresina, abr. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/27881/o-direito-a-conviccao-religiosa-e-o-direito-a-vida#ixzz3K8UWoRo2>>. Acesso em: 26 out. 2014.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php>. Acesso em: 29 out. 2014.

SÁ, Fabiana Costa Lima de. A liberdade religiosa e a transfusão de sangue nas Testemunhas de Jeová. *Themis: Revista da ESMEC*, Fortaleza, n. 1, set. 2008. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/harvester2/index.php/record/view/23955>>. Acesso em: 12 ago. 2014.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Juliana Araújo Lemos da. *Direito, ética e biossegurança: a obrigação do Estado na proteção do genoma humano*. Dissertação de mestrado. Franca: Unesp, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado*, São Paulo, n. 4, p. 23-51, 2006.

SORIANO, Aldir Guedes. *Liberdade religiosa no direito constitucional e internacional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

SORIANO, Aldir Guedes. Terapia transfusional: aspectos jurídicos. *Jus Navigandi*, Teresina, n. 52, nov. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2405>>. Acesso em: 23 set. 2014.

TRATADOS, Associação Torre De Vigia e. O que a Bíblia realmente ensina? Disponível em: <[http://www.jw.org/pt/publicacoes/livros/biblia-ensina/o-conceito-de-deus-sobre-a-vida/#?insight\[search_id\]=0abab060-8e8f-48a4-9f7520f676b0c4ca&insight\[search_result_index\]=17](http://www.jw.org/pt/publicacoes/livros/biblia-ensina/o-conceito-de-deus-sobre-a-vida/#?insight[search_id]=0abab060-8e8f-48a4-9f7520f676b0c4ca&insight[search_result_index]=17)>. Acesso em: 10 nov. 2014.

TRATADOS, Sociedade Torre de Vigia e. *Raciocínio à base de escrituras*. São Paulo: STV, 1989.

92

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

ASPECTOS DA MEDIAÇÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E ATUALIDADES DA LEI N. 13.140/2015

ASPECTS OF MEDIATION IN THE CODE OF CIVIL PROCEDURE AND UPDATES OF THE LAW N. 13.140/2015

*Paulo Henrique da Silveira Chaves**

RESUMO

Com o objetivo de desenvolver um estudo acerca do instituto da mediação, este artigo desenvolveu-se por meio de pesquisa teórica, bibliográfica e do ordenamento brasileiro, pelas recentes alterações trazidas pela Lei n. 13.140/2015, que dispõe sobre a mediação entre particulares e autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, e, ainda, pelo novo Código de Processo Civil, estabelecendo-se um paralelo com disposições da legislação de Portugal. Inicia-se com uma rápida distinção de meios alternativos de solução de conflitos, destacando-se a mediação. São identificados princípios expressamente contemplados pelo Código e pela Lei, e alguns de seus correspondentes em disposições legais de Portugal. Prossegue-se com a análise da necessidade de capacitação do mediador e da responsabilidade de seus atos. A mediação foi analisada como instrumento capaz de trazer satisfação às partes. Conclui-se com considerações finais acerca das vantagens da mediação.

Palavras-chave: Mediação; Princípios; Novo Código de Processo Civil; Lei n. 13.140/2015.

ABSTRACT

In order to develop a study about the mediation institute, this article was developed through theoretical research, literature and the Brazilian legal system, with the recent changes introduced by Law n. 13,140/2015, which provides for mediation between individuals and self-resolution of conflicts within the government and also by the new Code of Civil Procedure, establishing a parallel

* Professor de Direito Processual Civil na Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Doutorando em Direito pela Faculdade Autônoma de São Paulo (Fadisp). Mestre em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC). Especialista em Direito Processual Civil pela UFU. Graduado em direito pela UFU. E-mail: pchaves@ufu.br.

with provisions of Portugal legislation. It began with a quick distinction of alternative means of conflict resolution, especially mediation. Principles have been identified explicitly covered by the Code and the law, and some of their corresponding laws of Portugal. It continued with the analysis of the need for mediator training and the responsibility for their actions. Mediation was analyzed as an instrument to bring satisfaction to the parties. It concludes with final considerations about the advantages of mediation.

Keywords: Mediation; Principles; new Code of Civil Procedure; Law n. 13,140/2015.

INTRODUÇÃO

O instituto da mediação se apresenta como uma das formas de solução de conflitos, buscando-se a ativa participação das partes na construção de uma decisão comum. Neste artigo, para a análise, valeu-se de pesquisa teórica, incluindo-se as inovações trazidas no novo Código de Processo Civil (CPC), e, também, da Lei n. 13.140/2015, que dispôs sobre a mediação entre particulares e autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Buscou-se ainda, efetivar uma comparação às disposições afetas ao instituto em Portugal, demonstrando-se a essência de seus princípios em ambos os sistemas. A opção comparativa ao direito português se deu pela similitude e proximidade do instituto em ambos países, bem como por ter sido identificada ainda a atualidade no sistema luso. Com a análise do instituto, identificaram-se seus princípios contemplados pelas inovações, promovendo-se uma reflexão para seus benefícios. A importância da mediação foi realçada em face da extinção da lide, sendo, nas considerações finais, demonstrado que representa um meio eficaz de eliminação de insatisfação das partes, o que pode não ocorrer com a sentença.

DISTINÇÕES CONCEITUAIS DA NEGOCIAÇÃO, CONCILIAÇÃO, ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO

A mediação situa-se em um grupo de meios de solução de conflitos, mas há outros, como a negociação, a conciliação e a arbitragem. Como este trabalho tem por finalidade apresentar os aspectos da mediação no Novo Código de Processo Civil e, também, na recém-editada Lei n. 13.140/2015, que dispõe sobre a mediação entre particulares e autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, faz-se necessário, inicialmente, traçar uma breve distinção conceitual entre esta e outros meios de solução de conflitos.

Pela **negociação**, as partes ou seus representantes discutem e avaliam a possibilidade de uma transação para a resolução do conflito. Nessa modalidade de resolução de conflitos, não há interferência de terceiros¹. As partes interessadas

¹ TAVARES, Fernando Horta. *Mediação e conciliação*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 41.

na solução do conflito de interesses podem até mesmo ser conclamadas a negociarem entre si, mas sem a participação de terceiros, buscando o ponto comum de interesses, o que resulta em uma proposta final por elas construída, dirimindo o conflito.

Em outra modalidade de solução de conflitos, surge a **conciliação**, uma atividade desenvolvida para facilitar e auxiliar as partes na solução de um problema. Apresenta-se a figura do conciliador, que tem a faculdade de apresentar propostas de solução, as quais, se aceitas, o serão de forma livre pelas partes. Pode-se classificar a conciliação em razão do local onde ela se realiza, sendo extrajudicial ou judicial. A primeira pode se dar até mesmo antes do início de um processo judicial, sendo inclusive, uma maneira de evitá-lo, ou mesmo, se feita após a existência do processo judicial, os termos do acordo obtido na conciliação serão apresentados nos autos para homologação. Já a conciliação judicial desenvolve-se perante o juiz, podendo ele próprio ser o conciliador ou ser auxiliado por terceiro que poderá apresentar propostas para as partes, as quais poderão aderir ou mesmo construir em conjunto uma solução ao litígio, que, reduzida a um termo de audiência, é homologada pelo juiz.

Diferentemente das técnicas aqui apresentadas, há ainda a **arbitragem**² – um procedimento extrajudicial regulamentado pela Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, que atualizou o instituto no sistema, revogando legislação anterior e alterando o Código de Processo Civil. Recentemente, ocorreram modificações a partir da Lei n. 13.129/2015. O procedimento se dá perante árbitro, escolhido pelas partes ou mediante uma convenção de arbitragem, expressa em um contrato específico ou cláusula compromissória. O árbitro é pessoa física que dirigirá a instrução do processo arbitral, receberá alegações e produção de provas e, ao final, prolatará a sentença arbitral. Nesse procedimento, as partes podem ser representada por advogado se pretenderem, produzindo provas necessárias à hipótese. A função do árbitro é diversa daquelas do mediador e do conciliador, assemelhando-se sim às de um magistrado, vinculando sua sentença arbitral as partes, formando, inclusive, título executivo judicial, conforme disposto no inciso VII, do artigo 515, do Código de Processo Civil.

Como objeto deste estudo, apresenta-se a **mediação**, que pode ser judicial ou extrajudicial e consiste na intervenção de um terceiro imparcial, que não dispõe de poder de imposição de decisão às partes. Esse terceiro tem a tarefa de auxiliar as partes em conflito a encontrarem uma solução. Nos dizeres de Rosemiro Pereira Leal, a mediação constitui-se, historicamente, na manifestação de transigência entre particulares para encontrarem a solução de seus conflitos, sem

² Na Constituição de 1824, havia a possibilidade de as partes escolherem juízes árbitros. “Art. 160. Nas civeis, e nas penas civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juizes Árbítrios. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes”.

a intervenção do Estado, pela indicação consensual de um ou vários intermediários que lhes pacifiquem os interesses³. Assim, consiste a mediação em um procedimento voluntário e confidencial⁴ no qual um terceiro, que conhece as técnicas de mediação, ajuda os envolvidos na busca da solução, sendo assim um meio não adversarial.

Em face da voluntariedade, o uso da mediação por qualquer pessoa física ou jurídica, que possa vir a ser parte em processo de mediação, está condicionado à capacidade civil e até mesmo à representação, coincidente com o disposto no Código de Processo Civil brasileiro, podendo-se fazer representada ou assistida na forma da lei⁵. Durante a mediação, o mediador deve ouvir as partes e perguntar, entretanto sem poder expressar a sua opinião. Petrônio Calmon Filho entende que o mediador deve se portar durante a mediação com:

Neutralidade, capacitação, flexibilidade, inteligência, paciência, empatia, sensibilidade, imaginação, energia, persuasão, capacidade para se distanciar de ataques, objetividade, honestidade e perseverança, além de ser digno de confiança e ter senso de humor⁶.

As principais vantagens da mediação são a celeridade, a confidencialidade e a economia. Muitos casos são resolvidos em uma só audiência. Não havendo solução na primeira audiência, é possível a realização de outras. A confidencialidade estende-se ao mediador e às partes, que não poderão revelar o que se passou nas audiências. No tocante aos custos, a mediação revela-se mais viável economicamente, pois a presença do advogado é facultativa⁷.

Petrônio Calmon Filho afirma não ser recomendável a adoção da mediação como forma de resolver uma controvérsia quando houver “grau de desequilíbrio de poder entre os envolvidos”⁸.

A modalidade de mediação recepcionada e regulamentada pelo Código de Processo Civil é a judicial, desenvolvendo-se após a instauração de um

³ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*: primeiros estudos. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 24.

⁴ Lei n. 13.140/2015 – **Art. 30**. Toda e qualquer informação relativa ao procedimento de mediação será confidencial em relação a terceiros, não podendo ser revelada sequer em processo arbitral ou judicial salvo se as partes expressamente decidirem de forma diversa ou quando sua divulgação for exigida por lei ou necessária para cumprimento de acordo obtido pela mediação.

⁵ Código de Processo Civil: **Art. 70**. Toda pessoa que se encontre no exercício de seus direitos tem capacidade para estar em juízo; **Art. 71**. O incapaz será representado ou assistido por seus pais, por tutor ou por curador, na forma da lei.

⁶ CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 121.

⁷ CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 122.

⁸ CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*, op. cit., p. 122.

procedimento judicial e podendo ser realizada pelo magistrado ou por terceiros capacitados na forma da lei⁹.

Na Europa, o instituto da mediação já era regulamentado há alguns anos, mas, certamente, com vistas a buscar uma uniformização de conceitos e procedimentos, a Comunidade Europeia editou a Directiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de Maio de 2008¹⁰, encontrando-se a seguinte definição de mediação no artigo 3º:

“Mediação”, um processo estruturado, independentemente da sua designação ou do modo como lhe é feita referência, através do qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo sobre a resolução do seu litígio com a assistência de um mediador. Este processo pode ser iniciado pelas partes, sugerido ou ordenado por um tribunal, ou imposto pelo direito de um Estado-Membro.

A definição lançada na Diretiva suprarreferida, além da possibilidade de uniformização conceitual, no tocante ao procedimento, identifica a autonomia do processo de mediação, o que é característica importante para a atuação independente do mediador e a liberdade das partes. Imagine-se a hipótese em que houver preexistente um processo judicial e que a mediação se refira a este. Nessa situação, demonstra-se a grande importância da independência descrita na Diretiva, no sentido de afastar a possibilidade de riscos às partes ao exporem conteúdo capaz de interferir no julgamento e até mesmo da influência da autoridade judiciária.

97

PRINCÍPIOS AFETOS À MEDIAÇÃO DISPOSTOS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E NA LEI 13.140/2015, COM ALGUNS CORRELATOS NA LEI PORTUGUESA N. 29/2009

A matéria relativa a princípios demonstra-se inesgotável no entendimento de que até mesmo os princípios não se esgotam e de que, além de evoluírem ao longo do processo histórico e social, novos se deixam conhecer e afloram com a evolução do conhecimento.

Com relação aos princípios que incidem na mediação, há países que cuidaram de os elencar na legislação, havendo hipóteses em que se chegou a conceituá-los, como na legislação portuguesa. No sistema brasileiro, especificamente no Código de Processo Civil e na Lei n. 13.130/2015, foram apontados apenas aqueles

⁹ Código de Processo Civil: CAPÍTULO III – DOS AUXILIARES DA JUSTIÇA – Seção V – Dos Conciliadores e Mediadores Judiciais – artigos 165 a 175.

¹⁰ Directiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de maio de 2008. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32008L0052>>. Acesso em: 04 set. 2014.

estritamente específicos à mediação, sem que houvesse qualquer restrição de que, na interpretação do direito, a mediação possa ser atingida por uma gama maior de princípios.

Em um estudo acerca dos princípios na mediação, na obra de Petrônio Calmon, são citados princípios da mediação nos Estados Unidos, cujo rol elencou: voluntariedade; consentimento informado; poder das partes ou autodeterminação; imparcialidade ou neutralidade do mediador; e confidencialidade¹¹.

No caso de Portugal, a mediação é uma realidade regulamentada até mesmo em questões criminais, conforme disciplina a **Lei n. 21 de 12 de junho de 2007**¹². A referida lei cuidou em admitir a mediação em processo penal, conforme disposto no artigo 2º, admitindo-a nas hipóteses em que o processo crime dependa de queixa ou acusação particular, em se tratando de crimes contra a pessoa ou o patrimônio, excetuando-se aqueles com previsão de prisão superior a 5 anos, os crimes contra a liberdade ou autodeterminação sexual, peculato, corrupção, tráfico de influência, ou o ofendido seja menor de 16 anos e, por fim, nas hipóteses de procedimento sumário ou sumaríssimo. Recentemente, ainda em Portugal, editou-se uma lei que estatuiu expressa e claramente quais eram os princípios aplicáveis à mediação. Analogamente, o Código de Processo Civil também elencou alguns princípios inerentes à mediação em seu artigo 166¹³. No tocante à lei portuguesa, além de relatar os princípios, especificou suas características e sua forma de aplicação nos procedimentos submetidos à mediação, conforme a **Lei n. 29 de 19 de abril de 2013**¹⁴.

Há evidência que alguns sistemas legislativos apontam expressamente os princípios relativos ao instituto. Poder-se-ia erguer polêmica com relação à aplicabilidade ou não daqueles não referenciados na legislação. A polêmica, no Brasil, apresenta-se dirimida, sob o fundamento de que um rol de princípios teria interpretação *numerus apertus*, posto que a hipótese pode ser alcançável

¹¹ Na obra *Fundamentos da mediação e da conciliação* (Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 102), Petrônio Calmon aponta quais são os princípios da mediação de acordo com a Massachusetts Association of Mediation Programs (MAMP): a) Voluntariedade; b) Consentimento informado – que consiste no direito das partes de serem informadas sobre o processo de mediação e, se necessário, acerca de seus direitos legais, antes de participar e de aprovar os termos da mediação; c) Poder das partes ou autodeterminação; d) imparcialidade ou neutralidade do mediador; e e) Confidencialidade.

¹² Lei n. 21, de 12 de junho 2007. Disponível em: <http://www.dgpj.mj.pt/sections/politica-legislativa/anexos/mediacao-penal/lei-n-21-2007-de-12-de/downloadFile/file/L_21_2007.pdf?nocache=1183462846.55>. Acesso em: 04 set. 2014.

¹³ Código de Processo Civil: Art. 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

¹⁴ Lei n. 29, de 19 de abril de 2013. Disponível em: <<https://dre.pt/pdf1sdip/2013/04/07700/0227802284.pdf>>. Acesso em: 04 set. 2014.

pela aplicação de outros princípios, por força da Constituição Federal, que tratou de forma aberta dos princípios no Título I – Dos princípios fundamentais e, também, no Título II – Dos direitos e garantias fundamentais. Há disposição no § 2º, inciso LXXVIII, do artigo 5º, com referência à inexistência de exclusão de direitos e garantias expressos, decorrentes dos princípios. Admite-se, então, a conclusão da superveniência de princípios em fundamentação a direitos e garantias que não apenas aqueles expressamente arrolados.

Ainda que se reconheça que todos os princípios são essenciais à plenitude da mediação, ocorre certo destaque em relação àqueles que se relacionam muito próximos aos institutos e até mesmo fundamentam a própria essência da mediação, destacando-se, inicialmente, o **princípio da consensualidade**. Este se relaciona ao resultado ou à decisão, na mediada em que envolve desde a propiciação de um ambiente estável, de tranquilidade e serenidade, para que as partes possam se sentir isentas de qualquer forma de contaminação da expressão de sua vontade. Até mesmo o mediador deve zelar pela isenção de qualquer imposição de decisão ou resultado. As partes devem ter suas vontades alinhadas em determinado sentido, compondo o resultado da lide.

Apontando certa polêmica, pode-se indagar: diante da consensualidade da solução e de sua construção pelas partes, qual função, então, o mediador desempenharia? Ocorre que o correto exercício da função de mediador não pode comprometer a consensualidade, mas, ao contrário, deve estimulá-la, como guiando as partes para uma solução pacífica e construída no consenso. Importante salientar que sua postura de gestor da mediação lhe investe no compromisso de promover inclusive o ambiente para a consensualidade. O alvo da consensualidade depende da atuação do conciliador, uma vez que as partes não o conseguiram sozinhas. A clara avaliação de opções e consequências pode levar a uma reflexão acerca da consensualidade e de sua superioridade na resolução de conflitos – trata-se de uma nova comunicação¹⁵.

Apesar de esse princípio não estar expresso textualmente nos artigos do Código de Processo Civil, há uma referência à expressão no artigo 174 deste código acerca da criação de câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à “solução consensual de conflitos”, sendo, no entanto, no âmbito administrativo. Tal referência à consensualidade se relaciona ao procedimento, demonstrando ser afeta a este sob a forma de princípio a norteá-lo.

¹⁵ O mediador auxilia as partes a restabelecerem a comunicação entre si e a avaliarem os objetivos, as opções e as consequências de seus atos, conduzindo a um entendimento que seja satisfatório para todos. Esse entendimento é alcançado pelas partes por intermédio da reflexão e de novos vínculos que aparecem, como o fruto do diálogo entre as partes, que antes se encontrava prejudicado; uma comunicação nova que permite às partes acordarem, conforme: SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 47.

Quanto à Lei n. 13.140/2015, além de se apresentarem expressas no artigo 2º, inciso VI, com a atribuição de princípio, palavras correlatas se referindo ao consenso surgem em mais outras dez ocorrências nos demais artigos da lei. Denota-se que há um cuidado, até mesmo repetitivo, acerca de frisar a presença da consensualidade no procedimento, isso obviamente porque decorre da essência do instituto da mediação, cujo foco, em si, não é somente o ato de mediar, mas também a finalidade de obter uma solução pela via do consenso.

Pode-se entender o princípio da consensualidade como aquele que contém em si a não adversariedade ou não competitividade, sendo a ocorrência dessas últimas capaz de inviabilizar a construção do consenso ou até mesmo extinguir a própria consensualidade. Referem-se a comportamentos de competitividade ou adversariedade em que uma parte busca se sobrepor à outra. É imprescindível que, no momento em que estejam as partes reunidas perante o mediador, seja criado um ambiente de serenidade, racionalidade e ausência de emoções, possibilitando um diálogo com o foco voltado exclusivamente para o problema. Uma boa técnica que pode ser manejada pelo mediador é esclarecer às partes que as suas pessoas não são o problema e muito menos o representam; ele precisa ser identificado como um terceiro elemento em que a vontade dos presentes à audiência seja no sentido de solucioná-lo de forma a trazer os mínimos efeitos indesejados.

100

Pressupõe a ausência de competição entre as partes que têm em comum a vontade de resolver o conflito¹⁶. Por tal razão, um dos focos da mediação deve ser o estímulo de um sentimento de cooperação, valendo-se da via da comunicação para identificar objetivos comuns e com vistas à harmonia¹⁷. A solução dos conflitos por meio da mediação consiste no exercício da autonomia das partes, que, ao final, construirão uma decisão conjuntamente. A construção dessa decisão certamente não logrará êxito se houver uma postura de rivalidade. Dessa forma, cumpre ao mediador expor condições indispensáveis para a busca de resolução da controvérsia de forma não adversarial.

Ainda em relação ao procedimento e às suas características, apresenta-se o **princípio da autonomia da vontade**, o qual destina-se a assegurar o respeito às vontades das partes, seja na possibilidade de opção pela utilização do procedimento da mediação, seja desistir deste, e, ainda, quanto à não interferência na vontade das partes. As partes devem se sentir livres para solucionar o conflito por meio da mediação, assim como a escolha deve ser feita conscientemente e

¹⁶ TAVARES, Fernando Horta. *Mediação e conciliação*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 67.

¹⁷ A mediação estimula um sentimento de cooperação e de comunicação quando aponta as partes não como antagonicas, mas como aquelas que trilham o mesmo objetivo: entre as diferenças, encontrar os objetivos comuns, buscando a melhor solução, alcançando a harmonia, conforme: SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 47.

por vontade própria, sem a influência ou a insistência de terceiros. Nos dizeres de Regina Maria Coelho Michelon, “as partes devem estar livres para escolher o mediador em que depositem confiança”¹⁸. Resulta desse princípio um duplo vértice, no qual, inicialmente, há a possibilidade de as partes optarem ou não pela mediação como forma de resolução do litígio e, em um segundo momento (depois de iniciada a mediação ou conciliação), as partes terem a liberdade para decidir como será resolvido o conflito.

Uma vez feita a opção pela mediação, igualmente a solução da lide deve se dar sempre preservando a autonomia da vontade¹⁹.

Sabe-se que há sistemas jurídicos em que se identificam duas espécies de mediação: a voluntária e a mandatária. A voluntária consiste na escolha da mediação por livre-iniciativa das partes, tal qual se regulamentou no novo Código de Processo Civil. Enquanto a mandatária inicia-se por ordem do juiz para fazer cumprir a legislação do país ou cláusula contratual. Em relação à mediação mandatária, Lília Maia de Moraes Sales posiciona-se da seguinte forma: “a existência da mediação mandatária decorre do interesse de fortalecer tal instituto e ainda como um meio de conscientizar os cidadãos da importância do diálogo para a harmonia social”²⁰.

No que tange à mediação mandatária, encontramos o posicionamento de Stella Breitman e Alice Costa Porto, que defendem que esta espécie tem um caráter pedagógico e que a sua obrigatoriedade implementa uma **culturização da mediação**²¹. A mediação mandatária não dispõe do condão de obrigar as partes a nela se manterem até a superveniência do acordo, que, uma vez não alcançado, passar-se-á para a ação judicial. Nas palavras de Juan Luís Colaiacovo e Cyntia Alexandra Colaiacovo, o esclarecimento: “a obrigatoriedade, contudo, restringe-se ao comparecimento à primeira audiência convocada pelo mediador. Após essa formalidade, qualquer das partes poderá considerar concluído o processo, habilitando-se para o início da ação judicial”²². Ainda que seja adotada a mediação mandatária por um sistema, não se descaracteriza a voluntariedade, pois as partes podem não chegar ao consenso e, nem por isso, sua vontade deixaria de

¹⁸ MICHELON, Regina Maria Coelho. A mediação dos conflitos trabalhistas. In: OLIVEIRA, Angela. *Mediação – métodos de resolução de controvérsias*. São Paulo: LTr, 1999, p. 158.

¹⁹ A Lei n. 20/2007 de Portugal, que regula a mediação penal, traz uma limitação ao princípio da autonomia da vontade das partes em seu artigo 6: “1 – O conteúdo do acordo é livremente fixado pelos sujeitos processuais participantes, sem prejuízo do disposto no número seguinte; 2 – No acordo, não podem incluir-se sanções privativas da liberdade ou deveres que ofendam a dignidade do arguido ou cujo cumprimento se deva prolongar por mais de seis meses”.

²⁰ SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 45.

²¹ BREITMAN, Stella. PORTO, Alice Costa. *Mediação familiar – uma interpretação em busca da paz*. Porto Alegre: Criação Humana, 2001, p. 255.

²² COLAIACOVO, Juan Luís; COLAIACOVO, Cyntia Alexandra. *Negociação, mediação e arbitragem – teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 77.

ser respeitada, limitando-se a obrigatoriedade apenas a iniciar o procedimento e comparecer a uma audiência.

Em comparação a outro sistema, em Portugal, há previsão acerca da mediação penal, sendo, no inciso 7, artigo 3º, da Lei n. 21/2007, condicionado o início da mediação ao consentimento das partes:

Se o mediador obtiver os consentimentos livres e esclarecidos do arguido e do ofendido para a participação na mediação, estes assinam um termo de consentimento, que contém as regras a que obedece a mediação, e é iniciado o processo de mediação²³.

Mas veja-se que, mesmo tendo o consentimento expresso pelas partes, este pode vir a ser revogado. Observa-se que, na mesma lei, no inciso 2, do artigo 4º, dispõe-se: “o arguido e o ofendido podem, em qualquer momento, revogar o seu consentimento para a participação na mediação”.

Evidenciando-se o respeito à autonomia da vontade das partes, em um nível máximo, o novo Código de Processo Civil brasileiro traz expresso o princípio no *caput* do artigo 166, o qual trouxe outra disposição extensiva em seu § 4º, referente à “livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais”. Também a Lei n. 140/2015 trouxe o princípio expresso no inciso V, artigo 2º, constando, no § 2º, além do nome do princípio, a não obrigatoriedade de se permanecer no procedimento. Em comparação ao direito português, destaca-se a Lei n. 29 de 2009, que inseriu no Código de Processo Civil português o artigo 249-A e previu a possibilidade de sujeição à mediação voluntária, suspendendo a “caducidade e prescrição”²⁴. Verifica-se que, em ambos os sistemas, a autonomia da vontade das partes é respeitada.

Evidencia-se no princípio da autonomia da vontade a necessidade de serem preservados os interesses das partes, externados em sua vontade, isenta de qualquer possibilidade de contaminação ou influência externa. Tal assertiva demonstra a importância do princípio como fundamento do instituto, e mais: há intrínseca relação desse princípio aos demais. A exemplo, veja-se a busca do consenso, a qual é totalmente dependente da exalação da vontade das partes, que sequer seria vá-

²³ Lei n. 21, de 12 de junho de 2007, de Portugal.

²⁴ Lei n. 29, de 29 de junho de 2009. “Artigo 249-A: 1 – As partes podem, previamente à apresentação de qualquer litígio em tribunal, recorrer a sistemas de mediação para a resolução desses litígios. 2 – A utilização dos sistemas de mediação pré-judicial previstos em portaria do membro do Governo responsável pela área da Justiça suspende os prazos de caducidade e prescrição a partir da data em que for solicitada a intervenção de um mediador. 3 – Os prazos de caducidade e prescrição retomam-se a partir do momento em que uma das partes recuse submeter-se ou recuse continuar com o processo de mediação, bem como quando o mediador determinar o final do processo de mediação”. Disponível em: <<http://dre.pt/pdf1s/2009/06/12300/0419204208.pdf>>. Acesso em: 08 set. 2014.

lida na hipótese de vício inerente à autonomia. Outro exemplo se lastreia na boa-fé, eis que também diretamente relacionada à autonomia da vontade das partes.

Em relação às intenções reveladas pelas pessoas quanto a negócios ou procedimentos, tem-se o **princípio da boa-fé**. No caso do procedimento da mediação, que envolve consensualidade, esta necessita, com ênfase, de que a boa-fé se exteriorize no comportamento das partes e dos demais envolvidos, permitindo-se a exposição dos pensamentos de cada um sem que haja o temor de que o outro esteja se beneficiando com o procedimento, bem como sem o receio de que há algum malefício oculto ou que a outra parte dissimulou para se beneficiar.

A Constituição Federal brasileira consagrou o princípio da boa-fé na relação entre pessoas, como também o Código Civil, reconhecendo a atuação de boa-fé nos negócios e atos em geral, convalidando-os ou anulando-os em benefício daquele que se sujeitou de boa-fé na relação. E não somente a boa-fé ganhou tratamento, como também a má-fé, determinando-se a punição de seu agente.

Esse princípio é expresso na Lei n. 13.140/2015, no inciso VIII, do artigo 2º. Mas há que se reconhecer que, dada a natureza da mediação, a sua necessidade deflui do próprio instituto, sendo a ele inerente. Veja-se que o oposto – má-fé – culmina por inviabilizar o próprio procedimento, não havendo este como subsistir na hipótese de evidência daquela.

Pelo **princípio da independência**, alcança-se a imunidade a qualquer pressão ou influência externa, que venha a afligir não só com a pessoa do mediador, mas também com a garantia de o procedimento não estar sujeito a ingerências. Mister inclusive que o mediador se mantenha afastado dos seus próprios interesses. Decorre do próprio conceito de independência que não pode o mediador estar subordinado a qualquer pessoa ou situação que venha a lhe comprometer a independência máxima ao atuar na busca dos interesses das partes, incluindo isso, obviamente, até mesmo a capacidade de se isentar de pretensões ou conceitos próprios que possam vir a conduzir a postura de isenção.

Essa independência é tratada no Código de Processo Civil no artigo 166 sob a forma de princípio norteador da mediação. Assim, assume uma amplitude máxima com relação à isenção de qualquer elemento que venha a comprometer não só o mediador, mas todo o procedimento da mediação, de forma que qualquer ingerência, se não neutralizada, macula de vício o procedimento, bem como enseja a troca de mediador se este não tiver as condições de exercer com independência sua atribuição. Apesar de a Lei n. 13.140/2015 não elencar o princípio da independência, como o fez com outros, não significa que seus efeitos não se façam presentes. Aliás, deflui de outros princípios, como a imparcialidade do mediador, isonomia entre as partes e autonomia da vontade das partes, que não haja qualquer violação no tocante à independência do procedimento e do mediador, sob pena de os efeitos da violação atingirem outros princípios. Em comparação

ao direito português, lá também se consagrou a independência do mediador, dispondo-se no artigo 7º, da Lei n. 29/2013, que este deve estar imune a qualquer pressão ou influência externa, ou resultante dos seus próprios interesses, não havendo também qualquer subordinação, de forma que toda a conduta do mediador se pautará pela independência.

Outra característica de grande importância no procedimento da mediação situa-se no comportamento das partes e do mediador com relação ao sigilo dos fatos eventualmente veiculados dentro do procedimento, sujeitando-se ao **princípio da confidencialidade**, sendo esta uma característica essencial na postura das partes com relação a todas as informações produzidas no procedimento, sendo vedada a utilização dessas em fim diverso do deliberado pelas próprias partes.

Esse princípio, constante do *caput* do artigo 166, do Código de Processo Civil, ao mesmo tempo que ganha extensão e clareza, com a disposição no § 2º do mesmo artigo, assegura às partes a confidencialidade das informações produzidas no procedimento, evitando-lhes eventual dano em razão dessas, bem como a possibilidade de deliberação sobre eventual utilização. Igualmente expresso no inciso VII, do artigo 2º, da Lei n. 13.140/2015, pelo princípio, deve ser esclarecido às partes, pelo mediador, logo na primeira reunião, como disposto no artigo 14. E, mais: a Lei cuidou bem em especificar as pessoas alcançadas pelo dever de confidencialidade no § 1º do artigo 30, abordando todas aquelas que direta ou indiretamente tenham participado da mediação. Traz este último artigo duas exceções, sendo a primeira relacionada ao não alcance a crimes de ação pública (§ 3º), e a outra, a prestar as informações tributárias devidas à autoridade. Acredita-se que essa disposição não expressa um conflito de normas ou incompatibilidade com o Código de Processo Civil, pois a Lei, além de ser posterior, revela-se pelo critério da especialidade, trazendo à baila requisito inerente à própria vontade das partes quanto ao cumprimento do acordo que dependa de revelação de fatos, para sua efetivação, bem como cuidou de resguardar o cumprimento de disposição contida em outra norma.

Buscando-se uma comparação em outro sistema, com relação à confidencialidade na mediação, tem-se a Directiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de maio de 2008, estipulando-se a consideração n. 23:

A confidencialidade no processo de mediação é importante e a presente directiva deverá, por conseguinte, prever um nível mínimo de compatibilidade das normas processuais civis no que diz respeito à forma de proteger a confidencialidade da mediação em subsequentes processos judiciais ou de arbitragem em matéria civil e comercial²⁵.

²⁵ Directiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de maio de 2008. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32008L0052>>. Acesso em: 08 set. 2014.

Ainda, comparando-se às disposições brasileiras, encontra-se uma exceção à confidencialidade na Portuguesa n. 29/2009, que, em no artigo 249-C, admitiu exceção à obediência ao princípio da confidencialidade, nas hipóteses em que “(...) esteja em causa a protecção da integridade física ou psíquica de qualquer pessoa”²⁶.

Caracterizando-se o procedimento em seus aspectos formais, tem-se a consagração do **princípio da oralidade**, sendo este afeto aos atos procedimentais da mediação, possibilitando que sejam, na medida do possível, realizados oralmente em audiência, transcrevendo-se por escrito aqueles indispensáveis ao procedimento. Essa possibilidade de manifestação oral no procedimento torna-o acessível ao diálogo. Resulta em uma ferramenta indispensável à mediação, pois, além de permitir que as partes exteriorizem seus pensamentos com a fala, o que talvez não ocorreria plenamente na modalidade escrita, ainda dá vazão àquilo que pode estar “engasgado” no pensamento da parte e que precisa exteriorizar sem se comprometer por escrito, sendo que, após isso, já “liberada” do mal contido, aproxima-se da composição do acordo.

Tanto o Código de Processo Civil quanto a Lei n. 13.140/2015 restringiram-se a apenas nomear o princípio em suas disposições: artigo 166 e inciso III do artigo 2º, respectivamente. Inquestionavelmente, já se comprovou que a oralidade se revela importante instrumento na celeridade, já consagrado no antigo procedimento sumaríssimo, mantendo-se no sumário e consagrando-se na Lei n. 9.099/1995 (Juizados Especiais), o que conferiu celeridade a todos esses procedimentos, tudo isso sem abordar também a excelente experiência na área trabalhista.

Em outra característica também relacionada ao procedimento em si, situa-se o **princípio da informalidade**, caracterizado pela ausência de disposições formais a serem seguidas com rigidez. Pela informalidade, afasta-se um pouco do excesso de formalismo e da preocupação com a produção de atos, obedecendo-se a regras rígidas e modelos, bem como não há o zelo excessivo com determinado procedimento que, se não for seguido à exatidão, causaria nulidade insanável. O princípio da informalidade é expresso na Lei n. 13.140/2015 e no Código de Processo Civil, nos artigos 2º, inciso IV, e 166, respectivamente.

Tem-se como objetivo principal do princípio oportunizar as manifestações das partes, a apresentação de alegações, havendo um diálogo intermediado pelo

²⁶ Lei n. 29, de 29 de junho de 2009. Artigo 249-C do Código de Processo Civil português: “Exceção no que diz respeito ao acordo obtido, o conteúdo das sessões de mediação é confidencial, não podendo ser valorado como prova em tribunal salvo em caso de circunstâncias excepcionais, nomeadamente quando esteja em causa a protecção da integridade física ou psíquica de qualquer pessoa”. Disponível em: <<http://dre.pt/pdfs/2009/06/12300/0419204208.pdf>>. Acesso em: 8 set. 2014.

mediador, direcionando tais atos no sentido de uma composição amigável entre as partes que construirão livremente o seu pacto de fim à lide – exatamente para se permitir essa liberdade às partes é que se afasta o formalismo em sua plenitude, mantendo-se obviamente atos necessários e indispensáveis para possibilitar o procedimento e registrar o resultado.

Também quanto ao procedimento, e ao mesmo tempo afeto aos atos do mediador, identifica-se o **princípio da isonomia entre as partes**, o qual, também, pode ser traduzido em igualdade entre as partes. Em sua essência, seu objetivo é assegurar que as partes recebam tratamento igualitário sem que ocorram distinções, preferências ou favorecimentos de qualquer parte.

No Código de Processo Civil brasileiro, não houve tratamento específico ao se referir à mediação, utilizando-se, para ela, da palavra isonomia. Contudo, em momento prévio e geral a todos os procedimentos que o Código regula, utilizou-se de outra expressão, com a finalidade mesma de assegurar às partes igual tratamento: “paridade de tratamento”, conforme o artigo 7º²⁷. Esse tratamento estende-se a todos os procedimentos judiciais alcançados pelo Código de Processo Civil. Na Lei n. 13.140/2015, o princípio veio expresso no inciso II do artigo 2º. Identifica-se que, tanto no Código de Processo Civil brasileiro como na mencionada lei, as nomenclaturas sejam de cunho mais técnico. Pretendendo-se o mesmo alcance, ocorre o uso da expressão “igualdade das partes”.

106

A expressão “igualdade das partes” tem referência muito ampla, a qual, trazida ao meio científico, reveste-se de imprecisão. Basta dizer que, na exatidão da expressão, não existem iguais. Exemplificando: entre pessoas, ainda que gêmeos, um nasceu alguns segundos antes do outro, ou mesmo pensam diferentemente, logo são diferentes. Alterando-se o exemplo para pessoas jurídicas, resta que estas jamais poderão ostentar os mesmos dados, como CNPJ etc. – portanto, são diferentes. Poder-se-ia estender os exemplos, vinculando-os a objetos diversos, mas, ainda assim, basta para isso aplicar questionamentos envolvendo características físicas e temporais para demonstrar as diferenças. Assim, resta especificado que a utilização da expressão “isonomia entre as partes” diz respeito ao tratamento isonômico, respeitando-se as características de cada um, e não que sejam exatamente iguais.

Considerando-se, hipoteticamente, a ocorrência de violação à isonomia entre as partes em uma mediação ainda que extrajudicial, esta não se convalida. E, ainda, muito menos se exclui a possibilidade de vir a ser submetida a questionamentos na via judicial, identificando-se o vício naquela via.

²⁷ Código de Processo Civil: “Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

Por fim, ainda caracterizando especificamente formalidade procedimental da mediação, tem-se o **princípio da decisão informada**, expresso no artigo 166 do Código de Processo Civil, que tem por fundamento a devida informação às partes de todo o procedimento da mediação, dos demais princípios que a regem e das consequências das decisões que livremente externarão, restando claros os efeitos do termo final. Trata-se, na verdade, de uma forma de deixar as partes esclarecidas antes de tomarem as decisões, desde a opção pela utilização da mediação até, essencialmente, os efeitos do pacto que vier a ser gerado ao final. Evita-se, assim, qualquer alegação de desconhecimento ou de que tenha sido surpreendido por uma situação imprevista.

Pode-se identificar nesse princípio uma perfeita sintonia com o da autonomia da vontade, o qual, para se consolidar, depende do cumprimento do primeiro. Veja-se que a expressão da vontade está relacionada à inexistência de vício de erro quanto àquilo que desconhece, razão pela qual a comunicação e o esclarecimento de todo o procedimento, de suas características, seus princípios e suas consequências.

Agora, caracterizando a atuação do mediador perante as partes e seus respectivos interesses, identifica-se o **princípio da imparcialidade**, pelo qual não se pode externar qualquer preferência em relação aos interesses de uma ou outra parte. Identifica-se que o mediador deve respeitar a exposição das partes e suas pretensões, sem, contudo, mostrar-se sequer simpático a uma delas. Até mesmo com relação às suas próprias opiniões, o mediador deve se calar, não permitindo ser identificada qualquer forma tendenciosa ou defesa de posicionamento. A imparcialidade é característica da neutralidade. A mínima interferência ou posicionamento acerca do mérito já corrompe a postura, culminando na violação à neutralidade. Em construção ampliada, o princípio da imparcialidade envolve não somente a ausência em favor de uma das partes, mas também a posição de neutralidade, ou seja, o mediador também não poderá se posicionar em defesa de uma outra pretensão, mas sim manter-se neutro em relação a eventuais possíveis pretensões ou soluções. Deve-se permitir a escolha isenta pelas partes da solução que melhor lhes aprez.

Como a atividade do mediador também possibilita que este aponte os pontos controvertidos e até mesmo apresente proposta de solução para o litígio, verifica-se que, nesse momento, há uma linha tênue e que se aproxima muito da quebra de neutralidade. Não haverá violação ao princípio se a apresentação da proposta for feita de forma clara, demonstrando sua construção diante dos fatos apresentados pelas próprias partes e com base na lei, sem exarar a preferência do mediador, mas tão somente outra opção a escolherem livremente, culminando assim para a construção da solução.

No Código de Processo Civil brasileiro, além de ser expresso o princípio no artigo 166, há o tratamento específico dos mediadores quanto ao impedimento no artigo 170 e com relação à suspeição no artigo 173. As hipóteses têm tratamento

também em outro momento no Código, nos artigos 144 a 148. Destaca-se que a disposição que determina que os mediadores sejam sujeitos às hipóteses de impedimento e suspeição decorre de disposição no artigo 148, quando, em seus incisos II e III, trata de alcançar os demais participantes do processo²⁸. Quanto à Lei n. 13.140/2015, além de elencar o princípio da imparcialidade no inciso I, do artigo 2º, no parágrafo único do artigo 1º, traz como característica do mediador a expressão: “terceiro imparcial”. Dessa forma redundante, destaca-se até mesmo a importância do princípio para o instituto da mediação. Ainda na mesma lei, dispõe-se expressamente, no artigo 5º, disposição determinando a aplicação das mesmas regras de impedimento e suspeição, afetas ao juiz, ao mediador. Assim dispondo, obviamente que se reporta às regras do Código de Processo Civil, nos artigos 144 a 148. Por fim, de forma extensiva às hipóteses de impedimento e suspeição trazidas pelo Código de Processo Civil, tem-se disposto no parágrafo único do artigo 5º da Lei o dever do mediador em revelar às partes, antes mesmo de aceitar o encargo, qualquer fato que possa suscitar dúvida com relação à imparcialidade, sujeitando-se à sua eventual rejeição.

A CAPACITAÇÃO E A RESPONSABILIDADE DO MEDIADOR

108

Deve-se admitir que a atividade de mediador, do modo como vem sendo reconhecida no ordenamento, com atribuições perante litígios judiciais e extrajudiciais, demanda qualificação e profissionalização. Veja-se que não é produtivo que cada mediador desenvolva sua própria técnica e empregue seus próprios métodos sem que haja um mínimo de controle ou aperfeiçoamento, o que pode acarretar até mesmo o desprestígio daqueles que apresentem poucos resultados diante da expectativa. Trata-se da especialidade para maximização de resultados benéficos.

No tocante à formação do mediador e às suas aptidões e capacidade técnica de assumir o encargo, a mencionada lei portuguesa n. 29/2009 reuniu tais características e qualidades no princípio da competência, instituído no artigo 8º, sem que inicialmente fosse exigida qualquer qualificação inicial, mas dispôs que “(...) o mediador de conflitos, a fim de adquirir as competências adequadas ao exercício da sua atividade, pode frequentar ações de formação que lhe confirmam aptidões específicas, teóricas e práticas, nomeadamente curso de formação de mediadores de conflitos realizado por entidade formadora certificada pelo Ministério da Justiça”.

No sistema brasileiro, a Lei n. 13.140/2015 distinguiu as atuações do mediador, sendo que, para o âmbito extrajudicial, o artigo 9º cuidou em determinar que seja o mediador capaz em seu sentido lato, detentor de confiança das partes,

²⁸ Código de Processo Civil: “**Art. 148.** Aplicam-se os motivos de impedimento e de suspeição: II – aos auxiliares da justiça; III – aos demais sujeitos imparciais do processo”.

e prosseguiu dizendo que seja “capacitado para fazer mediação” sem a necessidade de estar integrado a qualquer entidade ou conselho²⁹. Diferentemente, na atuação judicial, a lei, no artigo 11, estatui que o mediador, além de ter capacidade em sentido lato, seja graduado há pelo menos dois anos e, ainda, que tenha se capacitado como mediador em curso reconhecido “pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – Enfam ou pelos tribunais”³⁰. Esse cuidado realmente se faz necessário! Essa assertiva pode ser corroborada por aqueles que empiricamente participaram no passado das audiências trabalhistas, com a presença dos denominados Juízes Classistas. A experiência comprova que, em muitas situações, a falta de preparo desses nomeados trazia mais discórdia e mesmo demérito para a atividade.

Quanto ao Código de Processo Civil brasileiro, ao tratar da mediação na via judicial, dispôs também determinando a formação do mediador, conforme previsto no artigo 167, § 1º, em curso de capacitação com “parâmetro curricular definido pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério de Justiça”³¹. Esse cuidado na preparação do profissional de mediação visa, obviamente, à maximização de frutos a serem obtidos com a técnica, haja vista que outrora, em tentativas de conciliação dirigidas pelos magistrados, não se possa afirmar que grandes êxitos tenham sido alcançados, o que é óbvio, pois um dos grandes trunfos se lastreia exatamente na confidencialidade, o que não é possível para o magistrado que dirimirá o conflito a ser adstrito a tal princípio, isolando e ignorando a comprovação de fatos em sua presença.

Com relação à responsabilidade do mediador, a lei portuguesa foi específica e, no artigo 8º, declarou a responsabilidade civil do mediador nas hipóteses em que violar os deveres da atividade, devendo responder pelos danos causados.

No ordenamento brasileiro, o Código Civil tem disposição capaz de alcançar a responsabilidade de todo aquele que violar direito e causar dano, a exemplo

²⁹ Lei n. 13.140/2015: “**Art. 9º** Poderá funcionar como mediador extrajudicial qualquer pessoa capaz que tenha a confiança das partes e seja capacitada para fazer mediação, independentemente de integrar qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação, ou nele inscrever-se”.

³⁰ Lei n. 13.140/2015: “**Art. 11.** Poderá atuar como mediador judicial a pessoa capaz, graduada há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação e que tenha obtido capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores, reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – Enfam ou pelos tribunais, observados os requisitos mínimos estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça”.

³¹ Código de Processo Civil: “§ 1º Preenchendo o requisito da capacitação mínima, por meio de curso realizado por entidade credenciada, conforme parâmetro curricular definido pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça, o conciliador ou o mediador, com o respectivo certificado, poderá requerer sua inscrição no cadastro nacional e no cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal”.

do disposto em seu artigo 186. Contudo, o Código de Processo Civil cuidou em acrescentar outras disposições, trazidas pelo artigo 173, com responsabilidades para o mediador que agir de modo errado na condução da mediação ou mesmo violar seu dever de confidencialidade. Assim, interpretando-se as duas disposições, no direito civil e no processual civil, seja pela forma mais ampla em que o mediador causar dano, seja, ainda, especificamente em violação ao dever de confidencialidade, há responsabilidade do mediador em virtude de seus atos.

MEDIAÇÃO E FORMAÇÃO DO TÍTULO EXECUTIVO

Fatores de grande importância em todo o ordenamento jurídico nascem exatamente na possibilidade de satisfatividade e celeridade. Desde a elaboração da Constituição Federal de 1988, a capacidade de satisfazer às partes e dar celeridade aos procedimentos em geral tem detido parte do foco das atenções dos juristas e do legislador, de tal modo que diversas reformas na legislação, em geral, buscaram exatamente contemplar esses anseios.

Com relação à Lei Portuguesa n. 29/2009, há disposição acerca da executividade do acordo advindo de mediação, asseverando que este não tem a necessidade de homologação judicial, ressalvadas as hipóteses em que os litígios não possam ser objeto de mediação, bem como se a lei exigir homologação judicial. Essa disposição entabulada no artigo 9º estende-se aos acordos de mediação obtidos em outros estados-membros da União Europeia, desde que em tais estados tal acordo tenha força executiva.

No Brasil, deve-se analisar a questão separando-se a esfera extrajudicial da judicial, produzindo-se nesta última, havendo a composição por meio da mediação, um termo, nos próprios autos, que segua para homologação do juiz; consequentemente, trata-se de título judicial, procedendo-se ao seu cumprimento forçado pela mesma via, caso não adimplido a contento. Há, no entanto, justa ressalva em relação a direitos indisponíveis, mas transigíveis, para os quais a Lei n. 13.140/2015, § 2º, do artigo 3º, dispõe acerca da necessidade de oitiva do Ministério Público, seguindo-se para a homologação do juiz.

Na esfera extrajudicial, também se lavra o termo de mediação, contudo seu tratamento, por não estar em processo judicial, é um pouco diferenciado, ainda que com resultado final idêntico: a busca judicial para adimplemento forçado se não adimplido espontaneamente. Com relação aos títulos executivos extrajudiciais, o Código de Processo Civil brasileiro, ao tratar deles, reconhece como tal o instrumento de transação referendado pelo mediador credenciado por tribunal, no inciso IV, do artigo 784. Observa-se que, nessa hipótese, o mediador deva ser credenciado no tribunal. Diferentemente, a Lei n. 13.140/2015 não trouxe tal requisito de o mediador ser credenciado em tribunal, nas hipóteses extrajudiciais, como se interpreta inicialmente da disposição do já citado artigo 9º desta lei, o

qual, em disposição expressa, excluiu qualquer necessidade de integrar conselho, entidade de classe ou associação ou nele inscrever-se, e, ainda, na mesma lei, culminou-se com a disposição do parágrafo único do artigo 20, que qualificou o termo final de mediação, nessa hipótese extrajudicial, em “título executivo extrajudicial”. Essa disposição encontra reconhecimento e aplicabilidade também no Código de Processo Civil, posto que este, no inciso XII, do artigo 784, reconhece a condição de título executivo extrajudicial àquele que “a lei atribuir força executiva”.

Entende-se que, seja na via judicial, seja na extrajudicial, a mediação alçará a condição de título executivo, diferindo o procedimento de cumprimento de sentença na primeira hipótese e execução na segunda. Poder-se-ia imaginar inovação no sentido de se dispensar a homologação pelo juiz, mas, em contrapartida, perdem-se as vantagens de celeridade do cumprimento de sentença, que não depende de nova distribuição de ação, tampouco citação e obediência a prazos, além de se submeter a execução de título extrajudicial a eventuais embargos, o que compromete a celeridade. Finaliza-se por reconhecer as vantagens da homologação no termo de mediação na via judicial.

A QUESTÃO DA CONFIDENCIALIDADE E A PUBLICIDADE QUANDO ENVOLVER A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Como abordado anteriormente, a confidencialidade é princípio da mediação, e mais: pode-se dizer que um dos grandes atributos e atrativos para o bom êxito da mediação situa-se na possibilidade de discutir as possibilidades para as partes sem que, na oportunidade, se produza prova contrária aos interesses destas, pois trata-se de um ambiente de liberdade, para a busca de solução consensual, portanto não adstrita a pressões e possibilidades de assunção de riscos e futuros danos.

Apesar de o princípio da confidencialidade ser um dos norteadores da mediação, há uma situação em que, aparentemente, poder-se-ia identificar a colisão de princípios. Trata-se da hipótese em que uma das partes seja pertencente à esfera pública. Sabe-se que o artigo 37 da Constituição Federal instituiu que na administração pública, direta e indireta, na União, no Distrito Federal ou nos estados e municípios, será “obedecido” o princípio da publicidade. Decorre da disposição que todos os atos da administração pública devem se revestir da publicidade, permitindo-se o acesso a seu conteúdo.

Em se tratando da mediação ocorrida com algum ente da administração pública, sendo esta na esfera judicial, o problema inexistente em face da publicidade do processo, no qual constam os termos da mediação ocorrida.

Pode-se identificar que, na hipótese judicial e valendo também para a extrajudicial, partindo-se da condição de presente algum ente da administração pública, somente no que diz respeito àquilo que se discorreu durante a mediação

e protegido pela confidencialidade, este não estaria sujeito à publicidade. Contudo, trata-se de um ponto que pode se tornar nevrálgico ao se insistir que a publicidade está presente em todos os atos, até mesmo naqueles que antecedem uma decisão ou composição, como revelar o conteúdo da discussão durante a mediação.

Em uma primeira situação, sendo o direito à confidencialidade afeto às partes, com o consenso dessas, pode-se revelar o conteúdo, não existindo, assim, o problema. Este se ergue na medida em que se pretende preservar o direito à confidencialidade das informações durante a mediação, o que leva à reflexão acerca do alcance desse princípio e seu objeto específico, bem como da extensão do princípio da publicidade.

As informações exaradas durante a mediação, via de regra, são protegidas pela confidencialidade, eis que esta se torna inclusive inerente ao instituto. Para comprovar, basta imaginar o inverso, em que todos os fatos externados durante a mediação estivessem expostos à possibilidade de produção de prova, estar-se-ia diante do instituto da confissão, descaracterizando e, inclusive, inviabilizando a existência do instituto da mediação. Pode-se afirmar que a confidencialidade dos atos durante a mediação é inerente ao próprio instituto, como condição *sine qua non*. Por sua vez, a publicidade na administração pública está relacionada aos seus atos, alcançando os motivos e fundamentos dos atos, que, na hipótese da mediação, se exteriorizarão no termo final, o que não traz dano ao instituto da mediação e, muito menos, às partes, vez que esta já ocorreu. Não se vislumbra admitir a publicidade dos fatos externados durante a mediação antes de que esta ocorra, sob pena de desqualificar o próprio instituto em sua essência e inviabilizando o fim a que se destina.

Como o termo final, em sede judicial, acompanha a publicidade dos processos em geral, resta a hipótese extrajudicial, em que as partes realizam a mediação alcançando o termo final, mas que não há interesse na divulgação do resultado. Nessa hipótese, em havendo ente público, como uma das partes, não se vislumbra a prevalência da confidencialidade extensível até mesmo ao termo final, em relação ao princípio da publicidade. Trata-se de uma hipótese em que deve haver sujeição do interesse privado, ao público, no seu sentido amplo. Ademais, uma vez a questão já resolvida pela mediação, a publicidade não teria a possibilidade de gerar danos em relação ao pacto e ao instituto.

Há uma situação análoga, que envolve a arbitragem, sendo que, nesta, ocorreu a expressa disposição legal, no sentido de que haverá a obediência ao princípio da publicidade, nas hipóteses de presente a administração pública. A essa disposição, foi acrescido o artigo 1º da Lei n. 13.129/2015, que alterou o § 3º do artigo 2º da Lei n. 9.307/96. Verifica-se que, nessa situação análoga, o resultado se dará pela prevalência do princípio da publicidade.

A MEDIAÇÃO E A POSSIBILIDADE DE SATISFAÇÃO DAS PARTES

Evidentemente, a pretensão de satisfação de toda a sociedade é um objetivo praticamente intrínseco da lei e é provável seja o grande ensejador de tantas alterações legislativas que se evidenciam no Brasil.

Apesar de o Código de Processo Civil ter sido objeto de extensas discussões pretéritas, no mesmo ano em que fora promulgado o foi também a Lei n. 13.140/2015, com extensa normatização sobre a mediação.

Buscar que as pessoas envolvidas no conflito construam sua própria solução para dirimir o conflito revela-se como uma excelente forma de composição, capaz de trazer efetiva pacificação, uma vez que a solução não imposta, como é a hipótese da sentença prolatada, mas construída pelos interessados, ainda que sendo elevada ao nível de executividade, se necessária sua imposição para cumprimento, mas, ainda diante disso, a norma específica, aquela que passa a reger o litígio, foi construída e aceita pelos envolvidos. Quando da edição do vigente Código de Processo Civil, em sua exposição de motivos do anteprojeto³², pode-se identificar expressamente, na página 22, que o objetivo de satisfação das partes foi um dos motivadores, posto que se entendeu que a solução construída ou criada pelas partes é melhor do que a imposta pelo juiz. Veja-se:

2. Pretendeu-se converter o processo em instrumento incluído no **contexto social** em que produzirá efeito o seu resultado. Deu-se ênfase à possibilidade de as partes porem fim ao conflito pela via da mediação ou da conciliação. Entendeu-se que a *satisfação efetiva* das partes pode dar-se de modo mais intenso se a solução é por elas criada e não imposta pelo juiz.

113

Acertadamente, os legisladores identificaram o objetivo de atender à efetiva satisfação das partes com o uso da mediação. A possibilidade de os envolvidos na lide construírem conjuntamente a solução para dirimir o conflito, uma vez que não se trata de decisão imposta por outrem, como o juiz, culmina por anular a obrigatoriedade no formato de sujeição à ordem da sentença, passando a ser a assunção de um compromisso construído pelas próprias partes, que passam a ter o interesse de honrá-lo. Veja-se que nasce algo novo, capaz de unir os envolvidos em um interesse comum de honrar o compromisso que estes construíram. Tal compromisso assumido passa a desempenhar a dupla função de dirimir a lide e exarar a vontade das partes envolvidas.

Em face das recentes modificações, apesar de o instituto já existir no ordenamento, reconhece-se que, no Brasil, a edição de lei nova e sua divulgação

³² Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, p. 22. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 4 set. 2014.

acarreta um fenômeno social interessante, que se principia com os constantes comentários, divulgação do tema e até mesmo certa vontade de se utilizar do instituto, como em voto de fé em sua eficácia. Não há dúvida de que, diante de duas edições legislativas do mesmo instituto, sua ampla divulgação trará excelentes efeitos, entre eles produzir celeridade na atividade de dirimir os conflitos, seja na busca da conciliação por meio de mediação em processos já existentes, seja antecedendo a judicialização, possibilitando-se, em ambas as hipóteses, desafogar o judiciário do volume de processos.

Uma vantagem que também merece destaque reside no fato de que, com a ocorrência de acordo de vontades e finalização do litígio, homologando-se, resta estabilizada a decisão, não atacável por recurso, em face da ausência do pressuposto do interesse jurídico, que preconiza que o recorrente deve demonstrar em que teria sido sucumbente. Veja-se que, em um acordo, não mais se contempla a posição de perdedor ou sucumbente, exatamente por representar uma assunção de vontades, ou seja, exatamente a pretensão final das partes fora atendida, ainda que divergente da pretensão inicial, mas, de qualquer forma, por elas assumida em consenso.

O Código de Processo Civil buscou possibilitar diversos momentos para serem realizadas a conciliação e a mediação. Veja-se que, logo de início, o Código dispôs no § 3º, do artigo 3º, que os juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público devem estimular as partes à utilização de métodos de solução consensual de conflitos³³. Identifica-se que a audiência para a mediação pode se realizar até mesmo em antecedência à contestação, como disposto nos artigos 334 e 335 do Código de Processo Civil. Já na exposição de motivos do Anteprojeto do novo Código de Processo Civil, foram feitas citações de doutrinadores que trouxeram a experiência benéfica de outros países com a utilização de técnicas de composição amigável até mesmo antes do processo judicial, como os conhecimentos citados de Barbosa Moreira³⁴:

A criação de condições para realização da transação é uma das tendências observadas no movimento de reforma que inspirou o processo civil alemão. Com efeito, explica BARBOSA MOREIRA que “já anteriormente, por força de uma lei de 1999, os órgãos legislativos dos ‘Lander’ tinham sido autorizados, sob determinadas circunstâncias, a exigirem, como requisito de admissibilidade da ação, que se realizasse prévia tentativa de conciliação extrajudicial. Doravante, nos termos do art. 278, deve o

³³ Código de Processo Civil: § 3º – A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

³⁴ Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, p. 22. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 4 set. 2014.

tribunal, em princípio, levar a efeito a tentativa, ordenando o comparecimento pessoal de ambas as partes. O órgão judicial discutirá com elas a situação, poderá formular-lhes perguntas e fazer-lhes observações. Os litigantes serão ouvidos pessoalmente e terá cada qual a oportunidade de expor sua versão do litígio...” (*Breves notícias sobre a reforma do processo civil alemão*, p. 106).

Não se vislumbra objetivo de criar uma alternativa inferior ao processo judicial, mas sim uma forma de pacificação social, possibilitando às pessoas em conflito que busquem soluções alternativas à solução de lides, por elas próprias ou até mesmo com a ajuda de um mediador. Acredita-se que a solução judicial da sentença, apesar de pôr fim à lide formalmente, pode não a extinguir de fato, pois, se as partes ou uma delas não aceita o resultado imposto, em sua convicção restará que não foi solucionado o conflito, ao contrário, na sua visão, que até pode estar correta, talvez tenha havido injustiça, o que representa nova ferida social.

O objetivo de buscar a conciliação é sublime e deve ser perseguido com esforço e empenho, não só por extinguir o conflito, mas também por produzir educação de convivência e nova cultura com relação à construção de soluções para os problemas conflituosos.

Na comunidade europeia, houve a preocupação em não valorar qual o meio seria mais importante ou valioso, evitando-se questionamentos não construtivos, como se depreende da disposição da consideração de n. 19 da Directiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de Maio de 2008³⁵:

(19) A mediação não deverá ser considerada uma alternativa inferior ao processo judicial pelo facto de o cumprimento dos acordos resultantes da mediação depender da boa vontade das partes (...).

Há que se ressaltar que a vontade das partes tem sim sua soberania exaltada nas hipóteses em que a disposição de direito é permitida, de forma que o ato jurisdicional, após feito o acordo, restringe-se a avaliar se a vontade das partes está nos devidos limites, passando-se a homologar o pacto.

Outro objetivo latente na apresentação da mediação diz respeito à celeridade na solução do conflito. Realmente, ainda que a mediação se dê na via judicial, tendo logrado êxito, ocorre um grande abreviamento do prazo que delongaria na continuidade do processo, fator esse inegavelmente benéfico não só às partes envolvidas, mas também, na óptica da celeridade, contribui para a redução dos processos pendentes de solução, otimizando-se o ambiente em relação aos demais.

³⁵ Directiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de maio de 2008. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32008L0052>>. Acesso em: 6 set. 2014.

Com objetivos tão promissores de resultados benéficos, não se pode descuidar de que a mediação não pode ser desvirtuada, sendo manejada de forma a se apresentar como única alternativa em termos de celeridade e segurança, à solução de um conflito, que, pelas vias judiciais, delongaria imenso tempo e com resultado imprevisível. Tal postura deve ser combatida, pois desvirtua os objetivos do instituto e, ainda, expõe a imagem do Judiciário de forma pejorativa e, ainda, impede a produção do caráter pedagógico que incentiva as pessoas a se relacionarem na busca da solução direta de seus conflitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sem dúvida, o instituto da mediação tem grande importância não só na busca de uma decisão que contemple a vontade das partes envolvidas em litígio, mas também, e fundamentalmente, segundo nosso entendimento, no sentido de promover uma aproximação entre essas pessoas, possibilitando-lhes sanar definitivamente o conflito entre si.

Verifica-se que a aplicação dos princípios específicos da mediação é indispensável na formação de um ambiente isento e propício ao diálogo entre as partes, com a participação do mediador, no objetivo de construir uma proposta aceitável e que ponha termo ao litígio.

116

Cumpramos realçar que um dos grandes, se não o maior, benefícios resultantes da mediação, quando alcança seu objetivo a contento, é exatamente a aproximação das partes litigantes, o que se acredita, definitivamente, pôr termo ao litígio. O fundamento é que, nas hipóteses de sentença judicial, não se pode atender aos interesses dos litigantes simultaneamente, restando sempre certa insatisfação e o resquício da questão mal resolvida, presente mesmo naqueles casos cujos fatos apontam para a derrota e, ainda assim, não a aceitam e, quando não suficientemente convencidos, mantêm consigo o sentimento de injustiça, o que de certa forma representa que a lide não se dirimiu por completo. Por pactuarmos do entendimento de que a sociedade pode ser vista como um todo, funcionando harmoniosamente, reconhecemos que a lide incomoda essa harmonia e, assim, a estabilidade somente retornará com a total e completa solução, convencendo essencialmente as partes do resultado. Por tal razão, vislumbramos no pacto resultante da mediação que pode trazer o efeito de harmonia, tal como antes da lide, em face da insatisfação mínima diante do pacto construído em participação e convencimento conjuntos.

REFERÊNCIAS

ABREU, Rogério Roberto Gonçalves de; BARBOSA, Joyce de Matos. O instituto da mediação parte I. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, abr./jun. 2009.

ABREU, Rogério Roberto Gonçalves de; BARBOSA, Joyce de Matos. O instituto da mediação parte II. *Revista de arbitragem e mediação. Revista dos Tribunais*, São Paulo, jul./set. 2009.

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 32, n. 2: 93-118, jul./dez. 2016

Aspectos da mediação no Código de Processo Civil e atualidades da Lei n. 13.140/2015

ALVES, Marilene Melo Alves. Rio de Janeiro, 2010.

ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA. *Lei n. 29*, de 29 de junho de 2009. Disponível em: <<http://dre.pt/pdf1s/2009/06/12300/0419204208.pdf>>. Acesso em: 7 mar. 2011.

BRAGA NETO, Adolfo. Aspectos relevantes sobre a mediação de conflitos. Revista de arbitragem e mediação. Coord. Arnaldo Wald. São Paulo: RT, 2007, out./dez.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. *Código de Processo Civil: anteprojeto/ Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.

BREITMAN, Stella. PORTO, Alice Costa. *Mediação familiar – uma interpretação em busca da paz*. Porto Alegre: Criação Humana, 2001.

CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

COLAIACOVO, Juan Luís; COLAIACOVO, Cyntia Alexandra. *Negociação, mediação e arbitragem – teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CONSTITUIÇÃO POLÍTICA DO IMPÉRIO DO BRAZIL de 25 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 4 mar. 2011.

DECRETO N. 737, DE 25 DE NOVEMBRO DE 1850. Determina a ordem do juízo no processo comercial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DIM/DIM737.htm>. Acesso em: 4 mar. 2011.

DIRETIVA 2008/52/CE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO DE 21 DE MAIO DE 2008. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32008L0052>>. Acesso em: 6 set. 2014.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

LEI N. 968 DE 10 DE DEZEMBRO DE 1949. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1930-1949/L0968.htm>. Acesso em: 7 mar. 2011.

LOPES, Vitor Carvalho. Breves considerações sobre os elementos subjetivos da mediação: as partes e o mediador. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 26, ano 7, jul./set. de 2010.

MICHELON, Regina Maria Coelho. A mediação dos conflitos trabalhistas. In: OLIVEIRA, Angela. *Mediação – métodos de resolução de controvérsias*. São Paulo: LTr, 1999, p. 156-161.

SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

TAVARES, Fernando Horta. *Mediação e conciliação*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E OS LIMITES À LIBERDADE DE INFORMAÇÃO

HUMAN DIGNITY AND THE LIMITS TO FREEDOM OF INFORMATION

Christiano de Oliveira Taveira*

RESUMO

O presente artigo pretende analisar o conflito aparente entre o princípio da dignidade da pessoa humana e a liberdade de informação. Primeiro, apresentar-se-á uma nota introdutória acerca do conteúdo da dignidade humana. Depois, serão examinados alguns importantes casos das Cortes estrangeiras, especialmente da Suprema Corte americana e da experiência constitucional alemã. Por fim, há de se formular alguns *standards* de ponderação a serem apreciados no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Dignidade da Pessoa Humana; Liberdade de informação; *Standards* de ponderação.

ABSTRACT

This article intends to analyze the conflict between human dignity and freedom of information. First of all, will be introduced the content of human dignity. After that, will be presented some main cases of foreign Courts, specially American Supreme Court and German constitutional experience. Finally, will be formulated some standards of balancing to be appreciated in Brazil Law.

Keywords: Human Dignity; Freedom of information; Balancing.

INTRODUÇÃO: NOTAS SOBRE O CONTEÚDO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Elencada na Constituição de 1988 atual como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III), a dignidade da pessoa humana representa “um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas

* Mestre e Doutor em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Procurador do Estado e Advogado no Rio de Janeiro. Professor de Direito Constitucional do Centro de Estudos Jurídicos 11 de Agosto (CEJ) e da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (Emerj). Parecerista *ad hoc* da *Revista de Direito Administrativo (RDA)* e da *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM)*.

por sua só existência no mundo”¹. Trata-se, do ponto de vista jusfilosófico, da identificação do imperativo categórico de Immanuel Kant², que reafirma a ideia do “homem como um fim em si mesmo”³.

Juridicamente, o conteúdo da dignidade da pessoa humana se relaciona estreitamente ao “sentido nuclear” dos direitos fundamentais⁴, consistindo, portanto, em princípio informador de toda a sua “eficácia irradiante” para o texto constitucional⁵. Assume, nesse passo, papel de destaque na nova feição constitucionalista desenhada depois da Segunda Guerra Mundial, considerado o marco histórico para o resgate da proteção internacional dos direitos humanos⁶.

¹ Conforme Luís Roberto Barroso, em *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo* (São Paulo: Saraiva, 2009, p. 252): “a dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito quanto com as condições materiais de subsistência. O desrespeito a esse princípio terá sido um dos estigmas do século que se encerrou e a luta por sua afirmação, um símbolo do novo tempo. Ele representa a superação da intolerância, da discriminação, da exclusão social, da violência, da incapacidade de aceitar o outro, o diferente, na plenitude de sua liberdade de ser, pensar e criar”.

² Conforme Ana Paula Barcellos, em *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da Dignidade da Pessoa Humana* (Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 107): “pode-se dizer que, para Kant, o homem é um fim em si mesmo – e não uma função do Estado, da sociedade ou da nação – dispondo de uma dignidade ontológica. O Direito e o Estado, ao contrário, é que deverão estar organizados em benefício dos indivíduos”. a dignidade ontológica ou da nantais que lhe são uma análise pormenorizada da obra de KANT, ler: FERRY, Luc. *Kant. Uma leitura das três “críticas”*. Rio de Janeiro: Difel, 2009.

³ BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*, op. cit., p. 250: “A dignidade da pessoa humana é o valor e o princípio subjacente ao grande mandamento, de origem religiosa, do *respeito ao próximo*. Todas as pessoas são iguais e têm direito a tratamento digno. A dignidade da pessoa humana é a ideia que informa, na filosofia, o *imperativo categórico* kantiano, dando origem a proposições éticas superadoras do utilitarismo: a) uma pessoa deve agir como se a máxima da sua conduta pudesse transformar-se em uma lei universal; b) cada indivíduo deve ser tratado como um fim em si mesmo, e não como um meio para realização de metas coletivas ou de metas individuais. As coisas têm preço; as pessoas têm dignidade. Do ponto de vista moral, *ser* é muito mais do que *ter*”.

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002, p. 89-90: “A dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental que ‘atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais’, exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões (ou gerações, se assim preferirmos). Assim, sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á lhe negando a própria dignidade”.

⁵ SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 59-60: “(...) Nessa linha, o princípio da dignidade da pessoa humana representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas também toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade civil e do mercado. A despeito do caráter compromissório da Constituição, pode ser dito que o princípio em questão é o que confere unidade de sentido e valor ao sistema constitucional, que repousa na ideia de respeito irrestrito ao ser humano – razão última do Direito e do Estado”.

⁶ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 10-11: “No esforço de reconstrução dos direitos humanos do Pós-Guerra, há, de um lado, a emergência

Sob a óptica pós-positivista, reconhece-se que o princípio da dignidade da pessoa humana tem como núcleo elementar o chamado “mínimo existencial”, formado pelas condições materiais básicas para a existência da pessoa, ou seja, o conjunto de circunstâncias materiais mínimas a que todo homem tem direito⁷.

Na doutrina brasileira, o princípio vem sendo tema de intensa exploração no meio acadêmico⁸. Em sede de Direito Público, reconhece-se a dignidade humana como uma das justificações teóricas para a fruição de diversos direitos

do Direito Internacional dos Direitos Humanos, e, de outro, a emergência da nova feição do Direito Constitucional ocidental, aberto a princípios e a valores, com ênfase no valor da dignidade humana (...). Por sua vez, no âmbito do Direito Constitucional ocidental, testemunha-se a elaboração de textos constitucionais abertos a princípios, dotados de elevada carga axiológica, com destaque ao valor da dignidade humana”. Fábio Konder Comparato, em “Fundamento dos direitos humanos” (*Revista Consulex*, v. 48, dezembro de 2000), enaltece a dignidade humana como fundamento dos direitos humanos. Sublinhando as características essenciais inerentes a cada ser humano, como a liberdade, a autoconsciência, a sociabilidade, a historicidade e a unicidade existencial, preconiza o entendimento moderno de considerar o homem um fundamento de validade do ordenamento jurídico. Sustenta o doutrinador, com propriedade: “(...) a dignidade de cada homem consiste em ser, essencialmente, uma pessoa, isto é, um ser cujo valor ético é superior a todos os demais no mundo. O pleonasma da expressão direitos humanos, ou direitos do homem, é assim justificado, porque se trata de exigências de comportamento fundadas essencialmente na participação de todos os indivíduos no gênero humano, sem atenção às diferenças concretas de ordem individual ou social, inerentes a cada homem (...). A posição jurídica que engendra a titularidade dos direitos humanos é, pura e simplesmente, a existência do homem, sem necessidade alguma de outra precisão ou concretização” (p. 60-61).

⁷ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, v. 54, 2001, p. 72: “Dignidade da pessoa humana expressa um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio da humanidade. O conteúdo jurídico do princípio vem associado aos direitos fundamentais, envolvendo aspecto dos direitos individuais, políticos e sociais. Seu núcleo material elementar é composto do mínimo existencial, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade. Aquém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade. O elenco de prestações que compõem o mínimo existencial comporta variação conforme a visão subjetiva de quem o elabore, mas parece haver razoável consenso de que inclui: renda mínima, saúde básica e educação fundamental. Há, ainda, um elemento instrumental, que é o acesso à justiça, indispensável para a exigibilidade e efetivação dos direitos”. TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 36: “Não é qualquer direito mínimo que se transforma em mínimo existencial. Exige-se que seja um direito a situações existenciais dignas. (...) Sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais da liberdade. A dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados”. O autor elabora, na referida obra, um estudo detalhado sobre o mínimo existencial, passando por temas como a sua positivação e teoria, conceito e estrutura normativo.

⁸ Ver, entre outras obras: BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; ALVES, Cleber Francisco. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. O enfoque da doutrina social da Igreja*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

fundamentais, como a livre-manifestação do pensamento⁹. Contudo, na área civilista, vincula-se a dignidade à proteção dos direitos constitucionais de personalidade, como a honra, a imagem, a intimidade e a privacidade¹⁰. Consta-se, assim, que, em sua múltipla dimensão, a dignidade da pessoa humana atua como fundamento da liberdade de expressão e, concomitantemente, como agente limitador desta¹¹.

Em um primeiro momento, a designação da liberdade de expressão como “*direito mãe*” (*cluster right*) relaciona o seu exercício como condição elementar para a subsistência do indivíduo, ou seja, à sua existência digna¹². Do conceito *lato* de liberdade de expressão, derivam outras subespécies, como a liberdade de opinião, de informação, de imprensa e de radiodifusão, entre tantas. Aduz-se, dessa forma, que tais liberdades públicas, referentes à esfera comunicativa, seriam corolários do princípio da dignidade da pessoa humana¹³.

De outro viés, em um segundo momento, há de se reconhecer que, não sendo a liberdade de expressão – como qualquer outro princípio constitucional – revestida de um caráter absoluto, a dignidade humana acaba por constituir uma das principais limitações à liberdade do discurso (*free speech*). Nessa toada, há quem sustente que, sendo o princípio, na prática, um dos fundamentos para

⁹ Ver: FARIAS, Edilson. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e comunicação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 58-64.

¹⁰ Em meio a uma perspectiva do novo Direito Civil-Constitucional, os direitos de personalidade poderiam ser subdivididos em dois blocos: primeiro, os direitos à integridade física, como o direito à vida; secundariamente, os direitos à integridade moral, como a honra, imagem e privacidade. Sobre o tema, ver: TEPEDINO, Gustavo. Tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 1998. Para uma análise da proteção do nome, imagem e honra como elementos da personalidade, conferir: SOUZA, Sérgio Ricardo. *Controle judicial dos limites constitucionais à liberdade de imprensa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 42-55.

¹¹ V. MACHADO, Jónatas. Liberdade de programação televisiva: notas sobre os seus limites constitucionais negativos. In: SARLET, Ingo (Org.). *Direitos fundamentais, informática e comunicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 135. Ver, no mesmo sentido: MACHADO, Jónatas. *Liberdade de expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 361: “(...) Todavia, na medida em que o princípio da dignidade da pessoa humana pode funcionar como critério de limitação das liberdades de comunicação deve ser objecto de um rigoroso controlo. Em primeiro lugar, porque, se é certo que a dignidade humana pode constituir um limite às liberdades da comunicação, também o é que estas se deduzem daquele valor fundamental”.

¹² A expressão é de autoria de Jónatas Machado, em *Liberdade de programação televisiva: notas sobre os seus limites constitucionais negativos*. In: SARLET, Ingo (Org.). *Direitos fundamentais, informática e comunicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 105.

¹³ MACHADO, Jónatas. *Liberdade de Expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 359: “A liberdade de expressão em sentido amplo, como instrumento de autodefinição e autodeterminação individual, tem o seu escoramento na dignidade da pessoa humana, enquanto referida a sujeitos livres e responsáveis, dotados de competências racionais e moral-práticas insusceptíveis de instrumentalização, objectivação ou comodificação”.

a imposição de limitações negativas à liberdade de informação, seria por demais inadequado idealizá-lo como uma das “justificativas teóricas” da liberdade de expressão¹⁴.

Poder-se-ia questionar, diante de tal assertiva, se tal paradoxo não induziria à existência de uma ruptura no sistema jurídico, ante a aparente contradição que poderia advir de um conflito entre bens constitucionais correlatos. No entanto, o equacionamento do problema pode ser alcançado mediante a adoção de uma interpretação sistemática e da técnica da ponderação de interesses (*ad hoc balancing*), tantas vezes manejada pelos intérpretes do Direito¹⁵. Uma análise comparativa entre as experiências constitucionais norte-americana e alemã bem ilustra a questão¹⁶, como é possível conferir no tópico subsequente.

A LIBERDADE DE EXPRESSÃO EM SEDE DE DIREITO COMPARADO: A EXPERIÊNCIA CONSTITUCIONAL NORTE-AMERICANA E A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÃO

Como é cediço, a liberdade de expressão desfruta, no ordenamento norte-americano, de uma “posição preferencial” em relação aos demais bens constitucionais. Salvo raríssimas hipóteses, prevalece, ao ângulo do emissor da mensagem, o princípio geral da liberdade de informação¹⁷.

123

¹⁴ Em obra dedicada ao reconhecimento das justificações teóricas para a liberdade do discurso, Guy E. Carmi sublinha três argumentos em tal sentido: por um modelo clássico, a liberdade de expressão seria fundamentada na verdade, na autonomia e na democracia. A dignidade humana, por sua vez, tantas vezes invocada como fundamento para a limitação do *free speech*, acabaria sendo uma inimiga da liberdade, ou seja, um verdadeiro “Cavalo de Tróia”. CARMÍ, Guy E. Dignity – The enemy from within: a theoretical and comparative analysis of human dignity as a free speech justification. *Journal of Constitutional Law*, v. 9, n. 4, 2007, p. 974-975: “The nexus between human dignity and freedom of expression is problematic in nature. The inadequacy of human dignity as a principle justification for freedom of speech is reviewed for Frederick Schauer, who remarks that ‘there is little to be gained by thinking of the right to freedom of speech as but the instantiation of a more general right to dignity’ (...)”.

¹⁵ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 205: “(...) Como já foi dito a outro propósito, pertence à essência dos princípios gerais de Direito que eles entrem, com frequência, em conflito entre si, sempre que, tomados em cada um, apontem em soluções opostas. Deve-se, então, encontrar um compromisso pelo qual se destine, a cada princípio, um determinado âmbito de aplicação. Trata-se, pois, aqui de característica, acima elaborada, da mútua limitação dos princípios”.

¹⁶ Verificar, sobre o tema: KROTOSZYNSKI, Ronald J. *The first amendment in cross-cultural perspective: a comparative legal analysis of the freedom of speech*. Nova York: New York University Press, 2006.

¹⁷ Ver: SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos. Principais Decisões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. Pontifica o autor (p. 146-147): “Quando se confronta Liberdade de Imprensa e interesse do Estado, interesse público para ser mais específico, há uma tendência natural de se escolher a primeira opção. É natural que seja assim, afinal de contas a soberania reside no povo e aos instrumentos para mantê-lo bem informado devem ser franqueadas todas

Notadamente quanto ao denominado *free speech* (relacionado à liberdade de expressão *lato sensu*), predomina hodiernamente no cenário jurídico norte-americano a teoria da “posição preferencial” (*preferred position*), que indica, resumidamente, que, em um processo de ponderação de bens e interesses, a liberdade de expressão contida na Primeira Emenda teria um peso extra e posição de preferência em relação aos demais direitos constitucionais, presumindo-se, dessa forma, a sua legitimidade (*preferred balancing*). Assim sendo, tal liberdade somente poderia ser restringida na remota hipótese de primazia de outros valores constitucionais (*compelling interests*), devendo ser cabalmente demonstrada a necessidade de ponderação ou restringibilidade.

A concepção libertária da liberdade de expressão¹⁸, predominante nos Estados Unidos¹⁹, calca-se em duas premissas básicas de seu modelo constitucional: em primeiro lugar, tem como alicerce o caráter garantista da Primeira Emenda da Carta de 1787, conferido ao longo da história jurisprudencial da Suprema

as vantagens possíveis. Por outro lado, o Estado detém o poder, elabora atos normativos que não raro contrariam interesses e ferem direitos, por vezes constitucionais, e as medidas para contê-lo nem sempre são efetivas, por razões que descabe aqui enumerá-las. Nesse ambiente, é natural que se procure imprimir ao conjunto de direitos conhecido como *Bill of Rights* – que equivale, em termos, aos Direitos e Garantias Individuais da Constituição de 1988 – uma interpretação ampliativa, de modo que se construam alternativas para fazê-lo – tanto quanto possível – prevalecer. (...) Em linhas gerais (abstraindo-se o caso específico) ambos os *Justices* – Burger e Hugo Black – têm razão em suas observações acerca da Primeira Emenda. A Liberdade de Imprensa é sagrada, verdadeiro alicerce da Democracia. Por outro lado, não existe direito absoluto, e não se pode desconsiderar a relevância da segurança nacional. Qual a solução? Ela reside numa linha tênue que impõe ao hermenêuta perquirir cada situação específica, analisando o caso concreto, sopesando valores e adotando a decisão que melhor atende aos interesses da sociedade. Numa frase: somente o caso concreto pode dizer que valor prevalecerá, entretanto, a interpretação deverá sempre buscar a valorização dos direitos e garantias individuais, entre os quais se inclui o conjunto de Liberdades Públicas conhecido a partir do século XVIII e ampliado desde então”.

¹⁸ A concepção libertária, atualmente dominante no cenário jurídico norte-americano, baseia-se em três argumentos centrais na defesa de um “quase absolutismo” da Primeira Emenda: primeiro, sendo o governo um “inimigo da liberdade de expressão”, qualquer tentativa de regulação do discurso poderia constituir uma ameaça ao *free speech*; secundariamente, a Primeira Emenda deveria ser considerada um compromisso de “neutralidade” do governo, que não poderia promover uma discriminação entre “expressões de que goste” e “expressões que odeie” (como no caso de pornografia e *hate speech*); terciariamente, a liberdade de expressão não poderia se limitar à expressão política, haja vista a existência de um limite tênue entre o discurso “político” e o “apolítico”, que não poderia deixar de ser visto como uma forma de expressão. Conforme: SUNSTEIN, Cass. *A constituição parcial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 258-259.

¹⁹ Ver: POST, Robert. *Constitutional domains: democracy, community, management*. Cambridge: Harvard University Press, 1995. O autor percorre, com lastro em trabalhos de Filosofia, Sociologia e Teoria Política, a liberdade de expressão em uma sociedade democrática. Mediante uma visão libertária, trata dos limites a temas controvertidos como a regulação da pornografia, os discursos racistas e o direito à privacidade.

Corte; em segundo lugar, funda-se na centralidade ocupada pela autonomia da vontade, nos termos desenvolvidos pelo liberalismo clássico²⁰.

O ordenamento alemão, a seu turno, é marcado por dois traços marcantes de seu constitucionalismo: primeiro, a previsão expressa do princípio da dignidade da pessoa humana no corpo da Lei Fundamental²¹; secundariamente, a imposição do Tribunal Constitucional de uma ação estatal (*state action*) para assegurar as liberdades individuais contra a prática de atos a elas atentatórios, mesmo quando cometidos nas relações privadas²². A partir dessas características, pode-se estabelecer as principais distinções entre o tratamento jurídico conferido à liberdade de expressão na Alemanha e nos Estados Unidos, essencialmente importante para a proposta aqui abordada.

Em virtude da expressa adoção de uma raiz jusnaturalista²³, a jurisprudência sedimentada pelo Tribunal Constitucional Alemão – particularmente desenvolvida após o advento da Lei Fundamental de Bonn – concebe a Constituição como uma “ordem objetiva de valores”²⁴. Nesse passo, extrai-se do texto constitucional uma intensa carga axiológica que deve orientar o ordenamento jurídico e pautar todo o processo hermenêutico. Por esse aspecto, os direitos fundamentais assumiriam uma dúplice dimensão: em um primeiro momento, constituiriam direitos subjetivos dos cidadãos perante o Estado (ou seja, limitações estatais); e, em um segundo, traduziriam uma ordem objetiva de valores, capaz de orientar toda a atuação do Poder Público²⁵.

²⁰ Ressalta-se, nesse particular, entendimento filosófico que defende a possibilidade de restringibilidade de direitos fundamentais tão somente por direitos de cunho individual, e não por padrões comunitários. Ver: RAWLS, John. *O liberalismo político*. São Paulo: Ática, 2000, p. 348.

²¹ A Constituição Alemã de 1949, estabelece, logo em seu primeiro artigo, dentro do capítulo dedicado aos direitos fundamentais, a proteção da dignidade do ser humano, *verbis*:

“Art. 1º Dignidade do ser humano, caráter obrigatório dos direitos fundamentais para o poder público.

1. A dignidade do ser humano é intangível. Todos os poderes públicos têm a obrigação de respeitá-la e protegê-la.

2. Em consequência, o povo alemão reconhece ao ser humano direitos invioláveis e inalienáveis como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo.

3. A liberdade da pessoa é inviolável. Alterações de seus direitos somente podem ser provocadas, em virtude de uma lei”.

²² ALFORD, Roger P. Free speech and the case for constitutional exceptionalism. *Michigan Law Review*, v. 106, p. 1076-1077.

²³ Influenciado pelas barbáries cometidas durante o período nazista, o Tribunal Constitucional alemão passou a reconhecer, após o término da Segunda Guerra, a existência de um direito suprapositivo, acima do Estado, calcado em um Direito Natural. Admite-se, assim, que uma norma constitucional originária pode ser invalidada caso venha a violar algum desses valores transcendentais.

²⁴ Ver: Sentença de 20 de dezembro de 1960, BVerfGE, 12.

²⁵ BÖCKENFORDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden: Nomos, 1993, p. 96-138.

Prevista no artigo 1º da Lei Fundamental, a dignidade da pessoa humana se coloca como o valor central do Direito Constitucional germânico, dela derivando o exercício de todos os demais direitos fundamentais básicos, entre os quais a liberdade de expressão. Diferentemente, portanto, da experiência norte-americana, que atribui às liberdades consignadas na Primeira Emenda uma “posição preferencial”, na jurisprudência constitucional alemã, a dignidade humana é considerada o “mais fundamental de todos os direitos do homem”, não podendo ser violada em qualquer circunstância²⁶.

Em razão da “ordem de valores”, no processo de ponderação (*balancing*) adotado pela Corte Constitucional, quanto mais próximo da dignidade humana se situar o interesse constitucional, maior deverá ser o seu grau de proteção conferido pelo Estado. Assim, por exemplo, no ordenamento alemão, a liberdade de expressão e de religião também ocupam papel de destaque. Entretanto, na hipótese de conflito aparente entre tais liberdades e a dignidade humana, é esta que, em virtude de sua posição de primazia, terá uma posição jurídica *prima facie*²⁷.

Dois emblemáticos julgados ratificam tal posicionamento. No julgamento do caso conhecido como “soldados assassinos de Lebach”, em que se discutia a possibilidade de veiculação, por parte de emissora de televisão, de exibição de documentário acerca de crime de grande repercussão social, a Corte se deparou com um conflito entre a liberdade de expressão (em especial, a liberdade de imprensa) e a dignidade da pessoa humana (intangibilidade da esfera íntima de cidadão condenado pelo delito). Sob o argumento de que a exibição da imagem poderia prejudicar substancialmente o processo de reintegração do indivíduo à sociedade, uma vez que seria transmitida pouco antes do cumprimento da pena imposta ao acusado, entendeu o Tribunal Constitucional, com lastro no princípio da proporcionalidade, que, naquele caso específico, a liberdade de informação televisiva deveria ser restringida pelo direito à honra e à privacidade do cidadão²⁸.

126

²⁶ CARMI, Guy E. *Dignity versus liberty: the two western cultures of free speech*. 2008, p. 47-48. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1246700>>. Acesso em: 28 fev. 2010.

²⁷ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 586: “haverá que dizer, sem vacilar, que à vida humana e, do mesmo modo, à dignidade humana, corresponde uma escalão superior ao de outros bens, em especial os bens materiais. O Tribunal Constitucional Federal dá claramente uma prevalência valorativa, mesmo frente a outros direitos fundamentais, aos direitos de liberdade de opinião e de liberdade de informação, por causa do seu ‘significado, puro e simplesmente constitutivo’ para a convivência democrática”.

²⁸ BVerfGE 35, 203. Apesar de reconhecer uma posição de preferência, em tese, da liberdade de informação sobre a proteção da personalidade, asseverou a Corte Constitucional que nem sempre seria legítima a divulgação de imagens hábeis à identificação de autor do crime. Veja-se, nesse passo, que, apesar de o art. 5º da Lei Fundamental de Bonn garantir “a liberdade de imprensa e a liberdade de informação por rádio, televisão e cinema” (§ 1º), preceitua expressamente que “esses direitos têm por limites os preceitos das leis gerais, as disposições legais para proteção da juventude e o respeito da honra” (§ 2º).

O caso Lebach representa, segundo a jurisprudência, hipótese típica de proteção da dignidade humana fundamentada em um denominado “direito ao esquecimento”. Decisão muito semelhante à da Corte alemã, proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, reproduz o raciocínio empreendido. Discutia-se a possibilidade de veiculação de matéria jornalística a respeito de famoso episódio ocorrido no Rio de Janeiro popularmente conhecido como “Chacina da Candelária”. Cuidava-se, portanto, de típico conflito aparente entre a liberdade de informação e o direito à vida privada, intimidade e imagem de indivíduo considerado suspeito do crime. Em grau de Embargos Infringentes, o Tribunal manteve a condenação a título de dano moral e à imagem, sob o fundamento de que a centralidade da dignidade da pessoa humana passava por um “direito de ser deixado em paz”, na locução da jurisprudência norte-americana. Confirma-se, por oportuno, a respectiva ementa do acórdão, *in verbis*:

“Embargos Infringentes. Indenizatória. Matéria televisivo-jornalística: ‘chacina da Candelária’. Pessoa acusada de participação no hediondo crime e, [sic] alfirm, inocentada. Uso inconsciente de sua imagem e nome. Conflito aparente entre princípios fundamentais de Direito: Informação ‘vs.’ Vida Privada, Intimidade e Imagem. Direito ao esquecimento e direito de ser deixado em paz: sua aplicação. Proteção da identidade e imagem de pessoa não pública. Dados dispensáveis à boa qualidade jornalística da reportagem. Dano moral e dano à imagem: distinção e autonomia relativa. Indenização. Quantificação: critérios.

1. Trata-se de ação indenizatória por dano moral e à imagem, fundada não em publicação caluniosa ou imprecisa, mas no só revolver de fatos pretéritos que impactaram drasticamente a esfera da vida privada do autor – acusado que fora, injustamente, de participação na autoria de crime de ingloria lembrança, a ‘chacina da Candelária’. Por isto mesmo, não aproveita à ré a alegação de cuidado com a verdade dos fatos e sua não distorção – alegação que, conquanto veraz, não guarda relação com a causa de pedir.

2. Conquanto inegável seja o interesse público na discussão aberta de fatos históricos pertencentes à memória coletiva, e de todos os pormenores a ele relacionados, é por outro lado contestável a necessidade de revelarem-se nome completo e imagem de pessoa envolvida, involuntariamente, em episódio tão funesto, se esses dados já não mais constituem novidade jornalística nem acrescem substância ao teor da matéria vocacionada a revisitar fatos ocorridos há mais de década. Não é leviano asseverar que, atendido fosse o clamor do autor de não ter revelados o nome e a imagem, o distinto público não estaria menos bem informado sobre a Chacina da Candelária e o desarranjado inquérito policial que lhe sucedeu, formando uma vergonha nacional à parte.

3. Recorre-se ao juízo de ponderação de valores para solver conflito (aparente) de princípios de Direito: no caso, o da livre-informação, a proteger o interesse privado do veículo de comunicação voltado ao lucro, e o interesse público dos destinatários da notícia; e o da inviolabilidade da intimidade, da imagem e da vida privada. A desfiguração eletrônica da imagem do autor e o uso de um pseudônimo (como se faz, em observância a nosso ordenamento, para proteção de menores infratores) consistiria em sacrifício mínimo à liberdade de expressão, em favor de um outro direito fundamental que, no caso concreto, merecia maior atenção e preponderância.

4. Das garantias fundamentais à intimidade e à vida privada, bem assim do princípio basilar da dignidade da pessoa humana, extraíram a doutrina e a jurisprudência de diversos países, como sua derivação, o chamado ‘direito ao esquecimento’, também chamado pelos norte-americanos de ‘direito de ser deixado em paz’. Historicamente, a construção desses conceitos jurídicos fez-se a bem da ressocialização de autores de atos delituosos, sobretudo quando libertados ou em vias de o serem. Se o direito ao esquecimento beneficia os que já pagaram por crimes que de fato cometeram, com maior razão se deve observá-lo em favor dos inocentes, involuntariamente tragados por um furacão de eventos nefastos para sua vida pessoal, e que não se convém revolver depois que, com esforço, a vítima logra reconstruir sua vida.

De forma semelhante, em disputa judicial envolvendo a publicação de livro de romance denominado *Mephisto*, de Klaus Mann, novamente colocou-se em conflito a liberdade de expressão (especificamente a liberdade de manifestação artística) e o direito de personalidade da honra²⁹. Discutiu-se, no caso em apreço, se a veiculação de obra que supostamente ofendesse a imagem de indivíduo (o então falecido diretor teatral Gustav Gründer) poderia ser proibida, em virtude de proteção constitucional de bens de personalidade. Utilizando-se da ponderação de interesses, houve unanimidade quanto ao fato de a liberdade de expressão artística não se revestir de um caráter ilimitado³⁰. Todavia, a divergência apontada pelos julgadores dizia respeito à valoração dos fatos envolvidos na ponderação. Por apertada maioria, entendeu o Tribunal que, apesar de o texto constitucional proibir a censura, e a liberdade artística não se sujeitar aos “limites das leis gerais” do item 2, do artigo 5º, da Lei Fundamental, a diminuição da dignidade humana do cidadão, por ter uma significativa dimensão de peso, justificaria uma proibição à divulgação da obra.

5. Analisado como sistema que é, nosso ordenamento jurídico, que protege o direito de ressocialização do apenado (art. 748 do CPP) e o direito do menor infrator (arts. 17 e 18 do ECA), decerto protegerá também, por analogia, a vida privada do inocente injustamente acusado pelo Estado.

6. O direito de imagem não se confunde com o direito à honra: para a violação daquele, basta o uso inconsciente da imagem, pouco importando se associada ou não a um conteúdo que a denigra. Não sendo o autor pessoa pública, porque a revelação de sua imagem já não traz novidade jornalística alguma (pois longínqua a data dos fatos), o uso de sua imagem, a despeito da expressa resistência do titular, constitui violação de direito a todos oponível, violação essa que difere da ofensa moral (cf. art. 5º, V, da CF).

7. Tomando em linha de conta a centralidade do princípio da dignidade da pessoa humana, a severidade dos danos decorrentes da exibição do programa televisivo na vida privada do autor (relançado na persona de ‘suspeito’ entre as pessoas de sua convivência comunal), e o conteúdo punitivo-pedagógico do instituto da indenização por dano moral, a verba aparentemente exagerada de R\$ 50.000,00 se torna adequada – tanto mais em se tratando do veículo de comunicação de maior audiência e, talvez, de maior porte econômico. Desprovemento do recurso” (Processo n. 2009.005.00079, 19ª Câmara Cível, Relator Des. Marcos Alcino A. Torres, julgado em 26 de maio de 2009).

²⁹ BVerfGE 30, 173. O art. 5.3 da Lei Fundamental dispõe que “são livres as expressões artística e científica, a investigação e o ensino”.

³⁰ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 584: “ Todos estavam de acordo em que o art. 5º, parágrafo 3, da Lei Fundamental, atribui ao artista, como indivíduo, um direito fundamental e que este direito fundamental não está sujeito aos limites das leis gerais, das disposições legais para proteção da juventude e do direito à honra pessoal, mencionados no art. 5º, parágrafo 2, da Lei Fundamental. Isto não significa, contudo, que o direito fundamental da liberdade artística não tenha qualquer limite, mas tão só que os seus limites haveriam de estar determinados pela própria Constituição. A liberdade artística pode, por isso, entrar em conflito com a também jurídico-constitucionalmente protegida esfera da personalidade. Todos os juízes estiveram de acordo em que, num tal caso, tinha que haver lugar a uma ponderação ‘sobre a base das circunstâncias concretas do facto em questão’”.

Depreende-se, dessa forma, que, apesar de ostentar, em tese, uma posição *prima facie* em relação a bens de personalidade, certo é que, diante de um caso concreto que envolva preferencialmente a dignidade da pessoa humana, no ordenamento alemão, esta desfrutará de uma primazia sobre a liberdade de expressão e demais direitos correlatos (liberdade de opinião, de imprensa, de manifestação artística, entre outros).

DIGNIDADE HUMANA E LIBERDADE DE INFORMAÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA. EM BUSCA DE STANDARDS DE PONDERAÇÃO

No constitucionalismo brasileiro, uma corrente doutrinária defende posição análoga à experiência germânica. De forma mais parcimoniosa, sustenta-se que o princípio da dignidade da pessoa humana, por consistir no epicentro axiológico da Constituição da República, haveria de ser reconhecido como o principal critério na aplicação da ponderação de bens constitucionais³¹.

Contudo, notadamente na esfera comunicativa, cumpre ressaltar a existência de posição mais radical – que se aproxima da jurisprudência constitucional germânica – que defende a prevalência absoluta da dignidade da pessoa humana em qualquer hipótese de conflito entre bens constitucionais³². Em razão de sua

³¹ Ver: SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 74: “Assim, a dignidade da pessoa humana afirma-se como o principal critério substantivo na direção da ponderação de interesses constitucionais. Ao deparar-se como [sic] uma colisão concreta entre princípios constitucionais, tem o operador do direito de, observada a proporcionalidade, adotar a solução mais consentânea com os valores humanitários que este princípio promove”. No mesmo sentido, ver: BARCELLOS, Ana Paula. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005, p. 251, “(...) Nesse contexto, a decisão de tomar como critério para a ponderação a preferência das normas que diretamente promovem a dignidade humana justifica-se amplamente com a Carta de 1988. É absolutamente tranquilo na doutrina e na jurisprudência que a Constituição fez uma opção material clara pela centralidade da dignidade humana e, como consequência direta, dos direitos fundamentais”. Sobre o tema, confira-se, ainda, na doutrina nacional: SANTOS, Fernando Ferreira. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. Fortaleza: Celso Bastos Editor, 1999; SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002; e SILVA, José Afonso. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista de Direito Administrativo*, v. 212, 1998, p. 89-94.

³² RODRIGUES JUNIOR, Álvaro. *Liberdade de expressão e liberdade de informação. Limites e formas de controle*. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 93-94: “O princípio da dignidade da pessoa humana, assim como o princípio da inviolabilidade humana, é indeclinável, indisponível e irrenunciável e não depende, para sua aplicação, de qualquer acolhimento pelo texto constitucional. Trata-se de limitação absoluta, o que implica a prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana em qualquer caso de conflito com os direitos à liberdade de expressão e de informação. Desse modo, toda forma de expressão ou informação cujo conteúdo atente contra a dignidade da pessoa humana deve ser terminantemente proibida, pois ‘o direito à informação existe em função do desenvolvimento da personalidade, e não para a sua destruição’”.

supremacia axiológica, o princípio teria o condão de proscrever discursos a ela atentatórios, independentemente de previsão expressa nos textos constitucionais³³.

Ainda que persuasivo, o raciocínio que eleva a dignidade da pessoa humana a um *status* absoluto não nos parece amplamente satisfatório. Primeiro, porque, como amplamente repetido, resta pacificado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a ausência de direitos absolutos – mesmo os fundamentos da República – na Constituição da República de 1988. Ademais, a prática demonstra que, a partir da conjuntura de certos fatos e fundamentos, mesmo a dignidade humana pode ser relativizada³⁴.

Dessa forma, no campo comunicativo, justamente com a finalidade de repelir compressão desproporcional às liberdades públicas atinentes à difusão da informação, e em decorrência do regime estabelecido pela Carta de 1988, advoga-se a concepção relativa do princípio da dignidade da pessoa humana, que, a despeito de desfrutar, em tese, de uma evidente primazia axiológica no ordenamento brasileiro, não a alça, em concreto, a um patamar absoluto no processo ponderativo³⁵.

³³ RODRIGUES JUNIOR, Álvaro. *Liberdade de expressão e liberdade de informação. Limites e formas de controle*, op. cit., p. 94: “(...) Nesse diapasão, é evidente que a propaganda de guerra ou de terrorismo ou a apologia do ódio racial, nacional ou religioso devem ser totalmente proscritas, independentemente da sua proibição nos ordenamentos jurídicos”.

³⁴ Perfilhando do entendimento que admite a possibilidade de limites e restrições à dignidade da pessoa humana, Ingo Sarlet, em obra dedicada ao referido princípio, questiona o seu caráter absoluto, infenso a qualquer tipo de relativização. Pontua o autor, à luz de diversos exemplos, que existem situações em que necessariamente haverá necessidade de uma ponderação de bens em rota conflitiva, no caso, do mesmo bem (dignidade). Conforme: SARLET, Ingo. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002, p. 124-125. No mesmo sentido, tem-se a posição de Ricardo Lobo Torres: “Ao tempo do Estado de Bem-Estar Social, que prosperou nas décadas de 50 a 70 e durante o qual a doutrina defendia a generalização do conceito de direitos fundamentais sociais, a dignidade humana era apontada como princípio absoluto, insuscetível de ponderação e colocada no patamar superior da hierarquia estabelecida pela Constituição. Nipperdey defendeu esse ponto de vista na Alemanha, ao fito de permitir que dele se extraíssem diretamente todas as consequências no plano dos direitos sociais e do mínimo existencial, assuntos sobre os quais a Constituição de Bonn silenciara. J.J. Gomes Canotilho incumbiu-se de divulgar a ideia no mundo luso-brasileiro. No Brasil, Daniel Sarmento aderiu à tese. Com a mudança do paradigma jurídico e ético trazido pelo Estado Democrático de Direito, houve profunda modificação na problemática da dignidade humana: a) já não é princípio hierarquicamente superior, pois se abre à ponderação; b) dela se irradiam não só os direitos fundamentais, mas também os sociais. Conferir: TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: escritos de direito constitucional, internacional e comparado*. Renovar, 2003, p. 13. Ver, a propósito: TAVEIRA, Christiano de Oliveira. *Interpretação e eficácia dos direitos fundamentais: a responsabilidade do Estado na garantia dos Direitos Sociais*. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2004.

³⁵ Comungando da mesma posição, assinala-se: FARIAS, Edilson Pereira. *Colisão de direitos. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 167: “ A categoria histórica da pessoa

Não se descarta aqui, à toda evidência, da magnitude da dignidade humana na tábua constitucional. No entanto, por consistir na matriz da liberdade de expressão, a imprecisão e plasticidade em torno da delimitação de seu conteúdo pode conduzir a subjetivismos e arbitrariedades, pondo-se em risco a própria liberdade de informação. Como bem adverte Jónatas Machado:

(...) Por se tratar de um conceito de contornos abertos, disputado e contestado por inúmeras ontologias, mundividências, epistemas e concepções da vida e o bem, o conceito de dignidade da pessoa humana deve ser utilizado pelos operadores do jurídico com especial prudência e contenção, quando se trata de restringir as liberdades comunicativas. Isso, a fim de impedir a sua transformação num expediente retórico de racionalização autoritária da restrição da liberdade de expressão das minorias e dos indivíduos, contra as suas próprias e autônomas razões, convicções e aspirações³⁶.

Pois bem. Tomando-se em conta uma análise comparativa das experiências constitucionais norte-americana e alemã a respeito das liberdades comunicativas, é possível, em um primeiro momento, afirmar-se que: (i) aproximando-se da jurisprudência desenvolvida pela Suprema Corte norte-americana e consoante recentemente afirmado pelo Supremo Tribunal Federal, na hipótese de colisão de princípios constitucionais, a liberdade de expressão – a despeito de não se revestir de um caráter absoluto – tem um caráter de preferência, em tese, sobre os direitos de personalidade; (ii) na esteira jurisprudencial formada pelo Tribunal Constitucional alemão, em virtude de sua previsão expressa no artigo 1º da Constituição Federal Brasileira de 1988, que elenca os princípios fundamentais da República, a dignidade da pessoa humana funciona, ao mesmo tempo, como “fonte” e “limitação” da liberdade de expressão. Assim sendo, em virtude de sua posição *prima facie*, pode o princípio fundamental ostentar interesse relevante (*compelling interest*) hábil a restringir as liberdades comunicativas. Advoga-se, contudo, com amparo na doutrina majoritária, a tese da relatividade da dignidade humana, de tal sorte que, em circunstâncias fáticas específicas, pode não constituir justificativa suficiente para “anulação da posição de preferência” da liberdade de expressão. É o que se passa a discorrer.

humana é estimada atualmente como o mais eminente de todos os valores, porque constitui a fonte e a raiz de todas os demais. Contudo, ela não deve ser vista como um valor absoluto, no sentido de prevalecer sempre sobre os outros em todas e quaisquer circunstâncias (concepção individualista-burguesa). É necessário compatibilizá-la com outros valores sociais e políticos da coletividade (concepção personalista)”.

³⁶ MACHADO, Jónatas. *Liberdade de programação televisiva: notas sobre os seus limites constitucionais negativos*. In: SARLET, Ingo (Org.). *Direitos fundamentais, informática e comunicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 133. O autor chama particular atenção para a importância do tema na experiência constitucional alemã em discussões afetas à proibição da pornografia e do sexo telefônico.

A partir de um cotejo analítico das decisões judiciais tangenciando o conflito liberdade de expressão (e, sobretudo, de imprensa) *versus* dignidade da pessoa humana, conclui-se que não existe, no ordenamento brasileiro, um parâmetro seguro para delimitação da prevalência de um ou outro princípio constitucional. Nada obstante, à vista de todas as premissas teóricas até então delineadas, afigura-se viável a construção de ao menos três *standards* orientadores do processo ponderativo aplicável a tais hipóteses.

O primeiro *standard* a ser utilizado diz respeito à potencialidade de difusão do meio veiculador do discurso ou mensagem. Não é todo e qualquer discurso que, em nome de uma garantia da dignidade da pessoa humana, poderá ser objeto de restrição. Naturalmente, há de se estabelecer uma distinção entre a opinião transmitida em meios mais reservados, de natureza privada, e a veiculada em canais de grande poder de difusão ou órgãos públicos.

Assim, por exemplo, quando um indivíduo expressa a sua opinião – particular – acerca de determinado assunto em um ambiente familiar ou em um meio com pouca capacidade de difusão, parece óbvio que essa forma de expressão não poderá ser objeto de censura, mesmo que *a posteriori*. A liberdade de expressão, em tal hipótese, assume uma dimensão de peso superlativa. Em sentido diverso, quando um periódico de grande circulação regional ou nacional emite uma mensagem polêmica, de controvertido teor quanto às finalidades constitucionais, parece natural que, em virtude do alto poder de difusão comunicativa, em tal hipótese, a liberdade de expressão – de informação, mais precisamente – poderá assumir uma dimensão de peso inferior à dignidade humana da pessoa ou grupo social ofendido.

Insera-se, nesse contexto, a pontual distinção realizada pela doutrina entre a expressão de uma “ideia” e a “informação”. No primeiro caso, a mera opinião pessoal pode ser despida de características elementares a deveres normativos, como verdade, igualdade e solidariedade. Já no segundo caso, em se tratando de uma informação, em razão do poder de “formação de opinião” do emissor da mensagem, esta deve estar em conformidade com pressupostos legais (licitude do meio de obtenção da informação, compromisso com a veracidade, entre outros) e demais princípios constitucionais (democracia, isonomia e, logicamente, a dignidade humana)³⁷.

³⁷ CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. *Liberdade de Informação e o direito difuso à informação verdadeira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 211-212: “Enquanto a expressão de uma ideia, uma opinião, um pensamento, não encontra, necessariamente, qualquer apego aos fatos, à veracidade, à imparcialidade, atributos que não lhes cumpre preencher, a informação, como bem jurídico que é, não pode ser confundida como simples manifestação do pensamento. Quem veicula uma informação, ou seja, quem divulga a existência, a ocorrência, o acontecimento de um fato, de uma qualidade, ou de um dado, deve ficar responsável pela

O *standard* apresentado se coaduna, em verdade, com entendimentos já sedimentados na jurisprudência. A denominada “potencialidade de difusão” do órgão emissor da mensagem traduz um importante critério, em caso de ofensa à dignidade humana, para fins de fixação de indenização por dano moral ou à imagem³⁸.

Na mesma linha, a Suprema Corte norte-americana faz uma distinção entre o discurso veiculado por empresa de rádio ou televisão e o transmitido por meio da imprensa escrita³⁹. Nota-se que, em caso de conflito entre a dignidade humana e a liberdade de expressão, a proteção da primeira será diretamente proporcional ao “grau de difusão da opinião ou informação”.

O segundo *standard* proposto consiste no “grau de intensidade da lesão efetuada em face da dignidade humana”. Para aquilatar a validade (constitucionalidade) da conduta praticada em nome da liberdade de expressão, deve se verificar se a mensagem veiculada foi suficiente ou não para atingir o “conteúdo essencialmente protegido” pela dignidade humana. Em outros termos, por representar um alicerce da própria liberdade de informação, não se pode invocar a dignidade humana para restringir qualquer espécie de discurso um pouco mais

demonstração de sua existência objetiva, despida de qualquer apreciação pessoal (...). Por que isso deve acontecer? Por que se afigura imprescindível distinguir informação de expressão? Porque o receptor da informação necessita do fato objetivamente ocorrido para estabelecer a sua cognição pessoal e para que possa elaborar a sua percepção sobre o mesmo fato, de modo a formar sua convicção sem qualquer interferência. Já a divulgação de uma opinião é necessariamente parcial, pessoal, impregnada de uma cognição já realizada pelo seu emissor, de modo que o receptor da opinião deve recebê-la não como matéria-prima para seu pensamento, mas como matéria já trabalhada por outrem, já resolvida à luz dos fatos objetivamente recolhidos pelo conhecimento daquele. No primeiro caso, o receptor elaborará seu próprio pensamento; no segundo, aderirá ou não ao pensamento já formulado”.

³⁸ CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. *Direito de informação e liberdade de expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 248. Segundo o autor, a indenização por dano moral deve se pautar por três investigações: quanto ao poder de difusão do órgão ofensor; pela reprovabilidade da conduta; e pela intensidade da lesão na pessoa da vítima. No que concerne ao primeiro critério, afirma: “A potencialidade de difusão deve ser avaliada por um critério objetivo. Pode ser deduzida da tiragem de um jornal, dos índices percentuais de audiência que são medidos por institutos de pesquisa, pelo valor da campanha publicitária, pela quantidade de consultas fornecidas pelo banco de dados, pela soma das tiragens se a informação oficial tiver sido publicada em vários órgãos, ou seja, sempre um critério objetivo, voltado a dimensionar a probabilidade de extensão da lesão. Isso quer dizer que quanto maior o órgão informador, no que respeita à sua capacidade de ter receptores, maior deve ser a indenização”.

³⁹ CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. *Direito de informação e liberdade de expressão*, op. cit., p. 284: “(...) Observou-se, também, uma diferença de tratamento entre a imprensa escrita e os meios de radiodifusão de sons e/ou de imagens. Do mesmo modo que o Brasil, os Estados Unidos adotam o controle governamental para permitir o funcionamento de rádios e televisões. Além disso, considera-se que estes veículos são mais intrusivos na intimidade alheia e que estão mais disponíveis aos menores de idade. Em razão destes dois fatores, a Suprema Corte tem validado restrições bem mais amplas que lhe têm sido impostas, diferentemente do que ocorre com a imprensa escrita, alheia a qualquer tipo de limitação”.

controvertido na opinião pública, contundente ou mesmo intolerante. Caso contrário, a prevalecer tal entendimento, estar-se-ia, obliquamente, “anulando” por completo a “posição preferencial da liberdade de expressão”, levando-se à conclusão de que – distintamente da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – esta deveria ceder, em tese, diante dos bens afetos à personalidade (como honra, imagem e intimidade).

Indagação que emerge é a seguinte: como definir, em termos conceituais, a “intensidade da lesão”? Qual espécie de discurso seria protegida pela liberdade de informação? Sustenta-se que, em virtude de sua nítida importância social, mensagens de cunho político, religioso ou doutrinário (acadêmico) deveriam ser protegidas em caráter “quase absoluto”, ou seja, mesmo que infensas à dignidade da pessoa humana. Aduz-se que, em tais hipóteses, o “interesse público” seria presumido.

Simetricamente, goza de uma presunção – relativa, ou seja, que admite prova em contrário – de interesse público mensagens consideradas notórias, cuja veracidade cabalmente se demonstra pela narrativa dos fatos⁴⁰. Assim, por exemplo, grandes acidentes naturais, crimes de elevada repercussão social ou notícias amplamente divulgadas na imprensa não devem ser qualificados, em tese, como discursos ofensivos à dignidade da pessoa humana⁴¹.

134

O mesmo pode ser afirmado no que concerne a mensagens de natureza eminentemente artística. Em tal situação, a liberdade de expressão atua, em sua

⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão *versus* direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. In: SARLET, Ingo (Org.). *Direitos fundamentais, informática e comunicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 89: “Há fatos que são notícia, independentemente dos personagens envolvidos. Acontecimentos da natureza (tremor de terra, enchente), acidentes (automobilístico, incêndio, desabamento), assim como crimes em geral, são passíveis de divulgação por seu evidente interesse jornalístico, ainda quando exponham a intimidade, a honra ou a imagem de pessoas neles envolvidos”.

⁴¹ Confira-se, a respeito, ementa de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, *in verbis*:

“RESPONSABILIDADE CIVIL – PUBLICAÇÃO DE LIVRO CONTENDO FATOS NOTÓRIOS ANTERIORMENTE DIVULGADOS NA IMPRENSA – INFORMAÇÕES COMPATÍVEIS COM A VERDADE DOS FATOS – AUSÊNCIA DE CONTEÚDO OFENSIVO – DANOS MORAIS NÃO CONFIGURADOS. O direito à liberdade de expressão da atividade intelectual, insculpido no art. 5º, IX, deve ser conciliado a outro direito fundamental, previsto no art. 5º, X, da Carta Magna, que garante a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem das pessoas. A atividade informativa não é absoluta, sendo vedada a divulgação de fatos que exponham indevidamente a intimidade ou acarretem danos à honra dos indivíduos, em ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana, de acordo com o art. 1º, III, da CRFB/88. A publicação de fatos públicos e notórios, já veiculados por órgãos de imprensa, e sem conteúdo valorativo, não configura ato ilícito a ensejar a reparação por danos morais. Improvimento do recurso” (Apelação Cível n. 2009.001.53089, 7ª Câmara Cível, Relator Des. José Geraldo Antonio, julgada em 14 de outubro de 2009).

concepção instrumental, como importante ferramenta para a promoção e a valorização de direitos ligados à educação e à cultura (arts. 205 a 216 da Constituição da República) e o direito social ao lazer (art. 6º)⁴². Dessa forma, não sendo patente a violação à dignidade humana, milita uma presunção de validade em favor da divulgação da obra⁴³. Todavia, embora a regra seja a liberdade de informação, certo é que, em se tratando de peças de ficção, ou mesmo charges e sátiras, o tom jocoso do discurso (*animus jocandi*) deve respeitar direitos como a intimidade – da família, do lar – e a honra dos cidadãos⁴⁴.

⁴² FARIAS, Edilson. *Liberdade de expressão e de comunicação. Teoria e proteção constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 159-160: “A liberdade para a criação e divulgação de obras artísticas ou científicas, como é sabido, é de vital importância tanto para o desenvolvimento da personalidade humana quanto para o bem-estar social. Por isso a liberdade de expressão relacionada com a arte, a ciência, a educação e a cultura sempre mereceu tratamento especial por parte do ordenamento constitucional democrático”.

⁴³ Nesse sentido, assinala-se interessante a decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em que se questionava uma violação a direitos de personalidade e à dignidade da pessoa humana de indivíduo que afirmava ter sido fonte inspiradora de personagem caricato do filme *Cidade de Deus*. Na ação, proposta em face das empresas produtoras e distribuidoras, a despeito de restar consignada a limitação da liberdade de expressão frente a valores fundamentais, como a dignidade humana, entendeu-se pela validade de divulgação da obra, pelo fato de o próprio autor reconhecer que a sua vida – em especial, a sua participação no tráfico de entorpecentes – ter sido amplamente exposta pela imprensa. Confira-se trecho da respectiva ementa, *verbis*:

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. A liberdade de expressão é considerada um dos alicerces do estado constitucional de Direito. Entretanto, tal liberdade não deve ofender aos direitos e valores fundamentais, como os direitos da personalidade e a dignidade humana. O que se questiona é se a obra cinematográfica ‘Cidade de Deus’ é violadora do direito da personalidade do autor. O filme ‘Cidade de Deus’ é uma adaptação livre do livro que o precedeu, onde retrata a trajetória romaneada dos dramas vivenciados nos idos dos anos 70, pela comunidade conhecida como ‘Cidade de Deus’, localizada no Município do Rio de Janeiro, em razão do envolvimento com o tráfico de drogas à época, sendo baseado em fatos reais e históricos, o que não lhe retira o caráter de obra ficcional. Não há como se afirmar que a história contada pelo filme, no que diz respeito ao personagem Sandro Cenoura, seja a história do autor, Ailton Batata, sendo certo que as coincidências que possam ter ocorrido não têm o condão de comprovar que se tratam de versões da mesma pessoa” (Apelação Cível n. 2009.001.50660, 18ª Câmara Cível, Relator Des. Jorge Luiz Habib, julgada em 6 de outubro de 2009).

⁴⁴ A fim de se perquirir se a mensagem ou informação veiculada se encontra ou não protegida pelo princípio da liberdade de expressão, é bastante comum analisar, em sede jurisprudencial, diante de circunstâncias concretas e de valoração de provas trazidas aos autos, a presença de um denominado *animus jocandi*. Ressalta-se, nesse particular, interessante julgado proferido pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, em grau de apelação interposta pelo Conselho Regional de Enfermagem do Rio de Janeiro (COREN/RJ), em face de sentença prolatada pelo Juízo Federal da 9ª Vara do Rio de Janeiro. Em síntese, pleiteava-se, mediante Ação Civil Pública proposta em face da Rede Globo de Televisão, que a emissora se abstinhasse de divulgar no Programa *Zorra Total* quadro humorístico de personagens trajando vestimentas semelhantes às da categoria de enfermagem e desempenhando atividades inerentes à referida categoria. Apesar de reconhecer que a liberdade de expressão não se reveste de um caráter absoluto,

De outra banda, mensagens de evidente caráter difamatório, inverídico, sem interesse público, ou mesmo discursos contrários às finalidades constitucionais, desfrutariam de uma menor “dimensão de peso” em relação à dignidade humana. Esse seria o caso, por exemplo, de obras vexatórias⁴⁵, violentas, obscenas, pornográficas ou de teor racista e preconceituoso⁴⁶. Não há como se vislumbrar,

entendeu o Tribunal que, no caso vertente, uma vez detectado o indiscutível objetivo da programação, qual seja, fazer humor, não haveria de se ventilar eventual dano à imagem da categoria do profissional de enfermagem (Apelação Cível n. 2006.51.01.007692-0, Relator Des. Federal Frederico Gueiros, julgada em 11 de maio de 2009).

⁴⁵ Sublinha-se, nesse contexto, julgado sugestivo do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em que se reconheceu abuso no direito de expressão e informação de programa de televisão que veiculava quadro rotulando “mulheres belas” e “mulheres feias”. Veja-se, a propósito, ementa do acórdão, *in verbis*:

“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. PROGRAMA ‘PÂNICO NA TV’. EXPOSIÇÃO DA IMAGEM DA AUTORA DE FORMA DESRESPEITOSA E SEM AUTORIZAÇÃO. VIOLAÇÃO À PRIVACIDADE QUE MERECE EXEMPLAR REPRIMENDA. IMPROVIMENTO AO PRIMEIRO E PROVIMENTO AO SEGUNDO RECURSO (ADESIVO), PARA ELEVAR O VALOR DA CONDENAÇÃO. I – Não existe mulher feia! A mulher é bela pelo simples fato de ser mulher. Assim, a forma desrespeitosa com que foi exibida a imagem da autora, sem permissão, em traje de banho, com óculos escuros, na praia de Ipanema, sentada em uma cadeira, e em paralelo animação com pequeno dragão e a propagação da música ‘Lua de São Jorge’, atenta contra sua dignidade, agride a sua privacidade e merece exemplar reprimenda; II – Nas lições do eminente professor e desembargador SERGIO CAVALIERI FILHO, ‘nenhum direito é absoluto e ilimitado; todos devem se compatibilizar com o princípio da dignidade da pessoa humana, do qual a inviolabilidade da privacidade é o seu último refúgio. Sem privacidade não haverá dignidade. Em hipótese alguma o homem pode ser utilizado como simples meio para a consecução de uma finalidade, ainda que justa. A inviolabilidade da privacidade, consagrada no inciso X do art. 5º da Constituição Federal, é o limite extremo da liberdade de expressão e de informação. O abuso porventura ocorrido no exercício do direito de expressão ou de informação é passível de apreciação pelo Poder Judiciário, preventivo ou repressivo, e, neste último caso, com a consequente responsabilidade civil e penal dos seus autores’; III – Soma-se aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na indenização pelo dano moral, os aspectos pedagógicos, o ideal de, através de indenizações elevadas, se evitar a repetição do ato danoso, quer em relação ao autor, quer em relação a terceiros; IV – Improvimento ao primeiro, acolhendo-se o segundo recurso (adesivo), para elevar a verba indenizatória” (Apelação Cível n. 2009.001.32419, 13ª Câmara Cível, Relator Des. Ademir Pimentel, julgado em 30 de setembro de 2009).

⁴⁶ Frank Michelman, professor de Harvard, afirma que certas formas de expressão, entre as quais a pornografia, podem ter o poder de “silenciar” outras, de tal modo que acabam por impedir outras pessoas de exercerem sua liberdade de expressão. Diz ele que a fala da mulher pode ser silenciada não só por um ruído feito com intenção de abafá-la, mas também por argumentos e imagens que mudem a percepção que o público tem de do seu caráter, dos seus desejos e de sua condição, e que talvez mudem a ideia que ela mesma tem de quem é e do que quer. Em sua óptica, a expressão dotada dessas consequências silencia a mulher na medida em que impossibilita que ela contribua efetivamente para o processo pelo qual as ideias competem pela preferência do público. Em sentido oposto, anota Ronald Dworkin: “Não existe contradição nenhuma em insistir que toda ideia deve ter a possibilidade de ser ouvida, mesmo aquela que tem por consequência fazer com que outras ideias sejam mal compreendidas, desconsideradas ou mesmo silenciadas, na medida em que os que poderiam expressá-la não controlam sua própria

em tais hipóteses, um relevante interesse público (*compelling interest*) suficiente para justificar uma mitigação da dignidade da pessoa humana⁴⁷.

O terceiro e derradeiro *standard* representa, na verdade, uma derivação do anterior. Identificados a “potencialidade do meio difusor do discurso” e o “grau de intensidade da lesão à dignidade humana”, cabe, por fim, investigar se a opinião ou a informação em debate implica uma ofensa em caráter individual ou coletivo. Nesse passo, entende-se que a possibilidade de restrição à liberdade de expressão deve ser proporcional ao “alcance da lesão provocada pelo discurso”. Importa dizer: eventual mensagem que venha a violar a dignidade humana de um segmento ou grupo social deve ter uma menor “dimensão de peso” no processo ponderativo, de tal forma que, por essa concepção, quanto maior o espectro de pessoas alcançadas pelo discurso, menor deve ser a proteção à liberdade de expressão ou informação.

Doutrina e jurisprudência pátrias são uníssonas ao admitir que a dignidade humana pode apresentar uma dimensão individual – quando referida a um só indivíduo – e uma dimensão coletiva, quando atinente a uma parcela representativa da sociedade⁴⁸. Assim sendo, pode-se afirmar que, na hipótese de um discurso ter, potencialmente, um alcance significativo de ofensa à dignidade humana, deve, em razão disso, gozar de menor garantia no sopesamento de princípios constitucionais⁴⁹. A posição *prima facie* da liberdade de expressão

identidade pública e portanto não podem ser vistos pelos outros como gostariam de ser. Sem dúvida essas consequências são muito indesejáveis e devem ser combatidas por todos os meios autorizados por nossa constituição. Porém, nem por isso os atos que têm essas consequências negativas privam as outras pessoas de sua liberdade de se expressar; e essa distinção, como insistia Berlin, está longe de ser arbitrária ou inconsequente”. DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 356-359.

⁴⁷ SOUZA, Sérgio Ricardo. *Controle judicial dos limites constitucionais à liberdade de imprensa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 142: “Na identificação de qual o princípio que deve preponderar, quando presente estiver o entrelaço entre o Princípio da Liberdade (no aspecto liberdade de informação jornalística), de um lado, e do outro, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana (sob o aspecto da dignidade da pessoa humana investigada na fase pré-processual), apresenta-se relevante a identificação da existência, ou não, de um relevante interesse público em relação à divulgação dos dados relacionados com o nome e com a imagem do investigado, dado este que será alcançado, também, com o auxílio da proporcionalidade aplicada ao caso concreto, como critério de orientação na escolha do princípio preponderante”.

⁴⁸ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 125: “Questionou-se, num primeiro momento, se a dignidade é algo que diz respeito tão somente ao indivíduo ou pode se falar na dignidade de um povo, de uma raça, de uma cultura ou etnia. Os sistemas jurídicos têm conferido proteção a ambos, tanto à dignidade de cada ser humano como a dignidade referente a um grupo, e o sistema constitucional brasileiro adotou essa posição”.

⁴⁹ Um bom exemplo do afirmado diz respeito aos chamados *reality shows*, cada vez mais veiculados em programas televisivos. Mesmo que se adote como regra, em linhas gerais, a liberdade

seria, portanto, inversamente proporcional ao alcance da lesão provocada pelo discurso⁵⁰.

Os três *standards* formulados não esgotam, obviamente, todas as controvérsias porventura existentes em torno do conflito liberdade de expressão *versus* dignidade da pessoa humana. Dadas as múltiplas perspectivas assumidas por ambos os princípios, bem como a sua correlação com outros direitos fundamentais, a utilização da técnica da ponderação de interesses, como de maneira geral

de programação, esta pode ser restringida em caso de nítida violação à dignidade da pessoa humana. Conforme: CANOTILHO, J. J. Gomes; MACHADO, Jónatas E. M. “Reality shows” e liberdade de programação. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 102-110: “A liberdade é a regra e a restrição é a exceção (...). A liberdade de programação deve abranger, *prima facie*, a possibilidade de emitir qualquer programa, independentemente do seu conteúdo ou da sua qualidade, sendo essa matéria reserva de empresa de radiodifusão (...). A liberdade de programação não é incompatível com o estabelecimento de algumas restrições, à semelhança do que sucede com todos os direitos, liberdades e garantias (...). Os programas individualmente considerados encontram-se vinculados pela observância dos princípios constitucionais, como o respeito pela dignidade da pessoa humana, pelos direitos de personalidade, pelos diferentes grupos sociais, pelas exigências de protecção da infância e da juventude e de outros bens constitucionalmente tutelados (...). Quando um programa tenha por base a finalidade imediata de produção de lesões graves, irreversíveis ou mesmo letais aos bens físicos e psicológicos que integram a pessoa humana, o mesmo encerra, independentemente do consentimento, uma violação intolerável e insuportável do valor constitucional da dignidade da pessoa humana”.

138

⁵⁰ Um julgado pertinente, em trâmite no Tribunal Regional Federal da 2ª Região, ilustra a posição aqui defendida. Tratava-se de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público Federal em face da TV GLOBO LTDA., em curso perante o Juízo da 21ª Vara Federal do Rio de Janeiro (Processo n. 2005.51.010179119), em que se postulava que a emissora de televisão não transmitisse, no curso da novela *A lua me disse*, quaisquer cenas que expusessem a personagem índia a situações constrangedoras ou degradantes, ou que alimentassem o estereótipo contra indígenas, sob pena de pagamento de multa cominatória. Pleiteava, ainda, o autor que, em virtude de tratar-se de programa exibido em horário livre, não transmitisse, no curso da mesma novela, cenas de violência e de insinuações de sexo, conforme classificação indicativa e constatação posterior, pelo Departamento de Justiça. Acolhendo o pedido inicial, entendeu o juízo *a quo* que as cenas descritas no corpo dos autos judiciais conteriam teor discriminatório contra “todo o povo indígena”, violando a dignidade da pessoa humana em sua dimensão coletiva. Transcreve-se, por oportuno, trechos da decisão judicial, *in verbis*:

“(…) Neste sentido, a abordagem da índia feita na novela, ao vilipendiar o indígena enquanto minoria, viola não somente o dispositivo constitucional (art. 221 da CR/88) que regulamenta a adequada prestação deste serviço público concedido (art. 21, XII, alínea a, CR/88), como o próprio princípio da dignidade da pessoa humana, vetor axiológico que embasa todo o arcabouço normativo nacional. E mais: incute ainda, no seio social, a não aceitação e o respeito ao outro, tal como ele é, pilar básico para a criação de uma geração mais fraterna (...). A liberdade de pensamento e expressão artística prevista no art. 220, caput, da Constituição, deve estar em consonância com os demais valores constitucionais. O art. 221, IV, da CR/88 estabelece que a programação das emissoras de televisão atenderá aos princípios do respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família (...). Assim, a televisão tem, nos termos do veiculado pela Constituição, o dever de informar e entreter, não sendo, o direito de liberdade de expressão (art. 220, da CR/88) cheque em branco que aceite conteúdo colidente com outros valores constitucionais igualmente consagrados, devendo o Judiciário atuar, quando adequadamente provocado, em caso de violação a tais valores”.

ocorre, não tem o condão de alcançar uma “única resposta possível” para cada caso em concreto. Tem-se como propósito, no entanto, orientar o intérprete e aplicador do Direito na busca de uma racionalidade de sua atividade.

SÍNTESE CONCLUSIVA

O presente artigo teve como objetivo delimitar alguns *standards* de ponderação acerca de um aparente conflito principiológico entre a dignidade da pessoa humana e a liberdade de informação, notadamente no que diz respeito ao emissor da mensagem.

Nesse sentido, tomando-se em conta uma análise comparativa das experiências constitucionais em sede de Direito Comparado, pode-se aduzir que: (i) na esteira da jurisprudência desenvolvida pela Suprema Corte norte-americana, e consoante recentemente afirmado pelo Supremo Tribunal Federal, a liberdade de expressão – a despeito de não se revestir de um caráter absoluto – tem um caráter de preferência, em tese, sobre os demais bens de personalidade; (ii) conforme jurisprudência formada pelo Tribunal Constitucional alemão, em virtude de sua previsão expressa no artigo 1º da Constituição Federal Brasileira de 1988, a dignidade da pessoa humana funciona, ao mesmo tempo, como “fonte” e “limitação” da liberdade de expressão. Assim sendo, em virtude de sua posição *prima facie*, pode a dignidade humana ostentar interesse relevante (*compelling interest*) hábil a restringir as liberdades comunicativas.

Sob o influxo de tais premissas, propõe-se a construção de três *standards* específicos de ponderação: (i) em primeiro lugar, haveria de se aquilatar a “potencialidade de difusão do meio veiculador do discurso ou mensagem”, devendo-se estabelecer uma distinção entre a opinião transmitida em meios mais reservados, de natureza privada, e a informação veiculada em canais de grande poder de difusão ou órgãos públicos. No primeiro caso, a liberdade de expressão assumiria uma dimensão de peso superlativa, ao passo que, no segundo, em razão do poder de “formação de opinião” do emissor da mensagem, esta deveria estar em conformidade com pressupostos legais (licitude do meio de obtenção da informação, compromisso com a veracidade, entre outros) e demais princípios constitucionais (democracia, isonomia e, logicamente, a dignidade humana); (ii) o segundo *standard* consistiria no “grau de intensidade da lesão efetuada em face da dignidade humana”, ou seja, para aquilatar a validade (constitucionalidade) da conduta praticada em nome da liberdade de expressão, dever-se-ia verificar se a mensagem veiculada foi suficiente ou não para atingir o “conteúdo essencialmente protegido” pela dignidade humana; e, por fim (iii), entende-se que a possibilidade de restrição à liberdade de expressão deve ser proporcional ao “alcance da lesão provocada pelo discurso” – esse é o terceiro *standard* proposto. Importa dizer: eventual mensagem que venha a violar a dignidade humana de

um segmento ou grupo social deve dispor de uma menor “dimensão de peso” no processo ponderativo, de tal forma que, por essa concepção, quanto maior o espectro de pessoas alcançadas pelo discurso, menor deve ser a proteção à liberdade de expressão ou informação.

REFERÊNCIAS

ALFORD, Roger P. Free speech and the case for constitutional exceptionalism. *Michigan Law Review*, v. 106, p. 1076-1077.

ALVES, Cleber Francisco. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. O enfoque da doutrina social da Igreja*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

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

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, v. 54, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. In: SARLET, Ingo (Org.). *Direitos fundamentais, informática e comunicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

140

BÖCKENFORDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden: Nomos, 1993.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MACHADO, Jónatas E. M. “Reality shows” e liberdade de programação. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

CARMI, Guy E. *Dignity versus liberty: the two western cultures of free speech*. 2008. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1246700>>. Acesso em: 28 fev. 2010.

CARMI, Guy E. Dignity – The enemy from within: a theoretical and comparative analysis of human dignity as a free speech justification. *Journal of Constitutional Law*, v. 9, n. 4, 2007.

CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. *Direito de informação e liberdade de expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

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

COMPARATO, Fábio Konder. Fundamento dos direitos humanos. *Revista Consulex*, v. 48, dez. 2000.

DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FARIAS, Edilsom. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e comunicação*. Porto Alegre: Fabris, 2008.

Dignidade da pessoa humana e os limites à liberdade de informação

- FARIAS, Edilsom. *Liberdade de expressão e de comunicação. Teoria e proteção constitucional*. São Paulo: RT, 2004.
- FERRY, Luc. *Kant. Uma leitura das três "críticas"*. Rio de Janeiro: Difel, 2009.
- KROTOSZYNSKI, Ronald J. *The first amendment in cross-cultural perspective: a comparative legal analysis of the freedom of speech*. Nova York: New York University Press, 2006.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- MACHADO, Jónatas. *Liberdade de expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.
- MACHADO, Jónatas. Liberdade de programação televisiva: notas sobre os seus limites constitucionais negativos. In: SARLET, Ingo (Org.). *Direitos fundamentais, informática e comunicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- POST, Robert. *Constitutional domains: democracy, community, management*. Cambridge: Harvard University Press, 1995.
- RAWLS, John. *O liberalismo político*. São Paulo: Ática, 2000.
- RODRIGUES JUNIOR, Álvaro. *Liberdade de expressão e liberdade de informação. Limites e formas de controle*. Curitiba: Juruá Editora, 2009.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002.
- SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos. Principais decisões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- SOUZA, Sérgio Ricardo. *Controle judicial dos limites constitucionais à liberdade de imprensa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- SUNSTEIN, Cass. *A constituição parcial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- TAVEIRA, Christiano de Oliveira. *Interpretação e eficácia dos direitos fundamentais: a responsabilidade do estado na garantia dos direitos sociais*. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2004.
- TEPEDINO, Gustavo. Tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 1998.
- TORRES, Ricardo Lobo. A Metamorfose dos Direitos Sociais em Mínimo Existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: escritos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

EMOÇÃO, DIREITO E EDUCAÇÃO JURÍDICA

EMOTIONS, LAW AND LEGAL EDUCATION

Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho*

RESUMO

O ponto central deste artigo é a relação entre emoção e ciência jurídica e o modo como esta relação se expressa no ensino do direito. Estudam-se as concepções de direito e de realização do direito de Hans Kelsen, e o papel que as emoções podem desempenhar ali – criticando-as à luz da concepção aristotélica do saber prático. O método consiste em compreender a relação entre razão e emoção na construção da decisão jurídica nos principais textos de teoria de direito de Kelsen (*Teoria pura do direito*, *Teoria geral do direito e do Estado*) e nas obras *Ética*, *Política* e *Retórica*, de Aristóteles – de modo a perceber em que medida a perspectiva positivista deixa de compreender o papel central da emoção na experiência do direito e no seu ensino.

Palavras-chave: emoções; ensino do direito; direito; Kelsen; Aristóteles.

ABSTRACT

The article focuses on the relation between emotions and Jurisprudence, and on the meaning it has for legal teaching. It studies the role of emotions in Kelsen's conceptions of law and of law finding, and criticizes it from Aristotle's perspective of practical wisdom. It tries to understand the relation between reason and emotions in the main works of Kelsen on Jurisprudence (*Pure theory of law*; *General theory of law and State*) and in Aristotle's *Politics*, *ethics* and *rhetoric* – in order to understand the way legal positivism fails in explaining the role of emotions in legal experience and legal education.

Keywords: emotions; legal teaching; law; Kelsen; Aristotle.

* Professor de Ética, Lógica e Filosofia do Direito. Mestre, Doutor e Livre-Docente em Filosofia do Direito, com Pós-Doutorados na Universidade de Munique e na UFMG. Autor, entre outros, dos livros *Direito, Filosofia e a Humanidade como tarefa* e *Sensatez: modelo e desafio do pensamento jurídico em Aristóteles*. E-mail: nunocoelho@usp.br. Telefones: (16) 3315-0115/9-9179-6726.

INTRODUÇÃO

Muitas teorias querem excluir completamente a emoção do processo de realização do direito. São teorias que assumem que conhecer é uma faculdade exclusivamente intelectual cujo sucesso depende do isolamento das preferências e paixões do cientista. Ser neutro, pretende-se, significa despir-se de toda singularidade, para deixar atuar apenas a razão. Com isto, seria possível conhecer melhor o objeto de estudo, sem distorcê-lo, e desta forma conseguir uma ciência objetiva¹.

Há muito esta pretensão vem sendo atacada, nas ciências humanas e não só. A história da hermenêutica é um grande diálogo que mostra a insuficiência do elemento cognitivo no processo de compreensão e interpretação do direito. Não é possível compreender nada sem a emoção e o desejo, ensinava Dilthey, que lutava pela autonomia das ciências humanas².

O objetivo deste artigo está em criticar a perspectiva positivista de Hans Kelsen, que exclui a emoção dos processos propriamente “jurídicos” de realização do direito, comparando-a com o modelo descrito por Aristóteles, especialmente na *Ética a Nicômaco*.

Emoção e teorias dominantes do direito

144

Há um movimento da teoria do direito que chama a atenção hoje para o papel positivo das emoções no julgamento – “Law and Emotions”³. Estes estudos compõem o campo de crítica do positivismo jurídico enquanto herdeiro dos postulados epistemológicos do pensamento moderno-iluminista.

Mas, apesar destas críticas, devemos reconhecer que o processo de realização do direito, na descrição que os profissionais do direito fazem sobre sua própria atividade, ainda obedece a um esquema racionalista-cognitivista.

Muitas vezes esta descrição é rotulada como “kelseniana”. Mas Kelsen é mal interpretado por quem acredita que, para ele, julgar resume-se a aplicar normas jurídicas captadas pela inteligência, sem influência da emoção.

¹ Para uma ampla crítica ao pensamento moderno-iluminista e em especial às suas variantes positivistas, vide CASTANHEIRA NEVES, António. *Questão-de-facto e questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade*. Coimbra: Almedina, 1967.

² Vide DILTHEY, Wilhelm. *Origens da hermenêutica*. In: MAGALHÃES, Rui (Org.). *Textos de hermenêutica*. Trad. Alberto Reis e José Andrade. Porto: Rés Editora, 1984, e PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Trad. Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1986. Para o Romantismo e Schleiermacher, em que Dilthey busca parte essencial de sua hermenêutica, vide COELHO, Nuno M. M. S. *Fundamentos filosóficos da interpretação do direito – o Romantismo*. São Paulo: Rideel, 2012.

³ Para um panorama, vide MARRONEY, Terry A. Law and emotion: a proposed taxonomy of an emerging field. *Law and Human Behavior*, v. 30, 119-142, 2006. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=726864>>.

Vejamos a sua *teoria pura do direito* e sua descrição do processo de aplicação da norma jurídica⁴. Toda autoridade jurídica recebe sua competência de uma norma superior, que funciona como fundamento da sua autoridade. Com base nesta norma superior, a autoridade atuará, criando uma nova norma.

Na aplicação da norma, a autoridade exercita duas atividades claramente distintas, uma, racional, outra, não.

É jurídica – e interessando, portanto, à ciência jurídica – apenas a determinação racional dos sentidos da norma a aplicar. A inteligência descobre o conjunto de sentidos possíveis da norma superior, e é só⁵. Não compete à inteligência escolher entre estas possibilidades interpretativas⁶.

Mas o trabalho da autoridade não cessa aí: ela precisa decidir (o que significa criar uma nova norma, menos abstrata e geral) a partir daquelas possibilidades, e resolver o caso. Kelsen está evidentemente ciente de que o juiz não pode simplesmente estabelecer uma relação de sentidos possíveis de uma lei que aplica. O juiz deve decidir.

Mas, segundo Kelsen, o trabalho que o juiz faz, ao escolher entre os sentidos diversos possibilitados pelo texto da lei, não é uma atividade de natureza jurídica⁷. A partir daí, seu trabalho tem outra natureza, não jurídica, mas de política

⁴ Para uma belíssima exposição da *Teoria pura do direito*, vide o clássico brasileiro: AFONSO, Elza Maria Miranda. *O positivismo na epistemologia jurídica de Hans Kelsen*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1984.

⁵ “Rechtswissenschaftliche Interpretation kann nichts anderes als die möglichen Bedeutungen einer Rechtsnorm herausstellen. Sie kann als Erkenntnis ihres Gegenstandes keine Entscheidung zwischen den von ihr aufgezeigten Möglichkeiten treffen, sie muß diese Entscheidung dem Rechtsorgan überlassen, das nach der Rechtsordnung zuständig ist, Recht anzuwenden”. KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. Zweite, vollständig neu bearbeitet und erweiterte Auflage 1960. Nachdruck 1992. Viena: Österreichische Staatsdruckerei, 1992, p. 353. Na versão portuguesa (KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 250-251): “A interpretação jurídico-científica não pode fazer outra coisa senão estabelecer as possíveis significações de uma norma jurídica. Como conhecimento do seu objeto, ela não pode tomar qualquer decisão entre as possibilidades por si mesma reveladas, mas tem de deixar tal decisão ao órgão que, segundo a ordem jurídica, é competente para aplicar o Direito”.

⁶ “Über deren Geltung und Feststellbarkeit läßt sich vom Standpunkt des positiven Rechts nichts aussagen. Von hier aus gesehen, lassen sich alle derartigen Bestimmungen nur negativ charakterisieren: es sind Bestimmungen, die nicht vom positiven Recht selbst ausgehen”. KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. Zweite, vollständig neu bearbeitet und erweiterte Auflage 1960. Nachdruck 1992. Viena: Österreichische Staatsdruckerei, 1992, p. 351. Na versão portuguesa (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 249): “Do ponto de vista do Direito positivo, nada se pode dizer sobre a sua validade e verificabilidade. Deste ponto de vista, todas as determinações desta espécie apenas podem ser caracterizadas negativamente: são determinações que não resultam do próprio Direito positivo”.

⁷ “Versteht man unter “Interpretation” die erkenntnismäßige Feststellung des Sinnes des zu interpretierenden Objektes, so kann das Ergebnis einer Rechtsinterpretation nur die Feststellung des Rahmens sein, den das zu interpretierende Rechts darstellt, und damit die Erkenntnis

jurídica. Nos limites do quadro racionalmente construído pela interpretação da norma superior, o juiz encontrará a decisão sem usar a razão – mas sim qualquer outro guia⁸: suas preferências morais, ideológicas, religiosas, suas emoções e eventualmente seus preconceitos⁹. Isso já não interessa à ciência do direito, comprometida com o campo do puramente racional-intelectual. Até a descoberta da famosa moldura hermenêutica, funciona a razão. Dentro dela, estamos no campo do puro subjetivismo, pensa Kelsen. Nesta fase, funcionam as convicções e as emoções. O juiz não exercita, nesta fase, pensamento jurídico.

A aplicação da norma exige a participação da razão e da vontade do juiz¹⁰. O juiz só está vinculado racionalmente na primeira fase do processo de aplicação da norma – até a descoberta dos sentidos possíveis do texto. Na segunda fase, não há qualquer limite objetivo, mas total liberdade para decidir.

mehrerer Möglichkeiten, die innerhalb dieses Rahmens gegeben sind. Dann muß die Interpretation eines Gesetzes nicht notwendig zu einer einzigen Entscheidung als der allein richtigen, sondern möglicherweise zu mehreren führen, die alle – sofern sie nur an dem anzuwendenden Gesetz gemessen werden – gleichwertig sind, wenn auch nur eine einzige von ihnen im Akt des rechtsanwendenden Organs, insbesondere des Gerichtes, positives Recht wird.” KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. Zweite, vollständig neu bearbeitet und erweiterte Auflage 1960. Nachdruck 1992. Viena: Österreichische Staatsdruckerei, 1992, p. 349. Na versão portuguesa (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 247): “Se por ‘interpretação’ se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito – no ato do tribunal, especialmente”.

⁸ “(...) ist es nicht eine Erkenntnis des positiven Rechts, sondern anderer Normen, die hier in den Prozeß der Rechtserzeugung einmünden können; Normen der Moral, der Gerechtigkeit, soziale Werturteile, die man mit den Schlarworten Volkswohl, Staatinteresse, Fortschritt usw. zu bezeichnen pflegt”. KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. Zweite, vollständig neu bearbeitet und erweiterte Auflage 1960. Nachdruck 1992. Viena: Österreichische Staatsdruckerei, 1992, p. 351. Na versão portuguesa (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 249): “(...) não se tratará de um conhecimento do Direito positivo, mas de outras normas que, aqui, no processo da criação jurídica, podem ter a sua incidência: normas de Moral, normas de Justiça, juízos de valor sociais que costumamos designar por expressões correntes como bem comum, interesse do Estado, progresso, etc.”.

⁹ Kelsen fala aqui em outras normatividades. Mas sua concepção de moral – como o campo do subjetivo, em que não é possível conhecimento científico – retira qualquer possibilidade de haver balizas objetivas a guiar a atuação da autoridade.

¹⁰ “In der Anwendung des Rechtes durch ein Rechtsorgan verbindet sich die erkenntnismäßige Interpretation des anzuwendenden Rechtes mit einem Willensakt, in dem das rechtsanwendende Organ eine Wahl trifft zwischen den durch die erkenntnismäßige Interpretation aufgezeigten Möglichkeiten. Mit diesem Akt wird entweder eine Norm niederer Stufe erzeugt oder ein in der anzuwendenden Rechtsnorm statuerter Zwangsakt vollstreckt”. KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. Zweite, vollständig neu bearbeitet und erweiterte Auflage 1960. Nachdruck

Esta não parece uma boa descrição do que fazemos nos tribunais. A fundamentação jurídica não parece reduzir-se à descoberta de um conjunto de decisões possíveis, entre as quais é juridicamente indiferente escolher. Não há um campo tão grande para as preferências da autoridade jurídica, mas o dever de fundamentar juridicamente toda decisão¹¹.

Precisamos de uma teoria que nos ajude a entender, de modo mais realista, como a autoridade jurídica chega à decisão. A moldura hermenêutica que Kelsen propõe é francamente insuficiente. Não porque ela seja uma descrição unilateral – como vimos, ela não exclui a emoção. Claramente, Kelsen dá lugar para a paixão em toda experiência da aplicação do direito.

Mas a existência de uma fase puramente racional e de outra puramente não racional na aplicação do direito está muito longe de descrever o trabalho dos juristas¹². Especialmente, é preciso que a teoria dê conta do que a experiência jurídica quotidiana evidencia. Temos o dever de fundamentar a decisão, de evidenciar os fundamentos que mostram que a decisão não expressa simples arbítrio do juiz, em nenhuma das fases de sua construção.

Há muitas propostas alternativas interessantes para fazê-lo, como a de Tercio Sampaio Ferraz Jr., que compreende não só os ingredientes analíticos e hermenêuticos, mas também retóricos de construção da decisão¹³.

1992. Viena: Österreichische Staatsdruckerei, 1992, p. 351. Na versão portuguesa (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 249): "(...) na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva".

¹¹ Basta examinar o dever de fundamentar as decisões judiciais. No Brasil, ele é imposto pelo art. 5º, IX, da Constituição Federal: "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação" (redação dada pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004). O mesmo dever de fundamentar se aplica a atos de Comissões Parlamentares de Inquérito. O direito administrativo reconhece a motivação como elemento essencial de validade do ato administrativo.

¹² Neste modelo, a ciência do direito deixa de explicar um aspecto central da experiência jurídica do nosso tempo (o dever de fundamentar as decisões), falhando em sua pretensão de descrever o direito onde quer se encontre – tal como a ciência do direito deveria ser capaz de fazer, de acordo com o que Kelsen preceitua no Prefácio (à segunda edição) da *Teoria pura do direito*.

¹³ A recuperação contemporânea do papel da retórica para a realização do direito é um capítulo importante da superação dos modelos positivistas e de maneira mais geral do paradigma epistêmico moderno-iluminista marcado pelo cientismo e pelo cognitivismo. Toda abordagem retórica implica o reconhecimento do papel das emoções no processo de formação do convencimento. Desde Aristóteles, estamos conscientes de que a persuasão não se dá sem mobilização da emoção do ouvinte. Entre as abordagens que enfatizam a natureza retórica ou dialética do direito, *vide* as obras de Theodor Viehweg, Chaïm Perelman e João Maurício Adeodato, elencadas nas referências deste artigo. A teoria de Ferraz Jr. está sistematizada em FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1988.

Mas as visões redutoras do conhecimento e da decisão no direito continuam comuns na autocompreensão dos juristas, embora quase sempre com vulgatas empobrecedoras do modelo kelseniano¹⁴.

Está claro que não é correto atribuir a Kelsen um modelo silogístico, puramente racional, de aplicação do direito. Vale copiar o que ele claramente diz a respeito disto:

Apenas o preconceito, típico da ciência do direito da Europa continental, de que o direito é, por definição, apenas normas gerais, apenas a incorreta identificação do direito com as normas gerais do direito legal ou costumeiro, poderia obscurecer o fato de que a decisão judicial continua o processo de criação do direito, desde a esfera do geral e abstrato até a do individual e concreto¹⁵.

O problema com a sua concepção está em outro lugar: no modo como ele integra razão e emoção no processo de decisão, que permanece de todo insatisfatório¹⁶.

¹⁴ Em denúncia da vulgata simplificadora do normativismo kelseniano, *vide* BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito: contribuição a partir da Teoria do Discurso de Jürgen Habermas. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Org.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

¹⁵ Kelsen: "Only the prejudice, characteristic of the jurisprudence of continental Europe, that law is, by definition, only general norms, only the erroneous identification of law with the general rules of a statutory and customary law, could obscure the fact that the judicial decision continues the law-creation process from the sphere of the general and abstract into that of the individual and concrete". KELSEN, Hans. *General theory of law and state*. With a new introduction of A. Javier Treviño. London, New York: Transation Publishers, 2006, p. 135. Na versão portuguesa (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 195): "Apenas o preconceito, característico da jurisprudência da Europa ocidental, de que o direito é, apenas normas gerais, apenas a identificação errônea do direito com as regras gerais do Direito estatutário e consuetudinário, poderiam obscurecer o fato de que a decisão judicial continua o processo criador de Direito. Da esfera do geral e abstrato para a esfera do particular do concreto". Peça a atenção do leitor para o fato de que esta é uma citação de outro livro de Kelsen, que tem diferenças importantes, também para o ponto que examinamos, em face da Teoria Pura do Direito, à qual tenho buscado os fundamentos da concepção "kelseniana" que rememoro aqui.

¹⁶ Em uma outra importante parte da *Teoria pura do direito*, razão e emoção se relacionam. Trata-se do conceito de eficácia da norma jurídica. Eficácia é fenômeno da ordem do ser. A norma é eficaz quando o comportamento prescrito por ela é efetivamente observado pelas pessoas a que dirige a norma secundária, ou quando a sanção que a norma primária imputa à conduta oposta à prescrita é efetivamente aplicada no caso de transgressão. O conceito kelseniano de eficácia prescinde proposital e totalmente da investigação sobre as causas da observância da norma. Não tem nenhuma importância para a teoria pura do direito se a norma é observada porque as pessoas têm medo da punição ou se porque concordam com ela. Se importasse, isto incluiria na teoria jurídica o ingrediente "legitimidade", que não tem qualquer significado para a teoria pura do direito (a não ser que se trate de legitimidade jurídica, como mera fundamentação em outra norma, superior).

Os fundamentos psíquicos que levam à obediência ou não da norma não são e não podem ser preocupação da ciência jurídica. As emoções estão dispensadas novamente. Elas tampouco ajudam a teoria do direito a entender a experiência jurídica do ponto de vista da realização não institucional do direito. Com isto, conclui-se que em lugar nenhum, na teoria pura do direito, há lugar para as emoções. Nem para entender como as autoridades aplicam normas, nem para entender como as pessoas se comportam em relação a elas.

Por um lado, vimos que a vulgata racionalista, de que julgar é fazer silogismos usando apenas a razão – contra a qual o próprio Kelsen escreve –, não explica os processos de realização do direito. Há um grande valor de Kelsen em mostrar que o intelecto nunca basta para resolver casos, ou aplicar normas em geral. De fato, como veremos, a emoção é uma dimensão impossível de excluir-se da vida humana (ao menos em uma pessoa mentalmente saudável) ou mesmo de isolar-se. A posição de Kelsen reúne razão e as outras faculdades da mente humana, mas de modo a isolá-las, e peca nisso.

Mas, no que diz respeito à educação jurídica, a vulgata positivista e a sofisticada teoria kelseniana acabam por ter os mesmos resultados. Apesar de muito diferentes, ambas contribuem para o modelo de ensino do direito fundado exclusivamente no conhecimento intelectual de normas, excluindo as emoções.

O senso comum de que decidir é aplicar normas sem interferência da emoção encontra em aulas expositivas do sistema formal de normas o lugar perfeito de perpetuação. Mas também a teoria kelseniana é perfeitamente compatível com o paradigma pedagógico que reproduz este modelo. Talvez por isso haja a identificação do senso comum dos juristas com a teoria kelseniana, embora eles sejam tão diferentes. Não obstante não exclua da decisão jurídica o ingrediente não racional, Kelsen reduz tudo que é jurídico ao que é racional. A decisão judicial é apenas em parte jurídica (apenas até onde se pode intelectualmente concluir sobre as possibilidades significativas do texto da norma). À ciência do direito apenas cabe dedicar-se a isto. Toda investigação sobre o que guia o juiz dentro da moldura não pode ser objeto da ciência do direito.

149

De acordo com Kelsen, o objeto da ciência do direito é apenas a norma jurídica, que deve ser descrita racionalmente, sem influência da emoção. Nossas salas de aula, insistentes na repetida exposição formal das normas, estão assim também perfeitamente adequadas ao modelo de ciência do direito da Teoria Pura do Direito.

Emoção e prática jurídica

A teoria do direito pode dizer o quiser – na prática, o direito tem tudo a ver com emoção. Vamos tentar entender como o ensino do direito se liga a estas duas diferentes concepções sobre a presença de emoção e razão no direito – a vulgata e a teoria de Kelsen.

Apesar de diferentes, a teoria tradicional (tornada vulgar no positivismo irrefletido do dia a dia dos profissionais do direito) e a teoria pura do direito levam a um mesmo sistema de ensino do direito.

Esta decerto é uma pista para entender a distância entre o ensino do direito praticado nas Faculdades e a prática jurídica nos fóruns e escritórios. Tanto Kelsen como a vulgata positivista são teorias que, apesar de se pretenderem descrições realistas da experiência jurídica, são más descrições da realidade. Isto faz delas *más teorias*, e por isso subsidiam uma má prática pedagógica do direito.

Nas salas de aula e nos livros de dogmática jurídica, nós transformamos o direito em sistemas que devem ser apreendidos racionalmente. Tudo está depurado de impurezas extrajurídicas, especialmente dos impulsos emotivos que levam as pessoas a obedecer ou a descumprir normas e que condicionam os debates, as interpretações e as decisões jurídicas.

Com isso, abrimos mão do essencial para compreender cientificamente o direito como experiência humana¹⁷.

Isto tudo se dá em prejuízo da formação dos estudantes de direito, e explica o entusiasmo com que entram em contato com as atividades de estágio e prática jurídica.

Para nós, professores, é muitas vezes desanimador ouvi-los dizer que aprenderam mais em uma semana no estágio do que em anos nas salas de aula.

Mas a admiração pelo estágio deve ser levada a sério. Ela indica não simplesmente uma visão ingênua e ignorante sobre o que realmente importa, mas é o sintoma de que algo falta no ensino e na teoria do direito. Devemos admitir que falta algo nas Faculdades de Direito, quando os alunos nos dizem que apenas fora delas eles encontram... o direito!

Os alunos não acreditam encontrar o direito nas Faculdades de Direito porque o ensino e o aprendizado que nós praticamos não são do saber jurídico, mas apenas de uma das suas dimensões.

150

Dimensões essenciais deste saber são esquecidas, nós não as discutimos nem experimentamos nas Faculdades de Direito. Com isto, as Faculdades de Direito fazem má teoria jurídica, descumprem sua função pedagógica e deixam de contribuir para o sucesso profissional dos seus alunos.

O saber que falta nas Faculdades de Direito, e que é essencial à formação dos juristas, também é um saber sobre as emoções. Trata-se de um aprendizado que

¹⁷ Kelsen procura uma teoria jurídica autônoma, “científica”, que pudesse obter o mesmo sucesso das ciências da natureza. Ele está preso aos postulados simplistas do positivismo oitocentista. Assim ele escreve no prefácio à segunda edição da *Teoria pura do direito*: „Mehr als zwei Jahrzehnte ist es her, daß ich unternommen habe, eine reine, das heißt: von aller politischen Ideologie und allen naturwissenschaftlichen Elementen gereinigte, ihrer Eigenart weil der Eigengesetzlichkeit ihres Gegenstandes bewußte Rechtstheorie zu entwickeln. Von allem Anfang an war dabei mein Ziel: Die Jurisprudenz, die – offen oder versteckt – in rechtspolitischem Raisonement fast völlig aufging, auf die Höhe einer echten Wissenschaft, einer Geister-Wissenschaft zu heben. Es galt (...) dem Ideal aller Wissenschaft, Objektivität und Exaktheit, soweit als irgend möglich anzunähern”. Na versão portuguesa (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 8): “Há mais de duas décadas que empreendi desenvolver uma teoria jurídica pura, isto é, purificada de toda ideologia política e de todos os elementos de ciência natural, uma teoria jurídica consciente de sua especificidade porque consciente da legalidade específica de seu objeto. Logo desde o começo foi meu intento elevar a Jurisprudência, que – aberta ou veladamente – se esgotava quase por completo em raciocínios de jurídica política, à altura de uma verdadeira ciência, de uma ciência do espírito. Importava (...) aproximar seus resultados do ideal de toda ciência: objetividade e exatidão”.

faz falta na educação do juiz, do advogado, do promotor, do delegado, da autoridade executiva, do professor de direito que têm que decidir como agir.

A educação jurídica consciente do papel das emoções e preocupada com elas faz falta porque ajudaria a lidar com os desafios muito difíceis que o profissional vai enfrentar sem qualquer preparo. Basicamente, em todos os momentos, a emoção vai pressioná-lo. Não só quando se trata de tomar decisões jurídicas, nas sentenças do juiz, na escolha da estratégia processual pelo advogado ao redigir suas peças, ou na explicação da tese jurídica pelo jurista ou pelo doutrinador.

É claro que também aí a emoção é importante. Mas também nas menores coisas do dia a dia é preciso dar conta de lidar com a emoção para ter sucesso no mundo jurídico. A profissão jurídica é especialmente emocionante, e, se não estamos preparados neste campo, fracassamos.

A emoção toma conta do jovem advogado quando faz as suas primeiras audiências e a presença do juiz lhe faz calar a voz: o medo. Toma conta do juiz quando o grande advogado o procura para um despacho: a admiração. Do grande advogado quando é contrastado pela firme opinião contrária do jovem promotor: a indignação. Do promotor quando é confrontado na sala de aula pela divergência de um seu aluno: a ira. Do policial quando lhe oferecem dinheiro: a cobiça. Do ministro do STF quando é procurado pela mídia: a vaidade. Do juiz quando tem que julgar o pedido de alguém que está à beira da morte: a piedade. Do delegado quando conduz o inquérito sobre o homicídio de um outro policial: a vingança.

151

Os exemplos mostram o que todos nós sabemos e sentimos na pele: viver é experimentar emoções. A palavra grega para emoção é *πάθος* (*páthos*), do verbo *πάσχω* (*páscho*), que significa “sofrer”, “passar por”, “estar exposto a”. No português temos uma tradução interessante: afeto. As emoções nos afetam. Não só somos tomados por elas: elas mudam nossos pensamentos, nossos desejos e até mesmo nossas percepções do mundo¹⁸.

A ideia que estas palavras passam é a de que não somos donos de nossas emoções. É como se elas viessem de fora, e nós não pudéssemos controlá-las. Mas podemos controlá-las, embora isto seja difícil e, às vezes, sobre-humano. Não somos escravos da paixão, e o maior desafio da vida prática reside exatamente em lidar com ela.

¹⁸ “As emoções são aquelas coisas que, afetando os homens, fazem com que mudem de opinião em seus julgamentos, e que são acompanhadas de dor e prazer, como por exemplo a fúria, a piedade, o medo, e outras coisas deste tipo, e seus contrários.” (Aristóteles, *Retórica*, II.1, 1378 a 20-3 – as referências a Aristóteles observam as páginas, colunas e linhas do texto estabelecido por Emanuel Bekker, em que pese as traduções usadas serem aquelas indicadas nas referências deste artigo – com eventuais alterações julgadas necessárias, e, neste caso, sempre expressamente ressalvadas). O direito está consciente do seu poder sobre a conduta humana. O direito penal, por exemplo, avalia condutas à luz das emoções, a favor ou contra o agente, para estabelecer e medir as penas. A emoção pode tornar um crime mais compreensível, ou mais repressível.

Nos dois campos que estudamos aqui – teoria do direito e educação jurídica – vale a pena recuperar o papel das emoções. Se o objetivo da teoria do direito é descrever o direito onde quer que se encontre (para usar mais uma vez uma ideia de Kelsen), ela precisa acolher e explicar melhor a presença da emoção na prática jurídica – para ser uma teoria melhor. Se o objetivo da educação jurídica é formar juristas para a prática, ela precisa fazer o mesmo – para ser uma pedagogia melhor.

No próximo tópico, rememoro uma teoria que, em suas diferentes apropriações pela filosofia do direito, resolve as duas lacunas ao mesmo tempo. Vejamos como Aristóteles conjuga a emoção na sua descrição sobre a prática do direito (tanto do ponto de vista do homem comum, na sua relação com a lei, como do ponto de vista da autoridade que julga casos) como no seu ensino.

Emoção e Direito em Aristóteles... o desafio de lidar consigo...

O paradigma para entender o pensamento jurídico em Aristóteles é a *φρόνησις* (*phrónesis*), a inteligência prática, que nos torna capazes de tomar boas decisões. Fundamentalmente, a virtude requerida para as coisas práticas da vida – entre as quais o direito – é a sensatez, que é bem diferente da inteligência teórica e independente dela. Uma pessoa pode ser muito boa em pensar assuntos práticos mas péssima em matemática, por exemplo. Ou o contrário. Sensatez e inteligência teórica têm campos de atuação diferentes e, principalmente, têm diferentes relações com as outras dimensões (não racionais) da alma humana. A sensatez tem uma ligação toda especial com o desejo e as paixões, e esta é talvez a sua principal diferença quando comparada ao saber teórico.

152

Exatamente por esta ligação especial com os desejos e as emoções, a sensatez (*phrónesis*) é um modelo mais interessante para pensar a racionalidade jurídica. Este modelo não apenas permite como exige que se levem em consideração as potências não racionais da vida humana, no exercício da razão prática. Com Aristóteles, é impossível pensar o decidir como uma faculdade exclusivamente intelectual, ou mesmo pensar que seja possível delimitar claramente os campos da razão e da paixão. Vamos ver por quê.

O saber prático lida com as coisas humanas. Aristóteles diz que se trata aqui de estudar os objetos cujos princípios variam, diferentes dos objetos cujos princípios são imutáveis (de que se ocupam os saberes teóricos)¹⁹. No campo do saber

¹⁹ Ética a Nicômaco, VI, 3, 1140 a 1-2: “classe de coisas que admite variações inclui tanto as coisas produzidas como as ações realizadas”. Tanto a *técnica* (arte) como a *prática* (ética) lidam com o homem como a causa das coisas produzidas ou das ações. A diferença é que na *técnica* o pensamento (a produção) conduz à obra, que se destaca do produtor, ao passo que, na *prática*, o fruto do pensamento é o *comportamento*, a *ação*.

prático, os princípios dos objetos variam porque estamos falando das ações, das artes, das técnicas, em que aquilo que existe é fruto da atividade do homem. O princípio da ação generosa (e da ação avarenta), da música, da lei e de todas as coisas que resultam do saber prático reside no próprio ser humano. Trata-se do próprio ser humano como princípio do que se passa com ele: estamos no campo da liberdade, da biografia, da decisão, da escolha.

Ao estudar o homem como princípio de si mesmo, Aristóteles investiga todas as dimensões psíquicas relevantes para a tomada de decisões. Isto significa estudar o homem *inteiro* como princípio do que se passa com ele, a incluir a percepção sensível, a emoção, o desejo e a razão, todos eles com participação essencial em nossas ações.

É um grande desafio entender como estas capacidades, disposições e afetos da alma se relacionam para formar a decisão jurídica, objeto principal do saber prático. Ao descrever a sensatez (*phrónesis*), Aristóteles dá passos importantes para entender como razão, desejo e emoção se relacionam a cada vez que é preciso tomar uma decisão²⁰.

A relação entre o desejo e a razão não é uma relação entre senhor e escravo. Aristóteles quer dizer, com isto, que o desejo nem sempre faz o que a razão indica como a coisa certa (o *orthos logos*)²¹. A relação entre ambos é de caráter retórico. O desejo nos move em diálogo com a razão (ouvindo-a ou não), e sob a pressão da emoção. As emoções são despertadas pela percepção sensível das coisas, e têm a função de provocar o desejo. Ao ver a presa, a onça sente ira, e deseja atacar. Mas, antes disso, a fome faz com que se levante e procure, olhe e fareje – o que indica que a relação entre emoção e desejo não é unilateral: a emoção não só é provocada pela percepção sensível, mas também a provoca.

O desafio ético da vida humana é estabelecer uma relação equilibrada entre razão, desejo e paixão. É uma tarefa difícil, mas é a tarefa especificamente humana. Viver bem é difícil. A felicidade, o sucesso na vida, depende disso, e por esta razão é tão difícil de alcançar. Para ter sucesso na vida, para viver bem como um ser humano, é preciso dar conta deste desafio. A maioria de nós falha, principalmente porque se torna escravo do prazer e do desejo, vivendo para comer, beber, consumir ou para qualquer outro prazer sempre imediato. Para viver bem,

²⁰ Vide COELHO, Nuno M. M. S. *Fundamentos filosóficos da interpretação do direito* – o Romantismo. São Paulo: Rideel, 2012.

²¹ Sobre o *orthos logos* como a melhor coisa a fazer, pela qual o homem sensato se decide, no quadro turbulento de possibilidades disputantes que assaltam sua mente no processo de deliberação, ver COELHO, Nuno M. M. S. *Controversy and practical reason in Aristotle*. In: L. Huppes-Cluysenaer and N. M. M. S. Coelho (Eds.). *Aristotle and the philosophy of law: theory, practice and justice, ius gentium: comparative perspectives on law and justice* 23. London: Springer, 2013.

é preciso estabelecer um diálogo entre a razão e o desejo, de sorte a lidar bem com as emoções e não ser escravo delas. Não é viver sem emoções ou desejos – a ética aristotélica é um projeto essencialmente *humano* –, mas não viver apenas como se fôssemos simplesmente emoção e desejo.

Diferentes dos outros animais, nossos movimentos não são resultado da interação cega entre desejo e emoção. Se o irracional vê o que o ameaça (o predador, por exemplo), ele sente medo e foge. Isto é inevitável, ou quase inevitável, para um animal irracional. Algo diferente se passa conosco. O ser humano é capaz de sentir medo e não fugir, porque há um outro ingrediente na sua decisão, dado pela razão que indica uma solução que o desejo pode abraçar.

Decidir é difícil exatamente porque, para abraçar o conselho da razão, muitas vezes temos que lutar com nossas emoções. Resistir ao medo, à ira, à fome ou à sede.

Isso faz parecer que as emoções sejam o maior obstáculo à boa decisão. De fato, muitas vezes as emoções nos empurram para decisões estúpidas. É característico delas *empurrar-nos*. Talvez elas existam para isso, para provocar em nós o movimento imediato, não refletido, em direção ao prazer e para longe do que provoca dor, e assim ajudar-nos a sobreviver.

154

Por solicitarem (ou *exigirem*: como é difícil muitas vezes resistir!) uma resposta imediata, muitas vezes elas nos levam a ações que são, na verdade, más para nós. Já falaremos sobre isso. Neste momento gostaria de acentuar que as emoções também podem funcionar como uma grande ajuda. Emoções nos fazem agir. Possivelmente, uma pessoa (ou qualquer outro animal) não se moveria se não sentisse qualquer paixão.

De certa forma, assim, a simples possibilidade de agir (e portanto de decidir) depende da existência das paixões. Mas sua participação pode ser positiva ainda em um outro sentido: elas podem nos empurrar – ou exigir de nós – a ação realmente boa para nós.

Como é possível que a emoção ora nos empurre para o que é efetivamente bom para nós, ora para o que é mau?

Isto é uma questão de sorte, ou de acaso? Em grande medida, nós percebemos as emoções como fatos da vida psíquica sobre os quais não temos qualquer controle. Uma pessoa não pode ser culpada por sentir-se de uma certa maneira – mas sim pelo modo como lida com este sentimento. Cada um de nós tem um temperamento, como se diz. Uns sentem mais fome, outros, mais ira, outros, inveja. Uns são mais apegados às coisas materiais, outros, às pessoas.

Mas, em alguma medida, o modo como nos apaixonamos também depende de nós.

Esta é outra descoberta aristotélica muito importante. O modo como nós pensamos, desejamos e até mesmo nos emocionamos em grande medida depende

de nós mesmos, de nossas escolhas no passado, da educação que tivemos, das situações pelas quais passamos e de como lidamos com elas.

Quando fala sobre a vida boa, feliz, Aristóteles insiste em que precisamos criar bons hábitos, virtudes. As virtudes são construídas pela repetição das ações virtuosas, pelo exercício. Treinando caratê, torno-me um bom carateca. Tocando violão, um bom violeiro. Resolvendo problemas matemáticos, um bom matemático. Resolvendo casos jurídicos, um bom jurista.

Bons hábitos mentais são importantes para as tarefas teóricas e práticas²². Eles nos tornam capazes de enfrentar desafios cada vez maiores.

Bons hábitos éticos, que são as virtudes do desejo, são construídos na experiência das situações práticas da vida, em que devemos aprender a lidar com nossas emoções.

Cada virtude ética se desenvolve em um certo tipo de situação, em que o desejo deve lidar com a emoção.

Nas situações de perigo, surge o medo e o desejo de fugir: se a pessoa lida bem com o medo nesta situação, consegue enfrentá-lo e não fugir (se é o caso de não fugir), age corajosamente e cria o hábito da coragem. O corajoso, para Aristóteles, não é aquele que enfrenta todo e qualquer perigo: o corajoso é capaz de distinguir quando é o caso de enfrentar o perigo. O corajoso não é a pessoa que não teme nada. O medo está lá – o virtuoso é um ser humano! –, mas ele sabe lidar com o seu próprio medo, e não é escravo dele. O desenvolvimento desta virtude fará com que, na próxima situação de perigo, seja mais fácil lidar com o medo. O hábito fará com que seu desejo tenda a enfrentar o medo, a não fugir (se for o caso de não fugir). Por meio de muitas situações desta natureza, em que o perigo e o medo desafiam o desejo, a pessoa torna-se corajosa.

É claro que o contrário também acontece. A repetição também leva aos vícios. Fracassando muitas vezes nestas situações, a pessoa se torna covarde ou temerária. Covardia e temeridade são os dois vícios contrários da coragem. O covarde tem desejo (de fugir) em excesso; o temerário tem menos desejo de fugir do que deveria. Em ambos, há falha no modo de lidar com o medo.

A mesma coisa acontece no horizonte de todas as outras virtudes éticas. O generoso tem que aprender a lidar com o amor pelas coisas e moderar o desejo que brota dele. Se não aprendemos a lidar com esta emoção, tornamo-nos avarentos ou pródigos. O justo tem que aprender a lidar com o amor pelas coisas e pela honra e moderar o desejo que brota dele. Se não aprendemos a fazê-lo, tornamo-nos injustos.

²² Estes hábitos se desenvolvem com autonomia. Esta é uma importante descoberta aristotélica. O saber prático, o técnico e o teórico não estão necessariamente juntos. Nós sabemos disso: nem sempre quem tem inteligência para umas coisas tem também para outras. Pode-se ser bom em matemática mas péssimo em música ou esportes. Ótimo para dar conselhos mas péssimo em filosofia.

Cada virtude é adquirida a partir da lida com uma certa paixão. Por isso é difícil construir um bom caráter. Virtudes exigem sacrifício e envolvem dor. Todo desejo é o desejo de um prazer. As emoções são sinal e pressão a favor do prazer e contra a dor. São sinais a favor de nós mesmos. Estão presentes em todo animal, e em nós também. Mas elas são um sinal irrefletido, que apenas nos diz acerca do que é prazeroso ou doloroso. As paixões identificam o bom e o prazeroso no tempo presente. Como é óbvio para nós, nem sempre o que causa prazer aqui e agora é efetivamente bom. Aqui lidamos com o que há de especificamente humano em nós, enquanto seres racionais. Somente o animal que tem o *logos*²³ consegue não perceber apenas o prazer imediato, mas é capaz de ver longe. Ele pode decidir a partir da comparação entre o prazer e a dor aqui e agora, e o prazer e a dor previstos para o futuro, todos eles causados pela mesma decisão. Dito de outro modo: decidir é escolher entre o prazer/dor que uma ação me causará agora e o prazer/dor que esta mesma ação trará no futuro. Este é um elemento socrático da ética aristotélica: a deliberação moral é uma espécie de cálculo em que precisamos distinguir o bem e o mal para além do prazer e da dor imediatos.

156

Aparentemente, é bom para mim obter todo o prazer possível em detrimento dos outros. Mas isso não trará males, no futuro, para mim mesmo? Furto a coisa, causando sofrimentos para outros e prazer para mim, agora. Mas apenas *agora*: serei considerado um ladrão no futuro, e sofrerei todo o mal que isto puder implicar. Mesmo que não seja apanhado e punido: o simples fato de tornar-me um ladrão já se mostra mau. Este tipo de reflexão e cálculo – reflexão sobre a própria vida, que se faz de alguma forma sempre que é preciso decidir – compõe o centro da ética.

O desafio de ser sensato é saber compensar a ilusão do prazer agora, que parece sempre maior, com o prazer futuro, para concluir corretamente sobre o que é realmente bom.

Tudo para mim em detrimento dos outros apenas parece bom, mas não é, pensando bem.

Já sabemos como esta reflexão é difícil, especialmente considerando que ela é sempre feita sob a pressão das paixões. Com base nestes elementos, podemos perceber por que as paixões são tão importantes para o discurso ético e jurídico – e por que há tanta preocupação em evitar que elas tomem as rédeas do processo de decisão. A emoção parece ser inimiga da boa decisão. Em geral, isso parece

²³ *Política*, 1, 1253 a 9-10: “Apenas o homem, entre os animais, possui o *lógos*” (λόγον δὲ μόνον ἄνθρωπος ἔχει τῶν ζώων). *Lógos* pode ser traduzido nesta passagem por “discurso”, “fala” ou “linguagem”, porque num contexto de contraposição à voz como recurso comunicativo dos outros animais. A voz permite exprimir o prazer e a dor. Já o *lógos* permite “indicar o vantajoso e o prejudicial, e assim também o justo e o injusto (...) e o bom e o mau (...)” (*Política*, 1, 1253 a -14-18).

ser verdade. Mas não é necessariamente assim – por um fato muito simples: nós acabamos sendo responsáveis pelas emoções que sentimos. Como vimos, esta é uma das descobertas mais interessantes da ética aristotélica. O poder de transformação do ser humano influencia sua inteligência, seu caráter, sua emotividade e até mesmo sua sensibilidade.

Ter o *logos* (ser racional) é ser capaz de deliberar, de planejar, de decidir a partir de uma visão do futuro. Isto envolve ter memória, imaginação, e ser capaz de antecipar mentalmente as consequências de nossos movimentos. Tudo isso torna nossa experiência da emoção, enquanto seres humanos, muito singular.

O homem sensato sabe que tomar um remédio amargo agora é ruim, mas também sabe que a dor será pior no futuro se não enfrentá-la agora. Tentamos ensinar isto aos nossos filhos – a não viver apenas para o presente, mas a pensar no futuro.

Como Aristóteles adverte, é grande o risco de falhar porque podemos errar de várias formas. Podemos não conseguir perceber corretamente o que é o melhor, ou podemos não ter força o bastante para fazer o que sabemos ser certo fazer²⁴. A emoção está na raiz das duas dificuldades.

O cálculo é difícil porque estamos sob pressão do tempo e da paixão. É preciso escolher, e não podemos deliberar para sempre. A deliberação não é feita em um ambiente tranquilo, mas tenso: há fome, frio, medo, ira, apetite que nos empurram.

Quem consegue pensar bem quando está com medo, ou irado? Ou simplesmente com fome? A emoção influencia a percepção do que devemos fazer, e é ainda mais importante quando se trata de fazer o que percebemos (quando conseguimos perceber!) o que é certo fazer. Às vezes sabemos claramente o que é certo fazer, mas a paixão simplesmente nos impede.

A questão se torna ainda mais interessante quando pensamos, com Aristóteles, que a emoção não é simplesmente (ou apenas) algo natural em nós. Quando pensamos que podemos influenciar o modo como nos apaixonamos (como o medo, a ira, a vergonha e as outras emoções acontecem em nós), fica mais claro o poder que podemos ter sobre nossas próprias vidas.

Se as paixões são tão decisivas, e se não pudéssemos de algum modo influenciá-las, dificilmente poderíamos ter controle sobre nossas decisões e sobre nossas vidas.

Mas podemos mudar o modo como sentimos. E, com isso, elevar ao máximo o poder de autodeterminação, de decisão – aumentando, assim, nossas chances de viver bem.

²⁴ Este é o problema da *akrasia*, objeto do livro VII da *Ética a Nicômaco*. Ali se põe a questão: “como um homem pode falhar em autocontrolar-se mesmo sabendo que o que ele faz é errado?” (1145 b 23-24).

Para Aristóteles, o prazer e a dor são sinais da relação entre aquilo que fazemos e aquilo que somos. Uma pessoa generosa sente prazer em ajudar, porque o ato de ajudar está próximo e portanto atualiza/realiza o seu caráter (o seu modo de ser, ou a sua *disposição*). Já o avarento sente dor quando é obrigado a ajudar, e prazer se pode evitá-lo. O justo sofre se não dá o que é do outro, e sente prazer quando o faz; o injusto, o inverso. Prazer e dor são sinais do que somos, e mudam na medida em nos transformamos. Insistindo nas ações de generosidade (ainda que tragam sofrimento para quem está “aprendendo a ser generoso”), uma pessoa adquire o hábito de ajudar, mudando seu caráter. Com o tempo, deixará de sofrer ao ajudar, e passará a sentir prazer com isto. Ao transformar nosso caráter, transformamos também nossa emoção, mudando aquilo que nos apraz ou nos faz sofrer. Isto mostra que não somos escravos da paixão, mas senhores de nós mesmos ao ponto de transformar-nos pateticamente²⁵.

Como aprendemos a lidar com estas paixões, ao decidir? Não posso desenvolver agora este ponto (faço-o em outro texto), mas apenas ressaltar uma indicação que creio esteja bem clara a partir do que falamos sobre Aristóteles: a única forma de aprender a lidar com as emoções, de aprender a pensar sob pressão (sob a pressão do medo, da ira, da cobiça, da inveja...), é experimentando e vencendo a pressão: decidindo, passando por situações práticas, expondo-nos às emoções.

Emoção e Direito em Aristóteles... O desafio de lidar com o outro...

É preciso somar um outro ingrediente, ainda, à situação prática que pede uma decisão: há sempre mais de uma pessoa envolvida. A presença do *outro* é definidora da situação e do desafio prático.

Muitas decisões que tomamos não têm significado ético, porque não envolvem a vida de outras pessoas. Se uso uma gravata vermelha ou azul no trabalho, tanto faz, do ponto de vista moral. Mas, se a gravata tivesse suásticas, símbolo do nazismo, já isso não seria indiferente moralmente, porque afetaria outras pessoas.

As situações práticas (da ética, da política e do direito) são intersubjetivas. Este é um lugar-comum da moral que merece toda a atenção. Toda decisão prática é uma decisão quanto ao modo como me relaciono com outra pessoa.

Há sempre mais uma pessoa envolvida, e isto também complica o desafio de lidar com a emoção.

Há mais de uma pessoa lidando com a paixão. Isto torna a ética ainda mais desafiadora. Ao decidir, temos que lidar com a nossa própria emoção, e com a

²⁵ A mesma coisa vale para a capacidade de autotransformação, pela experiência de vida, quanto aos sentidos. Até nossa percepção do mundo transforma-se com a experiência. Há muitos exemplos próximos de todos nós. Comece a fotografar ou a pintar e experimente o aguçamento do sentido da visão – da percepção de cores, formas, perspectivas etc. – que esta atividade traz.

emoção do outro. Compreender a emoção do outro é uma parte importante do sucesso nas relações pessoais. Se eu simplesmente as ignoro e só me importo com as minhas, torno-me um monstro egoísta. Se não me preocupo com as minhas mas só com as dos outros, tampouco poderei ser feliz.

Agir é lidar com as emoções que surgem quando entramos em contato com as pessoas com quem partilhamos o mundo. Como vimos, as emoções nos empurram. O medo, para longe do perigo; o amor, para perto da pessoa amada; a fome e a sede, para a comida e a bebida; a cobiça, para as coisas e o poder. Nas situações práticas, há outras pessoas sendo também empurradas pelas paixões, levando-as eventualmente para o mesmo lugar. Pensem em uma multidão fugindo do fogo, quando é preciso passar pela mesma saída. Dois amigos disputando uma mulher. Dois concorrentes a um cargo ou um prêmio. Dois famintos por um pão. A paixão é o fundamento do desejo e por isso é o fundamento da discórdia, do conflito, da disputa que marca as situações práticas. Não é possível compreender uma disputa jurídica sem este ingrediente emocional. Julgá-lo, da mesma forma, tampouco.

Isto deixa mais claro como a ética é difícil: a busca da vida feliz, plena, acontece ao lado de outras pessoas que também a buscam. A busca do prazer e a fuga da dor, comum a todos, fazem com que haja confrontos.

O problema da ética é precisamente este: como é possível que a minha busca pela felicidade possa conviver com a busca pela felicidade das outras pessoas? A alteridade, como marca essencial da ética, faz com que ela seja sempre também política.

Na sociedade política, convivemos como iguais e temos o mesmo direito à felicidade. Mas nossa estrutura emotiva nos faz autocentrados, como vimos. A emoção muitas vezes nos instiga a procurar nosso próprio bem em detrimento dos outros, porque estamos sempre preocupados com o nosso próprio bem.

A ética lida com este desafio. E aí está o segredo, a grande descoberta da ética. Viver bem é viver bem *com os outros*. A busca do meu próprio bem é a busca do meu bem com os outros, e não em detrimento dos outros. Isso não tem nada a ver com ser “bonzinho” – continuamos a falar do bem, do sucesso na vida, de cada um de nós.

Como se constroem as virtudes: educação; experiência de vida; lei

A construção das virtudes é tema principal da ética e da política. As virtudes, em sentido amplo – como excelência do pensar, do desejar, do emocionar-se e do sentir –, são ao mesmo tempo o princípio e a finalidade da vida humana.

Uma certa configuração psíquica é condição de possibilidade da vida comunitária. A vida em comum não é possível se não há esforço por lidar com as emoções. Por isso, sem virtude não há vida política.

Preocupada com sua própria sobrevivência, a comunidade política se preocupa com a construção da virtude ao longo de toda a vida de cada um de nós, pela educação e pelas leis.

A educação das crianças é construção de hábitos, ao mesmo tempo forjando a inteligência, o desejo, a paixão e a sensibilidade. Educar é distribuir castigos e prêmios. Por este modo, os pais ligam aos atos das crianças prazer e dor, habituando o desejo e moldando a sensibilidade. Ao mesmo tempo em que se estimula o hábito de desejar o meio-termo, ensina-se a pensar as situações práticas, pelos exemplos sensatos e conselhos.

A educação do caráter é toda ela emocional. Ligando dor a atos maus e prazer a atos bons, os educadores transformam a estrutura emotiva da criança. Algo parecido acontece com a lei, que também distribui prazer e dor por castigos e prêmios.

Prêmios e castigos estabelecidos pela educação e pela lei são ingredientes que a comunidade introduz em nosso cálculo e em nossa experiência pessoal, tentando influenciar o modo como pensamos, desejamos e sentimos.

Por meio de nossas próprias decisões, colhendo as consequências das ações, vamos aprendendo a lidar com cada situação – com todas as dificuldades que estão envolvidas nesta tarefa.

160

Decidir é tarefa difícil, e o erro pode vir de todos os lados. Mas, para que a dificuldade fique mais clara, é preciso inserir um ingrediente ainda: a decisão precisa dar conta da situação em que o agente se encontra, em sua especificidade. Decidir não é aplicar regras gerais cegamente.

Educar-se é aprender a entender o chão em que se pisa. É aprender a reconhecer as circunstâncias que exigem a decisão, dando conta da sua peculiaridade e aprendendo a encontrar o comportamento *adequado*. E devemos saber fazer isto apesar da pressão da emoção, lidando com ela. Educar-se é aprender a resistir ao medo e à cobiça, mas também a saber ouvi-los. O homem virtuoso não é aquele que não sente a pressão das paixões, mas sim o que sabe lidar com elas, porque sabe encontrar o caminho certo, o comportamento adequado a cada situação, no horizonte turbulento das paixões.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A comparação entre as concepções moderna (representada, aqui, pela teoria do direito positivista de Hans Kelsen) e antiga (representada pelo pensamento ético-político de Aristóteles) revela a insuficiência das visões que ignoram a dimensão emotiva da experiência jurídica.

O direito é um saber prático que se desenvolve e exercita nas situações particulares. O saber geral que vem do passado – as regras da experiência, os modelos de conduta, o exemplo dos grandes homens, as leis – é relevante para a solução

de cada caso, mas sempre pode ser insuficiente. Este é um tema familiar aos juristas: a equidade, de que Aristóteles trata no Livro V da *Ética a Nicômaco*. As leis são gerais e os casos, particulares: como saber se aqui, e agora, é o caso de simplesmente aplicar a lei, ou se é preciso retificá-la? A equidade é também uma virtude – e portanto um poder que se adquire pela repetição, pelo hábito.

A educação jurídica precisa ajudar os alunos a enfrentar estes desafios, quando tiverem de fazê-lo profissionalmente.

Aprender a lidar com as próprias emoções, com a emoção dos outros, integrando lides que não são simples desacordos intelectuais, mas embates emotivos de que depende, muitas vezes, a felicidade das pessoas... Aprender a encontrar, sob a pressão do tempo e das emoções, a decisão adequada ao caso, que muitas vezes não corresponde à saída oferecida pela norma geral... Como podemos ajudar nossos estudantes a prepararem-se para isso?

Não há outro modo de fazê-lo senão inserindo o estudante em situações práticas que mobilizem o tipo de pensamento que será exigido dele na prática: para que saiba pensar casos práticos, sempre particulares, e encontrar ali a regra adequada, a partir de uma apropriação inteligente das regras gerais, e de uma lúcida (e livre) relação com suas próprias emoções.

REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício. *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*. São Paulo: Noeses, 2011.
- AFONSO, Elza Maria Miranda. *O positivismo na epistemologia jurídica de Hans Kelsen*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1984.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. António C. Caeiro. São Paulo: Atlas, 2008.
- ARISTOTLE. *Nicomachean Ethics*. Trad. H. Rackham. Loeb Classical Library 73. Cambridge: Loeb, 1926.
- ARISTOTLE. *Politics*. Trad. H. Rackham. Loeb Classical Library 264. Cambridge: Loeb, 1932.
- ARISTOTLE. *Rhetoric*. Trad. J. H. Freese. Loeb Classical Library 22. Cambridge: Loeb, 1926.
- BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito: contribuição a partir da Teoria do Discurso de Jürgen Habermas. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Org.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- CASTANHEIRA NEVES, António. *Questão-de-facto e questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade*. Coimbra: Almedina, 1967.
- COELHO, Nuno M. M. S. Controversy and practical reason in Aristotle. In: L. Hupperts-Cluysenaer and N.M.M.S. Coelho (Eds.). *Aristotle and the philosophy of law: theory, practice and justice, ius gentium: comparative perspectives on law and justice 23*. London: Springer, 2013.

Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho

COELHO, Nuno M. M. S. *Direito, filosofia e a humanidade como tarefa*. Curitiba: Juruá, 2012.

COELHO, Nuno M. M. S. *Fundamentos filosóficos da interpretação do direito – o Romantismo*. São Paulo: Rideel, 2012.

COELHO, Nuno M. M. S. *Sensatez como modelo e fundamento do pensamento jurídico em Aristóteles*. São Paulo: Rideel, 2012.

DILTHEY, Wilhelm. *Origens da hermenêutica*. In: MAGALHÃES, Rui (Org.). *Textos de hermenêutica*. Trad. Alberto Reis e José Andrade. Porto: Rés Editora, 1984.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1988.

KELSEN, Hans. *General theory of law and state*. With a new introduction of A. Javier Treviño. London, New York: Transation Publishers, 2006.

KELSEN, Hans. *Pure theory of law*. Translation from the Second (Revised and Enlarged) German Edition by Max Knight. Clark, New Jersey: The Lawbook Exchange, 2005.

KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. Zweite, vollständig neu bearbeitet und erweiterte Auflage 1960. Nachdruck 1992. Viena: Österreichische Staatsdruckerei, 1992.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

162

MARRONEY, Terry A. Law and emotion: a proposed taxonomy of an emerging field. *Law and Human Behavior*, v. 30, 119-142, 2006. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=726864>>.

PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Trad. Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1986.

PERELMAN, Chaïm, OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação – a nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. *Hermenêutica – arte e técnica da interpretação*. 2. ed. Trad. Celso Reni Braidia. Petrópolis: Vozes, 2000.

SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. *Hermeneutik und Kritik: mit einem Anhang sprachphilosophischer Texte Schleiermachers*. Hrsg. v. M. Frank. Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1977.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Trad. Tercio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

ZINGANO, Marco Antonio Ávila. *Estudos de ética antiga*. São Paulo: Discurso Editorial, 2007.

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL E AS TESES DEFENDIDAS POR JEREMY WALDRON E RONALD DWORKIN

JUDICIAL REVIEW IN BRAZIL AND THE THESIS CAUGHT BY JEREMY WALDRON AND RONALD DWORKIN

Carolina Flávia Freitas de Alvarenga Nogueira*

RESUMO

O presente ensaio tem como escopo estudar o debate do controle de constitucionalidade travado por Jeremy Waldron e Ronald Dworkin e a influência dessas teorias no ordenamento brasileiro. A metodologia empregada foi a pesquisa bibliográfica na área do Direito Constitucional Brasileiro e Comparado. Com base no princípio da separação de poderes apresentada por Montesquieu, questiona-se: o controle de constitucionalidade no Brasil é uma intromissão do Poder Judiciário no Poder Legislativo? O exercício do controle de constitucionalidade afronta os princípios democráticos? Dois autores tratam do tema de modo peculiar e defendem ideias totalmente opostas: Jeremy Waldron e Ronald Dworkin. Das teses defendidas por eles, apresentam-se duas correntes: uma que traz argumentos favoráveis ao controle de constitucionalidade judicial e outra que apresenta argumentos contrários que buscam preservar a instituição do legislador na participação do regime democrático. Assim, o objetivo deste estudo é apresentar essas duas teses demonstrando o ponto de vista de cada uma e qual delas melhor se adapta ao ordenamento brasileiro.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade; Jeremy Waldron; Ronald Dworkin; *Judicial review*; *Marbury versus Madison*.

* Mestranda em Direito e Políticas Públicas do Uniceub – DF. Participante do grupo de pesquisa Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável do Uniceub. Pós-graduada em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Bacharel em Ciências Jurídicas pelo Uniceub. Tem experiência na área de Direito com ênfase em Direito Público. Advogada na Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT desde setembro de 2008.

ABSTRACT

This paper has the objective to analyze the discussion of judicial review, caught by Jeremy Waldron and Ronald Dworkin and the influence of these theories in the Brazilian legal system. The methodology used was the bibliographical research in the Brazilian Constitutional and Comparative Law. Based on the principle of separation of powers by Montesquieu, it is necessary to study if the constitutionality control in Brazil would be an intrusion of the judiciary in the legislative branch. Moreover, it is necessary to answer the question: the exercise of judicial review affront to democratic principles? Two authors deal with the peculiar way of the theme and defend diametrically opposed ideas: Jeremy Waldron and Ronald Dworkin. Based on theses they can show the two currents: one that brings arguments in favor of judicial constitutional control and another that presents opposing arguments that seeks to preserve the institution of the legislature in the participation of the democratic regime. The objective of the study is to present these two theses, showing the point of view of each and which of these best fits to Brazil.

Keywords: Constitutionality control; Jeremy Waldron; Ronald Dworkin; Judicial review; *Marbury versus Madison*.

INTRODUÇÃO

164

De acordo com Montesquieu, cada Estado tem três espécies de poder, necessários para que um cidadão não tema outro cidadão: o Poder Legislativo (o príncipe ou magistrado faz leis por certo tempo ou para sempre e corrige ou ab-roga as que estão feitas); o Poder Executivo, do qual depende o direito das gentes (faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões); e o Poder Judiciário, de que depende o direito civil (pune os crimes ou julga as querelas dos indivíduos é o poder de julgar)¹.

O presente estudo pretende apresentar as teorias defendidas por Jeremy Waldron e Ronald Dworkin acerca do controle de constitucionalidade, de modo a aplicá-las na realidade brasileira. Estaria o controle de constitucionalidade afrontando os princípios democráticos?

Antes de apresentarmos essas teorias, entendemos pertinente fazer um breve histórico da origem do controle de constitucionalidade desde o período da Grécia Antiga, da *Common Law* na Inglaterra, do caso *Marbury versus Madison* e alguns outros casos que foram surgindo ao longo da história até a divisão didática hoje existente entre controle difuso (norte-americano) e concentrado (austríaco).

¹ MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1962, p. 181.

Em seguida, trataremos a realidade brasileira do controle de constitucionalidade, relembando rapidamente o instituto em todas as constituições da história do país até a Constituição de 1988. Será dado destaque ao controle de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal relacionando-o às teses de Waldron e Dworkin.

A ORIGEM DO DEBATE ACERCA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Antes de adentrarmos especificamente nas discussões de Jeremy Waldron e Ronald Dworkin acerca do controle de constitucionalidade, necessário se faz apresentarmos sua origem histórica. Apesar de o caso *Marbury versus Madison* ser um marco importante no surgimento dessa discussão, é possível verificar alguns autores que trazem exemplos incipientes do controle de constitucionalidade em momentos mais remotos.

Nesse sentido, Ronaldo Poletti² menciona três tempos assim definidos: a) o mais remoto remete-se ao período da Grécia Antiga; b) *Common Law* na Inglaterra; c) caso *Marbury versus Madison*.

Na Grécia, o controle de constitucionalidade foi iniciado por meio do *Graphé Paranomón*, um instrumento jurídico semelhante ao controle de constitucionalidade que possibilitava a qualquer cidadão exercitar o direito de acionar o autor de uma moção ilegal, por escrito, indicando a lei que entendera haver sido violada, podendo ser atacada por vício de forma, para impedir o abuso do direito de iniciativa das leis pelos cidadãos, restringindo o Poder Legislativo³.

Por sua vez, na Inglaterra, as categorias do Direito Natural foram aplicadas para anular leis contrárias ao *Common Law*, e o rei só poderia julgar por intermédio de juízes. O caso apresentado é o de *Bonham*, ocorrido em 1610, em que se decidiu pela *Court of Common Pleas*⁴, conforme o juiz Edward Coke. Em síntese, o caso retrata a situação de um médico, Dr. *Bonham*, que não obtivera sua licença e recusava-se a obter uma. A Corte julgou seu pedido de forma favorável com base em uma série de argumentos, entre eles o de que “ninguém deveria ser autorizado a praticar medicina em Londres sem prévia aprovação do *Royal College of Physicians* e que a pena a ser aplicada seria o pagamento de uma multa⁵.

O contexto histórico dos Estados Unidos no final de 1800 era de eleições presidenciais, sendo eleito presidente Thomas Jefferson em substituição a John Adams. No Congresso, os federalistas, que ainda detinham maioria, articularam-se para

² POLETTI, Ronaldo. *Controle da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

³ POLETTI Ronaldo, *Controle da constitucionalidade das leis*, op. cit.

⁴ POLETTI Ronaldo, *Controle da constitucionalidade das leis*, op. cit.

⁵ VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira Victor. *Diálogo institucional, democracia e estado de direito: o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da Constituição*. [Tese de Doutorado] São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013, p. 32.

conservar sua influência política por meio do Poder Judiciário. Assim, em 13 de fevereiro de 1801, fizeram aprovar uma lei de reorganização do Judiciário federal, por via da qual, entre outras providências, reduziram o número de ministros da Suprema Corte e criaram dezesseis novos cargos de juiz federal⁶.

Um dos nomeados, William Marbury, teve seu documento lavrado, assinado e chancelado no Governo Adams, mas não entregue pelo novo Secretário de Estado, James Madison, razão pela qual Marbury solicitou à Suprema Corte Americana a expedição de um *mandamus* ordenando a Madison a entrega da comissão de juiz de paz do Distrito de Columbia⁷.

Em 1803, o novo secretário de Estado, John Marshall (Secretário de Estado no Governo Adams), reconheceu que Marbury tinha direito à comissão e que as leis norte-americanas lhe facultavam recurso para reclamá-la, mas, de forma habilidosa⁸, afirmou que a Corte não era competente para o *mandamus* requerido, pois fundado em lei, ao passo que apenas a Constituição poderia atribuir competência à Corte.

O caso Marbury *versus* Madison revelou a importância do sistema norte-americano na construção do Direito, pois foi o primeiro dos constitucionais *test cases*, que iniciaram a longa história da Suprema Corte dos Estados Unidos na evolução do controle de constitucionalidade das leis. Trata-se de um caso singular que, se fosse julgado nos dias de hoje, provavelmente não teria o mesmo desdobramento: Marshall (Secretário de Estado) deveria dar-se por impedido, pois tinha interesse pessoal direto no caso; Marshall e o então presidente Adams pertenciam ao Partido Federalista, que foi derrotado pelo presidente Thomas Jefferson. O voto de Marshall, na verdade, refletiu as circunstâncias políticas. Estabeleceu-se a competência do Judiciário para rever os atos do Executivo e do Legislativo à luz da Constituição. Era o seu próprio poder que estava demarcando o Poder Judiciário sobre os outros dois ramos do governo. A Suprema Corte estaria como última intérprete da Constituição – questões políticas não estariam sujeitas ao controle do Judiciário⁹.

Três casos dificultaram a consolidação da doutrina do controle de constitucionalidade de Madison: 1) proposta de *impeachment* do juiz Samuel Chase, em que Marshall negociou as prerrogativas; 2) declaração de constitucionalidade do Banco dos Estados Unidos, com desenvolvimento da doutrina dos poderes implícitos da União; e 3) oposição de Lincoln no caso do escravo Dred Scott.

⁶ BARROSO, Luiz Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁷ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello. Controle de constitucionalidade – evolução brasileira determinada pela falta do *stare decisis*. *Revista dos Tribunais*, v. 920, p. 133, jun. 2012.

⁸ AMARAL JÚNIOR, Controle de constitucionalidade – evolução brasileira determinada pela falta do *stare decisis*, op. cit.

⁹ POLETTI, Ronaldo. *Controle da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

Apenas para contextualizar aquele período histórico, cabe mencionar os casos que sucederam o *Marbury versus Madison*. No caso *Mac Culloch versus Maryland* (1819), discutiu-se o problema da divisão dos poderes do governo norte-americano, separados pela Constituição entre o Governo Federal e o dos Estados. No caso do escravo *Dred Scott*, o Chefe de Justiça Roger B. Taney (1857) defendeu a tese de que os negros não tinham capacidade jurídica e não podiam agir perante os tribunais. A partir de 1895-1937, surgiu uma nova fase: a interpretação constitucional passou a beneficiar o mundo dos negócios. Em 1895, quando do *Trust* do Açúcar, a lei Sherman contra os *trusts* industriais foi afastada, definindo-se o comércio apenas como transporte. Em 1945, no caso *Brown versus Board Education*, reconheceu-se à filha de um pastor negro o direito de frequentar a escola pública próxima de sua residência em vez de transportar-se na conformidade da lei estadual até uma escola de negros.

Esse modelo ficou conhecido pela doutrina como Sistema Norte-americano de Controle de Constitucionalidade ou difuso. Em contrapartida, Hans Kelsen foi o introdutor do controle de constitucionalidade na Europa por meio da Constituição da Áustria em 1920, denominado controle ou sistema austríaco (modelo concentrado)¹⁰.

A seguir, apresentar-se-ão os debates sustentados por Waldron e Dworkin no que tange à democracia e ao controle de constitucionalidade.

167

AS TESES DEFENDIDAS POR JEREMY WALDRON E RONALD DWORKIN

Há uma discussão quanto aos argumentos favoráveis ou não ao controle jurisdicional de constitucionalidade, entendido como o “encontro entre os dois poderes e as duas funções: o encontro entre a lei e a sentença, entre a norma e o julgamento entre o legislador e o juiz”¹¹ – uma verdadeira tentativa de justiça constitucional.

Nesse sentido, questiona-se se o controle de constitucionalidade se atenta contra a democracia (participação do povo na tomada de decisões). Tal debate pode ser sustentado de acordo com as ideias defendidas por Ronald Dworkin¹² e Jeremy Waldron¹³, que são completamente opostas.

Por um lado, Jeremy Waldron sustenta a ilegitimidade do controle de constitucionalidade ou *judicial review*, buscando preservar a instituição do legislador

¹⁰ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1009.

¹¹ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Fabris: Porto Alegre, 1992, p. 26.

¹² DWORKIN, Ronald. Equality, democracy and constitution. *Albert Law Review*, n. XXVIII, 1989-1990, p. 324-346.

¹³ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *The Yale Law Journal*, n. 115, p. 1346-1406.

na participação do regime democrático contra-argumentando a tese de Ronald Dworkin, de outro lado, sobre a leitura moral da Constituição¹⁴.

Para Dworkin, a intervenção judicial estaria fortalecendo a democracia à medida que invalidaria uma lei para restabelecer as condições democráticas, quais sejam a participação, a igual consideração e o respeito por parte dos membros da comunidade e a independência moral¹⁵. Por sua vez, para Waldron, caso os membros da sociedade votem de maneira imparcial, eles devem ser consultados para decidir sobre questões relacionadas a quais direitos lhes são atribuíveis¹⁶.

Uma das críticas de Waldron¹⁷ a Dworkin é quanto à valorização da decisão judicial como principal ato estatal que dispõe sobre direitos. Waldron aponta que o direito e os desacordos andam juntos e coloca o direito à participação nas decisões públicas como o direito dos direitos¹⁸. Além disso, Waldron confronta outra ideia-base de Dworkin: a de que os Tribunais são as instâncias mais adequadas para resolver questões de desacordo moral, pois o debate legislativo tende a ser viciado.

O fato é que Waldron não se atém meramente a rebater as ideias de Dworkin, mas pretende, com seu estudo, resgatar a dignidade da legislação, de modo a desmistificar a razão de essa atividade, fruto da regra majoritária, ser tão malvista, de modo geral, até mesmo pelos pensadores do direito¹⁹.

168

Para Dworkin, o controle judicial de constitucionalidade não ofenderia a democracia, pois este retrata a maioria e compreende as condições essenciais da participação moral, cujo respeito também se impõe. Por sua vez, Waldron aponta o caráter antidemocrático da revisão judicial à medida que ela retira dos titulares dos direitos a decisão sobre eles, partindo da premissa equivocada de que o parlamento não é a instância adequada para argumentar sobre princípios.

Na linha defendida por Waldron, é imprescindível a maximização do direito de participação para que todos se realizem igualmente como sujeitos

¹⁴ WALDRON, Jeremy. *O judicial review e as condições da democracia*. In: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Orgs.). *Limites do controle de constitucionalidade*. Tradução de Julia Sichiery Moura. (Coleção ANPR de direito e democracia) Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 243-270.

¹⁵ FERREIRA, Emanuel de Melo. *A legitimidade democrática do controle de constitucionalidade à luz de Ronald Dworkin e Jeremy Waldron*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=2723d092b63885e0>>. Acesso em: 20 fev. 2015.

¹⁶ FERREIRA, Emanuel de Melo. *A legitimidade democrática do controle de constitucionalidade à luz de Ronald Dworkin e Jeremy Waldron*, op. cit.

¹⁷ WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

¹⁸ WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

¹⁹ FERREIRA, Emanuel de Melo. *A legitimidade democrática do controle de constitucionalidade à luz de Ronald Dworkin e Jeremy Waldron*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=2723d092b63885e0>>. Acesso em: 20 fev. 2015.

autônomos em votação pública, sem a prevalência da Corte sobre o legislador²⁰, já que o *judicial review* não protege o direito das minorias²¹. Por sua vez, os que defendem a revisão judicial acham que a proteção das minorias virá de elites. Para Dworkin, a interpretação da Constituição pelo Poder Legislativo só é cabível se deixarmos de lado a ideia de que a Constituição protege a maioria contra possíveis abusos de poder da maioria.

Importante informação é que Waldron deixa claro que seus argumentos contrários à revisão judicial focavam países em que a adoção desse instituto ainda estava em aberto, e não o debate norte-americano, que já estaria consolidado²².

Os pontos que fundamentam a sua interpretação do texto constitucional se baseiam, portanto, na análise política e legal e em uma correta avaliação da lei com base em princípios igualitários. Dworkin também observa, nesse processo, os métodos clássicos da interpretação – como o histórico, o econômico –, mas uma leitura moral leva-o a encontrar o melhor princípio, o melhor entendimento que uma igualdade moral requer, isenta das percepções pessoais do juiz²³.

O Poder Judiciário, concebido na defesa das minorias e das majorias, segundo Dworkin, estaria mais apto a deferir sobre os interesses das partes, já que não estaria diretamente ligado a nenhuma delas e não precisaria responder eleitoralmente à maioria. O Juiz tem cargo vitalício, não é eleito e, como tal, estaria mais apto a defender os direitos das partes em questão. Contudo, na visão democrática, dar-se-ia muita força à maioria, fazendo com que esta legislasse em causa própria²⁴.

Além disso, Ronald Dworkin²⁵ questiona se a forma existente de controle de constitucionalidade é antidemocrática. Isso porque, por um lado, os juízes que compõem as altas cortes são indicados e não eleitos, e, por outro, os secretários de estado também não são eleitos e podem causar danos, mas o Presidente

²⁰ MENDES, Conrado Hubner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. [Tese de doutorado] São Paulo: Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, 2008.

²¹ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *The Yale Law Journal*, n. 115, p. 1346-1406.

²² MENDES, MENDES, Conrado Hubner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. [Tese de doutorado] São Paulo: Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, 2008, p. 169.

²³ DUTRA, Yuri Frederico. *Democracia e controle de constitucionalidade a partir da teoria discursiva do direito de Jürgen Habermas*. [Dissertação de mestrado] Florianópolis: Centro de Filosofia e Ciências Humanas (CFH) da Universidade Federal de Santa Catarina, 2010.

²⁴ SPICA, Marciano Adílio. *Controle de constitucionalidade e democracia em Ronald Dworkin*. Disponível em: <<http://www.paradigmas.com.br/parad32/32.9.htm>>. Acesso em: 26 fev. 2015.

²⁵ DWORKIN, Ronald. Equality, democracy and constitution. *Albert Law Review*, n. XXVIII, 1989-1990, p. 324-346.

é e pode causar danos inimagináveis ao País. A tese do controle de constitucionalidade como antidemocrático se apegua à questão de que um sistema que dá grande poder político aos juízes parece ofensivo ao princípio de que em uma democracia os agentes são escolhidos pelo povo e respondem a ele.

Em analogia à figura do juiz com o personagem semideus Hércules²⁶. Dworkin objetiva “conferir às decisões judiciais aspectos de certeza, segurança, moralidade, justiça que necessariamente são assegurados por meio das respostas certas, mesmo nos casos considerados de difícil interpretação diante de conflito aparente de regras e princípios”²⁷.

Assim, o poder político pode ser mensurado em duas dimensões: horizontal (pela comparação de poderes entre cidadãos e grupos); e vertical (pela comparação de poderes entre cidadãos e agentes políticos). Por exemplo: na igualdade de voto, é possível averiguar a igualdade de impacto e de influência de cada sujeito; na igualdade de influência, tem-se, por exemplo, a capacidade de influenciar a crença, o voto e a escolha de um terceiro²⁸.

Ainda em Dworkin, o indivíduo é parte do coletivo, mas uma parte independente e importante. A adesão a uma unidade de responsabilidade coletiva envolve reciprocidade: “um sujeito não é membro da unidade coletiva, compartilhando sucesso e fracasso, a menos que seja tratado como membro pelos demais, o que significa aceitar que o impacto da ação coletiva em sua vida e interesses é importante para o pleno sucesso da ação no seu impacto na vida e nos interesses (...)”²⁹. Os tribunais e juízes devem ser únicos e não podem ser sobrepostos ao Poder Legislativo, segundo Dworkin. Porém, ele defende que a importância da decisão majoritária deve ser relativizada³⁰.

Para Waldron, a autoridade legislativa é obtida “afastando-se a má reputação da legislatura tida como centro de negociata, troca de favores, manobras de assistência mútua, intriga por interesses e procedimentos eleitorais”³¹. A ideia de Waldron era resgatar a dignidade do Legislativo de modo a assegurar as liberdades democráticas, preservando o princípio da igualdade entre cidadãos e

²⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

²⁷ SILVA, Dirlene Gregório Pires da. *O novo paradigma de controle de constitucionalidade difuso*. A legitimação do Supremo Tribunal Federal: entre Dworkin e Waldron, de 08 de dezembro de 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-novo-paradigma-de-controle-de-constitucionalidade-difuso-a-legitimacao-do-supremo-trubunal-federal-entre-dwo,41023.html>>. Acesso em: 28 fev. 2015.

²⁸ DWORKIN, Ronald. Equality, democracy and constitution. *Albert Law Review*, n. XXVIII, 1989-1990, p. 324-346.

²⁹ DWORKIN, Ronald. Equality, democracy and constitution, op. cit., p. 324-346.

³⁰ DWORKIN, Ronald. Equality, democracy and constitution, op. cit., p. 324-346.

³¹ WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

permitindo a participação de todos nas decisões que regerão a sociedade³², e defender um *judicial review* forte, no qual “os tribunais têm autoridade para deixar de aplicar uma lei em um processo ou para modificar o efeito de uma lei para deixar sua aplicação em conformidade com direitos individuais”³³.

Os que defendem o *judicial review* argumentam que o instituto ajuda a fortalecer nosso comprometimento para ensinar aos participantes de uma nova democracia a valorizar os direitos ou para dar às minorias garantias que não estão disponíveis em um sistema puramente governado pela maioria³⁴.

Em síntese, Waldron defende que o *judicial review* seria inapropriado em uma sociedade democrática para assegurar os direitos das minorias, que deveriam ter como direito primordial a participação nas decisões públicas. Por sua vez, Dworkin alega que, em sendo o juiz detentor de um cargo vitalício, não eleito, estaria mais apto a defender direitos das partes, principalmente das questões morais que, quando discutidas no âmbito do Poder Legislativo, tendem a ser mais viciadas.

Assim, traçado esse paralelo entre as ideias levantadas por Waldron e por Dworkin, podemos perceber que o retrato do povo dentro de uma sociedade democrática é feito por meio dos membros do Poder Legislativo, que são eleitos por aquele povo. Nesse sentido, um forte argumento para defender a tese de que o controle de constitucionalidade é antidemocrático é o fato de os juízes não serem eleitos.

A seguir, vejamos como fica a discussão do controle de constitucionalidade no âmbito do Poder Judiciário Brasileiro e a aplicabilidade das teorias de Waldron e Dworkin.

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL E O DIREITO COMPARADO

O Estado Democrático de Direito no Brasil pode ser conceituado como a “organização política em que o poder emana do povo, que o exerce diretamente ou por meio de representantes, escolhidos em eleições livres e periódicas, mediante sufrágio universal e voto direto e secreto para o exercício de mandatos periódicos, como proclama, entre outras, a Constituição brasileira”³⁵.

³² SILVA, Dirlene Gregório Pires da. *O novo paradigma de controle de constitucionalidade difuso. A legitimação do Supremo Tribunal Federal: entre Dworkin e Waldron*, de 08 de dezembro de 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-novo-paradigma-de-controle-de-constitucionalidade-difuso-a-legitimacao-do-supremo-tribunal-federal-entre-dwo,41023.html>>. Acesso em: 28 fev. 2015.

³³ WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao *judicial review*. In: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Orgs.). *Legitimidade da jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 98.

³⁴ WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao *judicial review*, op. cit., p. 112.

³⁵ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 139.

De maneira sucinta, vejamos como as Constituições Brasileiras de cada período trataram o controle de constitucionalidade.

A Constituição do Império (1824) não regulou o controle jurisdicional de constitucionalidade. Naquele período, o Poder Legislativo tinha a tarefa de fazer as leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las, bem como velar pela guarda da Constituição; existia também o Poder Moderador³⁶.

Por sua vez, a Constituição Republicana (1891) estabeleceu o sistema de controle incidental ou difuso, no qual todos os órgãos do Poder Judiciário tinham o dever de recusar aplicação às leis incompatíveis com a constituição. Por meio da Emenda Constitucional de 1926, conferiu expressamente a todos os tribunais federais ou estaduais competência para decidir sobre a constitucionalidade das leis federais, aplicando-as ou não no caso concreto, aprimorando a redação das normas constitucionais sobre o assunto.

A Constituição de 1934 manteve o controle incidental ou difuso, trazendo, todavia, importantes inovações: extinguiu o quórum da maioria absoluta dos membros dos tribunais para as decisões sobre inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público; e previu a suspensão pelo Senado da execução de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário. Essa constituição significou expressivo marco na progressão do país rumo ao controle direto de constitucionalidade.

172

A Constituição de 1937 (Polaca/ Estatuto do Estado Novo) foi autoritária e não dava espaço para discussões acerca do controle de constitucionalidade.

Na Constituição de 1946, houve um avanço na regulamentação da representação interventiva, por meio de ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual que contrariasse os princípios constitucionais sensíveis.

A Constituição de 1967 manteve o controle difuso e o controle abstrato instituído pela EC n. 16/1965 regulando a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, perante o Supremo Tribunal Federal outorgando o poder de iniciativa, exclusivamente, ao Procurador-Geral da República.

Por fim, a Constituição de 1988 manteve o nosso sistema híbrido ou misto de controle da constitucionalidade, combinando os modelos difuso e concentrado. Prevalece no Brasil o entendimento de que a lei inconstitucional é nula de pleno direito e que a decisão de inconstitucionalidade tem eficácia retroativa.

O artigo 60, § 4º, inciso III, da Constituição Federal³⁷ assegura a “separação dos Poderes”. Mas como é o papel de cada um desses poderes na prática no que tange ao controle de constitucionalidade?

³⁶ POLETTI, Ronaldo. *Controle da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

³⁷ “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

(...) § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) III – a separação dos Poderes.”

Sabe-se que, no Brasil, o tipo de controle de constitucionalidade mais usado atualmente é o advindo do modelo europeu, que é o controle concentrado de constitucionalidade. Neste, cabe a apenas um órgão, a corte constitucional (o Supremo Tribunal Federal), julgar os casos de inconstitucionalidade.

O controle de constitucionalidade é “o sistema ou mecanismo por meio do qual é verificado se as normas infraconstitucionais são compatíveis com os ditames do Texto Magno”³⁸. Em síntese, é o poder do Judiciário de invalidar uma norma aprovada pelo Poder Legislativo e sancionada pelo Poder Executivo em face de uma norma superior (Constituição Federal). Pergunta-se: esse instituto seria compatível com a democracia? Não seria uma afronta ao princípio da separação de poderes? O fato é que a ampliação do papel do Poder Judiciário³⁹ está presente nos tempos atuais, passando a ser denominada ativismo judicial ou, ainda, judicialização da política, que é a transformação das decisões do campo parlamentar ou Executivo para as Cortes.

Uma análise interessante foi feita no artigo de Dirlene Gregório⁴⁰, no sentido de que alguns julgados do Supremo Tribunal Federal têm ocupado espaços destinados aos Poderes Legislativo e Executivo, a exemplo da ADI n. 3685/DF, Rel. Min(a). Ellen Gracie, *DJ* 10/08/2006, na qual o Supremo proferiu decisão final sobre a possibilidade ou não de verticalização de coligações para a disputa das eleições presidenciais; ADI 3.999/DF e ADI 4.086/DF, rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJ* 12/11/2008, que tratou da fidelização do parlamentar ao partido político pelo qual se elegeu; Rcl. n. 7.759/PB, rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 26/02/2009, que definiu a chefia do Poder Executivo estadual em caso de vacância; MS 26.441/DF, rel. Min. Celso de Mello; *DJ* 25/04/2007, direito da minoria parlamentar em instaurar CPI; ADI 3.510/DF, rel. Min. Carlos Ayres Britto; *DJ* 05/03/2008, deliberação sobre a possibilidade de pesquisas científicas; Pet n. 3.388, rel. Min. Carlos Ayres Britto; *DJ* 19/03/2009, demarcação da área de reserva indígena; e, também, audiência pública realizada para debater acerca da organização da política pública de saúde ocorrida em 27/04/2009.

Cumpre destacar ainda que, em julgado das células-tronco embrionárias, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes se manifestou no sentido de que o Supremo Tribunal Federal também deve ser entendido como a casa do povo nos mesmos moldes do Poder Legislativo:

³⁸ FIEL, Adamir de Amorim; ARCOVERDE, Bruno de Medeiros; ROCHA, Carlos Odon Lopes da; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. *Direito constitucional*. São Paulo: Método, 2011, p. 83.

³⁹ SILVA, Dirlene Gregório Pires da. *O novo paradigma de controle de constitucionalidade difuso*. A legitimação do Supremo Tribunal Federal: entre Dworkin e Waldron, de 08 de dezembro de 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-novo-paradigma-de-controle-de-constitucionalidade-difuso-a-legitimacao-do-supremo-tribunal-federal-entre-dwo,41023.html>>. Acesso em: 28 fev. 2015.

⁴⁰ SILVA, Dirlene Gregório Pires da. *O novo paradigma de controle de constitucionalidade difuso*. A legitimação do Supremo Tribunal Federal: entre Dworkin e Waldron, op. cit.

(...) O Supremo Tribunal Federal demonstra, com este julgamento, que pode, sim, ser uma Casa do povo, tal qual o parlamento. Um lugar onde os diversos anseios sociais e o pluralismo político, ético e religioso encontram guarida nos debates procedimental e argumentativamente organizados em normas previamente estabelecidas.

Assim, percebe-se que o Supremo Tribunal Federal tem ampliado sua atuação e avançado na competência dos demais poderes, exercendo muito mais que processar e julgar. O objetivo das ideias de Dworkin e Waldron é resolver a questão da legitimidade democrática da corte constitucional e o estabelecimento dos limites e possibilidades da interpretação constitucional, seja para possibilitar uma ampla atuação judicial, modulando limites para além dos julgados, seja para estabelecer uma postura mais moderada⁴¹.

O fato é que, nos termos previsto na Constituição Federal, a ideia harmonia e equilíbrio entre os três poderes (art. 2º, CF), não precisando falar em qualquer diferenciação nesse sentido, para que não haja afronto à democracia, não tendo sido conferido legitimidade democrática ao Poder Judiciário para inserção em questões políticas.

CONCLUSÃO

174

Desde Montesquieu, tem prevalecido nos regimes democráticos a ideia de separação e independência harmônica de três poderes principais: Executivo; Legislativo; e Judiciário. Na Constituição de 1988, o Princípio da Separação dos Poderes, encartado no artigo 2º, estabelece a organização dos poderes estatais e o relacionamento entre eles.

Mas, afinal, o mecanismo segundo o qual o Poder Judiciário verifica se as normas infraconstitucionais são compatíveis com a Constituição Federal promulgada pelo povo viola sua participação na tomada de decisões?

O tema é complexo e não há uma resposta simplista para o tema. No entanto, temos sentido atualmente no Brasil uma verdadeira crise entre os três poderes: há uma preponderância do Poder Executivo sobre os demais poderes e certa ingerência do Poder Judiciário sobre o Poder Legislativo. Dessa forma, as teorias defendidas por Jeremy Waldron e Ronald Dworkin reacendem uma questão importante e atual acerca de como tem sido a relação entre o Poder Legislativo e Judiciário no Brasil.

De fato, o Poder Judiciário tem adentrado de certa forma na competência do Poder Legislativo, o que tem nos levado a aceitar melhor, pelo menos no presente

⁴¹ SILVA, Dirlene Gregório Pires da. O novo paradigma de controle de constitucionalidade difuso. A legitimação do Supremo Tribunal Federal: entre Dworkin e Waldron, op. cit.

momento, a Teoria de Waldron, segundo a qual o controle de constitucionalidade baseado em direito é inapropriado para sociedades razoavelmente democráticas, cujo principal problema não é o fato de que seus membros discordem sobre direitos. Contudo, para o funcionamento da tese de Waldron seria necessário, como ele mesmo propõe, a redução da quantidade de legisladores, sendo, no caso do Brasil, 513 deputados federais e 81 senadores⁴².

Na verdade, essa ingerência do Poder Judiciário se dá, de certa forma, em atendimento a vontade do Poder Executivo, que muitas vezes se vê sem apoio do Poder Legislativo ou por opção deste último na submissão de assuntos mais polêmicos. Porém, entendemos que, com base na experiência e na prática vivenciada pelo ordenamento jurídico brasileiro, não há maturidade e condições necessárias que permitam encarmos uma sociedade sem a aplicação do controle judicial de constitucionalidade.

REFERÊNCIAS

- AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello. Controle de constitucionalidade – evolução brasileira determinada pela falta do *stare decisis*. *Revista dos Tribunais*, v. 920, p. 133, jun. 2012.
- BARROSO, Luiz Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Fabris: Porto Alegre, 1992.
- DUTRA, Yuri Frederico. *Democracia e controle de constitucionalidade a partir da Teoria Discursiva do Direito de Jürgen Habermas*. [Dissertação de mestrado] Florianópolis: Centro de Filosofia e Ciências Humanas (CFH) da Universidade Federal de Santa Catarina, 2010.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DWORKIN, Ronald. *Equality, democracy and constitution*. *Albert Law Review*, n. XXVIII, 1989-1990, p. 324-346.
- FIEL, Adamir de Amorim; ARCOVERDE, Bruno de Medeiros; ROCHA, Carlos Odon Lopes da; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. *Direito Constitucional*. São Paulo: Método, 2011, p. 83.
- MENDES, Conrado Hubner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. [Tese de doutorado] São Paulo: Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, 2008.
- MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008.

⁴² Disponível em: <<https://www.congressonacional.leg.br/portal/congresso/atribuicoes>>. Acesso em: 13 jun. 2016.

MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leônicio Martins Rodrigues. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1962.

POLETTI, Ronaldo. *Controle da Constitucionalidade das Leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SILVA, Dirlene Gregório Pires da. *O novo paradigma de controle de constitucionalidade difuso*. A legitimação do Supremo Tribunal Federal: entre Dworkin e Waldron, de 08 de dezembro de 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-novo-paradigma-de-controle-de-constitucionalidade-difuso-a-legitimacao-do-supremo-trubunal-federal-entre-dwo,41023.html>>. Acesso em: 28 fev. 2015.

SPICA, Marciano Adilio. *Controle de constitucionalidade e democracia em Ronald Dworkin*. Disponível em: <<http://www.paradigmas.com.br/parad32/32.9.htm>>. Acesso em: 26 fev. 2015.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira Victor. *Diálogo Institucional, Democracia e Estado de Direito*: o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da Constituição. [Tese de doutorado] São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013.

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *The Yale Law Journal*, n. 115, p. 1346-1406.

WALDRON, Jeremy. O *judicial review* e as condições da democracia. In: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Orgs.). *Limites do controle de constitucionalidade*. Tradução de Julia Sichieri Moura. (Coleção ANPR de direito e democracia) Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 243-270.

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao *judicial review*. In: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Orgs.). *Legitimidade da jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

O DIREITO DO TRABALHO NO PÓS-POSITIVISMO: UMA NOVA PERSPECTIVA SOBRE UM VELHO DIREITO SOCIAL

THE LABOUR LAW IN POSTPOSITIVISM: A NEW PERSPECTIVE ABOUT AN OLD SOCIAL RIGHT

*Antônio Braga da Silva Júnior**

RESUMO

O Direito do Trabalho, por tratar de valor central na ordem constitucional brasileira – o trabalho humano digno –, carece de uma repaginação para o intérprete, de modo a fazer evoluir o paradigma positivista em que foi idealizada a Consolidação das Leis do Trabalho. A teoria positivista do Direito, embaixadora da opção político-ideológica liberal do século XIX e, mais recentemente, do neoliberalismo, mostra-se incapaz de promover a contento a efetividade dos direitos fundamentais trabalhistas na atual ordem democrático-constitucional. Desponta, daí, a força motriz para a presente pesquisa, em que se proporá uma reanálise crítica – agora pós-positivista – do ordenamento jurídico trabalhista, organizada em duas etapas: uma explanação acerca da evolução teórico-filosófica do Direito e, consecutivamente, um enfoque na superação da concepção formalista do Direito do Trabalho pelo novo paradigma jusfilosófico pós-positivista. Em tempos de crise socioeconômica instigadora de investidas contra a tutela social do trabalhador, esse objeto de análise apresenta-se atual e, mais que isso, fundamental à reflexão atinente à valorização do trabalho humano. O Direito do Trabalho pós-positivista, ao enxergar os valores sociais e princípios tutelares do labor como parte integrante do núcleo constitucional irradiador de efeitos para toda a ordem jurídica, apresenta-se à atividade jurídica e política do Estado e até mesmo às relações particulares como instrumento essencial para a realização do projeto constitucional de afirmação da dignidade da pessoa humana, de democratização da tutela social e de alcance da justiça social.

* Graduado em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Mestrando no Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), na área de concentração Constituição e Sociedade. Auditor-Fiscal do Trabalho.

Palavras-chave: Constitucionalismo; Direito do trabalho; Efetividade; Estado democrático de direito; Pós-positivismo.

ABSTRACT

The Labour Law, since it addresses a central value to the Brazilian constitutional order – decent human labor –, needs to be redesigned in the eyes of the interpreter, in order to overcome the positivist paradigm in which the Consolidation of Labor Laws was designed. The positivist theory of law, which has based the liberal politics of the nineteenth century and, more recently, the neoliberalism, seems unable to promote the effectiveness of labor fundamental rights in a satisfactory manner at the current democratic and constitutional order. Arises, hence, the driving force for this research, which will propose a critical re-examination – now Postpositivist – of labor law, organized in two steps: an explanation about the theoretical and philosophical evolution of law and, consecutively, a focus on overcoming the formalistic conception of labor law by the new paradigm Postpositivist. In socioeconomic crisis times causing affronts against the social protection of the worker, this object of analysis is current and, more than that, it is essential to reflect about the value of human labor. The post-positivist Labor Law, by considering the principles and social values of human labor as part of the constitutional core that irradiates effects throughout the whole legal system, presents itself to the judicial and the policy-making state activities and even to private relations as an essential instrument for the realization of the constitutional project of human dignity affirmation, of social protection democratization and of achieving social justice.

Key words: Constitutionalism; Democratic state of law; Effectiveness; Labor law; Postpositivism.

178

INTRODUÇÃO

Como bem se percebe atualmente, são cada vez mais crescentes as investidas patronais a favor de flexibilizações nas regras protecionistas do Direito do Trabalho, o intenso *lobby* para a ampliação da terceirização de serviços e as propostas extremistas de total desregulamentação trabalhista inspiradas, por exemplo, na dura realidade da China ou dos Tigres Asiáticos.

Essas propostas patronais – que, na atualidade, ganham ainda mais força com o momento de crise socioeconômica nacional – fundamentam-se hoje em uma revisitação do ideário liberal-individualista predominante no já longínquo início do século XX, que, por sua vez, enxergava na lógica formal, neutra e avaliativa do positivismo jurídico uma ferramenta eficaz para atingir os seus objetivos patrimonialistas.

O alicerce juspositivista com que fora idealizada a Consolidação das Leis do Trabalho – principal diploma legal regulador das relações de trabalho, editado

ainda em 1943 –, portanto, talvez seja capaz de explicar os percalços e as investidas atualmente presenciados contra a proteção do trabalho hipossuficiente.

Entretanto, o contexto social e político mudou. Da mesma forma, a teoria do Direito evoluiu. Os valores exaltados pela sociedade são outros e, agora, mais evidentes. A rígida estrutura jurídica positivista alheia à realidade empírica e a qualquer conteúdo axiológico apresenta-se atualmente insustentável, impotente que se mostra para compreender a realidade jurídica de uma sociedade crescentemente complexa e plural.

A atual ordem democrático-constitucional, repleta de exaltação de valores e princípios tutelares do labor humano, em uma nítida vocação antropocêntrica¹ centrada na dignidade da pessoa humana, passa, então, a questionar a aptidão do modelo justralhista tradicional para promover a contento a efetividade dos direitos fundamentais trabalhistas.

Diante desse contexto, desponta o objetivo central deste estudo: a reanálise do Direito do Trabalho pelo prisma constitucional, a partir dos referenciais filosófico-jurídicos do pós-positivismo.

Em uma tomada de postura crítica sobre o tema, foi utilizado como método de desenvolvimento do trabalho a construção de uma digressão sobre o pós-positivismo por meio de uma bibliografia de referência no campo teórico-filosófico do Direito. Assentadas as premissas teóricas fundamentais, foram em seguida apresentados os parâmetros retóricos circulantes na doutrina hegemônica juslaboral e apontados os elementos paradigmáticos da superação da visão formalista do Direito na seara trabalhista, com o fim de serem desenvolvidas reflexões transformadoras no sentido da reconfiguração do Direito do Trabalho.

¹ “Vocação antropocêntrica” da Constituição da República é uma expressão emprestada do voto do Ministro Relator Luis Felipe Salomão no paradigmático caso conhecido como “Chacina da Candelária” no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em que fora discutida a concorrência entre *liberdade de imprensa* (interesse público de divulgação midiática do caso) e, em contraponto, o *direito ao esquecimento* (direito da personalidade de um dos envolvidos de não ter seu nome vinculado ao crime noticiado em rede nacional). Na ocasião, o STJ decidiu por unanimidade a prevalência do direito ao esquecimento, assentando como um dos fundamentos da decisão que os diversos dispositivos constitucionais tutelares da intimidade, honra, imagem e demais valores da pessoa e da família evidenciam uma predileção constitucional para soluções protetivas da pessoa humana. Concluiu, portanto, que, “a despeito de a informação livre de censura ter sido inserida no seletivo grupo dos direitos fundamentais (art. 5º, inciso IX), a Constituição Federal mostrou sua vocação antropocêntrica no momento em que gravou, já na porta de entrada (art. 1º, inciso III), a dignidade da pessoa humana como – mais que um direito – um fundamento da República, uma lente pela qual devem ser interpretados os demais direitos posteriormente reconhecidos”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.334.097-RJ (2012/0144910-7). Min. rel. Luis Felipe Salomão, julgado em 28/05/13, publicado no *DJe* em 10/09/2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 28 nov. 15.

Para atingir o objetivo proposto, o presente artigo foi estruturado em duas etapas. A primeira, em um viés jusfilosófico generalista, tratará da superação do positivismo jurídico, haja vista sua antiquada rigidez formal e acrítica. Consecutivamente à impotência do positivismo, analisar-se-á o advento do pós-positivismo como novo paradigma jusfilosófico, caracterizado pela comunicação do ordenamento jurídico aos valores pulsantes na sociedade, pela normatividade dos princípios e das regras, pelo foco na Constituição como fonte das normas fundamentais e pela consolidação dos direitos fundamentais centrados na dignidade da pessoa humana, que mudam a face do Direito para atender aos clamores por justiça social e valorização humana no novo século.

Na segunda etapa, aplicado um recorte trabalhista ao tema, o artigo fará uma observação evolutiva dos fatores econômicos, sociais e políticos influenciadores das fases históricas do Direito do Trabalho até o atual contexto do Estado Democrático constitucional, em que o ordenamento juslaboral tem na perspectiva pós-positivista uma promissora proposta para sua nobre função social. É o que se verá a seguir.

A SUPERAÇÃO DO POSITIVISMO JURÍDICO

A filosofia juspositivista, que, doravante, chamaremos de positivismo tradicional², funda-se no positivismo científico, no qual, inclusive, as ciências sociais são tidas como conhecimento científico objetivo, neutro, livre de juízos de valor e de ideologias, livre de indagações metafísicas. Essa importação da teoria científico-positivista para o âmbito jurídico fez com que o Direito fosse concebido de modo apartado à moral e aos valores transcendentais. A pretensa ciência jurídica se fundava, então, distanciada de questões como legitimidade e justiça³.

O sistema jurídico era pensado estritamente em sua estrutura lógico-formal. E esse pensamento cartesiano se justificava pelo contexto da transição histórica para a fase moderna, visto que a partir do século XVIII a sociedade clamava por imposição de limites ao poder arbitrário e ilimitado do soberano. Mostrava-se necessário enclausurar o sistema jurídico contra os valores jusnaturalistas, que sustentavam os desmandos absolutistas com fundamentos vagos e metafísicos de uma razão subjetiva. Minguava-se, então, a preocupação com o conteúdo moral diante da premente necessidade de conformar o sistema jurídico.

² Bem se sabe que o positivismo jurídico não representa uma unidade homogênea. Ao contrário, várias foram as “versões” de positivismos ao longo da história, tal como as clássicas idealizações de Hans Kelsen, Alf Ross, H. L. A. Hart, Norberto Bobbio e Joseph Raz. Entretanto, para fins didáticos e para facilitar a explanação, trataremos por “positivismo tradicional” a estrutura lógica central caracterizadora dessa corrente de pensamento, conformadora de uma identidade teórica a despeito das diversas nuances criadas circunstancialmente.

³ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3. ed. revista. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 23.

Em busca dessa segurança jurídica e objetividade do sistema jurídico, o juspositivismo é concebido, portanto, como ciência da legislação positiva, que pressupõe uma situação histórica concreta: a concretização da produção jurídica em uma única instância constitucional – a instância legislativa. Seu significado supõe uma redução de todo o sistema jurídico ao texto da lei, nela incluindo os direitos e a justiça, de modo que a atividade do jurista se resumiria simplesmente a perscrutar a vontade clara do legislador⁴.

É nesse cenário que se solidifica a doutrina do positivismo jurídico, capitaneada pela teoria kelseniana. Para Hans Kelsen, em sua *Teoria pura do Direito* – cuja própria denominação denota o estudo do Direito alheio a valores e a quaisquer outras interferências epistemológicas (filosofia, economia, sociologia) –, o Direito se limitava ao aspecto da validade formal da lei, independentemente de seu conteúdo. Mesmo com a idealização da norma fundamental como base de validade para o ordenamento jurídico, essa norma fundamental era pensada por Kelsen como mero pressuposto lógico-formal de validade do Direito, sem exercer qualquer função ético-política relacionada à fundamentação do conteúdo do Direito⁵.

Malgrado o inestimável legado epistemológico do positivismo tradicional, é fato que a visão de distanciamento entre valores e normas jurídicas criou um verdadeiro abismo entre as dimensões do *ser* e o *dever ser*. Diante da concepção do ordenamento jurídico edificado sobre os critérios de validade formal das normas, com tendência anti-ideológica, o Direito na concepção juspositivista abria-se a indistintas espécies de conteúdo.

A disseminação do positivismo jurídico, em que o Direito era traduzido como um conjunto de normas em vigor compondo um sistema perfeito e prescindível de qualquer justificação moral além da própria validade, tornou-se inclusive terreno fértil para a legitimação de doutrinas autoritaristas responsáveis por lamentáveis resquícios históricos da humanidade. Nas palavras de Luís Roberto Barroso:

O fetiche da lei e o legalismo acrítico, subprodutos do positivismo jurídico, serviram de disfarce para autoritarismos de matizes variados. A ideia de que o debate acerca da justiça se encerrava quando da positivação da norma tinha um caráter legitimador da ordem estabelecida. Qualquer ordem⁶.

⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Traducción de Marina Gascón. 7. ed. Madrid: Trotta, 2007, p. 33.

⁵ KELSEN, Hans. Dinâmica jurídica. In: KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 135-194.

⁶ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3. ed. revista. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 22-23.

Além da legitimação de regimes totalitaristas, o juspositivismo, diante da sua rigidez racional, acrítica, igualmente não se mostrava capaz de encontrar soluções perante as cada vez mais complexas relações da plural sociedade moderna. Passava a ser crescente a evidência da insuficiência da norma posta para, em casos sensíveis, limítrofes e nebulosos, promover e garantir a justiça social.

O próprio Hans Kelsen, quando tem o capítulo “A interpretação” de sua citada obra *Teoria pura do Direito* analisado em pormenor, já nos sinaliza, ainda que sutilmente, algumas limitações do positivismo tradicional⁷. Com efeito, diz o autor que o ato de interpretação jurídica se submete a “uma relativa indeterminação”. Isso porque “A norma do escalão superior não pode [não é capaz de] vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação”. Acrescenta que, “mesmo uma ordem a mais pormenorizada possível, tem de deixar àquele que a cumpre ou executa uma pluralidade de determinações a fazer”, haja vista a dependência de “circunstâncias externas que o órgão emissor do comando não previu e, em grande parte, nem sequer podia prever”⁸.

Kelsen deixa transparecer, portanto, sua conclusão no sentido da limitação do positivismo jurídico para antever todas as plúrimas e complexas circunstâncias sociais sobre as quais recai o Direito. E, para contornar essa limitação latente, assume – a nosso ver de modo contraditório ao seu intento positivista de segurança jurídica – que, “sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor”⁹. Descortinam-se na análise do próprio Kelsen, portanto, as primeiras evidências de impotência do positivismo jurídico.

De acordo com a análise de Luis Prieto Sanchís, a decadência do positivismo tradicional vem, na verdade, de um fenômeno quantitativo: a multiplicação das normas pela complexidade da sociedade moderna e o aumento da intervenção do Estado nos problemas sociais. Esse fenômeno de multiplicação legal no fim provoca um fenômeno qualitativo: as decisões dos juízes e demais operadores do Direito passam a uma intervenção circunstancial e casuística. A multiplicação das leis, a complexidade e variedade de casos sociais enfrentados e a velocidade de mutação fizeram com que a certeza das leis se tornasse uma insegurança¹⁰.

⁷ KELSEN, Hans. A interpretação. In: BARROSO, Luís Roberto. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 245-251.

⁸ KELSEN, Hans. A interpretação, op. cit., p. 246.

⁹ KELSEN, Hans. A interpretação, op. cit., p. 247.

¹⁰ SANCHÍS, Luis Prieto. Del mito a la decadencia de la ley: la ley en el estado constitucional. In: *Ley, principios, derechos*. Madrid: Dykinson, 1998, p. 22-23.

A impotência do positivismo jurídico, portanto, abriu caminho para profundas reflexões acerca do Direito, bem como da sua função social e sua interpretação. A ferramenta lógico-dedutiva, antes utilizada para a solução de conflitos, passou a denotar sua insuficiência diante de casos difíceis, de obscuridades e de conflito de normas para o caso concreto. As intensas críticas instigaram os doutrinadores a adaptar suas teorias e concepções às necessidades complexas enfrentadas no mundo jurídico.

Diante da desvelada crise do positivismo tradicional, os teóricos da filosofia jurídica passam a concebê-lo com a necessidade de relativização do parâmetro de validade exclusivamente formal da norma. O positivismo exclusivo¹¹ (duro, inflexível) passa à adaptação, recebendo conformação de uma nova nuance positivista, de nítida aproximação do sistema jurídico ao sistema moral, batizada de positivismo inclusivo, ou moderado, tendo H. L. A. Hart como principal representante¹², mormente após o elucidativo posfácio de sua obra *O conceito de direito*¹³.

Notável, nesse cenário, a busca de aproximação do Direito à moral – sem, contudo, confundi-los. A história mundial não mais aceitaria que arbitrariedades e tiranias fossem legitimadas pelo Direito. Necessário se mostrava uma análise crítica do conteúdo das normas do ordenamento jurídico, com parâmetros morais de justiça. Surgia, então, o caminho para uma nova etapa da teoria do Direito: o pós-positivismo jurídico.

O PÓS-POSITIVISMO COMO NOVO PARADIGMA JUSFILOSÓFICO

Após profundos traumas históricos decorrentes de regimes totalitários e de duas guerras avassaladoras, o Direito já não poderia ser acusado de ser uma mera racionalidade instrumental destinada à satisfação dos interesses das classes dominantes.

Efervesceram mundo afora discussões acerca da necessária observância pelo sistema jurídico dos valores enaltecidos pela sociedade. Surgiram, principalmente

¹¹ De acordo com a vertente positivista apelidada de exclusiva (ou dura, inflexível), que tem Joseph Raz como principal nome, a norma jurídica é identificada como válida por referência exclusivamente às suas fontes formais, independentemente do seu conteúdo moral. Para a diferenciação entre as vertentes exclusiva e inclusiva do positivismo, *vide* DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do Direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006, p. 134-136.

¹² A construção teórica da regra de reconhecimento de Hart, que em cada comunidade estabelece os critérios de validade jurídica a partir da aceitação social, rechaça a noção tradicional positivista de que Direito é exclusivamente o legislado. A grande contribuição de Hart é valorizar a fonte social do Direito, exaltando outros elementos nele que não apenas o sistema formal lógico-dedutivo (tal como em Kelsen e Ross).

¹³ HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*. 3. ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1994. No posfácio dessa obra, Hart busca responder às críticas geradas pela primeira edição de seu livro, principalmente às “de grande alcance” de Ronald Dworkin.

a partir da segunda metade do século XX, inovações filosóficas e jurídicas que se inspiraram na nova ordem social, calcada, principalmente, na dignidade do ser humano e na justiça social.

Diante da evolução social, o Direito carecia de uma reanálise. Tornava-se cada vez mais evidente a obsolescência da perspectiva estritamente formal do Direito, alheia a juízos éticos e à realidade empírica¹⁴. O mundo prático torna-se importante. As questões sociais, políticas e econômicas, antes isoladas pelo positivismo, passam agora a instigar os debates dos juristas.

O valor absoluto da lei torna-se relativizado diante das contingências humanas. O legado científico do positivismo jurídico clamava por um olhar crítico, mais penetrante. Tal como uma estrutura sintática de uma língua que não se mostra útil sem a respectiva semântica e observância das necessidades pragmáticas, as importantes conquistas formais positivistas suscitavam preenchimento de conteúdo.

Em busca de uma nova racionalidade jurídica, prospectiva, o objetivo passa a ser pensar o Direito para além da norma posta. É o que Karl Larenz categoricamente denominou de busca por um “direito *extra legem*, porém, *intra jus*”¹⁵.

Está-se, pois, diante do que veio a ser denominado pós-positivismo, marcado pelo intuito de preservar o legado positivista (legalidade e segurança jurídica), sem, todavia, fechar-se à realidade social, política e econômica e aos valores pulsantes na sociedade.

184

Conforme observa Daniel Sarmento, a tendência pós-positivista do Direito pretende-se mais flexível e adaptável às contingências pós-modernas do que o direito coercitivo e sancionatório. Em profunda síntese, aduz o autor que “o Direito pós-moderno é refratário à abstração conceitual e à axiomatização: prefere o concreto ao abstrato, o pragmático ao teórico, e rejeita as grandes categorias conceituais do Direito moderno”¹⁶.

Em busca dos imperiosos desafios de conformar interesses e buscar justiça em uma sociedade complexa em sua pluralidade, notam-se as marcas dessa nova

¹⁴ A título de exemplo, relembremos o artigo 402 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que, em sua redação original de 1943, admitia o trabalho do menor de 18 (dezoito) anos, sem qualquer limitação, em trabalhos sob direção do pátrio poder, como medida de educação infantil. No momento histórico em que editado, a absoluta exaltação do pátrio poder sobre os interesses da criança justificava a medida – o que por óbvio se mostra atualmente inimaginável diante do hodierno aparato de proteção psicossocial das crianças e adolescentes. Atualmente, o artigo 402 apresenta-se completamente reeditado, em consonância com a proteção do trabalho do menor estatuído no artigo 7º, XXXIII, da Constituição da República, nas Convenções ns. 138 e 182 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e no Capítulo V da Lei n. 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

¹⁵ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 588.

¹⁶ SARMENTO, Daniel. Os direitos fundamentais nos paradigmas liberal, social e pós-social (pós-modernidade constitucional?). In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Crise e desafios da Constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 408-409.

tendência jusfilosófica para o Direito: abertura do ordenamento jurídico aos valores sociais; normatividade dos princípios e das regras; foco na Constituição como fonte das normas fundamentais; e consolidação dos direitos fundamentais centrados na dignidade da pessoa humana.

A abertura axiológica do sistema jurídico

Para observar a relação entre valores e o Direito, é necessária inicialmente a busca pelo significado de *valor*.

Robert Alexy, utilizando-se da doutrina de G. H. von Wright, extrai que conceitos valorativos são caracterizados pela definição do que é bom, do que tem valor. “Conceitos axiológicos são utilizados quando algo é classificado como bonito, corajoso, seguro, econômico (...)”¹⁷. Valor é, portanto, relacional, dependente da relação entre o sujeito e os fatos ou objetos que o circundam.

Transferindo essa ideia para o âmbito social, valores sociais podem ser tidos como estimativas predominantes dos atores que compõem a sociedade. O valor social é, daí, dado pela vivência, pela escolha comunitária do que é valioso.

E como o Direito, com seu caráter coercitivo fundado em uma estrutura essencialmente deontológica, se relaciona aos valores emergentes da sociedade?

Bem se sabe que, em um viés juspositivista, esses valores sociais se associam ao Direito, em um primeiro momento, no ato da criação normativa¹⁸. Em outras palavras, é o legislador ou, mais especificamente, o Constituinte no âmbito supra-legal que deliberadamente colhe os valores eleitos a ganhar coercibilidade mediante o ingresso na ordem jurídica, tornando-os, assim, fundamentos do dever ser.

A diferença entre o referido positivismo jurídico e o pós-positivismo, nesse aspecto, é que naquele – principalmente em sua versão tradicional, exclusiva – os valores tangenciam o Direito apenas e tão somente no momento de criação da norma, durante a atividade legiferante. Dessa forma, conforme mencionado, no positivismo jurídico o juiz aplica a Lei limitado à busca pela vontade do legislador, sem juízo de conteúdo valorativo. Observa-se, assim, um vácuo valorativo entre a edição da norma e a sua aplicação.

Já o pós-positivismo, de outra banda, passa a conceber o Direito como um sistema aberto, axiológico-teleológico. Axiológico porque em constante diálogo com os valores sociais e a moralidade. Teleológico por ter como fim a efetivação das normas embasadas no universo desses valores.

Nessa nova tendência jusfilosófica pós-positivista, portanto, os valores circundam o sistema jurídico não apenas no momento de criação da norma, mas

¹⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 145.

¹⁸ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 34.

também durante a sua aplicação¹⁹. Sobretudo por meio dos princípios, que condensam valores fundamentais do sistema e os transportam para a concretização do Direito, os valores, ao passo que garantem unidade ao ordenamento, figuram como pauta de atuação para o intérprete²⁰.

A normatividade dos princípios

Para que o Direito se adaptasse a essa guinada da evolução social e não se tornasse alheio à sociedade que visa nortear, tampouco aos valores nela impregnados, a teoria do Direito passa a exaltar a normatividade dos princípios, que, doravante, passariam a compor o sistema normativo, ao lado das regras.

Imperioso frisar que a grande novidade do pós-positivismo não estava propriamente na existência de princípios ou no reconhecimento destes pelo ordenamento jurídico. Muito antes, mesmo na era jusnaturalista, em obras filosóficas ou religiosas já se observavam mandamentos principiológicos que influenciavam, ainda que indiretamente, o Direito. Tomem-se como exemplos o mandamento judaico-cristão de amor ao próximo, que inspira as relações humanas ainda na atualidade; o fundamento grego da não contradição, de Aristóteles, que embasa a não tolerância de antinomias pelo Direito; e, ainda, o brocardo romano de Ulpiano, que sintetizava os princípios básicos do Direito: “Viver com honestidade, não lesar o próximo e dar a cada um o que é seu”²¹.

186

A grande novidade reside, sim, no reconhecimento da normatividade dos princípios, em superação à concepção estritamente axiológica.

O assentamento da normatividade dos princípios ganha relevo para a teoria do Direito principalmente com a doutrina de Ronald Dworkin²²

¹⁹ Consoante Karl Larenz, até mesmo as regras, principalmente as que contenham conceitos jurídicos indeterminados (mas não somente estas), necessitam de um juízo prévio de valor por parte do magistrado para sua concreção. In: LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 406-413.

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3. ed. revista. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 25.

²¹ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo), op. cit., p. 24-25.

²² No tocante à normatividade dos princípios, apesar das lições antecedentes de grande contribuição – como Esser e Larenz e suas distinções iniciais entre princípios e regras –, foi com Dworkin que o atual debate tomou força significativa, tendo como marco principal seu artigo “The model of rules” (“O modelo de regras”), de 1967, e, posteriormente, sua famosa obra *Taking rights seriously* (“Levando os direitos a sério”). Uma das principais contribuições de Dworkin foi a noção de princípios como normas vinculativas e coercitivas. Segundo o autor, em uma comunidade de princípios, o sistema jurídico não é encarado da mesma forma como em uma comunidade baseada em códigos. Em busca de um significado mais profundo além daquele expresso no texto da

e Robert Alexy²³. Apesar das discrepâncias entre os autores quanto à definição de princípio e da sua diferenciação de regras – que, em razão do enfoque deste artigo, deixaremos de abordar –, ambas as concepções exaltam o caráter fluido dos princípios como ferramenta essencial para a superação da lógica do “tudo ou nada” na resolução de antinomias, capaz de mensurar o que de mais justo pode ser colhido da integralidade do sistema jurídico para a aplicação prática em cada caso trazido à discussão, em busca de justiça. Essa nova doutrina, portanto, consolida o caráter normativo dos princípios, que passam a se apresentar como fundamento de toda a ordem jurídica.

De acordo com a preciosa síntese de Bonavides, a teoria dos princípios alcança a fase do pós-positivismo com resultados bem consolidados, mormente a passagem dos princípios da mera especulação metafísica para o campo concreto e positivo do Direito, o que acarretou a perda do caráter de meras normas programáticas e o reconhecimento de sua concretude no próprio texto constitucional²⁴.

Tendo como ponto de partida uma Constituição que absorveu os princípios, o pós-positivismo propõe-se à tarefa de fazer com que tais princípios tenham efetividade, quer mediante aplicabilidade imediata, quer, ainda, por invocação na resolução dos conflitos em casos concretos. A proposta pós-positivista é, pois, que os princípios deixem de ser meras reflexões filosóficas, ultrapassando a fronteira do idealismo e, assim, podendo assumir o embasamento de todo o sistema jurídico.

187

A constitucionalização do direito

Antes relegada à mera carta política de intenções, com minguada efetividade normativa, a Constituição, a partir da óptica jusfilosófica pós-positivista, passa a ser compreendida como sede natural de valores e princípios que ilumina todo o ordenamento jurídico. O contexto de acentuada importância conferida aos valores sociais e à normatividade dos princípios jurídicos favoreceu a edificação

lei, a comunidade de princípios trata o ordenamento jurídico como uma decorrência do compromisso da comunidade com o esquema precedente da moral política. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2. ed. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

²³ A doutrina alemã de Robert Alexy é festejada na atualidade mormente em razão dos estudos sobre a absorção e afirmação dos princípios no ordenamento jurídico contemporâneo, culminando com a constitucionalização na forma de direitos fundamentais – assunto tratado com maestria em sua obra *Teoria dos direitos fundamentais*. Como consecução do pensamento de Dworkin, a principal contribuição de Alexy para a doutrina moderna cinge-se à concepção de princípios como “mandados de otimização” (unindo-se à diferenciação dworkiana entre argumentos de princípios e de política), que, inclusive, inspirou teorias modernas sobre os direitos sociais, como o mínimo existencial e a vedação ao retrocesso social.

²⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

dessa nova fase do Direito, que, por ter a Constituição como centro de organização política e de irradiação normativa, foi batizada de constitucionalismo²⁵.

A célebre frase do constitucionalista Paulo Bonavides, “Ontem os códigos, hoje as Constituições”²⁶, ilustra com propriedade o ponto de inflexão que o Direito de meados do século XX enfrentou. Se antes reinava a hegemonia do pensamento civilista, com sua forte característica liberal, individualista e patrimonialista calcada na filosofia juspositivista, o constitucionalismo passa a assumir o protagonismo, firmando-se de forma crescente como referência axiológica e normativa a todo o sistema jurídico, com potencialidade de transformar a sociedade²⁷.

De acordo com a análise de Luis Prieto Sanchís, o novo constitucionalismo como estado de Direito (forma de organização política imputável ao estado de Direito) é o resultado da convergência de duas tradições constitucionais: o liberalismo típico da tradição norte-americana, traduzido na limitação do poder político; e o constitucionalismo social europeu com origens ainda na Revolução Francesa, com um programa de transformação social e política mediante um amplo catálogo de direitos e de princípios não restrito apenas a normas formais e procedimentais. Da primeira dessas tradições, mais liberal do que democrática, o constitucionalismo moderno herdou a ideia de garantia jurisdicional associada a uma desconfiança do legislador, de modo a se criar limites às deliberações deste. Da segunda, mais democrática, herdou o projeto de uma Constituição com eficácia normativa transformadora da realidade social²⁸.

²⁵ Apesar da difundida opção terminológica “neoconstitucionalismo”, preferimos neste trabalho a expressão “constitucionalismo”. Isso porque, de acordo com Manuel Atienza, o polivalente termo “neoconstitucionalismo” está envolto de ambiguidades e imprecisões. Às vezes, referem-no como fenômeno havido nos sistemas jurídicos modernos, de mudança do direito positivo e consequente centralização constitucional; outras vezes, como teoria do Direito apta à conceituação desse fenômeno. Ora utilizam o termo restrito ao Direito Constitucional, ora com amplitude referente ao ordenamento jurídico como um todo. E, como se não bastasse, o prefixo “neo” vem para aumentar a confusão, já que, até onde se sabe, não houve fenômeno ou teoria jurídica anterior que tenha se chamado “constitucionalista” para justificar tal prefixo. In: ATIENZA, Manuel. Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista. *Observatório da Jurisdição Constitucional*. Ano 7, n. 2, jul./dez. 2014, p. 2. Não é outra a opinião de Luis Prieto Sanchís, quem, diante das imprecisões terminológicas e dos diferentes usos do termo “neoconstitucionalismo”, refere-se a essa “nova cultura jurídica” pelo termo “constitucionalismo”. Vide: PRIETO SANCHÍS, Luis. Sobre el neoconstitucionalismo y sus implicaciones. In: *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003, p. 101.

²⁶ A breve, porém, profunda frase foi proferida por Paulo Bonavides ao receber a medalha Teixeira de Freitas, no Instituto dos Advogados Brasileiros, em 1998. Vide: Medalha Teixeira de Freitas: homenagem a Paulo Bonavides. Editora Destaque, 1999. Disponível em: <http://www.iabnacional.org.br/>. Acesso em: 18 nov. 2015.

²⁷ Esse perfil constitucional de transformação social é, aliás, expressamente previsto no texto da Constituição da República de 1988, desde o seu preâmbulo.

²⁸ SANCHÍS, Luis Prieto. Sobre el neoconstitucionalismo y sus implicaciones. In: SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003, p. 110.

Para unir essas duas tradições, portanto, o constitucionalismo moderno idealizou um modelo de Constituição com força normativa que, além de regular a organização do poder e as fontes de Direito, prescreve diretamente direitos e deveres de eficácia imediata. Com precioso detalhamento, elenca Sanchís as principais características que o novo constitucionalismo assume nessa tarefa:

Em suma, os elementos caracterizadores desse neoconstitucionalismo como Estado de Direito são: primeiro, o caráter normativo ou força vinculante. A Constituição não é um catecismo político ou uma guia moral dirigida ao legislador virtuoso, mas uma norma como qualquer outra que incorpora a pretensão de que a realidade se ajuste ao que se prescreve. Segundo, supremacia ou superioridade hierárquica no sistema de fontes (...). Terceiro, eficácia e aplicação direta (...), pois, se a Constituição é uma verdadeira norma suprema, supõe-se que não requer a interposição de nenhum outro ato jurídico para que sua força vinculante seja despertada. Quarto, garantia judicial. Como sabemos, neste ponto as possibilidades são muito amplas: controle concreto e abstrato, *a priori* e *a posteriori*, aplicado a Cortes especiais (controle concentrado) ou a juízos ordinários (controle difuso) etc. (...). Quinto, presença de um denso conteúdo normativo que tem como destinatários os cidadãos em suas relações com poder e também com suas relações sociais horizontais de direito privado, conteúdo normativo este formado por princípios, direitos e diretrizes (...) chamados à aplicação em casos concretos. Em sexto e em último lugar, a rigidez constitucional. Não há dúvida de que o constitucionalismo resulta tanto mais forte quanto mais rígida for a alteração do texto, quanto mais inacessível se mostra frente à maioria legislativa (tradução livre)²⁹.

Tem-se, então, a partir da perspectiva pós-positivista, a consolidação da noção de “Constituição embebedora”³⁰, irradiadora, capaz de condicionar a legislação, a jurisprudência, a doutrina, a ação dos agentes públicos e, ainda, influenciar diretamente a dinâmica das relações sociais. O teor constitucional passa a irradiar diretrizes sobre qualquer ato de criação, interpretação ou aplicação do Direito.

As Constituições assumem caráter dirigente, compromissório, de modo a conferir eficácia a seus valores e ideais, deixando para trás sua antiquada concepção meramente programática. A compreensão desse constitucionalismo como aspecto do Estado Democrático de Direito é relevante porque, por meio dele, as

²⁹ SANCHÍS, Luis Prieto. Sobre el neoconstitucionalismo y sus implicaciones, op. cit., p. 117.

³⁰ STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 161.

normas constitucionais vinculam a formulação, a implementação, a execução, o controle e a avaliação das políticas públicas engendradas com vista à promoção do máximo existencial.

Pelo constitucionalismo, portanto, a Constituição passa a ser compreendida não como mero documento que estabelece direitos, mas sim como algo que efetivamente constitui³¹ e, conseqüentemente, reconstitui a sociedade que dela se vale.

No caso brasileiro, associado em grande parte à desilusão com a política, bem como à crise de representatividade do parlamento, o constitucionalismo afirma-se crescentemente como elemento basilar do Estado Democrático de Direito.

Direitos fundamentais centrados na dignidade da pessoa humana

Referidos como núcleo da proteção da dignidade da pessoa humana³², os direitos fundamentais designam prerrogativas ostentadas pelo ordenamento jurídico com a finalidade de garantir uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. Segundo José Afonso da Silva, “no qualificativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive”³³.

Importante destacar que os direitos fundamentais, ao passo que designam direitos subjetivos, constituem elementos basilares da ordem constitucional objetiva no paradigma pós-positivista. Conquanto a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais seja a mais enfatizada nas discussões jurídicas, por criar direitos e conseqüentes deveres diretamente na esfera pessoal do cidadão diante das relações jurídicas, ela convive reciprocamente com a dimensão objetiva, a partir da qual os direitos fundamentais constituem princípios básicos da ordem constitucional.

Nesse sentido objetivo, os direitos fundamentais transcendem a função de meros garantidores de posições individuais, passando a ser observados também

190

³¹ Nesse sentido, é a emblemática expressão de Lenio Streck, resumidora do constitucionalismo: “a constituição compreendida como algo que constitui”. STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 163-164.

³² Importante destacar a ressalva de Canotilho em relação à indevida subjetividade provocada pela identificação da dignidade da pessoa humana como nota da fundamentalidade. Conforme aduz o constitucionalista português, não se deve perder de vista que, paralelamente aos direitos de índole subjetiva, atrelados à vida humana, existem outros direitos igualmente fundamentais de cunho objetivo, como é o caso daqueles atinentes à pessoa coletiva, às pessoas jurídicas e ao interesse social, como os incisos XXI, XXIII, XXVIII e XIX do artigo 5º da Constituição da República de 1988. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 140.

³³ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 182.

como normas que representam os principais valores da sociedade, capazes inclusive de irradiar esses valores por todo o sistema jurídico, conformando a interpretação e a aplicação em todos os ramos do Direito. No contexto de constitucionalização de valores sociais e princípios empreitado pelo pós-positivismo, portanto, não se pode olvidar o enfoque nos direitos fundamentais como base do ordenamento jurídico no Estado Democrático de Direito³⁴.

E, em razão dessa dimensão objetiva irradiante, o cenário axiológico criado pelos direitos fundamentais pode até mesmo legitimar interpretações restritivas a outros direitos individuais envolvidos. É o caso, por exemplo, das sucessivas decisões judiciais no sentido da abusividade de revistas íntimas praticadas no ambiente laboral³⁵. Nesses casos, entendem os Tribunais, com base na perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, que o direito patronal à liberdade de gestão, à autonomia da vontade e à proteção da propriedade limita-se diante do necessário resguardo à dignidade do trabalhador.

Destaque-se como importante consequência da dimensão objetiva dos direitos fundamentais o *dever de proteção* imputado ao Estado, em que este, por meio dos seus três poderes, deve adotar medidas positivas de proteção efetiva dos direitos fundamentais. É dizer, sob esse enfoque objetivo, que os direitos fundamentais correspondem a um direito à prestação positiva, na medida em que cobram a adoção de providências materiais, políticas ou jurídicas, de resguardo dos bens tutelados pelos direitos fundamentais³⁶.

São essas, portanto, as principais características dessa nova fase do pensamento jurídico, apelidada de pós-positivista, que muda a face do Direito para seguir as tendências e os clamores por justiça social e valorização humana no novo século.

³⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 167.

³⁵ Rememore-se o paradigmático caso de um conferente que ajuizou reclamação trabalhista contra uma grande empresa de segurança e transporte de valores, em que o Tribunal Superior do Trabalho manteve a condenação por danos morais. Naquela ocorrência, o conferente de numerais era submetido a revistas íntimas diárias, de cueca ou nu em frente a colegas, e, ainda, obrigado a dar uma “voltinha” a pedido da chefia. No caso, assentou o relator que, mesmo sendo a revista uma prerrogativa inserida no âmbito do poder fiscalizatório do empregador, como desdobramento do poder diretivo, encontra rígidos limites no princípio maior da dignidade da pessoa humana, consubstanciado na hipótese pelo direito à inviolabilidade da honra e da intimidade. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. TST-AIRR-166100-56.2009.5.15.0043. Min. Rel. Mauricio Godinho Delgado, julgado em 08/05/13, publicado no *DJe* em 10/05/2013. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/materia-especial-abordou-a-revista-intima-no-ambiente-de-trabalho>. Acesso em: 18 nov. 2015.

³⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 168.

O DIREITO DO TRABALHO PÓS-POSITIVISTA

O movimento pendular da história constitucional do direito do trabalho

O Direito do Trabalho tem como elemento nuclear o trabalho livre dirigido ao processo produtivo. Posiciona-se, daí, diante de duas forças antagônicas, porém interdependentes: o trabalho humano e a produção econômica. Por esse motivo, sua evolução ao longo do tempo está intrinsecamente atrelada às transformações socioeconômicas e políticas havidas na história da humanidade.

Passemos, então, à análise dos fatores econômicos, sociais e políticos que envolveram o processo de formação e consolidação do Direito do Trabalho.

Durante o século XIX, reinava na sociedade ocidental a opção político-ideológica liberal³⁷, tipicamente individualista. A autonomia da vontade e a exaltação da propriedade privada figuravam como pilares do pensamento jurídico à época. Reinava a exploração descontrolada da força de trabalho pelo capitalismo, em um sistema econômico expansionista ancorado no pensamento civilista, com sua forte característica individualista e patrimonialista.

Destaque-se que essa fase liberal-individualista do Estado flertava com a teoria positivista do Direito, que emprestava àquele sua estrutura lógico-formal acrítica, neutra, alheia a valores morais, viabilizando, pois, o ideário de preeminência do capital sobre o trabalho humano.

192

De acordo com a análise de Mauricio Godinho Delgado, esse contexto remonta à primeira fase histórica do Direito do Trabalho, de *manifestações incipientes e esparsas*, caracterizada pela quase desregulamentação trabalhista, à exceção de pontuais leis dirigidas tão somente a reduzir a violência brutal da exploração sobre o trabalho de mulheres e menores. O espectro normativo trabalhista, portanto, ainda era disperso, mostrando-se incapaz de constituir um ramo jurídico próprio e autônomo³⁸.

Os efeitos dessa quase desregulamentação trabalhista não demoraram a surgir. A exploração desmedida do trabalho humano no período pós-Revolução Industrial fez eclodir ações coletivas sistemáticas³⁹ dos segmentos sociais dominados

³⁷ O regime político-jurídico do Estado Liberal consolidou-se a partir das revoluções burguesas no final do século XVIII, em que a classe burguesa emergente detinha o poder econômico, enquanto o poder político estava sob o domínio da nobreza. O princípio da não intervenção do Estado na economia defendido pelo Estado Liberal foi, portanto, uma estratégia burguesa para evitar a ingerência dos antigos senhores feudais e monarcas na economia da época, garantindo a liberdade individual para a expansão dos seus negócios e a consequente maximização do lucro. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do estado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 49-52.

³⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 97-100.

³⁹ São exemplos de manifestações coletivas desse período doutrinas socialistas como o *Manifesto Comunista* de Karl Marx e Friedrich Engels (1848), ilustrado pela célebre frase “proletários de

pela estrutura socioeconômica da época industrial, com um conjunto de reivindicações tendentes à melhoria das condições do ambiente de trabalho. Remontam a essa época, por exemplo, a conquista da jornada limitada a 10 (dez) horas diárias na França e na Inglaterra, bem como o direito de associação e greve⁴⁰.

Em razão das conquistas alcançadas pelo movimento operário nesse período histórico da década de 1940 do século XIX até a Primeira Guerra Mundial, a fase é denominada *sistematização e consolidação* do Direito do Trabalho, seguida da fase de *institucionalização*. Nesta, marcada pela criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT) (1919) e pela Constituição de Weimar⁴¹, o Direito do Trabalho se constitucionaliza e se incorpora às ordens jurídicas dos países democráticos.

No caso do Brasil, observou-se um atraso na fase de institucionalização. Em meio a um período político centralizador e autoritário getulista (1930 a 1945), era idealizada a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) (Decreto-Lei n. 5.452/1943), que consolidou diversas leis trabalhistas esparsas anteriores, como a fixação da jornada de oito horas diárias para comerciários e industriários (Decreto n. 21.186 e 21.364/1932), a criação da Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) (Decreto n. 21.175/1932) e férias (Decreto n. 23.103/1933)⁴².

À essa época de institucionalização mundial do Direito do Trabalho (1919), imperava, até então, o viés político liberal clássico do Estado, referido anteriormente, que sofreu seu primeiro abalo com a crise da Bolsa de Nova Iorque em 1929. A grande depressão econômica trouxe como consequências pobreza e desemprego por todo o mundo. A partir da crise, as pressões sociais para a solução do caos socioeconômico inauguraram uma nova fase política, denominada Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State*), notabilizado pela busca da justiça social por meio da atuação proativa do Estado destinada à concretização dos interesses da coletividade, mediante direitos sociais. Iniciado com o programa *New Deal* norte-americano, o Estado de Bem-Estar Social se espalhou para o mundo ao fim da devastadora Segunda Guerra Mundial.

todos os países, uni-vos!”, bem como os movimentos *cartistas* na Inglaterra e na França, ocorridos na mesma década do século XIX, que, apesar da inicial resistência do governo aos reclamos sociais (redigidos em documento intitulado “Carta do Povo” – daí a denominação do movimento), provocou mudanças efetivas, como a regulamentação do trabalho feminino e infantil, a permissão de associações políticas e a limitação da jornada de trabalho diária a 10 horas.

⁴⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 100-101.

⁴¹ A Constituição de Weimar, oficialmente Constituição do Império Alemão, vigente na República de Weimar (1919-1933), representa o auge da crise do Estado Liberal do século XVIII e a ascensão do Estado Social do século XX, uma vez que consagrou direitos sociais, superando a organização do Estado em função do indivíduo. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do estado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 70-71.

⁴² DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 101-102, 114-118.

A hegemonia do Estado de Bem-Estar Social intensificou o fenômeno de constitucionalização do Direito do Trabalho. Os direitos sociais – inclusive os trabalhistas – passaram a ser incorporados às Constituições das principais potências econômicas na qualidade também de direitos fundamentais, tal como ocorrido com as Constituições Democráticas pós-1945 da França (1946), da Itália (1947) e da Alemanha (1949) e pós-1970 de Portugal (1976) e da Espanha (1978). Marcada por reivindicações igualitárias, a ideologia política do Estado Social fez alçar a patamar constitucional novos valores sociais e princípios que enalteciam o trabalho humano, como dignidade da pessoa humana, justiça social e valorização do trabalho humano⁴³.

Contudo, a partir da crise do petróleo, iniciada em 1973, ocorre nova reviravolta política, econômica e social. A crise abalou novamente a economia mundial, inclusive com uma alta inflacionária nunca antes vista, acirrando os cortes orçamentários públicos e privados, além de elevar novamente as taxas de desemprego. Com o déficit fiscal do Estado, os gastos com políticas sociais foram prejudicados. Em um cenário de escassos recursos, as empresas aumentavam a busca por tecnologia para substituição da mão de obra humana, além de criarem novas formas de organização empresarial para redução de custos, como a terceirização de serviços e a exploração de cooperativas de serviços⁴⁴. Diante da crise, os postos de trabalho que ainda restavam eram explorados ao máximo, situação agravada pela intensa oferta de mão de obra desempregada.

Em resposta ao grave quadro socioeconômico, desponta uma nova ideologia política denominada Neoliberal, afirmando um pensamento desregulatório do Estado de Bem-Estar Social. Segundo o historiador Perry Anderson, os neoliberais enxergavam as origens da crise localizadas no “poder excessivo (...) do movimento operário, que havia corroído as bases de acumulação capitalista com suas pressões reivindicativas sobre os salários e com sua pressão parasitária para que o Estado aumentasse cada vez mais os gastos sociais”⁴⁵. Representantes das maiores economias do mundo⁴⁶ pregavam incessantemente diretrizes em favor do Estado Mínimo para a recuperação econômica, fato que atingia as políticas sociais, entre elas o Direito do Trabalho.

⁴³ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*, op. cit., p. 102.

⁴⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, op. cit., p. 103.

⁴⁵ ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In: SADER, Emir (Org.). *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o estado democrático*. São Paulo: Paz e Terra, 1996, p. 10.

⁴⁶ A ideologia política neoliberal desenvolve-se a partir do governo de Margaret Thatcher na Inglaterra de 1979, de Ronald Reagan nos Estados Unidos de 1980, bem como de Helmut Kohl na Alemanha de 1982. No Brasil, a ideologia neoliberal influenciou principalmente os governos de Sarney (1985), Fernando Collor de Mello (1990), Itamar Franco (1992) e os dois mandatos de Fernando Henrique Cardoso (1995).

Eis a *fase de crise* do Direito do Trabalho⁴⁷, em que o labor humano era enxergado como valor estritamente utilitário. Nessa /linha materialista, o trabalhador era tido como uma simples peça de um maquiário voltado cegamente para o lucro. A condição humana estava desprestigiada no ambiente laboral. Junto ao desprestígio individual, caminhava também a involução da identidade social e coletiva dos trabalhadores. Enfim, o neoliberalismo furtava-se em enxergar o direito ao trabalho digno⁴⁸.

Foi nessa fase neoliberal generalizada no mundo ocidental do fim do século XX que ganharam corpo, inclusive, as teorias flexibilizantes do Direito do Trabalho, ou, em uma proposta mais radical, a proposta de desregulamentação das normas protecionistas trabalhistas. Sob o argumento da necessidade da recuperação econômica, as referidas propostas buscavam novos modelos de gestão trabalhista, calcados na exploração livre ou subregulamentada do trabalho, sob a míope concepção de que a crise socioeconômica do período se devia à dita excessiva proteção do trabalho humano.

Diante do exposto, nota-se que as fases trabalhistas estiveram entranhadas à dinâmica do cenário econômico, social e político, influenciando e sendo influenciadas em um movimento cíclico ao longo da história. Quando vigente o Estado Liberal, o Direito do Trabalho via-se oprimido diante do ideal individual-patrimonialista e da perspectiva juspositivista; quando passado ao Estado de Bem-Estar Social, o Direito do Trabalho agigantava-se a ponto de se constitucionalizar mundo afora. E agora, diante do movimento pendular observado na história trabalhista, o advento do ideal neoliberalista faria o Direito do Trabalho retornar à fase de letargia⁴⁹ antes vista no liberalismo clássico? Dito de forma mais pragmática e dramática, vingaria a catastrófica previsão neoliberal de uma sociedade com trabalho desregulamentado?

A renovação juslaboral: o direito do trabalho no constitucionalismo democrático brasileiro

A evolução social após os traumas de regimes totalitários e das grandes guerras mundiais levou à concepção não apenas do Estado Social de Direito, mas de sua evolução: o Estado Democrático de Direito.

⁴⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 103-104.

⁴⁸ DELGADO, Gabriela Neves. Estado democrático de direito e direito fundamental ao trabalho digno. In: DELGADO, Gabriela Neves; DELGADO, Mauricio Godinho. *Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2015, p. 57.

⁴⁹ O sentido figurado da palavra “letargia”, emprestada da neurociência, foi utilizada como de sono profundo, apatia, estado de abatimento e depressão, inércia. In: FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário eletrônico Aurélio*. Versão 5.0. Rio de Janeiro: Positivo, 2004.

O Estado Democrático é caracterizado pela convivência social livre, justa e solidária, em que o poder emana do povo – o povo soberano exercendo-o diretamente ou por meio de representantes eleitos –, pelo povo – mediante democracia participativa no processo decisório livre – e para (todo) o povo, cumprindo a finalidade ética do poder e respeitando a pluralidade de ideias e culturas da sociedade⁵⁰.

A democracia na história humana distinguiu-se e destacou-se por combinar princípios de liberdade, igualdade e fraternidade na convivência social, de modo a lançar luz e dar voz a indivíduos e grupos sociais antes marginalizados, destituídos de poder e riqueza⁵¹. É nesse novo paradigma que se intenta realizar o princípio democrático por meio da *efetividade* dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Para alcançar essa pretensiosa qualidade democrática, é essencial que o Estado não apenas reconheça no plano formal os direitos fundamentais individuais, políticos e sociais, tal como observado nas fases Liberal e Social anteriores, mas mais do que isso, que se garantam a todos os indivíduos condições suscetíveis de alcançar efetiva e concretamente o pleno exercício desses direitos fundamentais.

Nesse contexto, foi conformada a ordem constitucional nacional vigente, resultado de um amplo processo de discussão oportunizado pela redemocratização do país após mais de duas décadas de ditadura militar. Caracterizada por uma evidente exaltação dos direitos fundamentais em reação ao regime restritivo, a Constituição Cidadã não economizou esforços em municiar a nação com um inovador catálogo amplo de direitos fundamentais sociais positivados no texto constitucional ou mesmo não expressos, mas com ele consonante (CF, art, 5º, § 2º). Inovação ainda maior certamente advém do seu artigo 5º, § 1º, que concede aplicabilidade imediata a esses direitos sociais, avançando ao mero conteúdo dirigitivo⁵².

O tom democrático da Constituição de 1988, então, demanda uma superação da visão dos direitos sociais – inclusive os trabalhistas – como meras normas programáticas. Seu papel abrange o comprometimento com a adoção de medidas de efetivação dos direitos fundamentais voltadas ao reconhecimento universal de direitos e ao consequente alcance da justiça social. A simples previsão de tutela social em diplomas legais, se tida como simplória carta de intenções, não atenderia ao pressuposto democrático de efetivação dos valores da soberania popular, da liberdade e da igualdade inclusiva⁵³.

⁵⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 122.

⁵¹ DELGADO, Mauricio Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, n. 2, 2007, p. 13.

⁵² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 53, (e-book).

⁵³ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 126.

Destaca-se, então, o clamor por uma reanálise – agora pós-positivista – do Direito do Trabalho. O valor trabalho ocupa posição central na ordem constitucional, em suas facetas econômica e social, apresentando-se como eficiente mecanismo de distribuição de renda e de atenção social no âmbito do capitalismo. Associa-se aos propósitos da afirmação da dignidade da pessoa humana e da materialização da justiça social. O foco na efetividade dos direitos fundamentais trabalhistas, portanto, posiciona-se nitidamente no centro de convergência entre o Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais dele decorrentes e as condições materiais para o gozo efetivo destes.

O direito do trabalho no contexto pós-positivista

Para que o Direito do Trabalho voltasse ao protagonismo como garantidor da justiça social, da igualdade, da valorização do trabalho humano e da função social da propriedade, com evidenciação do seu principal intuito concretizador dos direitos humanos fundamentais, mostrava-se essencial uma nova maneira de pensá-lo.

Necessário se mostrava uma base teórico-filosófica para fundamentar o enaltecimento do trabalho como suporte de valor da dignidade do ser humano. As indagações filosóficas acerca do trabalho demandavam uma nova ferramenta para compreender o verdadeiro sentido do direito fundamental ao trabalho digno.

A tendência jusfilosófica pós-positivista, embasada na abertura axiológica do sistema jurídico, na normatividade dos princípios, na exaltação da Constituição como fonte de irradiação normativa e na efetividade dos direitos fundamentais, apresenta-se, então, como uma tábua de salvação para a fase crítica do direito trabalhista brasileiro vivenciado nas últimas décadas no contexto neoliberal.

O Direito do Trabalho pós-positivista se destaca principalmente a partir da reflexão da importância do trabalho prestado em condições dignas, e, mais que isso, pela necessidade democrática de concretizar esse resguardo da dignidade na prática das relações trabalhistas. Por meio de uma reanálise pós-positivista, o Direito do Trabalho se mostra capaz de resgatar os fundamentos constitucionais que enaltecem o trabalho como lócus da dignidade do ser humano.

Para tanto, o Direito do Trabalho na perspectiva pós-positivista exige do intérprete uma nova consciência, provocadora da noção de que estar protegido pelo trabalho significa não necessariamente mero fomento à criação de postos de trabalho, mas também – e principalmente – a concretização, no plano constitucional, dos direitos fundamentais que asseguram uma vida minimamente digna ao trabalhador. Nesse sentido, é a oportuna abordagem da professora

Gabriela Neves Delgado, que, ao tratar do direito fundamental ao trabalho digno, destaca o cuidado com o sentido da expressão “direito ao trabalho”. Segundo a autora, caso tomada literalmente, a expressão poderia conduzir à interpretação fria e avaliativa de que o referido direito se trata de mera criação numérica de postos de trabalho, ainda que precários. Porém, na atual ordem constitucional “do Estado Democrático de Direito não se concebe o trabalho como simples sujeição, mas sim como direito, isto é, como vantagem protegida juridicamente”⁵⁴.

Dito de modo mais concreto, observado o plano normativo constitucional, a visão pós-positivista provoca o direcionamento do intérprete à noção de que as relações trabalhistas se inserem no contexto de centralidade da Lei Maior, carreadoras de valores e princípios enaltecidos da *justiça social* (art. 170, *caput*, da CF), da *valorização do trabalho humano digno* (art. 1º, III e IV, da CF), da *vedação ao retrocesso social* (art. 7º, *caput*, da CF) ou, mais que isso, do contínuo progresso social ao longo do tempo. A propósito, essa notável compreensão constitucional do Direito do Trabalho levou o constituinte à inserção das normas trabalhistas nos dois primeiros Títulos da Constituição da República de 1988 (Dos Princípios Fundamentais e Dos Direitos e Garantias Fundamentais), além de fazer o *valor social do trabalho* abrir os Títulos VII (Da Ordem Econômica e Financeira) e VIII (Da Ordem Social).

198

No contexto do Estado Democrático de Direito, a visão pós-positivista do Direito do Trabalho provoca, outrossim, a preocupação com a efetividade dos direitos fundamentais, de modo a alçar ao ápice do sistema jurídico a pessoa humana e sua respectiva dignidade⁵⁵. Diante da notável tendência de decréscimo da tutela protetiva⁵⁶ via propostas legislativas de flexibilização e até mesmo de

⁵⁴ DELGADO, Gabriela Neves. Estado democrático de direito e direito fundamental ao trabalho digno. In: DELGADO, Gabriela Neves; DELGADO, Mauricio Godinho. *Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2015, p. 64-65.

⁵⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. Constituição da República, estado democrático de direito e direito do trabalho digno. In: DELGADO, Gabriela Neves, DELGADO, Mauricio Godinho. *Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2015, p. 48.

⁵⁶ O atual decréscimo de tutela social trabalhista promovido pelas flexibilizações das regras laborais tem como exemplo as discussões parlamentares acerca da ampliação da terceirização dos serviços (Projeto de Lei n. 4.330/2004), o relaxamento da proteção trabalhista em favor da concretização do mandamento constitucional de tratamento favorecido às pequenas empresas – promovido principalmente no âmbito da Lei Complementar n. 123/2006 (*vide*, exemplificativamente, os artigos 51, 55 e 58 da Lei Complementar n. 123/2006, alterada pela recente Lei Complementar n. 147/2014) –, bem como, ainda, a recente discussão legislativa havida no âmbito da Medida Provisória n. 680/2015, acerca da prevalência da negociação coletiva sobre as disposições legais em matéria trabalhista – proposta esta conhecida como “prevalência do negociado sobre o legislado”.

desregulamentação das normas laborais⁵⁷, fomentada pelo atual contexto de adversidade econômica do país, sobressai a importância da vigilância de concretização dos direitos fundamentais trabalhistas, de modo a trazer ao sistema jurídico e às relações sociais a clarividente predileção constitucional de tutela do trabalho humano digno.

A partir de um contexto pós-positivista do Direito do Trabalho e tendo em vista a rica atenção dada pela quase trintenária Carta Cidadã de 1988 às normas trabalhistas, podemos então nos assegurar da existência de uma maturidade de organização política e jusfilosófica capaz de proteger o Direito do Trabalho contra qualquer nova investida do poder econômico. Que assim se faça pelo intérprete do Direito laboral.

CONCLUSÃO

A tradicional concepção positivista do Direito, indiferente à interação entre o Direito e o meio a que ele se aplica, mostrou-se insuficiente ao longo do tempo para sua pretenciosa ambição da pacificação social. Diante da crescente complexidade da sociedade moderna, as regras jurídicas e a atividade interventiva do Estado se multiplicavam, passando a gerar decisões circunstanciais e imprevisíveis, fazendo cair por terra o grande pilar do positivismo. A certeza das leis se esvaía em paulatina insegurança.

A nova fase da humanidade, repleta de clamores e incertezas, marcada por profundos traumas históricos decorrentes de regimes totalitários e de duas guerras mundiais, pugnava pela busca de um Direito efetivo. O Direito não mais poderia se mostrar alheio às questões morais e à realidade social, política e econômica vivenciadas intensamente no presente mundo.

As relações sociais multifacetadas, inclusive no âmbito trabalhista, exigiam um novo viés jusfilosófico, capaz de superar as limitações positivistas – notadamente a impraticável pretensão de submissão exata do fato à lei como se esta fosse capaz de contemplar universalmente todas as hipóteses de conflitos –, mas sem que se perdesse o legado positivista atinente à segurança e à objetividade jurídica.

⁵⁷ Oportuno relembrar que a construção do Direito do Trabalho, como regulamentação positiva das relações de produção no modelo capitalista, representou relevantes conquistas do trabalhador frente ao poderio econômico do empregador, ante a debilidade da autonomia negocial entre partes com poderes assimétricos. Permitir que as proteções legais, representativas de um mínimo limite à imposição da força do empregador sobre o trabalhador, sejam reduzidas sob o pretexto de uma maior negociação adaptativa entre as partes representa verdadeira alienação do progresso social e da valorização do trabalho humano. COUTINHO, Aldacy Rachid. O princípio da proteção revisitado. *Revista Bonijuris*, Curitiba, v. 13, n. 452, jul. 2001, p. 5 e ss.

Por meio da exaltação dos valores pulsantes na sociedade, do reconhecimento de normatividade nos princípios, da compreensão da Constituição como norma que irradia efeitos por todo o ordenamento jurídico e da teoria dos direitos fundamentais edificados sobre o fundamento da dignidade da pessoa humana, a tendência jusfilosófica pós-positivista passou a oferecer ao Direito ferramentas mais compatíveis com os complexos problemas da plural sociedade contemporânea, mediante a harmonização do plano da legalidade com o da legitimidade, de modo a firmar os laços éticos entre o universo jurídico e a moralidade social.

Essa tendência pós-positivista acaba por se apresentar ao Direito do Trabalho como verdadeira tábua de salvação diante da crise juslaboral a partir da década de 1970 no Brasil. Era a solução para o momento paradoxal em que se encontrava o Direito do Trabalho, quando o direito tutelar pugnava por tutela diante das investidas neoliberais, que imputavam aos ombros do trabalhador a culpa pela crise socioeconômica do período.

O Direito do Trabalho pós-positivista passa a exigir uma nova postura do intérprete do Direito, que, diferentemente do antigo mote positivista “interpretar para compreender”, inverte-se agora à “compreensão para interpretar”.⁵⁸ Impõe à toda atividade jurídica e política do Estado e até mesmo dos particulares a compreensão de que as relações trabalhistas se inserem no contexto de centralidade das normas constitucionais.

200

É dizer, o paradigma pós-positivista trabalhista, ao transformar os princípios e valores do trabalho em parte integrante do núcleo constitucional irradiador de efeitos para toda a ordem jurídica, oferece especial ênfase à valorização do trabalho humano e, assim, apresenta-se como instrumento essencial para a realização do projeto constitucional de afirmação da dignidade da pessoa humana, de democratização da tutela social e de alcance da justiça social.

Diante do contexto pós-positivista e tendo em vista a rica atenção dada pela já quase trintenária Carta Cidadã de 1988 às normas trabalhistas, podemos então nos assegurar – e, por que não, nos vangloriar – da existência de uma maturidade de organização política e jusfilosófica capaz de proteger o Direito do Trabalho contra qualquer nova investida.

Possivelmente a repaginação do Direito do Trabalho pela visão pós-positivista não seja a única e exata solução para os grandes desafios constitucionais democráticos do século XXI; porém, certamente se mostra como um promissor caminho a se tomar, ou, no mínimo, um grande motivador do caminhar.

⁵⁸ STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 159.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In: SADER, Emir (Org.). *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o estado democrático*. São Paulo: Paz e Terra, 1996.
- ATIENZA, Manuel. Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista. *Observatório da Jurisdição Constitucional*. Ano 7, n. 2, jul./dez. 2014.
- BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto. (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3. ed. revista. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 1-48.
- DELGADO, Gabriela Neves; DELGADO, Mauricio Godinho. *Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2015.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015.
- DELGADO, Mauricio Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, n. 2, 2007.
- DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: o atual paradigma jusfilosófico constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, v. 48, n. 189, jan./mar. 2011. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496921>>. Acesso em: 25 out. 2015.
- HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*. 3. ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1994.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- SANCHÍS, Luis Prieto. Del mito a la decadencia de la ley: la ley en el estado constitucional. In: *Ley, principios, derechos*. Madrid: Dykinson, 1998, p. 5-45.
- SANCHÍS, Luis Prieto. Sobre el neoconstitucionalismo y sus implicaciones. In: *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012 (e-book).

Antônio Braga da Silva Júnior

SARMENTO, Daniel. Os direitos fundamentais nos paradigmas liberal, social e pós-social (Pós-Modernidade Constitucional?). *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Crise e desafios da Constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. *In*: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do estado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

O FINANCIAMENTO PÚBLICO DE CAMPANHAS ELEITORAIS E SUAS VANTAGENS PARA A DEMOCRACIA BRASILEIRA

PUBLIC FINANCING OF ELECTORAL CAMPAIGN AND ADVANTAGES FOR BRAZILIAN DEMOCRACY

*Fernando de Brito Alves**
*Janaína de Oliveira Serra***

RESUMO

O presente artigo visa a apresentar as vantagens de um financiamento exclusivamente público para a democracia brasileira. O sistema de financiamento brasileiro é de caráter misto, ou seja, conta com doações públicas do Fundo Partidário e doações de pessoas físicas. Recentemente as doações de pessoas jurídicas foram consideradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. Todavia, mesmo com esses novos limites, o dinheiro privado acaba servindo como um investimento, um empréstimo que deverá ser pago pelo candidato se este vier a se eleger, favorecendo de alguma forma seus financiadores através da máquina estatal, gerando, dessa forma, a corrupção. Nesse diapasão, destaca-se o financiamento exclusivamente público, que, por não permitir doações privadas às campanhas, vem a ser uma interessante opção de reforma do sistema eleitoral brasileiro, figurando como objeto desta pesquisa.

Palavras-chave: Democracia representativa; Campanhas eleitorais; Corrupção; Financiamento público de campanhas.

ABSTRACT

This article aims to present the advantages of an exclusively public financing for Brazilian democracy. The Brazilian financial system is of mixed character, or has public donations the party fund and donations from

* Pós-doutor em Direito Constitucional e Democracia pelo Ius Gentium Conimbrigae da Universidade de Coimbra (Portugal). Doutor em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino. Mestre e Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Professor Adjunto da UENP (graduação, mestrado e doutorado em Direito). Professor das Faculdades Integradas de Ourinhos (São Paulo).

** Advogada. Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP).

individuals. Recently donations from legal entities were declared unconstitutional by the Supreme Court. However, even with these new limits, the private money ends up serving as an investment, a loan that must be paid by the applicant if this were to be elected, favoring somehow their funding through the state machine, generating thus corruption. In this vein, it highlights – the only public funding, which not allow private donations to campaigns, becomes an interesting option reform of the Brazilian electoral system, appearing as object of this research.

Keywords: Representative democracy; Campaigns. Corruption; Public funding of campaigns.

INTRODUÇÃO

Com o aumento populacional e territorial dos Estados, os cidadãos precisaram escolher representantes para defenderem seus interesses pessoalmente, haja vista que a democracia direta exercida em praça pública não era mais possível. Assim, deu-se início a democracia representativa, chamada também de democracia dos modernos, tendo agora as eleições como regra, e não apenas em casos excepcionais, como era na democracia ateniense.

A democracia moderna, recente no Brasil, baseia-se em dois principais princípios, o da participação e da representação política. A representação consiste no ato de os cidadãos escolherem, por meio de eleições, representantes que se dediquem às questões políticas, se atentando sempre aos interesses gerais da nação. A participação popular, por sua vez, envolve a possibilidade de o cidadão, além do poder do voto, influenciar de forma efetiva na construção da realidade política de sua cidade, estado ou país.

Todavia, em virtude das mazelas causadas à democracia, o país se vê em crise de representatividade política, como ficou evidente nas manifestações de 2013, apelidadas de Jornadas de Junho, nas quais a população demonstrou sua insatisfação com a política brasileira.

A participação popular é constantemente prejudicada pelos escandalosos casos de corrupção existentes no âmbito político, que levam o povo à descrença nas instituições democráticas, deixando a triste sensação de que quem realmente influencia nas decisões dos representantes eleitos são os detentores de recursos financeiros; o cidadão se vê impotente frente às forças econômicas envolvidas no processo eleitoral.

Nesse cenário, acompanhamos nos noticiários as discussões acerca do financiamento público de campanhas eleitorais, apresentado como uma das alternativas de mudança do sistema eleitoral brasileiro, uma possível solução para a atual crise de representação política no país. Essa é a temática central deste artigo, que busca analisar mais a fundo essa nova proposta de financiamento de campanhas.

Com o intuito de fornecer parâmetros teóricos para as questões aqui aventadas, houve a seleção de obras de Direito Eleitoral, História e Ciência Política. Buscou-se, outrossim, a consulta a artigos científicos, legislações e acompanhamento de processos por meio eletrônico.

Este artigo científico foi desenvolvido com o auxílio do método dedutivo, não sendo desprezados os métodos comparativos e sistemáticos, que proporcionaram uma abordagem integral da temática.

A DEMOCRACIA MODERNA: O SURGIMENTO DA REPRESENTAÇÃO POLÍTICA

Com o alto crescimento populacional, as cidades-Estados se alteraram, dando surgimento aos grandes Estados modernos, onde as condições históricas se modificaram, e uma nova concepção moral de mundo nasceu, tornando assim a substituição da democracia direta pela democracia representativa necessária, haja vista o aumento da população mundial.

Norberto Bobbio disse a esse respeito:

Das duas diferenças entre a democracia moderna e a democracia antiga, a primeira foi o efeito natural da alteração das condições históricas, a segunda, ao contrário, foi efeito de uma diferente concepção moral de mundo. A substituição da democracia direta pela democracia representativa deveu-se a uma questão de fato; o distinto juízo sobre a democracia como forma de governo implica uma questão de princípio. As condições históricas alteraram-se com a transição da cidade-Estado para os grandes Estados territoriais. O próprio Rousseau, embora tivesse feito o elogio da democracia direta, reconheceu que uma das razões pelas quais uma verdadeira democracia jamais existiu, e jamais existirá, era que ela exige um Estado muito pequeno (...)¹.

205

Diferentemente da democracia ateniense, criticada por alguns de seus principais filósofos políticos, a democracia na atualidade, chamada por Norberto Bobbio “democracia dos modernos”, dispõe de uma conotação positiva, sendo defendida incessantemente por indivíduos de variadas classes sociais e políticas.

Nas palavras do referido autor, “hoje ‘democracia’ é um termo que tem uma conotação fortemente positiva. Não há regime, mesmo o mais autocrático, que não goste de ser chamado de democrático”².

¹ BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000, p. 376.

² BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*, op. cit., p. 375.

Se os regimes atuais forem analisados, tendo como base suas autodefinições, poder-se-ia afirmar que não existem mais regimes não democráticos no mundo. Mesmo com a existência de ditaduras, estas dizem ter como objetivo a restauração de uma verdadeira democracia³.

A representação política se fez necessária frente ao aumento populacional e, principalmente, nasceu da liberdade dos Estados contemporâneos, onde, não havendo mais escravidão, os cidadãos assumiram o ônus do trabalho para si, necessitando, assim, de representantes, estabelecidos por meio de um mecanismo político denominado eleição, para atuarem em nome do povo.

Norberto Bobbio, assim, asseverou:

De resto, a democracia representativa também nasceu da convicção de que os representantes eleitos pelos cidadãos estariam em condições de avaliar quais seriam os interesses gerais melhor do que os próprios cidadãos, fechados demais na contemplação de seus próprios interesses particulares; portanto, a democracia indireta seria mais adequada precisamente para o alcance dos fins a que fora predisposta a soberania popular⁴.

O conceito da palavra representação, dada sua importância e possível ambiguidade, significa, no sentido técnico-jurídico, “agir em nome e por conta de um outro”⁵.

Nas palavras de Norberto Bobbio, quanto à representação coletiva:

(...) as deliberações coletivas, isto é, as deliberações que dizem respeito à coletividade interna, são tomadas não diretamente por aqueles que dela fazem parte, mas por pessoas eleitas para esta finalidade⁶.

Celso Fernandes Campilongo, em sua obra *Representação política*, remete ao conceito de Pitkin:

Pitkin conceitua a representação política como principalmente um ordenamento público e institucionalizado, envolvendo muitas pessoas e grupos, operando nos esquemas complexos dos ordenamentos sociais de larga escala. O que identifica essa representação não é a ação individual exercida por algum participante, mas a estrutura e o funcionamento do sistema como um todo, os modelos que emergem das múltiplas

³ BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*, op. cit., p. 375.

⁴ BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1990, p. 34.

⁵ BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000, p. 457.

⁶ BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*, p. 56.

O financiamento público de campanhas eleitorais e suas vantagens ...

atividades de muitas pessoas. Identificar os componentes que – “na estrutura e no funcionamento do sistema como um todo” – propiciem o estabelecimento de mecanismos de representação torna-se, assim, elemento essencial do modelo sistêmico⁷.

Nesse sentido, a respeito do termo “democracia dos modernos”, disserta Norberto Bobbio:

(...) por democracia os antigos entendiam a democracia direta, os modernos, a democracia representativa. Quando falamos de democracia, a primeira imagem que nos vem à mente é o dia das eleições, longas filas de cidadãos que esperam a sua vez para colocar o voto na urna. Caiu uma ditadura, instaurou-se um regime democrático? O que nos mostram os televisores de todo o mundo? Uma cadeira de eleitor e um homem qualquer, ou o primeiro cidadão, que exercem o próprio direito ou cumprem o próprio dever de eleger quem deverá representá-los⁸.

Com a democracia por meio de representantes políticos, deu-se surgimento ao que se conhece hoje como a eleição.

Isso não quer dizer que os antigos não conheciam o instituto da eleição, pelo contrário, esta também era necessária em sua democracia, como meio de escolher magistrados para determinados casos específicos e estritamente necessários. A eleição no governo dos antigos era tida como uma verdadeira exceção.

Assim, alude, Norberto Bobbio:

(...) a eleição era considerada uma necessária e útil correção do poder direto do povo, não como ocorre hoje nas democracias modernas, para as quais a eleição constitui uma verdadeira alternativa em relação à participação direta, salvo pela introdução, em casos específicos expressamente declarados, do referendo popular. Nas duas formas de democracia, a relação entre participação e eleição está invertida. Enquanto hoje a eleição é a regra e a participação direta a exceção, antigamente a regra era a participação direta, e a eleição, a exceção⁹.

Já o referendo popular, defendido por muitos, e tido como resquício da democracia direta dos antigos, não deixa de ter sua função na nova democracia, entretanto, assim como a eleição era exceção na democracia ateniense, o referendo ou o plebiscito são vistos também como uma ressalva na democracia dos modernos.

⁷ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Representação política*. São Paulo: Ática, 1988, p. 15.

⁸ BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000, p. 371.

⁹ BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*, op. cit., p. 374.

Sobre o instituto do referendo popular, conclui Norberto Bobbio:

Quanto ao referendum, que é o único instituto de democracia direta de concreta aplicabilidade e de efetiva aplicação na maior parte dos Estados de democracia avançada, trata-se de um expediente extraordinário para circunstâncias extraordinárias. Ninguém pode imaginar um Estado capaz de ser governado através do contínuo apelo ao povo: levando-se em conta as leis promulgadas a cada ano na Itália, por exemplo, seria necessário prever em média uma convocação por dia. Salvo na hipótese, por ora de ficção científica, de que cada cidadão possa transmitir seu voto a um cérebro eletrônico sem sair de casa e apenas apertando um botão¹⁰.

Lipson traz o conceito da democracia moderna frisando seus aspectos legais, nos seus dizeres:

(...) um sistema regularizado de eleições periódicas, com uma livre escolha de candidatos, sufrágio universal para adultos, oportunidade de organização de partidos políticos concorrentes, decisões majoritárias a par de salvaguardas para a proteção dos direitos das minorias, Judiciário independente do Executivo e garantias constitucionais para as liberdades civis fundamentais¹¹.

208

Na ideia de Lipson, percebe-se que a democracia baseada na representação política carece, em sua essência, de um amplo esquema de organização, amparado por legislações e regras, garantindo, dessa forma, uma verdadeira e justa participação popular nas questões políticas.

Nessa mudança democrática, da participação direta para a representativa, a *ágora*, praça dos atenienses, desaparece. Nesse sentido, discursa Norberto Bobbio:

Na passagem da democracia direta para a democracia representativa (da democracia dos antigos para a democracia dos modernos), desaparece a praça, mas não a exigência de “visibilidade” do poder, que passa a ser satisfeita de outra maneira, com a publicidade das sessões do parlamento, com a formação de uma opinião pública através do exercício da liberdade de imprensa, com a solicitação dirigida aos líderes políticos de que façam suas declarações através dos meios de comunicação de massa¹².

O parlamento é o lugar onde os representantes do povo se reúnem para cumprir o dever para o qual foram eleitos, logo, representar o povo. Suas sessões

¹⁰ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006, p. 66.

¹¹ LIPSON, Leslie. *A civilização democrática*. Rio de Janeiro: Zahar, 1966, p. 90.

¹² BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000, p. 387.

devem ser públicas e voltadas para seu público, não sendo possível uma verdadeira democracia às escuras, fora da esfera da publicidade, de portas fechadas para o povo. Representar também é tornar-se público.

Porém, nos dizeres de Bobbio, “isso não significa que toda forma de segredo deva ser excluída: o voto secreto pode ser em certos casos oportuno; a publicidade das Comissões Parlamentares não é reconhecida”¹³.

O processo de democratização, conhecido hodiernamente, resume-se no aumento da possibilidade de um povo eleger seus representantes, estendendo o processo eleitoral ao alcance de uma parcela cada vez maior da população.

A soberania popular, poder absoluto próprio do Estado, já existia na antiga democracia, apenas sendo alterado o modo pelo qual se exerceu. Outrora, diretamente, nas assembleias públicas; atualmente, por meio do voto.

Vê-se o voto como símbolo da democracia. Norberto Bobbio assim explana: “em suma, o voto, ao qual se costuma associar o relevante ato de uma democracia atual, é o voto não para decidir, mas sim para eleger quem deverá decidir”¹⁴.

A participação política, mediante o voto e o sufrágio universal, é a base na qual a democracia representativa se apoia.

No intuito de distinguir tais institutos – voto e sufrágio universal –, Joel José Cândido dispõe que “o sufrágio é o poder ou o direito de se escolher um candidato; o voto é o modo ou instrumento através do qual se escolhe esse candidato”¹⁵.

Para José Jairo Gomes, “o sufrágio e o voto não se confundem. Enquanto o sufrágio é um direito, o voto representa seu exercício. Em outras palavras, o voto é a concretização do sufrágio”¹⁶.

Acerca do sufrágio universal como direito basilar da democracia moderna, Norberto Bobbio expõe:

Se por democracia entendemos, como devemos, um regime no qual todos os cidadãos adultos têm direitos políticos – onde existe, em poucas palavras, o sufrágio universal –, da extensão do sufrágio e que, portanto, por muito tempo existiram Estados parlamentares que eram representativos, mas não democráticos. Chamo a atenção para o fato de que na expressão “democracia representativa” deve-se dar relevo tanto ao adjetivo quanto ao substantivo. É verdade que nem toda forma de

¹³ BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*, op. cit., p. 409.

¹⁴ BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*, op. cit., p. 372.

¹⁵ CANDIDO, Joel José. *Direito eleitoral brasileiro*. 13. ed. Bauru: Edipro, 2008.

¹⁶ GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 44.

democracia é representativa (daí a insistência sobre a democracia direta), mas também é verdade que nem todo Estado representativo é democrático pelo simples fato de ser representativo: daí a insistência sobre o fato de que a crítica ao Estado parlamentar não implica a crítica à democracia representativa, já que, se é verdade que toda democracia é representativa, é igualmente verdade que nem todo Estado representativo é em princípio e foi historicamente uma democracia¹⁷.

A participação eleitoral, em virtude das grandes proporções da democracia moderna, faz-se necessariamente por meio de partidos políticos, que organizam seus candidatos às eleições, levando em conta aspirações e filosofias políticas.

Multiplicando-se o número de eleitores sem poder multiplicar igualmente o número de eleitos, viram-se necessários os partidos, que consistem em grupos intermediários agregadores e simplificadores da participação popular¹⁸.

Prosseguindo nesse pensamento, Norberto Bobbio explica:

Na verdade, a democracia representativa, que não poderia avançar senão com o progressivo aumento da participação eleitoral até o limite do sufrágio universal masculino e feminino, não apenas não eliminou ou partidos, mas os tornou necessários. São eles, em especial mediante o sistema eleitoral proporcional, mas não apenas com eles, como acreditam ou fingem acreditar os novos fautores para agir, na qual Hobbes via a essência da representação política¹⁹.

210

Por fim, apesar de seu caráter igualitário garantido pelo sufrágio universal, a democracia moderna muitas vezes teve sua representatividade e participação deturpadas, atendendo a interesses particulares ou de grupos em detrimento do interesse popular.

A DISTORÇÃO DE INTERESSES E OUTROS PROBLEMAS DA REPRESENTAÇÃO POLÍTICA

A democracia moderna, pautada na representação política, deve seguir os interesses da nação, não podendo ser aceito qualquer tipo de mandato vinculado.

Em outras palavras, os representantes não podem se ater ao interesse de um número restrito de representados, normalmente seus eleitores, caso contrário haveria uma grave deturpação do verdadeiro significado do princípio da representação política.

¹⁷ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006, p. 57.

¹⁸ BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000, p. 470.

¹⁹ BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*, op. cit., p. 469.

Sobre esse tema, Norberto Bobbio traz um belo exemplo histórico:

Um dos debates mais célebres e historicamente mais significativos que se desenrolaram na Assembleia Constituinte francesa, da qual nasceu a Constituição de 1791, foi o que viu triunfar aqueles que sustentaram que o deputado, uma vez eleito, tornava-se o representante da nação e deixava de ser o representante dos eleitores: como tal, não estava vinculado a nenhum mandato. O mandato livre fora uma prerrogativa do rei, que, convocando os Estados Gerais, pretendia que os delegados das ordens não fossem enviados à Assembleia como *pouvoirs restrictifs*. Expressão cabal da soberania, o mandato livre foi transferido da soberania do rei para a soberania da Assembleia eleita pelo povo. Desde então a proibição de mandatos imperativos tornou-se uma regra constante de todas as constituições de democracia representativa e a defesa intransigente da representação política sempre encontrou convictos seguidores entre os partidários da democracia representativa contra as tentativas de substituí-la ou de combiná-la com a representação dos interesses²⁰.

A verdadeira representação política se difere da expressão “representação de interesses” – a primeira denota a busca pela concretização de interesses gerais, de toda a nação; já na segunda expressão, fica subentendida a referência a interesses particulares ou de grupos²¹.

Segue, nesse raciocínio, Norberto Bobbio:

Mas o interesse geral pode verdadeiramente ser representado no sentido próprio da palavra, no seu sentido técnico-jurídico? Esse é o problema. Mas, se assim o for, a diferença entre a representação dos interesses e a representação política não está no fato de que uma diz respeito aos interesses e a outra a algo diferente dos interesses, mas no fato de que uma é, propriamente falando, uma representação enquanto a outra não é²².

Em uma sociedade composta de grupos autônomos que lutam para fazer valer seus próprios interesses, o princípio da representação política acaba sendo violado constantemente, transfigurando seu objetivo, tornando o mandato dos representantes, erroneamente, vinculado e imperativo.

O representante, uma vez eleito, não pode ser um homem que busca e luta pelos interesses de seus próprios eleitores, que lhe confiaram seu voto, haja vista que não é representante somente deles, e sim de uma nação inteira²³.

²⁰ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006, p. 37.

²¹ BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000, p. 460.

²² BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*, op. cit., p. 461.

²³ BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1990, p. 35.

Assim, menciona Edmund Burke, citado por Norberto Bobbio:

Expressar uma opinião é um direito de todo homem; a dos eleitores é uma opinião que pesa e deve ser respeitada, e um representante precisa estar sempre pronto a escutá-la... Mas instruções imperativas, mandatos aos quais o membro das Assembleias deve expressa e cegamente obedecer, tais coisas são completamente estranhas às leis dessa terra²⁴.

Fica claro, portanto, que a proibição ao mandato vinculatório é fundamental para a construção de uma democracia representativa.

Todavia, a problemática do mandato imperativo alcança níveis preocupantes no meio político vigente, visto que ultrapassa a esfera da “representação de interesses” de um grupo de eleitores que elegeram um representante, atingindo também os colaboradores das campanhas desses representantes, cujos interesses normalmente atingem diretamente o âmbito público.

Sobre o problema, as palavras de Norberto Bobbio:

A verdade é que a escassa eficácia da proibição de mandato imperativo, objeto de uma recorrente lamentação dos observadores políticos, sempre derivou do interesse recíproco, tanto dos eleitores quanto dos eleitos, em violá-la²⁵.

212

A rápida multiplicação dos partidos políticos, com permutas constantes de seus candidatos, demonstra uma fragilidade política e ideológica, transmitindo incertezas aos cidadãos.

O jogo de interesses dentro dos partidos e das eleições, que acaba resultando em casos de corrupção por parte dos representantes eleitos, deixa aos eleitores a triste sensação de não poderem mudar a realidade política do país.

A esse respeito, afirma sabiamente Celso Fernandes Campilongo:

O crescimento do aparato administrativo dos executivos – com as inequívocas ligações e dependências que se criam entre a iniciativa privada e a burocracia estatal – faz com que, em torno dos múltiplos centros de gerenciamento das políticas públicas, gravitem “anéis” que pressionam, influenciam e determinam o que deve ser “representado”. Isso significa que o Governo – em tese a corporificação institucional da “vontade popular” – é muitas vezes conduzido pela “vontade” do estamento burocrático ou pela “vontade” dos grupos privados portadores dos interesses econômicos mais poderosos. A representação política – e, logicamente,

²⁴ BURKE, Edmund. *The works of Edmund Burke* (1792) *apud* BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1990, p. 35.

²⁵ BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000, p. 464.

O financiamento público de campanhas eleitorais e suas vantagens ...

o circuito Governo-Parlamento – é de tal forma alijada deste jogo (quando dele não participa sub-repticiamente!) que até sua relevância simbólica como instrumento de legitimidade desaparece²⁶.

A participação popular na democracia moderna deveria ser eficaz, direta e livre, mas não é esta a verdade encontrada. A falta dessas três características indispensáveis à participação acaba fazendo nascer a apatia política, com a despolitização das massas, que não conseguem reagir aos grandes aparatos dos partidos políticos²⁷.

Nesse sentido, observando a realidade política brasileira, evoca Gilberto Bercovici:

As sociedades, como a brasileira, marcadas pela concentração de renda, pela desigualdade de oportunidades sociais e políticas, caracterizam-se pelo fato de os grandes contingentes eleitorais terem um papel secundário na articulação das políticas públicas. Isso, conseqüentemente, gera a apatia e o desinteresse de boa parte da população pela tomada de decisões políticas²⁸.

Os partidos políticos acabam sendo vistos como grupos que buscam atuar em favor de interesses particulares e de seus colaboradores, manipulando seus representantes eleitos, tornando o princípio da participação popular indiferente aos eleitores.

O poder acaba por não emanar do povo, tampouco de seus representantes, mas sim das instituições partidárias.

Norberto Bobbio usa a expressão “partidocracia” para elucidar que a democracia moderna acaba por se debruçar sobre os partidos políticos, o que resulta em um excessivo acúmulo de poder destes.

Dessa forma, denota o referido autor:

O termo “partidocracia” reflete esse estado de coisas, gostemos ou não, vale dizer, uma situação na qual quem toma as decisões em última instância não são os representantes como mandatários livres dos eleitores, mas os partidos como mandantes imperativos dos chamados representantes, aos quais dão “instruções” no sentido pejorativo que a palavra sempre teve na boca dos fautores da representação política em oposição à representação dos interesses. Falo de “partidocracia” sem qualquer malícia, dado que nesta palavra, não obstante a habitual conotação fortemente negativa, está contida uma realidade de fato incontrovertível.

²⁶ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Representação política*. São Paulo: Ática, 1988, p. 52.

²⁷ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Representação política*, op. cit., p. 259.

²⁸ BERCOVICI, Gilberto. *O impasse da democracia representativa*. In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes; MORAES, Filomeno. *Direito constitucional contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Paulo Bonavides*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 298.

A soberania dos partidos é o produto da democracia de massa, onde “de massa” significa simplesmente com sufrágio universal. A democracia de massa não é propriamente a “cracia” da massa, mas é a “cracia” dos grupos mais ou menos organizados nos quais a massa, por sua natureza informe, articula-se, e, articulando-se, expressa interesses particulares²⁹.

Outrossim, além da deturpação do conceito de representação e participação política, visualizada pela busca de interesses vinculados no lugar de interesses gerais por parte dos representantes eleitos e dos partidos políticos, existem ainda as campanhas eleitorais que acontecem antes das eleições, as quais, dependendo das artimanhas usadas, podem distorcer o verdadeiro sentido do voto e, por sua vez, enlevar ainda mais os representantes eleitos a interesses particulares.

Nas eleições, os candidatos tentam conquistar votos, na maioria das vezes, usando e abusando de marketing eleitoral, o que acarreta campanhas onerosas, precisando, assim, de financiadores que doem verbas para a realização destas.

O abuso do poder econômico nas eleições torna-se mais um distúrbio da democracia hodierna.

Sérgio Varella Bruna alude a esse respeito:

214

Destarte, o exercício do poder econômico será legítimo quando não conflite com os valores maiores dessa ordem econômica e com os objetivos por ela visados. Isso equivale a dizer que não se admite o exercício de poder econômico que represente entrave ao desenvolvimento social e à marcha dos fatores sociais com vistas à consecução dos ideais de justiça social³⁰.

Tal abuso retira a paridade que as eleições deveriam conter, na medida em que distorce a visão dos eleitores, não permitindo, assim, uma justa escolha de representantes.

As campanhas eleitorais onerosas dependem de financiadores, os quais, em troca de sua ajuda econômica, esperam que seus interesses particulares sejam buscados e defendidos pelos representantes financiados, caso estes se elejam.

Nesse cenário, emerge a questão do financiamento exclusivamente público das campanhas eleitorais, que visa a evitar o abuso econômico e o jogo de interesse nas campanhas e nos partidos políticos, objetivando manter similaridade nas eleições.

²⁹ BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000, p. 470-471.

³⁰ BRUNA, Sérgio Varella. *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*. São Paulo: RT, 1997, p. 147.

O FINANCIAMENTO PÚBLICO DE CAMPANHAS ELEITORAIS

No Brasil, adota-se o sistema de financiamento misto de campanhas eleitorais, no qual os candidatos podem receber doações públicas e privadas; todavia, após mudança recente, apenas de pessoas físicas.

Com a escassa contribuição pública, que se restringe a pequenas verbas oriundas do fundo partidário, e ao horário político gratuito, o candidato, para realizar sua campanha, atendendo aos moldes caros das campanhas de seus concorrentes, precisa buscar doações privadas, o que aumenta cada vez mais os gastos dispendidos no período pré-eleitoral – é um círculo vicioso: quanto mais caras ficam as campanhas, mais os candidatos necessitam de doações privadas.

As campanhas eleitorais milionárias distorcem o verdadeiro sentido do pleito, favorecendo a troca de favores entre os financiadores privados e seus candidatos financiados, que, caso eleitos, deverão privilegiar de alguma forma seus financiadores, ou melhor, seus investidores.

Dessa forma, o afastamento popular do atual modelo de representatividade política fica ainda mais agravado com a existência de doadores ligados diretamente aos candidatos, na intenção de que estes defendam prioritariamente seus interesses em seus mandatos.

Como resultado direto desse jogo de influências, vemos uma clara inversão de prioridades na política brasileira. No Legislativo, por exemplo, projetos de cunho progressista caminham a passos lentos, enquanto os de pequenos grupos ligados ao poder econômico e simbólico são contemplados com surpreendente velocidade.

O primeiro argumento favorável ao financiamento público é o de que ele pode proporcionar igualdade no pleito, dando condições iguais aos partidos políticos, que receberão dinheiro apenas de fundo público para o custeio da campanha de seus candidatos.

Sobre a igualdade proporcionada pelo financiamento público, Marcelo Passamani Machado alude:

(...) o financiamento público colocaria todas as agremiações em condições relativamente iguais, o que contribuiria para o aumento da competitividade nos pleitos, uma vez que partidos mais à esquerda do espectro ideológico poderiam fazer frente aos partidos mais bem relacionados com o empresariado, os quais, em um ambiente de financiamento privado, contariam com a decisiva vantagem propiciada pelo poder econômico³¹.

³¹ MACHADO, Marcelo Passamani. O financiamento das campanhas eleitorais: perspectivas para uma reforma política. In: CAGGIANO, Mônica Herman S (Org.). *O voto nas Américas*. São Paulo: Manole, 2008, p. 183-217, 203.

O financiamento público tem caráter altamente democrático, pois garante o mesmo nível econômico aos partidos políticos, independentemente do nível econômico de seus doadores³².

Defende-se também que, com o financiamento público, haveria uma enorme redução dos gastos nas campanhas eleitorais. Dependendo apenas das verbas oferecidas pelo governo, os partidos políticos seriam forçados a reduzir as despesas das campanhas, que são, como já visto, na sua maioria concentradas nas propagandas em meios de comunicação de massa e no marketing eleitoral.

Com essa diminuição “forçada” dos gastos nas campanhas, resultando também na redução das propagandas eleitorais e do marketing, mais um problema do sistema atual se vê resolvido, na medida em que as campanhas eleitorais não seriam mais um ambiente de mercado, e o eleitor se veria livre para escolher o seu voto, calcado nos debates ideológicos e de intenções reais dos candidatos. O debate político se tornaria mais sério.

Consequentemente, as campanhas custeadas apenas com dispêndios de recursos públicos também tornariam as instituições partidárias mais fortes, haja vista que, nesse modelo, são os partidos que recebem e controlam as verbas recebidas, e não os candidatos, que teriam que compartilhar as ideologias e os objetivos do partido que escolheu em vez de se filiar a ele apenas para suprir interesses pessoais momentâneos. Assim, os partidos poderiam cumprir melhor sua verdadeira função na democracia representativa moderna.

Por existir apenas uma fonte de recursos destinados às campanhas, apenas um financiador, que seria o Estado, a contabilização dos gastos finais destas ficaria mais simples e fácil de ser divulgada, tornando-as mais transparentes aos eleitores, revelando outro aspecto positivo do financiamento público. Ademais, no caso de qualquer irregularidade, as investigações seriam, evidentemente, menos complexas, “seria possível saber perfeitamente quem doou, quem recebeu, quanto foi doado e quanto foi gasto”³³.

Ademais, o argumento principal e mais usado quando se fala em financiamento público de campanhas eleitorais é a diminuição da corrupção, com a extinção da troca de interesses particulares entre financiadores e financiados.

Os partidos políticos e candidatos, por conta do financiamento exclusivamente público, não mais se sujeitariam a investimentos privados de financiadores

³² SAMUELS, David. Financiamento de campanha e eleições no Brasil: o que podemos aprender com o “caixa um” e propostas de reforma. In: BENEVIDES, Maria Victoria; VANNUCHI, Paulo; KERRCHE, Fábio (Orgs.). *Reforma política e cidadania*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2003, p. 384.

³³ MACHADO, Marcelo Passamani. O financiamento das campanhas eleitorais: perspectivas para uma reforma política. In: CAGGIANO, Mônica Herman S (Org.). *O voto nas Américas*. São Paulo: Manole, 2008, p. 183-217, 204.

interessados em obter vantagens após a eleição, reduzindo os casos de improbidade administrativa.

Com relação à divisão dos recursos destinados aos partidos políticos para o financiamento das campanhas eleitorais, deve-se tomar certo cuidado ao dispor sobre essa matéria no projeto de lei regulamentando o financiamento público.

Se o critério for igualdade entre os partidos, muitos poderão fundar instituições partidárias apenas para se aproveitar das verbas públicas, provocando “uma verdadeira ‘corrida’ em direção à fonte de recursos públicos, atraindo-se, com isso, toda sorte de oportunistas”³⁴.

Essa forma de divisão do montante igualmente entre os partidos, sem a observação de qualquer critério, não é muito aceita pelos defensores do financiamento público, mas sim a forma de fracionamento proporcional aos votos recebidos pelos partidos ou ao número de eleitores filiados a eles.

Nessa seara, encontra-se a crítica mais consistente ao financiamento público, que diz respeito à forma como seriam divididos os recursos provenientes do Estado entre os partidos políticos.

Outrossim, no caso de levar em conta os votos obtidos por cada partido na última eleição e calcular proporcionalmente a eles a distribuição dos recursos, como ocorre com o fundo partidário, as instituições políticas menores ou mais novas, que ainda não obtêm grande aceitação do eleitorado, receberão apenas uma pequena parcela dos recursos públicos destinados aos partidos.

Com a escassez de dinheiro, os pequenos partidos políticos não ficariam em pé de igualdade com os maiores, podendo vir a se unir a eles, gerando o bipartidarismo, com o engessamento da classe partidária, aumentando as dificuldades para o surgimento de novos partidos.

Apesar de essa crítica servir para acautelar o legislador na hora de dispor sobre a matéria de distribuição dos recursos no sistema de financiamento público, ela não é válida, bastando observar a realidade partidária brasileira, com o sistema atual de financiamento, e enxergar as desigualdades gritantes já existentes entre os partidos.

Atualmente, os pequenos partidos políticos precisam estar atrelados aos grandes para se sustentarem financeiramente, pois, por não disporem de contato direto com poderosos financiadores privados, sobrevivem por meio de verbas repassadas por esses partidos. Essa dependência econômica gera, assim como na relação entre o candidato e o seu financiador privado, trocas de favores entre os partidos, nas quais o pequeno cede às vontades do grande.

³⁴ MACHADO, Marcelo Passamani. O financiamento das campanhas eleitorais: perspectivas para uma reforma política, op. cit., p. 205.

No sistema de financiamento público, em caso de distribuição de recursos proporcionais aos votos recebidos, as verbas destinadas aos partidos com menor quantidade de votos não seriam tão singelas como o são atualmente no fundo partidário, haja vista que deverão ser suficientes para custear todas as atividades eleitorais dos partidos, que contariam apenas com esse dinheiro público em suas campanhas.

Dessa forma, os partidos políticos de pequeno porte não mais necessitariam da ajuda dos grandes partidos, evitando a troca de interesses entre eles, sendo isso mais um ponto favorável ao financiamento público de campanhas.

Nas palavras de Delia Rubio, o financiamento público traz os seguintes benefícios sobre o financiamento privado:

Gera condições de competição eleitoral equitativa; promove a participação de partidos ou candidatos que carecem de recursos e não têm capacidade de arrecadação; evita a pressão direta ou indireta dos capitalistas e doadores sobre os atores políticos; diminui a necessidade de fundos dos partidos e candidatos; reduz o potencial de corrupção; contribui para a sustentação e o fortalecimento dos partidos como atores fundamentais para o funcionamento das democracias representativas³⁵.

Com todas essas vantagens que o financiamento público tem sobre os outros modelos de financiamento de campanha, ele tem extrema importância para uma verdadeira reforma política no Brasil, melhor atendendo aos princípios da representatividade e da participação popular, cruciais para a concretização da democracia.

218

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em linhas gerais, pode-se concluir que o financiamento público de campanhas é um avanço à democracia representativa, pois diminui a influência de grupos poderosos sobre os representantes reduz os gastos com as campanhas, aumenta a igualdade entre os candidatos e partidos no pleito, torna a contabilização dos gastos totais das campanhas mais transparente, e, especialmente, tende a diminuir a corrupção.

É preciso esclarecer, entretanto, que o financiamento público de campanhas, por si só, pode não resolver as distorções existentes em nosso sistema político, caso o dinheiro privado continue financiando campanhas, por meio do famigerado “caixa dois”, e, assim, manter sua influência nas decisões dos políticos.

Dessa forma, mostra-se veemente aliar a reforma do sistema de financiamento de campanhas à necessária valorização das instituições do Estado

³⁵ RUBIO, Delia F. Financiamento de partidos e campanhas – fundos públicos versus fundos privados. *Novos Estudos Cebrap*, São Paulo, n. 73, p. 8, 2005.

responsáveis pela fiscalização dos gastos eleitorais, além de um eficaz sistema de leis que responsabilizem os infratores, para que as irregularidades à época das eleições, hoje tão comuns, tenham, realmente, a menor ocorrência possível.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Fernando de Brito. *Constituição e participação popular: a construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental*. Curitiba: Juruá, 2013.
- BERCOVICI, Gilberto. O impasse da democracia representativa. In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes; MORAES, Filomeno. *Direito Constitucional Contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Paulo Bonavides*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- BIGNOTTO, Newton. Corrupção e Estado de direito. In: ANASTASIA, Fátima; AVRITZER, Leonardo (Orgs.). *Reforma política no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006, p. 82-86.
- BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política*. 14. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.
- BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1990.
- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 10. ed., São Paulo: Paz e Terra, 2006.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Brasília: Editora UnB, 2007.
- BRUNA, Sérgio Varela. *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*. São Paulo: RT, 1997.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Representação política*. São Paulo: Ática, 1988.
- CAGGIANO, Monica Herman Salem. *Finanças partidárias*. Brasília: Senado Federal, 1983.
- CAGGIANO, Monica Herman Salem. Eleições 2002: O financiamento das campanhas eleitorais e seu controle. Enquadramento jurídico. *Revista Direito Mackenzie*, São Paulo, v. 3, 2001.
- CAGGIANO, Monica Herman Salem. Corrupção e financiamento das campanhas eleitorais. In: ZILVETI, Fernando Aurelio; LOPES, Sílvia (Orgs.). *O regime democrático e a questão da corrupção política*. São Paulo: Atlas, 2004.
- CANDIDO, Joel José. *Direito eleitoral brasileiro*. 13. ed. Bauru: Edipro, 2008.
- CERVELLINI, Sílvia. Marketing político e marketing comercial: “uma reflexão”. In: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A reconstrução da democracia*. São Paulo: Sarai-va, 1979.
- FIGUEIREDO, Rubens (Org.). *Marketing político e persuasão eleitoral*. São Paulo: Konrad Aeanuer, 2000.
- FIGUEIREDO, Rubens. O marketing político: entre a ciência e a falta de razão. In: FIGUEIREDO, Rubens (Org.). *Marketing político e persuasão eleitoral*. São Paulo: Konrad Aeanuer, 2000.

FILGUEIRAS, Fernando. Marcos teóricos da corrupção. In: AVRITZER, Leonardo; BIGNOTTO, Newton; GUIMARÃES, Juarez; STARLING, Heloisa M. M. (Orgs.). *Corrupção: ensaios e críticas*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008, p. 353-362.

FORMIGA-XAVIER, Carlos Joel Carvalho de. *A corrupção política e o Caixa 2 de campanha no Brasil*. [Tese de mestrado] São Paulo: Departamento de Ciências Políticas da Universidade de São Paulo, 2010.

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

LIPSON, Leslie. *A civilização democrática*. Rio de Janeiro: Zahar, 1966.

MACHADO, Marcelo Passamani. O financiamento das campanhas eleitorais: perspectivas para uma reforma política. In: CAGGIANO, Mônica Herman S. (Org.). *O voto nas Américas*. São Paulo: Manole, 2008.

NICOLAU, Jairo. Notas sobre as eleições de 2002 e o sistema partidário brasileiro. *Cadernos Adenauer*, ano IV, n. 1, 2003.

OBBER, J. Democracia direta. In: DARNTON, Robert; DUHAMEL, Olivier. *Democracia*. Rio de Janeiro: Record, 2001.

RIBEIRO, Renato Janine. Financiamento de campanha (público versus privado). In: AVRITZER, Leonardo; ANASTASIA, Fátima (Orgs.). *Reforma política no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006.

ROLLO, Alexandre Luis Mendonça. Propaganda eleitoral no rádio e na televisão. In: ROLLO, Alberto (Org.). *Propaganda eleitoral: teoria e prática*. São Paulo: RT, 2002.

220

ROUSSEAU, J. Jacques. *O contrato social*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

RUBIO, Delia F. Financiamento de partidos e campanhas – fundos públicos versus fundos privados. *Novos Estudos Cebrap*, São Paulo, n. 73, p. 5-15, 2005.

SAMUELS, David. Financiamento de campanha e eleições no Brasil: o que podemos aprender com o “caixa um” e propostas de reforma. In: BENEVIDES, Maria Victoria; VANNUCHI, Paulo; KERRICHE, Fábio (Orgs.). *Reforma política e cidadania*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2003.

SOBIERAJSKI, Denise Goulart S. *Financiamento de campanhas eleitorais*. Curitiba: Jorua, 2002.

ZOVATTO, Daniel. Financiamento dos partidos e campanhas eleitorais na América Latina: uma análise comparada. Tradução de Pedro Maia Soares. *Opinião Pública*, v. XI, n. 2, 2005, p. 287-336.

O JUDICIÁRIO DIANTE DAS DECISÕES DE EFETIVAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

THE JUDICIAL DECISIONS OF EFFECTIVE PUBLIC POLICIES IN THE STATE OF DEMOCRATIC RIGHTS

*Guilherme Bittencourt Martins**
*Roberto Carlos Ferreira Soares***

RESUMO

O presente trabalho aborda o papel do Judiciário no enfrentamento de questões que envolvam as políticas públicas, cujo tema é controverso pela doutrina que ora tende pela participação na solução diante da omissão do legislador ou do administrador, ora pondera que o Poder Judiciário deve se pautar pela referência constitucional para que a autonomia judicial esteja limitada aos conteúdos normativos, às regras e aos princípios constitucionais, abstendo-se de envolvimento de decisões políticas, que são de competência dos representantes eleitos pela maioria, o que afasta a aptidão do Judiciário que responde para a prevenção de arbitrariedades diante de situações sociais que preservem a garantia da ordem jurídica constitucional do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Judiciário; Políticas públicas; Direitos fundamentais.

ABSTRACT

This paper discusses the role of the Judiciary in tackling issues involving public policy, whose subject is the controversial doctrine that tends either by participation in the solution before the legislative omission or administrator, now argues that the judiciary should be guided by constitutional reference that judicial independence is limited to the normative content to the rules and constitutional principles, refraining from

* Mestre em Sistema Constitucional de Garantias de Direitos pela Instituição Toledo de Ensino (ITE-Bauru/SP). Pós-graduado em Formação de Professores para Educação Superior Jurídica (Anhanguera/Uniderp). Advogado.

** Mestre em Sistema Constitucional de Garantias de Direitos pela Instituição Toledo de Ensino (ITE-Bauru/SP). Pós-graduado em Administração de Recursos Humanos pela Fundação Armando Alvares Penteado (FAAP). Pós-graduado em Direito e Processo do Trabalho (Anhanguera/Uniderp). Pós-graduando em Direito e Processo do Trabalho pelas Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU). Psicólogo e Advogado.

involvement in political decisions that are the responsibility of the representatives elected by the majority, which removes the ability of the judiciary to respond to prevention arbitrariness facing social situations that preserve the guarantee of constitutional law in a Democratic State.

Keywords: Judiciary; Public Policy; Fundamental Rights.

INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 trouxe importantes inovações jurídicas que possibilitam, ainda hoje, discussões sobre a efetividade de direitos previstos em seu texto, mas permanecem distantes do alcance da maioria dos participantes da sociedade contemporânea.

O constituinte originário, ao apresentar a estrutura dos poderes, apoderou da concepção da independência e relação de harmonia entre o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, como forma de cooperação com funções que coordenam a participação de suas ações em diversos assuntos de interesse da sociedade.

A estratégia adotada deriva da prevenção do fortalecimento ou da supremacia de um dos poderes sobre os demais, mesmo porque a sociedade evolui na medida em que as relações sociais vão se adaptando aos certames tecnológicos, interagindo com culturas, costumes diferentes e no enfrentamento de questões sociais reclamadas e não suprimidas pelo passado.

222

O cenário atual aponta uma omissão legislativa em temas que o constituinte originário entendeu que seria dirimida ao longo do tempo, na medida em que a sociedade amadurecesse.

A expectativa do direito efetivado, muitas vezes pela regulação de uma legislação ordinária, na maioria dos casos não ocorreu, resultando em uma omissão do Legislativo.

Diante desse cenário, o cidadão tem acionado o Judiciário para buscar a efetivação de seu direito negado por seus representantes eleitos, justificando seus apelos com base na competência constitucional designada para proteção das normas constitucionais e dos direitos fundamentais.

Segue que as questões levadas ao Judiciário muitas vezes carregam teor político que, em alguns casos, relacionam as questões que envolvem políticas públicas.

Para compreender esse panorama, a primeira parte trata de ponderar o papel do Judiciário como agente garantidor de direitos fundamentais, percorrendo diversos pensamentos de doutrinadores, para, no momento seguinte, aportar em sua participação nas decisões de questões que envolvam as políticas públicas diante do realce na concentração da atividade jurisdicional desenhada na Constituição, dentro de um cenário democrático, visando à preservação da ordem jurídica.

O PAPEL DO JUDICIÁRIO COMO VETOR DE GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ASSEGURADOS PELO TEXTO CONSTITUCIONAL

A defesa dos direitos fundamentais deve ser constante em qualquer ordenamento do Estado. Essa constante vigilância precisa ser mais acentuada quando os valores da ordem jurídica se encontram em conflito com a vontade da maioria popular.

A história demonstra que, quando fatores desestabilizadores da sociedade se acentuam, por exemplo, uma crise econômica, com o consequente aumento da massa de desempregados, miséria, violência, crime organizado, ataques às instituições e autoridades dos poderes da República, a importância de uma justiça forte, independente, imparcial e, principalmente, capaz de transmitir credibilidade e esperança a essa massa popular que clama por justiça assume caráter fundamental para a manutenção do Estado Democrático de Direito.

Contudo, o descrédito da população na justiça, diariamente ofendida, entre muitas razões, resulta da demora da prestação jurisdicional, do acesso à justiça ou, então, simplesmente pela razão da omissão estatal, pela falta de efetivação de direitos assegurados no texto constitucional.

O poder concentrado nas mãos dos representantes da maioria, dos sujeitos eleitos pelo povo, sem qualquer controle, representaria um modelo de Estado que persegue apenas a governabilidade.

Ao contrário, uma sociedade com uma Constituição definida quanto aos seus direitos fundamentais e um tribunal com amplas atribuições de controle significam o modelo de Estado voltado para a proteção dos princípios de direito, e não para decisões de governabilidade, a decisão política do momento.

Apontamento interessante tem Oscar Vilhena Vieira quando pondera que a regra da maioria como forma de expressão da vontade política implica menores atribuições de tribunal de perfil constitucional, porém estando edificado o rol de princípios e direitos fincados na Constituição, representa uma defesa contra decisões majoritárias políticas¹.

Para Alexandre de Moraes, a legitimidade da justiça constitucional se constrói pela necessidade de exigir que o poder público, em qualquer de suas áreas de atuação, paute-se pelo respeito aos princípios objetivos e aos direitos fundamentais consagrados no texto constitucional, como forma de garantir a legitimidade da credibilidade outorgada pelas urnas².

¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. São Paulo: RT, 1994, p. 25.

² MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 76.

A Constituição é constantemente testada pelas condições de fato apresentadas por uma sociedade em constante transformação, fazendo com que os questionamentos provoquem interpretações e mudanças que proporcionem um conforto social.

Nesse sentido, importante que fique registrada a necessidade de estabelecer instrumentos garantidores diante da turbulência globalizada de interação de culturas e reivindicações, mecanismos de proteção que possam efetivamente guardar e proteger os princípios fundamentais estabelecidos pelo poder originário quando da elaboração da Constituição.

Essa configuração de proteção foi delegada aos tribunais responsáveis por sua guarda e fiscalização diante da Constituição, que tem características de compromisso na esfera econômica e social com programas de governo e metas a serem alcançadas.

Os tribunais com jurisdição constitucional passam a exercer competências, entre as quais zelar pela aplicação da Constituição e garantir o direito diante do legislador omissor, com base em normas de conteúdo aberto ou, ainda, a partir de normas de conteúdo conflitante, resultantes do caráter.

A atribuição de competência da função judiciária emana da própria Constituição, que difundiu entre seus órgãos que compõem uma das funções tripartidas do poder soberano do Estado, com a finalidade de promover a justiça, pela aplicação da lei e da guarda dos princípios constitucionais, mediante os instrumentos constitucionais de controle difuso ou concentrado.

A justificativa aponta que, na medida em que o povo elege seus representantes pelo voto, que, por sua vez, são aptos a criar as leis, é formalmente a expressão soberana da vontade do povo que diretamente submete ao protetor da juridicidade, como destaca o Prof. Edinilson Donisete Machado:

A função jurisdicional deverá estar limitada à vontade soberana do povo, por meio da Constituição, que nos dias atuais exerce força normativa pelas regras e pelos princípios, dos quais cabem revisões da compatibilidade vertical pelo Judiciário, quer no caso concreto, quer no abstrato³.

A ideia do controle pelo Judiciário é a de que a Lei Fundamental não pode ser violada pela legislação de maioria transitória, pois a decisão que declara a inconstitucionalidade de uma lei, votada e aprovada pela maioria transitória, não pode ser dita como antidemocrática, isso porque sua autoridade lhe é conferida pela vontade superior do povo, cristalizada nos princípios constitucionais.

³ MACHADO, Edinilson Donisete. *Ativismo judicial: limites institucionais democráticos e constitucionais*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011, p. 67.

Essa construção somente se consolida pela importância de as cláusulas constitucionais serem efetivamente protegidas por um mecanismo que esteja fora das disputas do poder, um órgão que tenha como finalidade proteger esses princípios fundamentais, conforme ensina Ronald Dworkin:

A existência da jurisdição constitucional como instituição política tem, precisamente, a missão que é, ao mesmo tempo, sua fonte de legitimação de fazer com que os problemas mais fundamentais, os conflitos mais profundos entre o indivíduo e a sociedade, sejam expostos e debatidos como questões de princípio, e não definitivamente resolvidos na arena das disputas do poder⁴.

Caso não houvesse essa autovinculação, a Constituição poderia ser facilmente manipulada para atender aos interesses de apenas algumas das forças políticas que atuam na sociedade.

No Estado Democrático de Direito, o caráter de norma fundamental que a Constituição deve ter dentro do escalonamento hierárquico da ordem jurídica pode ser visto como um sistema de bloqueio à atuação estatal, como uma espécie de garantia que a sociedade determina como um mínimo necessário à manutenção do Estado de Direito.

Sem embargo ao exposto, José Joaquim Gomes Canotilho ilustra:

Assim como Ulisses se atou aos mastros do navio para evitar o chamado das sereias, também as pessoas se autovinculam a si próprias para evitar conflitos ou assegurar com mais operatividade as suas preferências. As sociedades e os indivíduos autovinculam-se através de uma constituição a fim de resolver os problemas resultantes da racionalidade imperfeita e dos desvios das suas vontades⁵.

Em reforço ao pensamento do lusitano, os perigos do Poder Legislativo são apontados pelos ensinamentos do Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello:

[...] os governos constituídos por eleição, quando não refreados, não são menos suscetíveis de se excederem do que os originários de designação hereditária. Acima da vontade do parlamento, devem sempre pairar os direitos da personalidade humana, desde que o Estado é um meio do qual o bem comum dos indivíduos membros da sociedade é o fim. Governar é servir, na frase dos escolásticos⁶.

⁴ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 93.

⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1385.

⁶ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *A teoria das constituições rígidas*. 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1980, p. 59.

O constitucionalismo moderno não é uma simples limitação à regra da maioria, como ensina Oscar Vilhena Vieira:

É evidente que a regra da maioria desempenha papel de destaque nesse processo de decisão coletiva entre indivíduos iguais; porém, a decisão democrática não depende de um simples fato aritmético. Essa decisão deve resultar de um processo de formação livre e racional da vontade e, portanto, a manutenção de certos direitos é essencial à democracia como a própria regra da maioria. Nesse sentido, o pré-comprometimento constitucional, por intermédio de cláusulas superconstitucionais, será moralmente legítimo toda vez que proibir os cidadãos de se autodestruírem, enquanto seres igualmente livres e portadores de direitos que protegem sua condição de dignidade humana⁷.

Assim, assume o controle de constitucionalidade o papel do mais importante instrumento de contenção do poder político nas democracias contemporâneas, chegando mesmo a ser considerado “elemento necessário da própria definição do Estado de direito democrático”⁸.

Aponta ainda o mesmo autor:

É que, por intermédio da sua constitucionalização, determinados princípios e direitos são subtraídos do embate político cotidiano, ficando preservados contra maiorias legislativas ocasionais. A rigidez constitucional, pressuposto da supremacia de Lei Maior, e os mecanismos de controle da constitucionalidade representam, assim, os limites institucionais do poder da maioria⁹.

226

A sobrevivência do pacto do poder constituinte originário depende da adoção de um modelo ideal em que o constitucionalismo prevaleça sobre o regime adotado, consolidando a máxima contida na formulação do Estado Brasileiro como a união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constituindo-se em Estado Democrático de Direito¹⁰.

Significa dizer que os princípios consagrados pelo poder originário são fundamentais, devendo estar acima das deliberações produzidas, inclusive, por maiorias qualificadas ou mesmo pela totalidade representativa dos cidadãos, de

⁷ VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e a sua reserva de justiça*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 226.

⁸ MOREIRA, Vital. Princípio da maioria da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional. In: *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 178, *apud* Binbenojm, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 44.

⁹ BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*, op. cit., p. 45.

¹⁰ Refere-se ao artigo 1º da Constituição Federal de 1988.

tal sorte que as decisões dos tribunais representem a vontade espelhada no texto constitucional, prevalecendo o entendimento estampado pelos princípios constitucionais.

O Judiciário assume função primordial na harmonia dos poderes, em razão dessa tarefa singular de controlar os atos dos demais poderes.

Dessa forma, a responsabilidade do Judiciário, diante de situações sociais, é de garantir a preservação da ordem jurídica constitucional, do Estado Democrático de Direito.

Isso não significa a instalação de um governo de juízes, tampouco a tirania da magistratura. Com o controle da constitucionalidade nas mãos, o Judiciário não está acima dos outros poderes.

Da mesma forma, o Judiciário não está acima das premissas estampadas no texto constitucional que estabelecem o sentido de desenvolvimento do Estado Democrático de Direito.

Essas premissas são consubstanciadas nos princípios constitucionais, que não serão colocados na pauta desta discussão, mas, a título de ilustração da força vinculante que os princípios exercem na vida jurídica, merece destaque o pronunciamento do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso:

Após este esforço de sistematização, é preciso destacar o papel prático dos princípios dentro do ordenamento jurídico constitucional, remarcando sua finalidade ou destinação. Cabe-lhes, em primeiro lugar, embasar as decisões políticas fundamentais tomadas pelo constituinte e expressar os valores superiores que inspiram a criação ou reorganização de um dado Estado. Eles fincam os alicerces e traçam as linhas mestras das instituições, dando-lhes o impulso vital inicial¹¹.

227

Os juízes interpretam simplesmente a lei. Não há oposição ao Poder Legislativo. Quem realiza oposição exerce uma vontade política e a atividade do juiz não é discricionária, devendo julgar nos termos da lei, porque a função exercida é essencialmente judicial na motivação de interpretar os dispositivos legais, para aplicá-los à demanda submetida à sua decisão.

A posição de os juízes estarem obrigatoriamente vinculados ao ordenamento jurídico também faz sentido para Mário Masagão:

Se há possibilidade de predomínio absoluto de um dos poderes com subjugação dos demais, é de convir que o judiciário seja o menos apto dos três para implantar supremacia. Ele não pode expedir normas gerais, como o poder legislativo. Está limitado a decidir dos casos singulares

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 291.

que lhe são postos. Ele não dispõe, como o poder executivo, da força, da legião de subordinados, para tornar efetivas suas decisões. Pelo contrário, quando se torna necessário o emprego da força, o poder judiciário tem de solicitar ao poder executivo. A única força de que dispõe o poder judiciário, para se impor e para se fazer respeitar, é, em última análise, a força moral, o princípio de sua autoridade. Mas esta força ele tem que buscar, justamente, no respeito às leis e na manutenção estrita dos limites que lhe são assinados. A ideia da tirania do poder judiciário, nos regimes modernos, contém, em si, esta contradição: para que o poder judiciário se torne um tirano, é de mister que ele se despoje do único elemento de que dispõe para que se possa impor: a pureza de sua atitude moral¹².

Portanto, toda decisão emanada do Judiciário deve observar em sua fundamentação os princípios constitucionais, como também o direito material vigente, sob pena de ser nula a decisão, pois a competência da função judiciária está em dizer o direito de acordo com as normas constitucionais e infraconstitucionais, mediante provocação das partes legítimas e interessadas, em casos concretos ou sobre lei em abstrato.

AS DECISÕES JUDICIAIS NO ENFRENTAMENTO DAS QUESTÕES DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

228

Atualmente, há uma discussão no meio acadêmico que irradia seus efeitos nos corredores dos tribunais com relação ao papel do Judiciário diante da omissão legislativa, quando chamado para prestar o serviço jurisdicional, entre muitas, com relevo nas questões das políticas públicas.

O escopo de políticas públicas está abrigado pelo atendimento de necessidades básicas da população, entre outras a saúde, a educação, a segurança etc.¹³.

A função jurisdicional é de controlar a constitucionalidade das leis e dos demais atos normativos produzidos pelo Legislativo ou pelo Executivo.

A ideia originária determina que o Judiciário cumpra sua função típica de controle do exercício do poder pautado na Constituição e, sobre esta pedra angular, assegura a segurança jurídica das relações que permeiam a sociedade.

O controle exercido mediante a referência constitucional é necessário para que a autonomia judicial esteja limitada aos conteúdos normativos, às regras e aos princípios para prevenção de arbitrariedades.

¹² MASAGÃO, Mário. Em face da Constituição Federal, não existe no Brasil, o contencioso administrativo *apud* MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *A teoria das constituições rígidas*. 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1980, p. 144.

¹³ Não serão objetos de discussão o entendimento de políticas públicas nem seu alcance.

O Prof. Paulo Bonavides, ao escrever sobre o controle por um órgão jurisdicional, frisa ao final:

Uma segunda técnica de controle da constitucionalidade da lei é aquela que entrega o exercício dessa competência a um órgão jurisdicional. Produz a adoção do sistema em apreço um grave problema teórico, decorrente de o juiz ou tribunal investido nas faculdades desse controle assumir uma posição eminentemente política¹⁴.

A autonomia judicial deve ser limitada para evitar que o julgador não exteriorize sua vontade individualizada nem restritiva, a fim de que não prejudique a parte, mas deve pautar pela adesão aos princípios constitucionais consolidados no ordenamento maior.

A vertente aponta para os riscos de a decisão judicial se afastar da referência normativa constitucional e aproximar-se da tentadora motivação política.

A aproximação política representa uma voz na consciência do julgador que pode influenciar a tomada de decisão, a qual, em um primeiro momento, pode satisfazer à parte, mas se distancia da finalidade com a qual define seu papel na estrutura do Estado Democrático de Direito.

A forma de prevenir que efetivamente ocorra desvio na decisão judicial para o campo da política e, em especial o das políticas públicas, é a obediência aos comandos constitucionais para evitar a tentação de decisões subjetivas de caráter unicamente pessoal¹⁵.

Já Robert Alexy propõe uma conexão entre o Direito e a razão apresentando elementos que definem o Direito: a legalidade em conformidade com o ordenamento; a eficácia social; e a correção quanto ao conteúdo¹⁶. Demonstra que o campo de incidência é o ordenamento estruturado a partir de um modelo de Estado constitucional democrático.

A leitura da teoria de Alexy trata da aceitação da existência de um sistema normativo que veicule princípios e regras do ordenamento, que limite substancialmente pela função jurisdicional constitucional.

A posição de inclusive de relacionar a função jurisdicional ao ordenamento constitucional, condiciona a limitação da decisão dentro de parâmetros traçados pelo sistema normativo, como bem observa Canotilho:

A articulação de princípios e regras, de diferentes tipos e características, iluminará a compreensão da constituição como um sistema interno

¹⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional positivo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 272.

¹⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, op. cit., p. 484.

¹⁶ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, p. 33.

assente em princípios estruturantes fundamentais que, por sua vez, assentam em subprincípios e regras constitucionais concretizadores desses mesmos princípios. Quer dizer: a constituição é formada por regras e princípios de diferentes graus de concretização (diferente densidade semântica). Estes princípios ganham concretização através de outros princípios (ou subprincípios) que densificam os princípios estruturantes, iluminando o seu sentido jurídico-constitucional e político-constitucional, formando, ao mesmo tempo, com eles, um sistema interno¹⁷.

A decisão que observa o ponto de vista do ordenamento interno, pelo crivo constitucional, reduz a probabilidade da demora da prestação jurisdicional, na medida em que esteja embasada em princípios constitucionais que reforçam a blindagem da segurança jurídica.

A judicialização de decisões que tenham perfil político que permeiam as questões de políticas públicas se afasta da autonomia judicial com independência política, sendo nesse sentido por negociação e o compromisso que a decisão judicial não pode promover por faltar a legitimidade democrática.

Nesse particular, o Prof. Edinilson Donizete Machado entende que a falta de legitimidade democrática está vinculada à escolha pela vontade da maioria, logo os juízes não teriam a vocação para realizar escolhas políticas em suas decisões quando exercem o controle jurisdicional, o que traduz no distanciamento de sua verdadeira função de colocar limites às possíveis arbitrariedades nas escolhas dos representantes eleitos pela vontade popular¹⁸.

A proposta refere-se ao afastamento da judicialização de decisões que tenham cunho político, que implique ao Judiciário, com destaque ao Supremo Tribunal Federal, tendo o perfil de tribunal constitucional, a interpretação de questões que devem ser pautadas por princípios e pelas regras constitucionais positivadas e distanciar das questões controvertidas políticas.

Nesse patamar, o juiz é o julgador que avalia a conduta governamental e legislativa de acordo com a pauta constitucional.

Essa afirmação conduz à promoção da adequação da conduta de cada julgador de acordo com a vontade preordenada, e não em manifestações atribuídas ao parlamento, o que resultaria no rompimento ao princípio da igualdade, pois linha de argumentação, quando recai nas políticas públicas, não pode afastar-se da ponderação ao princípio da igualdade, visto que a busca da igualdade substancial representa a finalidade do sentido do bem almejado que somente o

¹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1.099.

¹⁸ MACHADO, Edinilson Donizete. *Ativismo judicial: limites institucionais democráticos e constitucionais*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011, p. 118.

administrador público poderá conceder, e não somente ser coagido pela expressão do mandamento judicial.

Norberto Bobbio, ao analisar a igualdade, entende que existem quatro formas, a saber: a igualdade de alguns em alguma coisa; a igualdade de alguns em tudo; a igualdade de todos em alguma coisa; e a igualdade de todos em tudo¹⁹.

Ao olhar a preposição de igualdade de todos em tudo, representa a ideia de igualdade, pois a maioria das desigualdades é caracterizada por ser de cunho social.

Nessa perspectiva criada por Bobbio, o pensador Oscar Vilhena Vieira apresenta a igualdade distributiva, que se define pela distribuição de direitos ou de recursos previstos pelo texto constitucional, por meio de critérios para distribuir recursos escassos entre os membros da sociedade, ou seja, a proposta implica a universalização de alguns recursos públicos, como educação básica, a saúde independentemente de mérito ou de necessidade²⁰.

Logo se percebe que as opções políticas deveriam estar respaldadas pelo princípio da igualdade, quer pela visão convencional de tratar os iguais igualmente, quer aos desiguais desigualmente pelo critério da universalização da necessidade e da diferença.

Nessa linha de raciocínio, ao decidir sobre questões de políticas públicas, distribuindo direitos sociais individualmente, a decisão judicial rompe com o princípio da igualdade.

A delimitação do campo pelo princípio da igualdade atinge as políticas públicas a partir da atribuição da mesma parcela a todos, no sentido da universalidade.

O resultado traduz o fato de que as decisões judiciais que concedem liminares para implementação de políticas públicas que não foram discutidas e aprovadas na seara competente ocasionam a preterição de outras, que, por sua vez, foram discutidas e aprovadas, e mais do que isso, realizam atribuição de direitos subjetivos a determinados indivíduos, em prejuízo de outros, na mesma situação de fato e de direito.

Na vertente contrária, Antoine Garapon apresenta uma concepção diferente, de que, diante da omissão legislativa e do Executivo, ficam os juízes designados a promover a eficácia das normas constitucionais:

O juiz torna-se o novo anjo da guarda da democracia e reclama um *status* privilegiado, o mesmo do qual ele expulsou os políticos. Investe-se de uma missão salvadora em relação à democracia, coloca-se em posição de domínio, inacessível à crítica popular. Alimenta-se do

¹⁹ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 298.

²⁰ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos fundamentais: uma leitura a jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 81.

descrédito do Estado, da decepção quanto ao político. A justiça completará, assim, o processo de despolitização da democracia. Eis a promessa ambígua da justiça moderna: os *petits juges* nos livram dos políticos venais, e os grandes juizes, da própria política. A justiça participa dessa repulsa ao político tanto pelo desvio aristocrático como pela tentação populista. Mas poderia o ativismo judiciário ser concebido sem o elemento novo que nossa democracia não consegue incorporar: a mídia²¹?

O entendimento de Mauro Cappelletti também assinala que o Judiciário pode colaborar na implementação das políticas públicas, pois aponta que as funções exercidas pelos políticos estão descreditadas²².

Por sua vez, Karl Loewenstein contraria a ideia de o Judiciário ser o motivador para implementar políticas públicas:

La enseñanza que se puede sacar de los intentos hechos bajo Weimar y Bonn de judicializar la política es que este proceso solamente puede tener éxito cuando el conflicto no afecte a un interés vital de los detentadores políticos del poder. Si se otorga el derecho a los tribunales de frustrar una decisión política del gobierno y del parlamento, amenaza el peligro de que, bien la decisión del tribunal no sea respetada con perjuicio para el Estado de derecho – o bien que la decisión política del gobierno sea sustituida por un acto judicial que, aunque revestido jurídico constitucionalmente, no es, en el fondo, sino un acto político de personas que no tienen ningún mandato democrático para llevar a cabo esta función. En el conflicto entre la idea del Estado de derecho y el deber del gobierno a gobernar, ambas partes tendrán que salir perjudicadas (...) ²³.

A judicialização deve refletir somente a possibilidade do controle repressor das leis e normas que afrontem a texto constitucional, e não questões que envolvem diretamente matéria que está delimitada pela política própria, pois os tribunais devem buscar a fundamentação no Direito.

Para Ricardo Maurício Freire Simões, ao citar Dirley da Cunha Junior, o Estado brasileiro se defronta com uma democracia que necessita atender à população com recursos essenciais e, diante da inércia do Legislativo e do Executivo, teria a credibilidade de suprir mediante os instrumentos próprios configurados pelo texto constitucionais, entre vários outros, citando o mandado de injunção²⁴.

²¹ GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Tradução de Maria Luiz Carvalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 74.

²² CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 47.

²³ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Espanha: Ariel Derecho, 1986, p. 325.

²⁴ CUNHA JUNIOR. *Controle judicial das omissões do Poder Público*. São Paulo, 2004, p. 107 *apud* SOARES, Ricardo Maurício Freire Soares. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 125.

Ainda assim, o Prof. Edinilson Donisete Machado, ao abordar a atuação do Poder Judiciário, nos ensina que a democracia deve ser exercida pelas forças políticas e não seria o ideal o exercício da função legislativa por uma minoria respaldada pelo crivo jurídico²⁵.

O autor ainda posiciona que “as decisões políticas devem estabelecer as metas para as áreas prioritárias de políticas públicas, entre inúmeras que poderiam ser tomadas e que vinculam toda sociedade”²⁶.

Por certo que, sendo tomadas metas definidas politicamente com base nos princípios constitucionais e nas regras contidas na Constituição, facilitaria a atuação na cobrança dos resultados mediante a apuração do que foi realizado e o que deixou de ser feito.

A construção dessas metas passaria pela discussão ampla pela sociedade, por meio das propostas políticas retiradas de participações comunitárias e até mesmo de plebiscitos para definir políticas públicas de longo prazo que não estariam sujeitas aos mandatos políticos.

A fiscalização passaria ao Legislativo, por meio de atos normativos que estabeleceriam o atingimento e as formas de cobrança dos resultados.

Cumpra que a função jurisdicional estaria na verificação no atendimento dentro da perspectiva da defesa dos direitos fundamentais regidos pelos princípios constitucionais.

Nesse contexto, é necessário reforçar a valorização do caráter normativo da Constituição Federal de 1988, que, ao estabelecer no artigo 2º que os poderes são independentes e harmônicos entre si, reafirmou “as ideias de Montesquieu de órgãos distintos e autônomos (...), da mesma forma que entre eles não poderá ocorrer qualquer vínculo de subordinação”²⁷.

Essa concepção busca garantir que as funções dos poderes sejam cumpridas conforme o texto constitucional, fazendo com que uma não se sobreponha a outra.

Ao propormos o estabelecimento de metas para as políticas públicas, resgata-se que a harmonia entre os poderes seja pelo perfil de coordenação entre si na medida em que a participação nas funções está garantida pela repartição de competências no texto constitucional.

²⁵ MACHADO, Edinilson Donisete. *Ativismo judicial: limites institucionais democráticos e constitucionais*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011, p. 149.

²⁶ MACHADO, Edinilson Donisete. *Ativismo judicial: limites institucionais democráticos e constitucionais*, op. cit., p. 144-145.

²⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 300.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal de 1988 assegurou uma responsabilidade importante no tocante ao Judiciário, como componente do quadro dos poderes independentes e harmoniosos entre si, de proteger e assegurar as garantias dos direitos fundamentais, colaborando para o ajuste do Estado Democrático de Direito.

A configuração dessa missão somente se concretiza na medida em que o tribunal constitucional se cerca dos princípios constitucionais proclamados pelo texto constitucional, estando afeto e regido nas suas decisões sob o manto referencial constitucional.

O Judiciário cumpre seu papel no Estado Democrático de Direito na proteção dos direitos fundamentais que foram proclamados pela leitura originária constitucional, possibilitando a defesa de direitos das minorias, diante de situações deflagradas pela maioria representativa.

Pode-se demonstrar que não há dúvidas de que a fertilidade da competência de seus membros da esfera judiciária na busca da solução social esbarra muitas vezes na falta de efetividade da concretização de suas decisões, mesmo porque não tem estrutura e, muito menos, detém de recursos orçamentários para solucionar os casos por si mesmo.

234

Nessa esfera, no enfrentamento da omissão do Legislativo, cumpre ao Judiciário garantir os direitos prejudicados mediante os instrumentos previstos no texto constitucional, desobstruindo os canais democráticos, assegurando os direitos fundamentais.

Com vista à seara doutrinária temerária de posições divergentes, reconhece-se que os recursos estatais são finitos, e, coexistindo a obrigação de atender ao particular, o Estado, não tendo outra forma de compensação tributária, restringe seu alcance para distribuição, provocando prejuízos a outros também carentes, que efetivamente nutrem da necessidade de atendimento de suas necessidades básicas.

O chamamento do Judiciário para compor a solução de questões de efetividade de políticas públicas destoa em alguns momentos pela utilização de motivação política na fundamentação das decisões que carecem do embasamento técnico de formação jurídica; logo, a motivação judiciária está acima do teor político, cabendo a ela a manutenção do estado constitucional.

Na contramão da direção, não poderia o Judiciário suplantar a visão constitucional da construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

As decisões judiciais devem refletir o pensamento dos princípios constitucionais, possibilitando a certeza da manutenção do sistema social, assegurando a segurança jurídica, para que a sociedade desenvolva e mature o consenso da justiça social.

A clareza da mudança poderá ser evidenciada na medida em que haja a discussão desses pleitos com a sociedade, por meio de estratégias de envolvimento dos cidadãos na busca de um consenso que leve a uma decisão política.

A utilização de instrumentos de acesso a direitos especificados pelo texto constitucional não pode ser definida como exaurida e muito menos de menor valor, mas de importância vital para assegurar o direito prejudicado e galgar discussões na sociedade visando à sua melhoria na efetivação.

O estabelecimento de metas permeadas por políticas públicas consagradas por ampla discussão pela sociedade, com efetivas adesões populares, como os orçamentos participativos e os plebiscitos, pode resgatar para a fileira do compromisso aqueles cidadãos distantes do exercício da política como forma de melhoria da qualidade de vida, reservando ao Judiciário a proteção dos direitos fundamentais.

Por fim, o que se procura é que o Judiciário, antes de decidir movendo-se pela força política, deve exercer o direito, e não promover escolhas políticas, tendo em vista a primazia dos princípios constitucionais.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.
- BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.
- BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional positivo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1999.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Tradução de Maria Luiz Carvalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Espanha: Ariel Derecho, 1986.

MACHADO, Edilson Donisete. *Ativismo judicial: limites institucionais democráticos e constitucionais*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *A teoria das constituições rígidas*. 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1980.

MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2000.

MOREIRA, Vital. *A Constituição e a sua reserva de justiça*. São Paulo: Malheiros, 1999.

SOARES, Ricardo Maurício Freire Soares, *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo*. São Paulo: Saraiva, 2010.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. São Paulo: RT, 1994.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A constituição e a sua reserva de justiça*. São Paulo: Malheiros, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos fundamentais: uma leitura a jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006.

O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO E O GIRO DESCOLONIAL

NEW CONSTITUTIONALISM LATIN AMERICAN AND TURNING DECOLONIALITY

Luis Alberto Teixeira*

Maria Cristina Vidotte Blanco Tárrega**

RESUMO

Este trabalho busca analisar as principais características do novo constitucionalismo democrático latino-americano, em especial a teoria do giro descolonial como um novo paradigma jurídico no contexto do surgimento de novos pensamentos do Direito, como ciência humana, que marcam o início do século XXI, enfatizando seu viés constitucional. Para tanto, realizou-se a reconstrução histórica da modernidade para compreender os efeitos dessa teoria sobre a América Latina. Além disso, analisaram-se os principais paradigmas constitucionais modernos, como o constitucionalismo clássico, o neoconstitucionalismo e o Novo Constitucionalismo Democrático Latino-americano.

Palavras-chave: Direito Constitucional; Modernidade; Novo Constitucionalismo Democrático Latino-Americano; Giro descolonial.

ABSTRACT

This paper seeks to analyze the main features of the new Latin American democratic constitutionalism, in particular the theory of decolonial working as a new legal paradigm in the context of the emergence of new

* Mestrando em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto (Unaerp). Advogado. Bacharel em Direito, pela Libertas Faculdades Integradas, e em História, Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (Unesp). Especialista em História, Cultura e Sociedade pelo Centro Universitário Barão de Mauá. E-mail: luisalbertoteixeira@yahoo.com.br.

** Pesquisadora e extensionista. Mestra em Direito Civil e Doutora em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professora titular da Universidade Federal de Goiás (UFG) e no Programa de Mestrado da Universidade de Ribeirão Preto (Unaerp). Pesquisadora bolsista produtividade do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), fez estágio pós-doutoral na Universidade de Coimbra (Portugal). Atua em grupos de pesquisa (2000-atual), dedicando-se às questões de direito empresarial e societário, da propriedade intelectual na exploração econômica da biodiversidade, desenvolvimento sustentável, produção agrícola integrada, sob uma perspectiva das comunidades tradicionais quilombolas, dos direitos coletivos, do pluralismo jurídico e da democracia participativa.

thoughts of law, as a human science, which mark the beginning of the XXI century emphasizing its constitutional bias. For this there was the historical reconstruction of modernity to understand the effects of this theory on Latin America. In addition, we analyzed the main modern constitutional paradigms as classic constitutionalism, neoconstitutionalism and the new Latin American democratic constitutionalism.

Keywords: Constitutional law; Modernity; New Constitutionalism Democratic Latin American; Turning decoloniality.

INTRODUÇÃO

Este artigo pretende contribuir para a discussão atual sobre o chamado Novo Constitucionalismo Democrático Latino-Americano, se caracteriza por ser um pensamento jurídico, político, crítico, descolonizador e pluralista a respeito da realidade da América Latina.

No contexto dessa nova teoria, busca-se abordar alguns aspectos do chamado giro descolonial, “um termo cunhado originalmente por Nelson Maldonado Torres, que basicamente significa o movimento de resistência teórico e prático, político e epistemológico, à lógica da modernidade/colonialidade”¹. O giro descolonial foi um importante mecanismo de atuação libertária da América Latina no que tange a séculos de dominação eurocêntrica em vários aspectos, como o político, o social, o cultural e, obviamente, o jurídico. As recentes constituições do Equador e da Bolívia, por exemplo, apontam novos caminhos para a afirmação de nossa identidade cultural própria forjada por meio de conquistas históricas.

Vários teóricos do Novo Constitucionalismo Latino-Americano esforçaram-se no sentido de apontar as características do colonialismo europeu que foram muito além da dominação política e econômica, mas criou um modelo de pensar

238

É representante regional do Centro-Oeste da Rede para o Novo Constitucionalismo Democrático Latino-Americano. Leciona Hermenêutica Constitucional e Direito Empresarial. Autora de várias obras de direito. Tem experiência em orientação de pesquisas e extensão, de dissertações e trabalhos de conclusão de cursos. Organizou e participou de eventos nacionais e internacionais. Apresentou trabalhos e proferiu palestras no Brasil e no exterior. Participou de bancas de concursos em universidades públicas, concursos públicos, de mestrado e doutorado. Avaliadora do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep), supervisora da Secretaria de Educação Superior (Sesu) (*ad hoc*) e parecerista do CNPq (*ad hoc*). Avaliadora *ad hoc* da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes), da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Goiás (Fapeg) e da Fundação de Amparo à Pesquisa de Minas Gerais (Fapemig). Integra o conselho editorial de vários periódicos científicos. Editora da *Revista da Faculdade de Direito da UFG*. E-mail: mcvidotte@uol.com.br.

¹ MALDONADO-TORRES, Nelson. Sobre la colonialidad del ser: contribuciones al desarrollo de un concepto. In: CASTRO-GÓMEZ, Santiago; GROSFUGUEL, Ramon (Coords.). *El giro descolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Universidad Central, Instituto de Estudios Sociales Contemporáneos, Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, 2007.

e de ser que oprimiu, e ainda oprime, grande parte dos latino-americanos. Esse modelo europeu de pensar, forjado principalmente nos séculos XVI e XVII, quando ocorreu o que a historiografia tradicional chama de revolução científica racionalista, foi imposto aos latino-americanos como a forma certa do pensar, ou melhor dizendo, a forma científica de construir o pensamento. Esse fenômeno levou à discriminação de outras formas de construção do pensamento, consideradas a partir de então primitivas ou não científicas.

É exatamente contra essa dominação cultural que abrange claramente o saber jurídico que se volta à teoria do denominado giro descolonial, pautado em bases importantes como a filosofia da libertação. O giro decolonial² é, indissociadamente, um movimento teórico, ético e político ao questionar as pretensões de objetividade do conhecimento dito científico dos últimos séculos e diz respeito diretamente às ciências sociais.

Esse giro pretende a valorização de outros saberes na construção do conhecimento além do científico europeu, e substituir a forma de Estado apenas un nacional por uma plurinacional, representante de várias nações existentes em um mesmo território. Enfim, objetiva a valorização do pluralismo cultural abrangente no lugar do eurocentrismo monocultural excludente.

Para alcançar tal intento, pretende-se inicialmente elaborar uma reconstrução histórica da formação da modernidade que legitimou a colonialidade do poder sobre a América Latina. Além disso, realizar-se-á uma análise dos principais paradigmas constitucionais importantes na história do Ocidente, como o constitucionalismo moderno, o neoconstitucionalismo e, obviamente, o Novo Constitucionalismo Democrático Latino-Americano.

A CONSTRUÇÃO DA MODERNIDADE

Como ponto de partida deste trabalho, pretende-se apresentar as principais características da chamada modernidade criada por parâmetros europeus considerados científicos para, posteriormente, analisar a crise desse modelo de pensar e de ser que marca essa época.

Em abrangente texto, Maria Cristina Vidotte Blanco Tarrega e Vitor Souza Freitas apresentam as principais características da modernidade, que, hodiernamente, passa por uma forte crise paradigmática:

A modernidade, por sua vez enquanto paradigma sociologicamente considerado calcado num conjunto de crenças e práticas, representa a ascensão do sujeito racional como centro do pensar, do homem enquanto

² BALLESTRIN, Luciana. América Latina e o giro decolonial. *Revista Brasileira de Ciência Política*, v. 11, p. 89-117, 2013.

centro do mundo, que deve apropriar-se da natureza em nome do progresso, que utiliza suas certezas científico-matemáticas para criar métodos exatos de apreensão do real, considerando possível explicá-lo com o rigor das *hard sciences* (matemática, física, química, mas essencialmente a primeira)³.

Uma análise desse trecho nos permite entender a modernidade⁴, em que, em um primeiro momento, destacam-se o cientificismo dos séculos XVI e XVII. Esse período foi marcado pelo avanço da racionalidade do renascimento cultural em vários países europeus, sobretudo na Itália, pela Reforma Religiosa, que, rompendo com o catolicismo romano, deu origem a várias religiões (costumeiramente chamadas de protestantes pela história mais tradicional de matriz europeia), pela chegada e o início da colonização dos europeus sobre o continente americano, além do progresso das ciências exatas.

Não se pode esquecer que o período anterior a essa revolução científica foi o medieval, no qual, apesar de grandes contribuições culturais, que livram essa idade humana do pejorativo nome de “Idade das Trevas”, apresentadas por uma historiografia mais recente, estende-se como um momento histórico marcado por perseguições contra o pensamento racional livre dos dogmas religiosos.

240

Dessa forma, a produção de um conhecimento mais pautado na racionalidade que se manifestou não apenas nas ciências, mas também nas artes, como pintura, escultura e literatura, somada a uma prática religiosa crítica em relação a dogmas católicos seculares, promoveu uma grande euforia entre os pensadores europeus dos séculos XVI e XVII.

Convém salientar que essas mudanças produziram um ideal no qual o homem passa a ocupar um lugar central na produção do saber e da visão do mundo. Esse ideal recebeu o nome de humanismo. O humanismo moderno não fez com que o homem se desapegasse de seu ideário religioso, pois a fé cristã europeia era bastante fervorosa nesse período, mas se relacionava bem à atividade crítica científica e artística.

O pensar predominante durante o medievo controlado, na maioria das vezes, pela Igreja Católica, impedia o livre-exercício das artes e das ciências, ou

³ TARREGA, Maria Cristina. V. B.; FREITAS, Vitor Sousa. *Novo constitucionalismo democrático latino-americano: paradigma jurídico emergente em tempos de crise paradigmática*, p. 10. Disponível em: <http://pt.slideshare.net/thalmeida/m-cristina-novo-constitucionalismo-democratico-latino-reformulado-33578385>>. Acesso em: 28 jul. 2015.

⁴ LUNELLI, Isabela Cristina. Etnocentrismo jurídico, colonialidade e descolonização. In: WOLKMER, Antônio Carlos; LIXA, Ivone Fernandes M (Orgs.). *Constitucionalismo, descolonización y pluralismo jurídico en la América Latina/Constitucionalismo, descolonização e pluralismo jurídico na América Latina*. Aguascalientes: Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispá; Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), 2015, p. 221.

seja, era a instituição religiosa que filtrava o que se podia ou não estudar ou apresentar como manifestação do espírito humano.

Com a Renascença, a Reforma e as descobertas científicas dos séculos XVI e XVII, destacando-se Isaac Newton, Galileu Galilei e René Descartes, o homem continuou a ser entendido como a imagem e semelhança de Deus e, por isso mesmo, dotado da racionalidade proporcionada pelo próprio Deus, para as produções científicas e artísticas. Nessa perspectiva, estudar um cadáver com o intuito de avançar na medicina não era mais um pecado, mas uma necessidade do próprio ser racional humano. Assim como pintar um homem nu, uma moda grega antiga, não era desrespeito à moral, pelo contrário, significava a exaltação da magnífica obra criada por Deus: o ser humano.

Em termos políticos e jurídicos, o século XVII assistiu à ocorrência das revoluções burguesas na Inglaterra e à consolidação da monarquia parlamentar nesse país. Deve-se destacar que tal fenômeno constitui um tema rico, em termos de debates, entre filósofos da política, cientistas sociais, historiadores e teóricos do direito.

Dessa feita, produzem-se variadas interpretações, dependendo do olhar e da teoria pela qual se analisa esse objeto, como a marxista ou a liberal. Como pensadores dessa primeira fase moderna, destacam-se principalmente Thomas Hobbes e John Locke, ambos fundamentais no estudo da estruturação do Estado Moderno.

As grandes navegações e a chegada dos europeus à América foram também importantes fatos da modernidade, proporcionando o enriquecimento europeu e um forte encontro de culturas extremamente diversas.

No século XVIII, o Iluminismo, a independência das colônias norte-americanas pertencentes à Inglaterra e a Revolução Francesa apresentaram ao mundo ocidental a maior ruptura até então com o chamado Antigo Regime e, também, a construção do Estado de Direito. A constituição norte-americana de 1787 e a constituição francesa de 1791 são marcos desse período⁵.

No século XIX, a doutrina positivista marca a modernidade. Entre outros aspectos, a crença no progresso humano proporcionado pelos avanços científicos tornou-se uma ideia muito presente no pensar europeu desse período histórico. Elementos desse positivismo influenciaram várias ciências, entre as quais a História e o Direito, fazendo da primeira um conhecimento limitado à historiografia oficial, do Estado, e da segunda, um saber jurídico mais limitado à norma.

O século XIX também foi o período da independência de várias colônias europeias na América e da construção posterior de seus respectivos Estados

⁵ ASAD, Talal. *Formations of the secular: Christianity, Islam, modernity*. California: Stanford, 2003.

Nacionais. Além disso, ocorreram nesse século a chamada Segunda Revolução Industrial e a expansão das potências europeias, com o Japão, sobre a África e a Ásia por meio do chamado neocolonialismo.

O neocolonialismo⁶ “foi a principal expressão do imperialismo, forma assumida pelo capitalismo a partir da Segunda Revolução Industrial”. O domínio das potências europeias não foi apenas econômico, mas completo, ou seja, militar, político e social, impondo à força um novo modelo de organização do trabalho, que pudesse garantir, principalmente, a extração de minérios, para as indústrias da Europa. Esse período foi marcado por diversos acontecimentos, como a violência militar somada à exploração do trabalho e as imposições sociais, incluindo a disseminação do cristianismo entre os povos nativos, em um processo de aculturação e, na maioria dos casos, de destribilização.

Portanto, o neocolonialismo resulta em um conjunto de estratégias de grandes grupos industriais e financeiros, as quais ocasionaram várias disputas entre as potências industriais da época, que colaboraram para a ocorrência da Primeira Guerra Mundial e da sua continuidade, a Segunda Guerra Mundial, no século XX.

Desse modo, a renovada ofensiva imperialista não pode estar desvinculada do avanço das políticas neoliberais, assim como do conjunto das mutações tecnológicas e organizacionais em curso.

242

Posteriormente, marcou a história mundial o fenômeno da Guerra Fria (1945 a 1989), que culminou na decadência dos regimes socialistas, em sua maioria, e no imperialismo dos Estados Unidos somado ao europeu.

Atualmente, o mundo é marcado pela existência da globalização econômica⁷, na qual mais do que trocas culturais, chama a atenção a exploração pelos países centrais do capitalismo dos países periféricos.

VISÃO CRÍTICA SOBRE A MODERNIDADE E A AMÉRICA LATINA

Após essa descrição dos períodos que formaram o ideário moderno, sob um ponto de vista principalmente europeu, deve-se analisá-lo sob uma perspectiva crítica no sentido de entender o que esse conjunto de ideias provocou no mundo, destacando-se, principalmente, as consequências sobre a América Latina⁸.

⁶ BRAGA, Rui. *Globalização ou neocolonialismo? O FMI e a armadilha do ajuste*. Actuel Marx, 2000.

⁷ SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização – do pensamento único à consciência universal*. São Paulo: Record, 2000, p. 19.

⁸ LUNELLI, Isabela Cristina. Etnocentrismo jurídico, colonialidade e descolonização. In: WOLKMER, Antônio Carlos; LIXA, Ivone Fernandes M (Orgs.). *Constitucionalismo, descolonización y pluralismo jurídico en la América Latina/Constitucionalismo, descolonização e plura-*

A chegada dos europeus à América, a partir do final do século XV e início do século XVI, foi um momento histórico marcado pela destruição de inúmeras culturas indígenas e pela conquista de suas terras. O racionalismo europeu moderno justificou, mais do que impediu, o massacre dos “nativos” que habitavam esse vasto continente. Não houve um integral respeito aos modos de vida indígena existentes.

Com exceção de padres, que procuraram uma aproximação, compreensão e inclusive defesa de tribos americanas, como a realizada pelo religioso Bartolomeu de Las Casas, o objetivo dos colonizadores europeus era retirar riquezas do Novo Mundo.

Nesse sentido, ocorreu um verdadeiro massacre de povos detentores de culturas diversificadas e ricas, em que a primeira imagem que os nativos americanos tiveram da “civilização europeia” foi a proporcionada por suas espadas sangrentas.

Além da matança que se deu tanto na América espanhola e portuguesa quanto na parte inglesa, outra grande violência realizada pelos “civilizados” foi a da aculturação:

A aculturação é o processo de troca e/ou fusão entre culturas. Através do contato prolongado ou permanente, duas ou mais culturas permutam entre si seus valores, conhecimentos, normas, hábitos, costumes, símbolos, enfim, seus traços culturais. Nesse processo, uma cultura se caracteriza como doadora e a outra como receptora, o que não significa dizer que este seja um processo de via única, ou seja, quando em contato, todas as culturas podem sofrer mudanças, pois ocorre aí um processo de influxo recíproco⁹.

243

Para os europeus que atuaram, sobretudo no território hoje chamado de América Latina, o modo de vida considerado correto era o europeu. Sendo assim, não pouparam esforços no sentido de tentar transformar os nativos em seres católicos e portadores do modo de ser europeu. As missões jesuítas foram exemplos de táticas para europeirizar os índios.

Além da violência contra os indígenas americanos, os europeus em seu objetivo por riquezas, buscaram na África indivíduos para “contribuírem” em seu projeto de colonizar a América. Os africanos vindos de suas terras, retirados de suas realidades culturais, tornaram-se os braços que movimentaram os motores de extração e produção de bens para os racionalistas usufruírem.

lismo jurídico na América Latina. Aguascalientes: Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispá; Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), 2015, p. 222.

⁹ ULLMANN, Reinhold Aloysio. *Antropologia: o homem e a cultura*. Petrópolis: Vozes, 1991.

Cabe dizer nesse ponto do trabalho que o processo de colonização europeu sobre a América gerou a independência dos países latino-americanos, nações governadas por elites extremamente influenciadas pelo modo de vida europeu. O século XIX, época da independência da maioria desses países, foi o momento de surgimento e efetivação do chamado evolucionismo cultural, que fundamentou a expansão do modo de vida europeu por várias partes do mundo, sobretudo na África e na Ásia, mas que teve reflexos na América Latina também¹⁰.

Segundo esse pensamento, que justifica a exploração europeia, o cidadão europeu era visto como o modelo a ser seguido, como o ser “evoluído”. Todas as demais formas de viver e entender o mundo eram vistas como inferiores e atrasadas. Agindo dessa forma as potências europeias elaboraram um discurso para justificar suas atrocidades na África e suas explorações econômicas na América Latina.

O século XIX marcou também o início do imperialismo¹¹ norte-americano sobre a América Latina, que se “fundamenta numa exacerbação de antigos procedimentos em conjunção com outros mais modernos, explicados em parte por sua já condição de potência tutelar da Alemanha e do Japão, em parte pela vitória sobre o socialismo mundial”.

Dessa forma, os Estados Unidos, por serem considerados o fruto do liberalismo europeu, tornaram-se também uma nação imperialista. Os norte-americanos desenvolveram, inclusive, teorias que justificavam a essa expansão, como a do Destino Manifesto e a Doutrina Monroe. As conquistas norte-americanas foram tanto territoriais quanto a tomada de regiões do México como econômicas.

No século XX, a Europa, por sua vez, foi marcada pelo desgaste democrático liberal que levou a regimes totalitários como o nazismo alemão e o fascismo italiano. Somam-se a isso as disputas imperialistas entre várias potências industriais da época europeias, norte-americana (EUA) e asiática (Japão).

Representativo marco do século XX, o nazismo alemão foi representado por grandes destruições: a ascensão “do Nazismo torna-se o assunto central, devido, principalmente, à crise enfrentada pela Alemanha após o ano de 29, sob o comando de Adolf Hitler, cujo objetivo maior era investir na indústria bélica e transformar a Alemanha novamente em uma potência militar”, fato este que desencadeou a Segunda Guerra Mundial¹².

A Segunda Grande Guerra¹³ ocorreu entre 1939 e 1945, sendo um conflito que surgiu em detrimento dos governos autoritários e militaristas. Basicamente um desdobramento da Primeira Guerra Mundial, deu-se início por conta da

¹⁰ KONETZE, Richard. *América Latina II. La época colonial*. Madrid: Siglo XXI, 1993.

¹¹ BANDEIRA, Luiz A. Moniz. *Formação do império americano*. Rio de Janeiro: Record, 2006.

¹² LENHARO, Alcir. *Nazismo: o triunfo da vontade*. 5. ed. São Paulo: Ática, 1995.

¹³ TAYLOR, A. J. P. *A Segunda Guerra Mundial*. Rio de Janeiro: Zahar, 1979, p. 11,17.

invasão do exército alemão na Polônia. Seu fim, em 1945, foi catastrófico, deixando inúmeros mortos, marcado pela assinatura do tratado de rendição da Alemanha, da Itália e do Japão. Mesmo assim, após o Japão assinar o tratado de rendição, os Estados Unidos deferiram um ataque de bombas atômicas sobre as cidades de Hiroshima e Nagasaki.

Os elementos apresentados, além de terem causado as duas grandes guerras mundiais, marcadas por horrores como o holocausto, influenciaram a América Latina, quando das tentativas de revoluções socialistas, como a famosa Intentona Comunista de 1935, e da formação de governos autoritários, como o Estado Novo no Brasil (1937 a 1945).

Após a Segunda Guerra Mundial (1939-1945), a bipolarização mundial entre socialistas e capitalistas produziu novas formas de violência que o racionalismo científico de então não conseguiu evitar.

A União Soviética¹⁴, embora insulada das redes financeiras das economias capitalistas, também deu uma guinada na condução de sua política industrial a partir do rearmamento na transição da década de 1920 para a de 1930.

Convém salientar que, mesmo a União Soviética não sendo totalmente partidária da herança racionalista ocidental aqui discutida, o regime político teoricamente por ela seguido, o socialismo marxista, também é fruto do cientificismo do século XIX.

O **socialismo marxista**¹⁵, também conhecido por marxismo, é um conjunto de ideias filosóficas, econômicas, políticas e sociais que conquistou vários seguidores. Ele compreende o homem como um ser social e histórico e se baseia nas concepções materialista e dialética da História.

O século XX também foi palco de inúmeras ditaduras na região onde o capitalismo internacional, principalmente norte-americano, ditava muitas vezes as normas a serem seguidas, como os regimes totalitários no Brasil, na Argentina e no Chile.

A redemocratização desses países, embora seja um fato de extrema importância política e jurídica, convive com imensas desigualdades sociais e econômicas que ainda deixam abertas as veias da América Latina¹⁶.

A atualidade da América Latina é marcada pela chegada ao poder em vários países (como Venezuela, Bolívia e Brasil) de governos de caráter mais social, no sentido de combate à extrema desigualdade econômica. No entanto, essa missão

¹⁴ POLANYI, Karl. *A grande transformação: as origens de nossa época*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

¹⁵ POLANYI, Karl. *A grande transformação: as origens de nossa época*, op. cit., p. 69.

¹⁶ Referência ao título do livro: Eduardo Galeano, *As veias abertas da América Latina*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2012.

está longe de se concretizar, pois as ilhas de riquezas ainda são rodeadas por oceanos de miséria.

Enfim, esse quadro da modernidade e sua crítica permitem pensar que o paradigma moderno, após vários séculos de história, passa por uma intensa crise. As novas teorias, como a da relatividade, surgem para proporcionar ao mundo novas formas de pensar, em que as certezas, antes tão defendidas pelas ciências, principalmente pelas ciências exatas, passam a ser questionadas.

A MODERNIDADE E O DIREITO MODERNO

O direito nos séculos XVII e XVIII foi um conjunto de saberes composto não apenas por normas, mas altamente influenciado pelo pensar filosófico, como salientado anteriormente, tendo Thomas Hobbes, John Locke e os iluministas como exemplos. No entanto, com o passar do tempo e a estruturação do Estado liberal burguês e de seu capitalismo, o direito foi tomando outras características em benefício desse Estado.

Como bem explicam Maria Cristina Vidotte Blanco Tarrega e Vitor Sousa Freitas:

A régua moderna produz igualmente um direito que se pretende universal, geral, abstrato, que contenha em si todos os conteúdos possíveis da vida concreta, se aplicando a todos os conflitos, exigindo dele controlar a realidade humana, seus conflitos, valendo-se da força estatal se preciso para garantir seu império. O positivismo jurídico, melhor expressão desse modo de pensar moderno, reflexo do Estado moderno, Estado de Direito, ainda busca se legitimar, mesmo admitindo que hoje se apresente com um pós-positivismo, adicionando as exatas regras aos difusos princípios, mas todos direcionados à unidade, à afirmação da completude do sistema jurídico, a legitimação do poder que se impõe e de uma certa forma de ser no mundo que se pretende universal e que não admite a diferença¹⁷.

Como característica principal desse direito, fruto da modernidade, pode destacar a ideia de que o conhecimento jurídico formava um sistema fechado, constituído por regras que guardavam coerência entre si, mas alheio às influências de outros saberes, como os sociológicos e os históricos, por exemplo: o caráter estatalista do direito, no qual somente tinha valor o direito produzido pelo Estado e a pretensa cientificidade do saber jurídico nos moldes, obviamente, da ciência moderna do século XIX.

¹⁷ TARREGA, Maria Cristina V. B.; FREITAS, Vitor Sousa. *Novo constitucionalismo democrático latino-americano: paradigma jurídico emergente em tempos de crise paradigmática*, p. 10. Disponível em: <http://pt.slideshare.net/thalmeida/m-cristina-novo-constitucionalismo-democratico-latino-reformulado-33578385>>. Acesso em: 28 jul. 2015.

Na verdade, esse direito acabou por tornar-se um saber meramente técnico cujas premissas sociais, históricas e filosóficas não tinham importância. Outro grande aspecto desse direito moderno foi a chamada legolatria, ou seja, o estudo do direito limitado ao estudo das normas jurídicas¹⁸.

Além disso, como explicam os autores citados¹⁹, o direito moderno também foi colocado a serviço do mercado de forma a utilizar os ideais éticos e as propostas políticas à disposição do capitalismo liberal burguês.

Esse direito racionalista não proporcionou um mundo de igualdade real entre os seres humanos e não levou o progresso científico aos limites da Terra e em benefício dos indivíduos. Pelo contrário, esse paradigma moderno não impediu as guerras mundiais do século XX e a permanência das desigualdades sociais e econômicas entre várias partes do mundo.

Diante disso, pode-se afirmar que esse modelo se encontra em profunda crise paradigmática, a qual tem levado ao surgimento de novas teorias, novas formas de pensar nos variados ramos do conhecimento. A física quântica, por exemplo, mostra que as ciências, mesmo as exatas, não trabalham mais com certezas, com exatidão, mas sim com probabilidades.

O Direito, como ciência, também passa por uma profunda crise paradigmática, fato perante o qual, vários pensadores apontam novos caminhos. O único direito a ser reconhecido e respeitado não pode continuar sendo apenas o estatal e o pensamento jurídico não podem se limitar a pensar a norma, devendo o Direito se reaproximar da Filosofia e de outros ramos das ciências humanas, como as Ciências Sociais e a Antropologia.

A DIMENSÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO MODERNO

O constitucionalismo moderno

Ainda seguindo os passos de Maria Cristina Vidotte Blanco Tarrega e Vitor Souza Freitas²⁰, pretende-se neste tópico apresentar algumas reflexões sobre o constitucionalismo moderno e seu momento de crise.

¹⁸ A legolatria iluminista imobiliza o direito no momento da produção; tal procedimento chega à exaustão com a revelação (deve-se insistir com esse termo teológico) de uma vontade suprema, permanecendo o momento de interpretação e aplicação estranho a esse, conforme: GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. 2. ed. rev. e atual. Tradução de Arno Dal Ri Junior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007, p. 109.

¹⁹ TARREGA, Maria Cristina V. B.; FREITAS, Vitor Sousa. *Novo Constitucionalismo Democrático Latino-americano: paradigma jurídico emergente em tempos de crise paradigmática*, p. 13. Disponível em: <http://pt.slideshare.net/thalmeida/m-cristina-novo-constitucionalismo-democratico-latino-reformulado-33578385>>. Acesso em: 28 jul. 2015.

²⁰ TARREGA, Maria Cristina V. B.; FREITAS, Vitor Sousa. *Novo Constitucionalismo Democrático Latino-americano: paradigma jurídico emergente em tempos de crise paradigmática*, op. cit., p. 14.

Um dos principais aspectos da época moderna que precedeu o início do período contemporâneo foi a consolidação dos Estados Nacionais europeus e o surgimento do chamado absolutismo em vários países europeus, como França, Portugal, Espanha e, até certo, ponto Inglaterra, embora estes países sejam marcados por conflitos entre os reis e o parlamento desde o final da Idade Média, fato que não impediu que surgissem monarcas que governaram de forma absoluta, como Elizabeth I.

O direito foi um importante instrumento para a justificação desses governos absolutos, destacando-se o direito divino de governar. Esse pensamento atribuía aos reis um caráter sagrado ao afirmar que estes lideravam em nome de Deus, ideia defendida, entre outros teóricos, por Jacques Bossuet.

No século XVII, surgem pensadores que passam a analisar a formação do Estado e sua estruturação sob a óptica de um ideário racional, típico da época, como Thomas Hobbes e, também, John Locke. As obras de ambos foram fundamentais para a construção do futuro Estado Moderno de Direito.

No século XVIII, os iluministas, entre os quais Rousseau e Montesquieu, voltaram-se contra o Estado Absolutista e elaboraram seus escritos no sentido da construção de um governo composto por poderes que se equilibrassem de forma a evitar a atuação despótica.

248

O direito fruto das revoluções burguesas e também da independência das colônias inglesas da América volta-se, principalmente, limitação da atuação do Estado absoluto e à proteção dos direitos individuais dos indivíduos, como a liberdade e a propriedade. Sobre esse momento, escreve Ingo Wolfgang Sarlet:

A era do constitucionalismo moderno, desde o paradigma das constituições escritas elaboradas pelos Estados norte-americanos, culminando na Constituição Federal de 1787, atingiria o início de sua escalada, quando da promulgação, na França, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, cujo famoso artigo 16 esboçava o novo conceito de constituição, ao estipular, em tom solene, que um Estado que não garantisse a separação dos poderes e não assegurasse os direitos individuais não teria uma constituição²¹.

Maria Cristina Vidotte Blanco Tarrega e Vitor Souza Freitas, citando Canotilho²², explicam que, segundo o pensador português, existiram pelo menos três

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. A Constituição em perspectiva histórica evolutiva: dos antecedentes à afirmação do constitucionalismo moderno e do assim chamado Estado Constitucional. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: RT. 2014, p. 51.

²² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 55-60 apud TARREGA, Maria Cristina V. B.; FREITAS, Vitor Sousa. *Novo Constitucionalismo*

modelos de compreensão do constitucionalismo moderno – o modelo historicista, o modelo individualista e o modelo estadualista –, correspondendo, estes respectivamente, ao constitucionalismo inglês, ao francês e ao norte-americano²³.

O constitucionalismo inglês caracterizou-se pela defesa da liberdade individual e da propriedade e pela garantia de um julgamento justo regulado por lei e a ideia de um governo moderado, no qual se destacava a atuação do parlamento.

O constitucionalismo do modelo francês representa a mais profunda ruptura com o Antigo Regime e a edificação de uma ordem estruturada em direitos individuais de liberdade e igualdade perante a lei. Esse constitucionalismo também se caracterizou pela existência de uma constituição escrita entendida como lei superior.

O modelo norte-americano marcou foi marcado pela existência de uma constituição escrita que proporcionava a limitação normativa do governo e do parlamento e, também, efetivava princípios fundamentais da comunidade e os direitos de particulares, destacando se o poder de participação popular. Outro aspecto que chama atenção no constitucionalismo dos Estados Unidos é o poder que foi atribuído ao Poder Judiciário, que atuava como defensor da constituição e guardião dos direitos e das liberdades.

Ocorre que, com o passar do tempo, por volta do século XIX, o direito constitucional perde muito de suas raízes políticas e filosóficas, tornando-se mais um conjunto de normas técnicas que formam um sistema fechado em si mesmo. Nesse sentido, o direito é utilizado muitas vezes como instrumento de dominação, sobretudo europeia, de outros povos. Esse direito não enxerga outras culturas como diferentes, mas sim como inferiores. O autor Ricardo Sanin Restrepo²⁴ defende que o direito liberal contemporâneo aniquilou a democracia, uma vez que nega o povo como real poder constituinte²⁵.

Cabe salientar que, no decorrer do século XIX e início do século XX, movimentos sociais em várias partes do mundo passam a exigir do Estado uma postura não apenas de não intervenção, mas também positiva, no sentido de garantir direitos sociais básicos, como saúde, trabalho e moradia. O marxismo

Democrático Latino-americano: paradigma jurídico emergente em tempos de crise paradigmática, op. cit. p. 20.

²³ TARREGA, Maria Cristina V. B.; FREITAS, Vitor Sousa. *Novo Constitucionalismo Democrático Latino-americano: paradigma jurídico emergente em tempos de crise paradigmática*, op. cit., p. 20.

²⁴ SANIN RESTREPO, Ricardo. *Teoria crítica constitucional: rescatando la democracia del liberalismo*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas, Grupo Editorial Ibáñez, 2009, p. 25/26 apud TARREGA, Maria Cristina V. B.; FREITAS, Vitor Sousa. *Novo Constitucionalismo Democrático Latino-americano: paradigma jurídico emergente em tempos de crise paradigmática*, op. cit., p. 21.

²⁵ TARREGA, Maria Cristina V. B.; FREITAS, Vitor Sousa. *Novo Constitucionalismo Democrático Latino-americano: paradigma jurídico emergente em tempos de crise paradigmática*, op. cit., p. 21.

usado como bandeira por inúmeras revoltas operárias contribuiu significativamente para isso. Exemplos de constituições nesse sentido foram a Constituição do México, de 1917, e a Constituição de Weimar, de 1919²⁶.

Com base no exposto, pode-se inferir que o constitucionalismo moderno fez com que o poder político estatal passasse a ser limitado e que significativos direitos sociais fossem garantidos constitucionalmente, na maioria dos casos na Europa e, também, na América Latina.

O problema era que, apesar de garantidos constitucionalmente, na América Latina, não ocorria, como não ocorre, sua efetivação, sua concretização. As sociedades latino-americanas ainda apresentam, variando o grau em cada país obviamente, uma enorme desigualdade social e econômica.

Neoconstitucionalismo

No início do século XXI, surge uma nova doutrina denominada neoconstitucionalismo. Essa nova teoria representa uma tentativa de adequar o direito constitucional às transformações pelas quais o mundo vem passando de forma cada vez mais significativa desde as últimas décadas do século XX e início do século XXI, como a globalização política e econômica e a falta de efetividade, como já assinalamos anteriormente, dos chamados direitos fundamentais, principalmente nos países periféricos do capitalismo²⁷.

250

Segundo Walber de Moura Agra²⁸, o neoconstitucionalismo tem como umas de suas principais marcas a efetivação das prestações materiais apenas prometidas pela sociedade, podendo ser utilizado como ferramenta para a construção de um Estado Democrático de Direito. Ele pode ser considerado uma das facetas do pós-modernismo. Algumas das principais características desse novo constitucionalismo são a positivação e a concretização de um grande rol de direitos fundamentais, a presença abrangente dos princípios e das regras, as novas formas de se realizar a hermenêutica, o fortalecimento do poder normativo do Estado e o desenvolver de uma justiça distributiva.

O mesmo autor afirma sobre o neoconstitucionalismo que:

O seu modelo normativo não é o descritivo ou deontológico, mas o axiológico. No constitucionalismo moderno, a diferença entre normas constitucionais e infraconstitucionais era apenas de grau, no neoconstitucionalismo a diferença é também axiológica. A Constituição como

²⁶ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 6.

²⁷ DUARTE, Êcio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da Teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Landy, 2010.

²⁸ AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 31.

valor em si. O caráter ideológico do constitucionalismo moderno era apenas o de limitar o poder, o caráter ideológico do neoconstitucionalismo é o de concretizar os direitos fundamentais²⁹.

Diante do exposto, é possível perceber que o chamado neoconstitucionalismo apresenta, na verdade, uma tentativa de corrigir os erros e as falhas do constitucionalismo em sua versão moderna. A preocupação maior dessa teoria parece ser a de efetivar os direitos fundamentais. No entanto, na América Latina, como em outros locais (por exemplo, a África), não adianta apenas exigir-se a concretização de certos direitos sociais sem conhecer, reconhecer e dar voz às mais diferentes culturas existentes nesses países, que ainda ocupam a periferia do sistema capitalista.

Se isso não for observado e levado em conta pelos teóricos do neoconstitucionalismo, este não passará de uma tentativa frustrada, na maioria das vezes, de encaixar diferentes realidades em um novo modelo de bases europeias e norte-americanas.

Outro autor que analisa muito bem o chamado neoconstitucionalismo e sua repercussão real na América Latina é Alejandro Médici. Segundo esse pensador:

Existe uma grande distância entre o dito neoconstitucionalismo adotado nos textos e a prática, que chamaremos, desde uma teoria constitucional crítica, de constitucionalização simbólica. Assim por exemplo a existência em nossa região, que segue sendo comparativamente uma das mais desiguais do planeta, de estados fáticos de sobrecidadania para as elites econômicas e políticas e de subcidadania para amplos setores da população, desmente parcialmente os completos catálogos de direitos declarados e o estandarte de igualdade constitucional, seja em um sentido tradicional de igualdade formal ante a lei ou de diretiva constitucional a ser obtida por meio de medidas de ação positiva dirigidas aos “grupos desvantajados”³⁰.

As palavras do autor destacam as grandes diferenças sociais, tanto já destacadas neste trabalho, entre as camadas ricas e/ou com poder político e aquelas menos favorecidas, que marcaram a história latino-americana. Desde a construção dos Estados independentes nessa região, a maioria no século XIX, elites foram se apropriando do governo e direcionando a política e a economia dos recém-libertos países latino-americanos.

²⁹ AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 31.

³⁰ MÉDICI, Alejandro. *La Constitución Horizontal del giro decolonial*. Aguascalientes: Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat. A. C.; San Luis Potosí S. L. P.: Universidad Autónoma de San Luis de Potosí; San Cristóbal de Las Casas, Chiapas: *Educación para las Ciencias en Chiapas*, A. C., 2012, p. 105.

Essas elites vincularam seus costumes ao modo de vida europeia e mantiveram relações fortes com a Europa e também com os Estados Unidos, que, apesar de não serem um representante europeu, são herdeiros da ânsia imperialista daqueles. Isso fez com que, apesar do fim do colonialismo, continuasse a colonização dos costumes. O efeito dessa realidade foi o surgimento de países marcados por uma sobrecidadania para as elites e por uma subcidadania para a maioria da população.

O NOVO CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO LATINO-AMERICANO

Com base no autor Alejandro Médici, pode-se afirmar que as novas teorias constitucionais, para realmente surtirem efeito na América Latina, devem ser marcadas pela abertura do direito positivo à plural textura cultural que deve impregnar o conteúdo e a interpretação dos princípios e valores, como também as demais normas constitucionais³¹. Nesse sentido, ultrapassar o constitucionalismo meramente simbólico exige uma postura mais democrática por parte do texto constitucional, no sentido de ampliar a participação popular.

O autor afirma que as recentes constituições da Bolívia e do Equador representam grandes inovações, pois foram marcadas por intensos movimentos populares e pretendem construir uma nova relação, mais consistente, entre sociedade e Estado.

252

Antônio Carlos Wolkmer, após destacar que existem vários sentidos que podem ser atribuídos à modernidade e descrever as características da modernidade desenhada pelos europeus que repercutiu na colonização da América Latina – caracterizada pelo eurocentrismo³², pela imposição de uma única cultura e pelo estatismo, enfatiza a necessidade de um saber jurídico pluricultural. Nas palavras do autor, “é necessário um projeto de sociedade que permita a reconstituição da vida e da solidariedade e da compreensão intercultural em um novo projeto epistêmico, ético e político”³³.

Isabella Cristina Lunelli disserta sobre a influência da modernidade sobre a América Latina:

Identificando-se com o poder colonial e, obviamente, com uma forma de Estado própria da cultura e língua colonizadora, os Estados latino-

³¹ MÉDICI, Alejandro. *La Constitución Horizontal del giro decolonial*, op. cit., p.105.

³² WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo jurídico, movimentos sociais e processo de lutas desde América Latina. In: WOLKMER, Antônio Carlos; LIXA, Ivone Fernandes M (Orgs.). *Constitucionalismo, descolonización y pluralismo jurídico en la América Latina/Constitucionalismo, descolonização e pluralismo jurídico na América Latina*. Aguascalientes: Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispá; Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), 2015, p. 95.

³³ WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo jurídico, movimentos sociais e processo de lutas desde América Latina, op. cit.p. 97.

-americanos recém-independentes se irrompem contra a sua própria diversidade cultural, consolidando-se monocultural e monoético mesmo sob a resistência de povos e comunidades³⁴.

A partir do final do século XX e início do século XXI, no contexto de construção de um novo modelo constitucional que realmente represente os ideais e a riqueza cultural da América Latina, surgiu um novo pensar chamado Novo Constitucionalismo Democrático Latino-americano, fruto de reivindicações históricas de movimentos sociais e setores excluídos das várias sociedades latino-americanas. As constituições do Equador de 2008 e da Bolívia de 2009 são vistas como as principais concretizações desse novo constitucionalismo.

Segundo Antônio Carlos Wolkmer, atualmente vive-se a terceira fase desse novo pensamento constitucional. O autor explica que:

A primeira fase teria tido por resultado as constituições do Brasil (1988) e da Colômbia (1991), ambas com forte caráter socializante e reconhecedor de direitos coletivos e plurais. O segundo ciclo, representado pela constituição da Venezuela, se caracteriza por um constitucionalismo participativo e pluralista. Por fim, o terceiro ciclo desse novo constitucionalismo é representado pelas recentes e vanguardistas constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009), cujas novidades incluem um constitucionalismo plurinacional comunitário, identificado com um paradigma não universal e único de Estado de Direito, reconhecedor da coexistência de experiências de sociedades interculturais (sejam indígenas, comunais, urbanas e camponesas) e com práticas de pluralismo igualitário jurisdicional, de forma a conviverem instâncias legais diversas em igual hierarquia-jurisdicção ordinária estatal e jurisdicção indígena/camponesa³⁵.

O autor chama a atenção para aspectos fundamentais do Novo Constitucionalismo Democrático Latino-americano, como a necessidade de serem reconhecidas várias nações dentro de um mesmo país com suas próprias concepções de justiça e formas próprias de aplicar suas regras.

³⁴ LUNELLI, Isabela Cristina. Etnocentrismo jurídico, colonialidade e descolonização. In: WOLKMER, Antônio Carlos; LIXA, Ivone Fernandes M (Orgs.). *Constitucionalismo, descolonización y pluralismo jurídico en la América Latina/Constitucionalismo, descolonização e pluralismo jurídico na América Latina*. Aguascalientes: Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispá; Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), 2015,p.222.

³⁵ WOLKMER, Antônio Carlos dos. Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América Latina. In: Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional. 2010, p. 143155 *apud* TARREGA, Maria Cristina. V. B.; FREITAS, Vitor Sousa. *Novo Constitucionalismo Democrático Latino-americano: paradigma jurídico emergente em tempos de crise paradigmática*, p. 26. Disponível em: <http://pt.slideshare.net/thalmeida/m-cristina-novo-constitucionalismo-democrático-latino-reformulado-33578385>>. Acesso em: 28 jul. 2015

Roberto Viciano Pastor e Rubén Martínez Dalmau explicam que esse novo constitucionalismo se destaca pela reestruturação da relação perdida entre soberania popular e governo por meio da constitucionalização de instrumentos de participação que não complementam a democracia representativa e pela existência, nessas novas cartas, de um importante rol de direitos voltados à proteção das várias culturas e de grupos específicos, como mulheres, idosos e deficientes³⁶.

Carlos Manuel Villabella Armengol chama a atenção para um aspecto extremamente importante na constituição do Equador: a noção do *buen vivir*, na qual se destaca a necessidade de materializar ao povo vários aspectos referentes à dignidade humana, entre os quais o direito à alimentação, à água, a ambiente sadio, à moradia segura, à saúde, ao trabalho, à seguridade social e a identidade cultural³⁷. Aliás, o respeito ao meio ambiente é um dos principais traços do Novo Constitucionalismo Democrático Latino-americano.

Assim, por meio desse novo pensar jurídico, vários setores da América Latina, antes sem voz, estão se libertando da colonialidade persistente mesmo após a ocorrência da independência política e construindo um modelo constitucional estruturado no reconhecimento da alteridade cultural, na justiça social e, consequentemente, na efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana.

254

O GIRO DESCOLONIAL

O Novo Constitucionalismo Democrático Latino-americano tem como tarefa principal o processo de descolonizar o universo não apenas jurídico, mas também, pode-se dizer, cultural latino-americano, ainda marcado pela presença de inúmeras características herdadas do processo de colonização europeu.

³⁶ VICIANO PASTOR, Roberto; MARTÍNEZ DALMAU, Rúben. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano. In: *CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN. El nuevo constitucionalismo en América Latina: memorias del encuentro internacional. El nuevo constitucionalismo: desafíos y retos para el siglo XXI*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2010. p. 13-43 *apud* TARREGA, Maria Cristina. V. B.; FREITAS, Vitor Sousa. *Novo Constitucionalismo Democrático Latino-americano: paradigma jurídico emergente em tempos de crise paradigmática*, p. 28. Disponível em: <http://pt.slideshare.net/thalmeida/m-cristina-novo-constitucionalismo-democrático-latino-reformulado-33578385>>. Acesso em: 28 jul. 2015.

³⁷ VILLABELLA ARMENGOL, Carlos Manuel. Constitución y democracia en el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano. *IUS-Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla: El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*. n. 25, ano IV, 2010, p. 49-76 *apud* TARREGA, Maria Cristina. V. B.; FREITAS, Vitor Sousa. *Novo Constitucionalismo Democrático Latino-americano: paradigma jurídico emergente em tempos de crise paradigmática*, p. 28. Disponível em: <http://pt.slideshare.net/thalmeida/m-cristina-novo-constitucionalismo-democrático-latino-reformulado-33578385>>. Acesso em: 28 jul. 2015.

Celso Luiz Ludwig, ao realizar uma reflexão filosófica sobre o giro descolonial, destaca a importância da valorização do pluralismo cultural na criação de um novo pensar latino-americano. Ele escreve que:

A premissa indicativa inicial é a da existência de uma lógica da totalidade na filosofia produzida em poucos países do Norte, inadequada em alguma medida para os países periféricos e semiperiféricos do Sul, tendo em vista a redução da alteridade e da diversidade à unidade. Trata-se do império de um monismo filosófico que deslegitima o pluralismo. A tese é a da necessidade de um pluralismo filosófico como alternativa para a alteridade ou para as alteridades. E, nessa condição, ver o sentido da construção e da produção do pluralismo filosófico e seu sentido para o pluralismo jurídico, na ótica do já anunciado giro descolonial³⁸.

Deve-se ressaltar também a importância das ideias de Boaventura de Sousa Santos para a análise das principais características do giro descolonial quando este argumenta sobre as diferentes epistemologias do Norte e do Sul³⁹.

Na verdade, os defensores desse novo constitucionalismo argumentam que, mesmo após o processo de independência dos países latino-americanos, estes continuaram influenciados pelo modo de vida europeu. Isso tanto na estruturação de seus Estados, política, jurídica e administrativamente – como na crença, principalmente difundida por parte das elites, de uma suposta superioridade da cultura eurocêntrica. É importante ressaltar que sempre existiram em muitas regiões da América Latina movimentos sociais de resistências lutando por reconhecimento junto aos demais setores da sociedade e ao Estado.

Alejandro Médici explica que a opção descolonial deve ser entendida como a perspectiva crítica que pretende chamar a atenção para as continuidades históricas entre tempos coloniais e pós coloniais na América Latina. Segundo o autor, a opção descolonial visa também a demonstrar que a persistência da colonialidade vai além do domínio político-econômico e jurídico-administrativo, afetando também uma dimensão epistêmica e cultural.

Esse conjunto de ideias gera um falso pensamento de superioridade da cultura europeia e, ainda, faz com que os conhecimentos subalternos fiquem excluídos e silenciados. Dessa forma, o giro descolonial, antes de qualquer coisa,

³⁸ LUDWIG, Celso Luiz. Filosofia da libertação jurídica e pluralismo: uma justificação filosófica descolonial. In: WOLKMER, Antônio Carlos; LIXA, Ivone Fernandes M (Orgs.). *Constitucionalismo, descolonización y pluralismo jurídico en la América Latina/Constitucionalismo, descolonização e pluralismo jurídico na América Latina*. Aguascalientes: Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispá; Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), 2015, p. 117.

³⁹ Com riqueza de detalhes, vide: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula. *Epistemologias do Sul*. São Paulo: Cortez, 2010.

dá voz a esses segmentos da sociedade silenciados por séculos de domínio dos países centrais do capitalismo⁴⁰.

Ainda segundo Alejandro, o giro descolonial visa à refundação do Estado a partir de uma perspectiva pluricultural e multinacional, no sentido de que o governo reconheça não apenas um tipo de nação existente em seu território, mas sim várias nações representantes de diversas culturas⁴¹. Um ótimo exemplo de concretização dessas ideias é a recente constituição da Bolívia.

Alejandro Médici, ao estudar as realidades bolivianas e equatorianas, continua explicando que, por muitos anos, as sociedades desses países sofreram com a existência de um Estado monocultural e monorganizativo, estruturado sobre as bases da negação do pluralismo social e cultural, que sofria um déficit forte de legitimidade social⁴².

Tais argumentos mostram que realmente havia uma inadequação entre o que estava posto pelas leis bolivianas/equatorianas e a realidade social dos dois países, marcada por ricas e diferentes culturas.

Alejandro Médici explica ainda que as elites desses países se beneficiavam com a estrutura apresentada por estarem fortemente ligadas aos centros do mundo capitalista que atuavam na exploração da economia primária e extrativa e de baixo custo da força de trabalho⁴³.

256

O autor esclarece que os novos modelos de constituição da Bolívia e do Equador, datadas do início do século XXI, buscam realizar a readequação entre os textos constitucionais e as realidades multiculturais desses países⁴⁴.

Walter Mignolo nos leva a entender que o giro descolonial caracteriza-se pela libertação do pensamento e das várias formas de vida da América Latina do poder da colonialidade⁴⁵. Tais palavras permitem inferir que o processo de descolonização é muito amplo e, como afirmado anteriormente, deve atuar na libertação das várias áreas do viver latino-americano, não só na política e no direito, mas também na educação e nas demais áreas do imaginário cultural latino-americano, é preciso atuar no combate à “colonialidade do poder, a colonialidade do saber e a colonialidade do ser”⁴⁶.

⁴⁰ MÉDICI, Alejandro. *La Constitución Horizontal del giro decolonial*. Aguascalientes: Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat. A. C.; San Luis Potosí S. L. P.: Universidad Autónoma de San Luis de Potosí; San Cristóbal de Las Casas, Chiapas: Educación para las Ciencias en Chiapas, A. C., 2012, p. 135.

⁴¹ MÉDICI, Alejandro. *La Constitución Horizontal del giro decolonial*, op. cit. p. 135.

⁴² MÉDICI, Alejandro. *La Constitución Horizontal del giro decolonial*, op. cit., p.136.

⁴³ MÉDICI, Alejandro. *La Constitución Horizontal del giro decolonial*, op. cit., p. 136.

⁴⁴ MÉDICI, Alejandro. *La Constitución Horizontal del giro decolonial*, op. cit., p. 137.

⁴⁵ MIGNOLO, Walter. El pensamiento decolonial: desprendimiento y apertura. Un manifiesto y un caso. *Tabula Rasa*, n. 8, jan./jun. 2008, p. 243-281, p. 253 (tradução livre).

⁴⁶ SANTAMARÍA, Ariza Rosebert. Descolonização jurídica nos Andes. In: WOLKMER, Antônio Carlos; LIXA, Ivone Fernandes M (Orgs.). *Constitucionalismo, descolonización y plura-*

Rosember Ariza Santamaría destaca a descolonização que vem ocorrendo no Equador e na Bolívia no âmbito jurídico. Dentro de seu estudo, o autor enfatiza o Bloco Intercultural Jurídico e a atuação da Unidade de Descolonização do Tribunal Constitucional Plurinacional do país.

O autor explica aspectos básicos do fazer descolonial na justiça boliviana. Inicialmente, destaca-se o Bloco Intercultural Jurídico, compreendido como uma relação harmoniosa entre as normas internacionais, a constituição e as normas típicas dos povos indígenas e, também, afrodescendentes. Esse bloco é uma forma de interpretar a constituição e até mesmo o direito internacional dos direitos humanos por um viés intercultural⁴⁷.

Falando sobre a Unidade de Descolonização, que pertence ao Tribunal Constitucional Plurinacional da Bolívia, o autor destaca que se trata de um órgão que dispõe de três elementos inovadores: o primeiro o fato de a perícia intercultural não ser realizada por cientistas sociais, mas sim por um grupo de especialistas de diferentes sistemas de direito; o segundo que as comunidades étnicas envolvidas participam dos processos; e o terceiro é que a validade do que é produzido pela unidade não depende do método jurídico, mas da legitimidade sociocultural⁴⁸.

Enfim, pode-se inferir que o giro descolonial pretende, principalmente, criar um novo pensar sobre a realidade latino-americana ainda tão marcada pela presença da chamada colonialidade do poder eurocêntrico tanto na maioria das formas de Estado dessa região da América como nas relações sociais existentes na maioria das sociedades.

A teoria do giro descolonial no âmbito jurídico e político visa à refundação do Estado latino-americano como plurinacional e à elaboração de normas que respeitem a diversidade social e cultural das mais diferentes regiões. Deve-se destacar que só existe respeito efetivo aos direitos humanos em um país quando estes vêm acompanhados por normas que levam em consideração as diversas formas de entender o mundo. A Bolívia pode ser considerada a principal precursora nesse caminho.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pretendeu-se com este artigo analisar algumas características do chamado Novo Constitucionalismo Democrático Latino-americano e, dentro dessa nova teoria, os principais aspectos do chamado giro descolonial.

lismo jurídico en la América Latina/Constitucionalismo, descolonización e pluralismo jurídico na América Latina. Aguascalientes: Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispa; Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), 2015p. 165.

⁴⁷ SANTAMARÍA, Ariza Rosember. Descolonização jurídica nos Andes, op. cit., p. 172.

⁴⁸ SANTAMARÍA, Ariza Rosember. Descolonização jurídica nos Andes, op. cit.p. 173.

Para que isso fosse possível, foi necessário anteriormente um estudo da construção da chamada modernidade, principalmente por meio de uma historiografia tradicional, destacando os principais eventos desse percurso histórico desde as revoluções científicas dos séculos XVI e XVII até o advento da chamada contemporaneidade.

Posteriormente, realizou-se uma análise crítica da formação da modernidade europeia e de seus impactos sobre a América Latina, destacando-se elementos de etnocentrismo e preconceito dos europeus sobre os indígenas americanos desde o período da colonização. Enfatizou-se também a permanência de elementos do colonialismo europeu sobre a América Latina desde a forma de Estado, como na produção e aplicação do direito, até as relações sociais.

Após a apresentação histórica, buscou-se analisar o surgimento e as principais características do constitucionalismo moderno, do neoconstitucionalismo de raízes europeias e norte-americanas e do novo constitucionalismo democrático latino-americano, em que se destacou a importância do reconhecimento do pluralismo cultural como forma de combate ao eurocentrismo e ao etnocentrismo que ainda castigam as comunidades latino-americanas. Nesse contexto, tomando por base principalmente o exemplo equatoriano e boliviano, estudou-se o principal instrumento para essa libertação: o giro descolonial.

258

REFERÊNCIAS

- AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito Constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- ASAD, Talal. *Formations of the secular: Christianity, Islam, modernity*. Califórnia: Stanford, 2003.
- BANDEIRA, Luiz A. *Moniz. Formação do império americano*. Rio de Janeiro: Record, 2006.
- BALLESTRIN, Luciana. América latina e o giro decolonial. *Revista Brasileira de Ciência Política*, v. 11, p. 89-117, 2013.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. *Direito constitucional: Teoria da Constituição. Controle de constitucionalidade*. Salvador: JusPodivm, 2011.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *O direito na pós-modernidade e reflexões frankfurtianas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BRAGA, Ruy. Globalização ou neocolonialismo? O FMI e a armadilha do ajuste. *Rev Actuel Mark*, 2000. Disponível em: <<http://outubrorevista.com.br/wp-content/uploads/2015/02/Revista-Outubro-Edic%CC%A7a%CC%83o-4-Artigo-06.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2015.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. São Leopoldo: Unisinos, 2009.
- DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da Teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Landy, 2010.
- DUSSEL, Enrique. *Política de la liberación: historia mundial y crítica*. Madri: Trotta, 2007.
- ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1985.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2007.
- GALEANO, Eduardo. *As veias abertas da América Latina*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2012.
- GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. 2. ed. rev. e atual. Tradução de Arno Dal Ri Junior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.
- HERRERA FLORES, Joaquín. *A (re)invenção dos direitos humanos*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.
- LENHARO, Alcir. *Nazismo: o triunfo da vontade*. 5. ed. São Paulo: Ática, 1995.
- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 6.
- MALDONADO-TORRES, Nelson. Sobre la colonialidad del ser: contribuciones al desarrollo de un concepto. In: CASTRO-GÓMEZ, Santiago; GROSFOGUEL, Ramon (Coords.). *El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Universidad Central, Instituto de Estudios Sociales Contemporáneos, Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, 2007.
- MARX, Karl. A teoria moderna da colonização. In: MARX, Karl. *O Capital: crítica da economia política – Livro I. v. 2*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.
- MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. El proyecto de Constitución de Ecuador, ejemplo del nuevo constitucionalismo latino-americano. *IUS – Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla: Problemáticas Jurídicas Contemporáneas*, n. 23, año III, p. 16, 2009.
- MASCARO, Alysson Leandro Barbate. *Crítica da legalidade e do direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- MÉDICI, Alejandro. *La Constitución Horizontal del giro decolonial*. Aguascalientes: Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat. A. C.; San Luis Potosí S. L. P.: Universidad Autónoma de San Luis de Potosí; San Cristóbal de Las Casas, Chiapas: Educación para las Ciencias en Chiapas, A. C., 2012.
- MIGNOLO, Walter. El pensamiento decolonial: desprendimiento y apertura. Un manifiesto y un caso. *Tabula Rasa*, n. 8. jan./jun. 2008, p. 243-281.
- POLANYI, Karl. *A grande transformação: as origens de nossa época*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula. *Epistemologias do Sul*. São Paulo: Cortez, 2010.

SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização – do pensamento único à consciência universal*. São Paulo: Record, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Constituição em perspectiva histórica evolutiva: dos antecedentes à afirmação do constitucionalismo moderno e do assim chamado Estado Constitucional. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: RT, 2014.

TAYLOR, A. J. P. *A Segunda Guerra Mundial*. Rio de Janeiro: Zahar, 1979.

TARREGA, Maria Cristina. V. B.; FREITAS, Vitor Sousa. *Novo Constitucionalismo Democrático Latino-americano: paradigma jurídico emergente em tempos de crise paradigmática*. Disponível em: <http://pt.slideshare.net/thalmeida/m-cristina-novo-constitucionalismo-democratico-latino-reformulado-33578385>>. Acesso em: 28 jul. 2015.

ULLMANN, Reinholdo Aloysio. *Antropologia: o homem e a cultura*. Petrópolis: Vozes, 1991.

WOLKMER, Antônio Carlos; LIXA, Ivone Fernandes M (Orgs.). *Constitucionalismo, descolonización y pluralismo jurídico en la América Latina/Constitucionalismo, descolonização e pluralismo jurídico na América Latina*. Aguascalientes: Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispa; Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), 2015.

O PROCESSO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: UMA VISÃO DESCOLONIAL E INTERCULTURALISTA

THE PROCESS OF INTERNATIONALIZATION OF HUMAN RIGHTS: A DECOLONIAL E INTERCULTURAL VIEW

Daniel Diniz Gonçalves*

Juventino de Castro Aguado**

RESUMO

Este artigo objetiva analisar o processo de internacionalização dos direitos humanos, sobretudo no tocante ao risco de sua transformação em instrumento de hegemonização. Utilizar-se-ão no estudo doutrina especializada, análise de documentos internacionais e reportagens de atualidades. As pretensões de universalidade do discurso hegemônico de direitos humanos serão cotejadas com as realidades plurais de diferentes estruturas sociais, com o método dialético, materialista histórico e hermenêutico. Assim, serão abordadas questões sobre o universalismo e o relativismo dos direitos humanos, os fundamentalismos, as desigualdades econômicas globais, o reconhecimento, a tolerância e o terrorismo. A conclusão do trabalho aponta para a necessidade de uma visão contra-hegemônica de

* Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Especialista em Direito Constitucional e Previdenciário pela Universidade Anhanguera (Uniderp). Mestrando pela Universidade de Ribeirão Preto (Unaerp). Bolsista Programa de Suporte à Pós-Graduação de Instituições de Ensino Particulares (Prosup) (1º lugar). Procurador Federal.

** Graduado em Filosofia Pura pelo Instituto de Filosofia de Burgos (Espanha), com complementação filosófica pela Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras (FFCL) de Mogi das Cruzes (1970). Graduado em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto (1972). Mestre em Sociologia Política pela Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo (1977). Doutor em História Social pela Universidade de São Paulo (1997). Pós-Doutorado na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal): “A Utopia da Supranacionalidade e a Realidade Soberana dos Estados” (2010-2012). Professor aposentado da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (Unesp) (1975/1998). Professor titular da Universidade de Ribeirão Preto e docente do Programa de Pós-Graduação em Direito (nível Mestrado), desenvolvendo docência e pesquisa em História do pensamento jurídico-constitucional. Tem experiência na área de Direito Constitucional e Sociologia Jurídica. Hoje, atua no campo do Direito Constitucional Internacional.

direitos humanos, a fim de que possam ser efetivos e emancipadores. A implicação prática deste ensaio é perceber que não só os Estados são responsáveis pela garantia dos direitos humanos, mas também todos os cidadãos, o que gera uma ampliação qualitativa e quantitativa de sua garantia.

Palavras-chave: Direitos humanos; Descolonialidade; Contra-hegemônico.

ABSTRACT

This article aims to analyze the process of internationalization of human rights, particularly in regarding the risk of its transformation into an instrument of hegemony. In order to accomplish this, this work will use specialized doctrine, analysis of international documents, as well as contemporaneous news. The claims of universality of the hegemonic speech of human rights will be compared with the plural realities of different social, cultural and economic structures, with the use of dialectical, historical-materialist and hermeneutic methods. It will address issues of universalism and relativism of human rights, fundamentalism, global economic inequalities, recognition, tolerance and terrorism. The conclusion of this paper points to the necessity of a counter-hegemonic view of human rights, in order to make them effective and emancipator. The practical implications of this essay is to realize that not only the states and public authorities are responsible for guarantee human rights, but all citizens, a perception that generates an improvement in the qualitative and quantitative aspects of human rights protection.

Keywords: Human rights; Decolonization; Counter-hegemonic.

INTRODUÇÃO

O presente artigo busca analisar as controvérsias e os desafios que o processo de internacionalização dos direitos humanos atravessa hodiernamente, o que se empreende sob uma leitura descolonizatória, que entende que muitos dos trágicos eventos do cenário internacional têm origem em uma visão hegemônica de mundo, que busca silenciar as demais.

A problemática deste artigo é pôr a prova o modelo hegemônico vigente, com suas pretensões de estatualismo, universalismo e indivisibilidade. Na atualidade, os direitos humanos são monopolizados pelos Estados-Nação do Ocidente e transformam-se em instrumento de medida do grau de desenvolvimento civilizatório de outros povos.

Isso posto, o discurso hegemônico de direitos humanos pode ser realmente considerado universal, se exclui de suas benesses os “terroristas”, “o eixo do mal”, “as ditaduras” e outros inimigos designados? Pode o discurso hegemônico se reputar universal e indivisível se os direitos sociais demandam recursos econômicos para sua implementação, sobretudo nos países periféricos, mas tais recursos estão concentrados em alguns países? Verificada a presença de um discurso

hegemônico, é possível sua desconstrução, para a confecção de um discurso mais democrático, que respeite a diversidade dos povos?

A primeira dificuldade que se observa em matéria de direitos humanos é sua conceituação. Um conceito bem compreensível é a chave para a disseminação de um discurso hegemônico. Assim sendo, analisar-se-ão, de maneira crítica, alguns conceitos de direitos humanos, com a finalidade de deles se extrair algum traço distintivo que, servindo aos propósitos deste estudo, não apresente conceitos universais apriorísticos. Para tal finalidade, realizar-se-á uma breve contextualização histórica do surgimento da chamada “concepção contemporânea de direitos humanos”. Extrai-se dessa análise conceitual que a função primeira dos direitos humanos é resistir à opressão, pública e privada – ou seja, no contexto de direito internacional público, pode dizer-se que os direitos humanos limitam a voluntariedade dos Estados-Nação no que tange ao tratamento jurídico dispensado a seus nacionais, o que se intitulou “constitucionalismo global”. Na seara das relações humanas do dia a dia, direitos humanos implicam alteridade, solidariedade, reconhecimento e tolerância.

Como dito, o vestibular texto trabalha uma crítica à atual condução do processo de internacionalização dos direitos humanos, no sentido de que ela se constituiria em instrumento de hegemonização de uma visão de mundo (a eurocêntrica). A hipótese em questão será revelada e comprovada em múltiplos confrontos entre o discurso hegemônico e a realidade plural dos povos.

O primeiro confronto se opera entre as concepções universalistas e relativistas de direitos humanos, com a introdução de concepções interculturais de moderação do debate. O fato é que a construção de valores comuns (ou universais?) se refere a algo indispensável à criação de direitos humanos efetiváveis.

O segundo cotejo se realiza na discussão entre fundamentalismos religioso, político e econômico, como realidades palpáveis em muitos Estados, e o discurso democrático de direitos humanos, que pede pelo respeito por escolhas individuais, que revela o pluralismo existencial dos povos e das pessoas.

A terceira discussão ocorre na polêmica acerca da democratização dos recursos mundiais. A agenda de direitos humanos contempla, além das liberdades civis e políticas, direitos sociais prestacionais, somente realizáveis a partir da existência de recursos econômicos para tanto. Dessa maneira, como se falar em direitos humanos para todos se os recursos para sua implementação se concentram em poucos Estados e pessoas?

A quarta contradição no processo de internacionalização dos direitos humanos emerge da intolerância e do ódio ao diferente. É difícil, senão paradoxal, falar-se em direitos humanos universais e indivisíveis quando há imaginários coletivos de inferiorização, segregação e marginalização de outros grupos. Outrossim, quando não se reconhece a diferença, também se está a negar direitos

humanos, porquanto a plena realização da dignidade de uma pessoa, de carne e osso, com nome e sobrenome, pede pelo conhecimento e reconhecimento de suas peculiaridades existenciais e de percepção de mundo.

O quinto debate sobre as incongruências de discurso e prática de direitos humanos, rumo à comprovação da existência de um discurso hegemônico, jaz e subjaz no enfrentamento da questão do terrorismo. O terrorismo é um fato, o uso de práticas cruéis e sistemáticas de violação dos direitos humanos. Todavia, a manipulação hegemônica do discurso da “guerra ao terror” se deu por projetar sobre grupos específicos, que, associados a povos, culturas e religiões específicas, acabam por criar uma institucionalização de segregação coletiva.

Partindo da premissa de que se comprovou a existência de um discurso de hegemonização subjacente ao atual processo de internacionalização dos direitos humanos, a conclusão deste trabalho tentará criar uma concepção contra-hegemônica de direitos humanos, que emergja de diálogo, respeito e reconhecimento, e que transcenda os habituais limites reducionistas estatal e jurídico, projetando-o, também, em ações individuais e coletivas da sociedade.

UM OLHAR CRÍTICO CONCEITUAL DE “DIREITOS HUMANOS”

264

“Direitos humanos”, por si só, já é uma expressão que suscita controvérsias, na medida em que seu conteúdo pode variar, como de fato o faz, de acordo com a abordagem ideológica e doutrinária preferida.

Hanna Arendt¹ entende que os direitos humanos não são um dado, mas sim uma construção, uma invenção humana, em processo dinâmico e constante de desconstrução e reconstrução, refletindo um espaço simbólico de luta e ação social.

Joaquim Herrera Flores², de seu turno, compreende os direitos humanos como uma racionalidade de resistência, traduzindo, também, espaços de luta pela dignidade humana.

Luigi Ferrajoli³, na mesma linha de resistência e luta já registrada nos demais autores, assevera que os direitos humanos são a luta do mais fraco contra a lei do mais forte.

¹ ARENDT, Hanna. *As origens do totalitarismo*. Tradução de Roberto Raposo. 3. ed. São Paulo: Cia. das Letras, 1989, p. 134.

² FLORES, Joaquín Herrera. Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência. *Revista Sequência*, v. 23, n. 44, Florianópolis, 2002. Tradução de Carol Proner, p. 6. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15330/13921>>. Acesso em: 11 mar. 2016.

³ FERRAJOLI, Luigi. *Diritti fondamentali – um dibattito teórico, a cura di Ermanno Vitale*. Roma, Bari: Laterza, 2002, p. 338.

Costas Douzinas⁴ identifica nos direitos humanos o objetivo de resistir à dominação e à opressão pública e privada e, para tanto, rechaça a noção de humanidade (ou de necessidades humanas fundamentais ou de dignidade do ser humano) como significado estático. Afirma o autor que “a humanidade não é uma propriedade compartilhada. Ela é perceptível no inesperado incessante da condição humana e da sua exposição a um futuro aberto e indefinido”⁵, de maneira que o conceito de “humanidade” deve ser construído prospectivamente, diante das necessidades de luta contra a exclusão, a dominação e a exploração do homem pelo homem.

David Sanchez Rubio adere à concepção de direitos humanos enquanto luta e anota que:

Es por esta razón que los Derechos Humanos deben ser percibidos como procesos de lucha individuales y colectivos diarios, constantes, a todos los niveles, que se implementan en todo momento y en todo lugar y que se hacen y construyen (y se deshacen y se destruyen) a partir de los modos de acción y los comportamientos que la gente, día a día, desenvuelve en cada espacio social en el que se mueve⁶.

A concepção contemporânea de “direitos humanos” tem como marco simbólico a Declaração Universal de 1948 e a Conferência Mundial de Direitos Humanos de Viena de 1993, instrumentos elaborados como reação ao legado do regime estatista nazista, que trouxe a deturpada percepção de titularidade de direitos, ou “direitos a ter direitos”, embrionariamente ligada ao pertencimento a determinada raça: o Estado era o grande violador de direitos humanos, ao abrigo de formulações teóricas de superioridade racial. Busca-se, assim, repudiar uma concepção de direitos humanos indiferente a valores éticos.

O mundo do direito abriu-se aos valores éticos, concebendo sistemas normativos, internos e internacionais, de defesa dos direitos humanos. É o que Flávia Piovesan define como “constitucionalismo global”, o qual:

(...) compreende não apenas o clássico paradigma centrado nas relações horizontais entre Estados, mas o novo paradigma centrado nas relações Estado/povo, na emergência de um Direito Internacional dos Direitos

⁴ DOUZINAS, Costas. Os paradoxos dos direitos humanos. *Anuário do Núcleo interdisciplinar de Estudos e Pesquisa de Direitos Humanos da UFG*. Pensar os direitos humanos: desafios à educação nas sociedades democráticas, v. 1, n. 1, 2011.

⁵ DOUZINAS, Costas. Os paradoxos dos direitos humanos, op. cit., p. 9.

⁶ RUBIO, David Sanchez. La inmigración y la trata de personas cara a cara con la adversidad y los Derechos Humanos: xenofobia, discriminación, explotación sexual, trabajo esclavo y precarización laboral. *Revista Eletrônica do Ministério Público do Trabalho*, PRADO, Erlan José Peixoto do; COELHO, Renata (Orgs.). Brasília: Ministério Público do Trabalho, 2015, p. 144.

Humanos e na tendencial elevação da dignidade humana a pressuposto ineliminável de todos os constitucionalismos⁷.

Canotilho⁸ assevera que o Poder Constituinte criador das Constituições não se compreende mais como um poder independente e ilimitado, que gravita em torno da concepção de soberania do Estado-Nação, mas que deve observar princípios materiais de direito internacional: os direitos humanos internacionais.

Todavia, o processo de criação de uma ordem jurídica internacional limitada e orientada por direitos humanos não passou infensa a críticas, notadamente por José Luiz Quadros de Magalhães⁹, que adverte que o atual direito internacional é, simplesmente, “mais do menos”, ou seja, a hegemonização de um modelo eurocêntrico de perceber as relações internacionais egresso do modelo de Estado-Nação europeu, só que projetado sobre espaços geográficos maiores, ainda que sob a mesma perspectiva de abordagem epistemológica única.

No contexto da modernidade¹⁰, os direitos humanos têm uma pretensão de universalidade, de erguer um núcleo conteudístico intangível e compartilhável entre todos os seres humanos, no afã de promover a emancipação destes. Todavia, seria isso possível? E qual o propósito que anima tal pretensão uniformizadora? Seria a tão decantada “emancipação” do ser humano?

CONTROVÉRSIAS DOS DIREITOS HUMANOS NA ORDEM INTERNACIONAL CONTEMPORÂNEA: REVELAÇÃO DE UM DISCURSO HEGEMÔNICO

A chamada “concepção contemporânea dos direitos humanos” caracteriza-se pela universalidade e indivisibilidade dos direitos humanos. A universalidade compreende que a condição de pessoa é o requisito único para a titularidade dos direitos humanos; a indivisibilidade pressupõe que os direitos civis e políticos são condição para a fruição dos direitos sociais, econômicos e culturais, e vice-versa.

O processo de universalização dos direitos humanos pretende a afirmação de um “consenso internacional” acerca de temas centrais aos direitos humanos,

⁷ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional*. Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 41.

⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.217.

⁹ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Estado plurinacional e direito internacional*. Curitiba: Juruá, 2012.

¹⁰ Enrique Dussel magistralmente perfilha a pretensão da modernidade: “Por um lado se autodefine a própria cultura como superior, mais desenvolvida; por outro lado, a outra cultura é determinada como inferior, rude, bárbara, sempre sujeito de uma imaturidade culpável. De maneira que a dominação que é exercida sobre o Outro é, na realidade, emancipação, ‘utilidade’, ‘bem’ do bárbaro que se civiliza, que se ‘desenvolve’ ou ‘moderniza’”. DUSSEL, Enrique. *1492: El encubrimiento del otro – hacia el origen del mito de la modernidad*. La Paz: Plural, 1994, p. 75.

um chamado “mínimo ético irreduzível”, consagrado em um sistema internacional de proteção, que funciona paralelo a sistemas regionais.

O movimento de universalização dos direitos humanos, ou o constitucionalismo global, labora de maneira interdependente com os valores de “democracia” e “desenvolvimento”¹¹.

A afirmação de que democracia se apresenta como o regime mais compatível com os direitos humanos coaduna-se com os escólios de Robert Dahl:

En primer lugar, promueve la libertad como no puede hacerlo ninguna otra opción factible: libertad en cuanto a la autodeterminación individual y colectiva, en cuanto al grado de autonomía moral que estimula y permite, así como en lo que atañe a toda una serie de libertades más específicas inherentes al proceso democrático, o precondiciones de su existencia, o que existen porque las personas que apoyan la idea y la práctica del proceso democrático también se sienten inclinadas – y éste es un hecho histórico evidente – a conceder su generoso apoyo a otras libertades. En segundo lugar, el proceso democrático promueve el desarrollo humano, sobre todo en lo tocante a la capacidad para ejercer la autodeterminación, la autonomía moral y la responsabilidad por las propias elecciones. Por último, es la forma más segura (aunque en modo alguno sea perfecta) de que disponen los seres humanos para proteger y promover los intereses y bienes que comparten con otros seres humanos¹².

A afirmação de que a democracia é o regime ótimo para a realização dos direitos humanos traz em si elementos de discurso hegemônico, haja vista que seu conceito é controverso, representando um significante aberto ou vazio, em que a dotação de sentido real torna-se uma guerra ideológica¹³. “Democracia”, como conceito aberto, vazio, universal, não existe na linguagem, sendo os conceitos particulares que lhe são atrelados os verdadeiros definidores de seu alcance. Veja-se que democracia é compreendida como “pluralismo político, respeito às liberdades civis e uma imprensa independente”¹⁴, ou seja, como somatório de conceitos particulares, e não como um conceito autônomo. Pelo exposto, não há um conceito de democracia pronto e acabado, mas sim de instituições democráticas, signos presuntivos de democracia, cuja eleição é um exercício de opção ideológica.

Na sequência, o valor do “desenvolvimento”, como valor adstrito e reciprocamente dependente aos direitos humanos, também suscita elementos de discurso

¹¹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional. Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 41.

¹² DAHL, Robert A. *La democracia e sus críticos*. Buenos Aires: Ediciones Paidós Ibérica, 1992, p. 373.

¹³ RESTREPO, Ricardo Sanín. *Teoría Crítica Constitucional: rescatando la democracia del liberalismo*. Bogotá: Ibáñez, 2009.

¹⁴ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional. Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 44.

hegemônico. O conceito de desenvolvimento evoca uma perspectiva de desenvolvimento linear da história, progresso, em que algumas civilizações estão em um estágio mais avançado, e outras em estágio inferior, ou seja, estão “em desenvolvimento”, o que mascara uma visão hegemônica, eurocêntrica, de mundo¹⁵.

Do embate entre universalismo e relativismo dos direitos humanos (culturalismo e interculturalismo)

Os universalistas defendem um mínimo ético irredutível de conteúdo para os direitos humanos, independentemente das variações culturais¹⁶.

Os relativistas acreditam que o conteúdo dos direitos humanos está relacionado ao sistema político, econômico, cultural, social e moral de determinada sociedade, de molde a cada cultura dispor de um discurso próprio de direitos fundamentais. Não há uma moral universal, já que o mundo contempla uma pluralidade de culturas e, pois, valores.

Os relativistas acusam os universalistas de laborar sob uma visão de mundo hegemônica, eurocêntrica, que é imposta aos demais povos. Nesse sentido, é o posicionamento de Douzinas¹⁷ que rechaça os modelos de direitos humanos para exportação, entendidos como instrumentos de hegemonização de uma visão cosmopolitista, imperialista e empiricista, que acabam gerando a exclusão daqueles que não se moldam a tais modelos (os não humanos, o “eixo do mal”, ou os sem-pátria) ou a vitimização/imbecilização de alguns sujeitos de tais direitos, vistos como dignos de pena e amparo (os países de terceiro mundo).

Boaventura de Souza Santos¹⁸ sustenta um multiculturalismo emancipatório, no qual se parte do pressuposto de que todas as culturas são incompletas e que, conscientes de suas incompletudes mútuas, deveriam travar um diálogo intercultural, a fim de construir espaços comuns de compreensão. A construção da interculturalidade implica justamente que as diferentes culturas se constituem em “instâncias dialogais”¹⁹, devendo reconhecer suas diferenças e buscar mútua compreensão e valorização.

Canotilho registra que “a definição de intercultura, presente em qualquer dicionário moderno, faz realçar uma ideia básica: a de partilha de cultura, de

¹⁵ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Estado Plurinacional e Direito Internacional*. Curitiba: Juruá, 2012.

¹⁶ Nesse sentido, a discussão é repleta de perplexidades. Por exemplos, a maioria dos universalistas clama que o direito à vida seria universal. Mas o direito à vida, por si só, suscita muitas polêmicas: quando começa a vida, eutanásia, pena de morte, aborto, legítima defesa etc.

¹⁷ DOUZINAS, Costas. Os paradoxos dos direitos humanos. *Anuário do Núcleo Interdisciplinar de Estudos e Pesquisa de Direitos Humanos da UFG*. Pensar os direitos humanos: desafios à educação nas sociedades democráticas, v. 1, n. 1, 2011, p. 14.

¹⁸ SANTOS, Boaventura de Souza. Para uma concepção multicultural dos direitos humanos. *Contexto Internacional*, v. 23, n. 1, p. 7-34, 2001.

¹⁹ SALAS ASTYRAIN, Ricardo. Ética intercultural e pensamento latino-americano. In: Alteridade e multiculturalismo. *Revista Sequência*, n. 53, p. 113/128, dezembro de 2006, p. 120.

ideias ou formas de encarar o mundo e os outros”²⁰ e que “a interculturalidade começa por ser uma partilha comunicativa de experiências, valores e ideias não necessariamente plasmadas em vasos normativos”²¹.

Joaquim Herrera Flores²² formula um modelo de “universalismo de confluência”, o que redundaria em “um universalismo de ponto de chegada, e não de ponto de partida”. Com isso, afirma-se que é possível perfilar um mínimo ético irreduzível de conteúdo para os direitos humanos, mas tal “mínimo” é obtido por meio de instâncias culturais dialogais (ponto de chegada), negando-se, pois, a existência de um repertório prévio (ponto de partida) de valores universais irreduzíveis.

O que se pode concluir é que o processo de construção dos direitos humanos não admite um discurso assente em valores prévios e universais; trata-se de um processo de mestiçagem cultural, em que o paradigma cultural moderno (eurocêntrico) não é o único a estabelecer as condições de garantia jurídico e políticas ao desenvolvimento dos direitos humanos. A ele se assomam outras racionalidades e epistemologias tradicionalmente silenciadas e marginalizadas e que reclamam seu reconhecimento (sociologia das ausências).

O movimento interfronteiriço de pessoas²³, como feito da multiculturalidade, põe a prova o sentido ético da convivência humana e nossa ideia de reconhecimento dela. Provoca uma busca de uma ideia mais coerente e abrangente do que se entende por direitos humanos.

Pode-se falar ainda de um “pluriversalismo de confluência” ou “interculturalismo sócio-histórico”, em que se faz uma aposta pela fecundação mútua entre as culturas e as diversas modalidades de saber e conhecer, considerando, novamente, que todas as culturas são incompletas e se constroem por meio de processos de luta de signos, saberes e significantes, nos quais permanentemente se transformam as relações humanas, sociais, culturais e institucionais, na busca por reconhecimento e compreensão.

Para que seja possível esse tipo de interculturalidade, é necessário reconhecer que toda cultura está contaminada por muitas culturas e racionalidades (hegemônicas e excludentes), no que se deve defender uma igualdade na diferença

²⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006, p. 271.

²¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Brançosos” e Interconstitucionalidade: Itinerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional, op. cit., p. 274.

²² FLORES, Joaquín Herrera. Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência. *Revista Sequência*, v. 23, n. 44, Florianópolis, 2002. Tradução de Carol Proner, p. 7. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15330/13921>>. Acesso em: 11 mar. 2016.

²³ Esse problema hoje está em evidência. Os refugiados, aos milhões, nem sempre encontram fronteiras sem muros ou cercas, nem sempre são recebidos com a devida solidariedade.

e combinar ambos os princípios (o da igualdade e o da diferença), sob uma ótica emancipadora, defronte a qualquer situação que provoque desigualdade.

Igualmente, a interculturalidade não pode ignorar as relações de poder e as pretensões de hegemonia de culturas e/ou grupos sobre outros, em todos os níveis (epistemológico, axiológico, ideológico etc.). Deve-se criar espaços de capacitação dos seres humanos em sujeitos plurais, sem cair em uma funcionalidade que consolida imaginários hegemônicos predefinidos (ponto de partida).

Do embate entre o fundamentalismo institucionalizado e o pluralismo existencial

O fundamentalismo implica uma confusão entre Estado e uma instituição e, nesse sentido, a adoção de dogmas (verdades), que impõe um modo único de perceber o mundo.

No que tange a uma análise do “fundamentalismo religioso”, reconhece-se que os grupos religiosos têm o direito de construir suas identidades e valores de sagrado, mas não podem pretender sua hegemonização (uma religião oficial), com consequentes extermínio e marginalização de outras formas de pensar. A pluralidade de princípios e valores, convivendo em tolerância ou, quem sabe, harmonia, é o apanágio de uma sociedade democrática. Veja-se que o fundamentalismo religioso trará à baila as críticas dos relativistas aos universalistas, notadamente no tocante à hegemonização de uma maneira de ver o mundo, com a percepção única do cultural, sexual, social, econômico e moral, com o especial agravante de tal visão única ser imposta à força pelo aparato estatal.

Todavia, impende ressaltar que o fundamentalismo religioso não é o único que se apresenta perigoso à construção de um conceito democrático e pluralista de direitos humanos. Sem embargo, os países de modernidade tardia vivem sob a égide do fundamentalismo econômico, na medida em que as políticas públicas estatais são movidas, em grande parte, por imperativos de ordem econômica, relegando o ser humano a um papel secundário, senão instrumental. O Estado-Nacional presta auxílio a seus nacionais na medida das disposições orçamentárias (reserva do possível) e, aos estrangeiros, só o faz em momentos de prosperidade econômica – *vide* recente pronunciamento da chanceler alemã, Angela Merkel, sobre os imigrantes em seu país²⁴. É oportuno ressaltar que a “reserva do possível” é um conceito jurídico de todo inútil para avaliar e controlar as opções políticas que, anteriormente a uma judicialização, elegeram as “prioridades orçamentárias”. No Brasil²⁵, 45,11% da receita dos cofres públicos é destinada ao pagamento dos encargos da dívida e 21,76% à previdência, de maneira que os

²⁴ Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2015/07/jovem-palestina-chora-apos-ouvir-resposta-de-merkel-sobre-refugiados.html>>.

²⁵ Disponível em: <<http://www.auditoriacidada.org.br/>>.

recursos remanescentes (33%) é que comporão os debates acerca do mínimo existencial, o que vulnera seu especial desiderato de atender às necessidades humanas.

Também há, e são muitos os casos, o fundamentalismo político, como acontece em governos ditatoriais, nos quais existe somente uma percepção de ideologia política, projetando-se tal interpretação de mundo sobre os demais aspectos da vida.

Conclui-se que todos os fundamentalismos deveriam ser abordados como igualmente prejudiciais à democracia e, pois, ao desenvolvimento (do) e respeito ao ser humano.

Há duas estratégias, registradas por Flávia Piovesan²⁶, para reforçar o princípio da laicidade estatal: eliminando-se todas as formas de discriminação baseada em intolerância religiosa; e fortalecendo (e estimulando) leituras e interpretações progressistas no campo religioso, de modo a respeitar os direitos humanos.

Entende-se que a laicidade estatal ou neutralidade estatal diante da religião:

(...) pretende impedir a instrumentalização do poder político pelos poderes religiosos, e *vice-versa*, ao mesmo tempo que promove a autonomia das confissões religiosas e liberta o erário público de quaisquer encargos com a promoção da religião. Do mesmo modo ela pretende salvaguardar a igual dignidade e liberdade de todos os indivíduos, crentes e não crentes, colocando a visão individual em matéria de visões de mundo, religiosas ou não, fora do alcance dos poderes coercivos do Estado²⁷.

271

Todavia, a autora não menciona “quem” deveria realizar o estímulo às interpretações religiosas progressistas; não se pode cogitar que seja o Estado (ou uma sociedade internacional), pois isso implicaria a estatalização da religião, fenômeno tão indesejável quanto o próprio fundamentalismo religioso, sobejando, assim, que tal incentivo às interpretações religiosas progressistas caberia à sociedade, nela incluída a sociedade internacional, em exercício de cidadania (internacional).

Quanto aos demais possíveis fundamentalismos, o econômico e o político, observa-se que só um pluralismo epistemológico, e, por subsecutivo, pluralismos político e econômico, poderá trazer uma visão plural e democrática desses aspectos da vida humana. Como tais fundamentalismos se convolam em verdadeiras partes integrantes (dogmas) de um Estado-Nação, cogita-se aqui a maior importância de uma ação cidadã internacional, de um maior envolvimento da sociedade internacional, não apenas de outros Estados-Nação, mas de pessoas

²⁶ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional*. Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 51.

²⁷ MACHADO, Jónatas E. M. *Estado constitucional e neutralidade religiosa: entre o teísmo e o (neo)ateísmo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 24.

físicas e organizações internacionais, na defesa de visões diferentes de mundo, mas que foram silenciadas pela visão hegemônica (sociologia das ausências), funcionando como um limitador da ação interna do Estado sobre seus nacionais, no modelo do constitucionalismo global.

No campo econômico, é indispensável reconhecer que o modelo capitalista, apesar dos avanços que ofereceu à humanidade, não é o único nem o melhor modelo para todos os povos indistintamente. Há de se trabalhar o cooperativismo como opção viável ou modelos não direcionados à produção e ao consumo em massa, como o *sumak kawsay*, *buen vivir*, do Equador. E, mesmo no contexto do capitalismo, há de se cogitar a democratização dos meios de produção, com um incremento da participação dos trabalhadores nos destinos da empresa, tal como colimado por Robert Dahl²⁸. Com efeito, o trabalhador entende mais sobre o funcionamento de uma sociedade empresária que um acionista, que sequer conhece sobre sua atividade econômica, mas tem direito a voto.

Democratização dos recursos mundiais: direito ao desenvolvimento e combate às assimetrias globais na emancipação do ser humano

Direito ao “desenvolvimento”

O direito ao desenvolvimento compreende três dimensões:

1. Direito de participação na formulação, na fiscalização e no controle das políticas públicas.
2. Consagração do ser humano como sujeito central do desenvolvimento, participante e destinatário deles.
3. Cooperação internacional entre os países na perspectiva de criar uma responsabilidade internacional pelo desenvolvimento de todos os povos.

O direito de participação na formulação, na fiscalização e no controle das políticas públicas induz a percepção de democracia em sentido forte, mais especificamente, do exercício da cidadania como processo de participação do ser humano no processo de formação, conformação, transformação e fiscalização das decisões do poder político. Todavia, cumpre indagar se, em um contexto de globalização, no qual grandes interesses econômicos jazem concentrados em corporações internacionais com recursos comparáveis aos de Estados-Nação, poder-se-ia cogitar uma real participação popular na formulação, na fiscalização e no controle de políticas públicas. A soberania do Estado-Nação já é subserviente, em grande parte, ao capital internacional, de maneira que a própria definição das decisões coletivas será prejudicada pelo fundamentalismo econômico, retrodenunciado. Nesse sentido, a democracia dentro do Estado-Nação, e, pois,

²⁸ DAHL, Robert A. *La democracia e sus críticos*. Buenos Aires: Ediciones Paidós Ibérica, 1992, p. 388-389.

em um plano internacional, pedirá pela democratização dos meios de produção, sob pena de comprometimento de toda a agenda humanitária.

A consagração do ser humano como sujeito central do desenvolvimento, participante e destinatário dele, não ocorrerá sem a democratização dos meios de produção, do capital político e econômico da sociedade internacional. Como o ser humano pode ser sujeito do “desenvolvimento” (participante) se em nada, ou pouca medida, deliberou sobre determinado investimento? Ainda, como pode ser sujeito do “desenvolvimento” (destinatário) se as benesses deste ficam concentradas em poucas “mãos”?

A cooperação internacional entre os países, na perspectiva de criar uma responsabilidade internacional pelo “desenvolvimento” de todos os povos, não ocorrerá em um contexto de visão hegemônica de mundo, visto que ela só serve para justificar situações de desigualdade e injustiça.

Tentando fugir de um discurso hegemônico, adotar-se-á a expressão “direito ao bem-estar” em vez de “direito ao desenvolvimento”. Como já anotado, “desenvolvimento” evoca a perspectiva linear da história, com povos “avançados” e outros “primitivos”, ao passo que “bem-estar” é termo mais amplo, implicando o atendimento a “necessidades humanas básicas”, que, aliás, são o conteúdo de todo “direito humano”.

Necessidades humanas básicas, no ministério de Agnes Heller²⁹, compreendem o conjunto de necessidades de vida, de subsistência e culturais. Uma necessidade é reconhecida como legítima se sua satisfação não inclui a utilização de outra pessoa como meio. A propósito, Flávia Piovesan observa que:

Para a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, o desenvolvimento compreende um processo econômico, social, cultural e político, com o objetivo de assegurar a constante melhoria do bem-estar da população e dos indivíduos, com base em sua ativa, livre e significativa participação nesse processo, orientada pela justa distribuição dos benefícios dele resultantes³⁰.

Destarte, a concretização do direito ao desenvolvimento demanda que, aos direitos das diferentes “dimensões”, civis, políticos, econômicos e sociais, deve ser dispensada igual consideração, pois sua realização pressupõe uma forte interdependência (concepção de indivisibilidade).

O que se observa é que a agenda de direitos humanos é dominada por uma visão eurocêntrica, concentrada em um discurso de exaltação dos direitos civis

²⁹ HELLER, Agnes. *Más allá de la Justicia*. Barcelona: Crítica, 1990, p. 238-239.

³⁰ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional. Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 53.

e políticos; todavia, muitos povos necessitam de um novo catálogo de direitos na tônica dos direitos humanos, sendo eles os direitos econômicos e sociais. Com efeito, as necessidades dos povos dos países de capitalismo periférico, do “Sul”, são diferentes das dos povos do Ocidente setentrional: o cenário de privação de necessidades no Sul revela demandas por direitos prestacionais de maneira preponderante.

Importante a colocação de Vandana Shiva³¹, que propõe a necessidade de superar o paradigma da propriedade por um paradigma de diálogo, pluralismo e participação solidária no planeta, por meio de economias vivas, em que se compartilha equitativamente os recursos da Terra, para satisfazer às necessidades de comida e água. De certo, um “direito ao desenvolvimento”, ou ao “bem-estar”, como apregoa este trabalho, só se dará com a democratização dos recursos do planeta, o que inevitavelmente pedirá por uma revisão do direito à propriedade, apanágio da modernidade e da visão hegemônica eurocêntrica.

Combate às assimetrias globais de recursos econômicos

Como já assinalado, os interesses econômicos capitaneados pelas grandes corporações internacionais, orientados pelo fundamentalismo econômico capitalista, promovem, a um só tempo, a concentração de riquezas e a flexibilização de direitos sociais, notadamente nos países de modernidade tardia.

274

Tal postura dos grandes conglomerados econômicos pede por uma revisão do alcance do marco regulatório estatal, no intuito de proteger os direitos humanos. Os mercados livres, *mutatis mutandis*, assemelham-se à estrutura de um sistema político calcado na regra da maioria, sem a observância dos direitos das minorias: tudo é permitido a quem detém o capital econômico. A lógica do mercado opõe-se à lógica dos direitos humanos, eis que, enquanto estes pressupõem o respeito a um mínimo de direitos ao homem (sendo tal mínimo universal ou relativo, *a priori* ou construído), que é meio e fim em si mesmo, aquela busca eficiência. O mercado baliza-se a uma lógica instrumental, cientificista e economicista, que acarreta dominação e marginalização; os direitos humanos, de seu turno, visam a uma agenda igualitária, emancipatória, construída com uma racionalidade comunicativa e de alteridade³².

Flávia Piovesan³³ atenta, de maneira muito oportuna, que a agenda dos direitos humanos, com sua racionalidade emancipatória, comunicativa e de alteridade, deve se fazer presente na conduta de atores internacionais não estatais.

³¹ SHIVA, Vandana. *Manifiesto para una democracia de la tierra: justicia, sostenibilidad y paz*. Barcelona, Paidós, 2006.

³² WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. São Paulo: Alfa-Ômega, 2001, p. 261.

³³ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional*. Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 57.

As agências financeiras internacionais e o setor privado devem se balizar a uma política de direitos humanos. No tocante às agências financeiras internacionais, por exemplo, cita a autora que o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional (FMI) devem desenvolver políticas vocacionadas aos direitos humanos. Na mesma esteira, salienta que os paradoxos entre a formulação emancipatória dos direitos humanos e a tônica excludente mercadológica devem ser superados, democratizando-se o poder decisório de tais órgãos. Quanto ao setor privado, as empresas multinacionais devem ser chamadas a cumprir sua responsabilidade social, sendo “incentivadas” por empréstimos internacionais condicionados a compromissos em direitos humanos, além de imposição de sanções comerciais a empresas violadoras dos direitos sociais³⁴.

Da intolerância e do direito à diferença nas racionalidades de exclusão e emancipação (respectivamente)

Consoante já registrado, José Luiz Quadros de Magalhães³⁵ denunciou que o atual modelo de direito internacional é uma reprodução do modelo de Estado-Nação europeu, que labora em um sistema peculiar de perceber a realidade, intitulado a “epistemologia da modernidade”.

A “epistemologia da modernidade” labora sobre o paradigma da simplicidade, que dualiza, hierarquiza, amputa e reduz a realidade em geral. Os sujeitos e os fatos da vida que não se balizam ao paradigma da simplicidade são marginalizados, excluídos e exterminados. O mundo é enxergado sob uma “lente” confeccionada por homens, brancos, varões, cristãos e pequenos proprietários. A visão hierarquizada coloca os próprios homens em castas: grandes proprietários, doutores, trabalhadores, “braçais”, campesinato etc. É fato que os piores empregos, na maior parte das vezes, são destinados àqueles que se desviam do padrão hegemônico de perceber o mundo: aos negros, homossexuais, mulheres e despossuídos. O tráfico de pessoas e o trabalho escravo têm nesses excluídos seu grande público³⁶, o que traduz a coisificação do humano, que é o último estágio de exclusão de um ser humano de sua qualidade de sujeito de direito e do conhecimento.

As racionalidades científico-instrumental, economicista mercadológica e patriarcal produzem uma grande massa de excluídos das benesses da modernidade,

³⁴ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional*. Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano, op. cit., p. 59.

³⁵ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Estado plurinacional e direito internacional*. Curitiba: Juruá, 2012.

³⁶ RUBIO, David Sanchez. La inmigración y la trata de personas cara a cara con la adversidad y los Derechos Humanos: xenofobia, discriminación, explotación sexual, trabajo esclavo y precarización laboral. *Revista Eletrônica do Ministério Público do Trabalho*, PRADO, Erlan José Peixoto do; COELHO, Renata (Orgs.). Brasília: Ministério Público do Trabalho, 2015.

de maneira que, como pontua Flávia Piovesan³⁷, “a efetiva proteção dos direitos humanos demanda não apenas políticas universalistas, mas específicas, endereçadas a grupos socialmente vulneráveis, enquanto vítimas preferenciais da exclusão”.

É insuficiente, pois, diante das racionalidades de exclusão, dispensar à pessoa um tratamento jurídico de direitos humanos geral e abstrato. É necessário atentar-se à especial situação de vulnerabilidade do outro (ética de alteridade) para lhe dispensar um reconhecimento de direitos que o possa emancipar da situação de negação de bens da vida, de necessidades humanas legítimas. É a realização do direito à igualdade material, como ideal de justiça alicerçado no reconhecimento de identidade, no reconhecimento das peculiaridades e das especificidades da existência do outro.

Todavia, só se perceberão as peculiaridades do outro quando for reconhecida a diferença, quando se construir um imaginário que conceba a diferença não como inferioridade, mas como simples pluralidade de existência. É o direito ao reconhecimento, o qual “requer medidas de enfrentamento da injustiça cultural, dos preconceitos e dos padrões discriminatórios, por meio da transformação cultural e adoção de uma política de reconhecimento”³⁸.

Quando a tolerância, o reconhecimento e a solidariedade perpassam o imaginário coletivo, pode-se chegar a um cenário ótimo em que todos e cada um se tornam guardiões dos direitos humanos, e não somente o Estado³⁹. Os direitos humanos não são violados apenas pelos Estados, mas também pelos particulares: atos de discriminação (“machismo”, “racismo”, “homofobia” etc.), de exploração do trabalho dos mais pobres, da condição de vulnerabilidade de crianças, idosos, consumidores etc. são igualmente violações de direitos. Se qualquer cidadão pode ser, em potencial, um violador de direitos humanos, o pode, também, ser um potencial guardião/garantidos de direitos humanos. A potencialidade do particular para a prática garantidora de direitos humanos deve ser fomentada e desenvolvida por todas as instituições e os concidadãos.

Combate ao terrorismo e preservação dos direitos humanos

Novamente no protesto de Douzinas⁴⁰ contra os modelos de direitos humanos para exportação, tem-se de evitar que estes sejam entendidos como instrumentos

³⁷ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional*. Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 61.

³⁸ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional*. Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano, op. cit., 2012, p. 63.

³⁹ RUBIO, David Sanchez. La inmigración y la trata de personas cara a cara con la adversidad y los Derechos Humanos: xenofobia, discriminación, explotación sexual, trabajo esclavo y precarización laboral. *Revista Eletrônica do Ministério Público do Trabalho*, PRADO, Erlan José Peixoto do; COELHO, Renata (Orgs.). Brasília: Ministério Público do Trabalho, 2015, p. 151-152.

⁴⁰ DOUZINAS, Costas. Os paradoxos dos direitos humanos. *Anuário do Núcleo Interdisciplinar de Estudos e Pesquisa de Direitos Humanos da UFG*. Pensar os Direitos Humanos: desafios à educação nas sociedades democráticas, v. 1, n. 1, 2011, p. 14.

de hegemonização de uma visão cosmopolitista, imperialista e empiricista, que acabam gerando exclusão e satanização daqueles que não se moldam a tais modelos, promovendo identidades coletivas marginais, como o “eixo do mal”, o “carniceiro dos Bálcãs”, “ditaduras antidemocráticas” etc. e/ou a vitimização/imbecilização de alguns sujeitos de tais direitos, vistos como dignos de pena e amparo (os países de capitalismo tardio).

Ainda com Douzinas⁴¹, tanto a exclusão quanto a imbecilização de seres humanos na hodierna política de direitos humanos hegemônica⁴² são perniciosas à afirmação de direitos humanos como conquista legítima, eis que lhe subtraem seu cerne principal: o protesto contra a exclusão, a dominação e a exploração.

Dessa maneira, ao cuidar do “terrorismo”, há de fazê-lo sob um viés crítico, separando o que se trata de efetiva violação de direitos humanos e de guerra ideológica de modelos de percepção de mundo. Ainda nesse particular, não se deve olvidar que os “outros”, “os inimigos do mundo livre”, não são os únicos a cometer sistemáticas violações aos direitos humanos: o “ocidente livre” tem Guantánamo; negligencia obsequiosamente a questão das violações aos direitos humanos na Palestina; promulga o *patriot act*⁴³, tem uma polícia nacional que mata jovens negros pobres⁴⁴; entre outras políticas atentatórias aos direitos humanos.

Isso posto, quando se fala em terrorismo, deve-se tomá-lo como a institucionalização – terrorismo estatal, financeiro, social⁴⁵ – ou prática do medo como instrumento de imposição de um modelo de perceber o mundo (fundamentalismo religioso, econômico, político ou ideológico) e, pois, de negação de direitos humanos.

Com efeito, o cenário pós-11 de setembro de 2001 trouxe à baila um combate ao terrorismo calcado em medidas de força que restringem sensivelmente direitos, liberdades e garantias. Em nome de uma “segurança” e “preservação do estilo de vida”⁴⁶, os Estados Unidos, sob o governo de George W. Bush, adotaram uma doutrina de “combate ao terror” baseada no unilateralismo, em ataques preventivos e no recrudescimento do poder militar. Ora, toda a “doutrina de segurança Bush” sepulta qualquer instância dialogal, necessária à construção de consensos provisórios em matéria de direitos humanos, impossibilitando o compartilhamento de valores e costumes. O que se pretende é a hegemonização, à força, de um “estilo de vida”.

⁴¹ DOUZINAS, Costas. Os paradoxos dos direitos humanos, op. cit.

⁴² A situação traz à mente o ocorrido no debate entre Sepúlveda e Bartolomé de las Casas, em que os índios eram imbecilizados e os mouros satanizados e excluídos da esfera de direitos da Coroa espanhola.

⁴³ Disponível em: <<https://www.congress.gov/bill/107th-congress/house-bill/3162>>.

⁴⁴ Disponível em: <<http://www.revistaforum.com.br/blog/2015/04/morte-de-mais-um-negro-desarmado-gera-revolta-e-toque-de-recolher-nos-eua/>>.

⁴⁵ SANTOS, Boaventura de Souza. Poderá o direito ser emancipatório? *Revista Crítica de Ciências Sociais*, v. 65, p. 3-76, maio 2003.

⁴⁶ O *american way of life* nada mais é que a propagação e a defesa armada de uma visão hegemônica de mundo.

Destarte, a paranoia que se instalou no “ocidente livre”, na panaceia de contenção da “ameaça do terror”, compromete o imaginário de uma “ordem jurídica internacional” capaz de garantir os direitos humanos.

Nesse sentido, para realizar um combate ao “terrorismo”, mister a “consolidação dos delineamentos de um Estado de Direito no plano internacional”⁴⁷. É o constitucionalismo global, como mecanismo legítimo, eis que construído consensualmente, que impõe limites aos Estados Nacionais, no sentido de perfilhar qual a atuação tolerável na “cruzada contra o terror”, qual o sacrifício de direitos humanos que se pode admitir. Nesse sentido, laboram o artigo 4º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, o artigo 27 da Convenção Americana de Direitos Humanos e o artigo 15 da Convenção Europeia de Direitos Humanos que traçam um mínimo de direitos a serem respeitados em casos de guerra, instabilidade política, grave comoção institucional ou calamidade pública. A Convenção contra a Tortura alinha-se ao imperativo do resguardo de um mínimo de direitos.

Além da proteção de um mínimo de direitos, deveria haver um consenso acerca do que é terrorismo e o que pode ser entendido como “lutas armadas políticas” ou “direito de resistência”⁴⁸. O que já se registrou é que o “terrorismo” deve deixar de ser visto como uma categoria de insurgentes contra um modelo hegemônico e passar a designar aqueles que perpetraram atentados sistemáticos contra os direitos humanos. O “terrorismo” é a negação dos direitos humanos pela ameaça, pelo medo e pelo abalo do direito à segurança em sentido amplo, uma das conquistas seculares do Direito.

278

CONCLUSÃO

No encerramento deste trabalho, intentou-se oferecer uma perspectiva crítica de direitos humanos no âmbito internacional à luz de seu processo de interna-

⁴⁷ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional*. Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 65.

⁴⁸ Não se pode furtrar, no propósito deste trabalho, de dedicar algumas linhas à questão do Estado Islâmico. É sabido que ele opera por técnicas drásticas, como decapitações e imolações de seres humanos televisionadas e discursos fundamentalistas (morte aos infiéis) de justificação de todo tipo de violação de direitos humanos. Como já anotado, onde há fundamentalismo, existe pouco, ou, às vezes, e infelizmente, nenhum espaço para o diálogo. Se o interlocutor não está minimamente disposto a dialogar e chega ao extremo de apregoar o extermínio sistemático de opositores, não se pode realmente recorrer ao diálogo, restando somente o recurso à força. Todavia, não se pode olvidar que se deve rechaçar as generalizações que tomam um povo, uma cultura ou uma religião pelos seus elementos radicais: o islã não se resume ao Estado Islâmico ou aos seus séquitos de homens-bomba. O recurso à força, em nossa opinião, será sempre um paliativo – inevitável, ficando a solução do problema nas mãos do povo de onde os radicais surgem. Deve-se fomentar junto aos povos islâmicos um diálogo que prime pela paz, pelo entendimento e pelo combate ao radicalismo e terrorismo. Sem uma base de obtenção de pessoal (recrutamento) ou campo fértil para propagação de discursos de ódio ao diferente, acreditamos que os radicalismos definham e morrem – mas a *causa mortis* será a falência da ideologia radical.

cionalização, com vistas a transcender uma visão hegemônica, estatalista e economicista na qual o debate usualmente se desenvolve no cenário internacional.

Deve-se romper com o imaginário simplista e reduzido sobre direitos humanos, que se baseia em um paradigma estatalista e pós-violatório destes.

Assim sendo, defende-se uma proposta complexa de direitos humanos, que engloba sua dimensão de processo de abertura e consolidação de espaços de luta por diversas formas de entender a dignidade humana.

Impõe-se ampliar a noção de direitos humanos a partir de um paradigma de complexidade e inter-relacionalidade, para nela incluir as lutas que originam e significam tais direitos, as distintas eficácias e garantias de caráter jurídico não estatal e as garantias não jurídicas.

Com isso, tenciona-se concluir que o conteúdo dos direitos humanos não deve ficar circunscrito aos direitos positivados por determinado conjunto de Estados-Nação, mas, antes, guardar relação com a realidade de necessidade, opressão e marginalização que determinado ser humano ou grupo de seres humanos sofre. Por isso, não deve ser o Estado o único garantidor de direitos humanos, mas todos e cada um.

Na mesma linha, para superar a racionalidade economicista vigente, em que os direitos humanos existem nos limites das possibilidades (interesses) econômicas dos Estados-Nação, deve-se retomar o pensamento complexo, que percebe que a realidade não se cinge às dualidades propostas pelo pensamento ocidental simplista: não se restringe a questão ao “estrangeiro *versus* nacional”, na luta por recursos financeiros. Entre as dualidades conhecidas e em que se conforma a realidade internacional (nacional e estrangeira), há outras realidades, que compõem justamente a complexidade da vida – há cooperação, solidariedade, simpatia e alteridade, ou seja, espaços comuns de diálogo.

Há de se superar o reducionismo jurídico que reputa direitos humanos apenas aqueles positivados pelos Estados-Nação, sejam eles positivados em tratados, convenções ou mesmo nos ordenamentos domésticos; deve-se consagrar um pluralismo jurídico internacional, construído sob uma perspectiva de interculturalidade. Os Estados-Nação não conseguiram fazer frente à demanda por direitos humanos, seja na ordem interna, seja na internacional, ocasionando situações de tragédia humana, como refugiados, imigrantes, apátridas, privados das mais elementares condições de satisfação de necessidades humanas. Além disso, os mesmos Estados-Nação constantemente se digladiam com a questão acerca de quais direitos humanos devem ser acudidos com os recursos de que dispõe e de que maneira. A inoperância e a impotência estatal em resolver a demanda por direitos humanos trouxeram à lume um novo espaço comum de diálogo, materializado na sociedade.

Esse novo protagonista das decisões políticas, a sociedade, compõe-se de comunidades e culturas diversas, nelas incluídas as comunidades de imigrantes e

apátridas, o que induz que uma verdadeira democracia deve reconhecer os valores coletivos ínsitos de cada universo cultural e comunitário, inclusive dos imigrantes, apátridas e refugiados, como titulares de necessidades humanas legítimas.

Um espaço democrático internacional, pois, é aquele que assegura a coexistência de formas culturais diferentes, materializadas em grupos ou comunidades imersos em seus universos culturais próprios.

Para assegurar a convivência de culturas diferentes, ordenamentos jurídicos diferentes, há de se assentar que nenhuma cultura é, em si, um valor absoluto, senão uma possibilidade aberta de intercâmbios com outras culturas. Essa é a perspectiva da interculturalidade, cuja construção, como já anotado, implica que as diferentes culturas no plano internacional se constituem em instâncias dialógicas, devendo reconhecer suas diferenças e buscar mútua compreensão e valorização. As instâncias dialógicas, ou as culturas em processo dialógico de intercâmbio social, buscam a construção de valores comuns por meio de centros geradores de Direito variados, não se restringindo aos órgãos oficiais.

Todos os povos, grupos e nações, portanto, como coletividades detentoras de legítimas necessidades humanas, em esforço dialógico com instâncias governamentais e não governamentais, podem construir um sistema de proteção assistencial mínima, sem a exigência de reciprocidade entre Estados-Nação. É a sociedade internacional, composta de indivíduos, nacionais e estrangeiros, brancos e negros, homens e mulheres, com espede em valores de solidariedade e alteridade, que construirá um conceito conteudístico, provisório e consensual de direitos humanos.

O fato é que a dimensão reducionista, simplista e hegemônica dos direitos humanos precisa ser superada, porquanto inoperante, o que ocorrerá quando todos e cada um chamarem para si a responsabilidade de garantir a efetivação dos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

- ARENDDT, Hanna. *As origens do totalitarismo*. Tradução de Roberto Raposo. 3. ed. São Paulo: Cia. das Letras, 1989.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- DAHL, Robert A. *La democracia e sus críticos*. Buenos Aires: Ediciones Paidós Ibérica, 1992.
- DALSOTTO, Lucas Mateus; CAMATI, Odair. Dignidade humana em Kant. *Theoria – Revista Eletrônica de Filosofia. Faculdade Católica de Pouso Alegre*, v. V, n. 14, 2013. Disponível em: <http://www.theoria.com.br/edicao14/dignidade_humana_em_kant.pdf>.
- DOUZINAS, Costas. Os paradoxos dos direitos humanos. *Anuário do Núcleo Interdisciplinar de Estudos e Pesquisa de Direitos Humanos da UFG*. Pensar os Direitos Humanos: desafios à educação nas sociedades democráticas, v. 1, n. 1, 2011.

- DUSSEL, Enrique. *1492: El encubrimiento del otro – hacia el origen del mito de la modernidad*. La Paz: Plural, 1994.
- FERRAJOLI, Luigi. *Diritti fondamentali – Um dibattito teórico, a cura di Ermanno Vitali*. Roma, Bari: Laterza, 2002.
- FLORES, Joaquín Herrera. Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência. *Revista Sequência*, v. 23, n. 44, Florianópolis, 2002. Tradução de Carol Proner. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15330/13921>>. Acesso em: 11 mar. 2016.
- HELLER, Agnes. *Más allá de la justicia*. Barcelona: Crítica, 1990.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial Barcarolla, 2009.
- KANT, Immanuel. *La metafísica de las costumbres*. Tradução de Adela Cortina Orts e Jesús Conill Sancho. 3. ed. Madri: Tecnos, 1989.
- MACHADO, Jónatas E. M. *Estado Constitucional e neutralidade religiosa: entre o teísmo e o (neo)ateísmo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Estado plurinacional e direito internacional*. Curitiba: Juruá, 2012.
- MORENO, Isidoro. Derechos humanos, ciudadanía e interculturalidad. In: DÍAZ, Emma Martín; SIERRA, Sebastián de la Obra (Eds.). *Repensando la ciudadanía*. Sevilla: El Monte, 1998.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional*. Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- RESTREPO, Ricardo Sanín. *Teoría crítica constitucional: rescatando la democracia del liberalismo*. Bogotá: Ibáñez, 2009.
- RUBIO, David Sanchez. La inmigración y la trata de personas cara a cara con la adversidad y los Derechos Humanos: xenofobia, discriminación, explotación sexual, trabajo esclavo y precarización laboral. *Revista Eletrônica do Ministério Público do Trabalho*, PRADO, Erlan José Peixoto do; COELHO, Renata (Orgs.). Brasília: Ministério Público do Trabalho, 2015. RUBIO, David Sanches; DE FRUTOS, Juan Antônio. *Teoría Crítica del Derecho*. Aguascalientes: Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispal, 2013.
- SAITO, Silvia M. *Desastres naturais: conceitos básicos*. Disponível em: <http://www.inpe.br/crs/crectalc/pdf/silvia_saito.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2016.
- SALAS ASTYRAIN, Ricardo. Ética intercultural e pensamento latino-americano. *Revista Sequência*, n. 53, p. 113/128, dezembro de 2006.
- SANTOS, Boaventura de Souza. Poderá o direito ser emancipatório? *Revista Crítica de Ciências Sociais*, v. 65, p. 3-76, maio 2003.
- SANTOS, Boaventura de Souza. Para uma concepção multicultural dos direitos humanos. *Contexto Internacional*, v. 23, n. 1, p. 7-34, 2001.
- SHIVA, Vandana. *Manifiesto para una democracia de la tierra: justicia, sostenibilidad y paz*. Barcelona: Paidós, 2006.
- WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. São Paulo: Alfa-Ômega, 2001.

O ROMPIMENTO DA BARRAGEM EM MARIANA: IMPACTOS NA COMUNIDADE INDÍGENA KRENAK À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA INTERAMERICANA

THE BREACH OF THE DAM IN MARIANA: IMPACTS IN THE INDIGENOUS COMMUNITY KRENAK IN THE LIGHT OF INTERAMERICAN JURIPRUDENCE

*Letícia Soares Peixoto Aleixo**
*Pedro Gustavo Gomes Andrade***

RESUMO

Este trabalho trata da temática do direito dos povos indígenas, por meio de um estudo de caso do recente rompimento da barragem de rejeitos de mineração da empresa Samarco S/A e seus impactos na comunidade Krenak. Propõe-se o diálogo entre as normas do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e o direito interno brasileiro, por meio do controle de convencionalidade difuso, como forma de se garantir uma maior eficácia à proteção das comunidades tradicionais.

Palavras-chave: Direitos humanos dos povos indígenas; Controle de convencionalidade; Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

ABSTRACT

This paper focuses on the subject of the rights of Brazilian indigenous peoples, more specifically, the case study of the recent rupture of the dam mining tailings from the company Samarco S/A and its impacts at the Krenakindigenous community. We propose a dialogue between Inter-American System of Human Rights rules and Brazilian domestic law, through the “control of conventionality”, as mechanism to ensure the protection of traditional communities.

Keywords: Human rights of indigenous peoples; Control of conventionality; Inter-American System of Human Rights.

* Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Ex-integrante do Grupo de Estudos em Direito Internacional dos Direitos Humanos (GEDI-DH) da UFMG. Integrante da Clínica de Direitos Humanos da UFMG.

** Mestre em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável pela Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC). Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Assessor Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMGO).

INTRODUÇÃO

A discussão acerca da transnormatividade no âmbito do direito internacional se insere no contexto de superação da velha dicotomia entre *monismo e dualismo*. Cada vez mais, percebe-se que não há conflito entre os regimes normativos do direito interno e internacional, mas, ao contrário, que ambos dialogam e se inter-relacionam mutuamente. É nesse cenário que surgem conceitos como o direito transnacional ou constitucionalismo transnacional.

No âmbito do direito brasileiro, é especialmente relevante a questão das normas do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, cujo marco normativo é o Pacto de San José da Costa Rica, ou Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH). Tais normas detêm um caráter materialmente constitucional, sendo inclusive reconhecidas expressamente como normas supralegais no entendimento do Supremo Tribunal Federal. Daí é que surge a necessidade de controle de convencionalidade dos atos normativos e práticas internas de modo a adaptá-los às obrigações internacionais do Estado Brasileiro em matéria de direitos humanos.

Tratando dessa temática de maneira transversal, este artigo analisa o direito dos povos indígenas no âmbito da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), a partir de estudo de caso relativo à tragédia do rompimento da barragem de rejeitos de mineração da empresa Samarco, em Mariana (MG), e seus impactos na comunidade indígena Krenak, que habita historicamente às margens do Rio Doce.

O trabalho se divide em três partes: primeiro, faz-se uma breve explanação dos fatos relacionados ao rompimento da barragem de Fundão, em Mariana; depois, narra-se o histórico de perseguição e violações do povo Krenak; e, finalmente, analisa-se a noção de danos coletivos, culturais e espirituais no direito interno brasileiro e na jurisprudência da Corte IDH, a fim de demonstrar a necessidade latente de controle de convencionalidade nesse caso específico.

O ROMPIMENTO DA BARRAGEM, AS IRREGULARIDADES DO EMPREENHIMENTO E A OMISSÃO DO PODER PÚBLICO

O rompimento da barragem da empresa Samarco Mineração S/A, em novembro de 2015, constituiu não somente um dos mais graves desastres ambientais brasileiros, mas, igualmente, uma lesão aos direitos de povos tradicionais que residem historicamente às margens do Rio Doce. O desastre ocorreu no distrito de Bento Rodrigues, subdistrito de Mariana, Minas Gerais, afetando toda a região e o ecossistema da bacia hidrográfica do rio, incluindo cerca de 450 km a jusante de sua extensão fluvial até a zona costeira de sua foz no Estado do Espírito Santo.

A empresa Samarco é uma *joint venture* entre a empresa brasileira Vale S/A e a empresa australiana BHP Billiton. O Reservatório de Fundão, que se rompeu, é somente uma entre outras barragens de rejeitos da atividade minerária do Complexo Minerador Germano/Alegria. No mesmo local, encontram-se, ainda, as barragens de Santarém e de Germano que, apesar de não terem se rompido com o desastre, sofreram danos e apresentam instabilidade.

As atividades do complexo minerário se iniciaram em 1978, no período da ditadura militar brasileira. As licenças foram concedidas sob uma perspectiva desenvolvimentista. Desse modo, os diversos processos de licenciamento aos quais foram submetidas as barragens não respeitaram necessariamente os padrões mínimos previstos na Constituição de 1988 para a proteção do meio ambiente e das populações humanas localizadas nas proximidades do empreendimento.

O rompimento da barragem de Mariana pode ser entendido como a “crônica de uma morte anunciada”: foi precedido por uma série de irregularidades no âmbito do seu processo de licenciamento ambiental, envolvendo a omissão quanto a riscos inerentes à segurança humana, o descumprimento de condicionantes ambientais e a falta de garantia do direito de participação e de informação. Ainda, houve – a pedido do empreendimento e com a aceitação da administração pública – a prorrogação dos prazos de condicionantes anteriores que já deveriam ter sido cumpridas, cujo objetivo era o de prevenir danos ambientais irreversíveis. A licença de operação da empresa Samarco Mineração foi, então, revalidada em 2013 pelo prazo de seis anos, não sendo o excesso de condicionantes considerado uma evidência da inviabilidade do empreendimento¹.

285

Foi ainda preocupante a falta de participação da comunidade atingida no referido processo. O Plano de Ações Emergenciais (PAE) da empresa, por exemplo, não previa a participação de atores externos às suas atividades, como os moradores das comunidades diretamente afetadas. Diretrizes nacionais e internacionais, como o APEEL-Mineração (*Awareness and Preparedness for Emergencies at Local Level*) do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA) e a Deliberação Normativa COPAM n. 62/2002, preveem a participação da comunidade local como um elemento essencial para prevenir acidentes e desastres, evitando, ou ao menos reduzindo, os danos gerados. No entanto, no caso concreto, percebe-se que a empresa deixou a comunidade local e as populações ribeirinhas à mercê da própria sorte para lidar com os efeitos repentinos de um desastre ambiental.

¹ Um exemplo é o plano de análise de ruptura (DAM-BREAK), previsto para ser entregue ao órgão ambiental (SUPRAM) em julho de 2007, segundo o Plano de Controle Ambiental (PCA), mas que, até 2013, permanecia como uma condicionante do empreendimento não cumprida e prorrogada.

O caso apresenta, portanto, indícios tanto da responsabilidade da empresa quanto do próprio Estado brasileiro pela omissão no dever de fiscalizar. Nesse ponto, é relevante acompanhar os desdobramentos da tragédia, para fins, inclusive de configurar a responsabilidade internacional do Estado. Afinal, o primeiro artigo da Convenção Americana nos indica, de pronto, o dever dos Estados-partes de respeitar e garantir os direitos previstos no instrumento internacional, de maneira a prevenir, investigar e sancionar toda violação de direitos humanos, bem como de reparar, na maior medida possível, os danos causados. Dessa forma, mesmo que uma violação de direitos humanos tenha sido perpetrada por particular, ela pode acarretar a responsabilidade internacional do Estado, não pelo ato em si, mas “pela falta da devida diligência para prevenir a violação ou para tratá-la nos termos requeridos pela Convenção”².

O POVO KRENAK: UMA HISTÓRIA DE PERSEGUIÇÃO E VIOLAÇÕES

Além dos danos à população de Mariana e às comunidades ribeirinhas, o rompimento da barragem provocou graves danos à comunidade indígena Krenak, que habita às margens do Rio Doce e dependia intimamente do rio para sobreviver. Denominados no período colonial brasileiro de *Botocudos do Leste* pelos portugueses e de *Aimorés* pelos tupis, os Krenak atuais são os últimos remanescentes da etnia do ramo macro-jê que se autodenominava *Borun* ou *Grén*³. Conforme dados da Fundação Nacional de Saúde (Funasa), a população Krenak em 2010 se encontrava reduzida a 350 pessoas e, hoje, conta com cerca de 600.

A violação de direitos do povo Krenak, infelizmente, é antiga na história brasileira. Ao longo de todo o período da colonização, seus antepassados foram vítimas de massacres e paulatinamente expulsos da região do Rio Doce pelos colonos que buscavam encontrar metais preciosos em Minas Gerais. Em 1808, o rei Dom João VI, recém-chegado ao Brasil, chegou a declarar “Guerra Justa” aos Botocudos, sob a acusação de antropofagia – algo que não se confirma na documentação histórica – e de que eram irredutíveis à civilização, por impedirem a ocupação das terras e a navegação pelo Rio Doce. Após a decretação de guerra, seguiu-se uma nova Carta Régia, que buscava pacificação dos indígenas, mediante a promoção da educação religiosa, a autorização do confisco das terras por eles ocupadas e a consequente distribuição na forma de sesmarias, bem como a criação de aldeamentos administrados por particulares nos quais se autorizava o trabalho forçado de indígenas capturados por um período entre doze meses e vinte anos.

² CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. v. I. p. 367.

³ PARAÍSO, Maria Hilda Baqueiro. Krenak. In: *Enciclopédia dos Povos Indígenas no Brasil*. Instituto Socioambiental. Disponível em: <<http://pib.socioambiental.org/pt/povo/krenak/>>. Acesso em: 28 nov. 2015

A dizimação física e cultural dos Krenak perdurou ao longo do século XX, quando foram realocados em 1911 pelo Serviço de Proteção ao Índio (SPI), órgão indigenista da época, a uma reserva de 4 mil hectares na região próxima a Resplendor e Conselheiro Pena, na bacia do Rio Doce. Ao longo das décadas seguintes, sofreram um processo de diáspora orquestrado pelo governo brasileiro, sendo forçados a migrar para o Posto Indígena Maxakalí, em 1953, para o Reformatório Agrícola Indígena de Resplendor/MG – ou Centro de Reeducação Indígena Krenak (Reformatório Krenak) –, em 1968, e para a Fazenda Guarani, em 1973. Estes dois últimos, conforme dados do Relatório Figueiredo liberado em 2013, se caracterizaram como verdadeiros campos de concentração durante o período da ditadura brasileira, tendo sido palcos de casos de trabalhos forçados, tortura e assassinatos.

A partir de 1980, teve início o processo de retorno à sua terra indígena tradicional, não antes de uma longa reivindicação fundiária pela demarcação da terra – mesmo após a Constituição de 1988, que previa o prazo de cinco anos para a demarcação de todas as terras indígenas. Em 1997, os Krenak lograram de fato retornar à terra de 4 mil hectares demarcada pelo SPI na década de 1920, após decisão judicial do Supremo Tribunal Federal para retirada dos arrendatários que haviam obtido ilegalmente títulos de propriedade do governo de Minas Gerais.

Os Krenak foram, e ainda o são, vítimas de uma visão desenvolvimentista de progresso. Não obstante os conflitos fundiários, a etnia continuou a enfrentar os impactos de uma série de projetos de desenvolvimento que os afetavam diretamente – como a Usina Hidrelétrica Aimoré e a Estrada de Ferro Vitória-Minas, construída pela então Companhia Vale do Rio Doce, detentora de 50% das ações da atual Samarco Mineração. Conforme relatam professores Krenak:

Existe abaixo do território Krenak uma represa. E todos os peixes ficam retidos nela. Para que eles possam atravessar, só se destruir. Quando acabarem os peixes, não tem mais volta. Depois que fizeram a represa lá em Aimorés, há muitos peixes morrendo. E ainda com o rio completamente poluído, além de acabar com os peixes e contaminá-los, pode ainda causar doenças para quem consome sua água. A água que os Krenak utilizam para tudo é a que passa na aldeia. E eles são obrigados a passar por essa situação, de beber água poluída, de comer peixes contaminados, pois eles não têm água encanada⁴.

A relação dos Krenak com o Rio Doce, o qual eles denominam *Uatu*, é espiritual e de afeto. Em relatos recentes, lideranças Krenak descrevem os danos ao Rio Doce decorrentes do rompimento da barragem de rejeitos da empresa Samarco como “a morte de um parente”. Não se trata ele somente de um recur-

⁴ KRENAK, Itamar de Souza Ferreira; ALMEIDA, Maria Inês de; Alunos de Estudos Temáticos de Edição (Orgs.). *Uatu Hoom*. Belo Horizonte: UFMG/Edições Cipó Voador, 2009, p. 69.

so natural, visto que não há para eles uma separação estanque entre homem e natureza: a morte do rio é a morte dos próprios Krenak. Nesse sentido, o Rio Doce é para os Krenak um local sagrado, uma entidade integrante de sua cosmologia, um elemento essencial de seus modos de vida tradicionais e um elo entre o passado, o presente e o futuro. O rompimento da barragem e os rejeitos de lama tóxica significam não somente a impossibilidade das atividades de pesca entre os Krenak e o próprio abastecimento e acesso à água para suas necessidades básicas, mas, igualmente, um atentado ao seu patrimônio cultural e à relação espiritual e histórica mantida por eles com o rio.

DANOS COLETIVOS, CULTURAIS E ESPIRITUAIS NO DIREITO INTERNO BRASILEIRO E NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A noção de danos coletivos ou culturais é algo relativamente recente na doutrina jurídica. Em especial no direito brasileiro, considerava-se até recentemente que o dano moral, por ter natureza de direito da personalidade, seria adstrito meramente à esfera individual. Somente com a Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85), com as alterações da Lei n. 8.884/94, admitiu-se no direito interno a possibilidade de danos morais nos casos de tutela de interesses difusos e coletivos, como os danos ao meio ambiente, ao consumidor e ao patrimônio histórico-cultural. Tal previsão legal admite a noção de um dano mesmo em face da inexistência de uma pessoa determinada (personalidade jurídica ou natural).

Além disso, no que tange ao dano cultural, como ocorrido no caso supracitado dos Krenak, entende-se que o patrimônio cultural é constituído por bens e valores intangíveis de determinada comunidade, representativos de referências materiais e imateriais. O dano cultural seria, portanto, um dano moral coletivo, vivenciado por indivíduos que suportam um prejuízo a um interesse comum.

A despeito da previsão legal, são escassas as decisões nos tribunais nacionais acerca do dano moral coletivo. Contudo, nesse ponto, a jurisprudência da Corte IDH contribui com um entendimento mais profundo acerca da questão, uma vez que analisa a noção de dano coletivo não somente à luz da CADH e de seu Protocolo Adicional em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, mas também de outros dispositivos internacionais, como a Convenção n. 169 sobre Povos Indígenas e Tribais da OIT (1989) e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, que se provam relevantes para a análise do presente caso concreto dos danos à comunidade Krenak.

Essa análise de compatibilidade dos atos e decisões de toda e qualquer autoridade pública em face do tratado e da interpretação que a Corte IDH lhe confere é chamada de controle de convencionalidade e, conforme a jurisprudência intera-

mericana, deve ser feita de forma difusa e *ex officio* pelas próprias autoridades públicas⁵, sendo o tribunal regional apenas esfera subsidiária de proteção.

Uma primeira análise relevante seria quanto ao entendimento da Corte IDH acerca do “dano ao projeto de vida”, presente em casos como *Cantoral Benavides vs. Peru* e *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. A noção de dano ao projeto de vida, ou de dano existencial, pode ser encontrada na doutrina nacional, em especial por influência de autores italianos de direito civil, no sentido de uma frustração que ultrapassa o sofrimento momentâneo que caracteriza o dano moral.

No caso *Cantoral Benavides vs. Peru*⁶, que tratava de uma prisão ilegal, a Corte IDH entendeu que a alteração arbitrária e injusta, no curso de vida, que impedisse a realização das aspirações e das potencialidades da vítima, poderia ser classificada como um dano ao projeto de vida. De modo semelhante, a Corte decidiu no caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*⁷: reconheceu-se um dano ao projeto de vida de Karen Atala Riffo, que perdeu a guarda de três filhas menores para o pai, por decisão do Judiciário chileno, em virtude de sua orientação sexual. A sentença determinou que o Estado do Chile teria não somente um dever de indenização pecuniária pela frustração de projeto de vida, mas, igualmente, um dever de fazer, que incluía: a) oferecer atenção médica e psicológica adequadas às vítimas; b) realizar um ato público de reconhecimento da responsabilidade; c) implementar em nível regional e nacional programas de formação de funcionários públicos em todos os escalões do Judiciário. Tal caso, portanto, abre um precedente, no caso específico dos Krenak, para o reconhecimento de que a responsabilidade brasileira, conforme a Convenção Interamericana, não se resume a garantir a indenização pecuniária da comunidade, mas, igualmente, adotar políticas públicas adequadas para a preservação de sua cultura, em face da ocorrência de danos irreversíveis aos seus modos de vida tradicionais.

Uma segunda análise se refere ao entendimento da Corte IDH no que concerne aos interesses transindividuais, como danos coletivos, culturais e espirituais. A jurisprudência da Corte IDH inova em relação à jurisprudência brasileira em especial pela interpretação em consonância com os tratados internacionais que regulam o assunto. Conforme a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) (artigo 13), os governos deverão respeitar a importância das culturas e dos valores espirituais dos povos indígenas na relação com os territórios que ocupam ou utilizam de alguma maneira e,

⁵ Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguai*. Mérito e reparações. Sentença de 24 de fevereiro de 2011. Série C, n. 221, § 193; Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 23 de novembro de 2009. Série C, n. 209, § 338.

⁶ CORTE IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Peru*. Mérito. Sentença de 18 de agosto de 2000. Série C, n. 69.

⁷ CORTE IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 24 de fevereiro de 2012. Série C, n. 239.

particularmente, os aspectos coletivos dessa relação. A Convenção também determina a obrigação de que o Estado brasileiro reconheça e proteja os valores, tradições e práticas sociais, culturais, religiosas e espirituais próprios dos povos indígenas (artigo 5º), bem como prevê o seu direito de definir as prioridades do processo de desenvolvimento, na medida em que ele afete as suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual (artigo 7º). Da mesma forma, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas prevê a obrigação de mecanismos eficazes para a proteção de suas tradições culturais (artigo 11), o direito de transmissão de suas tradições às gerações futuras (artigo 13), o direito de manter e fortalecer sua relação espiritual com recursos que tradicionalmente ocupem e utilizem, como terras, territórios e águas (artigo 25), bem como o direito à proteção jurídica desses recursos (artigo 26), incluindo a reparação por danos eventualmente praticados (artigos 28 e 29).

Nesse sentido, os direitos dos grupos étnicos e culturais são protegidos com o *status* de direitos humanos, pois, protegendo os direitos coletivos, são protegidos os direitos dos indivíduos, membros dos grupos e das comunidades. Em suma, reconhecer o caráter coletivo desses interesses é também fazê-lo em relação aos direitos fundamentais dos povos tradicionais, extraíndo-os da invisibilidade política e jurídica.

290

No âmbito da Corte IDH, o caso *Yakye Axa vs. Paraguai* se revela como um precedente histórico internacional na luta dos povos indígenas pelos seus direitos coletivos. Em 2003, a Comissão alegou que o Estado não garantiu o direito de propriedade ancestral da comunidade, já que, desde 1993, tramitava reivindicação territorial, sem que houvesse uma solução satisfatória. A Corte definiu em sua sentença que:

(...) a estreita relação que os indígenas mantêm com a terra deve de ser reconhecida e compreendida como a *base fundamental de sua cultura, vida espiritual*, integridade, sobrevivência econômica e sua preservação e transmissão às futuras gerações⁸.

Importa notar, nesse caso, que a Corte IDH determinou não somente a indenização pelos danos imateriais, mas, igualmente, a obrigação de fazer do Estado (Medidas de Satisfação e Garantias de Não Repetição) no sentido de realização de atos ou obras de alcance ou repercussão pública, como a criação de um fundo de desenvolvimento comunitário, e o fornecimento de bens e serviços básicos, como água potável e infraestrutura sanitária, inclusive mediante uma mensagem de desaprovação oficial às violações de direitos praticadas e a adequação da legislação interna à Convenção Americana. Destacamos, ainda, os trechos do

⁸ CORTE IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 17 de junho de 2005. Série C, n. 125.

voto dissidente dos Juízes Alirio Abreu Burelli, Antônio A. Cançado Trindade e Manuel E. Ventura Robles:

Ao nosso juízo, a Corte deveria ter tratado mais a fundo sobre o direito fundamental à vida, como o fez em relação ao direito à propriedade (de terras ancestrais). Ao fim, o direito à vida é um direito inderrogável – estabelece a Convenção, enquanto o direito a propriedade não o é. No presente caso, este último adquire especial relevância precisamente por estar relacionado diretamente com o pleno gozo do direito à vida abarcando as condições de uma vida digna. [...] A identidade cultural é um componente ou agregado do próprio direito à vida *lato sensu*, assim afetando a identidade cultural e, inevitavelmente, o próprio direito à vida dos membros da referida comunidade indígena⁹.

Tal como a Corte IDH decidiu no *Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*:

A estreita relação que os indígenas mantêm com a terra deve ser reconhecida e compreendida como a base fundamental de suas culturas, sua vida espiritual, sua integridade e sua sobrevivência econômica. Para as comunidades indígenas, a relação com a terra não é meramente uma questão de posse e produção, mas um elemento material e espiritual do qual devem gozar plenamente, inclusive para preservar seu legado cultural e transmiti-lo às gerações futuras¹⁰.

Outro julgado relevante da Corte IDH é o caso do *Povo Saramaka vs. Suriname*, relativo aos efeitos contínuos associados à construção de uma represa hidroelétrica na década de 1960, que inundou parte do território do povo Saramaka. Na sentença, a Corte afirmou que:

(...) os integrantes do povo Saramaka mantêm uma forte relação espiritual com o território ancestral que tradicionalmente usaram e ocuparam. A terra significa mais do que meramente uma fonte de subsistência para eles; também é uma fonte necessária para a continuidade da vida e da identidade cultural dos membros do povo Saramaka. As terras e os recursos do povo Saramaka formam parte de sua essência social, ancestral e espiritual. Neste território, o povo Saramaka caça, pesca e colhe, e coleta água, plantas para fins medicinais, óleos, minerais e madeira. Os sítios sagrados estão distribuídos em todo o território, toda vez que o território em si tem um valor sagrado para eles¹¹.

⁹ CORTE IDH. *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 17 de junho de 2005. Série C, n. 125. Voto dissidente dos juízes Antônio Augusto Cançado Trindade e Manuel E. Ventura Robles.

¹⁰ Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de agosto de 2010. Série C, n. 214, § 86.

¹¹ CORTE IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Suriname*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de novembro de 2007. Série C, n. 172.

Em relação a quaisquer projetos de desenvolvimentos que impactem o território dos povos indígenas, a Corte IDH determina que o Estado deve assegurar ao menos três garantias:

(...) primeiro, o Estado deve assegurar a participação efetiva dos membros do povo Saramaka, de acordo com seus costumes e tradições, em relação a todo projeto de desenvolvimento, investimento, exploração ou extração (doravante denominado “projeto de desenvolvimento ou de investimento”) que seja realizado dentro do território Saramaka. Segundo, o Estado deve garantir que os membros do povo Saramaka se beneficiem razoavelmente do projeto realizado dentro de seu território. Terceiro, o Estado deve garantir que não outorgará nenhuma concessão dentro do território Saramaka a menos e até que entidades independentes e tecnicamente capazes, sob a supervisão do Estado, realizem um estudo prévio de impacto social e ambiental.

A proteção dos interesses imateriais dos povos indígenas, envolvendo a reparação de danos coletivos, culturais ou espirituais, reproduz-se em uma série de outros julgados além dos aqui citados. A Corte IDH, em todos esses casos, reconhece de maneira reiterada o dever dos Estados não só de indenizar pecuniariamente os danos sofridos, mas, igualmente, das obrigações de fazer, de forma a adotar políticas públicas e promover adequações legislativas. Dessa forma, Carlos Martín Beristain *apud* Pinheiro e Portugal afirma que o critério de reparação no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos envolve:

292

a) O caráter individual ou coletivo das violações de direitos humanos: é necessário verificar o caráter individual ou coletivo do direito violado, e se o grupo afetado se constitui em um coletivo definido ou apenas um coletivo que sofre violação em seus direitos. No caso *Awas Tingni*, um direito coletivo à terra foi violado;

b) Prevenção ou garantia para outros coletivos: a reparação coletiva pode se referir a um grupo específico ou a reparação pode se estender a outros coletivos atingidos pela mesma violação. Atenta-se, ainda, para as garantias de não repetição como forma de reparação coletiva;

c) Tipo de efeitos: a violação dos direitos humanos pode referir-se a uma soma de efeitos individuais ou ter efeitos coletivos, como a desestruturação do tecido social, a perda de elementos de identidade comunitária, como a relação com o território ou a cultura;

d) Identidade coletiva: a reparação dependerá do tipo de identidade coletiva que sofreu violação de seus direitos. Pode se tratar de um coletivo com identidades culturais diferenciadas, como no caso *Awas Tingni*, com uma definição territorial, com uma dimensão coletiva baseada em um regime de coexistência

de vida, uma identidade ideológica (movimento político) ou com um elemento ligado a uma atividade profissional ou social (comerciantes)¹².

Finalmente, em consonância com o artigo 40 da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, os povos indígenas têm ainda direito a procedimentos justos e equitativos para a solução de controvérsias com os Estados ou outras partes e a uma decisão rápida sobre essas controvérsias, assim como a recursos eficazes contra toda violação de seus direitos individuais e coletivos, sendo considerados os costumes, as tradições, as normas e os sistemas jurídicos dos povos indígenas interessados e as normas internacionais de direitos humanos. Nesse sentido, a negativa de provimento jurisdicional ou mesmo a sua demora poderia ensejar a possibilidade de acionar o Estado brasileiro perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

O grau de instrução dos operadores da justiça no âmbito interno é, certamente, fator relevante e que facilita a aplicação horizontal e direta dos princípios convencionais. Afinal, o desconhecimento da matéria dificulta a aplicação coerente dos mecanismos de proteção. Por isso, deve haver uma tomada de consciência pelo Executivo, Legislativo e pelos juízes nacionais sobre a necessidade dos Estados de reformarem os textos internos e de modificarem suas práticas de maneira a prevenir as violações ou de remediá-las quando não puderem ser evitadas.

Compreender a eficácia irradiante da Convenção Americana nos Estados-partes é gerar um controle dinâmico e complementar das obrigações convencionais – entre autoridades internas e instâncias internacionais, de forma que os critérios de decisão possam ser conformados e adequados entre si. Assim, um devido controle de convencionalidade e uma adequação do ordenamento jurídico e das práticas internas aos padrões convencionais, certamente, contribuem para a otimização da proteção dos direitos humanos e para o descongestionamento do Sistema Interamericano, já que demandas que seriam levadas à instância regional passam a ser solucionadas no âmbito nacional.

No caso aqui analisado, não deve ser diferente. Propomos que o poder público, em suas mais diversas esferas, e também a sociedade civil efetuem mencionado controle dinâmico de convencionalidade das práticas e dos regramentos vigentes. Com o reconhecimento e o cumprimento das obrigações internacionalmente contraídas pelo Estado brasileiro, certamente avançaremos na garantia dos direitos dos povos tradicionais atingidos pelo rompimento da barragem em Mariana.

¹² PINHEIRO, Rosalice Fidalgo; PORTUGAL, Carlos Giovanni Pinto. A reparação dos danos coletivos na Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista da AJURIS*, v. 41, n. 135, set. 2014, p. 440.

CONCLUSÃO

Conforme trabalhado neste breve artigo, a jurisprudência da Corte IDH acerca da Convenção Americana não caminha, necessariamente, no sentido contrário às normas de direito interno brasileiro. Pelo contrário, tanto a possibilidade de reconhecimento de danos existenciais quanto a de danos coletivos já encontram presentes fundamentos na doutrina e na jurisprudência nacional. Os entendimentos da Corte IDH, no entanto, em especial quanto aos povos indígenas, aprofundam a possibilidade de reconhecimento de danos existenciais – em razão da destruição de modos de vida tradicionais dos povos indígenas e dos seus respectivos danos imateriais, culturais e espirituais –, bem como o reconhecimento da natureza coletiva do dever de indenização, que precisa envolver não somente uma reparação pecuniária, mas igualmente políticas públicas no sentido de preservação da cultura dos grupos ameaçados.

Tal deve ser o entendimento quanto ao caso do povo Krenak, atingido pelo rompimento da barragem da empresa Samarco em Mariana (MG). A íntima relação dessa comunidade com o seu território e com seus entornos – e com um rio que é visto mais como um “parente” do que como um recurso natural – indica que os danos se refletem em sua própria cultura coletiva. A inviabilização de seus meios de vida tradicionais, decorrente da impossibilidade da pesca e da indisponibilidade de água potável, é não somente um dano a um direito econômico e social, mas também um dano espiritual e ao projeto de vida comunitário do povo Krenak, conforme demonstrado ao longo deste trabalho. O Estado brasileiro deve, nesse sentido, adotar políticas concretas para preservar a cultura dessa comunidade em face da tragédia ocorrida, não podendo se escusar sob a alegação de responsabilidade da empresa, uma vez que, conforme abordado, se percebe a própria omissão do Estado pela não fiscalização e pela prorrogação de prazos de condicionantes não cumpridas pelo empreendimento.

Finalmente, a possibilidade de reparação no caso narrado apenas pode ser vislumbrada pela conscientização e pelo fortalecimento do sentimento de solidariedade humana, certamente com o apoio do Direito e com a vontade do poder público de promover e assegurar a proteção dos mais vulneráveis.

REFERÊNCIAS

BEBBER, Júlio César. Danos extrapatrimoniais (estético, biológico e existencial) – breves considerações. *Revista LTr: Legislação do Trabalho*, v. 73, n. 1, jan. 2009.

BERNARDES, Marcia Nina. Sistema Interamericano de Direitos Humanos como esfera pública transnacional: aspectos jurídicos e políticos da implementação de decisões internacionais. *Revista SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*, v. 8, n. 15, dez. 2008.

BLANK, Dionis Mauri Penning. A judicialização do dano moral coletivo do patrimônio cultural. *Veredas do Direito*, v. 10, n. 20, 2013.

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 32, n. 2: 283-296, jul./dez. 2016

BRASIL. Decreto Legislativo n. 89/1998. Reconhece a Jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

BRASIL. Decreto n. 7.030/2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969.

CAMPOS, Bárbara Pincowska Cardoso. Controle de convencionalidade: aproximação entre o Direito Internacional e o Constitucionalismo? *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, ano 13, vol. 13, n. 13. Fortaleza: IBDH, 2013.

CORTE IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de fevereiro de 2012. Série C, n. 239.

CORTE IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Peru*. Mérito. Sentença de 18 de agosto de 2000. Série C, n. 69.

CORTE IDH. *Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de agosto de 2010. Série C, n. 214.

CORTE IDH. *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2001. Série C, n. 79.

CORTE IDH. *Caso Gelman vs. Uruguai*. Mérito e Reparações. Sentença de 24 de fevereiro de 2011. Série C, n. 271.

CORTE IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23 de novembro de 2009. Série C, n. 209.

CORTE IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Suriname*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de novembro de 2007. Série C, n. 172.

CORTE IDH. *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 17 de junho de 2005. Série C, n. 125.

DUPRAT, Deborah. O Direito sob o marco da pluriethnicidade/multiculturalidade. In: DUPRAT, Deborah (Org.). *Pareceres jurídicos: direito dos povos e comunidades tradicionais*. Manaus: UEA, 2007.

ILC. Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts. *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, parte dois.

KRENAK, Itamar de Souza Ferreira; ALMEIDA, Maria Inés de; Alunos de Estudos Temáticos de Edição (Orgs.). *Uatu Hoom*. Belo Horizonte: UFMG/Edições Cipó Voador, 2009.

OEA. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José da Costa Rica, 22 de novembro de 1969.

OEA. *Protocolo Adicional em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. Ratificado pelo Brasil em 08 de agosto de 1996. Internalizado pelo Decreto n. 3.321 de 30 de dezembro de 1999.

OIT. *Convenção n. 169 sobre Povos Indígenas e Tribais*. Ratificada pelo Brasil em 25 de julho de 2002. Internalizada pelo Decreto n. 5.051 de 19 de abril de 2004.

ONU. *Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas*. Adotada pela Assembleia Geral da ONU em 13 de setembro de 2007, com a assinatura do Brasil.

Letícia Soares Peixoto Aleixo / Pedro Gustavo Gomes Andrade

PARAÍSO, Maria Hilda Baqueiro. Krenak. *Enciclopédia dos povos indígenas no Brasil*. Instituto Socioambiental. Disponível em: <<http://pib.socioambiental.org/pt/povo/krenak/>>. Acesso em: 28 nov. 2015.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo; PORTUGAL, Carlos Giovanni Pinto. A reparação dos danos coletivos na Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista da AJURIS*, v. 41, n. 135, set. 2014.

PIOVESAN, Flávia. Sistema Interamericano de Direitos Humanos: impacto transformador, diálogos jurisdicionais e os desafios da reforma. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, v. 6, n. 2, jul.-set. 2014, p. 142-154.

SCHÄFER, Gilberto; MACHADO, Carlos Eduardo Martins. A reparação do dano ao projeto de vida na Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*. Curitiba, v. 13, n. 13, janeiro/junho de 2013, p. 179-197.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional de direitos humanos*. v. I. Porto Alegre: Fabris, 2003.

PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE E PARTICIPAÇÃO SOCIAL APLICADA: ESTUDO DIRECIONADO NA REGIÃO DAS HORTÊNSIAS SOBRE SEGURANÇA PÚBLICA

SUBSIDIARY PRINCIPLE AND SOCIAL PARTICIPATION APPLY: A DIRECTED STUDY IN THE REGIÃO DAS HORTÊNSIAS ABOUT PUBLIC SECURITY

*Henrique Mioranza Koppe Pereira**

*Rachel Cassini Toniasso***

*Adriel Buss****

RESUMO

Neste trabalho, apresenta-se um estudo de observação realizado sobre a implementação de ações conjuntas entre cidadãos, comunidade e administração pública em favor de políticas de segurança pública na Região das Hortênsias (RS), no Brasil. O objetivo é demonstrar a importância de atuação local sobre os problemas de segurança pública ao apresentar estudos teóricos em conjunto com a observação prática de ações realizadas na Serra Gaúcha com o sucesso da Mobilização Comunitária de Combate à Violência (Mocovi). O método utilizado para observação é o hipotético-dedutivo com uma abordagem qualitativa do estudo de caso sobre a Região das Hortênsias.

Palavras-chave: Comunidade; Políticas de segurança pública; Região das hortênsias; Subsidiariedade.

* Doutor em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (Unisc). Mestre em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (Unisinós). Bacharel em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (UCS). Pesquisador colaborador do Grupo “Metamorfose Jurídica” da UCS. Professor de Direito Civil na UCS. E-mail: henriquekoppe@gmail.com.

** Graduanda em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (UCS). Aluna de iniciação científica do Grupo “Metamorfose Jurídica” da UCS. Bolsista BIC/UCS. E-mail: racheltoniasso@hotmail.com.

*** Graduando dos cursos de Administração e Direito pela Universidade de Caxias do Sul (UCS). Possui formação de soldado e educador ambiental da Brigada Militar do Estado do Rio Grande do Sul, com especialização em Policiamento Ambiental. Bolsista Prouni. E-mail: adrielbuss@hotmail.com.

ABSTRACT

This work presents an observational study about implementation of actions between citizens, community and government in favor of public security policies in the Região das Hortênsias (RS), in Brazil. Aims to demonstrate the importance of local action on public safety issues by presenting theoretical studies together with the practical observation of actions taken in Serra Gaúcha with the success of Mobilização Comunitária de Combate à Violência (Mocovi), that means: Community Mobilization Against Violence. The method used for observation is the hypothetical- deductive approach with a qualitative case study on the Região das Hortênsias.

Keywords: Community public; Security policies; Região das hortênsias; Subsidiarity.

INTRODUÇÃO

298 A proposta do presente trabalho é analisar a aplicabilidade prática do princípio da subsidiariedade na formulação e aplicação de políticas públicas a fim de promover uma melhor atuação no combate às problemáticas sociais. Para tanto, será ilustrada a forma de atuação local no que tange à dirimção dos entraves do âmbito social, levando-se em conta o caráter da adaptabilidade na utilização dos recursos, de acordo com as necessidades e características cultivadas em determinado espaço.

Parte-se da premissa de que, se cada região agisse de forma relativamente autônoma, ou seja, tomando como norte o posicionamento adotado pelas instituições hierarquicamente superiores, poder-se-ia determinar, de acordo com as características locais da população, a cultura, os costumes e as possibilidades, a melhor forma de lidar com o problema em pauta. Procedendo dessa forma, a tendência é a de que se atinjam resultados cada vez mais exitosos, que beneficiem a sociedade como um todo. Dessa sorte, salienta-se que a aplicação da descrita forma de atuação possibilita que os preceitos democráticos sejam consolidados, por meio da realização de um diálogo aberto e claro, ensejando esclarecer e saciar as demandas locais.

Por fim, primando pela defesa da tese apresentada, traremos o relato de uma iniciativa real, que exemplifica perfeitamente a aplicação do princípio da subsidiariedade, que começou a ser desenvolvida no ano de 2013, no município de Canela, no estado do Rio Grande do Sul, Brasil. Por meio da atuação local, os cidadãos instituíram uma entidade autônoma em relação aos órgãos governamentais com o objetivo de tornar mais efetiva a prestação de serviços na área da segurança pública, tendo em vista os crescentes índices referentes à criminalidade e à violência.

A GLOBALIZAÇÃO E A DERRUBADA DAS FRONTEIRAS DO ESPAÇO LOCAL

O processo de globalização tem rompido as fronteiras e consolidado a unificação das culturas, da política e da economia, que estabeleceram como novo paradigma a cultura e a política do mercado global. Logicamente, ao se entronizar à globalização, destituiu-se como elemento de maior importância o espaço local, o qual, outrora, era o detentor da existência e da relevância, âmbito este em que se dava toda e qualquer discussão política, social e econômica. Esse novo momento global no século XX é precursor da reflexão da ordem política global que unifica as decisões de mercado e as características sociais de cada localidade.

É importante frisar que a referida unificação do espaço é completamente diferente da ideia de união do espaço, pois, enquanto esta aproxima os que são diferentes, aquela fragmenta as reflexões espaciais. Em outras palavras, em um universo global, todas as localidades devem voltar-se às características e às necessidades globais, todavia tudo aquilo que for especificamente característico de um espaço determinado deverá ser refutado para que não intervenha contra a movimentação da política mercadológica global. Assim, fica evidente a fragmentação da política, do mercado e da cultura local¹.

Tem-se, então, um momento diferenciado na história da humanidade, um instante em que a globalização elimina as fronteiras para a imposição de um poder único, a partir da fragmentação dos poderes regionais. Desestabilizam-se as deliberações voltadas às demandas específicas daquele lugar, para dar espaço à satisfação das demandas globais, executadas nos espaços locais. O Direito se encontra em uma posição bastante especial, pois não perde seu espaço de importância e, mesmo com a queda das fronteiras, continua a regular sobre seus territórios.

Faz-se necessária, por conseguinte, uma retomada do empoderamento local e da identificação entre o Direito, a ação estatal e o cidadão, para que se reconheçam e dialoguem, a fim de realizar uma gestão pública municipal de acordo com as necessidades da sociedade e do mercado. Para isso, se explicará a necessidade de revitalizar o espaço local para que se possa trabalhar as características democráticas esperadas em um Estado Democrático de Direito. Em seguida, será abordada a importância de uma administração subsidiária para que se consolide uma autonomia financeira local, a qual tornará possível a concretização dos direitos constitucionais e das necessidades demandadas pela população local.

REVITALIZAÇÃO DO ESPAÇO LOCAL PARA A CONSOLIDAÇÃO DE UMA DEMOCRACIA CIDADÃ A PARTIR DA AUTONOMIA LOCAL

Para afirmar que o *espaço local* será sede da discussão dessas questões, é fundamental destacar que, apesar de hoje se apresentar um panorama político e

¹ SANTOS, Milton. *Da totalidade ao lugar*. São Paulo: Edusp, 2008, p. 154.

econômico globalizado, os efeitos das decisões e das ações estatais incidem sobre localidades específicas e suas populações – tanto os efeitos positivos quanto negativos. Portanto, ao se refletir a ação estatal em prol do cidadão, faz-se mister compreender que se deve voltar a uma atuação local, seja em nível nacional, regional, municipal, seja em nível comunitário, para que se detecte um problema específico em determinada população, causado por situações contemporâneas ou transnacionais, e que se possa atuar sobre elas de forma efetiva, a partir de ações governamentais ou comunitárias.

Certamente, não se descarta a possibilidade de ações políticas globais, porém a proposta da presente explanação é averiguar as possibilidades de ações de proteção, a partir do espaço local, para que se apresentem decisões com mais celeridade quanto às demandas sociais locais e que se evite a espera de uma postura global a fim de, somente, então atuar-se em problemas específicos de uma região.

Inicialmente, pode-se explicar o espaço local a partir das palavras de Costa²:

O cidadão exerce sua cidadania num espaço físico determinado. Nesse espaço, ele vive, trabalha, se relaciona com os demais cidadãos e exerce seus direitos civis, políticos e sociais. Esse espaço é o espaço local, que se constitui a partir da atuação do cidadão: quanto mais participativo e comprometido, maiores as possibilidades de desenvolvimento do espaço local que está, de qualquer modo, inserido num contexto mais amplo, seja regional, nacional ou global.

Pode-se apresentar uma possibilidade de abordagem das demandas locais, a partir de teorias dispostas pela ciência política, que apontam a atuação governamental local, para que se efetivem os direitos dos cidadãos brasileiros no contexto contemporâneo globalizado. Milton Santos aponta a situação em que se encontra a globalização contemporânea, que justifica o fortalecimento de um posicionamento local:

Dentro de um mesmo país, criam-se formas e ritmos diferentes de evolução, governados pelas metas e destinos específicos de cada empresa hegemônica, que arrastam com sua presença outros atores sociais, mediante a aceitação ou mesmo a elaboração de discursos “nacionais-regionais” alienígenas ou alienados³.

Essa perspectiva enfraquece a ligação do indivíduo com a sociedade na qual vive, fragmenta os discursos e isola as reflexões cidadãs, as quais não apresentam

² COSTA, Marli Marlene Moraes da; REIS, Suzéte da Silva. Espaço local: o espaço do cidadão e da cidadania. In: HERMANY, Ricardo (Org.). *Gestão local e políticas públicas*. Santa Cruz do Sul: IPR, 2010, p. 103.

³ SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização*. São Paulo/Rio de Janeiro: Record, 2009, p. 87.

um conceito universal, mas, um conceito histórico, que varia no tempo e no espaço. Todavia, pode-se dizer que existe uma ligação direta entre indivíduo e a sua participação na sociedade em que vive, por isso o viver e o refletir sobre quem são os indivíduos nesse meio local são fundamentais para o exercício democrático.

Para fins de melhor compreensão, pode-se elencar um conceito moderno de cidadania:

A cidadania é resultado da participação, é uma conquista da burguesia e significa a realização democrática de uma sociedade, compartilhada por todos os indivíduos, ao ponto de garantir a todos o acesso ao espaço público e às condições de sobrevivência digna. Exige a organização e articulação política da sociedade voltada para a realização de seus interesses comuns⁴.

Dessa forma, a cidadania não disporá de um conceito universal e atemporal, mas sim de uma unidade local construída pela unidade subjetiva tanto em âmbito municipal quanto federal. Sendo assim, a própria participação dos indivíduos para implementar uma forma de pensar – a qual Ralws nomeia, em relação à determinada população, de *razão pública* – já é um exercício de cidadania, assim como a participação na deliberação de interesses sociais ou até mesmo a atuação de acordo com a *razão pública*. Em outras palavras, o próprio agir do cidadão, de acordo com o pensamento constituído democraticamente em sua sociedade, será considerado um exercício de cidadania.

Assim, aduz-se que a cidadania se instaurou a partir de diversos processos de lutas e ações proativas dos indivíduos, sendo imprescindível para a consolidação de um governo representativo. Como expõe John Stuart Mill, a postura ativa e de engajamento do cidadão beneficiam, como um todo, a sociedade e o Estado.

Esses eventos romperam modelos então vigentes e passaram a estruturar novos modelos sociais, a partir dos direitos dos cidadãos. Para a autora Loraine Slomp Giron⁵,

o homem não nasce cidadão; o homem se torna cidadão. A formação de um cidadão não é tarefa fácil: a família, a escola e mesmo o Estado não se sentem responsáveis pela sua formação. Transferindo-se a responsabilidade de uma instância para outra, quem sai perdendo são o indivíduo e a sociedade.

⁴ HERMANY, Ricardo. O empoderamento dos setores da sociedade brasileira no plano local na busca de implementação de políticas públicas sociais. In: HERMANY, Ricardo (Org.). *Empoderamento social local*. Santa Cruz do Sul: IPR, 2010, p. 80.

⁵ GIRON, Loraine Slomp. *Refletindo a cidadania: estado e sociedade no Brasil*. 5. ed. Caxias do Sul: EDUCS, 2000, p. 7.

Destaca-se que a história de cada sociedade é baseada na busca de anseios ou tarefas muitas vezes não condizentes com os ideários da cidadania, ou seja, a formação da cidadania acaba sendo deixada de lado diante dos discursos hegemônicos. Tal processo resulta na formação de subclasses de indivíduos sem uma postura proativa como cidadãos, carentes de informação e que vêm, consequentemente, a se situar à margem dos direitos e deveres sociais. São, portanto, excluídos de qualquer processo de cidadania.

Charles Antonio Kieling⁶ afirma que a sociedade precisa consolidar a viabilidade da cidadania e do acesso do indivíduo aos avanços sociais que estão em voga dentro de nossa sociedade, fortalecer o processo democrático deliberativo e, principalmente, estender a cidadania para toda a população. Pois, a negligência quanto ao acesso à cidadania simplesmente exclui qualquer possibilidade de o indivíduo ser ouvido na ágora social, restando a ele somente a violência, para que tenha a atenção daqueles que o excluem. O autor aduz que

a humanidade necessita consolidar um caminho viável, respeitador das pluralidades e mantenedor da dignidade do indivíduo e do acesso deste aos avanços tecnológicos e científicos, para atingir o pleno desenvolvimento. A consolidação de tal caminho está momentaneamente interrompida devido ao acúmulo de egoísmo e estupidez de economistas frívolos e de homens que ocupam as posições de liderança no mundo. As atitudes desses tecnocratas e burocratas não diferem do homicídio que atacava sua presa, lambuzando-se de sangue que, ao jorrar em sua face, penetrava em suas narinas quase a ponto de afogá-las.

A humanidade deve refletir a alteridade e congregar no intuito de promover um crescimento contínuo e mútuo para que haja satisfação das necessidades básicas e para que poder público poder se volte resolver demandas sociais; para isso, a cidadania é um elemento fundamental. Não somente para que todos possam expressar seus interesses, mas também para que se tenha conhecimento de quem são os grupos de indivíduos que compõem a sociedade, que, mesmo diferentes, cheguem a um consenso – como propõe Rawls⁷. Assim, Kieling⁸ destaca que:

Os homens devem unir-se no propósito de fazer promover o crescimento mútuo e de satisfazer as necessidades básicas para o perfeito andamento das sociedades. As leis devem ser reformuladas para a construção de uma sociedade estruturada em seu benefício. Despertar o senso político é o primeiro passo para a transformação das sociedades. Ficar

⁶ KIELING, Charles Antonio. *Manifesto da cidadania*. Caxias do Sul: Maneco, 2001, p. 48-49.

⁷ RAWLS, John, A ideia de razão pública revisitada. In: WERLE, Denilson Luis; MELO, Rúrión Soares (Orgs.). *Democracia deliberativa*. São Paulo: Singular, 2007, p. 151.

⁸ KIELING, Charles Antonio. *Manifesto da cidadania*. Caxias do Sul: Maneco, 2001, p. 48-49.

Princípio da subsidiariedade e participação social aplicada

à mercê de tanta cupidez, monitorada por princípios dominantes e prejudiciais ao ser humano, é ficar alheio ao que acontece ao nosso redor, é ser conivente com os dominadores que não conhecem o que é ser “humano” e não estão à altura de governar para grupos tão heterogêneos. O objetivo do povo deve conter toda a expressão de humanidade e civilidade. Ignorar ao progresso é ser relapso, pois é praticar atitudes semelhantes às dos líderes maquiavélicos que governaram e/ou governam os Estados Nacionais.

Portanto, volta-se a uma postura local, direcionada pela intervenção estatal, para banir determinado conflito ou sanar objetivamente um problema em uma região específica. Opta-se, inicialmente, pelo viés do *direito como integridade* trazido por Dworkin⁹, mas não somente isso: atenta-se principalmente para *onde* se está decidindo sobre o futuro das políticas públicas, para que, assim, se verifique *como* se decidirá. São esses os elementos fundamentais para que se realizem as políticas públicas, de acordo com as necessidades sociais e com preceitos democráticos participativos.

PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE COMO ELEMENTO EMANCIPATÓRIO LOCAL

É pensando na pragmática e na efetividade da ação do Estado que se utiliza o princípio da subsidiariedade. Observa-se, dessa forma, que a subsidiariedade se faz presente justamente quando, pela aplicação do princípio da legalidade, existe um conflito positivo de competências, haja vista que inúmeros entes da administração pública mostram-se juridicamente competentes a desempenhar determinada tarefa. É aí que as discussões que envolvem, na verdade, um trinômio abrangendo proximidade, eficiência e economicidade aparecerão de forma mais efetiva.

Reportando-se ao critério de repartição de competências no caso brasileiro, a perspectiva subsidiária no tocante a sua dimensão de elemento reorganizador da repartição de competências pode ser perfeitamente encontrada no campo das

303

⁹ Tendo em vista as deficiências tanto da concepção convencionalista quanto da pragmatista, Dworkin apostará suas fichas em uma nova concepção de direito, proposta, por ele, sob o nome de *integrity*. Tal como o convencionalismo, o *direito como integridade* de Dworkin é uma concepção que valoriza a coerência entre as decisões jurídicas e as pretensões juridicamente asseguradas por decisões políticas do passado. Mas, diferentemente do convencionalismo, a concepção de direito, como integridade, justifica essa exigência de coerência entre a decisão e a lei. Mas não no sentido semântico, e sim no de decisão política. Não no fato de serem necessárias a previsibilidade, a segurança jurídica e a equidade processual, mas porque essa coerência é precisa para garantir a igualdade entre os cidadãos (DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986, p. 96).

competências administrativas elencadas no artigo 23 da Constituição Federal, cuja indefinição tem causado problemas reais para a consolidação de um efetivo federalismo, entendido este como uma estratégia de descentralização que, de fato, atribua centralidade ao espaço local, *in casu*, municipal.

O princípio da subsidiariedade, o qual, em seu conceito no direito público moderno, encontra mais de trinta definições diferentes desenvolvidas pela Ciência Política e Jurídica. Entre elas, destaca-se a percepção de Quadros¹⁰:

o princípio da subsidiariedade vem a levar a cabo uma repartição de atribuições entre a comunidade maior e a comunidade menor, em termos tais que o principal elemento componente do seu conceito consiste na descentralização, na comunidade menor, ou nas comunidades menores, das funções da comunidade maior. E a comunidade que ocupa o mais alto grau dessa pirâmide é, nos termos clássicos, o Estado. Daqui resulta que a comunidade maior só poderá realizar uma dada actividade das atribuições da comunidade menor se esta, havendo a necessidade de a realizar, não for capaz de a realizar *melhor*.

A semântica que se dá à *capacidade de melhor intervenção* por parte da comunidade é de compreender uma maior eficácia desta na realização da referida atividade. O que leva a entender que a *necessidade* da realização de uma atividade e a *maior eficácia* da ação da comunidade na realização desta sejam os pré-requisitos presentes no trinômio de aplicação do princípio da subsidiariedade¹¹.

Sendo assim, o princípio da subsidiariedade estimula que o prosseguimento do interesse público seja engajado pelo indivíduo ou por corpos sociais intermediários entre o cidadão e o Estado. Dessa forma, recusa-se que o Estado monopolize a prossecução do interesse público, pois isso inviabiliza a participação do cidadão e de entidades sociais na administração, a qual é um dos principais pilares da ideia de democracia. Isso faz com que esse princípio seja aplicável em Estados unitários, regionais ou federais.

Isso exposto, constata-se ser interessante a descentralização do poder administrativo para que se transfiram as atribuições de competência do Estado para os poderes locais com a finalidade de incrementar a atuação conjunta entre a União e suas regiões, além de promover a eficiência e a eficácia da gestão pública para garantir os direitos administrativos¹². Esse conceito implica que os municípios tenham atribuições próprias e consolidem um núcleo de interesse local para

¹⁰ QUADROS, Fausto. *Princípio da subsidiariedade no direito comunitário após o tratado da União Europeia*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 18.

¹¹ QUADROS, Fausto. *Princípio da subsidiariedade no direito comunitário após o tratado da União Europeia*, op. cit., p. 18.

¹² NEVES, Maria José Castanheira. *Governo e administração local*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 12.

executar políticas públicas de forma mais eficiente e eficaz. De acordo com Gomes Canotilho e Vital Moreira, o princípio da descentralização administrativa é um fator determinante da concepção da autonomia local e, a partir dela, difunde-se a ação do Estado por meio da transferência de poderes a entidades públicas autônomas inferiores ao Estado¹³.

Em favor dos interesses locais, salienta-se que não se trata de uma atuação descentralizada, guiada pelo princípio da descentralização, pois, se assim o fosse, ir-se-ia além da eficácia, visto que o seu cerne estaria na natureza dos interesses, e não na maneira como é realizada¹⁴. Utiliza-se, portanto, o princípio da subsidiariedade, que, segundo Neves, “postula que a transferência de atribuições e competências se efetue para a autarquia local mais bem colocada para prosseguí-las, tendo em conta a amplitude, a natureza da tarefa e as exigências de eficácia e de economia”¹⁵, o qual, contrariamente ao princípio da descentralização, deixa claro que o Estado só deve realizar as tarefas que não puderem ser realizadas com maior eficácia pelas autarquias locais, o que consolida a eficácia como razão fundante para a lógica desse princípio, e não apenas os vínculos naturais de interesse.

Lembra-se que a importância dessas políticas governamentais específicas não está justificada no privilégio de uma parte da população ou de uma região, mas no desenvolvimento e na emancipação sociais, pois a emancipação e o desenvolvimento de determinados grupos populacionais são fundamentais para o processo de progresso das nações modernas, as quais aprimoram suas práticas democráticas, aumentam a participação popular e, conseqüentemente, fortificam a democracia¹⁶.

A localidade do conflito e da ação não são os fatores determinantes para que se realize a atuação subsidiária pela autarquia local, pois o objetivo principal deste princípio é aumentar a efetividade da ação pública a partir da localidade¹⁷. Este é, portanto, o elemento essencial do princípio, qual seja, possibilitar aos entes mais próximos o exercício das atribuições que lhes forem possíveis, desde que articulados com a noção de eficiência. Dessa forma, distingue-se a noção de subsidiariedade da mera constatação de proximidade, sem ser suficiente que a instância esteja próxima do administrado, sendo necessário que, além da proximidade com os cidadãos, a esfera mais relacionada a este possa desempenhar as atividades administrativas ou legislativas com eficiência.

¹³ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa*: anotada. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 887-888.

¹⁴ NEVES, Maria José Castanheira. *Governo e administração local*, op. cit., p. 12.

¹⁵ NEVES, Maria José Castanheira. *Governo e administração local*, op. cit., p. 13.

¹⁶ SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 234-235.

¹⁷ MARTINS, Margarida Salema D'Oliveira. *O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico-política*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 93.

Todo esse movimento deixa claro a desmitificação da dicotomia Estado *versus* Sociedade, todavia não se pode deixar de lado os possíveis conflitos gerados por grupos de interesses, que podem subordinar direta ou indiretamente atores políticos governamentais ou não governamentais, de forma decisiva, ao futuro da ação política. Por isso, o empoderamento tem uma importância vital para o bom andamento das políticas públicas em um Estado Democrático de Direito, pois, quanto mais agentes sociais se engajarem na questão, mais se consolidarão a vontade plural da população e a ideologia motriz e mais se assegurará a justiça na decisão democrática tomada pelo governo gestor.

Com isso, demonstrou-se que a focalização dos esforços locais destinados à sua própria população e às suas deficiências específicas auxiliaria a administração a atuar com mais celeridade, com maior eficácia e, possivelmente, com custos mais favoráveis. Portanto, pode-se perceber que a atuação efetiva que solucione problemas específicos em determinada localidade levará a um benefício sistêmico para toda a nação, assim a complexidade será reduzida e os problemas se mostrarão mais vulneráveis às soluções deliberadas.

SEGURANÇA PÚBLICA COMO DEVER DO ESTADO

306

Partindo das premissas até então expostas, e com o intuito de validar a eficácia dos pressupostos ilustrados, é pertinente a descrição de uma experiência prática a respeito da atuação local em uma região específica com a finalidade de otimizar a resolução dos problemas sociais. O caso selecionado para a seguinte análise trata da má qualidade dos serviços de segurança pública e da crescente criminalidade, fatores que assolam não somente a região em questão, mas beiram atingir a totalidade das cidades em nosso país.

A estruturação da sociedade brasileira, como sabemos, nem sempre teve as mesmas características que cultiva na atualidade, tendo sofrido expressivas mudanças a partir da década de 1950. São inegáveis os reflexos da mobilização dos trabalhadores, que antes se concentravam nos campos e desenvolviam atividades rurais, ao se deslocarem em direção às cidades industrializadas, em busca de melhores oportunidades que lhes pudessem o sustento. Em meio aos movimentos migratórios, e com o desenvolvimento acelerado dos sistemas informativos, as transformações sociais propiciaram, também, que a criminalidade adquirisse novas feições, vindo a exigir cada vez mais das instituições responsáveis por sua repressão.

A promulgação da Constituição Federal possibilitou que os direitos e as garantias individuais fossem amplamente assegurados, o que, por virtude do seu caráter democrático, permitiu que os cidadãos tomassem consciência substancial do Direito e passassem a exigir o que lhes é devido. Entre o rol das garantias

fundamentais, no artigo 144, CF, encontra-se prevista a garantia à segurança pública, direcionada em benefício dos cidadãos e em prol da manutenção da ordem social. A esse respeito, cabe colher os ensinamentos de José Afonso da Silva¹⁸:

A segurança pública consiste numa situação de preservação ou restabelecimento dessa convivência social que permite que todos gozem de seus direitos e exerçam suas atividades sem a perturbação de outrem, salvo nos limites de gozo e reivindicação de seus próprios direitos e defesa de seus legítimos interesses. Na sua dinâmica, é uma atividade de vigilância, prevenção e repressão de condutas delituosas.

No entanto, a aplicabilidade do dispositivo constitucional que assevera a segurança pública como “dever do Estado, direito e responsabilidade de todos”, conforme disposto pelo artigo supramencionado, tem sido alvo de questionamentos e até mesmo de descrédito por parte dos cidadãos, em razão dos aterrorizantes índices constantemente divulgados que delatam as crescentes criminalidade e violência. A ocorrência de atos delituosos tem se alastrado de tal forma que, nos grandes centros urbanos, já é banalizada, tida como prática corriqueira e inerente à existência dos aglomerados populacionais que alcançam certo nível de prosperidade e crescimento econômico.

Nessa senda, Paulo Sette Câmara¹⁹ enfatiza a importância da compreensão da participação popular, respeitando-se as vias democráticas, no combate às problemáticas sociais relacionadas à insegurança:

A complexidade da segurança pública não é compreendida pela maioria da população, que acredita tratar-se de um assunto de polícia. Essa postura reflete nas autoridades e as consequências dessa desinteligência estão aí, à vista de todos. A perplexidade, aos poucos, vai tomando conta, pois a violência e a criminalidade crescem e as medidas adotadas vêm se mostrando ineficazes. (...) Assim, diante dessa complexidade, gerenciar a área de segurança pública é um desafio que deve ser compartilhado com a sociedade. Não para eximir ou dividir a responsabilidade, mas para encontrar o tom correto, a dose certa, o melhor rumo.

Analisando a temática sob a perspectiva da atuação local, percebe-se que a delimitação do espaço para a intervenção não é necessariamente restrita apenas ao município, mas também não se refere a qualquer lugar sem critérios de especificidade. Assim, o espaço se dará onde acontece a prática cidadã dos indivíduos

¹⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed. atualizada. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 778.

¹⁹ CÂMARA, Paulo Sette. *Reflexões sobre a segurança pública*. Belém: Universidade da Amazônia/Imprensa Oficial do Estado do Pará, 2002, p. 21.

observados²⁰, e os governos ali presentes serão os gestores responsáveis pela execução de políticas públicas, como forma de participação popular, adequadas para o fortalecimento da qualidade de vida dos cidadãos²¹.

Ressalta-se, entretanto, que o contexto brasileiro apresenta dificuldades para o engajamento do cidadão na participação política, não somente em oportunidades de expressar a vontade individual, mas também, principalmente, em sustentar coerentemente o descontentamento das ações estatais. A informação é de difícil acesso e, quando chega ao cidadão, é de custosa compreensão. Tal realidade faz com que o cidadão passe a deixar de crer na democracia e a desconfiar do Estado, o que dificulta o processo comunicativo, enfraquece o capital social e fragmenta o empoderamento local. Exigem-se, assim, alternativas para a consolidação do processo comunicativo proposto por Jürgen Habermas. Nesse particular, observa-se que as cidades menores, por ainda cultivarem certa estranheza à tamanha incidência de transgressões, constituem um âmbito mais promissor à iniciativa à instauração de novas políticas públicas de segurança, fato esse que justifica a escolha da aplicação prática local, a seguir relatada.

POLÍTICAS PÚBLICAS, DEMOCRACIA E PARTICIPAÇÃO SOCIAL

308

Quando a população avoca para si a responsabilidade de discutir e elabora políticas públicas de segurança, tem oportunizada a sua inserção no processo do planejamento de execução da segurança pública, junto aos órgãos públicos, de maneira a assumir uma posição de relevância anteriormente inacessível. Em outras palavras, o cidadão passa a ter ao seu alcance a possibilidade de exercer uma intervenção colaborativa e participativa em relação à atuação dos órgãos públicos de segurança, estabelecendo núcleos de diálogo cujo escopo é sanar as deficiências presentes na prestação da segurança pública local. Além de participar na elaboração dos programas, as lideranças comunitárias devem buscar a implementação de políticas em seus núcleos populacionais.

Tal acompanhamento não significa, no entanto, que os gestores dos órgãos públicos devem expor de forma indiscriminada todos os planejamentos de ações de segurança, ou mesmo vincular as suas atividades, universalmente, à aprovação prévia da comunidade, tampouco ter-se-á comprometida a autonomia do Estado quanto à execução de suas atribuições. Essa iniciativa tende a oportunizar à sociedade civil organizada o acesso aos planejamentos, a fim de analisar e debater não só os efeitos da criminalidade, mas também de propor a criação de medidas

²⁰ HERMANY, Ricardo. O empoderamento dos setores da sociedade brasileira no plano local na busca de implementação de políticas públicas sociais. In: HERMANY, Ricardo (Org.). *Empoderamento social local*. Santa Cruz do Sul: IPR, 2010, p. 80.

²¹ HERMANY, Ricardo. O empoderamento dos setores da sociedade brasileira no plano local na busca de implementação de políticas públicas sociais, op. cit., p. 80.

preventivas e educativas de segurança pública, a serem exercidas por toda a população, de forma individual e, ao mesmo tempo, coletiva.

A partir dessa iniciativa, por conseguinte, poder-se-á criar políticas públicas de segurança abrangidas pelos preceitos da democracia, em que esteja presente o fator da participação popular e, nas quais, também se cumpra o disposto pelo artigo 144 e pelo parágrafo único do artigo 1º, ambos da Carta Magna. Segundo os mais primordiais preceitos inerentes à consolidação do regime democrático, tem-se que, se todo o poder emana do povo, a ele também cabem determinadas responsabilidades, das quais não é possível olvidar.

Contudo, não se pode confundir participação popular em políticas públicas com intervenção direta na administração pública. A comunidade deve ter presente o discernimento de que, para elaborar as projeções de forma integrada aos gestores públicos, deve-se respeitar a autonomia e as competências de cada órgão prestador do serviço. Tendo em vista que a experiência e o conhecimento são requisitos fundamentais para que se desenvolva a elaboração das políticas públicas, faz-se mister que todos os núcleos ou grupos de trabalho sejam compostos de forma mista, incluída a participação da comunidade – em si ou por meio de representações –, mas também recepcionando os encarregados da tarefa, nomeados pelos órgãos públicos. A essa regra excetuam-se os colegiados, que têm a mesma finalidade, no entanto são compostos somente por gestores ou representantes dos órgãos públicos.

A criminalidade é estimulada pela abissal desigualdade social, além das condições internas ao indivíduo, como as genéticas e psicológicas dos infratores. Analisando a discrepância econômica e cultural presente em grande parte dos territórios nacionais, é indiscutível a necessidade da elaboração de práticas dedicadas diretamente aos criminosos, relativas à coibição inteligente, vez que nem todos os fatores que propiciam as ações delituosas possam ser previstos ou evitados. Somente dessa forma, considerando os aspectos sociológicos da sociedade, é que se poderá atingir a realização dos preceitos presentes no artigo 144, CF, no que tange à proposição de sistemas locais de gerenciamento e desenvolvimento de políticas públicas de segurança.

Para que sejam obtidos resultados significativamente promissores, os debates e as projeções que idealizam novas abordagens à execução da segurança pública realizados devem contemplar aspectos que ultrapassem os já elencados entre as atividades designadas aos órgãos instituídos. É preciso que haja um envolvimento entre os órgãos de maneira holística e cooperativa, com o escopo de detectar, principalmente, os fatores que levam à criminalidade, e não somente as melhores formas de contenção e repressão a serem implantadas pelo sistema. A lógica deve ser predominantemente voltada à prevenção das condutas reprováveis, em vez de concentrar todos os esforços no âmbito punitivo, que segue os atos delituosos.

Outro aspecto a ser analisado é a forma com que se dá a repressão do delito, tendo em vista que ela satisfaça não somente a finalidade punitiva, mas também a educativa, influenciando de forma direta a ressocialização do criminoso. Em nosso país, os índices de reincidência tomam proporções alarmantes, fato que justifica o direcionamento da punição, primeira e fundamentalmente, à ressocialização do indivíduo, para que este não volte a cometer atos ilícitos novamente e possa exercer a sua cidadania plena. Dessa maneira, tanto o indivíduo quanto a comunidade são beneficiados.

Partindo do pressuposto de que os atos punitivos não se encontram na esfera de competência da comunidade e dos gestores públicos – uma vez que compõem uma das atribuições dadas ao Poder Judiciário –, a essas instituições cabe a elaboração de políticas públicas, pelas quais tentará propor melhorias ao sistema já implantado em sociedade. Portanto, tem-se que, no que tange à elaboração de tais iniciativas relativas à punição dos infringentes, há que se condicionar esforços na criação de medidas preventivas, protetivas e também posteriores à punição. Tal atuação deve ser planejada de forma abrangente, não se restringindo ao uso das forças policiais – como a gravidade da problemática, por vezes, nos faria crer –, mas sim buscando sempre o aperfeiçoamento das ideias por meio da contribuição da população por vias democráticas.

Já na esfera educacional, devem ser idealizados projetos continuados, possibilitando que sejam incutidas na população iniciativas individuais e coletivas de segurança pública, fazendo com que a participação prática também se torne um hábito ao cidadão. Devem ser questionados os fatores que propiciam a criminalidade ainda nos primeiros anos de vidas dos cidadãos, com o intuito de evitar a delinquência e propiciar ao indivíduo a compreensão de que a prática do ato delituoso é prejudicial a ele e ao meio onde se encontra inserido. Nesse ponto, é conveniente fazer uso do dito popular “a ocasião faz o ladrão”, que sinaliza a importância da educação no que tange às práticas comportamentais da coibição. É necessário que o potencial infrator do indivíduo seja inibido a ponto de que, para despertá-lo, a mera situação propícia seja insuficiente.

ESTUDO DIRECIONADO NA REGIÃO DAS HORTÊNSIAS (RS)

Dirigindo-nos a um estudo de abrangência mais restrita, reportar-me-emos ao município de Canela, localizado na Região das Hortênsias, no Estado do Rio Grande do Sul, onde, desde o ano de 2013, foram iniciadas atividades relativas à diminuição da criminalidade e violência restritas à região, por meio da participação popular.

O município de Canela tem uma população de 41.682 habitantes²², cujas atividades econômicas são voltadas, primordialmente, ao turismo. Recebe

²² IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/>. Acesso em: 20 jun. 2014.

anualmente milhares de visitantes, chegando a triplicar a população do município nos períodos de Natal e Páscoa, entre outras datas festivas, ou por realização de atividades turísticas. No entanto, as atividades econômicas que desenvolve e a forma de vida um tanto quanto pacata do município tornam-no um grande atrativo para criminosos de todas as regiões do Estado, além daqueles oriundos do próprio município.

No ano de 2013, no município em questão, os índices de criminalidade atingiram proporções alarmantes, chegando a 4 homicídios dolosos, 946 furtos e 59 roubos²³, dados que exprimem uma média de 0,95 homicídio doloso, 226,95 furtos e 14,15 roubos a cada 10 mil habitantes. Em um comparativo ao município de Caxias do Sul, situado dentro da mesma região do Estado, cuja população supera em dez vezes a de Canela, totalizando 465.304 habitantes, tem-se a média de 1,86 homicídio doloso a cada 10 mil habitantes – o dobro da média calculada segundo os dados do município menor. Diante de tal situação, faz-se mister a adoção de medidas com a finalidade de refrear a criminalidade local.

Avaliando as formas de execução e desenvolvimento da segurança pública executada no município, e percebendo suas falhas e carências, um dos integrantes do 2º Pelotão de Polícia Ambiental de Canela elaborou uma nova estratégia, com o intuito de aperfeiçoar a prestação desse serviço. Com a população, os gestores municipais e os responsáveis pelo asseguramento da região, foi idealizada e maturada a ideia de criação desse sistema inovador, o qual preconiza a integração de forças participativas e a implantação de políticas públicas.

Primeiro, houve o planejamento de uma associação civil que teria como mote a integração da população, junto aos órgãos de segurança pública do município, e viesse a atuar na busca por recursos financeiros em associação aos órgãos públicos e privados. Tais recursos seriam repassados aos órgãos executores da segurança pública locais, por meio de convênios, para que, então, fosse viabilizada a execução de projetos direcionados ao melhoramento dos serviços de segurança pública do município em questão.

Foram selecionados, a partir dessa ideia, junto à comunidade, nove representantes voluntários – entre eles, empresários, líderes comunitários, representantes da imprensa local e da sociedade civil organizada – com o objetivo de passar o que fora planejado até então para o plano da prática. Essas pessoas organizaram-se e estabeleceram uma entidade civil desvinculada da gestão pública, que detém seus próprios fundamentos, estatuto, preceitos e área de atuação, denominada Mobilização Comunitária de Combate à Violência (Mocovi) – espelhada em entidades assemelhadas em nome e ideais já existentes em outros

²³ SSP – Secretaria Estadual de Segurança Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: <http://www.ssp.rs.gov.br/>. Acesso em: 24 jun. 2014.

municípios da Serra Gaúcha. Com a criação da entidade, os idealizadores expuseram-na ao conhecimento da população, pelos meios de comunicação, zelando sempre pela total transparência e participação da comunidade em todas as atividades a serem desenvolvidas, ganhando, assim, a credibilidade dos moradores locais.

A fundamental atividade da Mocovi é captar recursos e direcioná-los aos órgãos executores de segurança pública alocados no município, independentemente do segmento ou da corporação. A arrecadação de recursos se dá junto aos órgãos públicos, por meio de convênios, e à comunidade, pela captação de associados e doações. A receita de tais fundos é gerida por seis administradores, auxiliados por um conselho técnico, formado por membros dos órgãos de segurança pública municipais, que apontam as necessidades e, com os administradores da entidade, definem as prioridades e a melhor forma de aplicação dos recursos.

Até o presente momento, a entidade Mocovi, segundo o acompanhamento detido, tem se mostrado positivamente funcional, sendo captados e aplicados integralmente os recursos na segurança pública do município, possibilitando uma movimentação superior a R\$ 100 mil a cada ano de funcionamento. Dessa forma, foi viabilizada a assistência à execução dos serviços penitenciários, de policiamento ostensivo e das atividades de bombeiros, por meio da aquisição de veículos e demais equipamentos e materiais que possibilitam um melhor desenvolvimento das atividades por parte dos órgãos executores da segurança pública municipal.

Denotando o bom funcionamento da entidade criada, os representantes apoiaram uma nova iniciativa da Polícia Ambiental, que consiste na congregação dos demais órgãos da segurança pública com a finalidade de promover a criação de um sistema municipal de segurança pública. A elaboração das principais medidas a serem executadas possibilitou a criação de duas leis municipais que regulamentam a prática de políticas públicas de segurança.

As leis municipais visam à criação de um Gabinete de Gestão Integrada Municipal e de um Fundo Municipal de Segurança Pública, gerido pelo Conselho Municipal de Segurança Pública. O primeiro nada mais é do que a aplicação da legislação federal, uma vez que tal órgão já esteja abarcado nas suas previsões, e cumpre o papel de integrar a segurança pública municipal às atividades definidas pelo Estado e pela União, possibilitando a integração de atividades, planejamento e repasse de recursos de forma menos burocrática e mais célere. Já a atuação do Conselho Municipal de Segurança é restrita ao núcleo do município e visa à captação e aplicação dos recursos locais. É indispensável ressaltar que ambos os órgãos têm a aplicação direcionada especificamente à esfera municipal, por meio da elaboração de práticas e projetos que realmente atendam às demandas locais, aprimorando o uso dos recursos.

Os idealizadores do sistema municipal de segurança pública participaram diretamente da elaboração das minutas das leis a serem propostas pelo Executivo municipal

e da sua apresentação ao Legislativo, a qual se deu em data específica, com ampla participação da comunidade, fato que contribuiu para dar credibilidade ao projeto.

Com a realização das atividades da Mobilização criada no município de Canela, os olhos atentos do Poder Judiciário voltaram-se às atividades propostas, sendo conduzidos recursos oriundos dos Juizados Especiais Criminais. Seguindo, também, a iniciativa de suporte a essas atividades, o Ministério Público promulgou os Termos de Ajustamento de Condutas, que beneficiam a segurança pública de forma mais direta. Ao tempo que tais órgãos públicos iniciaram seu apoio ao projeto, o sistema adotado ganhou força junto à comunidade local e regional. Tal reflexo pode ser percebido pela sua implantação no município vizinho, com as mesmas características tanto populacionais quanto econômicas. É, portanto, reconhecida a possibilidade de um sistema de segurança pública municipal, que poderá evoluir para um sistema integrado de polícias de segurança pública regional ou distrital, sendo este assunto para um próximo estudo.

CONCLUSÕES

A partir dos estudos aqui apresentados, pode-se constatar que a atuação realizada de maneira restrita a determinado público ou região, ao intentar solucionar uma problemática, traz vantagens em relação à procedência que envolve um comando central e reflete com vastidão sobre uma série de territórios, submetendo-os às mesmas determinações, de maneira genérica e ampla. A análise promovida a partir de um local específico e a tomada de decisões com base em suas necessidades particulares e demais peculiaridades permitem que os problemas sejam mais facilmente evidenciados e com maior clareza, o que garante que sejam combatidos de maneira mais eficaz.

Os problemas que se encontram presentes em toda a extensa rede social, ao serem trabalhados em localidades de contextos semelhantes, poderão apresentar resultados significativamente positivos. Sendo assim, as políticas públicas locais, guiadas pelo princípio da subsidiariedade, podem atuar em situações específicas de determinada localidade. Têm-se, com isso, os objetivos de verificar quais os fatores que provocam a situação-problema e estimular, a partir de então, a ação governamental pela deliberação democrática, buscando, sempre que possível, o envolvimento da população na formulação das alternativas à solução dos males que a afligem.

Destarte, é imprescindível a análise do exemplo de atuação local concretizado no município de Canela, Rio Grande do Sul, no Brasil, para a ratificação da tese apresentada. Por meio da instituição de uma entidade voltada ao combate das crescentes ocorrências de delitos e da mobilização da população em prol da criação de políticas públicas a respeito, foi viabilizada a assistência voltada à execução dos serviços penitenciários, ao policiamento, às atividades de bombeiros, além da aquisição de equipamentos para esse fim.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, D. Freitas do. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. Vol. I. Coimbra: Almedina, 1994.
- CÂMARA, Paulo Sette. *Reflexões sobre a segurança pública*. Belém: Universidade da Amazônia/ Imprensa Oficial do Estado do Pará, 2002.
- CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa*: anotada. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.
- COSTA, Marli Marlene Moraes da; REIS, Suzéte da Silva. Espaço local: o espaço do cidadão e da cidadania. In: HERMANY, Ricardo (Org.). *Gestão local e políticas públicas*. Santa Cruz do Sul: IPR, 2010.
- DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.
- GIRON, Lorraine Slomp. *Refletindo a cidadania, estado e sociedade no Brasil*. 5. ed. Caxias do Sul: EducS, 2000.
- GURVITCH, G. *Tratado de Sociologia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Iniciativas Editoriais, 1968.
- HABERMAS, J. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Vol. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HERMANY, Ricardo. *(Re)discutindo o espaço local: uma abordagem a partir do direito social de Gurvitch*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC/IPR, 2007.
- HERMANY, Ricardo. O empoderamento dos setores da sociedade brasileira no plano local na busca de implementação de políticas públicas sociais. In: HERMANY, Ricardo (Org.). *Empoderamento social local*. Santa Cruz do Sul: IPR, 2010.
- KIELING, Charles Antonio. *Manifesto da cidadania*. Caxias do Sul: Maneco, 2001.
- MARTINS, Margarida Salema D'Oliveira. *O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico-política*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- MATIAS, Alberto Borges; CAMPELLO, Carlos A. G. B. *Administração financeira municipal*. São Paulo: Atlas, 2000.
- MILL, Stuart. *O governo representativo*. São Paulo: Ibrasa, 1995.
- NEVES, Maria José Castanheira. *Governo e administração local*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- QUADROS, Fausto. *Princípio da subsidiariedade no direito comunitário após o tratado da União Europeia*. Coimbra: Almedina, 1995.
- RAWLS, John. A ideia de razão pública revisitada. In: WERLE, Denilson Luis; MELO, Rúrion Soares (Orgs.). *Democracia deliberativa*. São Paulo: Singular, 2007.
- REBELO, Marta. *Descentralização e justa repartição de recursos entre o Estado e as autarquias locais*. Lisboa: Almedina, 2007.
- SANTOS, Milton. *Da totalidade ao lugar*. São Paulo: Edusp, 2008.
- SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização*. Rio de Janeiro: Record, 2009.
- SCHMIDT, João Pedro. Os jovens e a construção de capital social no Brasil. In: BAQUERO, Marcello (Org.). *Democracia, juventude e capital social no Brasil*. Porto Alegre: UFRGS, 2004.
- SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Cia. das Letras, 2000.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed. atualizada. São Paulo: Malheiros, 2011.

UMA LUTA PELO RECONHECIMENTO DA AUTONOMIA COGNOSCITIVA

STRUGGLE FOR RECOGNITION OF COGNITIVE AUTONOMY

*Carolina Diamantino Esser Santana**

RESUMO

O artigo parte do pressuposto de que o direito necessita considerar o contexto capitalista em que está inserido e buscar alternativas filosófico-sociológicas para amenizar os impactos negativos advindos desse sistema. Um desses efeitos negativos é a perda da autonomia de pensar e agir pelos indivíduos, o que influencia na construção de sua própria identidade. A proposta consiste na integração do denominado direito à autonomia cognoscitiva – a capacidade racional de cada sujeito de controlar, filtrar e interpretar as comunicações que recebe – ao direito, a partir de sua defesa via lutas por reconhecimento travadas pelos sujeitos, considerando a definição de Axel Honneth.

Palavras-chave: Teoria do reconhecimento; Identidade; Direito à autonomia cognoscitiva.

ABSTRACT

The article presupposes the necessity of Law to considering the capitalism context, in regard to reaching philosophical-sociological alternatives to the negative effects it imposes on individuals. The loss of the free capacity of thinking and acting by individuals is one of these negative effects, which influences its construction of own identity. The proposal of the article is the integration of the called right to autonomy cognitive – the rational ability of each subject to control, filter and interpret the incoming communications – to the Law, from its inclusion in the agenda of “struggles for recognition”, from Axel Honneth.

Keywords: Theory of recognition; Identity; Right to cognitive autonomy.

* Mestra em Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG). Bacharela em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos. Doutoranda em Filosofia pela Universidade de Vechta, Alemanha. E-mail: caroldesser@yahoo.com.br.

INTRODUÇÃO

É pressuposto inquestionável o fato de que o direito precisa, cada vez mais, considerar as perspectivas histórica, filosófica e sociológica que envolvem os brasileiros. O sistema capitalista e seus reflexos, bem tratados pela Teoria Crítica desde o século XX, não são somente uma realidade posta, mas, sim, elementos decisivos que fundamentaram e continuam permeando as relações de direito do brasileiro.

Caso se realize um paralelo entre as reflexões desenvolvidas por Karl Marx e, posteriormente, pela Teoria Crítica, é possível verificar vários pontos de conexão aos tempos atuais. Conceitos como alienação e massificação do pensamento e comportamento do ser humano podem ser vislumbrados na sociedade desde o século XX. Ocorre que, àquela época, Walter Benjamin, Herbert Marcuse, Theodor Adorno e Max Horkheimer, a título de exemplo, desenvolveram suas propostas de mudança a partir do seu próprio contexto. Hoje, todavia, convive-se com novos fenômenos sociais que tornam necessários outros ideais e maneiras de modificar o que é criticado desde a Escola de Frankfurt.

A partir disso, qual é o tema do presente artigo? A pergunta que se coloca é: como resgatar a construção individual da autonomia dos indivíduos na atualidade, vítimas dos efeitos negativos do capitalismo?

316

A resposta partirá da compreensão de que autonomia e liberdade são conceitos correlatos e ligados ao direito e, por consequência, ao que se poderia chamar de justiça. Com vistas a assumir uma posição menos dogmática, refletindo sociológico e filosoficamente sobre o sistema capitalista que envolve o Brasil, o direito deve atuar como ferramenta de desenvolvimento dos indivíduos, a partir da Teoria do Reconhecimento e da construção de um direito à autonomia cognoscitiva.

Será demonstrado que, a partir de um resgate da autonomia na construção da identidade da pessoa, validada pela noção de liberdade, surge um novo direito – a partir das perspectivas trabalhadas por Danilo Zolo –, denominado direito à autonomia cognoscitiva. Ele consiste na possibilidade de os indivíduos terem assegurada a sua capacidade de controlar, filtrar e interpretar as comunicações que recebem, resistindo à pressão subliminar dos grandes meios de comunicação de massa.

Para que seja possível tratar do direito à autonomia cognoscitiva, entende-se que a Teoria do Reconhecimento, nos moldes desenvolvidos por Axel Honneth, é o instrumento adequado para validá-lo. Na medida em que a massificação da informação e a construção de subjetividades de consumo provocam violações na autonomia cognoscitiva dos indivíduos, estes, como formadores de lutas por reconhecimento, devem buscar o reconhecimento deste direito, garantindo a formação de sua identidade de modo pleno.

Honneth¹, ao tratar das lutas por reconhecimento, afirma que o indivíduo somente torna-se capaz de construir sua própria identidade de modo pleno na sua convivência com o outro. Mas, considerando a maneira com que o capitalismo tem influenciado a dinâmica da sociedade brasileira, especialmente na conformação do consumo das mercadorias, os sujeitos passam, cada vez menos, a ter condições de exercer sua autonomia. Sendo assim, entende-se que o conceito de autonomia cognoscitiva poderia ser validado a partir da Teoria do Reconhecimento de Honneth. Afinal, a identidade é construída de forma plena quando a autonomia permite que os indivíduos se tornem aquilo que quiserem, sem que haja uma busca desenfreada por padrões estipulados não por eles próprios. Para tanto, neste artigo serão analisados os conceitos de autonomia e formação da identidade, a partir das ópticas de Brunello Stancioli e Ana Carolina Brochado Teixeira. Em seguida, posto o conceito de autonomia, será tratada a autonomia cognoscitiva, noção proposta pelo jurista italiano Danilo Zolo.

Na sequência, a autonomia cognoscitiva será conectada à Teoria do Reconhecimento, de Axel Honneth, concluindo-se, no item final, que a reflexão sobre o direito à autonomia cognoscitiva é uma das lutas por reconhecimento a serem efetivadas atualmente.

INDIVÍDUOS QUE LUTAM PARA SEREM RECONHECIDOS

Axel Honneth desenvolve a sua Teoria do Reconhecimento a partir de uma releitura da Teoria Crítica, cuja defesa era promovida pelos frankfurtianos, em detrimento da Teoria Tradicional. Em que pese a Teoria Crítica não se esgotar no âmbito da Escola de Frankfurt, o presente trabalho se refere à essa corrente no que se refere aos estudos desenvolvidos por autores da chamada 1ª geração da Escola de Frankfurt: Max Horkheimer; Theodor Adorno; Herbert Marcuse; e Walter Benjamin. Por isso, as expressões Escola de Frankfurt e Teoria Crítica serão aqui utilizadas como sinônimos, conforme proposto por José Ferrater Mora².

A Escola de Frankfurt assistiu à Revolução Bolchevique em 1917, às proclamações da república da Alemanha em 1918 e 1923 e aos levantes operários na Polónia e em outros países. Nesse contexto, seus pensadores pretendiam refletir sobre as estruturas de poder à época dominantes, com uma metodologia que pretendia transformar os estudos teóricos em prática social,

(...) a função da teoria crítica torna-se clara se o teórico e a sua atividade específica são considerados em unidade dinâmica com a classe

¹ HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Editora 34, 2003, p. 17.

² MORA, José Ferrater. *Diccionario de filosofia*. v. 2. 6ª reimp. Barcelona: Alianza Editorial, 1988, p. 1287.

dominada, de tal modo que a exposição das contradições sociais não seja meramente uma expressão da situação histórica concreta, mas também um fator que estimula e que transforma³.

Para Honneth, a Teoria Crítica apresenta um déficit sociológico, qual seja, a falta de análise da ação social como necessária mediadora entre as estruturas econômicas e a socialização do indivíduo. Por isso, ele defende a necessidade de estudar as expectativas morais de reconhecimento, inseridas nos processos cotidianos de socialização⁴.

De acordo com a teoria honnetiana, a fraqueza da Teoria Crítica se dá em virtude de um reducionismo histórico-filosófico, que pode ser resumido em duas questões: a primeira, a suposição de que a racionalidade humana é uma faculdade intelectual para o domínio instrumental sobre a natureza; a segunda, a compreensão de que o desenvolvimento histórico se liga necessariamente ao desenvolvimento do potencial humano de dominar instrumentalmente os objetos naturais. Em *Dialética do esclarecimento*, por exemplo, todo o processo civilizatório é compreendido como uma reificação gradual posta em movimento pela dominação da natureza⁵.

Honneth afirma que apenas os autores mais periféricos da Teoria Crítica apresentaram estudos mais factíveis, entre eles Walter Benjamin⁶.

³ HORKHEIMER, Max. Teoria Crítica e Teoria Tradicional. In: *Textos escolhidos*: Walter Benjamin, Max Horkheimer, Theodor W. Adorno, Jürgen Habermas. Os pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1980, p. 137.

⁴ HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Editora 34, 2003, p. 17.

⁵ HONNETH, Axel et al. Teoria Crítica. In: GIDDENS, Anthony; TURNER, Jonathan (Orgs.). *Teoria social hoje*. São Paulo: UNESP, 1999, p. 522.

⁶ Walter Benjamin critica, por exemplo, o fenômeno da *distração*, uma forma de alienação, de submissão ao entretenimento produzido pelo capitalismo, de maneira cega. Ele afirma que o indivíduo da massa de sua época possui uma pobreza de experiência, não pretende criar sonhos e metas individuais, vive sua vida agitada sem parar, sem construir seus objetivos. Para Benjamin, o ser humano está pobre; foram empenhadas as peças do patrimônio humano e o valor de troca atingiu os indivíduos:

“Pobreza de experiência: isso não deve ser compreendido como se os homens aspirassem a novas experiências. Não, eles aspiram a libertar-se de toda experiência, aspiram a um mundo em que possam ostentar tão pura e tão claramente sua pobreza, externa e também interna, que algo de decente possa resultar disso. (...) A existência do camundongo Mickey é um desses sonhos do homem contemporâneo. É uma existência cheia de milagres, que não somente superam os milagres técnicos como zombam deles. (...) Natureza e técnica, primitividade e conforto unificam-se aqui completamente, e aos olhos das pessoas, fatigadas com as complicações infinitas da vida diária e que veem a finalidade da vida apenas como o mais remoto ponto de fuga numa interminável perspectiva de meios, surge uma existência redentora que em cada dificuldade se basta a si mesma, do modo mais simples e ao mesmo tempo mais cômodo, na qual um automóvel não pesa mais que um chapéu de palha, e uma fruta na árvore se arredonda como a gôndola de um balão. (...) Ficamos pobres. Abandonamos, uma a uma, todas as

Em vista disso, Honneth quer desenvolver uma teoria social de teor normativo. É necessário reinterpretar a Teoria Crítica considerando a ampliação das liberdades jurídicas e da abrangência da ação individual. Partindo de Georg Wilhelm Friedrich Hegel e implementando a psicologia social de George Herbert Mead, Honneth compreende que algumas concepções hegelianas detêm um caráter especulativo, a partir da concepção de inteligências singulares dos sujeitos, e não de uma análise empírica da situação concreta. Por isso, entende que a filosofia hegeliana deve ser interpretada a partir da psicologia social empiricamente sustentada⁷.

Para Honneth, é Georg Mead⁸ quem possibilita a interpretação da teoria hegeliana para fins práticos. Ele afirma que o “psíquico” é a experiência que um sujeito faz consigo próprio, quando um problema que se apresenta na sua vida prática o impede de cumprir sua atividade habitual. Por conseguinte, a psicologia obtém um acesso ao seu domínio objetual desde a perspectiva de um ator que se conscientiza de sua subjetividade, porque ele, sob a pressão de um problema prático a ser solucionado, é forçado a reelaborar criativamente suas interpretações da situação.⁹ A psicologia, ligada ao que foi desenvolvido por Hegel, é capaz de conceber o reconhecimento. Isso porque:

À constituição de uma consciência de si mesmo está ligado o desenvolvimento da consciência de significados, de sorte que ele lhe prepara de certo modo o caminho no processo da experiência individual: através da capacidade de suscitar em si o significado que a própria ação tem para o outro, abre-se para o sujeito, ao mesmo tempo, a possibilidade de considerar-se a si mesmo como um objeto social das ações de seu parceiro de interação¹⁰.

Para Hegel, a sociedade é como um organismo, uma “unidade viva”, em que coexistem a liberdade universal e individual. Por isso, a vida pública teria de ser

peças do patrimônio humano, tivemos que empenhá-las muitas vezes a um centésimo do seu valor para recebermos em troca a moeda miúda do ‘atual’”. (BENJAMIN, Walter. *Experiência e pobreza*. In: *Magia e técnica, arte e política: ensaios sobre literatura e história da cultura*. Obras escolhidas. v. 1. 8. ed. rev. São Paulo: Brasiliense, 2012, p. 127.

⁷ HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Editora 34, 2003, p. 120.

⁸ Inclusive, Mead acredita que os indivíduos podem desenvolver um modelo de desempenho funcional do trabalho socialmente útil, que lhes permitiria exercê-lo para a comunidade, sem pretensões egoísticas. Todavia, não se pretende tratar sobre esse argumento, o qual é rebatido por Honneth, que o considera aquém da análise da integração ética das sociedades modernas. A teoria de Mead será analisada tão somente para estudar a sua concepção de formação da identidade, que se relaciona com a Teoria do Reconhecimento de Honneth.

⁹ HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Editora 34, 2003, p. 126.

¹⁰ HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*, op. cit., p. 129.

considerada não o resultado de uma restrição recíproca dos espaços privados da liberdade, mas, inversamente, a possibilidade de uma realização da liberdade de todos os indivíduos em particular¹¹.

Ademais, a estrutura de reconhecimento de Hegel é interpretada como etapas a serem conquistadas pelo sujeito:

Visto que Hegel abandona, junto com o aristotelismo de seus primeiros escritos da época de Jena, a ideia de uma intersubjetividade prévia da vida humana, ele agora não pode mais pensar o processo de individualização como um processo em que o indivíduo se desliga conflituosamente das relações comunicativas já existentes; sua teoria política da eticidade chega a perder de modo geral o caráter de uma “história da sociedade”, de uma análise da transformação gerida nas relações sociais, tomando aos poucos a forma de uma análise da formação do indivíduo para a sociedade¹².

Honneth, ainda na obra *A luta por reconhecimento*, descreve que, para Hegel:

(...) na relação afetiva de reconhecimento da família, o indivíduo humano é reconhecido como ser carente concreto, na relação cognitivo-formal de reconhecimento do direito, como pessoa de direito abstrata, e finalmente, na relação de reconhecimento do Estado, esclarecida no plano emotivo, como universal concreto, isto é, como sujeito socializado em sua unicidade¹³.

320

Partindo disso, Honneth concorda que a formação da identidade prática do indivíduo ocorre em um contexto prévio de relações de reconhecimento, a partir de três esferas, por ele construídas a partir dos estudos da obra de Hegel e de Mead. Na medida em que a pessoa cresce, passa a conviver com os demais em uma comunidade, o que lhe garante o desenvolvimento das esferas, conforme a seguir.

A esfera emotiva ou do amor é aquela relativa às relações primárias travadas pelos indivíduos, que começam a partir do contato que se dá entre mãe e filho após o nascimento¹⁴. Honneth adota a teoria desenvolvida por Donald Woods Winicott, compreendendo que, quando a criança reconhece a mãe como ser independente, desvincilhando-se da relação simbiótica, desenvolve-se a primeira esfera de reconhecimento do indivíduo – a autoconfiança:

Nesse sentido, os atos destrutivos e lesivos não são expressão de uma elaboração negativa de experiências frustradas; eles formam os meios construtivos

¹¹ HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*, op. cit., p. 41.

¹² HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*, op. cit., p. 66.

¹³ HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*, op. cit., p. 59.

¹⁴ HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*, op. cit., p. 167.

Uma luta pelo reconhecimento da autonomia cognoscitiva

com base nos quais a criança pode chegar a um reconhecimento da mãe, isento de ambivalência, como “um ser com direito próprio” (...) ¹⁵.

Com o desenvolvimento desse sujeito ao longo do tempo, ele trava relações de amor e de amizade que promovem a evolução da sua autoconfiança, permitindo o desenvolvimento de projetos de autorrealização pessoal ¹⁶.

A esfera da estima social, por sua vez, surge quando o indivíduo se relaciona dentro da comunidade em que está inserido, na qualidade de ser um dos atores sociais. O estágio de reconhecimento que se atinge, a partir dessa esfera, também chamada de esfera da solidariedade, é a autoestima:

A auto-relação prática a que uma experiência de reconhecimento desse gênero faz os indivíduos chegarem é, por isso, um sentimento de orgulho do grupo ou de honra coletiva; o indivíduo se sabe aí como membro de um grupo social que está em condição de realizações comuns, cujo valor na sociedade é reconhecido por todos os seus demais membros ¹⁷.

A partir da sua concepção da filosofia social moderna, Hegel se aproxima da definição da esfera da estima social, quando compreende que a formação da organização social encontraria sua coesão ética no reconhecimento solidário da liberdade individual dos cidadãos. Para Hegel, ocorre a formação da sociedade a partir de processos de negação, em que as relações são sucessivamente liberadas das unilateralizações e particularizações existentes. É por meio da existência da diferença entre os indivíduos dentro de sua comunidade que a eticidade ¹⁸ alcança seu equilíbrio.

Essa ideia dos processos de negação vincula-se a outra característica das relações de reconhecimento: a existência do conflito. Honneth resgata a teoria hegeliana quando afirma que somente a partir de etapas de reconciliação e conflito que a eticidade se mantém em movimento ¹⁹. O indivíduo só saberá que o outro o reconhece quando o conflito proporcionar essa sensação.

321

¹⁵ HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*, op. cit., p. 159.

¹⁶ WERLE, Denilson Luis. Reconhecimento e emancipação: a teoria crítica de Axel Honneth. *Mente, Cérebro & Filosofia*, São Paulo, n. 8, 2008, p. 49. (Coleção Habermas e Honneth – Formação do indivíduo e socialização)

¹⁷ HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Editora 34, 2003, p. 211.

¹⁸ Segundo Honneth, eticidade em Hegel significa o gênero de relação social que surge quando o amor, sob a pressão cognitiva do direito, se purifica, constituindo-se em uma solidariedade universal entre os membros de uma coletividade; visto que, nessa atitude, todo sujeito pode respeitar o outro em sua particularidade individual, efetuando-se nela a forma mais exigente de reconhecimento recíproco (HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*, op. cit., p. 154).

¹⁹ HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*, op. cit., p. 47.

O indivíduo consegue identificar-se integralmente consigo mesmo quando detém a aprovação e o apoio de seus parceiros de interação. Os indivíduos, de acordo com Hegel, devem se conceber como membros de um todo, e não como agentes egocêntricos:

Mas, por outro lado, pelo mesmo caminho que chegaram a uma autonomia maior, deve aumentar ao mesmo tempo nos sujeitos o saber sobre sua dependência recíproca; esta é a dimensão evolutiva que Hegel procura caracterizar fazendo com que a luta por honra transite imperceptivelmente de um conflito entre sujeitos individuais para um confronto entre comunidades sociais: finalmente, depois de terem assumido os desafios dos diversos crimes, os indivíduos já não se contrapõem mais uns aos outros como agentes egocêntricos, mas como “membros de um todo”²⁰.

Por último, a esfera jurídico-moral é aquela que permite o desenvolvimento do autorrespeito pelo indivíduo, significando o reconhecimento deste como pessoa individual autônoma e moralmente imputável. Dispor de direitos individuais faz com que o indivíduo legitime suas ações e, assim, seja respeitado pelos demais²¹.

Honneth afirma que Hegel também reconhece a importância do direito no desenvolvimento da identidade do sujeito. Na primeira parte de sua análise filosófica, o procedimento metodológico de Hegel consiste em reconstruir o processo de formação do espírito subjetivo, ampliando-o passo a passo de modo que abarque as condições necessárias da autoexperiência da consciência individual. Nesse processo de reconstrução, surge nos indivíduos a sua concepção como uma pessoa dotada de “direitos”, e a possibilidade de estes participarem na vida institucionalmente regulada de uma sociedade, isto é, no “espírito efetivo”, conforme definido por Hegel²².

De acordo com Hegel, para a vida social, a relação jurídica representa uma espécie de base intersubjetiva, visto que obriga cada sujeito a tratar todos os outros segundo suas pretensões legítimas. Honneth afirma que, diferentemente do amor, o direito representa para Hegel uma forma de reconhecimento recíproco que não admite estruturalmente uma limitação ao domínio particular das relações sociais próximas:

Por isso, só com o estabelecimento da “pessoa de direito” é dada numa sociedade também a medida mínima de concordância comunicativa, de

²⁰ HEGEL, Georg W. F. *apud* HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*, op. cit., p. 57.

²¹ HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*, op. cit., p. 208.

²² HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*, op. cit., p. 73.

Uma luta pelo reconhecimento da autonomia cognoscitiva

“vontade geral”, que permite uma reprodução comum de suas instituições centrais; pois só quando todos os membros da sociedade respeitam mutuamente suas pretensões legítimas, eles podem se relacionar socialmente entre si da maneira isenta de conflitos que é necessária para a solução cooperativa de tarefas sociais²³.

A teoria de Mead também se relaciona ao autorrespeito ocasionado pela esfera jurídico-moral. Mead estabelece o conceito de “Me” como a imagem que o outro tem do sujeito. Na relação com o “Me”, o “Eu” se torna o “Self”, ou seja, o outro como parceiro da interação, percebido da perspectiva de seu defrontante. O “Eu”, por sua vez, é a fonte das ações, a instância na personalidade humana responsável pela resposta criativa aos problemas práticos. No processo de reação contínuo, surgem vários “Me”, a partir do conflito constante entre o “Eu” e o “Me”²⁴.

A partir desse processo, os indivíduos constroem o “outro generalizado”, ou seja, o processo de socialização faz com que os sujeitos generalizem as expectativas de comportamento dos membros da sociedade²⁵. Quando, a partir do cumprimento de tais expectativas e do conhecimento dos seus direitos, o sujeito se sente reconhecido, surge a atitude positiva para consigo mesmo. Essa atitude é adotada pelo indivíduo quando reconhecido pelos membros de sua coletividade, como determinado gênero de pessoa, alcançando assim o autorrespeito:

323

Não é por acaso que Mead fala nessa passagem de “dignidade”, com a qual um sujeito se vê dotado no momento em que ele, pela concessão de direitos, é reconhecido como um membro da sociedade; pois com a expressão está implicitamente associada a afirmação sistemática de que corresponde à experiência de reconhecimento um modo de auto-relação prática, no qual o indivíduo pode estar seguro do valor social de sua identidade. O conceito geral que Mead escolhe para caracterizar uma tal consciência do próprio valor é o de “auto-respeito”²⁶.

Em vistas das esferas tratadas anteriormente, Honneth afirma que a identidade do sujeito é plenamente formada quando as três esferas se desenvolvem sem interferências indesejadas. Mas poderão acontecer violações das esferas ao longo da vida dos indivíduos, podendo atingir uma ou mais esferas.

²³ HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*, op. cit., p. 95.

²⁴ HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*, op. cit., p. 130.

²⁵ HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*, op. cit., p. 135.

²⁶ HONNETH, *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*, op. cit., p. 137.

Quando há a referida violação, a partir de um ponto de vista generalizável, ou seja, quando o sentimento de violação atingir mais de um indivíduo ou comunidade, surge o que é denominado por Honneth desrespeito social:

É do entrelaçamento interno de individualização e reconhecimento, esclarecido por Hegel e Mead, que resulta aquela vulnerabilidade particular dos seres humanos, identificada com o conceito de “desrespeito”: visto que a autoimagem normativa de cada ser humano, de seu “Me”, como disse Mead, depende da possibilidade de um resseguro constante no outro, vai de par com a experiência de desrespeito o perigo de uma lesão, capaz de desmornar a identidade da pessoa inteira²⁷.

Para Charles Taylor, o não reconhecimento, ou seja, o desrespeito, implica na construção de um sentimento incapacitante nos indivíduos, o que torna o respeito uma necessidade humana vital²⁸. Nessa linha, o reconhecimento humano é necessário justamente para que se desenvolva a identidade dos sujeitos. De acordo com Taylor, a noção de identidade aliada ao reconhecimento sofreu modificações ao longo do tempo, desde a perspectiva da intersubjetividade desenvolvida por Hegel. Nos tempos atuais, surge a ideia de uma identidade individualizada, ou seja, “aquela que é especificamente minha, aquela que eu descubro em mim”. É o que Taylor designa como uma interpretação contemporânea do ideal de autenticidade²⁹.

324

Contudo, tal interpretação precisa ser rediscutida:

A frouxidão moral existe, e nossa época não está sozinha nisso. O que precisamos explicar é o que é peculiar ao nosso tempo. Não se trata apenas de as pessoas sacrificarem seus relacionamentos amorosos, e o cuidado de seus filhos, na busca de sua carreira. Algo nesse sentido talvez sempre tenha existido. A questão é que hoje muitas pessoas sentem-se convocadas a fazer isso, acham que devem fazer isso, pensam que sua vida seria de algum modo desperdiçada ou incompleta caso não fizessem isso. Portanto, o que se perde nessa crítica é a força moral do ideal de autenticidade³⁰.

Desse modo, o ideal de autenticidade contemporâneo tem estimulado uma autorrealização que não considera ligações do sujeito com os outros seres humanos nas relações sociais, incentivando práticas absolutamente individualistas. Para

²⁷ HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*, op. cit., p. 213.

²⁸ TAYLOR, Charles. A política de reconhecimento. TAYLOR, Charles; APPIAH, K. Anthony; HABERMAS, Jürgen; ROCKEFELLER, Steven C.; WALZER, Michael; WOLF, Susan. *Multiculturalismo*. Lisboa: Instituto Piaget, 1994, p. 46.

²⁹ TAYLOR, Charles. A política de reconhecimento, op. cit., p. 48.

³⁰ TAYLOR, Charles. *A ética da autenticidade*. São Paulo: Realizações, 2011, p. 24.

Taylor, tais medidas são, na realidade, autodestrutivas e não permitem que se alcance a verdadeira autenticidade³¹. Afinal, ser autêntico é justamente se construir em uma relação dialógica com o outro – concepção ligada ao reconhecimento.

Taylor afirma que a sociedade contemporânea é objeto de três questionamentos principais. Primeiro, o individualismo, que provoca nas pessoas a perda de uma visão mais abrangente, porque as pessoas se centraram na sua vida individual³². Em segundo lugar, a primazia da razão instrumental, que faz com que o sujeito perca sua essência e ligue os seus objetivos de vida aos bens materiais. Por último, o fato de que a razão instrumental provoca, por consequência, uma perda de liberdade do indivíduo.

Vive-se em um liberalismo da neutralidade. A sociedade precisa ser neutra no que se refere às concepções de vida boa de cada um³³. Mas como conceber uma sociedade em que o ser humano passe a buscar ideais individuais que desconsiderem sua relação dialógica com o outro?

Quando os indivíduos buscam a autenticidade com base em práticas individualistas e isoladas, sem considerar a dimensão dialógica e que envolva a sociedade como um todo, prejudica-se a sua própria autorrealização³⁴.

Taylor entende que as formas autocentradas do presente século são desviantes em dois aspectos. Primeiro, fazem com que as afiliações, a formação de relações pelos sujeitos, tornem-se instrumentais, o que culmina em um “atomismo social”. Ademais, provocam um sentimento no indivíduo de que a sua realização pessoal só poderá acontecer se seguir seus próprios desejos e ambições de forma exclusiva, desconsiderando aspectos históricos, da tradição, da sociedade, da natureza, enfim, de modo radicalmente antropocêntrico³⁵.

Diante desse cenário, Taylor propõe que a autenticidade seja reinterpretada a partir da abertura de horizontes de significado e de uma autodefinição no diálogo. A construção de uma identidade aliada ao pleno reconhecimento só é possível a partir do caráter fundamentalmente dialógico, que permeia as relações humanas. Assim, as linguagens só são desenvolvidas a partir da interação com os “outros-importantes”, conforme Honneth resgata da teoria de Mead³⁶.

Uma das propostas de Taylor se refere à fusão de horizontes tratada por Hans-Georg Gadamer. Segundo a concepção gadameriana, o diálogo é compreendido

³¹ TAYLOR, Charles. *A ética da autenticidade*, op. cit., p. 45.

³² TAYLOR, Charles. *A ética da autenticidade*, op. cit., p. 12.

³³ TAYLOR, Charles. *A ética da autenticidade*, op. cit., p. 26.

³⁴ TAYLOR, Charles. *A ética da autenticidade*, op. cit., p. 48.

³⁵ TAYLOR, Charles. *A ética da autenticidade*, op. cit., p. 65.

³⁶ TAYLOR, Charles, A política de reconhecimento. In: TAYLOR, Charles; APPIAH, K. Anthony; HABERMAS, Jürgen; ROCKEFELLER, Steven C.; WALZER, Michael; WOLF, Susan. *Multiculturalismo: examinando a política do reconhecimento*. Lisboa: Instituto Piaget, 1994, p. 52.

como um momento de abertura, em que os sujeitos têm consciência de que pertencem a diferentes horizontes históricos, bem como da possibilidade de se encontrar novas verdades dentro do diálogo construído.

Por isso, partindo de Gadamer, para Taylor não basta que os indivíduos acreditem estar vivendo de maneira original e criativa, mas sim que estejam abertos a se construir na diferença³⁷.

Acontece que a sociedade atual costuma se comportar em sentido oposto. A busca de padrões uniformes de comportamento, considerando os dados elencados no presente trabalho, pode comprovar tal afirmação. Para Taylor:

O que a idade moderna tem de novo não é a necessidade de reconhecimento, mas sim as condições que podem levar uma tentativa de reconhecimento ao fracasso. No período pré-moderno, não se falava em “identidade”, nem em “reconhecimento” – não porque as pessoas fossem destituídas de (aquilo a que chamamos) identidades, ou porque estas não dependiam do reconhecimento, mas, sim, porque não eram suficientemente problemáticas para serem discutidas como tal³⁸.

Percebe-se, portanto, que a política de reconhecimento trabalhada por Taylor se relaciona diretamente às lutas por reconhecimento de Honneth. Na concepção honnetiana, quando mais de uma pessoa sofre uma violação à esfera do amor e amizade, da solidariedade e/ou jurídico moral, pode-se dizer que esta violação se tornou generalizada.

O desrespeito pode consistir tanto em formas de tratamento desigual oficialmente sancionadas quanto em formas mais informais de ausência ou de falso reconhecimento nas interações cotidianas referentes a culturas e etnias minoritárias, relações de gênero e assim por diante: “A ideia é que a identidade dos indivíduos é formada por meio do processo de socialização, dentro do horizonte de valores, vínculos e obrigações intersubjetivas dados na eticidade”³⁹.

Partindo-se disso, entende-se que a forma como o capitalismo, a partir da perspectiva trabalhada neste trabalho, interfere na construção da identidade do ser humano, pode ser considerada uma violação a esferas da construção da identidade. Quando a esfera emotiva, a esfera da estima social e a esfera jurídico-moral são violadas, a formação da identidade pelos indivíduos é prejudicada.

³⁷ TAYLOR, Charles. *A ética da autenticidade*. São Paulo: Realizações, 2011, p. 72.

³⁸ TAYLOR, Charles, A política de reconhecimento. In: TAYLOR, Charles; APPIAH, K. Anthony; HABERMAS, Jürgen; ROCKEFELLER, Steven C.; WALZER, Michael; WOLF, Susan. *Multiculturalismo*. Lisboa: Instituto Piaget, 1994, p. 55.

³⁹ WERLE, Denilson Luis. Reconhecimento e emancipação: a teoria crítica de Axel Honneth. *Mente, Cérebro & Filosofia*, São Paulo, n. 8, 2008, p. 54. (Coleção Habermas e Honneth – Formação do indivíduo e socialização)

Para Honneth, quando surge o desrespeito, os indivíduos que sofreram a violação podem mobilizar-se, buscando restaurar as relações de reconhecimento mútuo:

Gostaria de defender a tese de que essa função pode ser cumprida por reações emocionais negativas, como as que constituem a vergonha ou a ira, a vexação ou o desprezo; delas se compõem os sintomas psíquicos como base nos quais um sujeito é capaz de reconhecer que o reconhecimento social lhe é denegado de modo injustificado. A razão disso pode ser vista, por sua vez, na dependência constitutiva do ser humano em relação à experiência do reconhecimento: para chegar a uma autorrelação bem-sucedida, ele depende do reconhecimento intersubjetivo de suas capacidades e de suas realizações (...)⁴⁰.

O desrespeito é o provocador de ações que buscam restaurar relações de reconhecimento mútuo ou que pretendam desenvolvê-las em um nível evolutivo superior. Essas ações são as lutas por reconhecimento⁴¹.

Dessa forma, as lutas por reconhecimento consistem em um movimento contrário às violações ocorridas na construção da identidade dos indivíduos, sendo referido movimento desenvolvido pelos próprios sujeitos que sofreram o desrespeito:

(...) sempre esteve inserida na experiência de uma determinada forma de reconhecimento a possibilidade de uma abertura de novas possibilidades de identidade, de sorte que uma luta pelo reconhecimento social delas tinha de ser a consequência necessária (...) uma luta só pode ser caracterizada de “social” na medida em que seus objetivos se deixam generalizar para além do horizonte das intenções individuais, chegando a um ponto em que eles podem se tornar a base de um movimento coletivo⁴².

O presente artigo afirma que o capitalismo interfere e viola esferas de construção de identidade dos indivíduos. Como forma de buscar uma luta pelo reconhecimento do direito de referidas pessoas desenvolverem sua própria identidade, desejos e necessidades de modo particular e reflexivo, tem-se o direito à autonomia cognoscitiva. A prática desse direito pelos sujeitos, a consciência de que sua autonomia cognoscitiva necessita ser considerada e praticada no cotidiano,

⁴⁰ HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Editora 34, 2003, p. 220.

⁴¹ WERLE, Denilson Luis. Reconhecimento e emancipação: a teoria crítica de Axel Honneth. *Mente, Cérebro & Filosofia*, São Paulo, n. 8, 2008, p. 51. (Coleção Habermas e Honneth – Formação do indivíduo e socialização)

⁴² HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Editora 34, 2003, p. 256.

a compreensão de que as informações recebidas pela mídia e pelas redes sociais devem ser filtradas e refletidas pelas pessoas, antes de segui-las de modo alienado, podem representar uma luta por reconhecimento.

O DIREITO À AUTONOMIA COMO UMA FORMA DE RECONHECIMENTO

A partir da Teoria do Reconhecimento de Axel Honneth, é possível verificar como o reconhecimento culmina na formação plena de identidade dos indivíduos. A ideia de identidade, neste artigo, relaciona-se à sua concepção como uma unidade interativa, que se modifica a partir das relações dialógicas que o sujeito realiza ao longo da sua existência. Para Brunello Stancioli, ser uma pessoa é ser dotado de várias identidades. Fazem parte da construção da individualidade de cada um a efemeridade e a necessidade de se constituir a si mesmo, a partir do outro:

Ser pessoa significa ser um fluxo de valores em eterna mudança, havendo, inclusive, transvalorações (...). Isso afeta toda sociedade de pessoas capazes de ação, pois a intersubjetividade pode (e deve) ampliar as fronteiras do que significa voltar-se ao Bem, e viver, efetivamente, segundo a própria noção de Bem, de vida boa, de felicidade, de realização. Os diversos valores constitutivos da pessoa e os diversos direitos da personalidade estão em constante expansão⁴³.

328

De acordo com Ana Carolina Brochado Teixeira, a relação entre corpo e mente acontece durante a formação da identidade dos sujeitos:

Corpo e saúde têm intrínseca correlação, porquanto optamos por uma concepção de saúde que tem como pressuposto o controle do corpo por meio da ampla higidez psíquica – o que não significa que existem outras definições do que seja saúde. Quando a mente governa o corpo segundo escolhas responsáveis de seu titular, este goza de saúde, pois vive de forma coerente com os ideais axiológicos que elegeu para si⁴⁴.

A partir disso, na atualidade, a Organização Mundial da Saúde (OMS) é clara ao determinar que a saúde abrange o âmbito físico, a integridade psíquica e a social, assim como a harmonia entre as referidas esferas⁴⁵. Nessa linha, o presente trabalho concebe a pessoa saudável como aquela em que o corpo está em conexão com aquilo que a sua mente, plenamente autônoma, estabelece e deseja.

⁴³ STANCIOLI, Brunello. *Renúncia ao exercício de direitos da personalidade*: ou como alguém se torna o que quiser. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p.125.

⁴⁴ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 1.

⁴⁵ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*, op. cit., p. 22.

A saúde, assim como o direito social, também deve ser compreendida como um direito individual, pessoal, na medida em que a integridade psicofísica é um aspecto inerente ao ser humano individualmente considerado⁴⁶. Somado a isso, Teixeira ainda entende que a saúde pode também ser compreendida, além de um direito social e individual, como um direito de liberdade. Concorde-se inteiramente com a classificação realizada por Teixeira, principalmente ao se considerar, como integrante à saúde, a autonomia cognoscitiva dos sujeitos. Ser autônomo é ser livre, tanto individual quanto socialmente.

A intenção em discutir sobre a natureza jurídica do direito à saúde consiste justamente na intenção de interpretar tal direito de modo cada vez mais amplo, garantindo a tutela da pessoa humana de maneira plena e integral.⁴⁷ Essa óptica trabalhada por Teixeira torna possível que o direito à autonomia cognoscitiva seja concebido como parte do direito à saúde presente no ordenamento jurídico brasileiro, como se mostrará adiante.

Por isso, a função do direito à saúde deve abranger os padrões de bem-estar individuais de cada sujeito, biograficamente construídos. Não há que se falar em padrão universal de saúde⁴⁸. Inclusive, a Constituição federal brasileira, quando garante o pluralismo, contribui para essa interpretação ampla do direito à saúde, para que se possa garantir que cada pessoa construa sua própria concepção do que seja bom para si⁴⁹.

Teixeira destaca que o direito não é somente responsável pela garantia de uma tutela protetiva da pessoa humana, mas é também um facilitador da sua plena realização, respeitadas as potencialidades de cada sujeito⁵⁰. Verificado, portanto, que a concepção de pessoa e identidade abrange a saúde mental dos sujeitos, isto é, seu desenvolvimento cognoscitivo pleno, será analisado, a seguir, o que significa a autonomia cognoscitiva, trabalhada pelo filósofo italiano Danilo Zolo.

Zolo entende que os direitos humanos são a problemática do século XXI. Para ele, o novo século exige um pluralismo político, em que a proteção internacional dos direitos não seja garantida por alianças militares e intervenções repressivas, mas sim por intervenções preventivas e civis, baseadas no diálogo intercultural, e não na imposição de valores.⁵¹ O autor, assim como Taylor, critica a pretensa universalização dos direitos humanos, pois ela funciona, na realidade,

⁴⁶ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*, op. cit., p. 41.

⁴⁷ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*, op. cit., p. 86.

⁴⁸ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*, op. cit., p. 71.

⁴⁹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*, op. cit., p. 87.

⁵⁰ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*, op. cit., p. 16.

⁵¹ ZOLO, Danilo. *Rumo ao ocaso global? Os direitos humanos, o medo, a guerra*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 17.

como justificativa ideológica para legitimar o projeto de ocidentalização do mundo, fomentando os ideais uniformizantes do capitalismo⁵².

Zolo destaca que o sistema jurídico atual abrange não somente tratados, convenções e costumes, mas também atos normativos das autoridades regionais, jurisprudência das cortes penais internacionais, vereditos dos tribunais arbitrais e, ainda, elaborações normativas das *transnational law firms*.

Transnational law firms são definidas, por Zolo, como os grandes escritórios associados de advocacia e especialistas legais que atuam, em particular, nos setores do direito comercial, do direito fiscal e do direito financeiro. Para o autor italiano:

Em um sistema internacional fortemente condicionado pelas conveniências das grandes agências econômicas e financeiras, o poder decisório, dinâmico e inovador das forças dos mercados tende a prevalecer sobre a decrescente eficácia reguladora das legislações estatais e das instituições políticas e econômicas internacionais, até condicionar, de maneira decisiva, a eficácia dos “novos direitos”, como, entre muitos outros, a tutela do ambiente, a defesa dos consumidores, a luta contra as doenças contagiosas, o direito à água e, não por último, o direito à paz⁵³.

330

A partir da hipótese trazida neste artigo, referidas práticas advocatícias, que provocam decisões judiciais e procedimentos legislativos de acordo com o interesse das grandes corporações, são mais um exemplo da força com que o capitalismo invade as esferas de vida das pessoas. Para Zolo, estão formando-se duas novas categorias de advogados: os especialistas em contencioso de negócios e os especialistas em *lobbying* político. Para tais profissionais, a ética da imparcialidade cede espaço para os interesses econômicos fundamentais dos seus clientes – as grandes corporações – no cenário da globalização econômica, política e jurídica.

Em vista disso, Zolo defende que, enquanto não se propagarem práticas pluralistas, não há como combater as práticas capitalistas que isolam e alienam os indivíduos. Zolo⁵⁴ afirma que a construção de sólidas raízes identitárias pelas nações, pelo reconhecimento da diferença e do diálogo com o outro, é aquilo que torna possível a abominação de fundamentalismos e dogmatismos, conquistando-se a paz.

Entre os direitos apresentados por Zolo que caracterizam as necessidades do presente século, encontra-se o direito à autonomia cognoscitiva, que significa aspirações ideais, reivindicações.

⁵² ZOLO, Danilo. *Rumo ao ocaso global? Os direitos humanos, o medo, a guerra*, op. cit., p. 18.

⁵³ ZOLO, Danilo. *Rumo ao ocaso global? Os direitos humanos, o medo, a guerra*, op. cit., p. 46.

⁵⁴ ZOLO, Danilo. *Rumo ao ocaso global? Os direitos humanos, o medo, a guerra*, op. cit., p. 104.

Axel Honneth (2014, p. 31)⁵⁵ entende que todos os momentos históricos que abarcaram a discussão sobre as conquistas de novos direitos envolveram a liberdade individual. O autor explica que a liberdade individual tem várias significações, que variam de acordo com a época histórica e a comunidade a que se refere. Mas, “entre todos os valores éticos que chegaram a imperar na sociedade moderna e que desde então competem por uma posição dominante, somente um era apto para marcar de maneira duradoura nossa ideia de justiça: a liberdade entendida como a autonomia do indivíduo” (tradução livre)⁵⁶. A concepção de Honneth demonstra-se ainda mais relevante na medida em que realiza uma conexão entre a autonomia e a liberdade. Não há como se tratar da autonomia cognoscitiva, por exemplo, sem se entrar na discussão sobre a liberdade dos indivíduos.

A liberdade, para Honneth, evoluiu historicamente de um modelo negativo para um reflexivo e, posteriormente, social. A liberdade negativa é concebida como uma realidade que acontece dentro dos limites impostos ao indivíduo. Nota-se que:

Partir de uma liberdade somente negativa não permite que os cidadãos se concebam como autores e renovadores de seus próprios princípios jurídicos, pois, para isso, seria necessário conceitualmente, no anseio pela liberdade do indivíduo, um ponto de vista adicional, de maior nível, segundo o qual se justificaria atribuir-lhe um interesse na cooperação com todos os demais (tradução livre)⁵⁷.

Passa-se, portanto, à evolução da liberdade negativa para a reflexiva, que consiste na atuação do indivíduo, respeitando os padrões externos, de modo heterônomo, mas, também, considerando seus objetivos individuais, autonomamente considerados:

A ideia de liberdade reflexiva, que em Kant é pensada ainda de maneira monológica, adquire assim um significado teórico-intersubjetivo que lhe permite estar ancorada mais firmemente nas estruturas sociais do

⁵⁵ HONNET, Alex. 2004, p. 31.

⁵⁶ “Entre todos los valores éticos que llegaron a imperar en la sociedad moderna y que desde entonces compiten por una posición dominante, solo uno era apto para marcar de manera duradera nuestra idea de la justicia: la libertad entendida como la autonomía del individuo.” HONNETH, Axel. *El derecho de la libertad: esbozo de una eticidad democrática*. Madri: Katz, 2014, p. 29.

⁵⁷ “El partir de una libertad solo negativa no permite concebir a los ciudadanos mismos como autores y renovadores de sus propios principios jurídicos, puesto que para eso sería necesario conceptualmente el en anhelo por la libertad del individuo un punto de vista adicional, de mayor nivel según en cual se justificaría atribuirle un interés en la cooperación con todos los demás.” HONNETH, Axel. *El derecho de la libertad: esbozo de una eticidad democrática*, op. cit., p. 44.

mundo da vida, posto que o sujeito individual alcança a autonomia da autolegislação somente ao se socializar em uma comunidade comunicativa, na qual aprende a entender-se como destinatário das normas gerais que constituiu simultaneamente em cooperação com todos os demais (tradução livre)⁵⁸.

Já a liberdade social, último estágio da liberdade para Honneth, dá-se quando o indivíduo cria uma realidade intersubjetivamente compartilhada no interior do mundo social, desempenhando certos papéis sociais, na interação com outros indivíduos, detendo instituições – democráticas – que lhe permitem exercer essa liberdade. Entre essas instituições, pode-se visualizar o direito como facilitador do exercício da liberdade social pelas pessoas. Será concluído, a seguir, que é o direito que deverá promover lutas por reconhecimento que requeiram a autonomia cognoscitiva dos sujeitos.

O filósofo italiano Danilo Zolo afirma que a denominação **novos direitos** pode ser classificada em três espécies. Primeiro, há os novos direitos, explicitamente enunciados em constituições ou tratados internacionais e que não são objetos de questionamentos. Pode-se citar como exemplos os direitos à integridade genética do corpo humano, a proibição da clonagem reprodutiva e a salvaguarda dos dados pessoais. Em segundo lugar, há os novos direitos, que, apesar de formalmente legislados, isto é, formalizados em documentos, têm efetividade limitada, como os direitos à vida e dos consumidores. São, enfim, os novos direitos que estão constituindo-se, mas ainda não legislados, em virtude de grandes resistências externas ao seu reconhecimento jurídico. Zolo⁵⁹ elenca, como exemplos, os direitos humanos dos imigrantes, o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado, o direito à água e, o mais relevante, o **direito à autonomia cognoscitiva**.

A autonomia cognoscitiva é definida por Zolo⁶⁰ como a capacidade racional de cada sujeito de controlar, filtrar e interpretar as comunicações – principalmente eletrônicas – que recebe, ou seja, “(...) a capacidade dos indivíduos de resistirem à pressão subliminar dos grandes meios de comunicação de massa, com destaque para a televisão”.

⁵⁸ “La idea de libertad reflexiva, que en Kant se piensa aún de manera monológica, adquiere así un significado teórico-intersubjetivo que le permite estar anclada más firmemente en las estructuras sociales del mundo de la vida, puesto que el sujeto individual alcanza la autonomía de la autolegislación solo al socializarse en una comunidad comunicativa, en la que aprende a entenderse como destinatario de las normas generales que ha constituido simultáneamente en cooperación con todos los demás.” HONNETH, Axel, *El derecho de la libertad: esbozo de una eticidad democrática*, op. cit., p. 55.

⁵⁹ ZOLO, Danilo, *Rumo ao ocaso global? Os direitos humanos, o medo, a guerra*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 16.

⁶⁰ ZOLO, Danilo, *Rumo ao ocaso global? Os direitos humanos, o medo, a guerra*, op. cit., p. 56.

Zolo⁶¹ esclarece que esse novo direito – que também pode ser denominado *habeas mentem* – é de fundamental relevância nas sociedades informatizadas. A não existência de um direito à autonomia cognoscitiva pode prejudicar os direitos de liberdade e os direitos políticos. Isso porque, sem a autonomia cognoscitiva, há o risco de as pessoas formarem uma opinião pública influenciada pelos processos de autolegitimação política e econômica do poder – entre eles, o capitalismo.

Zolo cita também Jacques Derrida, que “(...) sustentou que, sem uma luta contra a concentração e a acumulação comunicativa, a democracia está destinada a se tornar uma pura ficção procedimental no interior dos próprios Estados”⁶².

É importante que fique claro que não se defende que a tecnologia apresenta tão somente aspectos negativos. Concorde-se com Zolo quando este afirma que o horizonte cultural se ampliou com os avanços dos instrumentos de comunicação eletrônica.

Mas o foco do presente artigo é tratar justamente dos efeitos negativos que o capitalismo trouxe desde o século XX no tocante à construção da identidade pessoal dos sujeitos e, por consequência, ao desenvolvimento de sua autonomia cognoscitiva plena.

Segundo Zolo⁶³, a perda da autonomia cognoscitiva acontece de maneira dupla. Por um lado, há uma excessiva pressão simbólica que não permite que as pessoas controlem os significados e a confiabilidade das mensagens que recebem no âmbito da comunicação eletrônica. De outro, como consequência da pressão, a capacidade de atenção das pessoas tende a diminuir cada vez mais: “reduz-se, precisamente, porque aumentam a quantidade, a variedade e a intensidade dos estímulos que conseguem capturar, mesmo que por um só instante, a atenção dos ouvintes”.

Em virtude disso, o professor italiano ressalta que a publicidade comercial, a propaganda política e outros meios de comunicação se aproveitam dessa característica da população: “(...) Daqui derivam delicados problemas de constituição das identidades pessoais, de autonomia dos sujeitos, de formação da opinião pública e, finalmente, de funcionamento dos mecanismos decisórios de um Estado democrático”⁶⁴.

Zolo destaca, por fim, que a autonomia cognoscitiva se relaciona diretamente à liberdade:

⁶¹ ZOLO, Danilo. *Rumo ao ocaso global? Os direitos humanos, o medo, a guerra*, op. cit., p. 62.

⁶² ZOLO, Danilo. *Rumo ao ocaso global? Os direitos humanos, o medo, a guerra*, op. cit., p. 65.

⁶³ ZOLO, Danilo. *Rumo ao ocaso global? Os direitos humanos, o medo, a guerra*, op. cit., p. 64.

⁶⁴ ZOLO, Danilo. *Rumo ao ocaso global? Os direitos humanos, o medo, a guerra*, op. cit., p. 64.

O sentido positivo da palavra “liberdade” deriva do desejo do indivíduo de ser “dono de si mesmo”: em outras palavras, é a vontade não só de ser livre, mas de ser “autônomo”, ou seja, dotado de identidade pessoal e da capacidade de projetar a própria vida e de arriscar o próprio destino. (...) A garantia jurídica dos direitos fundamentais de liberdade em favor de cidadãos dotados de identidade incerta e de pouca autonomia corre o risco de se transformar em uma concha vazia: isto é verdade, principalmente no interior das modernas sociedades tecnológico-informáticas⁶⁵.

Por tudo isso, a relação desse direito com a Teoria do Reconhecimento faz-se necessária, já que o direito, desprendido de dimensões sociológico-filosóficas, torna-se uma disciplina meramente dogmática e sem eficácia social. Não foram encontradas discussões sobre o direito à autonomia cognoscitiva que não aquela realizada por Zolo. Isso demonstra a necessidade de integrar referida reflexão às pesquisas acadêmicas, já que se relaciona diretamente aos efeitos negativos do capitalismo ainda hoje existentes.

CONCLUSÃO

Considera-se que o direito precisará, cada vez mais, ter em conta as perspectivas histórica, filosófica e sociológica que envolvem os brasileiros. O sistema capitalista e seus reflexos, bem tratados pela Teoria Crítica, não são somente uma realidade posta, mas sim elementos que fundamentaram e continuam permeando as relações de direito privado do brasileiro.

334

Honneth defende que a busca de liberdade e justiça não deve ser realizada apenas pelo direito formalmente legislado, mas também no que se refere às atitudes e aos comportamentos desenvolvidos na sociedade em que referido direito está em funcionamento. Defende-se que trazer à discussão o direito à autonomia cognoscitiva como forma de mobilização política dos indivíduos que têm suas esferas de formação da identidade violadas por práticas capitalistas poderia contribuir para que a alienação na atualidade seja minorada.

Nos termos das lutas por reconhecimento honnetianas, a emancipação plena do indivíduo só acontece quando, na sua relação dialógica com o outro, estabelecem-se conflitos que fazem gerar a restauração das esferas do amor e amizade, da estima social e do direito. Um processo de conscientização dos indivíduos, no que se refere à sua autonomia cognoscitiva, poderia culminar em lutas por reconhecimento travadas no dia a dia, tornando-os aptos a questionar as práticas impostas à sociedade de massa que os tempos atuais ainda pretendem manter.

Entende-se que o *direito à autonomia cognoscitiva* não necessita ser formalmente positivado pelo direito, mas sim integrar o rol de direitos a que os indivíduos

⁶⁵ ZOLO, Danilo. *Rumo ao ocaso global? Os direitos humanos, o medo, a guerra*, op. cit., p. 74.

fazem jus, a partir de legitimações já constantes no ordenamento. No Brasil, foi visto que o direito à saúde abrange a saúde mental e, dessa forma, a autonomia cognoscitiva.

Não foram encontradas fontes bibliográficas que tratem sobre mencionado direito, tanto nas fontes de direito material quanto na doutrina relativa à teoria e à filosofia do direito. Foi encontrado tão somente o estudo de Danilo Zolo sobre o assunto. Por isso, é necessário que a autonomia cognoscitiva passe a ser objeto de discussão, já que se entende que ela poderia representar uma luta por reconhecimento, apta a contribuir para a plena formação da identidade dos indivíduos, sufocados por efeitos negativos do capitalismo.

REFERÊNCIAS

BENJAMIN, Walter. Experiência e pobreza. In: BENJAMIN, Walter. *Magia e técnica, arte e política: ensaios sobre literatura e história da cultura*. Obras escolhidas. Tradução de Sérgio Paulo Rouanet. v. 1. 8. ed. rev. São Paulo: Brasiliense, 2012.

HONNETH, Axel. *El derecho de la libertad: esbozo de una eticidad democrática*. Tradução de Graciela Calderón. Madri: Katz, 2014.

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Tradução de Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003.

HONNETH, Axel. Teoria Crítica. In: GIDDENS, Anthony; TURNER, Jonathan (Orgs.). *Teoria social hoje*. Tradução de Gilson César Cardoso de Sousa. São Paulo: UNESP, 1999.

HORKHEIMER, Max. Teoria Crítica e Teoria Tradicional. In: *Textos escolhidos*: Walter Benjamin, Max Horkheimer, Theodor W. Adorno, Jürgen Habermas. Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

MORA, José Ferrater. *Diccionario de filosofia*. v.2. Barcelona: Alianza Editorial, 1988.

STANCIOLI, Brunello. *Renúncia ao exercício de direitos da personalidade: ou como alguém se torna o que quiser*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

TAYLOR, Charles. *A ética da autenticidade*. Tradução de Talyta Carvalho. São Paulo: É Realizações, 2011.

TAYLOR, Charles. A política de reconhecimento: examinando a política do reconhecimento. In: TAYLOR, Charles; APPIAH, K. Anthony; HABERMAS, Jürgen; ROCKEFELLER, Steven C.; WALZER, Michael; WOLF, Susan. *Multiculturalismo*. Tradução de Maria Machado. Lisboa: Instituto Piaget, 1994.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

WERLE, Denilson Luis. Reconhecimento e emancipação: a teoria crítica de Axel Honneth. *Mente, Cérebro & Filosofia*, São Paulo, n. 8, 2008, p. 49. (Coleção Habermas e Honneth – Formação do indivíduo e socialização)

ZOLO, Danilo. *Rumo ao ocaso global? Os direitos humanos, o medo, a guerra*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

VIDA, MORTE E RESSURREIÇÃO DO ESTADO SOCIAL?

LIFE, DEATH AND RESSURRECTION OF THE WELFARE STATE?

António Carlos dos Santos*

RESUMO

Há autores e políticos que pretendem reduzir a questão do Estado Social a um problema financeiro, para demonstrar a sua inviabilidade. Contudo, a questão do Estado Social não é financeira, mas política, mesmo se, no plano financeiro, muito pode ser feito para torná-lo sustentável.

Palavras-chave: Futuro do estado social; Crise; Política fiscal.

ABSTRACT

Some authors and politicians intend to reduce the question of the Welfare State to a financial problem, in order to demonstrate its unfeasibility. However, the question of the Welfare State is not a financial, but a political one, even if at financial level we can improve a lot of things to become it sustainable.

Keywords: Future of welfare state; Crisis; Tax policy.

Nada se sabe
que já não se saiba
Nada se escreve
que não esteja escrito
Mas nada se sabe
nada está escrito
Manuel Alegre

Viajei por toda a parte, no país.
Todos fazem a mesma pergunta:
para onde é que nós vamos?
que não esteja escrito
John Steinbeck (“As vinhas da ira”)

* Professor da Universidade Autónoma de Lisboa (UAL). Membro do Instituto de Direito Económico e Fiscal (IDEFF) e do Conselho Científico da *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal* (RFPDF). Jurisconsulto.

ESTADO SOCIAL: AS ORIGENS

A história das ideias políticas confronta-nos com muitas surpresas. A ideia de Estado Social, tal como a de Estado de Direito, começou por florescer fundamentalmente em um universo conservador, com muitas reservas e desconfianças das forças políticas e culturais de esquerda. Assim, por exemplo, o marxismo contrapunha ao Estado Social a democracia social, uma vez que a verdadeira democracia pressupunha, em última instância, o desaparecimento do Estado (isto é, o comunismo). A manutenção do Estado significaria, por definição, uma forma de dominação de uma classe sobre outra(s)¹.

No plano *teórico*, a ideia de Estado Social remonta ao século XIX, no quadro da emergência do Estado nacional alemão e deve-se a Lorenz von Stein (1815-1890)². Segundo ele, o Estado deveria não só livrar o proletariado do jugo do capital, mas também impedir que o trabalho o dominasse, precisando, em suma, criar o equilíbrio indispensável para que capital e trabalho convivessem em paz. A reforma social a ser levada a cabo pelo Estado conviria assim tanto aos capitalistas quanto ao proletariado, justificando a forma de Estado a que se veio dar o nome de Estado Social³.

É, porém, com o II Reich (1871-1918) e a unificação alemã promovida por Otto von Bismarck (1815-1898) que, no plano da *concretização política*, surgiu, na década de 1880, o embrião do que se chamaria Estado Social (*Sozialstaat*), na sua faceta de Estado-Providência⁴, com a introdução de seguros privados obrigatórios a cargo de patrões e trabalhadores, seguros de acidentes e de doença (1883-1884), de invalidez e de velhice (1889), ao mesmo tempo que eram duramente reprimidas as forças laborais (leis contra os socialistas)⁵. Embora tradicionalmente não seja considerada especificamente ligada ao Estado-Providência, a legislação fabril inglesa, surgida nos primeiros decênios do século XIX, sob pressão do violento movimento ludista e do cartismo, pode ser considerada

338

¹ Fundamentalmente, pois a fórmula “Estado democrático e social” começou a surgir na Revolução de Paris de 1948 e na obra de Louis Blanc, da qual Marx era crítico.

² VON STEIN, Lorenz. *Der Socialismus und Communismus des heutigen Frankreichs. Ein Beitrag zur Zeitgeschichte*. Leipzig, 1842.

³ SOTELO, Ignacio. *El Estado Social – antecedentes, origen, desarrollo y declive*. Madrid: Trotta, 2010, p. 125. Classes pobres são perigosas. Por isso, segundo este autor, “a proteção dos pobres, que se entende também como controle e disciplina, era considerada um requisito indispensável para garantir a segurança da ordem estabelecida” (tradução livre, p. 146). Sobre o tema, ver igualmente: BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

⁴ Termo que, segundo Pierre Rosanvallon (*La crise de l'État-providence*. Paris: Seuil, 1981), tinha um cunho pejorativo na boca do seu autor, o liberal Émile Ollivier (p. 141).

⁵ Conforme: KAMMLER, Jörg. El Estado Social. In: ABENDROTH, Wolfgang; LENK, Kenk. *Introducción a la ciencia política*. Barcelona: Anagrama, 1971, p. 97.

precursora de um conceito alargado de Estado Social⁶. Todavia, só em 1911, por influência do ministro das Finanças Lloyd George, com o apoio da esquerda liberal e perante a divisão dos trabalhistas, a Grã-Bretanha se dotou do *National Insurance Act*, com amplo financiamento público dos custos do sistema de segurança social.

Até as primeiras décadas do século XX, o Estado Social foi, de fato, visto com suspeição pelas organizações de esquerda, sendo identificado como uma forma de travar a revolução socialista ou mesmo a revolução democrática. Essa tradição conservadora do Estado Social manteve-se até os nossos dias. Basta lembrar que, entre nós, a expressão foi profusamente usada no tempo de Marcello Caetano⁷, sendo esta, aliás, uma das razões por que a fórmula *Estado Social* não aparece explicitamente na Constituição de 1976⁸.

⁶ Recorde-se que a classe operária inglesa resistiu fortemente à introdução das máquinas nas fábricas e que lutou com afinco pela mudança das terríveis condições laborais e sociais saídas da Revolução Industrial. Durante três decênios, conseguiu arrancar, no Plano Legislativo, certas concessões, que, no entanto, se revelaram puramente nominais. Com efeito, embora o Parlamento tenha publicado, de 1802 a 1833, cinco leis laborais, nunca votou as verbas necessárias à sua implantação no terreno. Só com a Lei Fabril de 1833 foi introduzido o dia de trabalho normal nos têxteis, pondo cobrança ao trabalho de crianças e jovens, dia e noite, segundo a vontade do patrão.

⁷ CAETANO, Marcello. *Estado Social*. Lisboa: Verbo 1970. Sobre esse período, conferir ainda: GOMES, Joaquim. Estado Social. In: CASTRO, Armando; NUNES, A. J. Avelãs; GOMES, Joaquim; MOREIRA, V. Tribuna. *Sobre o capitalismo português*. Coimbra: Vértice, 1971, p. 205-228. Nesse contexto, é ainda interessante relembra o que, em 1972, Sá Carneiro escreve no prefácio ao livro de Elías Díaz, *Estado de Direito e Sociedade Democrática* (Lisboa: Iniciativas Editoriais, 1972, p. 7 e ss.): aí crítica o fato de o regime autoritário saído de 1926 não ter sabido ou desejado construir o Estado Social do Direito, mas também a insuficiência de uma mera sociedade de bem-estar para a realização plenamente humana. Aí, o fundador do Partido Social Democrata (PSD) acolhia os ensinamentos de Díaz “quanto à rejeição da chamada sociedade de consumo, com as suas alienações desumanizadoras ao serviço de um lucro cada vez maior” e “quanto ao perigo constante de neofascismo que o neocapitalismo comporta”. E Sá Carneiro então acrescentava: “Ninguém, hoje em Portugal, defende um liberalismo individualista, a não ser talvez alguns representantes do neocapitalismo, que o ambicionariam só para si”. Que diria hoje o fundador do PSD do governo do seu partido?

⁸ Diferentemente do que ocorre, por exemplo, com as Constituições da Alemanha de 1949 (artigo 20: “A R.F.A. é um Estado Federal, democrático e social”) e da Espanha de 1978 (n. 1 do artigo 1º: “Espanha se constituye en un Estado Social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”), no caráter compromissório da Constituição portuguesa, o princípio da dignidade da pessoa humana, as referências à construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a realização da democracia econômica, social e cultural, as normas relativas às tarefas fundamentais do Estado (artigo 9º) e às suas incumbências prioritárias (artigo 81) e o vasto elenco dos direitos sociais, culturais e ambientais, bem como dos direitos dos trabalhadores, permitem sustentar, no plano jurídico-político, a ideia da autoconfiguração do Estado Português como Estado Social e democrático de direito. José Gomes Canotilho (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 335 e ss.) fala, a propósito, de *princípio da socialidade*, ligando-o ao princípio da democracia econômica, social e cultural.

ESTADO SOCIAL: O APOGEU

É costume distinguirem-se na evolução do Estado Social três períodos: o primeiro, desde os anos 1880 até o início da Primeira Guerra Mundial; o segundo, que abrange as duas guerras e o período entre elas (1914-1945), representando a Constituição de Weimar a positivação jurídica da expressão, logo esvaziada pela jurisprudência alemã da época; e o terceiro, que vai de 1945⁹ até meados dos anos 1970 (os “trinta anos gloriosos”), altura em que se tornou corrente falar da crise do Estado Social.

No campo dos juristas mais conservadores (ou neoliberais), muitos esforços foram feitos para limitar a eficácia jurídica dos direitos sociais, os quais, ao contrário dos direitos civis e políticos, não passariam de meras proclamações políticas inexecutáveis, isto é, de “direitos” que não seriam para levar a sério¹⁰. No

340

Sublinha, contudo, que, apesar de as várias revisões constitucionais não terem alterado o paradigma de Estado socialmente prestacional plasmado na Constituição, o aprofundamento da união e integração europeias e o próprio processo de globalização levaram a que o moderno Estado Social tenha assumido a forma de Estado Regulador de serviços públicos essenciais (p. 352-353). O autor não vê contudo nessa evolução “uma *desconstrução* do Estado Social em favor das forças autorregulativas do mercado livre”. Há, porém, publicistas mais conservadores que duvidam que o Estado Social seja uma noção constitucional: como Suzana Tavares da Silva (*Os direitos fundamentais na arena global*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011, p. 112), que afirma, a meu ver sem sustentação o bastante, que “o Estado Social, como o Estado Ambiental, não pode ser entendido como um ‘conceito constitucional’”. Outros autores colocam em causa a noção de direitos adquiridos, como João Carlos Loureiro, em *Adeus ao Estado Social? A segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos “direitos adquiridos”* (Coimbra: W. Kluwer/Coimbra Editora, 2010), em especial quanto às pensões (p. 117 e ss.).

⁹ O processo de esvaziamento do conteúdo progressista da noção de “Estado de direito económico e social” contido na Lei fundamental alemã e nas Constituições de alguns *Länder* e sua diluição em uma ideia de Estado Social desprovido de força transformadora do sistema socioeconómico começaram cedo na Alemanha, como nos mostra Wolfgang Abendroth [El Estado de Derecho Democrático y Social como proyecto político. In: ABENDROTH, Wolfgang; FORSTHOFF, Ernst; DOERING, Karl (Orgs.). *El Estado Social*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1986, p. 21 e ss.], e decorrem da leitura neoliberal (na época representada pelo ordoliberalismo), que, a partir de Walter Eucken e Wilhelm Röpke, assumiu um papel dominante nessa fase, culminando na fórmula sucedânea de “economia social de mercado” (*Soziale Marktwirtschaft*) atribuída a Alfred Müller-Armack (*Wirtschaftslenkung und Marktwirtschaft*. Hamburg, 1947). Com Ernst Forsthoff (Problemas constitucionales del Estado Social. In: ABENDROTH, Wolfgang; FORSTHOFF, Ernst; DOERING, Karl (Orgs.). *El Estado Social*, op. cit., p. 45 e ss.), o Estado Social passa a ser visto como “um Estado que garanta a subsistência e, portanto, como um Estado de prestações e de redistribuição de riqueza”. Segundo o mesmo autor, seria de temer a “instrumentalização das funções sociais com fins de dominação”. Daí que não considere o Estado Social compatível, *no plano constitucional*, com o Estado de direito. Daí também pode acrescentar-se a ideia de que os direitos sociais não são direitos como os outros.

¹⁰ O que é falso, como o demonstram de forma aprofundada, a partir de dados empíricos recolhidos de várias experiências jurídicas, Víctor Abramovich e Christian Courtis (*Los derechos sociales como derechos exigibles*. 2. ed. Madri: Trotta, 2004). Ver ainda, entre nós, o importante livro de Jorge Reis Novais, *Direitos Sociais: teoria jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direi-*

campo dos economistas e financistas, volta-se a ligar o Estado Social visto como conjunto das funções sociais do Estado ao velho tema da crise do Estado Fiscal¹¹.

É este, e apenas este, o tema ao qual aqui se pretende dar nota. Há, evidentemente, relações entre os conceitos de Estado Social (tendo em conta os seus diversos pilares e as suas diversas variantes) e de Estado Fiscal. Mas é extremamente redutora a perspectiva de quem afirma que “o Estado Social é um conceito intimamente associado à economia e às finanças públicas”¹². Nessa lógica, poder-se-ia afirmar que também o Estado de Direito “é corolário do Estado Fiscal, ou seja, a sua atuação está vinculada a sua capacidade arrecadatória”¹³ – e que o próprio Estado democrático estaria dependente da economia e das finanças públicas¹⁴.

O Estado Social nasce, antes de tudo, como uma forma do Estado nacional. O Estado moderno, forma política saída das revoluções burguesas, é um Estado nacional que se caracteriza pelo monopólio da coerção legítima (Weber) em um espaço territorial delimitado por fronteiras, pela existência de uma burocracia permanente (militar, judicial e administrativa, incluindo a burocracia recaudatória), pela igualdade formal entre aqueles que eram considerados cidadãos de corpo inteiro. Ainda que com variantes importantes, esse Estado assume-se como liberal, isto é, como Estado circunscrito às funções políticas, militares e diplomáticas, como Estado separado da sociedade e da economia, protetor da propriedade privada dos meios de produção, do mercado e da livre-concorrência e, na época, como Estado elitista, e não como Estado democrático. O Estado liberal era, porém, ao contrário das aparências, um Estado intervencionista na economia e na sociedade, que contemporizava com maneiras de intervenção ativa que viam do Estado absoluto. De fato, o Estado liberal intervinha de muitos modos, nomeadamente por meio do protecionismo aduaneiro, do condicionamento na constituição de sociedades anônimas e do controle dos trabalhadores e das suas

tos Fundamentais, no qual se defende que “todo o núcleo do regime material pretensamente específico dos direitos, liberdades e garantias se aplica, em toda a sua extensão e com o mesmo alcance, aos direitos sociais” (p. 363).

¹¹ SOTELO, Ignacio. *El Estado Social* – antecedentes, origen, desarrollo y declive. Madri: Trotta, 2010, p. 160.

¹² Assim: SILVA, Suzana Tavares. *Os direitos fundamentais na arena global*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011, p. 101.

¹³ Como refere Miguel Angelo Maciel, em *O tratamento tributário discriminatório como combate à concorrência fiscal internacional e a sua legitimidade* (São Paulo: MP, 2009, p. 76).

¹⁴ A Ciência Política tem demonstrado haver certa correspondência entre democracia e desenvolvimento econômico, embora não necessariamente uma relação de causalidade. Recorde-se, a propósito, entre outras, a obra clássica de Seymour Martin Lipset, *The political man. The social bases of politics* (Nova York: Doubleday & Co, 1960). Sobre a tensão entre democracia e mercado, ver a lúcida análise de Ha-Joon Chang, *As nações hipócritas: os segredos incômodos dos países ricos e os mitos que ameaçam a prosperidade global* (Lisboa: Clube dos Autores, 2013, p. 200 e ss.).

organizações. Os trabalhadores eram, por exemplo, obrigados a registrar na polícia as suas mudanças de residência. As organizações sindicais eram proibidas, tal como a greve. Hoje, tende-se a esquecer que o Estado liberal convivia bem com estes factos, tal como com sistemas não democráticos. Mais do que democrático, o Estado liberal era elitista, como o demonstram os sistemas e processos eleitorais então existentes. O mesmo, aliás, acontece hoje com as diversas variantes do Estado neoliberal: umas somente funcionam em ditaduras, como a do Chile de Augusto Pinochet demonstra; outras, mais sutis, procuram limitar os espaços da decisão democrática em favor da decisão tecnoburocrática e restringir o alcance do próprio Estado de direito constitucional, sempre que este cause perturbação ao funcionamento do mercado e da livre-concorrência, construindo um Estado funcionalizado aos *diktats* dos poderes fáticos.

O moderno Estado Social (em sentido amplo, e não como mero Estado-Providência) surge como resposta reformista à crise do Estado liberal clássico (e da economia liberal clássica), em uma época na qual, por causas diversas, as funções tradicionais do Estado deram origem a novas políticas públicas, alargadas à economia e à sociedade¹⁵.

A grande crise de 1929, o *New Deal*, na sequência da aprovação, em 1935, do *Social Security Act*, as políticas sociais reformistas da social-democracia sueca (desde 1932) e, sobretudo, o pós-II Guerra Mundial, com o plano *Beveridge* (1942)¹⁶ e com a conjunção, ainda que efêmera, de movimentos antinazistas e antifascistas na França e na Itália, fizeram emergir um amplo Estado Social, não apenas limitado ao pilar do *Welfare State* (*Wohlfartstaat*, *État-Providence*)¹⁷, em um contexto no qual eram superadas e deslegitimadas as formas não democráticas de intervenção pública. O Estado Social deve assim ser compreendido de forma alargada, abrangendo outros pilares para além da proteção social, quais sejam a regulação das relações laborais, a prestação de serviços públicos e mesmo, de acordo com Christophe Ramaux, o campo das políticas macroeconômicas

342

¹⁵ Conforme: NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito* – do Estado de Direito liberal ao Estado Social e democrático de Direito. Coimbra, 1987.

¹⁶ Conferir o *Report on Social Insurance and Allied Services*, que esteve na base da organização do sistema britânico de segurança social e do *Welfare State*, financiado por contribuições de todas as pessoas em idade de trabalhar. Com esse recurso financeiro, o Estado britânico outorgava subsídios a doentes, desempregados, reformados e viúvas, cujas prestações eram vistas como um direito dos cidadãos. Segundo William Beveridge, esse sistema combateria os cinco grandes males da sociedade (a escassez, a doença, a ignorância, a miséria e a ociosidade) e sustentaria um nível de vida mínimo, abaixo do qual ninguém deveria viver.

¹⁷ Uma das limitações do importante trabalho de Gosta Esping-Andersen, *The three worlds of Welfare Capitalism* (Princeton University Press, 1990; ver também: *Três lições sobre o Estado-Providência*. Lisboa: Campo da Comunicação, 2009) é precisamente o de ter cingido a análise ao Estado-Providência, uma das facetas do Estado Social.

(entre as quais, a fiscal)¹⁸. Hoje, quando se fala de crise de Estado Social, não é apenas o Estado-Providência (nas suas diversas configurações – social-democrata, corporativa, liberal – de que fala Gosta Esping-Andersen) que está em causa, mas igualmente a existência de direitos laborais e direitos sociais e das próprias políticas públicas do Estado, em particular as redistributivas e as relativas ao desenvolvimento, e o princípio da progressividade do imposto sobre o rendimento.

No plano da teoria econômica, o keynesianismo surgia como justificação dessa forma estatal¹⁹. Note-se que, ao contrário do que ocorre hoje, as crises, mesmo em tempos de grave penúria, sempre fizeram emergir um Estado Social mais forte.

Em grande medida, o moderno Estado Social afirma-se como um compromisso entre diferentes forças sociais e políticas em um contexto democrático. Para as forças conservadoras, na sequência da tradição bismarckiana, o Estado Social era necessário para consolidar a ordem e dissuadir revoltas ou revoluções, no fundo, como um tampão que impedisse qualquer coletivização da economia. Para os liberais, o Estado Social justificava-se como complemento da economia privada, sendo por meio dele que, supletivamente, se realizariam funções socio-econômicas que o mercado, dadas as suas falhas, não conseguia levar a cabo. Em outras palavras, era uma forma pragmática de o capital obter trabalhadores qualificados, com boa saúde e pagos pela comunidade. Para os democratas-cristãos, significava não apenas a paz social, mas também o respeito pela doutrina social da Igreja. Para os socialistas e sociais-democratas reformistas, o Estado Social era visto, pelo menos até Bad Godesberg (1959), como uma via democrática de transformação do capitalismo em um novo regime econômico designado por socialismo ou, mais tarde, como uma simples forma de garantir o bem-estar social (*Welfare State*). Para correntes políticas mais à esquerda, o Estado Social representa uma figura ambígua²⁰. Na maioria dos casos, ainda que mantendo reservas em relação ao reformismo inerente ao Estado Social, essas correntes acabam por defender o alargamento das funções sociais do Estado, pelo menos daquelas que foram obtidas por meio de duras batalhas políticas e sindicais.

¹⁸ RAMAUX, Christophe. *L'État social – Pour sortir du chaos néolibéral*. Paris: Fayard (Mille et une nuits), 2012, p. 29 e ss.

¹⁹ A influência de Keynes foi, porventura, objeto de algum exagero. Sobre as condições que possibilitaram o êxito do modelo do Estado Social durante os anos gloriosos, ver: COTARELO, Ramón García, *Del estado del bienestar al estado del malestar*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1986, p. 110-111.

²⁰ Essa ambiguidade parece-me presente no pensamento (sempre estimulante) de António Avelãs Nunes, nomeadamente no livro *As voltas que o mundo dá... Reflexões a propósito das aventuras e desventuras do Estado Social* (Lisboa: Avante, 2010), como procurei dar conta na recensão publicada na *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal* (n. 3, ano IV, 2011, p. 339-346).

Como quer que seja, esse modelo compromissório²¹ se assentava, em termos gerais, em um forte setor público em domínios estratégicos (mas afastando a coletivização da economia), em um planeamento democrático indicativo, em amplos direitos dos trabalhadores e das suas organizações e em importantes direitos econômicos, sociais, ambientais e culturais. Central seria a criação de uma rede de proteção social, pública e universal, de um sistema educacional ao alcance de todos e de um sistema nacional de saúde. Não é difícil ver como essas ideias, desde cedo sob fogo cruzado, impregnaram a Constituição da República Portuguesa de 1976.

ESTADO SOCIAL: A CRISE

Esse compromisso durou na Europa até meados dos anos 1970, isto é, até o fim do sistema de Bretton Woods e a crise petrolífera de 1973. Assistimos então, e com maior incidência a partir dos anos 1980, ao que muitos designaram de crise do Estado-Providência, acompanhada, no plano das ideias, da dominância do pensamento neoliberal, nas suas diversas matizes, e, no plano dos fatos, de uma reorganização do poder político e social na Europa (Thatcher) e no mundo (Reagan).

Importante na recente contestação ao Estado Social foi a filosofia econômica de Friedrich von Hayek (1899-1992) e de Milton Friedman (1912-2006). O primeiro preferia uma “ditadura liberal” a uma democracia não liberal. Inspirado na obra do sociólogo alemão Alfred Schütz (1899-1959), socorre-se da categoria idealizada da “ordem espontânea”²², no fundo, uma ideia mítica de “mercado”, para fazer do saber econômico um “projeto de hegemonia cultural recorrendo à doutrinação”²³ e legitimar um feroz ataque ao movimento sindical (ao “monopólio” dos sindicatos), como ocorreu com o governo de Magareth Thatcher. O segundo, expoente da escola monetarista de Chicago, defendeu a contração das políticas públicas, em especial as ligadas à segurança social e as de natureza redistributiva, justificando a necessidade de construir um Estado mínimo ao serviço dos mercados²⁴.

Vários fatores específicos contribuíram para que o Estado Social fosse questionado: demográficos (queda da taxa de natalidade e aumento da esperança de

²¹ Do compromisso entre classes sociais, tendo por base o crescimento econômico, falava, por exemplo, Juan Ramón Capella [La crisis del ‘Estado del Bienestar’ en la crisis de civilización. In: OLIVAS, Enrique (Org.). *Problemas de legitimación en el Estado Social*, Madri: Trotta, 1991, p. 178], ao mesmo tempo que dava conta da “crise de uma civilização baseada num crescimento econômico quantitativo ilimitado” (tradução livre, p. 184).

²² HAYEK, Friedrich August von. *Law, legislation and liberty*. Vols. I, II, III. Londres: Routledge and Kegan Paul, 1973-1979; *The constitution of liberty*, Chicago: University of Chicago Press, 1960; e *O caminho para a servidão*. Lisboa: Edições 70, 2009.

²³ Assim: JORION, Paul. *Misère de la pensée économique*. Paris: Fayard, 2012, p. 198.

²⁴ FRIEDMAN, Milton. *Capitalism and freedom*. Chicago: University of Chicago Press, 1962.

vida, envelhecimento das populações); técnicos (sociedade de informação e do conhecimento que trouxeram formas de organização social diferentes das da sociedade industrial, com perda de centralidade do trabalho); novas tecnologias de comunicação (reduzindo distâncias e tornando as fronteiras porosas); mudanças no quadro de valores (emergência dos valores pós-materialistas); e ideológicos (domínio das teses neoliberais ultraindividualistas em detrimento de teorias comunitaristas ou solidaristas). Esses fatores estão associados a mudanças econômicas, sociais, culturais e políticas como sejam a globalização que embebeu os Estados nos mercados, a perda de ganhos de produtividade do sistema capitalista a partir dos anos 1960²⁵, o aparecimento do fenômeno da estagnação, os impasses do keynesiano, e, no plano político, a implosão do bloco de Leste, o refluxo e a crise do movimento comunista europeu na França, na Espanha e na Itália, o afastamento da social-democracia clássica de um projeto de transformação da sociedade capitalista e, por vezes mesmo, a sua evolução para formas de liberalismo social (visível no chamado blairismo), o modo como se constituíram a União Europeia e, em particular, a União Econômica e Monetária²⁶ e a total liberdade de circulação de capitais que ela implicou, reforçando, para níveis nunca vistos, o poder do capital financeiro especulativo, da chamada “economia de casino” (Strange).

Esses fatores trouxeram de novo para a ribalta as teses da crise do Estado Social como crise fiscal do Estado. De fato, o Estado Social, tal como todo o Estado capitalista moderno, é um Estado Fiscal, *rectius* tributário, pois vive essencialmente dos impostos e de outras formas tributárias (contribuições, taxas, parafiscalidade), e não de receitas patrimoniais, sendo inviável a sua sustentabilidade financeira permanente por empréstimos, em particular externos. O sistema tributário permite ao Estado Social não apenas obter receitas para o seu financiamento, mas, igualmente, por meio das suas funções extrafinanceiras, agir sobre a economia e a sociedade.

A problemática da crise fiscal do Estado não é de hoje. Recorde-se que, durante as primeiras décadas do século XX, houve um importante confronto teórico e político sobre a questão de saber se o financiamento do Estado deveria advir apenas (ou essencialmente) de impostos ou, também, de receitas patrimoniais próprias, desde logo as decorrentes da propriedade de meios de produção, pelo menos daqueles situados em setores estratégicos. Na teoria sociológica e

²⁵ Recorde-se que, em uma leitura clássica de Marx, as crises cíclicas de sobreprodução são inerentes ao sistema capitalista e decorrem, em última instância, da contradição entre o caráter social da produção e o modo privado de apropriação (sobre o tema, ver: RIBEIRO, Nelson Rosas. *A crise econômica: uma visão marxista*. João Pessoa: UFBP, Editora Universitária, 2008).

²⁶ SANTOS, António Carlos dos. O modelo de união monetária no Tratado de Maastricht. *Documento de Trabalho CEDIN*, n. 2. Lisboa: ISEG, 1994.

econômica, essa discussão teve expressão no confronto entre as posições de Rudolf Goldscheid (1870-1931)²⁷ e de Joseph Schumpeter (1883-1950)²⁸.

Para Goldscheid, a abertura política do Estado liberal à democracia trouxe, como reação, a espoliação do Estado do seu patrimônio, em particular no tocante à sua ação na esfera produtiva, de forma a salvaguardá-la do voto popular expresso no sufrágio universal. Segundo esse sociólogo, o povo (a maioria da população), ganhando eleições, apenas teria acesso a caixas vazias, ao Estado pobre, pelo que a escolha democrática seria esvaziada de conteúdo útil. Sem patrimônio, o Estado era obrigado a socorrer-se de impostos, em especial dos indiretos, e de empréstimos, ficando na dependência dos credores privados. Alargar o domínio público seria, para Goldscheid, a forma de responder à crise fiscal e dar resposta às despesas crescentes.

Já para Schumpeter (que, ao contrário de Goldscheid, defendia, por oposição ao Estado patrimonial, o Estado Fiscal, separado da economia, como forma de completar a ação do mercado), a crise do Estado Fiscal não era logicamente inerente a esta forma estatal, mas decorria de fatores externos. Em outras palavras: não existiria uma falência financeira do Estado que pudesse ser considerada inexorável. O que não significava que não existissem limites ao financiamento do Estado por meio de impostos, limites inerentes no nível do desenvolvimento do país, de sua estrutura social e da natureza das riquezas existentes que condicionavam a sua viabilidade. Recorde-se, aliás, que Schumpeter admitiu que o capitalismo pudesse sucumbir, dando origem a um sistema econômico de natureza socialista, não por causa dos seus defeitos, mas, paradoxalmente, dos seus méritos.

Nos anos 1970, retorna, à direita e à esquerda, a crítica política ao Estado Social. À direita, uma das mais importantes provém das teorias da escolha pública e do “constitucionalismo econômico/financeiro”, ou seja, das análises econômicas do “mercado político” baseadas no individualismo metodológico (Buchanan, Tullock, Brennan)²⁹, com a contestação do Estado benevolente, bem como a denúncia às falhas de governo e à burocratização estatal e a defesa da “constitucionalização” de limites à despesa pública. Também aqui é fácil reconhecer o peso dessas teses na construção da União Econômica e Monetária (UEM).

²⁷ GOLDSCHIED, Rudolf. Sociological approach to problems of public finance. In: MUSGRAVE, Richard A.; PEACOCK, Alan T. *Classics in the theory of public finance*. Nova York: St Martin's Press, 1967, p. 202-213. (Artigo original de 1917)

²⁸ SCHUMPETER, Joseph. La crise de l'état fiscal. In: SCHUMPETER, Joseph. *Impérialisme et classes sociales*. Paris: Flammarion, 1984, p. 229-282. (Artigo original de 1918)

²⁹ BUCHANAN, James. *Economía constitucional*. Madri: IEF, 1993; BRENNAN, Geoffrey; BUCHANAN, James. *The Power to tax: analytical foundations of a fiscal constitution*. Nova York: Cambridge University Press, 1980; BUCHANAN, James; TULLOCK, Gordon. *The calculus of consent*. Ann Arbor MI: The University of Michigan Press, 1962.

À esquerda, ganhou notoriedade a crítica de James O'Connor³⁰, segundo o qual o sistema capitalista repousa em uma socialização dos custos e uma apropriação privada dos lucros. O Estado Fiscal (que o Estado Social é) tem dois tipos de funções: uma de *acumulação*, que interessa diretamente ao capital; e outra de *legitimação*, centrada na manutenção de certa coesão social³¹. Ora, tudo isso pressupõe despesa pública crescente (já Wagner havia falado da lei do crescimento da atividade estatal), a qual tem limites de financiamento no quadro do sistema econômico existente. São essas limitações financeiras que hoje colocariam, sobretudo, em causa as chamadas funções sociais do Estado e, conseqüentemente, a coesão social³².

ESTADO SOCIAL: QUESTÃO CIVILIZACIONAL?

A natureza compromissória do Estado Social torna o seu destino politicamente incerto, como se a crise permanente fosse o seu estado natural. A história encarregou-se de demonstrar que o progresso não é nem linear nem garantido, que mesmo os impérios aparentemente mais sólidos tombam e que o futuro é largamente imprevisível. Mas é também a consciência desses fatos que permite recuperar a importância do político e, nesse quadro, da escolha democrática e da aposta pascaliana. Perante os ataques de que está a ser alvo, hoje a defesa do Estado Social e dos direitos sociais que lhe são inerentes aparece como uma questão civilizacional, como uma questão ética, como uma questão de decência. Apesar dos seus limites, o Estado-Providência (ou melhor, o Estado Social em sentido amplo) representou e representa ainda, como lembra Riccardo Petrella, “a forma mais avançada de “boa” sociedade”³³. Com os direitos sociais, recorda, por sua vez, François Ewald, “a problemática da libertação sucede à da liberdade” – esses direitos são oponíveis “à totalidade dos sujeitos, a *sociedade*”³⁴.

Hoje, podemos falar, no quadro do sistema econômico capitalista, de dois modelos de Estado em concorrência, não sendo indiferente a opção por um ou por outro, tal como não o é a opção entre democracia (forma tendencial de socialização da esfera política) e ditadura. Hoje, muitos chamam Estado neoliberal

³⁰ O'CONNOR, James. *The fiscal crisis of the state*. Nova York: St Martin's Press, 1973; e *Accumulation crisis*. Oxford/Nova York: Basil Blackwell, 1984. Ver, igualmente, sob uma óptica influenciada pelo estruturalismo, OFFE, Claus. *Contradictions of the Welfare State*. Massachusetts: MIT Press, 1984; e, por fim, BARCELLONA, Pietro. *Oltre lo stato sociale – economia e politica nella crisi dello stato keynesiano*. Bari: De Donato, 1980.

³¹ Sem se referir especificamente ao Estado Social, o tema foi igualmente trabalhado por Jürgen Habermas, em *Raison et légitimité: problèmes de légitimation dans le capitalisme avancé* (Paris: Payot, 1973).

³² Um primeiro olhar das organizações internacionais sobre as dificuldades que já se colocavam ao Estado Social foi-nos transmitido em 1981 pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), em *El estado protector en crisis* (Madri: MTSS, 1985).

³³ Assim: PETRELLA, Riccardo. *Le bien commun – éloge de la solidarité*. Bruxelas: Labor, 1996, p. 83.

³⁴ EWALD, François. *L'état providence*. Paris: Grasset, 1986, p. 25.

a nova forma de poder estatal emergente ou, em linguagem mais econômica, Estado Schumpeteriano em contraponto ao Estado Keynesiano-fordista³⁵.

No Estado Neoliberal – que se autoapresenta como inevitável –, predominam os valores da livre-concorrência, do mercado aberto, da redução da esfera pública, da mercantilização dos valores de uso, da destruição criadora, da inovação tecnológica, da competitividade, da tributação neutra, do cerceamento da decisão democrática pela decisão tecnocrática, da contenção da participação democrática, da “austeridade expansiva” etc. No limite, essa forma de Estado (compatível com regimes de ditadura) conduz-nos ao Estado promotor da exploração *Rana Plaza* (Estado Rana Plaza).

Como sempre, a realidade é mais complexa, pois, existindo um confronto entre as duas formas de organização do Estado, o Estado Social e o Estado Neoliberal (isto é, entre as forças sociais e políticas que os apoiam), na prática assistimos a imbricações de intensidade variável entre elas, com progressiva vantagem para o modelo neoliberal³⁶, que, ao contrário das expectativas de muitos (falou-se mesmo do regresso de Keynes), tem mostrado, com o apoio das instituições europeias de legitimidade tecnocrática, como a Comissão e o Banco Central Europeu (BCE), saber transformar a crise financeira em crise das dívidas soberanas.

Promovida pelo capital financeiro, a substituição do Estado Social (ainda que embrionário) pelo Estado Neoliberal está subjacente à “refundação” do Estado de que fala o primeiro-ministro.

348

Nesse contexto a questão que se põe é a de saber se, em um ambiente econômico e político muito hostil, é possível ao Estado Social manter-se como até aqui ou se morreu, devendo promover-se a sua ressurreição como *Estado neo-social*³⁷, em que seria redefinida e consolidada a ação socioeconômica do Estado, quer do lado da despesa, quer do lado da receita.

³⁵ JESSOP, Bob. Towards a Schumpeterian workfare state? Preliminary remarks on post-fordist political economy. *Studies in Political Economy*, v. 40, 1993, p. 7-40. Note-se que o sentido de neoliberal não corresponde hoje ao usado na Alemanha do pós-guerra para se referir ao ordoliberalismo que se apresentava como uma espécie de “terceira via” entre capitalismo e socialismo.

³⁶ O peso da nova direita nas transformações do Estado Social era já salientado por Ramesh Mishra, em *O Estado-Providência na sociedade capitalista* (Oeiras: Celta, 1995, p. 109-112).

³⁷ A designação foi entre nós usada por: SILVA, Filipe Carreira da. Metamorfozes do Estado: Portugal e a emergência do Estado neo-social. In: CARMO, Renato Miguel do; RODRIGUES, João (Coords.). *Onde pára o Estado? – Políticas públicas em tempos de crise*. Lisboa: Edições Nelson de Matos, 2009, p. 19 e ss. Ver do mesmo autor a recente monografia *O futuro do Estado Social* (Lisboa: FFMS, 2013), na qual o autor, cingindo-se essencialmente ao Estado-Providência, mostra-nos como este tem vindo a mudar substancialmente, a reconfigurar-se, para resistir às pressões, e que, “ao contrário do que se poderia esperar, várias destas mudanças não vão no sentido da redução dos apoios sociais, mas no do seu aumento”, alargando “o âmbito de cobertura de esquemas de proteção social existentes a novos grupos de beneficiários” (p. 65). Em 1996, Henrique Medina Carreira (*As políticas sociais em Portugal*. Lisboa: Gradiva) já defendia uma reforma profunda do sistema.

Sem desconhecer que o crescimento da dívida pública é largamente derivado do crescimento da dívida privada e que esta (entre nós, muito superior à dívida pública) depende de um modelo de desenvolvimento excessivamente que necessita do crédito fácil (fomentado por estratégias das próprias instituições financeiras) e do crescimento da dívida pública depois de 2007-2008 (em larga medida motivada pela crise, com o beneplácito da União Europeia)³⁸, reconhece-se que um Estado ágil (mesmo nas esferas mais especificamente políticas) é condição de sustentabilidade do Estado Social. Isso implicaria, entre nós, no mínimo, proceder a escolhas criteriosas em relação à despesa pública, privilegiando a despesa reprodutiva, uma luta feroz ao desperdício, ao laxismo e à corrupção, uma revisão da estrutura política e administrativa do Estado³⁹ – evitando duplicações de competências (o Estado paralelo) e melhorando os processos de decisão –, uma revisão das parcerias público-privadas e um combate às rendas excessivas de setores funcionando em regime de (quase) monopólio, uma análise da estrutura da dívida, afastando a que seja qualificada como ilegítima⁴⁰ e a sua renegociação, pois está cada vez mais claro que, no contexto de “espiral recessiva” em que nos encontramos, não é possível pagar uma dívida que cresce dia a dia.

Do lado da receita, implicaria, antes de mais nada, o acesso direto dos cidadãos aos empréstimos obrigacionistas a serem lançados pelo Estado, contribuindo para a substituição de dívida externa por dívida interna. Segundo, ainda, implicaria uma clarificação das receitas patrimoniais do Estado, em especial a recusa do processo das privatizações em curso que se mostra desnecessário para a consolidação orçamental e que apenas leva, como já levou, à venda de património ao desbarato e à entrega de bens públicos estratégicos a interesses pouco claros. E, por fim, uma reestruturação do sistema tributário, do mundo dos impostos, das contribuições, das taxas, dos tributos parafiscais e dos empréstimos forçados, ponto a ser desenvolvido na parte final deste texto.

A preservação e a consolidação do Estado Social (sob forma de Estado Neo-Social) são um objetivos políticos de natureza civilizacional e ético. Implicam, antes de tudo, definir que modelo de Estado Social se pretende e, depois, melhorar a sua organização, funcionamento e financiamento. De fato, até hoje o Estado

³⁸ Sobre esses pontos, conferir do autor “A crise financeira e a resposta da União Europeia: Que papel para a fiscalidade?” [In: MONTEIRO, Sónia; COSTA, Suzana; PEREIRA, Liliana (Coords.). *A fiscalidade como instrumento de recuperação económica*. Porto: Vida Económica, 2011, pp. 19 e ss.].

³⁹ Ponto salientado, por exemplo, por: NABAIS, José Casalta, em “Da sustentabilidade do Estado Fiscal” (In: NABAIS, José Casalta; SILVA, Suzana Tavares da. *Sustentabilidade do Estado Fiscal em tempos de crise*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 55-56).

⁴⁰ Para quem pretende retirar ensinamentos das crises grega e argentina, é muito útil a leitura do livro de Jason Manolopoulos, *La dette odieuse. Les leçons de la crise grecque* (Paris: Pearson France, 2011).

Social não se apresentou como realidade uniforme, mas foi objeto de variantes e de importantes mutações. É preciso analisar com atenção essas formas e os argumentos daqueles que defendem que o Estado Social é um modelo esgotado ou em vias de desaparecimento. Só superando tais argumentos será possível a sua preservação e consolidação, de forma a dar resposta aos riscos a que o Estado Social está desde já confrontado e aos mais que se perfilam nos tempos vindouros⁴¹.

A alternativa ao Estado Social é, hoje, um estado “associal”, de natureza assistencialista, essencialmente caracterizado pelo reforço das funções de dominação e de repressão, um estado que abdica do controle do poder econômico e de outros poderes sociais fáticos, um estado que separa estado e sociedade, que se desinteressa das funções de coesão econômica e social e aprofunda as desigualdades sociais⁴².

ESTADO SOCIAL EM PORTUGAL: REFUNDAÇÃO OU RETROCESSO?

Em Portugal, o Estado Social é recente e frágil⁴³. Na prática, surge com o 25 de Abril. Os seus resultados até hoje são, no entanto, enormes. Assim, segundo o Centro de Estudos Sociais, “a tendência de longo prazo da evolução da despesa

⁴¹ Mesmo que se cinja o tema à questão da segurança social, há muito que se clama por uma profunda reforma do sistema (entre nós, vide CARREIRA, Henrique Medina. *As políticas sociais em Portugal*, Lisboa: Gradiva, 1966) e se continua a afirmar que a reforma de 2006-2007 não foi ainda suficiente, pois não estão garantidos nem um crescimento econômico forte, nem uma fundamentação ética robusta (assim, MENDES, Fernando Ribeiro. *Segurança social: o futuro hipotecado*. Lisboa: FFMS, 2011).

⁴² É bom lembrar que são os Estados com maiores desigualdades sociais que pior resistiram aos efeitos da crise. A persistência de elevado grau de desigualdades entre nós mostra a insuficiência do nosso Estado Social. Sobre o tema das desigualdades, ver: WILKINSON, Richard; PICKETT, Kate. *O espírito da igualdade*. Lisboa: Presença, 2010; STIGLITZ, Joseph E. *Le prix de l'inégalité*. Paris: Les Liens Qui libèrent, 2012; e, entre nós, CARMO, Renato Miguel do (Org.). *Desigualdades sociais 2010: estudos e indicadores*. Lisboa: Mundos Sociais, 2010; PINTO, José Madureira (Coord.). *Desigualdades sociais: os modelos de desigualdade e as políticas públicas em questão*. Comissão Nacional para as Comemorações do Centenário da República/Casal de Cambra: Caleidoscópio, 2011; RODRIGUES, Carlos Farinha (Coord.). *Desigualdades sociais. Conclusões preliminares*. Lisboa: FFMS, 2011; COSTA, António Firmino da. *Desigualdades sociais contemporâneas*. Lisboa: Mundos Sociais, 2012.

⁴³ Conforme: SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. Porto: Edições Afrontamento, 1994, p. 63. Ele escreve que Portugal não tem um Estado-Providência, mas, em contrapartida, tem uma forte sociedade-providência. Sem pôr em causa a importância da sociedade-providência entre nós para a qual o texto citado chama – e bem – a atenção (sociedade essa também hoje em refluxo perante o massacre fiscal de que são alvo pensionistas e funcionários), não se pode, de forma tão radical, negar a existência de um Estado-Providência em Portugal, menos desenvolvido que os dos modelos nórdico (social-democrata) e corporativos, com características híbridas, porventura similares à dos países do sul da Europa. Creio, assim, que existem um Estado-Providência entre nós, embora menos desenvolvido que o da média dos países europeus, e uma sociedade-providência, sendo um fato esta também ser atacada pelo recente massacre fiscal.

pública em Portugal reflete a extraordinária democratização do acesso a cuidados de saúde e à educação e o alargamento de direitos básicos de proteção no desemprego e na velhice desencadeada com a revolução democrática de 1974”, sendo os resultados positivos dessa evolução “ilustrados através de indicadores como o número de médicos por habitante, a esperança de vida, a taxa de mortalidade infantil e a escolarização nos diversos graus de ensino”⁴⁴, como decorre do quadro seguinte:

INDICADORES	1980	2011
Médicas(os) por 100.000 habitantes	197	406
Esperança de vida à nascença	71,78	79,55
Taxa de mortalidade infantil	22,289	2,957
Número de crianças no pré-escolar	80.373	276.125
Número de alunos no ensino secundário	169.516	440.895
Número de alunos no ensino superior	80.919	396.268

Fonte: CES (Lisboa), *Barómetro das crises*, n. 4, 2013.

O fato de a sua viabilidade ser possível e desejável, e de ela decorrer de um imperativo ético e civilizacional, não leva automaticamente a que sua sustentabilidade esteja garantida, sem enorme descaraterização, tão poderosas são as forças que procuram a sua destruição. Se tivermos em conta os novos “caminhos da servidão” a que dia a dia nos sujeitam, as respostas (ou não respostas) que a Europa e Portugal têm dado à transformação de uma crise financeira em socioeconômica e desta em crise das “dívidas soberanas”, cuja questão-chave é o assustador crescimento do desemprego nos países do sul (quase 18% entre nós), a situação de democracia limitada (“com falhas”) em que vivemos e a desvalorização sistemática dos laços sociais em favor de um indivíduo utópico – o famoso *homo economicus* –, a sua sustentabilidade é hoje simultaneamente mais urgente e difícil.

A primeira tarefa a levar a cabo em nome da sua sustentabilidade – e, porventura, decisiva – é a de *desinfestação ideológica*⁴⁵. Nunca é demais repetir que, ao contrário do que afirma o ministro Vítor Gaspar, a questão central em torno do Estado Social não é a do seu financiamento⁴⁶.

⁴⁴ CES (Lisboa). *Barómetro das Crises*, n. 4, de 9 de janeiro 2013 (disponível no site do CES).

⁴⁵ Importantes nesse domínio são publicações como o recente livro coordenado por José Soeiro, Miguel Cardina e Nuno Serra, *Não acredite em tudo o que pensa*: mitos do senso comum na era da austeridade (Lisboa: Tinta da China, 2013). Ou o já clássico livro de Ho-Jan Chang, *23 Things they don't tell you about capitalism* (Londres: Allan Lane, 2010).

⁴⁶ Relembre-se sua afirmação produzida no contexto do “colossal aumento de impostos” do último orçamento, o qual, recorde-se, que não se destinou ao financiamento do Estado Social: “não é possível financiar as prestações sociais que a sociedade não está disposta a pagar”. Para Gaspar, a verdadeira questão política seria assim a de saber (para além do que já pagam em

Primeiro porque, embora por razões porventura distintas, continua a afirmar-se um vasto consenso das forças democráticas (incluindo destacados membros dos partidos que sustentam o governo) acerca da importância da defesa do Estado Social⁴⁷. A luta contra as desigualdades e o papel do Estado Social nesse combate formam o mínimo denominador comum da generalidade das forças políticas democráticas e dos movimentos sociais. E, em uma democracia, este é um fato que não pode ser ignorado nem pelo Executivo nem pela Europa⁴⁸.

Segundo, é falacioso pôr isoladamente a questão da sustentabilidade das despesas sociais do Estado. De fato, a questão financeira diz respeito às despesas do Estado na sua globalidade, bem como ao desbaratamento de dinheiro público em projetos que não têm suficiente justificação ética, econômica, cultural ou social, em despesas sumptuárias ou inúteis (como o *bunker* da Caixa Geral de Depósitos, autoestradas sem automóveis, estádios sem utilização etc.), ao imoral financiamento do sistema bancário por riscos sistêmicos indemonstráveis, à captura do Estado pelo compadrio e pela corrupção (BPN, submarinos etc.), à ineficácia de sistemas como o da justiça, o administrativo e mesmo do próprio sistema político, a contratos de *swap* desastrosos, cuja existência se conhece há algum tempo, mas dos quais não há prestação transparente de contas, e não apenas (ou sobretudo) ao Estado Social, como se neste se concentrassem o desperdício, a despesa não reprodutível e o lado obscuro da atividade estatal. Uma visão tal (política, e não técnica) esconde, ainda, que há despesas sociais, culturais e ambientais reprodutivas, que a própria ação pública não é improdutiva em si mesma pelo simples fato de produzir valores de uso, e não valores de troca etc. A questão, posta como o ministro Gaspar o faz, oculta uma decisão política, explícita ou implicitamente, já tomada, que decorre de pressupostos ideológicos e de interesses bem definidos. Ocultada a decisão política prévia, como em um passe de prestidigitação, tudo parece ficar na dependência de uma inexorável decisão contabilística e técnica.

352

virtude do massacre fiscal destinado a outros fins) qual seria ainda o nível de tributação que os portugueses aceitariam para financiar o Estado Social (visto como um simples custo).

⁴⁷ Como refere Filipe Carreira da Silva, em “Metamorfoses do Estado: Portugal e a emergência do Estado neo-social” [In: CARMO, Renato Miguel do; RODRIGUES, João (Coords.). *Onde pára o Estado?* – Políticas públicas em tempos de crise. Lisboa: Edições Nelson de Matos, 2009, p. 28], repetidos estudos de opinião indicam que, “para muitos portugueses, a democracia ou é social ou não é democracia”.

⁴⁸ Não desconhecemos que, apesar da retórica dos discursos políticos e das proclamações da Carta Social Europeia, da Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores e da recente Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, é visível o caráter subalterno (e para consumo externo) atribuído pelas instituições políticas europeias às questões sociais (ao “modelo social europeu”) em confronto com o primado do princípio da livre-concorrência em mercado aberto e do princípio da liberdade de circulação de capitais, que se têm vindo a erigir como os verdadeiros direitos fundamentais da União Europeia.

Terceiro, porque deveria ao mesmo tempo comparar-se com os custos de inexistência do Estado social, ou por outras palavras, com os custos do Estado associal (ou mesmo antissocial): se a educação e a saúde são caras, quanto custam a ignorância e uma população debilitada física e psicologicamente? Muitas das despesas existentes continuariam a ser efetuadas, mas agora pagas diretamente pelos cidadãos a empresas privadas ou indiretamente pelo Estado, como subvencionador ou garante.

Quarto, porque o Estado Social pode resistir e consolidar-se desde que haja desenvolvimento econômico, sendo este dependente do Estado Social. Basta pensar que, para além dos danos psicológicos, o desemprego (em particular, o familiar e estrutural) provoca mais despesa social e menos receitas e o desemprego jovem conduz ainda à emigração e a quebras das taxas de natalidade e, conseqüentemente, a uma pirâmide etária invertida que torna, a prazo, muito mais difícil a sustentação da Segurança Social.

A questão demográfica é, como se sabe, muitas vezes invocada como fator de não sustentação da Segurança Social. Mas ela é também uma questão política cuja resolução exige políticas de combate ao desemprego, políticas de apoio ao emprego não precário, políticas de habitação para jovens casais, políticas de natalidade etc. Emigrar pode ser uma opção individual. Promover a emigração de jovens qualificados não é uma política pública. É uma confissão de incompetência, insensatez e desrespeito pelo país.

Quinto, como melhor se verá adiante, mesmo em uma visão estreitamente financeira, muita coisa pode ser feita do lado da receita, em particular, da tributária, mesmo em período de nulo crescimento econômico e sem recorrer ao facilitismo dos aumentos de taxas ou redução de deduções à coleta, muitas vezes contraproducentes, ou à via paratributária, com efeitos econômicos equivalentes aos dos impostos, de onerar por meio de cortes cegos, desproporcionados e desiguais as remunerações dos estratos intermédios e de camadas desprotegidas da população, como a generalidade dos pensionistas e funcionários públicos⁴⁹.

A segunda questão essencial é a da *definição de prioridades*. A República Portuguesa, caso pretenda continuar no Zona do Euro (questão, em minha opinião, deveria ser discutida abertamente, sem tabus)⁵⁰ e continuar a assumir o

⁴⁹ Opera-se, desse modo, uma enorme redistribuição invertida de rendimento e riqueza [dos estratos pobres e médios da sociedade para os estratos mais privilegiados que representam o capital especulativo e as rendas (quase) monopolistas]. Como nem assim as metas do programa dito de “ajustamento” (melhor seria de “injustamento”) serão atingíveis em 2013, perfila-se novo ataque ao Estado Social, levado a cabo por um “terrorismo de Estado”, para usarmos uma justa expressão de Nicolau Santos.

⁵⁰ Esta é uma questão prévia que lá fora é hoje discutida abertamente. Entre nós, ver o recente livro de João Ferreira do Amaral, *Porque devemos sair do euro?* (Alfragide: Lua de Papel, 2013).

pagamento (de toda?) a dívida e dos juros, não pode limitar-se a tocar a tecla das cada vez mais esgotadas (e insensatas) políticas de “austeridade expansionista”, as quais se limitam a expandir a recessão e a dívida, políticas radicais, efetuadas com “espírito de missão”, que impeliram o Executivo a “ir para além da troika”, na esperança (vã) de ir a tempo de se apresentar, de cara lavada, no fim do ciclo eleitoral. No mínimo, deveria encarar o memorando de entendimento com a troika não como uma Bíblia ou um programa político, mas sim como um documento sujeito à avaliação constante, suscetível de ser adequado à realidade sempre que esta, como é claramente o caso, contradiga os efeitos esperados da política em curso. Mas como é cada vez mais pacífico em diversos quadrantes da sociedade portuguesa, incluindo oss dos partidos que suportam a coligação (fato que diz muito sobre o estatuto de menoridade da nossa democracia), deve ser, segundo uns, complementado, segundo outros, substituído, por políticas públicas (de apoio ao emprego, à Investigação & Desenvolvimento, à criação de empresas) que, simultaneamente, contrariem o ambiente recessivo (a caminho da depressão) e favoreçam o desenvolvimento econômico. A questão está, porém, em saber se o mínimo ainda é exequível.

Uma coisa é certa: os números (muitas vezes martelados) condicionam, e não definem, políticas. Como há muito escreveu Pierre Rosanvallon, não é possível estabelecer *a priori* limites intransponíveis ao Estado-Providência que seriam deduzidos de uma análise estritamente econômica e financeira⁵¹. Os limites ao Estado Social são de índole societal ou cultural e, acrescente-se, de natureza política. Mesmo um limite que pode parecer financeiro é político. Significa apenas que as prioridades escolhidas foram outras. A estratégia do Executivo é, a este respeito, paradigmática⁵².

354

⁵¹ ROSANVALLON, Pierre. *La crise de l'état-providence*. Paris: Seuil, 1981, p. 18.

⁵² Vejamos: o Executivo apresenta um colossal aumento de impostos como forma de retaliação em relação ao Acórdão n. 396/2011, de 21 de setembro, do Tribunal Constitucional. O produto dessa receita não servirá, porém, para financiar o Estado Social. Em seguida, o Executivo repete no Orçamento para 2013 as medidas que já haviam sido consideradas inconstitucionais por aquele Tribunal, não podendo desconhecer a alta probabilidade de este órgão de soberania manter a anterior decisão. Como reação ao previsível “chumbo” dessas medidas, o Executivo critica, de forma insensata, o Tribunal (o coro dos seus acólitos fala grosseiramente de “governo dos juízes”), culpando-o de um “buraco” (ilíquido) de 1.300 milhões de euros (como se o problema não decorresse da sua decisão política e como se o verdadeiro “buraco” não fossem os 4 mil milhões até hoje nunca devidamente explicados) e proclama seraficamente já não ser possível subir mais os impostos, havendo, por isso, que cortar no Estado Social. Assim, o Executivo atinge o objetivo que, desde o início, queria executar: construir o Estado Plaza, com baixos salários e baixos direitos (salvo para a “elite” financeira e rentista, a que pensa que pertence) e com altos riscos por conta dos cidadãos, fragilizados conscientemente por um poder político cuja missão seria a de defendê-los. Em nome da “competitividade”, pode agora o Executivo privilegiar a aposta no *dumping* social, cultural, educacional e laboral e na entrega do que resta do sistema produtivo (mesmo em áreas estratégicas) ao capital internacional

ESTADO SOCIAL: A NECESSIDADE DE MAIOR COORDENAÇÃO FISCAL NO PLANO EUROPEU

Embora contestemos a tese conservadora de que a questão do Estado Social é essencialmente a de seu financiamento, tese sempre avançada pelos seus detratores que pretendem ver nele um luxo “acima das nossas possibilidades”⁵³, é dessa questão que nos ocuparemos em seguida, chamando a atenção para erros de política tributária ou para o fato de não serem combatidos alguns dos fatores, externos ou internos, que têm provocado, direta ou indiretamente, erosão de receitas.

Começemos pelos fatores externos que condicionam o processo de arrecadação de receitas fiscais, dos quais o primeiro é a concorrência fiscal entre Estados (como se estes fossem empresas), mesmo no seio da Europa. Em última instância, quem se beneficia de uma atitude não cooperativa são os grandes grupos econômicos internacionais e as empresas que dirigem os mercados financeiros. A deficiente coordenação fiscal europeia (e a quase inexistente coordenação fiscal internacional) bem como a embrionária harmonização fiscal no plano da tributação direta das empresas [e das taxas em matéria de imposto sobre o valor acrescentado (IVA)]⁵⁴ leva a uma erosão das bases tributárias dos Estados que se lançam, de forma ofensiva, defensiva ou por imitação, em uma corrida no sentido da menor tributação das empresas e do capital (dos fatores móveis da produção), tentando, a todo custo, atrair empresas, capitais (bem como artistas, reformados, não residentes com altos rendimentos etc.) ou evitar o êxodo dos que se encontrem no seu território⁵⁵.

355

(incluindo a capital público estrangeiro). Desse modo, vão-se fechando pouco a pouco as alternativas possíveis até que um dia se dirá que já não basta vender os anéis, temos mesmo que cortar os dedos, pois não há alternativa.

⁵³ Sobre a sua autossustentabilidade financeira, ver ainda: GUEDES, R.; PEREIRA, R. V. Quem paga o Estado Social em Portugal?. VARELA, Raquel (Coord.). *Quem paga o Estado Social em Portugal*, p. 21-70.

⁵⁴ A harmonização fiscal não é a regra que decorre dos Tratados, mas a exceção. Sobre o tema, ver SANTOS, António Carlos dos. *L'Union européenne et la régulation de la concurrence fiscale*. Bruxelas/Paris: Bruylant, L.G.D.J., 2009.

⁵⁵ A experiência tem mostrado que a concorrência fiscal defensiva é, por vezes, no contexto atual de ações não cooperativas, inevitável. E que a estratégia concorrencial pode ter alguns frutos na criação de nichos empresariais ou no combate a situações geográficas depressivas (coesão territorial). Mas há que evitar as restantes formas de concorrência que, embora tenham impacto favorável na imprensa econômica, levam a reduções fiscais desnecessárias, pois raramente atingem os objetivos programados. Há, pois, que ser muito criterioso neste campo. A concorrência fiscal a levar a cabo por Portugal deve ter mais em conta os fatores qualitativos da competitividade que os quantitativos. Decisiva é a existência de estabilidade fiscal (a Lei Geral Tributária deveria ter estatuto de lei reforçada), de celeridade na resolução de conflitos, de confiança dos contribuintes na administração fiscal e na justiça, bem como a definição de leis claras [(exatamente o contrário do que se tem passado em áreas como o imposto sobre o rendimento das pessoas singulares (IRS)], que permitam uma informatização do sistema

É nesse quadro ainda que se deve analisar o caso dos paraísos fiscais, cuja extinção foi várias vezes anunciada pelo G7, agora G20, pela União Europeia e por políticos europeus, e levada sobretudo a cabo pelo Fórum da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), mas sem resultados dignos de nota, pois os acordos de troca de informações com paraísos fiscais são passos de diminuto alcance. Houve, quando muito, certo cerceamento à ação de paraísos fiscais mais exotéricos ou exóticos, mas ficaram quase intactos os aqueles grandes dependentes dos Estados dominantes (como a City de Londres, o Delaware, as ilhas Cayman) ou os regimes privilegiados que fazem de alguns Estados (como a Suíça, o Luxemburgo, a Holanda, o Chipre, a Irlanda ou os países do Leste europeu) um sorvedouro das receitas fiscais dos outros, entre os quais o nosso.

Em um ambiente de liberdade irrestrita de circulação de capitais, a proliferação de paraísos fiscais (mesmo “cooperativos”) leva a continuar, apesar de sonantes proclamações, existindo importantes fontes de fraude e evasão fiscais, bem como de planeamento fiscal abusivo por parte de empresas, nomeadamente das grandes empresas transnacionais⁵⁶.

Contudo, dada a inexistência de um modelo europeu para evitar as duplas tributações, estas empresas aproveitam a existência de uma multiplicidade de diferentes convenções sobre dupla tributação para reduzir a carga fiscal (*treaty shopping*). O mesmo acontece com os preços de gestão internos das grandes empresas que o instituto dos preços de transferência tem dificuldades em controlar. As políticas nacionais contra essas “térmitas” fiscais são pouco eficazes. O G20, a União Europeia, a OCDE e o Fundo Monetário Internacional (FMI) continuam a proclamar estarem preocupados com os paraísos fiscais e os líderes europeus falam deles sempre que têm campanhas eleitorais. Mas, em boa verdade, a ideia que dão é de que pretendem dismantlar os paraísos fiscais alheios e mesmo regimes fiscais privilegiados que tecnicamente não são considerados pela OCDE paraísos fiscais, mantendo intactos os seus. Essa discussão deverá ser retomada em termos, política e tecnicamente sérios, o que, até agora, manifestamente não tem acontecido. E, como dados recentes mostram, os bilhões acumulados em paraísos fiscais são absolutamente ultrajantes.

A resposta à concorrência fiscal externa deve ser inteligente, implicando a defesa de maior harmonização, de maior coordenação, de utilização de auxílios tribu-

fiscal sem sobressaltos etc. No plano quantitativo, deve-se sobretudo lutar por uma redução dos custos de cumprimento que se estão a se traduzir em uma forma de parafiscalidade encoberta e na racionalização de taxas, contribuições e encargos parafiscais, muitos deles injustificáveis e que duplicam a carga fiscal.

⁵⁶ Os paraísos fiscais não existem, porém por razões predominantemente fiscais. Sobre o tema, ver, do autor, “Térmitas fiscais e centros financeiros *offshore* & *onshore*: A leste dos paraísos?” [In: FERREIRA, Eduardo Paz; TOMAZ, João Amaral; SANTOS, José Gomes; CABRAL, Nazaré da Costa (Orgs). *Conferência Crise, justiça social e finanças públicas*. IDEFF, Coimbra: Almedina, 2010, p. 263-279].

tários sempre que se justifique e que não se alinhe em simples reduções de taxas que as mais das vezes servem para que as empresas sejam refratárias à inovação.

Portugal deve assim apoiar esforços de maior harmonização fiscal no quadro europeu, que parecem ter ganhado novo alento com a crise, procurando melhorar, em função dos nossos interesses, as propostas da Comissão que estão em cima da mesa, de modo que as políticas de harmonização não sejam prejudiciais para os pequenos e médios países. Deve assim apoiar o imposto sobre as transações financeiras, o alargamento do campo de aplicação da diretiva da poupança e melhorar a proposta de diretiva da matéria coletável comum consolidada (que tem, no mínimo, a vantagem de, pela primeira vez, tornar obrigatória a existência de um imposto sobre as sociedades nos Estados-membros), lutando, por exemplo, pelo estabelecimento de uma taxa mínima de imposto e por uma distribuição mais neutral das receitas etc. A discussão de um imposto parcialmente europeu (de momento, o melhor candidato será o IVA), tendo como contrapartida a diminuição das contribuições dos Estados para o Orçamento da União, não deve ser um tema tabu. O Orçamento europeu deverá contribuir para a estabilidade financeira, para funcionar como modo de evitar ou combater crises sistêmicas e para financiar a coesão econômica, social e territorial, fato que atualmente está muito longe de ser alcançado.

ESTADO SOCIAL: PARA UMA NOVA POLÍTICA FISCAL

357

Embora não devam ser ultrapassados certos limites (sociais, econômicos e jurídicos) à tributação, transformando o imposto em uma espécie de confisco, há muito a fazer para melhorar a arrecadação de receitas fiscais. É difícil, embora não impossível, alargar as bases tributárias de forma que tal alargamento seja sentido como justo e eficiente pelos cidadãos e pelos operadores econômicos e não provoque uma contração das bases tributárias existentes. A redistribuição de rendimentos, podendo operar igualmente por via da despesa, continua a ser um objetivo político, jurídico e ético a ser atingido em uma sociedade decente, fazendo parte do contrato social assente em uma maior igualdade de oportunidades dos cidadãos no acesso a bens públicos e na diminuição das desigualdades sociais existentes, até como forma de tornar a economia e a sociedade mais resistente aos impactos das crises. E isso não é tarefa que compita aos mercados que são, por definição, mecanismos de eficiência (limitada), e não de justiça. Compete essencialmente ao poder político, e um dos meios que existem para fazê-lo é o sistema tributário.

A questão é que políticas fiscais (legislativas ou administrativas) erradas, mal concebidas ou mal executadas podem transformar-se em fatores de erosão fiscal, em diminuição de receitas arrecadadas, sem que daí decorra qualquer vantagem para a generalidade dos cidadãos. Sem pretensão de exaustividade, eis alguns fatores de degradação fiscal.

Em primeiro lugar, uma *previsão otimista ou errônea de receitas*. É certo que não há métodos científicos seguros capazes de nos darem uma previsão infalível das receitas a cobrar. Múltiplos são os fatores que podem conduzir a uma quebra de receitas fiscais. A mais importante será a quebra (não previsível) de atividade econômica, com a consequente redução de lucros, salários e transações, que tem óbvios reflexos negativos na arrecadação de impostos sobre o rendimento de pessoas coletivas (IRC), de IRS, de IVA, de Selo e dos impostos especiais de consumo. Mas pode haver empolamento fictício na previsão das receitas ou, por incompetência, incapacidade de previsão das consequências de medidas econômicas de “combate” à crise com efeitos recessivos, como parece acontecer actualmente.⁵⁷ Acresce que a responsabilidade do poder político pode igualmente fundar-se na incapacidade (ou falta de vontade) de, por meio de políticas públicas que favoreçam o crescimento econômico, procurar contrariar o ambiente depressivo ou recessivo existente.

Independentemente desses fatos, outros existem que podem provocar erosão (não justificada) de receitas. Um é a consagração estrutural no desenho de alguns impostos de verdadeiros *privilégios fiscais* (paraísos fiscais internos). É o caso de muitas taxas liberatórias em sede de IRS que se aplicam a rendimentos de capital e a mais-valias (e que justificaram, na opinião do governo, a sua não tributação pelas taxas gerais e pela extraordinária sobretaxa agravada do IRS). É ainda o caso da forma como está estruturada a isenção do artigo 53 do Código do IVA aos quase 500 mil contribuintes que não têm, por ano, 10 mil euros de volume de negócios e que permite alimentar o mercado paralelo, podendo favorecer a fraude carrossel. Como é também o caso da não tributação do jogo *online*, “justificada”, em larga medida, por pressão de *lobbies* externos.

Em outros casos, a erosão é provocada por *reduções de taxas*, deduções à coleta, abatimentos à matéria coletável. Essas reduções, muitas das quais podem configurar auxílios de Estado, podem ocorrer por diversas razões, nomeadamente por aquelas de concorrência fiscal. Em alguns casos, não existe, porém, razão visível para tal, sendo apenas justificadas pela pressão de *lobbies* poderosos. Há, igualmente, casos de verdadeiros auxílios de Estado não notificados nessa qualidade, como ocorreu com a titularização de créditos fiscais (medida *one-off*) que a experiência tem demonstrado ser pouco saudável para o erário público. O

⁵⁷ Poderá porventura afirmar-se que a quebra da receita em 2012 (mesmo a receita do IVA, apesar da subida significativa das taxas) decorreria da diminuição da atividade econômica decorrente da crise. Mas essa redução era completamente *previsível*. Como era previsível que, aos aumentos de taxas, correspondesse um acréscimo da evasão fiscal e do mercado paralelo. A retração da atividade econômica conduz à redução de rendimentos, de preços e de transações, tendo como consequências óbvios reflexos negativos na arrecadação de IRC, de IRS, de IVA, de Selo e dos impostos especiais de consumo (IEC). Quando tal redução é medianamente previsível, só a crença no dogma da “austeridade expansionista” legitima a existência de previsões “otimistas”. Mas essas previsões induzem a possibilidade de a despesa aumentar.

mesmo ocorre quando, em situações de fiscalidade contratual, tais benefícios são atribuídos sem um caderno de encargos definido de forma juridicamente sustentada, pelo que seria desejável haver mecanismos de maior controle dos contratos fiscais. Há ainda erosão injustificada se os benefícios fiscais se prolongam para além do prazo de 5 anos, sem que, em virtude da inércia política ou administrativa, tenha havido avaliação que comprove terem sido atingidos os objetivos a que se propunham. Ou sempre que, por pressão privada, sejam concedidos benefícios fiscais que impliquem uma real despesa fiscal sem efeito de incentivo, pois o benefício é inútil se o investimento for efetuado mesmo na sua ausência. São situações que implicam uma análise caso a caso. A linha de demarcação entre um incentivo justificado e um benefício que se traduz em um auxílio ao funcionamento nem sempre é fácil de traçar.

Pode, porém, a erosão das bases fiscais ter como fonte uma *política fiscal injustificada ou errônea*. Assim aconteceu quando se procedeu à abolição de um imposto, como o imposto sobre sucessões e doações (ISD), sem outra justificação que não fosse a cedência ao argumento populista de estarmos perante um imposto sobre a morte⁵⁸.

A crise não foi diretamente provocada por razões fiscais. Mas, para além de reduções injustificadas de impostos poderem ter contribuído para esse efeito (pois o fizeram para aumentar o déficit), há certo tipo de regimes fiscais (por exemplo, os que privilegiam o recurso ao crédito em vez do autofinanciamento das empresas, os que facilitam o desenvolvimento de produtos derivados etc.) que podem ter contribuído para um maior endividamento de empresas e famílias. Isso implica uma análise criteriosa de regimes desse tipo de modo a contê-los ou mesmo erradicá-los.

Em outros casos, estamos, como se disse, perante a não introdução de novas fontes de receita que poderiam servir para desagrarar a tributação sobre rendimentos e sobre certas transações (como o IVA na restauração). Para além da taxa sobre as transações financeiras, da tributação do jogo *online*, da tributação dos prédios rústicos e da eventual reintrodução do ISD, com novo figurino, deveria encara-se como prioridade a *reforma do financiamento da segurança social* de modo a emancipá-lo de contribuições que apenas recaiam sobre a massa salarial, introduzindo-se, no quadro de uma recomposição da receita, a tributação sobre outros fatores ligados à utilização de capital intensivo. Toda tributação pode ter efeitos

⁵⁸ O imposto sucessório existe na maioria dos Estados atuais, sendo importante nos próprios EUA, como forma de promover a igualdade de oportunidades e até mesmo de controle. Reconhece-se que o ISD não era um imposto bem desenhado e de aplicação fácil. Mas, se assim o era, em vez da sua abolição, dever-se-ia ter escolhido o caminho da sua reforma, eventualmente com tributação à cabeça (na herança) antes da distribuição do patrimônio do *de cujus* por herdeiros e legatários.

negativos, mas, neste caso, os benefícios poderiam ser maiores que os inconvenientes. Sustinha-se um incentivo ao não emprego que o atual sistema comporta, tornava-se mais justa a tributação, pois abrangeria a participação de todas as empresas (e não apenas as empregadoras), e até mesmo as receitas arrecadadas poderiam servir (se assim fosse útil) de alternativa da redução da taxa social única (TSU), que, suspeita-se, permanece na agenda do Executivo e da trióica.

Mas muitas outras medidas com efeitos benéficos na arrecadação podem ser encaradas sem que tal exija legislação que crie ou altere impostos.

A questão do mercado paralelo ou informal, isto é, da economia não declarada, estimada, consoante os estudos disponíveis, entre 18 e 24% do produto interno bruto (PIB) e que tende a crescer em conjunturas de crise como a atual, merece igualmente atenção. Não se desconhece a maior dificuldade em intervir nessa área particularmente nos dias de hoje quando muita dessa economia pode representar a subsistência de parte significativa da população. Contudo, é uma questão que, tarde ou cedo, deve ser encarada de frente. A inserção do mercado paralelo no sistema normal provocaria um acréscimo de receitas fiscais (direto ou indireto) que poderia servir não só para aliviar o déficit, como também para reduzir a carga fiscal suportada pelos restantes contribuintes e melhorar o ambiente concorrencial. Uma das fontes de alimentação do mercado paralelo é, como se disse, a forma como está estruturada a isenção do artigo 53 do Código do IVA, que permite, além disso, favorecer a fraude carrossel. A revisão desse regime, acompanhada por um alargamento sensato do uso da fatura eletrónica acima de certo volume de negócios, poderá ser um importante contributo para a redução do impacto negativo do mercado paralelo e permitir simultaneamente um não despendendo acréscimo de receitas.

360

Acresce que a percepção do risco de fiscalização (não só nos impostos sobre os rendimentos e no IVA, em particular das grandes empresas, mas também nos impostos especiais de consumo, em que os níveis de fraude e de evasão se presumem fortes) e a melhoria da fundamentação jurídica das fiscalizações (e, em geral, dos atos tributários) farão diminuir a litigância fiscal e as taxas de insucesso judicial da Autoridade Tributária e Aduaneira (nome pouco europeu...), com resultados positivos sobre a arrecadação e uma imagem mais positiva dos serviços. Importa, no entanto, que sejam fixadas metas exequíveis e que a ação da fiscalização se efetue dentro dos parâmetros legais, sob pena de poder produzir efeitos muito perversos. Essas medidas devem ser acompanhadas por uma maior flexibilização do acesso da administração ao segredo bancário. Essa flexibilização, no entanto, exigirá um reforço do sigilo fiscal em relação a dados recebidos das instituições financeiras por quebra de segredo bancário, bem como a melhoria das condições técnicas de identificação dos funcionários que acedam a informações financeiras, de forma a prevenir usos indevidos dessa informação sensível.

Também a redução do número dos processos caducados ou prescritos, não por meio da diminuição das garantias dos contribuintes como tem vindo a acontecer, mas por meio de efetivas melhorias da máquina fiscal (instituição de sinais de alerta, planeamento das intervenções, constituição de *task forces* etc.), seria um importante contributo para a arrecadação tributária.

Uma aberta discussão da questão fiscal permitiria por certo encontrar outras medidas. Termino com uma que, se não trará mais receita, trará por certo menos despesa. Refiro-me a muitas das medidas de simplificação das regras de procedimento e de processo tributário espelhadas em múltiplas recomendações apresentadas em 2009 pelo Grupo para o Estudo da Política Fiscal e que, inexplicavelmente, têm ficado na gaveta⁵⁹. Sem um eficaz funcionamento da justiça e da administração, sem que os contribuintes tenham meios eficazes de se defender perante atropelos do fisco (que existem e são, infelizmente, ainda muitos) a legitimação do sistema fiscal esboroa-se e os sinais de resistência tenderão a crescer. A legitimação do Estado Social passa também por aqui.

REFERÊNCIAS

- ABENDROTH, Wolfgang. El estado de derecho democrático y social como proyecto político. In: ABENDROTH, Wolfgang; FORSTHOFF, Ernst; DOERING, Karl (Orgs.). *El estado social*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1986.
- ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. 2. ed. Madri: Trotta, 2004.
- AMARAL, João Ferreira do. Porque devemos sair do euro? Alfragide: Lua de Papel, 2013.
- BARCELLONA, Pietro. *Oltre lo stato sociale – economia e politica nella crisi dello stato keynesiano*. Bari: De Donato, 1980.
- BONAVIDES, Paulo. Do estado liberal ao estado social. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BRENNAN, Geoffrey; BUCHANAN, James. *The Power to tax: analytical foundations of a fiscal constitution*. Nova York: Cambridge University Press, 1980
- BUCHANAN, James; TULLOCK, Gordon. *The calculus of consent*. Ann Arbor MI: The University of Michigan Press, 1962.
- BUCHANAN, James. *Economía constitucional*. Madri: IEF, 1993
- CAETANO, Marcello. *Estado social*. Lisboa: Verbo 1970.
- CAPELLA, Juan Ramón. La crisis del ‘Estado del Bienestar’ en la crisis de civilización. In: OLIVAS, Enrique (Org.). *Problemas de legitimación en el estado social*. Madri: Trotta, 1991.

⁵⁹ Ver a parte do relatório coordenada por Rogério M. Fernandes Ferreira, em “Procedimento, processo e relações entre a administração tributária e os contribuintes” [In: SANTOS, António Carlos dos; MARTINS, António M. Ferreira Martins (Coords). *Competitividade, eficiência e justiça do sistema fiscal, relatório do grupo para o estudo da política fiscal*. CCTF, 209. Lisboa: Ministério das Finanças, Centro de Estudos Fiscais, 2009, pp. 723 e ss.].

António Carlos dos Santos

CARMO, Renato Miguel do (Org.). *Desigualdades sociais 2010: estudos e indicadores*. Lisboa: Mundos Sociais, 2010

CARREIRA, Henrique Medina. *As políticas sociais em Portugal*. Lisboa: Gradiva, 1966.

CHANG, Ha-Joon. *As nações hipócritas: os segredos incómodos dos países ricos e os mitos que ameaçam a prosperidade global*. Lisboa: Clube dos Autores, 2013.

CHANG, Ho-Jan. *23 Things they don't tell you about capitalism*. Londres: Allan Lane, 2010.

COSTA, António Firmino da. *Desigualdades sociais contemporâneas*. Lisboa: Mundos Sociais, 2012.

COTARELO, Ramón García. *Del estado del bienestar al estado del malestar*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1986.

DÍAZ, Elías. *Estado de direito e sociedade democrática*. Lisboa: Iniciativas Editoriais, 1972.

EWALD, François. *L'état providence*. Paris: Grasset, 1986, p. 25.

FERREIRA, Eduardo Paz; TOMAZ, João Amaral; SANTOS, José Gomes; CABRAL, Nazaré da Costa (Orgs). *Conferência crise, justiça social e finanças públicas*. IDEFF, Coimbra: Almedina, 2010.

FERREIRA, Rogério M. Fernandes. Procedimento, processo e relações entre a administração tributária e os contribuintes. In: SANTOS, António Carlos dos; MARTINS, António M. Ferreira Martins (Coords). *Competitividade, eficiência e justiça do sistema fiscal – relatório do grupo para o estudo da política fiscal*. CCTF, 209. Lisboa: Ministério das Finanças, Centro de Estudos Fiscais, 2009.

FRIEDMAN, Milton. *Capitalism and freedom*. Chicago: University of Chicago Press, 1962.

GOLDSCHIED, Rudolf. Sociological approach to problems of public finance. In: MUSGRAVE, Richard A.; PEACOCK, Alan T. *Classics in the theory of public finance*. Nova York: St Martin's Press, 1967 (artigo original de 1917).

GOMES, Joaquim. Estado social. In: CASTRO, Armando; NUNES, A. J. Avelãs; GOMES, Joaquim; MOREIRA, V. Tribuna. *Sobre o capitalismo português*. Coimbra: Vértice, 1971.

GOSTA, Esping-Andersen. *The three worlds of welfare capitalism*. Londres: Princeton University Press, 1990.

GOSTA, Esping-Andersen. *Três lições sobre o estado-providência*. Lisboa: Campo da Comunicação, 2009.

HABERMAS, Jürgen. *Raison et légitimité: problèmes de légitimation dans le capitalisme avancé*. Paris: Payot, 1973.

HAYEK, Friedrich August von. *Law, legislation and liberty*. Londres: Routledge and Kegan Paul, 1973-1979, v. I, II, III.

HAYEK, Friedrich August von. *O caminho para a servidão*. Lisboa: Edições 70, 2009.

HAYEK, Friedrich August von. *The constitution of liberty*. Chicago: University of Chicago Press, 1960

Jason Manolopoulos. *La dette odieuse. Les leçons de la crise grecque*. Paris: Pearson France, 2011.

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 32, n. 2: 337-364, jul./dez. 2016

- JESSOP, Bob. Towards a Schumpeterian workfare state? Preliminary remarks on post-fordist political economy. *Studies in Political Economy*, v. 40, 1993.
- JORION, Paul. *Misère de la pensée économique*. Paris: Fayard, 2012.
- José Soeiro, Miguel Cardina e Nuno Serra (Coords.) *Não acredite em tudo o que pensa: mitos do senso comum na era da austeridade*. Lisboa: Tinta da China, 2013
- KAMMLER, Jörg. El estado social. In: ABENDROTH, Wolfgang; LENK, Kenk. *Introducción a la ciencia política*. Barcelona: Anagrama, 1971.
- LIPSET, Seymour Martin. *The political man*. The social bases of politics. Nova York: Doubleday, 1960.
- LOUREIRO, João Carlos. *Adeus ao estado social? a segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos “direitos adquiridos”*. Coimbra: W. Kluwer/Coimbra Editora, 2010.
- MACIEL, Miguel Angelo. *O tratamento tributário discriminatório como combate à concorrência fiscal internacional e a sua legitimidade*. São Paulo: MP, 2009.
- MENDES, Fernando Ribeiro. *Segurança social: o futuro hipotecado*. Lisboa: FFMS, 2011.
- MISHRA, Ramesh. *O estado-providência na sociedade capitalista*. Oeiras: Celta, 1995.
- MONTEIRO, Sónia; COSTA, Suzana; PEREIRA, Liliana (Coords.). *A fiscalidade como instrumento de recuperação económica*. Porto: Vida Económica, 2011.
- NABAIS, José Casalta. Da sustentabilidade do Estado Fiscal. In: NABAIS, José Casalta; SILVA, Suzana Tavares da. *Sustentabilidade do estado fiscal em tempos de crise*. Coimbra: Almedina, 2011.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito – do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito*. Coimbra, 1987.
- NUNES, António Avelãs. *As voltas que o mundo dá... reflexões a propósito das aventuras e desventuras do estado social*. Lisboa: Avante, 2010.
- O’CONNOR, James. *Accumulation crisis*. Oxford-Nova York: Basil Blackwell, 1984.
- O’CONNOR, James. *The fiscal crisis of the state*. Nova York: St Martin’s Press, 1973
- OFFE, Claus. *Contradictions of the welfare state*. Massachusetts: MIT Press, 1984.
- PETRELLA, Riccardo. *Le bien commun – éloge de la solidarité*. Bruxelas: Labor, 1996.
- PINTO, José Madureira (Coord.). *Desigualdades sociais: os modelos de desigualdade e as políticas públicas em questão*. Comissão Nacional para as Comemorações do Centenário da República/Casal de Cambra: Caleidoscópico, 2011.
- RAMAUX, Christophe. *L’état social – pour sortir du chaos néolibéral*. Paris: Fayard, 2012.
- RIBEIRO, Nelson Rosas. *A crise económica: uma visão marxista*. João Pessoa: UFBP, 2008.
- RODRIGUES, Carlos Farinha (Coord.). *Desigualdades sociais*. Conclusões preliminares. Lisboa: FFMS, 2011.
- ROSANVALLON, Pierre. *La crise de l’état-providence*. Paris: Seuil, 1981.

António Carlos dos Santos

SANTOS, António Carlos dos. *L'Union européenne et la régulation de la concurrence fiscale*. Bruxelas/Paris: Bruylant, LGDJ, 2009.

SANTOS, António Carlos dos. *O modelo de união monetária no Tratado de Maastricht*. Documento de Trabalho CEDIN, n. 2. Lisboa: ISEG, 1994.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. Porto: Edições Afrontamento, 1994

SCHUMPETER, Joseph. La crise de l'état fiscal. In: SCHUMPETER, Joseph. *Impérialisme et classes sociales*. Paris: Flammarion, 1984, (artigo original de 1918).

SILVA, Filipe Carreira da. Metamorfoses do estado: Portugal e a emergência do estado neo-social. In: CARMO, Renato Miguel do; RODRIGUES, João (Coords.). *Onde pára o estado? – políticas públicas em tempos de crise*. Lisboa: Edições Nelson de Matos, 2009.

SILVA, Suzana Tavares. *Os direitos fundamentais na arena global*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011.

SOTELO, Ignacio. *El estado social – antecedentes, origen, desarrollo y declive*. Madri: Trotta, 2010,.

STIGLITZ, Joseph E. *Le prix de l'inégalité*. Paris: Les Liens Qui libèrent, 2012.

VON STEIN, Lorenz. *Der socialismus und communismus des heutigen frankreichs*. Ein Beitrag zur Zeitgeschichte. Leipzig, 1842.

WILKINSON, Richard; PICKETT, Kate. *O espírito da igualdade*. Lisboa: Presença, 2010.