

29.1

ISSN 1518-4522
Volume 19 Number 1
April 2010

REVISTA
DE ECONOMIA DO
DIREITO
DO SUL DE MINAS

ACESSO À JUSTIÇA PENAL? NÃO, OBRIGADO

ACCESS TO CRIMINAL JUSTICE? NO, THANKS

*Adriano Antunes Damasceno**

RESUMO

O artigo tem por objetivo analisar a repercussão no processo penal brasileiro do protagonismo judicial defendido pelo movimento de “acesso à justiça” e pela doutrina da instrumentalidade do processo, especialmente no que diz respeito à iniciativa probatória e à formação do convencimento judicial. Parte-se da reconstrução histórica do discurso em torno do “acesso à justiça” e de sua assimilação no Brasil desde o início da vigência do atual Código de Processo Penal. Conclui-se que o discurso em prol do “acesso à justiça penal” tem sido utilizado como fundamentação científica para a manutenção dos poderes do juiz, tanto em relação à iniciativa probatória quanto em relação a um suposto privilégio cognitivo.

Palavras-chave: Acesso à justiça; Instrumentalidade; Processo Penal; Protagonismo judicial.

ABSTRACT

The article aims to analyze the impact in brazilian criminal process of judicial prominence defended by the “access to justice” movement and the doctrine of the instrumentality of the process, especially with regard to evidentiary initiative and the formation of judicial conviction. It starts from the historical reconstruction of the discourse around the “access to justice” and its assimilation in Brazil since the inception of the current Code of Criminal Procedure. It concludes that the discourse in favor of “access to criminal justice” has been used as a scientific basis for the maintenance of the powers of the judge, both in terms of evidential initiative and in relation to an alleged cognitive privilege.

Keywords: Access to justice; Instrumentality; Criminal Process; Judicial prominence.

* Mestrando em Direito e Instituições do Sistema de Justiça – Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Especialista em Direitos Humanos, Teoria e Filosofia do Direito – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMINAS). Defensor Público. Rua Rio Claro, 77, Olho D’água, São Luís, MA. CEP 65065-390. E-mail: adridamasceno@yahoo.com.br/adriandamasceno@dpe.ma.gov.br.

INTRODUÇÃO

O que é justiça? Essa é uma indagação a qual muitos já expuseram suas respostas, desde a Antiguidade clássica até os dias atuais, sem que se possa falar, contudo, numa unidade de conteúdo.

Não obstante essa constatação inicial, tem sido comum a utilização da expressão “acesso à justiça”, tanto no plano jurídico quanto em outras searas¹ do conhecimento. E desse modo, segue a dúvida: o que se quer dizer com “acesso à justiça”?

Interessa aqui a Análise do Discurso em torno do enunciado “acesso à justiça”, compreendido, assim, não apenas sob a perspectiva jurídica, mas, sobretudo, a partir da historicidade que o acompanha.

Desse modo, o artigo busca inicialmente situar em que contexto está inserido o “acesso à justiça” conforme concebido pelo “Projeto Florença de Acesso à Justiça”, desenvolvido na Itália na década de 1970, sob o comando de Mauro Cappelletti, com base na experiência de vários países acerca da solução de conflitos. Adota-se uma concepção paradigmática do Direito Processual, na qual o Projeto Florença representa o ápice da socialização processual, iniciada ainda no Século XIX com os austríacos Anton Menger e Franz Klein.

Definido esse marco, analisa-se a repercussão da socialização processual e de sua principal característica, o protagonismo judicial, sobre a legislação e a doutrina brasileira, em especial sobre a instrumentalidade do processo e as consequências da transposição de seus postulados do âmbito do processo civil para o processo penal. Essa análise enfoca dois pontos fundamentais para uma compreensão adequada do processo penal, não mais vinculada à dicotomia Liberal/Social, e, sim, a um paradigma do diálogo e da construção discursiva das decisões judiciais. O primeiro diz respeito à iniciativa probatória do juiz no processo penal, e o segundo, a um suposto privilégio cognitivo no acerto do caso penal.

“ACESSO À JUSTIÇA”: A NECESSIDADE DE UM RECORTE

Embora Perelman² já advertisse que a noção de justiça é prestigiosa e ao mesmo tempo confusa, convencionou-se um conceito básico segundo o qual falar de justiça significa falar daquilo que é devido às pessoas.³

¹ Para uma compreensão sociológica, por exemplo, Cf. SANTOS, Boaventura de Souza. A sociologia dos tribunais e a democratização da justiça. In: _____. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 13. ed. São Paulo: Cortez, 2010. p. 161-186.

² PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 66.

³ SCHMIDTZ, David. *Os elementos da justiça*. Tradução de Willian Lagos. Revisão da tradução Aníbal Mari. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 9.

Esse conceito, porém, já advertia Kelsen⁴, apenas oculta a real indefinição: quais critérios devem ser utilizados para a atribuição segundo o merecimento de cada um?

Desse modo, importante salientar que não interessa aqui uma análise detalhada das teorias da justiça e de sua eventual repercussão no direito processual. Importa, na verdade, destacar que a dificuldade de se chegar a uma teoria satisfatória acerca da justiça traz-nos um primeiro problema que, por si só, já não recomendaria o uso do termo “acesso à justiça” no plano processual.

Há um problema de ordem semântica insuperável na utilização da expressão “acesso à justiça”, e mais ainda da expressão “acesso à justiça penal”, pois em geral é o Sistema Penal que costuma “acessar” com extrema facilidade e pouca piedade a grande massa de excluídos⁵ deixados ao seu encargo pela política neoliberal nos países de capitalismo tardio.

Ante esse problema inicial, é preciso deixar claro aquilo que não se aceita, sob pena da própria recusa restar envolta no impasse.

O que se quer enfrentar, pois, é a ideia de “acesso à justiça” enquanto suposto ponto central da moderna processualística, desenvolvida a partir do Projeto Florença de Acesso à Justiça – ápice do movimento de socialização processual, como se verá adiante – sob o comando de Mauro Cappelletti⁶ e que no Brasil foi plenamente acolhida pela chamada corrente instrumentalista do processo, como se observa em Dinamarco:

Tudo quanto foi dito ao longo da obra volta-se a essa síntese muito generosa que na literatura moderna leva o nome de acesso à justiça. Falar em instrumentalidade do processo ou em sua efetividade significa, no contexto, falar dele como algo à disposição das pessoas com vista a fazê-las mais felizes.⁷

Pretende-se, assim, a recusa de um “acesso à justiça” de cunho instrumentalista, que alça o juiz à condição de “fundamento pensante da realização de escopos metajurídicos do processo na realização de um ‘direito justo’”,⁸ em

⁴ KELSEN, Hans. O que é justiça? In: _____. *O que é justiça?* a justiça, o direito e a política no espelho da ciência. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 14.

⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do pensamento economicista no direito penal de hoje. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v. 31, 1999, p. 48: “Produzidos os *excluídos*, nesse campo, quicá a única maneira de manterem-se no *sistema* seja através da prisão (Forrester)”.

⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 13.

⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009a. p. 359.

⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 57.

detrimento de uma processualidade democrática na qual a estrutura dialética é a *ratio distinguendi*⁹ e cuja repercussão no processo penal é utilizada como fundamento de pretensão de legitimidade de uma estrutura inquisitiva descompasada com a Constituição da República.

DA ESTATIZAÇÃO À SOCIALIZAÇÃO PROCESSUAL

O caráter estatal do processo começa a ser concebido a partir da formação do Estado Moderno. Até então, o processo era visto como manifestação da razão prática e social, que se realizava a partir da colaboração da praxe da doutrina e dos tribunais. A estes era concebido o poder de estabelecer seu próprio modo de atuar, sem a intervenção estatal.¹⁰ Com a formação do Estado Moderno, apesar da resistência, o soberano reivindica para si o monopólio da legislação processual, surgindo já no século XVII os dois primeiros códigos de processo, o saxão e o francês, com efeito ab-rogativo da praxe vigente.¹¹

Esse movimento rumo à estatização decorre em parte da desordem na administração da justiça que imperava nos séculos XVII e XVIII, especialmente marcada pela delonga dos litígios.¹² Dentre as causas da “crise”, Picardi destaca o abuso da tradição dialética:

Entre as múltiplas e complexas causas da crise da justiça, existia, sem dúvida, o abuso da tradição dialética. Pense-se na lógica da relevância que, através do mecanismo das questões incidentais, comportava a ramificação do processo. Acrescente-se o abuso da argumentação que terminava muitas vezes por transformar a dialética em estereis jogos de palavras e, então, em “heurística”.¹³

Na Europa Central, a partir do século XVIII, abandona-se o caráter extraestatal do processo e passa-se a reconhecer de modo definitivo a intervenção do Estado na matéria, já se destacando o discurso em prol da necessidade de um sistema mais eficiente. Nesse contexto, o juiz perdia a função de simples controlador e tutor para assumir a direção do processo, o que demarcava uma alteração significativa em seu papel, ao mesmo tempo em que se difundia a desconfiança em relação ao caráter dialético que imperava no período extraestatal.

⁹ FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. p. 120.

¹⁰ PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Organização, revisão e tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 59.

¹¹ Op. cit., p. 60.

¹² CAPPELLETTI, Mauro. Aspectos sociais e políticos do processo civil. In: _____. *Processo, ideologias e sociedade*. Tradução de Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Fabris, 2008. v. I, p. 316.

¹³ PICARDI, 2008, p. 58.

Tem-se, assim, na seara processual, a passagem de uma ordem isonômica para uma ordem assimétrica, baseada esta na autoridade, na hierarquia e na lógica burocrática.¹⁴ Dois pontos dessa transição são fundamentais para a compreensão do presente trabalho:

O processo é reduzido à mera técnica, a um conjunto de regras funcionais unicamente para a resolução das controvérsias, com uma conseqüente desvalorização da sua originária marca de ofertar garantias.

Definitivamente, na época moderna, a legitimidade da decisão foi confiada à mera observância das regras formais. Ficaram, ao contrário, muito menos claras as ideias sobre as técnicas de raciocínio do juiz, sobre a coerência interna das suas argumentações, sobre a razoabilidade e sobre a averiguação intersubjetiva das suas decisões.¹⁵

Com a modificação substancial da função do juiz, agora funcionário da jurisdição estatal, alterava-se, por óbvio, o papel das partes e dos advogados, germinando, assim, a ideia da atividade destes como mera cooperação com o saber privilegiado do juiz, que ganharia corpo com a sistematização feita por Bülow¹⁶ acerca do processo enquanto relação jurídica.

No campo legislativo, as sucessivas alterações verificadas ao longo dos séculos XVII e XVIII culminaram na *Prozess-Ordnung* prussiana de 1781, que, segundo Picardi,¹⁷ configurava um “modelo de processo constituído sob o princípio da investigação da verdade pelo juiz (*Offizialprinzip*)”.

No século XIX, o austríaco Anton Menger, um dos principais teóricos do socialismo jurídico,¹⁸ propõe alterações no sistema de administração da justiça civil, destacando-se o reforço das funções do juiz, que passaria a assumir o papel de educador, extraprocessualmente; e de representante dos pobres, endoprocessualmente.¹⁹

Segundo Menger,²⁰ as legislações até então vigentes distinguiam o processo civil do processo penal e do processo administrativo. Enquanto nestes predominava o caráter publicístico, marcado pela presença da autoridade estatal na

¹⁴ PICARDI, 2008, p. 16.

¹⁵ PICARDI, Nicola. Apresentação. In: NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 16.

¹⁶ BÜLOW, Oskar Von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Tradução de Miguel Rosas Lichtschein. Lima: Peru, 2008. p. 23-24.

¹⁷ PICARDI, 2008, p. 66.

¹⁸ DENTI, Vitorio. *La giustizia civile: lezioni introduttive*. Nuova edizione. Bologna: Il Mulino, 2004. p. 26; FERREIRA, Adriano de Assis. *Questão de classes: direito, estado e capitalismo em Menger, Stutchka e Pachukanis*. São Paulo: Alfa Ômega, 2009. p. 52.

¹⁹ NUNES, 2011. p. 80.

²⁰ MENGER, Anton. *L'état socialiste*. Tradução de Edgard Milhaud. Paris: Societé Nouvelle de Librairie et d'édition, 1904. p. 216-217.

condução do processo, naquele o caráter disponível dos direitos, deixados à iniciativa individual, terminava por criar um sistema apartado do direito estatal.

Entendia Menger²¹ que a legislação civil tende a tratar, a partir de uma perspectiva formal, situações materialmente distintas, o que resultaria em graves prejuízos à classe proletária. A mudança desse paradigma só poderia ser alcançada com a modificação da visão privatística que imperava no processo civil. Caberia ao juiz, julgando com base nas peculiaridades do caso concreto, reverter a parcialidade expressa na lei em favor das classes menos favorecidas.

Sob a influência de Menger, surge a primeira legislação tipicamente socializadora, a Ordenança Processual Civil do Império Austro-Húngaro, de 1895, obra de seu aluno, Franz Klein.²²

A partir da ideia de um juiz capaz de compensar as desigualdades materiais entre as partes, a jurisdição estatal e o juiz, que é a corporificação dela, assumem de vez o protagonismo no que diz respeito à solução dos litígios.

Com efeito, a legislação elaborada por Klein reestrutura o processo civil a partir de uma concepção publicística,²³ que terminou por implicar uma profunda modificação no papel das partes e do juiz no *iter* processual. O processo passaria a ter uma função social, dependente de um modelo técnico de procedimento oral centrado no reforço dos poderes do juiz, a quem caberia dirigir e, sobretudo, influir diretamente no accertamento dos fatos. Novas técnicas legislativas, com recorrência frequente a conceitos indeterminados, dariam suporte à postura proativa defendida por Klein:

Com tal técnica, a legislação se contenta com metade do trabalho e joga a outra metade sobre os ombros do juiz, que tem de escolher, dentre o grande número de possibilidades que estão subordinadas, ao conceito em si e para si, aquela para a qual a norma jurídica deve valer dentro do espírito da lei. As linhas borradas de tais indícios fáticos deixam considerável espaço para o pensamento original, que é próprio apenas dele, do juiz. A jurisdição se torna tanto mais pessoal, já que nos determinados casos-limite pode o juiz, em um, ter que se submeter ao conceito legal e, em outros, eliminá-los sem que seu dever venha a ferir qualquer um desses casos-limite, pois é justamente apenas em seu saber que cada um vê, pensa e julga.²⁴

²¹ MENGER, Anton. *El derecho civil y los pobres*. Tradução de Adolfo Posada. Granada: Comares, 1998. p. 135-148.

²² NUNES, op. cit., p. 81.

²³ SPRUNG, Reiner. Os fundamentos do direito processual civil austriaco. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 17, jan./mar. 1980, p. 149.

²⁴ KLEIN, Franz. *Zeit-und Geistesströmungen im Prozesse*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1958. p. 18-19 apud NUNES, op. cit., p. 85.

Para Cappelletti, a grande inovação da legislação de Klein foi a acentuação do papel ativo do juiz, seja para assegurar rapidez, seja para equilibrar as desigualdades entre as partes:

As duas pedras fundamentais neste movimento de reforma foram o Código de Processo Civil Alemão de 1877 e também – mais rico em influência no plano internacional e mais radicalmente inovador – o Código Austríaco de 1895. A grande inovação trazida pelo Código Austríaco foi representada pelo aumento da função ativa do juiz, uma função entendida, seja para assegurar ordem e rapidez do procedimento, seja para promover a finalidade social da efetiva igualdade das partes, no processo.²⁵

Firma-se, assim, a partir do modelo legislativo proposto por Klein, amparado por uma suposta função assistencial do juiz, o discurso do protagonismo judicial,²⁶ que iria influenciar em seguida diversas legislações processuais, inclusive as dos regimes autoritários.

Com efeito, a ZPO alemã foi a primeira legislação processual a assimilar elementos da legislação de Klein,²⁷ merecendo destaque a reforma de 1924, cuja marca foi o reforço dos poderes do juiz.

Em menor escala, a legislação italiana da primeira metade do século XX também irá sofrer a influência da legislação austríaca²⁸ e do já consolidado discurso do protagonismo judicial.

Justamente a partir da influência italiana, especialmente de Chiovenda²⁹, o protagonismo judicial difundido pelo movimento iniciado anteriormente irá se radicar no Brasil, encontrando no autoritarismo do Estado Novo (1937-1945) um campo fértil.

²⁵ CAPPELLETTI, 2008, p. 322.

²⁶ NUNES, op. cit., p. 86.

²⁷ NUNES, op. cit., p. 88.

²⁸ NUNES, op. cit., p. 94.

²⁹ CAMPOS, Francisco. Exposição de motivos. In: BRASIL. Decreto-lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, RJ, 13 de outubro de 1939, p. 24441. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-norma-pe.html>>. Acesso em: 13 fev. 2013: “Prevaleceu-se o Código, nesse ponto, dos benefícios que trouxe ao moderno direito processual a chamada concepção publicística do processo. Foi o mérito dessa doutrina, a propósito da qual deve ser lembrado o nome de Giuseppe Chiovenda, o ter destacado com nitidez a finalidade do processo, que é a atuação da vontade da lei num caso determinado. Tal concepção nos dá, a um tempo, não só o caráter público do direito processual, como a verdadeira perspectiva sob que devemos considerar a cena judiciária em que avulta a figura do julgador. O juiz é o Estado administrando a justiça; não é um registro passivo e mecânico de fatos, em relação aos quais não o anima nenhum interesse de natureza vital. Não lhe pode ser indiferente o interesse da justiça. Este é o interesse da comunidade, do povo, do Estado, e é no juiz que um tal interesse se representa e personifica”.

A empatia entre o regime autoritário de Vargas e as bases do movimento de socialização processual outrora iniciado fica evidenciada na exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1939:

O regime instituído em 10 de novembro de 1937 consistiu na restauração da autoridade e do caráter popular do Estado. O Estado caminha para o povo e, no sentido de garantir-lhe o gôzo dos bens materiais e espirituais, assegurado na Constituição, o Estado teve que reforçar a sua autoridade a fim de intervir de maneira eficaz em todos os domínios que viessem a revestir-se de caráter público.³⁰

Mais claro ainda fica o pilar do novo modelo processual que viria a se consolidar no Brasil:

O primeiro traço de relevo na reforma do processo haveria, pois, de ser a função que se atribui ao juiz. A direção do processo deve caber ao juiz; a este não compete apenas o papel de zelar pela observância formal das regras processuais por parte dos litigantes, mas o de intervir no processo de maneira que este atinja, pelos meios adequados, o objetivo de investigação dos fatos e descoberta da verdade. Daí a largueza com que lhe são conferidos poderes, que o processo antigo, cingido pelo rigor de princípios privatísticos, hesitava em lhe reconhecer. Quer na direção do processo, quer na formação do material submetido a julgamento, a regra que prevalece, embora temperada e compensada como manda a prudência, é a de que o juiz ordenará quanto fôr necessária ao conhecimento da verdade.³¹

Desse modo, consolidava-se no Brasil um modelo de processo baseado na intervenção ativa do Estado no campo processual por meio do protagonismo exercido pelo juiz. Este foi, aliás, o único aspecto da socialização a implementar-se no modelo brasileiro.³² A oralidade, tão difundida por Klein, por exemplo, teve pouca ou restrita aceitação na prática, tanto no processo civil quanto no processo penal. E em que pese a legislação determinar a oralidade e a concentração,³³ no

³⁰ CAMPOS, op. cit.

³¹ CAMPOS, op. cit.

³² NUNES, op. cit., p. 98.

³³ BRASIL. Decreto-lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, RJ, 13 de outubro de 1941. p. 16699. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-3689-3-outubro-1941-322206-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 14 jan. 2013. Tome-se como exemplo o art. 403 do CPP com a redação dada pela Lei n. 11.719/2008: “Art. 403. Não havendo requerimento de diligências, ou sendo indeferido, serão oferecidas alegações finais orais por 20 (vinte) minutos, respectivamente, pela acusação e pela defesa, prorrogáveis por mais 10 (dez), preferindo o juiz, a seguir, sentença”.

cotidiano forense o que se continua a ver é a predominância da forma escrita e do fracionamento das audiências.³⁴

O projeto Florença de acesso à justiça: o ápice da socialização processual

O ápice da socialização processual ocorre com a idealização de um projeto de pesquisa de grandes proporções patrocinado pela Fundação Ford em conjunto com o Conselho Nacional de Pesquisa da Itália: o “Projeto Florença de Acesso à Justiça”.

O projeto foi capitaneado pelo jurista italiano Mauro Cappelletti entre 1973 e 1978. Envolveu 23 países,³⁵ que apresentaram problemas e possíveis soluções técnicas para a solução de litígios. O compartilhamento de informações serviu de base para o movimento pelo “acesso à justiça” e para as ondas de reforma que se seguiram mundo afora³⁶, inclusive no Brasil.

Influenciado pelo modelo de Klein, o movimento, além de sustentar a necessidade de procedimentos orais e o aumento da ingerência do juiz no processo, idealizava ondas de reforma que, segundo Cappelletti e Garth,³⁷ desenvolviam-se cronologicamente.

A primeira delas, iniciada em 1965, correspondia à assistência judiciária. A segunda dizia respeito à representação adequada dos direitos difusos, especialmente em áreas como direito do consumidor e ambiental. Por fim, a terceira onda, a mais relevante para o movimento, abarcando as anteriores, corresponde àquilo que Cappelletti e Garth denominam “enfoque de acesso à justiça”,³⁸ cuja finalidade seria atacar as barreiras impeditivas do “acesso efetivo”.

Enquanto pesquisa quantitativa e qualitativa, o Projeto Florença e o movimento de acesso à justiça dele decorrente constituem uma bem-sucedida empreitada, sobretudo por tentar reaproximar, como afirmam Cappelletti e Garth, os estudiosos do direito das reais preocupações da maioria das pessoas.³⁹

Apesar disso, os problemas começam a surgir quando se pretende lançar, ainda hoje, o “acesso à justiça” – embora não haja clareza quanto à definição da

³⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Reformas parciais do processo penal: breves apontamentos críticos. In: BRASIL. Ministério da Justiça. *Reforma infraconstitucional: processo penal*. Brasília: 2009a, p. 97: “[...] lição histórica: no Brasil, a história das audiências únicas nos processos (de todos os tipos) sempre foi aquela de seu fracasso”.

³⁵ Não incluiu o Brasil.

³⁶ NUNES, op. cit., p. 115.

³⁷ CAPPELLETTI; GARTH, op. cit., p. 31.

³⁸ Op. cit., p. 31.

³⁹ Op. cit., p. 10.

expressão – como o “ponto central da moderna processualística”.⁴⁰ Isso porque a ideia de “acesso à justiça” difundida a partir do Projeto Florença baseia-se na concepção de uma jurisdição salvadora e na função social da técnica processual (a serviço da jurisdição).

Com efeito, a partir da década de 1970 do século passado, o processo perde ainda mais de seu caráter dialético. A advocacia passa a ser vista como custo e a “acessibilidade geral”⁴¹ depende, necessariamente, da eliminação desse entrave em algumas situações.⁴² O juiz, por sua vez, materializa-se como o ser iluminado, capaz de ajustar os pesos da balança em prol da parte menos favorecida:

[...] desde o início do século, tem havido esforços importantes no sentido de melhorar e modernizar os tribunais e seus procedimentos. No continente europeu, por exemplo, podemos apontar os bem-sucedidos movimentos de reforma que foram agrupados sob a designação de “oralidade” e ocuparam-se essencialmente com a “livre-apreciação da prova”, a “concentração” do procedimento e o contato “imediate” entre juízes, partes e testemunhas, bem como com a utilização dos juízos de instrução para investigar a verdade e auxiliar a colocar as partes em pé de igualdade. Quando levada a efeito, na Áustria, pela pioneira *Zivilprozessordnung* de 1895, tais reformas, no dizer do notável processualista Franz Klein, contribuíram para tornar o processo civil simples, rápido, barato e acessível aos pobres.

[...]. **Atualmente admite-se em geral que a utilização de um juiz mais ativo pode ser um apoio, não um obstáculo, num sistema de justiça basicamente contraditório, uma vez que, mesmo em litígios que envolvam exclusivamente duas partes, ele maximiza as oportunidades de que o resultado seja justo e não reflita apenas as desigualdades entre as partes.**⁴³ (o destaque em negro é nosso)

Das vantagens prometidas pelo movimento, poucas chegaram a países de capitalismo tardio como o Brasil. Ficaram o protagonismo judicial, baseado na crença de uma jurisdição salvadora, capaz de aplacar as mazelas sociais, e o mito da capacidade dessa mesma jurisdição de descortinar a verdade por meio da técnica processual, ainda que ao custo da imparcialidade do julgador.

A oralidade, a concentração do procedimento – embora previstos na legislação – e tudo mais que poderia gerar grandes expectativas hoje geram grandes frustrações, eternizando-se, assim, o que há muito se convencionou chamar de “crise”.

⁴⁰ Op. cit., p. 13.

⁴¹ Op. cit., p. 100.

⁴² Vide a experiência dos Juizados Especiais no Brasil.

⁴³ CAPPELLETTI; GARTH, op. cit., p. 76-77.

Paradoxalmente, aquilo que foi efetivamente incorporado em países como o Brasil a partir da socialização processual foi de extrema valia para a política neoliberal que por aqui aportou no início da década de 1990 e que tem no Sistema Penal um dos seus principais instrumentos de contingência dos excluídos (não consumidores).

O “acesso à justiça” como acesso à ordem jurídica justa: a instrumentalidade do processo

A influência da socialização processual no Brasil, por meio do movimento pelo “acesso à justiça” iniciado com o Projeto Florença, manifesta-se já no início da década de 80 do século passado, especialmente no que diz respeito às discussões acerca da legitimidade para a proteção de interesses difusos e coletivos, não deixando de passar, porém, pelo aumento da discricionariedade jurisdicional.⁴⁴

A partir de então, numa nova roupagem, dava-se continuidade à tentativa de aplicação – no plano ideológico⁴⁵ – social do direito.

Enquanto no âmbito legislativo o foco centrava-se na discussão acerca da abertura do processo civil à sociedade organizada,⁴⁶ no doutrinário o que se consolidava de vez era a crença numa jurisdição salvadora, agora sustentada teoricamente pela corrente instrumentalista do processo.

Apesar da pretensão de novidade, o instrumentalismo processual busca sintetizar as teorias que se iniciaram desde Anton Menger e Franz Klein ainda no século XIX, assim

[...] dando seguimento ao discurso da centralidade da jurisdição para a teoria do processo, da defesa de uma instrumentalidade positiva, com um processo predisposto para a realização de escopos metajurídicos (sociais, políticos e econômicos) mediante a intervenção do juiz, repetindo, todavia, as mesmas finalidades já sustentadas por Franz Klein em sua célebre preleção em Dresen, em 1901.⁴⁷

No instrumentalismo, fortemente influenciado pela teoria do processo enquanto relação jurídica, tentam-se traçar limites que possam levar a uma distinção entre processo e jurisdição, com a preponderância desta sobre aquele.

Deixa-se claro que a jurisdição representa o poder estatal, que nesta esfera se manifesta de duas formas. A primeira, pelo caráter substitutivo, pelo qual o

⁴⁴ ARANTES, Rogério Bastos. *Ministério Público e política no Brasil*. São Paulo: Sumaré/Educ, 2002. p. 57.

⁴⁵ NUNES, op. cit., p. 141.

⁴⁶ ARANTES, op. cit., p. 57.

⁴⁷ NUNES, op. cit., p. 142.

Estado se propõe a solucionar, por intermédio de seus agentes, as controvérsias entre os indivíduos de modo imperativo, tornando a autotutela a exceção. Além disso, a jurisdição é utilizada pelo Estado para a realização de seus escopos (sociais, políticos e econômicos).⁴⁸ Nesse contexto, a jurisdição é considerada “instrumento para a imposição de diretrizes estatais”.⁴⁹

Assim, para a corrente instrumentalista, é em torno da jurisdição que devem gravitar os institutos do direito processual civil,⁵⁰ inclusive o processo, já que este “não é fonte substancial de emanção e alvo de convergência de ideias, princípios e estruturas que integram a unidade do direito processual”.⁵¹

A jurisdição e o processo, segundo Dinamarco,⁵² estariam conectados pelo “fio da instrumentalidade”, servindo o processo como meio para a persecução dos fins a serem perseguidos pelo Estado por meio da jurisdição:

[...] o que justifica a própria ordem processual como um todo é a sua função de proporcionar ao Estado meios para o cumprimento de seus próprios fins, sendo que é mediante o exercício do poder que estes são perseguidos (e a ação, a defesa e o processo constituem o contorno da disciplina da jurisdição).⁵³

A garantia de uma jurisdição salvadora, que, por meio do processo, cumpriria os fins do Estado, encontra no juiz um de seus principais elementos, já que a ele é atribuída a função de identificar os valores a serem preservados. Desse modo, cabe ao juiz, enquanto agente estatal e intérprete maior e definitivo da ordem jurídica,⁵⁴ descortinar a “ordem jurídica justa”, garantindo às partes o “acesso à justiça”:

Na preparação do exame substancial da pretensão, é indispensável que as partes sejam tratadas com igualdade e admitidas a participar, não se omitindo da participação também o juiz, de quem é a responsabilidade principal pela condução do processo e correto julgamento da causa. Só tem acesso à ordem jurídica justa quem recebe justiça. E receber justiça significa ser admitido em juízo, poder participar, contar com a participação adequada do juiz e, ao fim, receber um provimento jurisdicional consentâneo com os valores da sociedade.⁵⁵

⁴⁸ DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009b. v. 1, p. 317.

⁴⁹ DINAMARCO, 2009a, p. 181.

⁵⁰ DINAMARCO, 2009a, p. 91.

⁵¹ DINAMARCO, 2009a, p. 93.

⁵² DINAMARCO, 2009a, p. 95.

⁵³ DINAMARCO, 2009a, p. 95-96.

⁵⁴ DINAMARCO, 2009a, p. 351.

⁵⁵ DINAMARCO, 2009b, p. 118.

Assim, para o instrumentalismo, caberia ao juiz, quase de forma oracular e divina, identificar, numa sociedade plural, valores homogêneos, que, coincidentemente, seriam os mesmos do Estado:

Como a todo intérprete, incumbe ao juiz postar-se como canal de comunicação entre a carga axiológica atual da sociedade em que vive e os textos, de modo que estes fiquem iluminados pelos valores reconhecidos e assim possa transparecer a realidade de norma que contém no momento presente.⁵⁶

Apesar de reconhecer que o “valor justiça” é cambiável no espaço e no tempo,⁵⁷ para a proposta instrumentalista a identificação de valores comuns pode e deve se concretizar numa perspectiva solipsista, ainda que contrária aos valores estabelecidos democraticamente por meio de uma construção comum e discursiva:

Nunca é dispensável a interpretação dos textos legais no sistema da própria ordem jurídica positiva em consonância com os princípios e garantias constitucionais (interpretação sistemática) e **sobretudo** à luz dos valores aceitos (interpretação sociológica, axiológica). Tal é em substância, o pensamento inerente ao *uso alternativo do direito*.⁵⁸ (o destaque em negrito é nosso).

Ideias semelhantes já haviam sido defendidas no século XIX pela chamada Escola do Direito Livre, que tem em Oskar Bülow um de seus maiores precursores, como se observa nas afirmações de Larenz:

Na ciência do direito afirmou-se essa contracorrente, nos começos do século XX, com o chamado “Movimento do Direito Livre”, de que pode se considerar precursor o escrito de OSKAR BÜLOW, aparecido em 1885, intitulado *Gesetz und Richteramt* (Lei e função judicial).

A ideia básica deste escrito, a que tanta atenção se prestou, é a de que cada decisão judicial não é apenas a aplicação de uma norma já pronta, mas também uma atividade criadora do direito. A lei não logra criar logo o Direito; é “somente uma preparação, uma tentativa de realização de uma ordem jurídica” (pág. 45). Cada litígio jurídico “põe um particular problema jurídico para que não existe ainda pronta na lei a determinação jurídica oportuna..., determinação que também não é possível inferir-se, com a absoluta segurança de uma conclusão lógica necessária, das determinações da lei” (pág. 32). Sob o “véu ilusório da mesma palavra lei” oculta-se uma pluralidade de significações, cabendo ao juiz a escolha da determinação que lhe pareça ser “em média a mais

⁵⁶ DINAMARCO, 2009a, p. 348.

⁵⁷ DINAMARCO, 2009a, p. 185.

⁵⁸ DINAMARCO, 2009a, p. 348.

justa” (pág. 36). Não diz Bülow segundo que critérios deve o juiz proceder a essa escolha, se segundo um critério objectivo e, em certa medida, controlável, como o fim da lei, a “natureza das coisas” ou a concordância com um princípio, se segundo um mero critério subjectivo, porventura o do seu sentimento jurídico pessoal. Por isso, as suas afirmações tanto podem interpretar-se no sentido de uma interpretação teleológica da lei, como no sentido da “teoria do Direito livre” – e foram-no, realmente, tanto num como noutro sentido.⁵⁹

Os riscos desse “uso alternativo” ou “livre” do direito⁶⁰ são reconhecidos pelo instrumentalismo, mas a sua superação estaria assegurada pelas garantias que sustentam o exercício da função jurisdicional, bem como pelo modo de recrutamento da magistratura:

Aos temores quanto ao comprometimento do juiz, poder-se-ia responder que a formação profissional o põe, com razoável teor de segurança, a salvo dos possíveis deslizos; resta por demonstrar que o juiz recrutado por modo idôneo, cercado de garantias e integrante de um Poder Judiciário bem estruturado, seja assim tão suscetível a tantas fraquezas. O princípio da demanda e o dispositivo têm o seu inegável valor, mas não são suficientes em si mesmos, para infirmar as tendências que advêm da ligação do sistema processual aos fins do Estado.⁶¹

22

Não há nesse pensar, embora se tente provar o contrário, uma perspectiva democrática do processo, enquanto elemento capaz de garantir a participação das partes em simétrica paridade⁶² na construção da decisão judicial perante um órgão imparcial. Nas palavras de Leal:

[...] a decisão, nesse conceito, como resultante necessária de um alardeado “acesso à justiça”, cumpriria o nobre desiderato luhmaniano de ofenda pública de um Poder Judiciário agrupador de um colegiado de guardiães-mosqueteiros dos sistemas jurídico, social e econômico, que, com proficiência egressa da sensibilidade e da rara agilidade mental dos seus integrantes, seria distribuidor de célere paz social e eticidade formal na solução dos conflitos. A racionalidade sistêmica aqui supriria e curaria

⁵⁹ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 78.

⁶⁰ Em contrapartida, afirma WARAT, Luis Alberto. O outro lado da dogmática jurídica. In: ROCHA, Leonel Severo. *Teoria do direito e do Estado*. Porto Alegre: Fabris, 1994. p. 85: “Agora parece-me óbvio, que o que não pode ser dito pela lei, nunca será dito enquanto ela for ignorada. Ignorada é deixar exposto o indizível aos oportunistas de toda cor. Não existe compromisso com o outro sem a lei. Haveria somente um retorno ao estado de horda. O homem tem que assumir um compromisso com a lei para poder comprometer-se com o outro”.

⁶¹ DINAMARCO, 2009a, p. 195.

⁶² FAZZALARI, op. cit., p. 119; GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992. p. 115.

as lacunas e a dolosidade dos planos enganosos dos governos, bem como levaria a uma justiça farmacológica aos desafortunados pelo abandono e opressão estatais.⁶³

A síntese de Leal, ora tomada como síntese parcial da análise que se propõe, resume bem as consequências geradas a partir da ideia de “acesso à justiça” e de sua crença numa jurisdição salvadora.

Adiante, observar-se-á que transpor essas ideias para o campo do processo penal, sob o pretexto de uma teoria geral do processo baseada no conceito carluttiano de lide, tem consequências diversas e ainda mais perigosas para a democracia. E não bastassem os problemas de ordem teórica, do ponto de vista de uma ética voltada para a vida humana⁶⁴ observa-se que o discurso socializador se mostrou facilmente apropriável pelo discurso neoliberal – Estado máximo na repressão e mínimo no social⁶⁵ –, não se apercebendo alguns que muitos têm sido “acessados” por meio do discurso do “acesso à justiça penal”.

AS RAZÕES DA RECUSA

A influência da orientação publicística iniciada a partir do século XIX não iria ficar limitada ao processo civil. Seria até ingênuo acreditar que Estados autoritários não se utilizariam da jurisdição enquanto meio para a consecução de seus fins no âmbito repressivo e punitivo.

No Brasil, assim como em relação ao Código de Processo Civil, o discurso socializador seria muito bem acolhido pelo autoritarismo do Estado Novo, sob a influência do fascismo italiano da primeira metade do século XX, como adverte Pacelli:

Inspirado na legislação processual penal italiana produzida na década de 1930, em pleno regime fascista, o CPP brasileiro foi elaborado em bases notoriamente autoritárias, por razões óbvias e de origem.⁶⁶

De fato, em 03 de outubro de 1941 publicava-se o, infelizmente, ainda em vigor Decreto-Lei nº 3.689, cuja exposição de motivos não escondia a incompatibilidade entre direitos e garantias individuais e a ordem imposta:

De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva

⁶³ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002. p. 105.

⁶⁴ DUSSEL, Henrique. *Ética da libertação: na idade da globalização e da exclusão*. Tradução de Ephraim Ferreira Alves, Jaime A. Clasen, Lúcia M.E. Orth. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2012. p. 11.

⁶⁵ ROSA, Alexandre Morais da. Crítica ao discurso da *law and economics*: a exceção econômica do direito. In: _____. LINHARES, José M. Aroso. *Diálogos com a law and economics*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. 279p.

⁶⁶ PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 1.

do Estado contra os que delinquem. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. **Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social. Este o critério que presidiu à elaboração do presente projeto de Código.**⁶⁷ (o destaque em negrito é nosso)

Acomodavam-se, assim, os mesmos postulados que orientaram a edição do CPC de 1939 num campo onde repressão e poder poderiam ser exercidos de forma plena.

E, sob os auspícios de uma legislação fascista, ainda hoje, insiste-se num modelo de processo penal baseado em perigosos postulados – “sadio protagonismo do juiz”, escopos processuais, instrumentalidade, “acesso à justiça” etc. –, alguns, como adverte Calmon de Passos,⁶⁸ por descuido epistemológico, outros por perversidade ideológica.

Muito disso se deve à insistência sobre uma pretensa teoria geral do processo, que serviu para o desenvolvimento dos estudos do processo⁶⁹ outrora, mas que hoje pouco contribui para a estruturação de um processo penal de cunho democrático, respaldado por um conjunto de direitos e garantias individuais, como prevê a atual Constituição da República.

E, assim, sob a justificativa de uma necessária unidade metodológica, o instrumentalismo se lança sobre o processo penal amparado por uma, ainda hoje, difundida teoria geral do processo de matiz instrumentalista:

⁶⁷ CAMPOS, op. cit.

⁶⁸ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, p. 3 n 1, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 11 jan. 2013.

⁶⁹ BINDER, Alberto M. *Introdução ao direito processual penal*. Tradução de Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 15: “Não se trata de ter uma visão pejorativa da teoria geral do processo, ao contrário, deve-se reconhecer que ela possui um conjunto de reflexões importantes, especialmente quando procura ligar as categorias processuais com a evolução do processo político, como fez James GOLDSCHMIT em sua *Teoria geral do processo* ou em *Princípios políticos do processo penal*. Entretanto, a teoria geral do processo, em suas versões ibero-americanas, abandonou esse pensamento original para converter-se em uma teoria geral do trâmite judicial, sendo esta visão a que degradou este tipo de reflexão”.

O que a teoria geral do processo postula é, resumidamente, a *visão metodológica unitária do direito processual*. Unidade de método não implica homogeneidade de soluções. Pelo método indutivo, ela chegou à instrumentalidade do processo como nota central de todo o sistema e tendência metodológica do direito processual contemporâneo como um todo; a visão instrumentalista, alimentada pela comprovação que a teoria geral fornece, é vento mais profícuo da atualidade, em direito processual.⁷⁰

Destarte, termina por difundir-se em larga escala um processo penal visto sob a ótica do processo civil instrumentalista, embora não sem resistência.⁷¹

As consequências da intervenção instrumentalista e da absorção inadvertida (ou dissimulada) de seus postulados no processo penal são graves, principalmente quando levado em conta que no instrumentalismo é atribuída ao juiz uma “obcecada preocupação pelo compromisso que tem com a justiça”, além do que constitui um de seus objetivos a “alteração das tradicionais fórmulas do equilíbrio entre o princípio dispositivo e o inquisitivo”.⁷²

Essa atuação judicial “obcecada” pela justiça, chancelada pelo instrumentalismo, tem gerado graves problemas para a epistemologia do processo penal, democrático na Constituição, mas ainda de muitas práticas fascistas.

Esses problemas, cujo enfrentamento segue adiante, têm se mostrado evidentes no que diz respeito à iniciativa probatória do órgão responsável pelo acerto do caso penal, bem como no que diz respeito à teoria da decisão judicial.

25

Poderes instrutórios do juiz e a pretensão de legitimidade do inquisitorialismo brasileiro

Como dito anteriormente, permanece em vigor o Decreto-lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941, o atual, quanto à vigência,⁷³ Código de Processo Penal brasileiro.

⁷⁰ DINAMARCO, 2009a, p. 87.

⁷¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1998. p. 122-123: “Sem embargo disso, *per fas et nefas*, a teoria geral do processo civil, a cavalo na teoria geral do processo, penetra no nosso processo penal e, ao invés de dar-lhe uma teoria geral, o reduz a um primo pobre, uma parcela, uma fatia da teoria geral. Em suma, a teoria geral do processo é engodo; teoria geral é a do processo civil e, a partir dela, as demais. [...]

Inadmissível [...] é usar no processo penal o mesmo discurso, como se o referencial semântico fosse igual (e, portanto, desprezando-o), tudo em nome de uma pseudocoerência sistêmica que, no final das contas, é sintática e acaba legitimando o *status quo*, nem que seja fruto da mais terrível das ditaduras”.

⁷² DINAMARCO, 2009a, p. 322.

⁷³ PACELLI, op. cit., p. 1.

Influenciada pelos movimentos que se expandiram para além das fronteiras da Europa no século anterior, a legislação brasileira afirma o caráter publicístico do processo penal, que passa a ser visto como instrumento da repressão estatal, garantindo-se ao juiz amplos poderes para perquirir uma verdade absoluta que se crê como factível:

[...] o juiz deixará de ser um espectador inerte da produção de provas. Sua intervenção na atividade processual é permitida, não somente para dirigir a marcha da ação penal e julgar a final, mas também para ordenar, de ofício, as provas que lhe parecerem úteis ao esclarecimento da verdade. Para a indagação desta, não estará sujeito a preclusões. Enquanto não estiver averiguada a matéria da acusação ou da defesa, e houver uma fonte de prova ainda não explorada, o juiz não deverá pronunciar o *in dubio pro reo* ou o *non liquet*.⁷⁴

O protagonismo judicial no campo probatório, defendido por um Código de Processo Penal de origem, não é demais relembrar, totalitária, encontrará na corrente instrumentalista e em sua “ordem jurídica justa” a fundamentação teórica necessária para resistir aos ventos democráticos que viriam com a Constituição da República de 1988.

26

Desse modo, também no processo penal o juiz deve buscar a “paz social”,⁷⁵ noção que, apesar de obscura, está indissociavelmente ligada à busca pela verdade. Na busca desta, como já denotava a exposição de motivos do Código de Processo Penal em vigor, terá o juiz amplos poderes para a aquisição das provas necessárias para demonstrá-la.

Essa postura será de grande utilidade para a pretensão de legitimidade do inquisitorialismo brasileiro frente à atual Constituição.

A dicotomia acusatório/inquisitivo encontra-se longe de um consenso no processo penal. No entanto, há de se concordar com Winter⁷⁶ quando afirma que não há um único modelo de sistema acusatório, mas sim vários, que em geral se baseiam na ideia de um terceiro imparcial a quem compete decidir com base naquilo que é alegado e provado pelas partes num debate contraditório.

Convém concordar também com Vogler,⁷⁷ para quem deve ser rejeitada uma ideia de evolucionismo processual, que culminaria num processo acusatório.

⁷⁴ CAMPOS, op. cit.

⁷⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. *Revista do CNPCP* – Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Brasília, 1(18), jan.jul./2005, p. 18.

⁷⁶ WINTER, Lorena Bachmaier. Acusatorio *versus* inquisitivo: reflexiones acerca del proceso penal. In: _____ (coord.). *Proceso penal y sistemas acusatorios*. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 14-15.

⁷⁷ VOGLER, Richard. El sistema acusatorio em los procesos penales en Inglaterra y em Europa continental. In: WINTER, op. cit. p. 180.

Desse modo, os limites do que possa representar, na falta de outro nome, um sistema acusatório para o processo penal brasileiro serão perquiridos a partir da ordem constitucional em vigor, já que esta, se respeitados os limites do conteúdo linguístico de suas disposições,⁷⁸ representou uma clara ruptura epistemológica com a legislação autoritária que lhe antecedeu e com a concepção instrumentalista do processo.

Não há, pois, como discordar de Coutinho quando afirma que a Constituição da República de 1988 impôs a mudança do sistema processual penal brasileiro, que deve girar em torno da gestão da prova.⁷⁹

Entende Coutinho⁸⁰ que, se o processo penal tem por fim o acertamento de um caso penal após a reconstituição de um caso pretérito, o crime, a gestão da prova e a forma como ela se desenvolve é que identificam o princípio unificador capaz de determinar o sistema, se inquisitivo ou acusatório.

Desse modo, um sistema acusatório depende da distribuição da gestão da prova entre as partes, ficando o juiz como terceiro, a quem não cabe decidir e depois sair à procura das provas para justificar sua decisão.

Se deixados de lado os devaneios linguísticos, observar-se-á que essa postura encontra amplo respaldo na Constituição em vigor, que afirma caber ao Ministério Público promover privativamente a ação penal pública (art. 129, I).

Ora, se promover quisesse dizer tão somente acionar o Judiciário, as próprias funções ministeriais restariam esvaziadas, não havendo sentido algum em se elevar o Ministério Público ao patamar erigido pelo constituinte no que diz respeito à persecução penal.⁸¹

Segundo Grinover, tal discussão não diz respeito à diferenciação acusatório/inquisitivo, mas sim a uma confusão entre o sistema acusatório e o chamado *adversarial system* de origem anglo-saxônica:

⁷⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Dogmática crítica e limites linguísticos da lei. In: _____; LIMA, Martonio Mont'Alverne B. *Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 229.

⁷⁹ COUTINHO, 2009a, p. 85.

⁸⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 16, n. 188, p. 11-13, jul. 2008.

⁸¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Mettere il pubblico ministero al suo posto ed anche il giudice. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 17, n. 200, jul. 2009b: "Afinal, não faz sentido ser ele uma parte (ainda que *formal*, como queria Chiovenda), e viver dentro de uma camisa de força criada pela desconfiança. Dela não se vai livrar, porém, se se tiver medo. Medo de todos pelo que podem fazer com uma maior mobilidade nas atividades hoje engessadas por princípios obtusos e ingênuos porque manipuláveis, basta que se queira; mas, principalmente, medo dos próprios órgãos do MP de enfrentar, de fato, os desafios que lhe aquinhoaram a CR. Para tanto, é preciso ter presente, por todos, o *princípio da obrigatoriedade* (e que aponta direto para a *ação penal*, como se sabe da melhor doutrina), assim como o *princípio da disponibilidade*, dirigido para o *conteúdo do processo*. Que ação e processo são elementos distintos é despiciendo dizer".

Acusatório-inquisitório e adversarial-inquisitorial são categorias diversas, em que os termos devem ser utilizados corretamente. De um lado, portanto, o contraste ocorre entre sistema acusatório e sistema inquisitório, no sentido empregado para o processo penal no nº 2 deste estudo; do outro lado, a oposição manifesta-se, tanto no processo penal como no civil, entre o “adversarial” e o “*inquisitorial system*”, vale dizer entre um processo que, uma vez instaurado (mantido, assim, o princípio da demanda, ou *Dispositionsmaxime*, na terminologia alemã), se desenvolve por disposição das partes (o que se denomina em alemão *Verhandlungsmaxime*) e processo de desenvolvimento oficial.⁸²

Para Grinover,⁸³ portanto, há uma clara contraposição entre o *adversarial system*, de origem anglo-saxônica, e o *inquisitorial system*, de tradição europeia continental e seguido pelos países que a adotaram.

Curioso notar, porém, que o processo penal italiano, sem dúvida a maior influência do processo penal brasileiro, passou por significativas modificações na última virada de século, assimilando um caráter nitidamente adversarial.

Como destaca Vogler,⁸⁴ a reforma constitucional de 1999 (*Riforma del Giusto Processo*) enfatizou a igualdade de direitos entre as partes para apresentar provas perante um juiz imparcial, garantia que seria incorporada no Código de Processo Penal em 2001.

28

Nada obstante, mais grave que a iniciativa probatória do juiz no processo penal brasileiro é aquilo que a origina: a crença em uma verdade absoluta que pode ser identificada por um juiz com sensibilidade e conhecimentos fora do comum, com o auxílio do processo, como já defendiam as orientações tratadas nos tópicos anteriores e que foram assimiladas pelo Código de Processo Penal vigente.

Apesar da advertência de Vogler⁸⁵ no sentido de que na pós-modernidade não há mais como se conceber a existência de uma verdade fática de caráter absoluto a ser descoberta pela metodologia forense, continua-se no Brasil, com o auxílio da instrumentalidade do processo, a defender a busca de uma “verdade real” e de um juiz capaz de descortiná-la com o uso da técnica processual:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES (ARTIGO 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006). JUNTADA DE LAUDO DE EXAME TOXICOLÓGICO DEFINITIVO DE OFÍCIO PELO JUIZ. ALEGADA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO ACUSATÓRIO.

⁸² GRINOVER, op. cit., p. 17.

⁸³ GRINOVER, op. cit., p. 16.

⁸⁴ VOGLER, op. cit., p. 189-190.

⁸⁵ VOGLER, op. cit., p. 185.

POSSIBILIDADE DE O MAGISTRADO DETERMINAR A PRODUÇÃO DE PROVAS NECESSÁRIAS À FORMAÇÃO DO SEU LIVRE-CONVENCIMENTO. ILEGALIDADE NÃO CARACTERIZADA.

1. Embora o juiz seja um órgão do Estado que deve atuar com imparcialidade, acima dos interesses das partes, o certo é que o próprio ordenamento jurídico vigente permite que, na busca da verdade real, ordene a produção de provas necessárias para a formação do seu livre-convencimento, sem que tal procedimento implique qualquer ilegalidade.

2. Nesse sentido é o inciso II do artigo 156 do Código de Processo Penal, que faculta ao magistrado, de ofício, “determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.” 3. Por sua vez, o artigo 56 da Lei 11.343/2006 prevê que o togado, ao receber a denúncia, requisite os laudos periciais referentes ao ilícito em tese praticado.

4. Assim, a determinação de juntada aos autos do laudo de exame toxicológico de ofício pelo togado singular, ao contrário do que sustentado na inicial do *writ*, não caracterizou ofensa aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, pois conquanto a mencionada prova tenha sido utilizada para corroborar a tese da acusação, foi considerada indispensável pelo Juízo para analisar o mérito da causa, estando a atuação jurisdicional, no caso em apreço, em consonância com as regras constitucionais e processuais penais pertinentes.

ANEXAÇÃO DE EXAME PERICIAL COMPROBATÓRIO DA MATERIALIDADE DELITIVA APÓS A AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO, OCASIÃO EM QUE AS PARTES OFERTARAM ALEGAÇÕES ORAIS. AVENTADA IMPOSSIBILIDADE DE JUNTADA TARDIA DO CITADO LAUDO. DOCUMENTO JUNTADO ANTES DA PROLAÇÃO DE SENTENÇA. ABERTURA DE VISTA ÀS PARTES. NULIDADE INEXISTENTE.

1. Apesar de o artigo 56 da Lei 11.343/2006 determinar que, “recebida a denúncia, o juiz designará dia e hora para audiência de instrução e julgamento, ordenará a citação pessoal do acusado, a intimação do Ministério Público, do assistente, se for o caso, e requisitará os laudos periciais”, nada impede que os exames técnicos sejam incorporados ao processo após a instrução criminal, desde que se possibilite às partes sobre eles se manifestar, exatamente como ocorreu na espécie.

2. Com efeito, em que pese a materialidade delitiva do crime previsto no artigo 33 da Lei 11.343/2006 ser comprovada apenas com o laudo toxicológico definitivo, não há óbices, quer na própria Lei de Drogas, quer na legislação processual penal existente, a que a referida perícia seja juntada aos autos após os debates orais, pois as partes podem se pronunciar acerca do seu conteúdo, permitindo que o juiz analise os seus argumentos antes de proferir decisão no feito. Precedentes.

PEDIDO DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006 NO PATAMAR MÁXIMO, FIXANDO-SE O REGIME ABERTO PARA O INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA, E SUBSTITUINDO-SE A SANÇÃO PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS.

SUPERVENIÊNCIA DE DECISÃO EXTINGUINDO A PUNIBILIDADE DA PACIENTE.

MANDAMUS PREJUDICADO NO PONTO.

1. Os pedidos de aplicação da causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 no patamar máximo, modificando-se o regime de cumprimento da pena imposta à paciente para o aberto, e substituindo-se a sanção corporal por pena restritiva de direitos, encontram-se prejudicados pois, em consulta ao sítio da Corte de origem, verificou-se que em 14.2.2012 foi extinta a punibilidade da paciente em razão do cumprimento da reprimenda a ela imposta, o que ocorreu em 14.12.2011.

2. *Writ* parcialmente prejudicado e, na parte remanescente, denegada a ordem.⁸⁶

Há, como se observa, uma desconfiança no papel que as partes desempenham no *iter* processual. Olvida-se que o Ministério Público representa o Estado na persecução penal. Por outro lado, acredita-se que o juiz, em plena consonância com o pensamento instrumentalista, poderá, de forma providencial, garantir o equilíbrio entre as partes, deixando-se de lado a necessidade de estruturação de mecanismos adequados de assistência jurídica pública.

Desse modo, as chamadas funções essenciais à justiça – daí um grave equívoco ao se relacioná-las com o “acesso à justiça” – são encaradas como meras coadjuvantes do saber iluminado do órgão responsável pela decisão, capaz, como já dito, de descortinar a verdade absoluta.

Instrumentalidade, interpretação e decisionismo

O protagonismo judicial institucionalizado pelo Código de Processo Penal de 1941 não se limita ao campo probatório. No âmbito decisório, há uma clara opção pelo paradigma subjetivismo solipsista,⁸⁷ que se manifesta, por exemplo, quando Campos⁸⁸ afirma já na exposição de motivos do Código restar aberta ao julgador a possibilidade de julgamento *ultra petitem*.

⁸⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n 192.410/MS. Relator: Ministro Jorge Mussi. 5ª Turma. Brasília, julgado em 11 set. 2012. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 18 set. 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>.

⁸⁷ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 42.

⁸⁸ CAMPOS, op. cit.

Diversos pontos do Código denotam a crença no saber privilegiado do juiz, intérprete maior da lei, como afirma Dinamarco,⁸⁹ e responsável, enquanto agente da jurisdição, por garantir a “paz social” por meio do processo. Alguns, como o parágrafo único do art. 384, que conferia ao juiz a possibilidade de “baixar o processo” ao Ministério Público se entendesse presentes elementos indicativos da presença de crime mais grave que aquele narrado na denúncia, já não fazem mais parte do ordenamento jurídico.⁹⁰ Outros, porém, como aquele que prevê a possibilidade de condenação ainda que o Ministério Público tenha pedido a absolvição, resistem mesmo diante de tantas pseudorreformas pelas quais já passou o CPP. Nesse ponto, aliás, cabe destacar que a própria condição de parte do Ministério Público é ignorada, já que o Código reconhece suas alegações como mera “opinião” acerca do caso penal.

De maneira equivocada (ou deliberada) continua-se a justificar um modelo interpretativo dependente de um sujeito cognoscente, o julgador,⁹¹ a partir de um panorama que já não se vive mais, como afirma Calmon de Passos:

O equívoco que, nos últimos anos, vem prevalecendo entre nós, consiste, precisamente, em se estar acreditando que o panorama, hoje, é o mesmo tomado como referência pelos teorizadores das décadas de cinquenta e sessenta. Tenho insistido em dizer, inclusive, que se Mauro Cappelletti fosse, neste limiar de século, o jovem da década de cinquenta, talentoso e aberto à “novidade”, estaria teorizando para além e diversamente dele próprio, Mauro Cappelletti de ontem, porque consciente dos novos desafios e sensível às perplexidades com que nos defrontamos neste momento, que poderemos denominar, para tentar distingui-lo de eras passadas, de pós-industrialismo, pós-modernidade ou era do conhecimento.⁹²

Apesar dessa advertência, ainda há um claro predomínio do paradigma subjetivo-solipsista, que termina por tentar separar o indissociável: o direito

⁸⁹ DINAMARCO, 2009a, p. 351.

⁹⁰ Em sua redação originária, dispunha o art. 384 do CPP: “Se o juiz reconhecer a possibilidade de nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de circunstância elementar, não contida, explícita ou implicitamente, na denúncia ou na queixa, baixará o processo, a fim de que a defesa, no prazo de oito dias, fale e, se quiser, produza prova, podendo ser ouvidas até três testemunhas.

Parágrafo único. Se houver possibilidade de nova definição jurídica que importe aplicação de pena mais grave, o juiz baixará o processo, a fim de que o Ministério Público possa aditar a denúncia ou a queixa, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, abrindo-se, em seguida, o prazo de três dias à defesa, que poderá oferecer prova, arrolando até três testemunhas” (o destaque em negrito é nosso).

⁹¹ STRECK, op. cit., p. 40.

⁹² CALMON DE PASSOS, op. cit.

pensado do processo comunicativo que o estrutura enquanto linguagem.⁹³ Para Streck, muito disso se deve à influência da concepção instrumentalista do processo:

[...] parcela importante da doutrina – e falo aqui dos formadores de opinião no plano das práticas judiciais – sufraga teses pelas quais a interpretação (aplicação) do direito fica *nitidamente dependente de um sujeito cognoscente, o julgador*.

[...]

Desde Oskar Von Büllow – questão que também pode ser vista em Anton Menger e Franz Klein –, a relação publicística está lastreada na figura do juiz, “porta-voz avançado do sentimento jurídico do povo”, com poderes para além da lei, tese que viabilizou, na sequência, a Escola do Direito Livre.

[...]

No Brasil, essa delegação da atribuição do sentidos em favor do juiz atravessou o século XX (v.g., de Carlos Maximiliano a Paulo Dourado de Gusmão), sendo que tais questões estão presentes na *concepção instrumentalista do processo*, cujos defensores admitem a existência de escopos metajurídicos, estando permitido ao juiz realizar determinações jurídicas, mesmo que não contidas no direito legislado, com o que o aperfeiçoamento do sistema jurídico dependerá da “boa escolha dos juizes” (sic) e, conseqüentemente, de seu – como assinalam alguns doutrinadores – “sadio protagonismo”.⁹⁴

Cabe ainda destacar a larga utilização pela lei penal de expressões indeterminadas, como já defendido por Klein,⁹⁵ ampliando sobremaneira os poderes do juiz quando da aplicação da lei.

Há de se concordar com Coutinho⁹⁶ quando afirma que as palavras não têm o poder de controlar os sentidos que lhe são atribuídos. Não obstante, no âmbito da aplicação da lei penal, especialmente no que diz respeito à pena, o que se tem observado é uma “sem-cerimônia terminológica”.⁹⁷

Enunciam-se sentidos cuja aceitabilidade racional resta impossível, uma vez que não submetidos à forma de comunicação institucionalizada⁹⁸ para o exercício da jurisdição.

⁹³ CALMON DE PASSOS, op. cit.

⁹⁴ STRECK, op. cit., p. 41.

⁹⁵ KLEIN apud NUNES, op. cit., p. 85.

⁹⁶ COUTINHO, 2006, p. 229.

⁹⁷ CALMON DE PASSOS, op. cit.

⁹⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebenichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1, p. 213.

Culpabilidade, antecedentes, reprovabilidade, personalidade etc. ganham sentido de acordo com os critérios de “justiça” do julgador e, assim, “agir divorciadamente do trabalho honesto”, “ser vadio”, “agir com alto grau de reprovabilidade”, “ter passagens pela delegacia” etc. continuam a ser utilizados para agravar a pena-base no Brasil, apesar de todas as advertências feitas pelo Superior Tribunal de Justiça⁹⁹ e dos limites impostos pela presunção de inocência constitucionalmente estabelecida.

Noutras ocasiões, o juiz passa a ter um largo âmbito de discricionariedade para decidir entre o cárcere e o cumprimento de penas não privativas de liberdade.¹⁰⁰

Observa-se, assim, que a ampliação dos poderes judiciais pouco tem contribuído para a construção de um processo penal de cunho democrático, no qual a legitimidade da atividade jurisdicional deve estar condicionada ao emprego de técnicas que imunizem o processo do decisionismo judicial.¹⁰¹

CONCLUSÃO

O discurso em favor do protagonismo judicial e de um suposto privilégio cognitivo do julgador foi se consolidando em detrimento de um processo mais participativo.

As justificativas em favor de um papel mais ativo do juiz foram utilizadas tanto por aqueles que buscavam uma atuação “social” do direito quanto pelas legislações erigidas pelos regimes autoritários ao longo do século XIX, inclusive no Brasil.

A história tem mostrado que tal concepção serviu bem mais a fins antidemocráticos que à consecução social que se almejava, além do que foi facilmente apropriada pelo modelo de Estado neoliberal, mínimo no social e máximo na repressão.

⁹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n 116.884/SC. Relator: Ministro Haroldo Rodrigues. 6ª turma. Brasília, julgado em 04 ago. 2011. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 26 out. 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>: “Não podem subsistir como fundamentos aptos à majoração da pena-base, no caso, a culpabilidade do agente, pois constitui elemento integrante do crime o fato do acusado saber que atuava contrariamente ao direito, não se fazendo referência à reprovabilidade exacerbada, nem tampouco podem ser utilizados para fins de incremento da pena-base a personalidade do agente, considerada negativa em razão da ausência de trabalho honesto, ou ainda, os motivos do crime e as circunstâncias do delito, na medida em que revelam circunstâncias inerentes ao tipo, como a busca pelo lucro fácil e a desconsideração com o patrimônio alheio”.

¹⁰⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n 116.884/SC. Relator: Ministro Haroldo Rodrigues. 6ª turma. Brasília, julgado em 04 ago. 2011. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 26 out. 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>: “Incumbe ao Juiz de primeiro grau, mais próximo dos fatos e da realidade do apenado, determinar, no âmbito de sua discricionariedade, a substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos que considere mais adequada à hipótese” (Brasil, 2011).

¹⁰¹ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 35.

Apesar disso, e da constatação de que a compreensão do direito não prescinde de uma dimensão linguística e intersubjetiva,¹⁰² continua-se a propalar um sadio protagonismo do juiz no plano processual, em que se relega ao processo o caráter de simples instrumento de uma jurisdição salvadora.

Insiste-se, assim, num “acesso à justiça” que, quando nada diz, pode dizer de tudo um pouco. E, quando silencia, o resultado é ainda mais perigoso, já que é no silêncio que os sentidos e o sujeito se movem largamente,¹⁰³ abrindo espaço para todo e qualquer tipo de autoritarismo. Inverte-se, no vazio, o sentido. O sujeito passa a ser desejoso do “acesso à justiça penal”, já que este pode representar qualquer coisa: de direitos processuais e assistência jurídica pública à imposição de pena sem processo; de sadio protagonismo à justificativa para um processo como instrumento não da jurisdição, mas da segurança pública.

Convém, portanto, recusar e, acima de tudo, resistir a uma concepção de processo ainda centrada no protagonismo judicial.

REFERÊNCIAS

ARANTES, Rogério Bastos. *Ministério Público e política no Brasil*. São Paulo: Sumaré/Educ, 2002. 327p.

BINDER, Alberto M. *Introdução ao direito processual penal*. Tradução de Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. 292p.

BRASIL. Decreto-lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, RJ, 13 out. 1941. p. 16699. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decllei/1940-1949/decreto-lei-3689-3-outubro-1941-322206-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 14 jan. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 116.884/SC. Relator: Ministro Haroldo Rodrigues. 6ª Turma. Brasília, julgado em 04 ago. 2011. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 26 out. 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n 192.410/MS. Relator: Ministro Jorge Mussi. 5ª turma. Brasília, julgado em 11 set. 2012. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 18 set. 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>.

BÜLOW, Oskar Von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Tradução de Miguel Rosas Lichtschein. Lima: Peru, 2008. 293p.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n 1, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 11 jan. 2013.

¹⁰² CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n 1, 2001, p. 3. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 11 jan. 2013.

¹⁰³ ORLANDI, Eni Puccinelli. *As formas do silêncio: no movimento dos sentidos*. 5. ed. Campinas, SP: Editora da Unicamp, 2002. p. 29.

CAMPOS, Francisco. Exposição de motivos. In: BRASIL. Decreto-lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, RJ, 13 out. 1941. p. 16699. Disponível em: <http://advonline.info/vademecum/2008/HTMS/PDFS/DECRETOSLEI/DL3931_1941.PDF>. Acesso em: 01 fev. 2013.

CAMPOS, Francisco. Exposição de motivos. In: BRASIL. Decreto-lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, RJ, 13 out. 1939. p. 24441. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-norma-pe.html>>. Acesso em: 13 fev. 2013.

CAPPELLETTI, Mauro. Aspectos sociais e políticos do processo civil. In:_____. *Processo, ideologias e sociedade*. Tradução de Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Fabris, 2008. v. I, p. 311-377.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993. 134p.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. 168 p.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Mettere il pubblico ministero al suo posto ed anche il giudice. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 17, n. 200, jul. 2009b.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do pensamento economicista no direito penal de hoje. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v. 31, 1999. p. 37-49.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Reformas parciais do processo penal: breves apontamentos críticos. In: BRASIL. Ministério da Justiça. *Reforma infraconstitucional: processo penal*. Brasília: 2009a. p. 85-98.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1998. 167 p.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 16, n. 188, p. 11-13, jul. 2008.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Dogmática crítica e limites linguísticos da lei. In:_____; LIMA, Martonio Mont'Alverne B. *Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 225-232.

DENTI, Vitorio. *La giustizia civile: lezioni introduttive*. Nuova edizione. Bologna: Il Mulino, 2004. 241p.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009b. v. 1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009a. 400p.

DUSSEL, Henrique. *Ética da libertação: na idade da globalização e da exclusão*. Tradução de Ephraim Ferreira Alves, Jaime A. Clasen, Lúcia M. E. Orth. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2012. 672p.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. 780p.

FERREIRA, Adriano de Assis. *Questão de classes: direito, estado e capitalismo em Menger, Stutchka e Pachukanis*. São Paulo: Alfa Ômega, 2009. 123p.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992. 219 p.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. *Revista do CNPCP – Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*. Brasília, 1(18), jan.-jul./2005, p. 15-26.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. 2v.

KELSEN, Hans. O que é justiça? In: _____. *O que é justiça?: a justiça, o direito e a política no espelho da ciência*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 1-25.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. 727p.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. 293p.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002. 206p .

MENGER, Anton. *El derecho civil y los pobres*. Tradução de Adolfo Posada. Granada: Comares, 1998.

MENGER, Anton. *L'état socialiste*. Tradução de Edgard Milhaud. Paris: Societé nouvelle de librairie et d'édition, 1904. 385p.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2011. 281p.

ORLANDI, Eni Puccinelli. *As formas do silêncio: no movimento dos sentidos*. 5. ed. Campinas, SP: Editora da Unicamp, 2002. 189p.

PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. 822p.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. 721p.

PICARDI, Nicola. Apresentação. In: NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 13-19.

PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Organização, revisão e tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008. 155p.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. 270 p.

ROSA, Alexandre Moraes da. Crítica ao discurso da *law and economics*: a exceção econômica do direito. In: _____. LINHARES, José M. Aroso. *Diálogos com a law and economics*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. 279p.

SANTOS, Boaventura de Souza. A sociologia dos tribunais e a democratização da justiça. In: _____. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 13. ed. São Paulo: Cortez, 2010. cap. 7. p. 161-186.

SCHMIDTZ, David. *Os elementos da justiça*. Tradução de Willian Lagos. Revisão da tradução Aníbal Mari. São Paulo: Martins Fontes, 2009. 363 p.

SPRUNG, Reiner. Os fundamentos do direito processual civil austríaco. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 17, p. 138-149, jan./mar. 1980.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. 118 p. (Coleção o que é isto?, 1).

VOGLER, Richard. El sistema acusatório em los procesos penales en Inglaterra y em Europa continental. In: WINTER, Lorena Bachmaier. *Proceso penal y sistemas acusatorios*. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 175-194.

WARAT, Luis Alberto. *O outro lado da dogmática jurídica*. In: ROCHA, Leonel Severo. Teoria do direito e do Estado. Porto Alegre: Fabris, 1994. p. 81-95.

WINTER, Lorena Bachmaier. Acusatorio *versus* inquisitivo: reflexiones acerca del proceso penal. In: _____ (Coord.). *Proceso penal y sistemas acusatorios*. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 11-48.

Data de recebimento: 1/6/2013

Data de aprovação: 1/11/2013

DEVIDO PROCESSO LEGAL X INDEVIDO PROCESSO SENTIMENTAL: O CONTROLE DA FUNÇÃO JURISDICIONAL PELO CONTRADITÓRIO E O MODELO COMPARTICIPATIVO DE PROCESSO

DUE PROCESS OF LAW X UNDUE PROCESS OF SENTIMENTAL: THE CONTROL OF THE JUDICIAL FUNCTION BY ADVERSARY AND THE MODEL OF PARTICIPATORY PROCESS

*Marcelo Veiga Franco**

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo estudar de que forma o contraditório e a motivação das decisões judiciais atuam como barreiras ao exercício arbitrário da função jurisdicional, dentro da perspectiva do modelo participativo de processo. Para tanto, primeiramente, são colacionadas manifestações jurisprudenciais e doutrinárias tendentes à adoção do subjetivismo judicial. Posteriormente, criticando essa posição, é estudado o conceito atual de contraditório, em suas dimensões formal e material. Com isso, passa-se à análise do modo como o contraditório e a motivação decisória consistem em instrumentos democráticos de controle do exercício da jurisdição. Por fim, é concluído que o modelo participativo de processo é aquele que melhor se adéqua à democracia.

Palavras-chave: Subjetivismo judicial; Contraditório; Motivação decisória; Controle da função jurisdicional; Modelo participativo de processo.

ABSTRACT

This article aims to study how the adversary and the motivation of judgments act as barriers to the arbitrary exercise of the judicial function, within the perspective of the model of participatory process. To do so, first, are mentioned jurisprudential and doctrinal demonstrations aimed

* Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Procurador do Município de Belo Horizonte/MG. Advogado. Rua Palmira n. 469, apto. 1001, bairro Serra, Belo Horizonte, MG, CEP 30220-110. E-mail: veigafranco@hotmail.com.

at the adoption of subjectivism judicial. Later, criticizing this position, is studied the current concept of adversary in their formal and material dimensions. With that, move on to the analysis of how the adversary and the motivation of judgments are democratic mechanisms for control of the exercise of jurisdiction. Finally, it is concluded that the model of participatory process is one that best fits to democracy.

Keywords: Subjectivism judicial; Adversary; Motivation of judgments; Control of the judicial function; Model of participatory process.

INTRODUÇÃO

Atualmente, é comum encontrarmos, na jurisprudência e na doutrina, manifestações tendentes a privilegiar o *subjetivismo* na prolação de decisões judiciais. Parte dos operadores jurídicos defende que os julgamentos proferidos pelo Judiciário são decorrências de avaliações íntimas e de juízos de valor, com fulcro nas convicções particulares e no sentimento de justiça dos magistrados.

Contudo, a função jurisdicional, em um Estado Democrático de Direito, não pode ser refém da exclusiva discricionariedade do órgão julgador. A perspectiva democrática da jurisdição requer que as decisões judiciais sejam prolatadas com base na participação dialética das partes. O pronunciamento jurisdicional, portanto, não é a consequência de um ato monológico e solitário do juiz; pelo contrário, o *decisum* é o resultado das provas e das alegações aventadas pelos respectivos interessados, a partir de uma atividade *comparticipativa* entre as partes, e entre estas e o magistrado.

De tal sorte, o contraditório e, por conseguinte, a motivação decisória consistem em instrumentos democráticos de controle da função jurisdicional. A necessidade de uma gestão *cooperativa* do processo (*poli-centrismo processual*) valoriza o aspecto dialógico da jurisdição, de forma a evitar que as decisões judiciais sejam fruto da arbitrariedade do órgão julgador. Com isso, torna-se possível refutar um *indevido processo sentimental*, exatamente por meio da concretização de um *devido processo legal* que prime pelo respeito à democracia e às garantias processuais constitucionais.

MANIFESTAÇÕES DO SUBJETIVISMO JUDICIAL

Infelizmente, não é raro nos depararmos com situações que refletem a tendência a um exercício *subjetivista* da função jurisdicional. Seja por parte da própria jurisprudência, seja por doutrinadores jurídicos, é possível colacionar diversos entendimentos que adotam a tese de que as decisões judiciais consubstanciam manifestações do *sentimento* íntimo de justiça do magistrado.

Na jurisprudência, boa parte dos membros do Judiciário entende que a fundamentação das decisões judiciais decorre, *per se*, do simples fato de pertenc-

cerem aos quadros da magistratura. Ao julgador seria conferido o poder de decidir *conforme a sua própria consciência* ou de acordo com o seu *pensamento*. Assim, o juiz, *por ser juiz*, poderia valorar as variáveis fáticas e jurídicas envolvidas no caso concreto e resolvê-lo com base na sua exclusiva vontade.¹

Como exemplo, vale citar o entendimento exarado pelo Ministro Humberto Gomes de Barros, do Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial n. 279.889/AL:

Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são Ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolda a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico – uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja.²

41

Para essa corrente jurisprudencial, o juiz é um “ser absoluto e incomparavelmente superior a qualquer outro ser material”, o que faz com que ele se atenha apenas a sua própria “consciência interior” para a prolação de julgamentos.³ O magistrado, “soberano dos elementos probatórios apresentados”,⁴ não se submete a qualquer critério racional de apreciação das provas, pois, a pretexto de seu livre-convencimento motivado, está “restituído à sua própria consciência”.⁵

¹ Criticando essa postura dos juízes, ver: STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

² Superior Tribunal de Justiça (STJ), AgRg no REsp n. 279.889/AL, Rel. Ministro José Delgado, julgado em 03.04.2001, *DJ* de 11.06.2001, p. 121.

³ Tribunal Regional do Trabalho (TRT), 13ª Região, Processo n. 0171800-86.2007.5.13.0027, Paraíba, 2007, trechos da fundamentação de sentença exarada pela Sra. Juíza de Direito, Adriana Sette da Rocha Raposo.

⁴ Superior Tribunal de Justiça (STJ), Habeas Corpus (HC) n. 94.826/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 17.04.2008, *DJE* de 05.05.2008.

⁵ Superior Tribunal de Justiça (STJ), Recurso Ordinário em Habeas Corpus (RHC) n. 16.706/MG, Rel. Ministro Gilson Dipp, julgado em 02.12.2004, *DJ* de 09.02.2005, p. 204.

No Direito comparado, há manifestações semelhantes. O *Justice* da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, Antonin Scalia, por exemplo, já disse que “Os juízes não têm ideia de qual é a vontade do povo. Nós trabalhamos em palácios de mármore”. Para ele, o magistrado “expressa vontade de juiz, e não (vontade) do povo”,⁶ e, nessa abordagem, o que importa é o atendimento às preferências pessoais do julgador, com total desprezo à atividade dos destinatários da prestação jurisdicional. Por meio de uma prática *invertida* da função jurisdicional – a qual implica transgressão ao caráter democrático da jurisdição –, o juiz primeiramente decide, com base na sua consciência, qual é o teor do *decisum*, para, só a partir de então, buscar no ordenamento jurídico a suposta fundamentação jurídica para o seu pronunciamento.⁷

Também na doutrina jurídica é difundida a ideia da possibilidade de o julgador decidir conforme a sua própria consciência. Dentro de uma perspectiva valorativa do Direito, prevalece o subjetivismo do juiz.

Piero Calamandrei, citado por Mauro Cappelletti, dizia que a sentença, derivada da palavra *sentire*, guarda íntima relação com o *sentimento* do juiz. Com isso, em muitas ocasiões, “a motivação verdadeira, real, efetiva de uma sentença não é completamente revelada na ‘fundamentação’ da decisão do juiz”, mas, ao revés, “encontra-se nas ocultas inclinações (...) do ânimo do julgador” (tais como na simpatia ou antipatia por uma parte, ou no interesse ou desinteresse por uma tese jurídica).⁸

Já para Cândido Rangel Dinamarco, o magistrado, por ocasião do julgamento, alcança a vontade concreta da lei e revela o seu sentimento de justiça, imbuído de sua sensibilidade, de seus valores pessoais e de suas convicções sociopolíticas. Como a prolação da decisão judicial é “sempre um momento valorativo”, o juiz é o “canal de comunicação entre a carga axiológica atual da sociedade em que vive e os textos”:

Este (juiz) pensa no caso concreto e cabe-lhe apenas, com sua sensibilidade, buscar no sistema de direito positivo e nas razões que lhe estão à base, a justiça do caso. Tem liberdade para a opção entre duas soluções igualmente aceitáveis ante o texto legal, cumprindo-lhe encaminhar-se

⁶ Apud LEAL, Saul Tourinho. *Ativismo ou altivez?* O outro lado do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 109.

⁷ Resumidamente, essa postura do Judiciário é fortemente influenciada pelo movimento denominado *realismo legal* (ou *realismo jurídico norte-americano*), cujos principais adeptos (Jerome Frank Llewelyn, Wesley Sturges e Morris e Felix Cohen) defendiam que “os juízes tomam as suas decisões de acordo com as suas próprias preferências políticas e então escolhem uma regra jurídica apropriada como uma racionalização” (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 6-7).

⁸ Apud CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologias e sociedade*. Tradução de Hermes Zaneti Junior. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010. v. 2, p. 29-30.

pela que melhor satisfaça seu sentimento de justiça. (...) Para o adequado cumprimento da função jurisdicional, é indispensável boa dose de sensibilidade do juiz aos valores sociais e às mutações axiológicas da sua sociedade. O juiz há de estar comprometido com esta e com as suas preferências.⁹

O juiz, para essa parcela doutrinária, é uma manifestação estatal soberana que se coloca “acima de tudo e de todos (*super omnia*)”, cujo poder, inevitável, impõe-se contra qualquer proibição. Uma vez que “ocupa na relação processual uma posição de realce e de mando”, o juiz faz “justiça pelas suas próprias mãos”.¹⁰

O julgamento se confunde com um “ato de vontade” do magistrado, revestido de “subjetivismo e feição ideológica”. O juiz possui “poderes para conferir novos contornos aos ditames da lei” e a participação dialógica das partes no processo consiste em barreira ao exercício da função jurisdicional. O julgador usa de seu “intelecto” para mitigar as injustiças e a Constituição se transforma em “um ato jurisprudencial”,¹¹ de maneira que “o direito é o que os tribunais dizem que é”.¹²

Contudo, em nossa visão, é inaceitável que ao magistrado seja conferido o poder de decidir de acordo com as suas opiniões e/ou predileções pessoais, isto é, em critérios marcados “pela arbitrariedade, pela discricionariedade, pelo subjetivismo, pelo messianismo, pela sensibilidade, pelas individualidades carismáticas ou pela patologia judiciária que denominamos *complexo de Magnaud*”.¹³

O Estado Democrático de Direito se projeta para impedir o exercício decisionista, abusivo e arbitrário da atividade jurisdicional. A jurisdição, em sua própria essência, é uma função estatal sujeita a limites e controles materiais e processuais, os quais visam a assegurar a *democracia* no processo.¹⁴

Como bem salienta Mauro Cappelletti, é evidente a ameaça hodierna de que o Judiciário se torne um “dinâmico terceiro gigante”, guardião dos poderes políticos e controlador de um “legislador mastodonte” e de um “leviatanesco

⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 233-235 e 347-348, acréscimo nosso.

¹⁰ TORNAGHI, Hélio. *A relação processual penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 141.

¹¹ NALINI, José Renato. *A rebelião da toga*. Campinas: Millennium, 2006. p. 248-294.

¹² HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p. 155.

¹³ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 120, destaque no original. O autor explica que Jean-Marie Bernard Magnaud foi o juiz que presidiu o Tribunal de Primeira Instância de Château-Thierry, na França, no período de 1899 a 1904, cujos julgamentos se tornaram célebres por formularem regras apoiadas unicamente no sentimentalismo e nas suas opiniões pessoais.

¹⁴ PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Organização e revisão técnica da tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 18.

administrador”.¹⁵ Sobretudo a partir de um (intencional?) desvirtuamento dos limites da discricionariedade judicial, pode-se dizer que, atualmente, há uma gradativa carência de legitimidade democrática da jurisdição, produzida pela difusão de uma atividade judicante arbitrária e decisória, exercida “à luz das preferências dos magistrados”.¹⁶

Destarte, os perigos advindos de um exercício *personalizado* da função jurisdicional são capazes de resultar em desgaste institucional e violação aos direitos e às garantias fundamentais. Por essa razão, é imprescindível que seja efetivamente respeitado o *contraditório* no processo, inclusive como forma de fiscalização do exercício democrático da jurisdição.

O CONTRADITÓRIO

O Estado Democrático de Direito consagra o *contraditório*, a teor do art. 5º, LV, da Constituição (CRFB), como *garantia fundamental* do jurisdicionado à participação dialética no processo em igualdade de oportunidades, com efetivo poder de influência nos resultados advindos do exercício da atividade jurisdicional.

Conceitualmente, a definição de *contraditório* leva em consideração duas dimensões que lhe são essenciais. A dimensão *formal* (ou *estática*) retrata a clássica concepção de *contraditório* como ciência, informação, comunicação e/ou participação das partes no processo, originária do instituto processual austríaco *Parteiengehör* – o qual é entendido como princípio da *audição* (ou *audiência*) do cidadão interessado.¹⁷ Já na perspectiva *material* (ou *substancial* ou *dinâmica*), o *contraditório* revela o poder de influência e de controle dos destinatários na construção do conteúdo da decisão judicial.

O *contraditório*, na dimensão formal, expressa o direito das partes ao *conhecimento* da demanda, mediante citação, intimação e/ou notificação, com garantia de *participação* no curso do processo. Com base nos brocardos *audiatur et altera pars*, *audita altera parte* e *audi alteram partem*,¹⁸ o aspecto estático do *contraditório* resguarda ao interessado, tão somente, o direito de ouvir e de ser ouvido (*hearings*).¹⁹

¹⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993. p. 47-49.

¹⁶ Apud prefácio de Menelick de Carvalho Netto ao FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. *O Poder Judiciário e(m) crise*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. xii-xiii.

¹⁷ FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Tradução de Elaine Nassif. Bookseller: Campinas, 2006. p. 111-113.

¹⁸ Não obstante um dos objetivos do *contraditório* ser o impedimento de prolação de decisões judiciais *inaudita altera parte*, ressalte-se que, nos casos de provimentos liminares, é possível a edição da ordem jurisdicional antes da audiência da outra parte, desde que haja a devida e circunscrita demonstração do *periculum in mora*, sendo que, nesses casos, o *contraditório* fica diferido para momento posterior.

¹⁹ CAPPELLETTI, 1993, p. 77.

A garantia de participação na construção da decisão judicial visa a assegurar às partes, colocadas em posições de interessado (autor) e contrainteresado (réu), o “direito ao conhecimento e à participação, participar conhecendo, participar agindo”.²⁰

De tal sorte, o contraditório estático possibilita que os destinatários do provimento²¹ tenham a oportunidade de dizer nos autos e de deduzir as alegações e as provas que julgarem pertinentes, com a respectiva oportunidade de reação.²² Com isso, as partes têm a possibilidade de expor e aclarar ao juiz os fatos e os fundamentos jurídicos da demanda, de modo que tenham aumentadas as suas chances de êxito, ao mesmo tempo em que colaboram para o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional.²³

Todavia, com a evolução do conhecimento jurídico, entende-se hoje que o aspecto formal do contraditório ultrapassa a sua definição como mero direito das partes ao conhecimento da demanda e à participação no processo. Diante do princípio da isonomia, a participação das partes no processo deve ser qualificada com a nota da igualdade de oportunidades.

Como expressão do princípio constitucional da igualdade, a participação das partes no processo há de ser concretizada em paridade de posições.²⁴ O contraditório faz com que os litigantes, “em posição de igualdade, disponham das mesmas oportunidades de alegar e provar o quanto estimarem conveniente com vistas ao reconhecimento judicial de suas teses”.²⁵

²⁰ CAPPELLETTI, Mauro. Appunti in tema di contraddittorio. *Studi in memoria di Salvatore Satta*. Padova: Cedam, 1982. v. 1, p. 221 apud MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1, p. 320.

²¹ Ronaldo Brêtas Dias ensina que, por influência da doutrina italiana, a processualística brasileira “passou a utilizar o vocábulo *provimento* com o sentido de decisão jurisdicional. Os italianos se valem com frequência da palavra *provvedimento* (provimento), derivada de *provvedere* (prover), a fim de expressar o que a doutrina brasileira chama de decisão jurisdicional, providência jurisdicional, medida jurisdicional ou pronunciamento jurisdicional”. Nesses termos, o termo provimento aqui utilizado tem o sentido de decisão judicial (DIAS, 2010, p. 34-35).

²² MARINONI, Luiz Guilherme. *Questões do novo direito processual civil brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2000. p. 336; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coord.). *Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas*. São Paulo: RT, 2002. p. 20.

²³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 2. ed. São Paulo: RT, 1987. p. 94.

²⁴ Como anota Piero Calamandrei, a posição de paridade das partes no processo não se resume a uma igualdade meramente jurídica, mas também se refere a uma isonomia técnica e econômica (CALAMANDREI, Piero. *Processo e democrazia*. Padova: Cedam, 1954. p. 145-146 apud MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 27-28).

²⁵ LLORENTE, Francisco Rubio. *Derechos fundamentales y principios constitucionales: doctrina jurisprudencial*. Barcelona: Ariel, 1995. p. 266, tradução livre.

Trata-se, assim, da função do contraditório como garantia de uma “simetria de posições subjetivas, além de assegurar aos participantes do processo a possibilidade de dialogar e de exercitar um conjunto de controles, de reações e de escolhas dentro desta estrutura”.²⁶ A essência do contraditório estático, pois, é a igualdade simétrica de oportunidades entre os destinatários dos efeitos do provimento final; não é o simples argumento e contra-argumento, mas, sim, o dizer e o contradizer deduzidos em paritária posição de chances entre os sujeitos processuais. Aroldo Plínio Gonçalves aduz:

A conotação citada como uma aproximação do conceito atual de contraditório explica-se, pois ele exige mais do que a audiência da parte, mais do que o direito das partes de se fazerem ouvir. (...). O contraditório não é apenas ‘a participação dos sujeitos do processo’. (...). O contraditório é a garantia de participação, em simétrica paridade, das partes, daqueles a quem se destinam os efeitos da sentença, daqueles que são os ‘interessados’, ou seja, aqueles sujeitos do processo que suportarão os efeitos do provimento e da medida jurisdicional que ele vier a impor. (...). O contraditório é a igualdade de oportunidade no processo, é a igual oportunidade de igual tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei. É essa igualdade de oportunidade que compõe a essência do contraditório enquanto garantia de simétrica paridade de participação no processo.²⁷

46

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira se posiciona de maneira semelhante:

Nos tempos atuais, a regulação formal e temporal do procedimento não pode deixar de considerar o caráter essencial do contraditório para o fenômeno processual. Mostra-se imperiosa, como facilmente se intui, a participação dos interessados no *iter* de formação do provimento judicial destinado a interferir em sua esfera jurídica. E essa participação deverá ocorrer, à evidência, da forma mais paritária possível, de modo a permitir a intervenção dos interessados mediante equitativa distribuição dos respectivos poderes, faculdades e ônus, com efetiva correspondência e equivalência entre as posições contrapostas.²⁸

Além da isonomia, também a liberdade está assegurada em face da concepção de contraditório como participação das partes em igualdade de oportunidades.

²⁶ FAZZALARI, Elio. Diffusione del processo e compiti della dottrina. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1958. p. 869 apud THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo justo e contraditório dinâmico*. Disponível em: <<http://www.rechtd.unisinos.br/pdf/91.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2012.

²⁷ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992. p. 119-128.

²⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 113-114.

Sendo o contraditório o direito à ciência, ao conhecimento e à informação da demanda, aparece como correlato necessário o direito à *liberdade de reação*, formando o que se denomina de *bilateralidade da audiência*. Desta feita, cumpre à parte, de acordo com o seu livre-alvedrio e dentro dos parâmetros legais, optar em manifestar-se ou não na contenda jurídica, agindo ou omitindo-se em conformidade com a conveniência e a oportunidade de sua ampla defesa.

Arelada ao aspecto formal, a dimensão material do contraditório expressa o *poder de influência* (ou *prerrogativa de influência* ou *direito de influir*)²⁹ e a *prerrogativa de controle* na construção do conteúdo da decisão judicial. Trata-se da conjugação dos direitos das partes ao conhecimento e à participação no processo em simétrica paridade, com a possibilidade de interferência e de fiscalização dos resultados advindos do exercício da função jurisdicional.

Nessa ordem de ideias, às partes é conferida a prerrogativa de interferência material na decisão judicial por meio da apresentação de provas e argumentos no bojo da instrução probatória. Aos magistrados, por seu turno, cabe o dever de garantia do contraditório, de modo a assegurar que as alegações e as provas produzidas pelas partes serão efetivamente consideradas pelo órgão jurisdicional por ocasião do julgamento.

Na mesma linha é o ensinamento de Luigi Paolo Comoglio, ao dizer que o contraditório garante uma “tríplice ordem de situações subjetivas processuais”, quais sejam: a) “o direito de receber adequadas e tempestivas informações, sobre o desencadear do juízo e as atividades realizadas, as iniciativas empreendidas e os atos de impulso realizados pela contraparte e pelo juiz, durante o inteiro curso de processo”; b) “o direito de defender-se ativamente, posicionando-se sobre cada questão, de fato ou de direito, que seja relevante para a decisão da controvérsia”; c) “o direito de pretender que o juiz, a sua vez, leve em consideração as suas defesas, as suas alegações e as suas provas, no momento da prolação da decisão”.³⁰

Portanto, ao julgador não é conferido o poder de simplesmente desconsiderar a atividade dos destinatários do provimento. A decisão judicial, pelo contrário,

²⁹ A doutrina costuma utilizar a expressão “*poder de influência*” para designar a dimensão material do contraditório. Contudo, para não deixar dúvidas de que esse *poder* não significa arbitrariedade ou posição de superioridade das partes em relação ao juiz, preferimos as terminologias *prerrogativa de influência* (ou *possibilidade de influência – Einwirkungsmöglichkeit*) ou *direito de influir* (*Mitwirkungsbefugnis*). (MARINONI, 2000, p. 336; NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 226).

³⁰ COMOGLIO, Luigi Paolo. Voce: *contraddittorio* (principio del). In: *Enciclopedia giuridica*. Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1988, v. 8, p. 6 apud THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle. Princípio do contraditório no Direito brasileiro. In: THEODORO JUNIOR, Humberto; CALMON, Petrônio; NUNES, Dierle (Coord.). *Processo e Constituição: os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais*. Rio de Janeiro: GZ, 2012. p. 283.

consiste no resultado do convencimento racional fundamentadamente construído por um juízo natural com base nos argumentos e nos elementos probatórios aventados pelos interessados em simétrico contraditório.

Daí resulta que a motivação decisória é elemento do contraditório (art. 93, IX, da CRFB). Ao magistrado compete o dever de apreciar todas as alegações e provas deduzidas pelas partes, resolvendo o caso concreto com base nos resultados decorrentes da atividade dos interessados ao provimento. Já aos destinatários da prestação jurisdicional contrapõe-se o direito fundamental de que terão seriamente considerados os seus argumentos e elementos probatórios, os quais devem ter sido lícitamente produzidos como forma de tentativa de convencimento do órgão jurisdicional.³¹ No ponto, cabe a transcrição do entendimento do Ministro Gilmar Mendes, proferido no julgamento do Mandado de Segurança n. 25.787-3/DF pelo Supremo Tribunal Federal:

Há muito vem a doutrina constitucional enfatizando que o direito de defesa não se resume a um simples direito de manifestação no processo. Efetivamente, o que o constituinte pretende assegurar – como bem anota Pontes de Miranda – é uma pretensão à tutela jurídica (*Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1, 1969. T. V, p. 234*). (...) Não é outra a avaliação do tema no direito constitucional comparado. Apreciando o chamado *Anspruch auf rechtliches Gehör* (pretensão à tutela jurídica) no direito alemão, assinala o *Bundesverfassungsgericht* que essa pretensão envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito do indivíduo de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar (Cf. Decisão da Corte Constitucional alemã – *BverfGE 70, 288-293*; sobre o assunto, ver, também, PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte – Staatsrecht II*. Heidelberg, 1988, p. 281; BATTIS, Ulrich; GUSY, Christoph. *Einführung in das Staatsrecht*. 3. ed. Heidelberg, 1991, p. 363-364). Daí afirmar-se, correntemente, que a pretensão à tutela jurídica, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5º, LV, da Constituição, contém os seguintes direitos:

1. direito de informação (*Recht auf Information*), que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes;

³¹ Por esse motivo, é impossível concordarmos com o entendimento jurisprudencial consolidado segundo o qual “não está o juiz obrigado a examinar, um a um, os pretensos fundamentos das partes, nem todas as alegações que produzem; o importante é que indique o fundamento de sua conclusão, que lhe apoiou a convicção no decidir” (Superior Tribunal de Justiça (STJ), AgRg no AREsp n. 59.339/PE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, julgado em 06.03.2012, *DJe* de 09.03.2012). Ora, se o contraditório outorga às partes a prerrogativa de influenciar o conteúdo dos provimentos, inexistem razões que possam permitir que a decisão jurisdicional seja (supostamente) fundamentada com explícito desprezo da colaboração dos seus próprios destinatários.

2. direito de manifestação (*Recht auf Äusserung*), que assegura ao de-fendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo;
3. direito de ver seus argumentos considerados (*Recht auf Berücksichtigung*), que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (*Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft*) para contemplar as razões apresentadas (cf. PIEROTH; SCHLINK. *Grundrechte – Staatsrecht II*. Heidelberg, 1988, p. 281; BATTIS; GUSY. *Einführung in das Staatsrecht*. Heidelberg, 1991, p. 363-364; Ver, também, DÜRIG/ASSMANN. In: MAUNZ-DÜRIG. *Grundgesetz-Kommentar*. Art. 103, vol. IV, n. 85-99).

Sobre o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão julgador (*Recht auf Berücksichtigung*), que corresponde, obviamente, ao dever do juiz ou da Administração de a eles conferir atenção (*Beachtungspflicht*), pode-se afirmar que ele envolve não só o dever de tomar conhecimento (*Kenntnisnahmepflicht*), como também o de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas (*Erwägungspflicht*) (Cf. DÜRIG/ASSMANN. In: MAUNZ-DÜRIG. *Grundgesetz-Kommentar*. Art. 103, vol. IV, n. 97). É da obrigação de considerar as razões apresentadas que deriva o dever de fundamentar as decisões (Decisão da Corte Constitucional – *BverfGE* 11, 218 (218); Cf. DÜRIG/ASSMANN. In: MAUNZ-DÜRIG. *Grundgesetz-Kommentar*. Art. 103, vol. IV, n. 97).³²

Portanto, o contraditório material reflete a prerrogativa de simétrica influência dos interessados na elaboração do conteúdo da decisão judicial, em sintonia com o dever imposto ao juiz, como terceiro imparcial, de assegurar às partes iguais oportunidades de interferência no resultado da atividade jurisdicional, inclusive quanto às questões apreciáveis de ofício.³³

Assim sendo, o conceito de contraditório, atualmente, transcende a sua função apenas como ciência ou conhecimento da demanda (informação), para alcançar a sua definição também como prerrogativa de influência no conteúdo do provimento jurisdicional. O contraditório conjuga os direitos à informação

³² Supremo Tribunal Federal (STF), Mandado de Segurança (MS) n. 25.787, Rel. Ministro Gilmar Mendes, julgado em 08.11.2006, publicação em 14.09.2007, trechos do voto do Ministro Gilmar Mendes.

³³ Também as questões apreciáveis *ex officio* pelo magistrado devem ser levadas ao conhecimento das partes, para que elas tenham a oportunidade de se manifestar a respeito. Nesse sentido, o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, elaborado por Comissão de Juristas instituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal n. 379/2009, presidida pelo Ministro Luiz Fux, adota expressamente essa ideia em seu art. 10: “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes a oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha que decidir de ofício” (Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2012).

e à participação das partes, as quais, em igualdade de oportunidades, possuem a prerrogativa de interferência e de controle na construção do conteúdo da decisão judicial.

O CONTROLE DA JURISDIÇÃO PELO CONTRADITÓRIO E PELA MOTIVAÇÃO DECISÓRIA: A REFUTAÇÃO DO INDEVIDO PROCESSO SENTIMENTAL

O contraditório e a fundamentação racional dos pronunciamentos decisórios consistem em ferramentas democráticas imprescindíveis de *controle* do exercício da função jurisdicional. A necessidade de garantia do simétrico debate entre os interessados, bem como a construção da *ratio decidendi* das decisões judiciais com base em todas as alegações e provas deduzidas pelos interessados, resulta em obstáculos indeclináveis ao decisionismo judicial.

A participação democrática dos interessados na elaboração do provimento implica uma concepção de processo que consagra o contraditório paritariamente exercido como meio de *fiscalização* da atividade jurisdicional. A vinculação do magistrado à multiplicidade de argumentos das partes impede que o processo seja utilizado como mero instrumento para a realização das opiniões subjetivas do julgador.

50

Paralelamente, a garantia constitucional da motivação racional das decisões judiciais assegura a elaboração de fundamentos decisórios em conformidade com a atividade dialética das partes, de modo a demonstrar “que o resultado do processo não é fruto da sorte ou do acaso”.³⁴ A fundamentação decisória, ao demandar um nexo de coerência entre os fatos, os fundamentos e as consequências jurídicas advindas do pronunciamento judicial, baliza a atuação do órgão jurisdicional, conformando o livre-convencimento racional do julgador.

Nesse diapasão, a motivação decisória impõe limites ao exercício da atividade jurisdicional, o que pode acarretar, no caso de carência ou de inexistência da devida fundamentação, a declaração de nulidade do provimento:

EMENTA: (...). A fundamentação dos atos decisórios qualifica-se como pressuposto constitucional de validade e eficácia das decisões emanadas do Poder Judiciário. A inobservância do dever imposto pelo art. 93, IX, da Carta Política, precisamente por traduzir grave transgressão de natureza constitucional, afeta a legitimidade jurídica do ato decisório e gera, de maneira irremissível, a consequente nulidade do pronunciamento judicial. (...).³⁵

³⁴ TUCCL, Rogério Lauria; TUCCL, José Rogério Cruz e. *Constituição de 1988 e processo: regimentos e garantias constitucionais do processo*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 74.

³⁵ Supremo Tribunal Federal (STF), Habeas Corpus (HC) n. 74.073, Rel. Ministro Celso de Mello, julgado em 20.05.1997, publicação em 27.06.1997.

De fato, a garantia da prerrogativa de influência dos interessados na elaboração do conteúdo do provimento fixa o dever de o juiz considerar todas as alegações e provas deduzidas pelas partes por ocasião do julgamento. O contraditório e a motivação decisória refletem a garantia constitucional de fiscalização da atividade jurisdicional por meio do impedimento da prolação de *decisões-surpresa* – entendidas como aquelas decisões proferidas com base em alegações e provas que não foram dialeticamente discutidas no processo.³⁶

Trata-se, a bem da verdade, da ideia de um “contraditório efetivo e equilibrado”, o qual, a partir da necessidade de debate de todas as questões suscitadas no processo, impede que o juiz, “em ‘solitária onipotência’, aplique normas ou embasa a decisão sobre fatos completamente estranhos à dialética defensiva de uma ou de ambas as partes”.³⁷ Nesses termos, o contraditório e a motivação decisória adéquam o exercício da função jurisdicional às exigências democráticas, a fim de impedir provimentos jurisdicionais *parciais, personalistas e subjetivamente valorados*:

Deste modo, a fundamentação da decisão é indissociável do contraditório, visto que garantir a participação dos afetados na construção do provimento, base da compreensão do contraditório, só será plenamente garantida se a referida decisão apresentar em sua fundamentação a argumentação dos respectivos afetados, que podem, justamente pela fundamentação, fiscalizar o respeito ao contraditório e garantir a aceitabilidade racional da decisão. (...). Vislumbram-se, aqui, os limites da fundamentação jurisdicional para impedir o subjetivismo do juiz e sua parcialidade, eis que, embora seja ele uma pessoa humana com suas convicções e história de vida, a limitação se dá justamente no impedimento de uma fundamentação que extrapole os argumentos jurídicos e na obrigatoriedade de se construir a decisão com argumentação participada das partes, que, como partes contraditórias, possam discutir a questão do caso concreto, de modo que a decisão racional se garanta em termos de coerência normativa, a partir da definição do argumento mais adequado ao caso concreto. Assim, se pode garantir que um juiz, mesmo com suas convicções, não apresente um juízo axiológico, no sentido de

³⁶ É por isso que se diz que o contraditório atribui, aos interessados, “possibilidades de participação preventiva” em relação aos aspectos fáticos e jurídicos discutidos no processo, o que leva à seguinte equação: “defesa = contraditório = participação = audiência preventiva” (ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *Il modello costituzionale del processo civile italiano*. Torino: Giappichelli Editore, 1990. p. 157 apud THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle. Princípio do contraditório no direito brasileiro. In: THEODORO JUNIOR, Humberto; CALMON, Petronio; NUNES, Dierle (Coord.). *Processo e Constituição: os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais*. Rio de Janeiro: GZ, 2012. p. 290).

³⁷ O contraditório *efetivo e equilibrado*, idealizado por Antônio Celso Camargo Ferraz e citado por Cândido Rangel Dinamarco, busca conjugar a necessidade da garantia formal do contraditório com uma garantia efetiva, substancial, de participação. Nessa perspectiva, o *equilíbrio* traduz a ideia da “igualdade das partes na participação”, enquanto a *efetividade* significa a “real participação das pessoas no processo” (DINAMARCO, 1987, p. 95-99).

que todos os cidadãos comunguem da mesma concepção de vida, ou que os valores ali expostos na sentença vinculem normativamente todos os demais sujeitos do processo.³⁸

Conforme ensina Francesco Carnelutti, as *razões de justificação* (argumentos e contra-argumentos), deduzidas pelas partes em dialético contraditório, em torno de *razões de discussão* (questões de fato e de direito), formam a base das *razões da decisão* (motivação), “e aí encontramos a essência do dever de fundamentação, permitindo a geração de um pronunciamento decisório participado e democrático”.³⁹ A formulação das razões de decidir, com base nas alegações e nas provas aventadas pelos interessados, evita pronunciamentos jurisdicionais embasados em argumentos alheios ao conhecimento das partes ou inseridos unicamente no íntimo sentimento de justiça do magistrado.

Nessa abordagem, o contraditório consubstancia expressão da *democracia*, realizada por meio do *controle* da motivação das decisões judiciais por parte dos destinatários do provimento, e que “impõe uma efetiva comparticipação dos sujeitos processuais em todo o *iter* formativo das decisões” e atua como elemento “incentivador ao aspecto dialógico do procedimento”.⁴⁰ A motivação decisória, igualmente, constitui “inestimável fator de coesão social e da solidez das instituições”.⁴¹

E assim é que o contraditório e a fundamentação das decisões judiciais estruturam um *devido processo legal* consentâneo ao Estado Democrático de Direito (art. 5º, LIV, da CRFB) e igualmente contraposto a um *indevido processo sentimental* de cunho subjetivista, em que as decisões judiciais são (supostamente) motivadas com base no *sentimento pessoal* ou na *livre-consciência moral* ou *psicológica* do juiz.⁴²

³⁸ BARROS, Flaviane de Magalhães. A fundamentação das decisões a partir do modelo constitucional de processo. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*: 20 anos de constitucionalismo democrático – e agora? Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2008. p. 135-145.

³⁹ CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJEA, 1973. v. 1, p. 33-34 apud DIAS, 2010. p. 131-132.

⁴⁰ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo justo e contraditório dinâmico*. Disponível em: <<http://www.rechtd.unisinos.br/pdf/91.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2012.

⁴¹ OLIVEIRA, 2003, p. 88-89.

⁴² Chaïm Perelman explica que, historicamente, a noção de motivação das decisões judiciais “pode ser compreendida ora como a indicação das razões que motivam o julgamento, como ocorre na terminologia jurídica francesa, ora como a indicação dos móveis psicológicos de uma decisão”. Contudo, ressalta o autor que, em termos democráticos, vários motivos se opõem “à identificação da motivação com a indicação ‘de todas as operações da mente que conduziram o juiz ao dispositivo adotado por ele’”. E arremata: “Bastará descrever fielmente as operações da mente do juiz para motivar bem uma decisão jurídica? (...). Uma simples descrição das operações da mente do juiz não fornece, necessariamente, uma boa motivação, ou seja, uma legitimação ou uma justificação que persuadiria as partes, as instâncias superiores e a opinião pública da legitimidade da decisão” (PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Tradução de Maria Ermanita Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 559-560).

O controle da jurisdição pela sociedade

Como foi dito, as partes, especialmente com a consagração da dimensão material do contraditório, possuem a prerrogativa de influência material no conteúdo da decisão judicial e, com isso, adquirem a possibilidade de controle da atividade jurisdicional. Contudo, em um regime democrático, também a sociedade detém a faculdade de fiscalizar o exercício e os resultados da atividade jurisdicional.⁴³

Inserida em uma perspectiva de amplos espaços públicos de debate e de abertura dos intérpretes constitucionais,⁴⁴ a sociedade, no Estado Democrático de Direito, revela-se simultaneamente destinatária e coautora das decisões judiciais.⁴⁵ A sentença escapa à esfera da intimidade pessoal do julgador para alcançar a *intersubjetividade* própria de uma democracia.⁴⁶

De tal sorte, cidadãos e entidades civis, alheios ao direito material em litígio – porém, juridicamente interessados –, adquirem aptidão para conhecer e participar de demandas judiciais. A sociedade exerce efetivamente a garantia constitucional do contraditório, o que ocorre, por exemplo, mediante a participação em audiências públicas⁴⁷ ou pela intervenção processual na qualidade de *amicus curiae*.⁴⁸

⁴³ COSTA, Fabrício Veiga. Modelo constitucional de processo coletivo: um estudo crítico a partir da teoria das ações coletivas como ações temáticas. *Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 17, p. 224, 2011.

⁴⁴ HÄBERLE, Peter. *A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. p. 11-18.

⁴⁵ HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*: estudos de teoria política. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002. p. 292-293.

⁴⁶ STRECK, Lenio; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *(Mais) um passo atrás no direito brasileiro*: quem vai cuidar do guarda da esquina? Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7987/mais-um-passo-atras-no-direito-brasileiro>>. Acesso em: 27 nov. 2012.

⁴⁷ A possibilidade de realização de audiências públicas está prevista no art. 9º, § 1º, da Lei n. 9.868/99 e tem como objetivo a elucidação de matéria ou circunstâncias de fato. O Supremo Tribunal Federal já realizou audiências públicas para o debate de diversas questões constitucionais, destacando-se os casos das células-tronco (ADI n. 3.510), da viabilidade jurídica da interrupção de gravidez na hipótese de feto anencéfalo (ADPF n. 54) e da importação de pneus usados (ADPF n. 101).

⁴⁸ O *amicus curiae* (em tradução literal, *amigo da Corte*) tem o objetivo de pluralizar o debate sobre matérias constitucionais e significa a intervenção processual de terceiros como “fator de legitimação social das decisões da Suprema Corte”. Sendo manifestação da democracia, o *amicus curiae* possibilita “a participação formal de entidades e de instituições que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais”. Com isso, busca-se valorizar o “sentido essencialmente democrático” da participação processual, “enriquecida pelos elementos de informação e pelo acervo de experiências que o *amicus curiae* poderá transmitir à Corte Constitucional” (Supremo Tribunal Federal (STF), ADI n. 2.130 AgR, Rel. Ministro Celso de Mello, julgado em 03/10/2001, publicação em 14/12/2001). O *amicus curiae* está previsto, por exemplo, no art. 7º, § 2º, da Lei n. 9.868/99, sendo aceita a sua intervenção para apresentar memoriais e realizar sustentação oral (art. 131, § 3º, do Regimento Interno do STF).

Nesse cenário, aparece a garantia fundamental da *publicidade* das decisões judiciais (art. 5º, LX, e art. 93, IX e X, da CRFB) como mecanismo essencial para o controle do exercício da jurisdição pela sociedade.⁴⁹ Como expressão da democracia, a publicidade das decisões judiciais – sobretudo dos elementos de sua fundamentação –, retrata empecilho ao subjetivismo judicial, pois assegura a necessidade de transparência dos resultados da atividade jurisdicional:⁵⁰

O princípio da publicidade é uma garantia imprescindível, para possibilitar a participação da cidadania, pelo que todos têm direito a um processo público. (...). É o mais precioso instrumento de fiscalização popular sobre as obras dos magistrados e defensores. (...). Com a publicidade, o ato jurisdicional pode ser julgado socialmente, expondo-se às críticas das partes e de seus representantes, evitando o juízo arbitrário.⁵¹

Portanto, o contraditório e a motivação decisória permitem que a fiscalização da atividade jurisdicional não se limite às partes. Também a sociedade, respaldada pela abertura dos intérpretes constitucionais e pela garantia fundamental da publicidade das decisões judiciais, possui a prerrogativa de exercer a democracia por meio da fiscalização dos resultados da função jurisdicional.

Juridicidade e argumentos de princípio

54

Para que a motivação decisória atue como ferramenta democrática de controle da função jurisdicional, é preciso que haja o estrito respeito à legalidade. A fundamentação dos provimentos está relacionada com a garantia fundamental da reserva legal (art. 5º, II, da CRFB), entendida esta como a sujeição da jurisdição não apenas à lei *stricto sensu* (legalidade), mas, sim, a todos os princípios e regras constitucionais e infraconstitucionais que compõem o ordenamento jurídico (juridicidade).⁵²

De fato, o pronunciamento jurisdicional deve ser motivado (isto é, “conter os elementos e razões de juízo que permitam conhecer quais foram os critérios jurídicos que fundamentaram a decisão”), bem como fundado no Direito (ou seja, “deve ser consequência de uma exegese racional do ordenamento, e não

⁴⁹ LLOBREGAT, José Garberí. *El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Barcelona: Bosch, 2008. p. 80.

⁵⁰ ZUFELATO, Camila. Fundamentação lógica das decisões judiciais: notas sobre a racionalização da função jurisdicional de decidir. In: THEODORO JUNIOR, Humberto; CALMON, Petronio; NUNES, Dierle (Coord.). *Processo e Constituição: os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais*. Rio de Janeiro: GZ, 2012. p. 479.

⁵¹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 19-20.

⁵² BARACHO, 2008, p. 11-18.

fruto da arbitrariedade”).⁵³ Dessa forma, pode-se dizer que aos magistrados é atribuída a função de prolação de decisões adequadas às normas que integram o ordenamento jurídico, pois a função jurisdicional encontra fronteiras nos limites da juridicidade.

É por essa razão que a fundamentação das decisões judiciais deve ser o resultado de uma argumentação de natureza *jurídica*. O provimento não pode se pautar em elementos unicamente morais, éticos, religiosos, políticos, econômicos, sociais, culturais, axiológicos ou relativos à experiência e à convicção pessoal do julgador.

Nesse sentido, com base na distinção idealizada por Ronald Dworkin, entendemos que ao juiz, por ocasião do julgamento, cabe preponderantemente se valer de *argumentos de princípio* (*principle*) para justificar decisões com fundamento no respeito ou na garantia do direito de um indivíduo ou de um grupo de indivíduos. Por outro lado, *argumentos de política* (*policy*), utilizados para fomentar ou proteger objetivos coletivos da comunidade, devem possuir aplicabilidade secundária.⁵⁴

Nessa perspectiva, os argumentos de princípio são os adequados para a fundamentação das decisões judiciais no Estado Democrático de Direito, uma vez que protegem direitos subjetivos e garantias fundamentais em consonância com o sistema constitucional vigente. Os *principles* representam a concretização das liberdades constitucionais de acordo com o progresso da hermenêutica constitucional, de modo inexorável às alternâncias de poder político da maioria governamental.

Por seu turno, os *policies* são os argumentos apropriados para a justificação de decisões legislativas, direcionados a subsidiar a atividade do legislador na formulação de programas públicos e de pautas políticas. Quando utilizados sem critérios na seara jurisdicional, os argumentos de política retratam uma perigosa inclinação ao decisionismo judicial, sobretudo quando possibilitam o manejo de métodos interpretativos indeterminados direcionados a *balancear*, *sopesar* ou *valorar* normas constitucionais (jurídicas) ardilosamente equivalidas a bens, a valores e/ou a interesses essencialmente negociáveis (políticos).⁵⁵

A construção da fundamentação das decisões judiciais determina a absoluta observância de princípios jurídicos, os quais, como *trunfos*, impedem que diretrizes metajurídicas se sobreponham aos direitos subjetivos e às garantias fundamentais. Argumentos de política (v.g., promoção do bem comum, resguardo

⁵³ LLOBREGAT, 2008, p. 79-80, tradução livre.

⁵⁴ DWORKIN, 2010, p. 35-46 e 128-132.

⁵⁵ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Mandado de injunção: do formalismo ao axiologismo? O que mudou? Uma análise crítica e reflexiva da jurisprudência do STF. In: MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo (Coord.). *Constituição e processo: entre o direito e a política*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 26.

do interesse público, garantia da defesa nacional), utilizados indiscriminadamente e em detrimento de argumentos objetivamente jurídicos, acabam por identificar o Direito como “algo negociável”, cuja lógica “não é a de se um direito é devido ou não, mas sim a de se é ou não conveniente a sua aplicação no caso concreto em face da repercussão que tal decisão pode gerar no corpo social”.⁵⁶

Os direitos e as garantias fundamentais são devidos como normas constitucionais imperativas, cuja proteção é insuscetível de negociação. Por sua vez, bens e interesses são aplicáveis a partir de um juízo utilitarista de preferência, de acordo com critérios de conveniência, de oportunidade e de valorações subjetivas.

Portanto, não se admite, como exigência democrática, a possibilidade de que o julgador possa motivar as suas decisões judiciais conforme a sua própria convicção pessoal ou de acordo com valorações de viés nitidamente metajurídico.⁵⁷ O ato de julgar, pela sua própria relevância, não pode ser encarado como uma atividade de mera liberalidade do julgador, a permitir que o magistrado utilize preferências particulares para resolver demandas.

O julgamento é uma atividade séria e assim deve ser considerado. O decisionismo judicial, o qual culmina em uma inaceitável “jurisprudência sem legislação”,⁵⁸ deve ser rechaçado. A decisão judicial não é um elemento da vontade do juiz, isto é, um suposto produto do *ato de inteligência* do julgador. O controle da jurisdição requer a compreensão do processo como o *locus* do exercício da democracia, em que a participação influente das partes no processo concretiza os princípios constitucionais da cidadania e da soberania popular.⁵⁹

56

O MODELO COMPARTICIPATIVO DE PROCESSO

Analisado de que forma o contraditório e a motivação decisória constituem mecanismos de controle do exercício da função jurisdicional, é preciso, neste momento, entender como a valorização do *diálogo* entre as partes e o juiz também é essencial para a concretização de uma prestação jurisdicional democrática. Nesse contexto, o modelo *comp participativo* sintetiza a democracia *no* processo e, por via de consequência, impede o exercício arbitrário e solitário da jurisdição, alheio à atividade dialética das partes.

⁵⁶ MACHADO, Felipe. *Principle versus policy*: uma crítica à relação entre política criminal e direitos fundamentais a partir de Ronald Dworkin. In: MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo (Coord.). *Constituição e processo*: entre o direito e a política. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 55-58.

⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz. O que é isto: ‘decidir conforme a consciência’? Protogênese do protagonismo judicial. In: MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo (Coord.). *Constituição e processo*: entre o direito e a política. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 222.

⁵⁸ PICARDI, 2008, p. 97.

⁵⁹ ABREU, Pedro Manoel. *Processo e democracia*: o processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no Estado Democrático de Direito. São Paulo: Conceito Editorial, 2001. v. 3, p. 469.

O processo, em um Estado Democrático de Direito, deve ser gerido por todos os sujeitos processuais, sendo a decisão judicial o resultado da *participação isonômica, dialética e influente* das partes na construção do provimento. A direção do processo deve ser compartilhada igualmente entre as partes e o juiz, os quais cooperam com a gestão da atividade processual (*poli-centrismo processual*). Dentro de um enfoque de *cooperação processual* destinado “a transformar o processo em uma ‘comunidade de trabalho’”,⁶⁰ é necessário que o magistrado assuma a sua posição de interlocutor que dialoga com as partes.⁶¹

Destarte, o processo, em um Estado Democrático de Direito, possui caráter *comparticipativo*.⁶² A prolação da decisão judicial requer a observância da participação direta dos destinatários do ato final, mediante uma comunicação permanente entre o juiz e as partes.⁶³

Com isso, o modelo participativo de processo privilegia a democracia, pois requer que o magistrado envolva as partes “num diálogo humano construtivo, em que o julgador não se limite a ouvir e as partes não se limitem a falar sem saber se estão sendo ouvidas”.⁶⁴ A solução da causa é obtida conjuntamente pelo juiz e pelas partes, já que o contraditório visa a assegurar que todos os destinatários do provimento tenham a garantia de efetivamente contribuir para a sua formação (*fair hearing*).

Na medida em que a função jurisdicional é exercida por meio de um diálogo com as partes, o provimento deixa de retratar um ato solitário do juiz. A consagração da atividade participativa das partes possibilita “a realização de um provimento jurisdicional legitimamente democratizado”.⁶⁵

⁶⁰ NUNES, 2011, p. 212-215.

⁶¹ DIDIER JR., Fredie. O princípio da cooperação: uma apresentação. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 30, n. 127, p. 75-79, set. 2005.

⁶² TROCKER, Nicola. I limiti soggettivi del giudicato tra tecniche di tutela sostanziale e garanzie di difesa processuale. *Rivista di Diritto Processuale*, XLIII, p. 35-95, 74-85 apud THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo justo e contraditório dinâmico*. Disponível em: <<http://www.rechtd.unisinos.br/pdf/91.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2012.

⁶³ No ponto, cite-se que a *contratualização do processo* é instituto processual que ilustra o modelo participativo de processo, ao significar a permissão de celebração de ajustes, entre as partes e o juiz, a respeito da forma de condução do processo e do momento da prática de determinados atos processuais. Com isso, abandona-se um esquema vertical e impositivo no relacionamento entre partes e juiz e adota-se uma postura horizontal de caráter consensual e dialógico (ANDRADE, Érico. As novas perspectivas do gerenciamento e da ‘contratualização’ do processo. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (Coord.). *Processo civil – novas tendências: homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 158-162).

⁶⁴ GRECO, Leonardo. *Estudos de direito processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 544-546.

⁶⁵ FARIA, Gustavo de Castro. O contraditório e a fundamentação das decisões sob o enfoque de uma teorização processual democrática. In: CASTRO, João Antônio Lima; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona (Coord.). *Direito processual: reflexões jurídicas*. Belo Horizonte: Instituto de Educação Continuada, 2010. p. 177.

Nesse contexto, o magistrado não está sozinho na construção do provimento jurisdicional. A prolação da decisão judicial requer a observância da participação direta dos destinatários do ato final e a garantia de fiscalização da atividade jurisdicional por parte da sociedade aberta de intérpretes constitucionais. O diálogo do juiz com as partes, em contraditório dinâmico, atua como obstáculo ao arbítrio judicial:

(...) o juiz e as partes nunca estão sós no processo; o processo não é um monólogo: é um diálogo, uma conversação, uma troca de propostas, de respostas, de réplicas; um intercâmbio de ações e reações, de estímulos e impulsos contrários, de ataques e contra-ataques. Tudo isso implica, no essencial, a ideia de recíproco condicionamento e controle da atividade das partes e da atividade do órgão judicial, a apontar à dupla função assumida pelo contraditório: por um lado, garantir a igualdade entre as partes; por outro, satisfazer o interesse público na descoberta da verdade e realização da justiça. Assim concebido, não se pode deixar de reconhecer também no contraditório um poderoso fator de contenção do arbítrio do juiz.⁶⁶

Em suma, o modelo *comp participativo* de processo, baseado na *cooperação processual* e no *policentrismo processual*, é aquele que melhor possibilita uma gestão do processo democraticamente compartilhada entre as partes e o juiz. Ao privilegiar o contraditório, a *comp participação* retira a decisão judicial da esfera íntima do sentimento pessoal do julgador, para afirmar o caráter dialético do processo. O provimento é a consequência do diálogo construtivo e dinâmico entre as partes e o juiz, e não o resultado da convicção monológica do magistrado.

58

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A tutela e a concretização da garantia fundamental do *devido processo legal* são finalidades imperativas do Estado Democrático de Direito. Nesse viés, o contraditório e a motivação decisória consistem em garantias constitucionais que expressam a *democracia* no processo, pois permitem que os destinatários da prestação jurisdicional sejam também coautores do provimento, mediante a interferência direta nos resultados da jurisdição.

Mais do que isso, o contraditório impede que a função jurisdicional seja exercida de forma arbitrária e subjetivista, como se a decisão judicial fosse o produto da abstração íntima do juiz. O processo é diálogo, e não monólogo; a gestão processual é compartilhada, e não uma atividade solitária do Estado-juiz; a decisão judicial é o resultado da atividade dialética dos interessados, e não uma simples consequência da convicção particular daquele que julga.

⁶⁶ OLIVEIRA, 2003, p. 113-115.

Com isso, o modelo participativo do processo impede a difusão do que denominamos de *indevido processo sentimental*. A garantia da participação influente das partes e da sociedade na construção dos provimentos, bem como a necessidade de prolação de decisões judiciais com base em todas as alegações e provas deduzidas no processo, expressam o *devido processo legal*. O controle da jurisdição requer a compreensão do processo como o *locus* da democracia que equilibra uma relação de cooperação entre as partes, o juiz e a sociedade.

REFERÊNCIAS

ABREU, Pedro Manoel. *Processo e democracia: o processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Conceito Editorial, 2001. v. 3.

ANDRADE, Érico. As novas perspectivas do gerenciamento e da ‘contratualização’ do processo. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (Coord.). *Processo civil – novas tendências: homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BARROS, Flaviane de Magalhães. A fundamentação das decisões a partir do modelo constitucional de processo. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica: 20 anos de constitucionalismo democrático – e agora?* Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2008.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coord.). *Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas*. São Paulo: RT, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologias e sociedade*. Tradução de Hermes Zaneti Junior. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010. v. 2.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

COSTA, Fabrício Veiga. Modelo constitucional de processo coletivo: um estudo crítico a partir da teoria das ações coletivas como ações temáticas. *Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 17, 2011.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

DIDIER JR., Fredie. O princípio da cooperação: uma apresentação. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 30, n. 127, set. 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 2. ed. São Paulo: RT, 1987.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Novas linhas do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FARIA, Gustavo de Castro. O contraditório e a fundamentação das decisões sob o enfoque de uma teorização processual democrática. In: CASTRO, João Antônio Lima; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona (Coord.). *Direito processual: reflexões jurídicas*. Belo Horizonte: Instituto de Educação Continuada, 2010.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Tradução de Elaine Nassif. Bookseller: Campinas, 2006.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Mandado de injunção: do formalismo ao axiologismo? O que mudou? Uma análise crítica e reflexiva da jurisprudência do STF. In: MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo (Coord.). *Constituição e processo: entre o direito e a política*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. *O Poder Judiciário e(m) crise*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GRECO, Leonardo. *Estudos de direito processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005.

60 HÄBERLE, Peter. *A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

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

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

LEAL, Saul Tourinho. *Ativismo ou alívio? O outro lado do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

LLOBREGAT, José Garberí. *El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Barcelona: Bosch, 2008.

LLORENTE, Francisco Rubio. *Derechos fundamentales y principios constitucionales: doctrina jurisprudencial*. Barcelona: Ariel, 1995.

MACHADO, Felipe. *Principle versus Policy: uma crítica à relação entre política criminal e direitos fundamentais a partir de Ronald Dworkin*. In: MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo (Coord.). *Constituição e Processo: entre o Direito e a Política*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Questões do novo direito processual civil brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: Teoria geral do processo*. 5. ed. São Paulo: RT, 2011. v. 1.

- NALINI, José Renato. *A rebelião da toga*. Campinas: Millennium, 2006.
- NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2011.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Tradução de Maria Ermanita Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Organização e revisão técnica da tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto - decido conforme minha consciência?* 2.ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- STRECK, Lenio Luiz. O que é isto: 'decidir conforme a consciência'? Protogênese do protagonismo judicial. In: MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo (Coord.). *Constituição e processo: entre o direito e a política*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- STRECK, Lenio; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *(Mais) um passo atrás no direito brasileiro: quem vai cuidar do guarda da esquina?* Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7987/mais-um-passo-atras-no-direito-brasileiro>>. Acesso em: 27 nov. 2012.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo justo e contraditório dinâmico*. Disponível em: <<http://www.rechtd.unisinos.br/pdf/91.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2012.
- THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle. Princípio do contraditório no Direito brasileiro. In: THEODORO JUNIOR, Humberto; CALMON, Petrônio; NUNES, Dierle (Coord.). *Processo e Constituição: os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais*. Rio de Janeiro: GZ, 2012.
- TORNAGHI, Hélio. *A relação processual penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.
- TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- ZUFELATO, Camila. Fundamentação lógica das decisões judiciais: notas sobre a racionalização da função jurisdicional de decidir. In: THEODORO JUNIOR, Humberto; CALMON, Petrônio; NUNES, Dierle (Coord.). *Processo e Constituição: os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais*. Rio de Janeiro: GZ, 2012.

Data de recebimento: 20/3/2013

Data de aprovação: 11/10/2013

DIREITOS SOCIAIS A UMA PRESTAÇÃO: A EXIGIBILIDADE EM FUNÇÃO DA PROPORCIONALIDADE

THE SOCIAL RIGHTS TO A PROVISION: THE CHARGEABILITY CORRESPONDING TO PROPORTIONALITY

Davi Nogueira Lopes*

RESUMO

O Estado Social nasceu da constatação de que a simples garantia das liberdades formais não reduzia os problemas sociais cada vez mais gritantes. É fruto, pois, da superação ideológica do liberalismo *laissez-faire*. Entre os direitos sociais, há um feixe composto por aquelas condições materiais imprescindíveis a uma existência digna, assim chamado de mínimo existencial. Para alguns, o mínimo existencial pode ser exigido judicialmente do Estado, que tem o dever jurídico de fornecer a prestação que o garanta. Para outros, como os recursos são escassos, sua distribuição é decisão política. Fala-se em reserva do possível para dizer tanto que os recursos existentes são escassos quanto que o indivíduo só pode exigir do Estado aquilo que for razoável. Com a adoção da teoria dos princípios, o conteúdo do mínimo existencial, assim como daquilo que pode ser designado de reserva do possível, apenas é conhecido após um jogo de razões e contrarrazões controlado pela regra da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). Desse jogo resulta, ou não, um direito subjetivo à prestação estatal.

Palavras-chave: Direitos sociais; Mínimo existencial; Reserva do possível; Proporcionalidade; Exigibilidade.

ABSTRACT

The welfare state was born of the verification that simple assurance of formal freedoms did not reduce the social problems increasingly strident. It is the fruit of the ideological overcoming *laissez-faire* liberalism. Among the social rights, there is a bundle composed of those material essential

* Advogado em Mato Grosso do Sul. Especialista em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Especialista em Ciências Criminais pela Universidade da Amazônia – UNAMA. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas – FDSM. Endereço: Rua Evangelista Cândido de Oliveira, 22, Jardim Oliveira, Cassilândia, MS, CEP 79540-000. E-mail: davinogueiralopes@gmail.com.

conditions to a dignified existence, so-called existential minimum. For some, the existential minimum may be required in court the state, which has a legal duty to provide the service to guarantee. For others, as resources are scarce, their distribution is a political decision. They discuss the reserve of possible to say much that existing resources are scarce, as the individual may require the state just what is reasonable. With the adoption of the theory of principles, both the content of the existential minimum as that which can be designated as reserve of possible are known only after a set of reasons and counter-checked by the rule of proportionality (suitability, necessity and proportionality in the strict sense). Results of that game or not an individual right to state service.

Keywords: Social rights; Minimum existential; Reserve of possible; Proportionality; chargeability.

INTRODUÇÃO

Inicialmente, é preciso tomar de empréstimo a advertência trazida por Norberto Bobbio, que inaugura seu ensaio sobre direitos do homem e sociedade, na célebre obra “A era dos direitos”, dizendo que num discurso geral sobre os direitos do homem deve-se ter a preocupação inicial de manter a distinção entre teoria e prática, ou melhor, deve-se ter em mente, antes de mais nada, que teoria e prática percorrem duas estradas diversas e as velocidades são muito desiguais. Isso porque, prossegue o eminente professor, nos últimos anos, falou-se e continua a se falar de direitos do homem, entre eruditos, filósofos, juristas, sociólogos e políticos,

[...] muito mais do que se conseguiu fazer até agora para que eles sejam reconhecidos e protegidos efetivamente, ou seja, para transformar aspirações (nobres, mas vagas), exigências (justas, mas débeis), em direitos propriamente ditos (isto é, no sentido em que os juristas falam de “direito”)¹.

Bobbio está certo. Fala-se demais; realiza-se muito pouco. O Brasil é um bom exemplo disso. E a razão não está especificamente na falta de recursos financeiros. Por exemplo, conta Ana Paula de Barcellos que a inspiração de sua consagrada monografia intitulada *Eficácia jurídica dos princípios constitucionais*² veio com um dia de visitas pelo glamoroso bairro de Ipanema, que havia passado por reformas recentes de urbanização, e em seguida pela favela de Parada de Lucas, também na cidade do Rio de Janeiro, onde encontrou condições subumanas de existência para os moradores.

¹ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 5. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 82.

² BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 1-2.

O Brasil enfrenta, e não é de hoje, uma séria crise de efetividade das normas constitucionais instituidoras de direitos sociais, notadamente as que se ligam às prestações materiais, crise esta causada não apenas pela falta de recursos financeiros, mas, principalmente, pelo desvirtuamento da vontade política constitucional na alocação dos recursos existentes em prol da efetivação dos direitos sociais.

Mesmo dando razão a Bobbio, este artigo ingressa no embate dogmático entre mínimo existencial e reserva do possível para sustentar que ambos dialogam melhor se internalizados na aplicação da regra da proporcionalidade, a partir da adoção da teoria dos princípios. Desse diálogo pode resultar, ou não, um direito subjetivo à prestação estatal. O argumento é de Virgílio Afonso da Silva³, com base na obra de Robert Alexy⁴.

É preciso avisar que a abordagem tomada se concentrará no plano analítico da dogmática jurídica, tratando especificamente da dimensão positiva dos direitos sociais, a qual se encontra intimamente vinculada às tarefas exercidas pelo Estado Social e se traduz no fornecimento estatal de bens que são parte daquilo que alguns chamam de liberdade real, outros de liberdade igual, ou, ainda, de liberdade fática. Nesse sentido, o Estado é considerado como destinatário de uma pretensão de fornecimento⁵.

Na definição de Alexy, os direitos fundamentais a prestação são:

[...] os direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia obter de particulares⁶.

Assim, os direitos sociais a prestações correspondem às tarefas de melhoria, distribuição e redistribuição dos recursos existentes, bem como à criação de bens essenciais não disponíveis para todos os que deles necessitam⁷.

Relativamente a seu objeto, isto é, à pretensão de fornecimento, é importante distinguir entre direitos derivados e direitos originários a prestações. Os direitos derivados a prestações são entendidos como o direito do cidadão a uma igual participação nas prestações estatais já concretizadas por lei, segundo a medida das capacidades existentes. Dizem com o direito de igual acesso, obtenção e

³ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 202.

⁶ ALEXY, op. cit., p. 499.

⁷ SARLET, op. cit., p. 284.

utilização de todas as instituições públicas criadas pelos poderes públicos para assegurar as prestações existenciais dos cidadãos (p. ex.: instituições de ensino, serviços de saúde e transportes públicos), bem como o direito a igual quota-parte (participação) nas prestações fornecidas por essas instituições ou serviços à comunidade⁸. Com efeito, o particular excluído arbitrariamente da fruição de uma prestação fundamental social já existente tem o direito subjetivo de impedir o tratamento discriminatório, viabilizando-se a ele a prestação pretendida. Entra em pauta, nesse caso, o chamado *conteúdo social do princípio isonômico*, que objetiva uma restrição da margem de arbítrio numa exclusão de determinado benefício, para evitar cortes que podem vir a impedir o particular (ou um grupo) de exercer seu direito de acesso às prestações existentes⁹.

Já os direitos originários a prestações são fruto das denominadas dimensões objetiva e subjetiva dos direitos sociais: a partir de uma garantia constitucional se reconhece, simultaneamente: (1) o dever do Estado na criação dos pressupostos materiais indispensáveis ao efetivo exercício desses direitos¹⁰; e (2) a faculdade do indivíduo de exigir, de forma imediata, as prestações constitutivas desses direitos¹¹.

A distinção entre direitos originários e derivados é fundamentalmente relevante, porque a grande discussão que envolve os direitos a prestações é travada no terreno da inação ou da ação insuficiente do Estado. Assim, a principal questão sobre a eficácia dos direitos fundamentais sociais a uma prestação estatal material se encontra precisamente na seguinte pergunta: onde os direitos sociais a prestações não estão, pode o sujeito carente socorrer-se diretamente na Constituição?

⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed., 4. reimp. Coimbra: Edições Almedina, 2007. p. 479. Segundo o autor (loc. cit.), dessa concepção se extrai o princípio da vedação do retrocesso, ou cláusula de proibição de evolução reacionária, pois, como densificação dos direitos fundamentais, uma vez que consagradas legalmente as prestações sociais, o legislador não pode eliminá-las posteriormente sem alternativas ou compensações, “retornando sobre seus passos”.

⁹ SARLET, op. cit., p. 302. Cf. o autor (ibid., p. 303), há, também para os direitos derivados a prestações, a vertente dirigida ao Executivo, ao qual também são vedados tratamentos discriminatórios desproporcionais em sede das prestações disponibilizadas. Daí surgem direitos subjetivos a prestações materiais, embasados no princípio da igualdade, como os direitos de acesso a instituições públicas (escolas e universidades), direitos de utilização de bens e instituições públicas (teatros e ginásios poliesportivos), bem como a determinadas subvenções veiculadas a uma prática administrativa anterior (bolsa de estudos).

¹⁰ O direito fundamental social como dever estatal é fruto da denominada dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Conforme Sarlet (op. cit., p. 143-144), para além das garantias negativas dos interesses individuais, os direitos fundamentais passaram a se apresentar no âmbito da ordem constitucional como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos. Mesmo às normas de direitos fundamentais subjetivos é atribuída função autónoma e transcendental, representando nesse sentido uma espécie de mais-valia jurídica, nos aspectos que agregam às funções tradicionalmente reconhecidas a estes direitos fundamentais.

¹¹ CANOTILHO, op. cit., p. 477.

O propósito deste artigo é selecionar bons argumentos para convencer que a resposta a essa pergunta é afirmativa e, além disso, demonstrar qual o método apto a fundamentar uma tomada de posição.

DIREITOS SOCIAIS: FUNDAMENTAÇÃO, MÍNIMO EXISTENCIAL E RESERVA DO POSSÍVEL

A fundamentação dos direitos sociais a uma prestação como condição da liberdade fática

A constatação de que a clássica máxima de que *todos os homens são livres e iguais* é apenas formal retirou o manto de abstração que encobria as cartas constitucionais, defrontes, a partir de então, ao desafio de efetivamente melhorar uma realidade de poucas liberdades, porém repleta de desigualdades econômicas, sociais, políticas e pessoais¹². O Estado Social, de onde derivam os direitos fundamentais sociais, é, pois, fruto da superação ideológica do antigo liberalismo¹³, o qual, na estreiteza de sua formulação habitual, não pôde resolver o problema essencial de ordem econômica das vastas camadas proletárias da sociedade¹⁴. Dessa maneira, é a preocupação com a realização de uma igualdade material entre os cidadãos, dentro das respectivas realidades históricas, a característica que evidencia e distingue as Constituições Sociais das Liberais¹⁵; é o que eleva o Estado de Direito em Estado Social¹⁶ de Direito.

Com efeito, se antes o ideal de liberdade era a base de sustentação dos direitos fundamentais, a fase do constitucionalismo inaugurada pelas Constituições de 1917 no México e de 1919 na Alemanha consagra o ideal da igualdade como instrumento de garantia e efetivação da própria liberdade, partindo da premissa de que a liberdade do liberalismo seria possível se os homens fossem dotados de igual capacidade¹⁷.

Por isso, na lúcida lição de Bobbio, os direitos sociais, ao invés de contradizer os direitos de liberdade, na verdade são a eles complementares e integrativos, no sentido de que são a própria condição do seu exercício efetivo, de forma que

¹² BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 7. ed., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 61.

¹³ BARCELLOS, op. cit., p. 114.

¹⁴ BONAVIDES, op. cit., p. 187.

¹⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 518.

¹⁶ CANOTILHO, op. cit., p. 430. Conforme o autor (loc. cit.): “[...] o princípio da igualdade é não apenas um *princípio de Estado de direito* mas também um princípio de *Estado social*”.

¹⁷ BONAVIDES, 2004, p. 61. Para o autor (loc. cit.): “Mas o que importa na liberdade é o modo como utilizá-la, o que se há de fazer com ela, conforme diz Vierkandt. ‘Só tem valor a liberdade como condição prévia, como base de um procedimento ativo e criador, mediante o qual o Homem, sem o estorvo de qualquer pressão estranha, e sem o encadeamento de uma baixa paixão, siga as suas próprias aptidões [...]”.

os direitos de liberdade só podem ser assegurados garantindo-se a cada um o mínimo de bem-estar econômico que permite uma vida digna¹⁸.

Conforme Rawls, abaixo de determinado nível de bem-estar material e social, e de treinamento e educação, as pessoas simplesmente não podem participar da sociedade como cidadãos, e muito menos como cidadãos iguais¹⁹.

Interessa, então, uma liberdade qualificada, que Canotilho denomina *liberdade real* ou *liberdade igual* (*gleiche Freiheit*)²⁰; Bonavides, *liberdade social* ou *liberdade na coletividade*; e Alexy, *liberdade fática*. Ela é voltada, conforme as palavras de Bonavides,

[...] aos necessitados do quarto estado, componentes da grande maioria, à massa anônima dos que não possuem, dos que se voltam messianicamente para um milagre de melhoria social e sentem que liberdade se identifica também com emancipação econômica, ou, se não for esta de imediato possível, com um ideal ao menos aproximado de certeza, paz e igualdade relativa no nível geral das condições materiais de existência²¹.

Segundo a orientação de L. Raiser, citado por Habermas, os direitos fundamentais ligados às clássicas liberdades de ação têm que ser completados por meio de direitos sociais, de modo que propicie a introdução do indivíduo, também por meio do direito, nos contextos de ação regulados por estruturas de ordem, os quais o envolvem e o ligam com outros. “Isso equivale, pois, a formar e garantir os institutos do direito, nos quais o indivíduo assume uma posição de membro”²².

Robert Alexy aborda o conceito de liberdade partindo de sua base estrutural, constituída por uma relação entre um titular de uma liberdade (ou de uma não liberdade) *x*; um obstáculo à liberdade *y*; e um objeto da liberdade *z*. Com

¹⁸ BOBBIO, Norberto, op. cit., p. 226-227. Nesse sentido, conforme BARCELLOS (Ibid., p. 115): “A conclusão, portanto, é simples: esses três grupos de direitos não estão em oposição, antes se complementam, na medida em que os direitos sociais viabilizam o exercício real e consciente dos direitos individuais e políticos e que todos, conjuntamente, contribuem para a realização da dignidade humana”.

¹⁹ RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo; Revisão da tradução Álvaro de Vita. 2. ed., 2. impr. São Paulo: Ática, 2000. p. 213. Nesse sentido, BARCELLOS (loc. cit.): “[...] a democracia, sem que todos os participantes da deliberação tenham condições básicas de dignidade material, descreve apenas uma ficção”.

²⁰ CANOTILHO, op. cit., p. 430.

²¹ BONAVIDES, 2004, p. 188.

²² RAISER, L. “*Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im Deutschen Zivilrecht*” (1961), in: *id. Die Aufgabe des Privatrechts*. Frankfurt, a/M., 1977. 98ss; apud HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre factibilidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I, p. 120.

base nessa relação triádica, Alexy organiza os conceitos de liberdade em uma classificação abrangente, por meio de substituições diferenciadas para x , y ou z . Para o que aqui interessa, o autor chega ao conceito socioeconômico de liberdade utilizando-se de y como uma situação de escassez econômica; ao passo que chega ao conceito liberal-econômico de liberdade substituindo y por uma ação obstaculizadora de terceiros, sobretudo do Estado, e z por alternativas econômicas de ação. Nesse caso, existe uma não liberdade jurídica, enquanto no primeiro caso existe uma não liberdade econômica. Exemplifica com o caso do sujeito que pretende emigrar, para o qual o objeto da liberdade é a alternativa de emigrar ou não emigrar. A emigração dele pode ser juridicamente proibida, mas também pode ser que, mesmo permitida, ele não tenha dinheiro para o exercício dessa liberdade. No primeiro caso, existe uma não liberdade jurídica; no segundo, uma não liberdade econômica²³.

Segundo ressalta Alexy, usualmente somente a liberdade jurídica seria caracterizada como *liberdade negativa*, porque para sua garantia ou criação é necessária uma abstenção; a liberdade econômica seria caracterizada como *liberdade positiva*, porque o trânsito de uma situação de não liberdade econômica para uma situação de liberdade econômica depende de uma ação (aquisição de algo). Se esse trânsito tiver que ocorrer de uma forma juridicamente garantida pelo Estado, então ao sujeito pode ser concedido o direito a uma prestação em face do Estado, ou seja, o direito a uma ação estatal positiva²⁴. Da combinação entre uma liberdade e uma ação estatal positiva, surge o direito de proteção positiva da liberdade, que é, pois, a ligação entre uma liberdade e uma prestação em sentido estrito²⁵.

Assim, Alexy aponta como significativa a utilização pelo Tribunal Constitucional alemão de um direito de liberdade na fundamentação da primeira decisão sobre *numerus clausus*, porque essa utilização pressupõe que o direito de liberdade não tenha sido interpretado apenas como direito de defesa, mas sim se referindo aos *pressupostos necessários para a realização do direito de liberdade*, ou seja, quando interpretado como uma garantia de uma parte da liberdade fática²⁶, afirmando que “[...] o direito de liberdade não teria valor sem os pressupostos fáticos para o seu exercício”²⁷.

Não obstante, pode-se questionar se a liberdade garantida pelos direitos fundamentais inclui a liberdade fática. Para responder tal questão, Alexy vale-se de dois argumentos: a) a importância da liberdade fática para o indivíduo; b) a

²³ ALEXY, Robert, op. cit., p. 218-226.

²⁴ Ibid., loc. cit.

²⁵ Ibid., p. 234-235.

²⁶ Ibid., p. 438-439.

²⁷ BVerfGE 33, 303 (331), apud ALEXY, ibid., p. 439.

liberdade fática como pressuposto do desenvolvimento digno do indivíduo na comunidade social. O primeiro argumento é considerado sob a ótica do indivíduo que está carente de uma liberdade fática (p. ex.: falta-lhe o mínimo existencial, trabalho ou educação). Para ele, a satisfação dessa carência é mais importante que a garantia de uma liberdade jurídica (p. ex.: livre-exercício da profissão, liberdade de matrícula na instituição de ensino escolhida, liberdade de expressão do pensamento, como manifestação cultural). O segundo argumento – o da liberdade fática como pressuposto do desenvolvimento digno do indivíduo na comunidade social – é visto sob o ângulo do sistema de valores consagrados na Constituição alemã, “[...] em cujo centro se encontra o livre-desenvolvimento da personalidade humana e de sua dignidade no seio da comunidade social”. Conforme o autor, à luz da teoria dos princípios, isso deve ser interpretado no sentido de que o catálogo de direitos fundamentais expresse, dentre outros, princípios que exigem que o indivíduo possa se desenvolver livre e dignamente no seio da comunidade social, o que pressupõe uma certa medida de liberdade fática²⁸.

Com efeito, liberdade fática, na feliz colocação de Canotilho, significa,

[...] não apenas o direito a inviolabilidade de domicílio, mas o direito a ter casa; não apenas o direito à vida e integridade física, mas também o acesso a cuidados médicos; não apenas o direito de expressão, mas também a possibilidade de formar a própria opinião; não apenas direito ao trabalho e emprego livremente escolhido, mas também a efectiva posse de um posto de trabalho²⁹.

Portanto, os direitos fundamentais sociais, notadamente os de cunho prestacional, objetivam assegurar o exercício de uma liberdade e igualdade real e efetiva, que pressupõem um comportamento ativo do Estado³⁰. Na expressão de Canotilho, objetivam uma *liberdade igual*, que pressupõe a tendencial possibilidade de todos terem acesso aos bens econômicos, sociais e culturais³¹.

O mínimo existencial

Não há como falar em mínimo existencial sem antes ao menos tangenciar o princípio da dignidade da pessoa humana, considerado como pressuposto filosófico das sociedades democráticas em geral³².

²⁸ Ibid., p. 505-506.

²⁹ CANOTILHO, op. cit, p. 480.

³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 199.

³¹ CANOTILHO, op. cit., p. 480.

³² BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 203.

Segundo Hesse, referindo-se à dignidade da pessoa humana enunciada no art. 1º, 1, da Lei Fundamental alemã³³, para além de uma cláusula abstrata ou mera proclamação, cabe a esse princípio “[...] o peso completo de uma fundação normativa dessa coletividade histórico-concreta”. Sua legitimidade, “[...] após um período de inumanidade e sob o signo da ameaça atual latente à ‘dignidade do homem’, está no respeito e na proteção da humanidade”³⁴.

Com o mesmo peso ético, a dignidade da pessoa humana também aparece no primeiro artigo da Constituição de 1988 como princípio fundamental da República Federativa. Conforme Sarlet, o Constituinte de 1988, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário³⁵.

Estreitando a abordagem para os direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais, Sarlet afirma que constituem, seja na dimensão defensiva ou na prestacional, exigência e concretização da dignidade da pessoa humana. O autor enfatiza que, enquanto direitos a prestações, os direitos sociais estão a serviço da igualdade e da liberdade material, e objetivam, em última análise, a proteção da pessoa contra as necessidades materiais e a garantia de uma existência digna, no sentido de vida saudável, o que se convencionou chamar de *mínimo existencial*³⁶.

Na lição de Sarlet e Figueiredo, o primeiro jurista de renome a sustentar o mínimo existencial como direito subjetivo foi Otto Bachof, na Alemanha da década de 1950. Para Bachof, sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade da pessoa humana estaria sacrificada³⁷. Assim, o mínimo existencial é costumeiramente identificado tanto como o núcleo material

³³ “Art. 1º, (1) 1A dignidade humana é inviolável. 2 Respeitá-la e protegê-la é a obrigação de todos os Poderes Estatais”, tradução livre de: “(1) 1Die Würde des Menschen ist unantastbar. 2Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt”, disponível em: <<http://archiv.jura.uni-saarland.de/BIJUS/grundgesetz/>>. Acesso em: 14 jul. 2010.

³⁴ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. 20. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 110.

³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 7. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 73.

³⁶ SARLET, op. cit., p. 100-101; v. t. SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, I. W.; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 25. Vale observar que Ricardo Lobo Torres apenas considera como fundamentais os direitos sociais compreendidos no mínimo existencial. Essa esfera não se encontra sob a reserva do possível, “[...] pois sua fruição não depende do orçamento nem de políticas públicas, ao contrário do que acontece com os direitos sociais”. (TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária in SARLET; TIMM, op. cit., p. 80-81).

³⁷ SARLET; FIGUEIREDO, op. cit., p. 19.

da dignidade humana³⁸ quanto como o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, núcleo este blindado contra toda e qualquer intervenção por parte do Estado e da sociedade³⁹, correspondendo ao conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana digna, considerada essa existência sob os aspectos físico, espiritual e intelectual. Distingue-se, pois, o mínimo existencial de um mínimo de sobrevivência, ou mínimo vital.

Conforme também informam Sarlet e Figueiredo, na práxis constitucional alemã o conteúdo do mínimo existencial é ainda distinguido em mínimo fisiológico, correspondendo às condições materiais mínimas para uma vida digna, e mínimo existencial sociocultural, o qual objetiva assegurar um mínimo de inserção do indivíduo na vida social. O primeiro, identificado como o núcleo essencial do mínimo existencial, tem seu fundamento no direito à vida e na dignidade da pessoa humana; e o mínimo sociocultural liga-se ao princípio do Estado-social e à igualdade material. Embora os autores reconheçam que na Alemanha, e de resto, no direito constitucional comparado, notadamente na Europa, é o mínimo existencial fisiológico (condições materiais para uma vida digna) que vem prevalecendo na doutrina e na jurisprudência, acabam por criticar essa postura, pelo fato de que pode servir de pretexto para uma redução do mínimo existencial a um mínimo meramente vital, além do que a própria noção de dignidade da pessoa humana não se liga apenas às condições de uma sobrevivência digna, mas também abarca um conteúdo sociocultural (p. ex., o direito à educação fundamental), que não pode ser excluído do mínimo existencial⁴⁰.

72

Por fim, cumpre dizer que, embora a doutrina defenda a existência de um conjunto de condições materiais mínimas a uma vida digna, reconhece também que não se pode estabelecer de antemão um rol taxativo dos elementos que compõem essas condições, por serem cambiáveis conforme a conjuntura histórico-sociológica em que o indivíduo está inserido⁴¹.

³⁸ BARCELLOS, 2002, p. 118, 148 e 197-198. Embora tenha tratado apenas do aspecto material do conteúdo mínimo da dignidade, a autora registra que os direitos de liberdade (de expressão, religiosa, de locomoção, de propriedade, etc.) também fazem parte desse conteúdo (p. 256). Ao final, e tendo por base a CF/88, a autora concebe o mínimo existencial composto por quatro elementos, três materiais e o último instrumental: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à Justiça (p. 258).

³⁹ SARLET; FIGUEIREDO, op. cit., p. 25-26. Conforme os autores (loc. cit.), “[...] mesmo não tendo um conteúdo que possa ser diretamente reconduzido à dignidade da pessoa humana ou, de modo geral, a um mínimo existencial, os direitos fundamentais em geral e os direitos sociais em particular nem por isso deixam de ter um núcleo essencial. Que este núcleo essencial, em muitos casos, até pode ser identificado com o conteúdo em dignidade destes direitos e que, especialmente em se tratando de direitos sociais de cunho prestacional (positivo), este conteúdo essencial possa ser compreendido como constituindo justamente a garantia do mínimo existencial, resulta evidente”.

⁴⁰ SARLET; FIGUEIREDO, op. cit., p. 21-24.

⁴¹ *Ibid.*, p. 26.

A reserva do possível

Quando se fala em reserva do possível no Brasil, a primeira ideia que surge é a de escassez⁴². Uma vez que os recursos públicos são escassos, o atendimento das inúmeras e variadas demandas relativas aos direitos sociais estaria condicionado pela disponibilidade dos recursos financeiros existentes⁴³.

Entretanto, essa não foi exatamente a concepção veiculada na paradigmática decisão *numerus clausus* do Tribunal Constitucional alemão⁴⁴, a partir da qual a construção da reserva do possível ganhou impulso. No caso, o Tribunal analisou uma demanda judicial proposta por estudantes que não foram admitidos em escolas de Medicina de Hamburgo e Munique, em face da política de limitação do número de vagas em cursos superiores adotada pela Alemanha em 1960. Os estudantes valeram-se do art. 12 da Constituição alemã, segundo o qual “[...] todos os alemães têm direito a escolher livremente sua profissão, local de trabalho e seu centro de formação”. Ao decidir o pleito pelo aumento do número de vagas, o Tribunal entendeu que o direito à prestação positiva está sujeito à reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo pode esperar, de maneira racional, da sociedade⁴⁵. Conforme informa Olsen, o Tribunal constatou que o Estado já estava fazendo ou tinha feito tudo aquilo que poderia para tornar acessível o ensino superior, de maneira que não seria razoável exigir-se ainda mais, comprometendo outros programas sociais. Portanto, a questão central não

⁴² AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, I. W.; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 96-97. Segundo os autores (loc. cit.), “[...] a escassez pode ser, em maior ou menor grau, natural, quase natural, ou artificial. A escassez natural severa aparece quando não há nada que alguém possa fazer para aumentar a oferta. A escassez natural suave ocorre quando não há nada que se possa fazer para aumentar a oferta a ponto de atender a todos. As reservas de petróleo são um exemplo, a disponibilização de órgãos de cadáveres para transplante é outra. A escassez quase natural ocorre quando a oferta pode ser aumentada, talvez a ponto da satisfação, apenas por condutas não coativas dos cidadãos. A oferta de crianças para adoção e de esperma para inseminação artificial são exemplos. A escassez artificial surge nas hipóteses em que o governo pode, se assim decidir, tornar o bem acessível a todos, a ponto da satisfação. A dispensa do serviço militar e a oferta de vagas em jardim de infância são exemplos”.

⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, I. W.; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 29.

⁴⁴ BVerfGE 33, 303.

⁴⁵ MÂNICA, Fernando Borges. *Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do poder judiciário na implementação de políticas públicas*. Disponível em: <http://www.advcom.com.br/artigos/pdf/artigo_reserva_do_posivel_com_referencia_.pdf>. Acesso em: 4 ago. 2010, p. 13. Para uma leitura das principais considerações levadas a cabo pela Corte Constitucional alemã, v.t. OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 215-218.

foi a escassez de recursos financeiros, mas sim a razoabilidade com que a alocação desses recursos poderia ser demandada⁴⁶.

No Brasil, a doutrina da reserva do possível foi desenvolvida a partir da leitura que Canotilho⁴⁷ fez do direito alemão, e a preocupação com a razoabilidade cedeu lugar para a questão da escassez, equiparando-se a reserva do possível à reserva do financeiramente possível⁴⁸. No campo dos direitos sociais, o problema da escassez toma ainda maior relevo, porque, embora todos os direitos fundamentais exijam recursos financeiros para sua garantia e exequibilidade – inclusive os assim chamados direitos de defesa⁴⁹ –, “[...] a realização dos direitos sociais e econômicos custa *mais dinheiro*”⁵⁰. Isso porque, conforme a observação de Virgílio Afonso da Silva, o argumento relativo ao custo dos direitos de defesa é ligado aos gastos institucionais do Estado (p. ex.: tribunais, cartórios, polícia civil e militar, partidos políticos, etc.), gastos estes que, todavia, não são direcionados apenas aos direitos de defesa, mas sim diluídos na efetivação de *qualquer tipo de direito*⁵¹. Dessa forma, uma decisão judicial que vise garantir uma prestação de direito social gera um custo adicional em relação àqueles destinados a garantir *qualquer tipo de direito*⁵².

⁴⁶ OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 219.

⁴⁷ CANOTILHO, op. cit., p. 481. Conforme o autor (loc. cit.): “Os direitos sociais, pelo contrário, pressupõem grandes disponibilidades financeiras por parte do Estado. Por isso, rapidamente se aderiu à construção dogmática da *reserva do possível* (*Vorbehalt des Möglichen*) para traduzir a ideia de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos”.

⁴⁸ OLSEN, op. cit., p. 222-223. Cf. a autora (ibid., p. 243): “Verifica-se que na jurisprudência brasileira, a reserva do possível passou a significar a reserva do financeiramente possível, ou seja, a existência de valores disponíveis nos cofres públicos e com previsão orçamentária para serem gastos precisamente pelo fim determinado em juízo, ou seja, a realização do direito fundamental social”.

⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 286.

⁵⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 591.

⁵¹ Ibid., p. 593. Cf. SILVA (loc. cit.): “A manutenção de instituições políticas, por exemplo, não é um gasto a ser computado somente para a garantia de direitos políticos. Pensar de outra forma seria um equívoco, pois partiria do pressuposto de que as instituições e os direitos políticos são fins em si mesmos. Por isso, os gastos com a manutenção das instituições políticas são gastos que abrangem a realização tanto dos direitos políticos, quanto dos direitos civis, quanto dos direitos sociais e econômicos. O mesmo vale para os gastos com a manutenção de instituições judiciárias”.

⁵² Ibid., p. 593. Partindo dessa premissa, Silva (loc. cit.) afirma que, em termos de alocação de recursos, há sim uma diferença entre decisões judiciais que visem a garantir ou a realizar um direito civil ou político, de um lado, e decisões que visem a realizar ou a garantir um direito social ou econômico, de outro.

Nesta altura, é preciso trazer à consideração a crítica de José Reinaldo de Lima Lopes, para quem a existência ou inexistência de um saldo não é um dado puramente empírico, porque um crédito em conta não equivale a uma correspondência física. Em verdade, o saldo em conta é um dado institucional, cuja existência dependeu de certos fatores institucionais, dentre os quais a competência de determinadas autoridades para proceder à alocação do saldo. Assim, a existência de recursos públicos não deve ser vista de maneira geral, como se estivessem em um caixa único, mas sim de forma concreta, pois os recursos estão previstos não em geral no orçamento, mas alocados⁵³.

Ainda para o mesmo autor, a reserva do possível de caráter econômico não se confunde com a impossibilidade empírica somente, mas também com a impossibilidade técnica (p. ex.: quando se deseja a distribuição geral e gratuita de um remédio em fase experimental) ou com a escassez (p. ex.: quando o nível de produção industrial, embora existente, é insuficiente para atender a todos)⁵⁴.

Além do mais, na pertinente observação de Leandro Martins Zanitelli, é difícil imaginar uma demanda, mesmo de um grande grupo, que comprometa todo o orçamento. Seja na determinação de fornecimento de um medicamento ou de realização de uma cirurgia de alto custo, seja na determinação de construção de um hospital ou uma escola, o que se pede é em geral realizável, embora, em último grau, possa custar a paralisação de todos os demais serviços do Estado⁵⁵.

Com efeito, percebe-se que a realização dos direitos sociais – não só, mas principalmente destes – impõe a escolha, em paralelo, de quais direitos não serão realizados. Tais escolhas, que implicam renúncias, são chamadas de escolhas trágicas⁵⁶, ou, na linguagem econômica, de *trade-offs*⁵⁷.

⁵³ LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da “reserva do possível”. In: SARLET; TIMM, 2008, p. 180. Conforme OLSEN (op. cit., p. 244), “[...] chama a atenção a artificialidade desta escassez, na medida em que ela é, na maior parte dos casos, uma escassez decorrente da escolha feita pelos poderes públicos”.

⁵⁴ LOPES, *ibid.*, p. 181. Cf. a autora (loc. cit.): “Assim, há escassez quando se verifica que um determinado medicamento (ou tratamento) existe, mas seu custo é tal que sua provisão impedirá o fornecimento de outros medicamentos (ou tratamento) ou mesmo que exigirá o corte de outras despesas em outras áreas. Impossibilidade econômica, não técnica, existe quando se requer a distribuição de um medicamento já testado e comercializado cujo custo faz dele um remédio para poucos. Note-se que, em casos assim, está em jogo o caráter igualitário do acesso à saúde”.

⁵⁵ ZANITELLI, Leandro Martins. Custos ou competências? Uma ressalva à doutrina da reserva do possível. In: SARLET; TIMM, 2008. p. 213.

⁵⁶ MARCILIO, Carlos Flávio Venâncio. O custo dos direitos e a concretização dos direitos sociais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 17, n. 66, jan./mar. 2009, p. 164-165.

⁵⁷ CARVALHO, Cristiano. A análise econômica do direito tributário. In: SCHOEURI, Luis Eduardo (Coord.). *Direito tributário – homenagem a Paulo de Barros Carvalho*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 14. Segundo AMARAL; MELO (op. cit., p. 101), “[...] decidir atender dada pessoa com um órgão para transplante é também decidir não atender todos os demais que poderiam ser beneficiados com aquele órgão específico. Uma UTI neonatal consome recursos – dinheiro, espaço, pessoal – que não estarão disponíveis para atender as necessidades que não sejam de recém-nascidos. Não se trata de algo ‘mau’, mas sim de uma característica inexorável”.

Por isso mesmo, para Lopes, “[...] tais escolhas tem um caráter político, e não jurídico. São decisões de conveniência, não de princípio; são decisões de oportunidade”. O autor vale-se da doutrina norte-americana da *questão política* para dizer que “[...] há uma impossibilidade de decisão judicial, pois a matéria é, por definição, outorgada à decisão política, ou seja, à decisão de conveniência e de hierarquização de prioridade cujos critérios não são exclusivamente legal-normativos”⁵⁸.

Isso leva à consideração o elemento da reserva de competência, ou da reserva orçamentária. No entendimento de Lopes, o conteúdo da reserva do possível deve ser buscado na lei orçamentária. “A impossibilidade orçamentária, ou a impossibilidade jurídica, não existem como fatos da natureza. São fatos institucionais”.

Contudo, Lopes traz uma analogia com as cláusulas potestativas dos negócios jurídicos para admitir a possibilidade de discussão judicial dos direitos sociais, no sentido de que, se são direitos dos cidadãos, não podem ficar totalmente na dependência de uma das partes, isto é, do Estado. “Pela judicialização de uma questão como esta dos direitos sociais, traz-se o Estado a prestar explicações convincentes de suas escolhas e de suas prioridades”⁵⁹.

Para o autor, isso pode ser feito, atualmente, por meio das ações civis públicas e das ações de improbidade administrativa, embora já aponte duas dificuldades que elas devem enfrentar, a saber, a complexidade da questão relativamente à comprovação dos fatos e a espécie do pedido a ser feito.

76

A complexidade na comprovação dos fatos, ou seja, da existência de recursos financeiros, reside tanto na questão de que orçamentos são peças complexas, que exigem conhecimentos técnicos que não são do cotidiano dos juristas (embora devessem sê-lo, na advertência do autor), quanto no problema em se apontar uma alternativa de alocação de recursos que efetivamente gere os resultados pretendidos, ou seja, uma alternativa melhor do que aquela que foi tomada pela Administração e não surtiu os efeitos desejados. Segundo Lopes, está-se aí no campo das probabilidades, não das certezas.

A segunda dificuldade apontada tem a ver com o tipo do pedido a ser feito em sede de ação coletiva. Quando o que está em jogo são direitos sociais, principalmente os atinentes a classes inteiras de pessoas (p. ex.: atendimento público de saúde, que implica em construção de hospitais), aí também a análise da reserva do possível deve ser feita sob a ótica da real necessidade de uma nova política, lembrando que a implementação dos direitos sociais de caráter abrangente

⁵⁸ LOPES, op. cit., p. 182.

⁵⁹ Nesse sentido, AMARAL; MELO (op. cit., p. 107) afirmam que “[...] é preciso privilegiar o controle das escolhas públicas, controlar o procedimento e dar transparência não só quanto a quem se decidiu atender, mas também quanto a quem se decidiu não atender, verso e reverso da mesma moeda quando se trata de decisões alocativas. Para isso é preciso que o próprio Estado tenha um mínimo de organização para explicitar e justificar suas escolhas, levando-as ao Judiciário. É preciso demonstrar o uso de critérios razoáveis, mostrar porque tal ou qual terapia são ou não disponibilizadas, etc.”.

exige verdadeiros programas, de forma que a decisão judicial no modo *tudo ou nada* não oferece uma resposta adequada. Ao revés, é preciso uma *decisão progressiva*, a qual, à semelhança do que já se faz no processo de recuperação judicial de empresas e na ação de alimentos, “[...] permite às partes chegarem a um acordo em que aos poucos se ajusta a conduta do Estado ao pedido”⁶⁰. Nesse sentido, leciona o autor que,

[...] a impossibilidade econômica – isto é, a escassez – pode ser transitória ou temporária. Muitas vezes a impossibilidade econômica existe porque não houve previsão orçamentária no ano em curso, mas podem bem haver no ano seguinte. Neste caso é perfeitamente possível dizer que é impossível aqui e agora conceder certa pretensão, mas será perfeitamente possível concedê-la no futuro próximo e imediato. Para tais casos, seria aceitável que a decisão consistisse em exigir um novo programa, com prazos, investimentos e mudanças que se adéquem a política⁶¹.

Como se vê, Lopes aceita a judicialização dos direitos fundamentais sociais não para se extraírem prestações individuais, mas apenas para promover – pela via judicial – a superação da carência de meios para um debate mais aberto das escolhas orçamentárias⁶².

⁶⁰ LOPES, op. cit., p. 188-189. Segundo o autor (loc. cit.), “[...] isto não desmerece em nada a decisão: são frequentes as fórmulas de acordos em que há parcelamento de dívidas. Por que não incorporar essa mesma ideia aos casos de políticas sociais? Reconheça-se que são devidas, que a atual forma do orçamento ou do programa estatal não responde adequadamente aos direitos sociais envolvidos, mas se permite que o Estado se adéque durante algum tempo, fixando [n]a decisão os prazos e as metas a serem atingidas, sob as diversas penas da legislação. Tudo isto me parece perfeitamente factível e aceitável, e em parte já se faz nos acordos de ajustamento de conduta no âmbito de inquéritos civis”.

⁶¹ Ibid., p. 190. Conforme o autor (ibid., p. 191-192), “[...] quando se litiga levando em consideração o orçamento, parece que fica bastante mais claro o pedido e se facilita o provimento judicial. Na apelação cível 18223-5/7-00 do Tribunal de Justiça de São Paulo constatou-se que o município de Franca não cumpria adequadamente os repasses à área da saúde [...] e foi relativamente simples o tribunal decidir rejeitando qualquer defesa em termos de reserva do possível”. Para Lopes (loc. cit.), o debate na esfera do orçamento tem uma outra vantagem, que é a de respeitar o princípio da igualdade, no sentido de distribuição igualitária dos bens públicos: “[...] não se pode pedir e não se deve dar a uma pessoa em particular algo que se sabe de antemão que não pode ser dado a todos os que se encontram na mesma situação. Se for dado, trata-se de uma concessão segundo a caridade, não segundo a justiça, e nossos tribunais são tribunais de justiça e direito, não tribunais de caridade. [...] Se o Judiciário concedesse a um em particular, estaria certamente violando o direito de todos os outros pois atenderia com recursos públicos apenas os que conseguissem chegar a ele. Com o tempo transferir-se-ia para os tribunais a fila de atendimento. E ao fim do dia ele seria, da mesma forma que a Administração, obrigado a fechar as portas”.

⁶² Ibid., p. 190. Cf. LOPES (loc. cit.): “Naturalmente, alguns argumentariam que haveria interferência indevida de um poder sobre o outro. Reconheço o perigo, inclusive do ‘decisionismo’ e da ‘carnavalização’ [...], mas estamos em um ponto tal em que em determinados casos o que falta não é tanto a decisão mas a abertura do processo de discussão que os canais eleitorais nem sempre permitem. E o judiciário, com todos os defeitos que já apontei em outros momentos [...], oferece a facilidade do acesso”.

De fato, é justamente a escassez de recursos disponíveis para o atendimento das demandas em termos de políticas sociais que remete à necessidade de aprimoramento dos mecanismos de gestão democrática do orçamento público⁶³. Porém, como bem enfatiza Ana Paula de Barcellos, “[...] as escolhas em matéria de gastos públicos não constituem um tema integralmente reservado à deliberação política; ao contrário, o ponto recebe importante incidência de normas jurídicas de estatura constitucional”⁶⁴.

Se a Constituição contém *normas imperativas*, dotadas de *superioridade* hierárquica e *centralidade* no sistema, que estabelecem fins públicos prioritários, não há sentido em concluir que as atividades concretizadoras desses fins públicos constitucionais devam estar totalmente alheias ao controle jurídico. “Não se trata de absorção do político pelo jurídico, mas tão somente da limitação do primeiro pelo segundo”. Conforme Barcellos, “[...] a representação política não é absoluta, não se trata de um ‘cheque em branco’”; a vinculação específica aos fins prioritários contidos no texto constitucional, a definição das políticas públicas e, conseqüentemente, do destino a ser dado aos recursos públicos sofrem limitação jurídica genérica que decorre do próprio Estado republicano⁶⁵.

Em igual sentido, adverte Olsen que no caso brasileiro é a própria Constituição que impõe ao Estado a obrigação de destinar recursos necessários à satisfação dos direitos fundamentais sociais. Por isso, “a reserva do possível não pode ser utilizada como argumento para o descumprimento de obrigações constitucionalmente veiculadas”⁶⁶.

⁶³ SARLET, 2009a, p. 354.

⁶⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET; TIMM, 2008. p. 117. Eis o raciocínio sintetizado pela própria autora (loc. cit.): “(i) a Constituição estabelece como um de seus fins essenciais a garantia e a promoção dos direitos fundamentais; (ii) as políticas públicas constituem o meio pelo qual os fins constitucionais podem ser realizados de forma sistemática e abrangente; (iii) as políticas públicas envolvem gasto de dinheiro público; (iv) os recursos públicos são limitados e é preciso fazer escolhas; logo, em certa medida, (v) a Constituição vincula as escolhas em matéria de políticas públicas e o gasto dos recursos públicos”.

⁶⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. Neokonstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, n. 240, p. 83-103, 2005, p. 13. Cf. RISTER (2007, p. 446), a política pública se define “[...] como o processo de escolha dos meios para a realização dos objetivos do governo, com a participação dos agentes públicos e privados. Políticas públicas são os programas de ação do governo, para a realização de objetivos determinados, num espaço de tempo certo”. DWORKIN (2002, p. 36) denomina política como “[...] aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas”.

⁶⁶ OLSEN, ob. cit., p. 225-226 e 244.

Em conclusão, não pode ser a existência de recursos alocados um condicionante dos direitos fundamentais sociais; ao revés, são os direitos fundamentais sociais que devem condicionar a alocação dos recursos existentes.

A EXIGIBILIDADE JUDICIAL DOS DIREITOS SOCIAIS A UMA PRESTAÇÃO

Princípios e regras

Como será visto, as questões abordadas nos subtítulos subsequentes, notadamente no último, têm estreita relação com a distinção entre princípios e regras na formulação que lhe deu Alexy⁶⁷, razão pela qual se revela inescapável tecer ao menos uma breve referência sobre o tema, bem como oferecer uma noção de conceitos fundamentais, como sopesamento e proporcionalidade.

Segundo Alexy, o ponto decisivo da distinção entre princípios e regras está no fato de que estas são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas, enquanto os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes⁶⁸. É esse o sentido de princípios como *mandamentos de otimização*, “[...] caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”⁶⁹.

Se os princípios, como mandamentos de otimização, exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, eles não contêm um *mandamento definitivo*, mas apenas *prima facie*. Assim, princípios são razões que podem ser afastadas por outras razões colidentes em determinado caso, sem que, com isso, disponham da extensão de seu conteúdo. Isto é, em abstrato, continuam os princípios a reger as mesmas situações fáticas, mas, no caso concreto, eles podem ser mitigados por outros princípios com maior peso.

Com as regras, acontece algo diverso. Elas têm uma determinação da extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas, ou seja, elas regulam casos específicos, determinando seja realizado exatamente aquilo que elas ordenam. Essa determinação, segundo se verá, “[...] pode falhar diante de

⁶⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. Para um apanhado da teoria dos princípios de Alexy, v. AMORIM, Leticia Balsamão. A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy: esboço e críticas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 165, jan./mar. 2005. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/273/4/R165-11.pdf>>. Acesso em: 4 jul. 2010. Para uma crítica à teoria dos princípios de Alexy, ver ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7. ed., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 90.

⁶⁹ *Ibid.*, loc. cit.

impossibilidades jurídicas e fáticas; mas, se isso não ocorrer, então, vale definitivamente aquilo que a regra prescreve⁷⁰. Assim, enquanto as regras garantem direitos (ou impõem deveres) definitivos, os princípios garantem direitos (ou impõem deveres) apenas *prima facie*⁷¹.

Advirta-se, contudo, que isso não significa que apenas os princípios possuam um caráter *prima facie*. A depender da não vedação pelo ordenamento jurídico, as regras também podem tê-lo, permitindo-se, em determinadas condições, que sejam afastadas pela introdução do que Alexy denomina *cláusula de exceção*. Assim, para o autor, “[...] se não há uma proibição de introdução de cláusulas de exceção, então as regras “perdem seu caráter definitivo estrito” e adquirem, com isso, também um caráter *prima facie*⁷².

Tal caráter tem especial importância para a solução dos conflitos entre regras. Enquanto mandamentos definitivos, como dito, ou a regra vale e deve ser aplicada, ou não vale. Logo, o conflito entre regras é travado no plano da validade⁷³. Por isso se diz que quando uma regra entra em conflito com outra, uma delas deve ser declarada inválida⁷⁴. Todavia, considerando-se a existência de um caráter *prima facie*, pode ser que uma regra se configure somente uma cláusula de exceção de outra regra, de modo que, para certo caso concreto, a regra excepcionada é afastada, ou seja, não se aplica (não vale), mas para todos os outros sua validade permanece íntegra⁷⁵. Segundo Virgílio Afonso da Silva, tem-se aí um conflito parcial⁷⁶.

Pois bem, visto que uma regra pode ser afastada por uma outra regra que se configure uma cláusula de exceção, resta saber se uma regra pode ser afastada por um princípio. Segundo Alexy, a introdução de uma cláusula de exceção a uma regra pode ocorrer em virtude de um princípio, embora uma regra não seja superada pura e simplesmente por atribuição de maior peso a um princípio contrário ao princípio que a sustenta, porque é preciso que seja superado também o princípio formal que estabelece que as regras que foram criadas por autoridades

⁷⁰ ALEXY, op. cit., p. 103.

⁷¹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 44. V. t. ALEXY, op. cit., p. 103-104. V. t. SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, v. 1, p. 607-630, 2003.

⁷² ALEXY, op. cit., p. 105.

⁷³ *Ibid.*, p. 92.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 49.

⁷⁵ Por exemplo, a regra do art. 23 do Código Penal, segundo o qual “não há crime quando o agente pratica o fato: I – em estado de necessidade; II – em legítima defesa; III – em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito”, pode ser considerada uma cláusula de exceção às regras que tipificam crimes, afastando sua incidência no caso concreto, embora permaneçam válidas em abstrato.

⁷⁶ SILVA, op. cit., p. 48.

legitimadas para tanto devem ser seguidas⁷⁷. Assim, conforme o autor, um princípio P_1 pode introduzir uma cláusula de exceção a uma regra R , e o faz pelo sopesamento. Mas não apenas pelo estabelecimento de maior peso em relação ao princípio que sustenta a regra PR , mas também pelo estabelecimento de maior peso a um segundo princípio, que é o princípio de validade formal PV , que diz que a regra R deve ser seguida⁷⁸.

Já entre princípios, diz-se que não há conflitos, mas sim colisões. Essa distinção terminológica serve para demonstrar que, embora princípios sejam razões que podem ser afastadas por outras razões antagônicas, esse afastamento não se faz pela declaração de invalidade a um dos princípios, bem como não se introduz uma cláusula de exceção, como se dá no caso das regras, onde há conflitos. O que ocorre, na lição de Alexy, é o estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto⁷⁹. Nessa relação de precedência condicionada reside, justamente, a noção de sopesamento: sob determinadas condições C presentes em um caso concreto, “[...] o princípio P_1 tem um peso maior que o princípio colidente P_2 se houver razões suficientes para que P_1 prevaleça sobre P_2 sob as condições C ”⁸⁰.

Por fim, há regras que podem afastar princípios que garantem direitos fundamentais – e isso é o que em geral ocorre. Essas regras são o produto de um juízo de precedência realizado pelo legislador entre dois princípios que garantem direitos fundamentais. Por isso, a relação entre a regra e um princípio não é uma relação de colisão, mas uma relação de restrição⁸¹. E quando a restrição a um direito fundamental se dá por meio de uma medida veiculada por uma regra infraconstitucional, o controle dessa restrição é feito pela regra da proporciona-

⁷⁷ Ibid., loc. cit. Segundo ALEXY (loc. cit.), “[...] em um ordenamento jurídico, quanto mais peso se atribuir aos princípios formais, tanto mais forte será o caráter *prima facie* de suas regras. Somente quando se deixa de atribuir algum peso a esse tipo de princípios – o que teria como consequência o fim da validade das regras enquanto regras – é que regras e princípios passam a ter o mesmo caráter *prima facie*”.

⁷⁸ Ibid., loc. cit. Por exemplo, a regra de trânsito que estabelece a penalização do motorista que trafegar acima do limite de velocidade pode ser afastada se o motorista comprovar que conduzia um passageiro gravemente ferido ao hospital. Nesse caso, nas palavras de Humberto Ávila, “as outras razões, consideradas superiores à própria razão para cumprir a regra, constituem fundamento para seu não cumprimento” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7. ed., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 54). Cumpre advertir que, no citado livro, Humberto Ávila faz uma análise crítica e discordante da teoria de Alexy.

⁷⁹ ALEXY, op. cit., p. 96. Assim, se o Princípio P_1 tem Precedência P sobre o Princípio P_2 sob determinadas Condições C , então se pode dizer que $(P_1 P P_2)C$. (ALEXY, op. cit., p. 97; SILVA, op. cit., p. 50).

⁸⁰ Ibid., p. 97.

⁸¹ SILVA, op. cit., p. 52.

lidade, com suas três sub-regras: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito⁸².

Por isso, a estreiteza entre a teoria dos princípios e a regra proporcionalidade é tal que, segundo Alexy, “[...] a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela”⁸³. Para o autor, a proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas, enquanto a necessidade e a adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas⁸⁴.

Diz-se que uma medida é *adequada* quando capaz de fomentar a realização do objetivo perseguido⁸⁵. Já o exame da *necessidade* é um *teste comparativo*⁸⁶ entre duas medidas (M_1 e M_2), mas não do ponto de vista do princípio de direito fundamental que se pretende realizar ou fomentar (P_1), e sim do ponto de vista do princípio de direito fundamental colidente (P_2). Assim, se para P_1 ambas as medidas M_1 e M_2 são adequadas e eficientes, pode ser que para o princípio colidente P_2

⁸² Conforme SILVA (ibid, p. 168), a proporcionalidade, embora trate sobre a aplicação de outras regras, tem também estrutura de regra, tal qual, por exemplo, as regras que regulam antinomias (lei posterior derroga a anterior; lei especial derroga parcialmente a lei geral; lei superior derroga lei inferior). Isso porque a proporcionalidade “[...] impõe um dever definitivo: se for o caso de aplicá-la, essa aplicação não está sujeita a condicionantes fáticas e jurídicas do caso concreto. Sua aplicação é, portanto, feita no todo”. Ademais, é importante dizer que, conforme SILVA (2002, p. 31), a regra da proporcionalidade não tem a mesma origem que o chamado princípio da razoabilidade, como frequentemente se afirma, e dela se diferencia em sua estrutura e na forma de aplicação. Assim, segundo o autor (ibid., p. 30): “A regra da proporcionalidade no controle das leis restritivas de direitos fundamentais surgiu por desenvolvimento jurisprudencial do Tribunal Constitucional alemão e não é uma simples pauta que, vagamente, sugere que os atos estatais devem ser razoáveis, nem uma simples análise da relação meio-fim. Na forma desenvolvida pela jurisprudência constitucional alemã, tem ela uma *estrutura* racionalmente definida, com subelementos independentes – a análise da *adequação*, da *necessidade* e da *proporcionalidade em sentido estrito* –, que são aplicados em uma ordem predefinida, e que conferem à regra da proporcionalidade a individualidade que a diferencia, *claramente*, da mera exigência de razoabilidade”. Segundo BRAGA (2008, p. 171), a razoabilidade leva em conta as condições pessoais dos indivíduos nas soluções dos conflitos. “Através dela, *‘não se analisa a intensidade da medida para a realização de um fim, mas a intensidade da medida relativamente a um bem jurídico de determinada pessoa’*”. Ainda na lição da autora (loc. cit.), a proporcionalidade se trata de um critério objetivo de ponderação, enquanto a razoabilidade “[...] representa um padrão geral de julgamento, no qual **não** se pressupõe a correlação entre as variáveis de meios e fins. Nela, a avaliação é subjetiva e envolve as circunstâncias do caso, os motivos da medida” (destaque do original).

⁸³ Alexy, op. cit., p. 116. Cf. SILVA (op. cit., p. 168), a “máxima da proporcionalidade” é a denominação traduzida diretamente do termo alemão. “O problema dessa denominação reside no fato de que, na linguagem jurídica brasileira, ‘máxima’ não é um termo utilizado com frequência e, mais que isso, pode às vezes dar a impressão de se tratar não de um *dever*, como é o caso da aplicação da proporcionalidade, mas de uma mera *recomendação*”.

⁸⁴ Ibid., p. 118. Sobre o princípio da proporcionalidade, v. t. BONAVIDES, 2004, p. 392 e ss.

⁸⁵ SILVA, op. cit., p. 170.

⁸⁶ Ibid., p. 171.

a medida M_1 seja mais restritiva que M_2 , ou seja, do ponto de vista do direito fundamental colidente P_2 , M_2 é a medida que menos lhe restringe, ou, *a contrario sensu*, que mais lhe otimiza. Nessas condições, M_2 será permitida e M_1 será proibida⁸⁷.

Pois bem, avaliada a medida M_1 em face da medida M_2 , decidida que esta é a medida necessária, comparativamente àquela, porque afeta menos o princípio de direito fundamental colidente P_2 , isso ainda não significa que ela será escolhida. Segundo Alexy, a escolha entre uma das duas alternativas não é uma questão somente de possibilidades fáticas, isto é, não é uma questão para o exame da necessidade, mas ainda uma questão de possibilidades jurídicas, ou seja, uma questão de sopesamento entre P_1 e P_2 ⁸⁸. É aí que entra a *proporcionalidade em sentido estrito*. Visto que, no plano das possibilidades fáticas, ambas as medidas M_1 e M_2 são adequadas para realizar ou fomentar, com a mesma intensidade, o princípio P_1 , e visto ainda que M_2 afeta com menos intensidade o princípio colidente P_2 , é preciso saber se, no plano das possibilidades jurídicas, M_2 não custará *caro demais* ao princípio colidente P_2 , ou seja, se a importância de se satisfazer o princípio P_1 justifica o sacrifício ao princípio colidente P_2 .

Portanto, o exame da proporcionalidade em sentido estrito, que é um juízo de sopesamento, serve para “[...] evitar que medidas estatais, embora adequadas e necessárias, restrinjam direitos fundamentais além daquilo que a realização do objetivo perseguido seja capaz de justificar”⁸⁹.

Os direitos sociais como direitos subjetivos a prestações

O processo de constitucionalização dos direitos fundamentais colocou o indivíduo como centro da titularidade de direitos⁹⁰. Como direitos subjetivos, os direitos fundamentais são *direitos básicos jurídico-constitucionais* do particular, como homem e como cidadão⁹¹.

A concepção usual a direito subjetivo – de Kelsen – é aquela segundo a qual esse direito confere ao seu titular a possibilidade (*rectius* poder) de exigir judicialmente seus interesses juridicamente tutelados perante o destinatário⁹². Em contraposição a essa concepção, Robert Alexy sustenta uma teoria analítica

⁸⁷ ALEXY, op. cit., p. 119. O autor (loc. cit.) informa que para o Tribunal Constitucional Federal alemão a necessidade é a exigência de que “[...] ‘o objetivo não possa ser igualmente realizado por meio de outra medida, menos gravosa ao indivíduo’”.

⁸⁸ ALEXY, op. cit., p. 119.

⁸⁹ SILVA, op. cit., p. 175.

⁹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed., 4. reimp. Coimbra: Edições Almedina, 2007. p. 416.

⁹¹ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de HECK, Luís Afonso. 20. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 232.

⁹² KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 95.

dos direitos cuja base é uma tríplice divisão das posições que devem ser designadas como *direitos*, a saber: a) *direitos a algo*, que englobariam os direitos a ações negativas e positivas do Estado e/ou particulares, ou seja, os clássicos direitos de defesa e os direitos de prestação; b) *liberdades*, no sentido de negação de exigências e proibições; e, finalmente, c) *competências*, significando competências e autorizações⁹³.

Em que pese essa distinção – que aqui fica mais para registro –, nossa atenção será voltada para a justicialidade dos direitos fundamentais sociais a prestações estatais (compreendida nos *direitos a algo*), ou seja, para a possibilidade de seu titular exigí-los perante o Estado (destinatário) por intermédio do Poder Judiciário.

Começando pelos argumentos contrários ao reconhecimento dos direitos fundamentais sociais a prestações enquanto direitos exigíveis, o primeiro deles diz com a forma vaga e aberta de sua positivação, uma vez que a maioria dos direitos fundamentais sociais são extremamente indeterminados⁹⁴.

Todavia, essa característica não sustenta, por si só, uma falta de justicialidade dos direitos fundamentais sociais, porque a indeterminação semântica do conteúdo é um problema concernente a vários outros enunciados normativos, cuja concretização é tarefa comum tanto para a jurisprudência quanto para a Ciência do Direito. Por isso, ao lado da indeterminação semântica, agrega-se outro argumento contrário à justicialidade: é impossível se chegar, por instrumentos específicos do direito, a uma determinação exata do conteúdo e da estrutura dos direitos fundamentais sociais formulados abstratamente. Essa tarefa seria exclusivamente política, de modo que, no âmbito dos direitos fundamentais sociais, os tribunais só poderiam decidir após uma determinação feita pelo legislador⁹⁵.

Como aponta Alexy, esse argumento formal, baseado na competência, ainda ganha um peso especial em virtude dos efeitos financeiros dos direitos fundamentais sociais: por causa dos grandes custos financeiros associados a sua realização, a existência de direitos fundamentais sociais abrangentes e exigíveis judicialmente conduziria a uma determinação jurídico-constitucional de grande

⁹³ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 193 e ss.

⁹⁴ ALEXY, op. cit., p. 507.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 508. Ver também SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 293. RISTER (2007, p. 459) lembra que a Constituição de 1934 previa no seu art. 68 o seguinte: “É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas”. Tal restrição se repetiu nos textos subsequentes (art. 94 da CF/1937; art. 173 da CF/1967; e art. 181 da EC 1/1969).

parte da política orçamentária, a qual, por conseguinte, ficaria nas mãos do Tribunal Constitucional, o que seria incompatível com a Constituição alemã⁹⁶.

Ainda há, dentre os que sustentam a inexistência de direitos fundamentais sociais, um argumento substancial, consistente na alegação de que os direitos sociais são incompatíveis ou, ao menos, colidentes, com normas constitucionais materiais, sobretudo as que garantem direitos de liberdade. Por exemplo, levando em conta que os direitos sociais são mais custosos, para a sua realização o Estado pode apenas distribuir aquilo que recebe dos outros, como, por exemplo, na forma de tributos, fato este que implica na consideração de que o financiamento (realização) dos direitos sociais está diretamente vinculado àquilo que o Estado pode, legitimamente, tomar dos proprietários sem violar seu direito fundamental à propriedade⁹⁷.

Em razão de tudo isso, parte da doutrina defende que os direitos fundamentais sociais prestacionais dependem da conformação do legislador para ganhar uma concretização. Fala-se, então, em uma *dimensão programática* das normas de direitos sociais, visto que detém uma densidade normativa insuficiente para alcançar a plena eficácia, estabelecendo, tão somente, programas, finalidades e tarefas a serem implementadas pelo Estado, ou contendo certas imposições de maior ou menor concretude dirigidas ao legislador⁹⁸.

Por exemplo, para Konrad Hesse a Lei Fundamental alemã renuncia aos direitos fundamentais sociais justamente porque sua estrutura depende da interposição legislativa e também de uma atividade da administração para ganhar alguma concretude. Além disso, diversamente dos direitos fundamentais clássicos, o Estado não detém os pressupostos de cumprimento dos programas, e a realização dos direitos fundamentais sociais pode conduzir, muitas vezes, a um prejuízo dos direitos de liberdade de outros. Assim, conforme arremata o eminente constitucionalista germânico, é essencial para a concepção dos direitos fundamentais da Lei Fundamental alemã a compreensão de que os direitos sociais não podem fundamentar pretensões imediatas do cidadão (direitos originais), passíveis de serem perseguidas judicialmente⁹⁹, ou seja, a Lei Fundamental alemã não fundamenta direitos individuais à participação (direitos de ter parte) em prestações estatais *originais* (independentemente de sistemas de prestações disponíveis legalmente regulados)¹⁰⁰.

Por tais razões, Hesse conclui que, ao fim e ao cabo, os direitos fundamentais sociais mal se diferenciam de determinações de objetivos estatais, no sentido

⁹⁶ ALEXY, op. cit., p. 508. No Brasil, é defensor dessa concepção José Reinaldo de Lima Lopes (2008, p. 176-177).

⁹⁷ ALEXY, op. cit., p. 510.

⁹⁸ CANOTILHO, op. cit., p. 474.

⁹⁹ HESSE, op. cit., p. 170.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 237.

de normas constitucionais que obrigam a determinadas tarefas e direção da atuação estatal, presente e futura. Embora reconheça a primazia de tais normas sobre a liberdade política do legislador infraconstitucional, afirma que, “[...] por si sós, determinações de objetivos estatais não são capazes de produzir nada”, pois dependem do acolhimento pelo legislador e das condições de possibilidade fáticas do Estado. Se não for assim, o Estado acaba por prometer na Constituição algo que ele não pode cumprir e, dessa forma, podem esperanças, que se referem a determinações de objetivos estatais da Constituição, ser facilmente frustradas: “[...] o efeito integrador da Constituição pode transformar-se em seu contrário”¹⁰¹.

Como se vê, Hesse confere uma força normativa¹⁰² aos direitos fundamentais sociais na medida em que há uma obrigação positiva do Estado de “[...] fazer de tudo para realizar os direitos fundamentais, mesmo que não haja para tanto um direito subjetivo do cidadão”¹⁰³.

Em sentido diametralmente oposto, está Robert Alexy, para o qual a renúncia consciente do legislador constituinte alemão à formulação de normas garantidoras de direitos subjetivos a prestações não impede que se possa encontrar na Constituição uma série de pontos de apoio, formulados de forma objetiva, para uma interpretação orientada a direitos a prestações¹⁰⁴. Ademais, também o enunciado geral da igualdade, interpretado como um princípio de igualdade fática, pode, na concepção do autor, fundamentar direitos originários a prestações¹⁰⁵.

86

Por isso, conforme informa Alexy, foi na práxis do Tribunal Constitucional alemão que a questão dos direitos sociais a prestações recebeu suas principais contribuições.

Um dos exemplos trazidos por Alexy trata da segunda decisão sobre *numerus clausus*, de 1977, relativamente ao caso que discutia o direito à criação de novas vagas universitárias para o curso de Medicina¹⁰⁶. Naquela decisão, o tribunal alemão diferenciou mais nitidamente entre um direito abstrato, “[...] garantido constitucionalmente ao cidadão que preencha os pressupostos subjetivos de admissão [...], a ser admitido no curso universitário de sua escolha”, direito este sujeito “à reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da

¹⁰¹ Ibid., p. 171; SARLET (2009, p. 308) denomina esse fenômeno “efeito desintegratório” dos direitos sociais.

¹⁰² Sobre o tema, ver HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

¹⁰³ HESSE, Konrad. *Grundrecht: Bestand und Bedeutung*, apud ALEXY, op. cit., p. 517.

¹⁰⁴ ALEXY, op. cit., p. 435. Como exemplo, o autor (loc. cit.) menciona a norma que consagra a obrigação de todos os poderes estatais de “proteger” a dignidade humana (art. 1o, § 1o, 2, da Lei Fundamental); a cláusula do Estado Social (art. 20, § 1o, 2; art. 28, § 1o, 1); a garantia de proteção ao matrimônio e à família (art. 6o, § 1o) e o mandamento constitucional no sentido de equiparação de filhos ilegítimos (art. 6o, § 5o).

¹⁰⁵ ALEXY, op. cit., p. 435.

¹⁰⁶ BVerfGE 43, 291; pela primeira vez em BVerfGE 33, 303 (333), apud ALEXY, p. 439.

sociedade”¹⁰⁷, e uma “pretensão individual [*concreta*] e justiciável do cidadão a uma ampliação da capacidade das instituições universitárias”¹⁰⁸. Na análise de Alexy, essa decisão é paradigmática, porque o Tribunal reconheceu, quanto ao direito abstrato de ser admitido no curso universitário de sua escolha, um direito *prima facie*, o qual se torna definitivo somente se outras razões colidentes não exigirem o contrário. Na medida em que se afirmou um direito *prima facie* e que a possibilidade de um direito definitivo não é excluída, “[...] o tribunal, de forma exemplar, deixou a porta aberta para a atribuição de direitos a prestações”¹⁰⁹.

Demais disso, para Alexy, a discussão sobre a possibilidade de se atribuir aos direitos a prestações um *status* de direito fundamental deve ser analisada a partir do que chamou de ideia-guia – um conceito geral e formal de direitos fundamentais –, expressa da seguinte forma: “direitos fundamentais são posições que são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples”¹¹⁰.

No Brasil, adotando o mesmo posicionamento, Ana Paula de Barcellos defende que,

[...] nem a separação de poderes nem o princípio majoritário são absolutos em si mesmos, sendo possível excepcioná-los em determinadas hipóteses, especialmente quando se tratar da garantia dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana que eles, direta ou indiretamente, buscam também promover. Mais que isso, não haveria sentido algum em interpretar esses dois princípios contra seu próprio fim, mantendo, a pretexto de respeitá-los, situações de reconhecida e indisputada indignidade¹¹¹.

Uma tal concepção acaba por admitir que não há para o legislador uma ampla liberdade política de conformação das opções constitucionais. Ao revés, normas de direitos fundamentais vinculam o Legislativo e acabam por definir as fronteiras entre o que o legislador pode e o que não pode decidir, ou seja, que limitam sua competência¹¹².

Certamente é com base no mesmo entendimento que Fábio Konder Comparato afirma que a juridicidade das normas programáticas já não pode ser posta em dúvida nesta altura da evolução jurídica¹¹³.

¹⁰⁷ BVerfGE 43, 291, apud ALEXY, *ibid.*, loc. cit.

¹⁰⁸ BVerfGE 43, 291, apud ALEXY, *ibid.*, loc. cit.

¹⁰⁹ ALEXY, *ibid.*, p. 439.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 446.

¹¹¹ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 207.

¹¹² ALEXY, *op. cit.*, p. 447.

¹¹³ COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 35, n. 138, abr/jun. 1998, p. 45.

A questão, no entanto, é saber se e em que medida um direito é tão importante que a decisão sobre ele não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples. Retornando a Alexy, a resposta estaria justamente em uma concepção substancial dos direitos a prestações. “Na Constituição alemã, essa concepção substancial é determinada pelo conceito de dignidade humana”¹¹⁴.

De acordo com essa ideia-guia, “[...] a questão acerca de quais direitos fundamentais sociais o indivíduo definitivamente tem é uma questão de sopesamento entre princípios”. De um lado está, sobretudo, o princípio da liberdade fática e do outro, o princípio formal da competência decisória do legislador democraticamente legitimado (princípio democrático) e o princípio da separação de poderes, além de princípios materiais que se ligam, sobretudo, à liberdade jurídica de terceiros, e também a outros direitos fundamentais sociais e a interesses coletivos¹¹⁵.

Embora não se possam detalhar modelos específicos para cada direito fundamental social, tarefa esta da dogmática de cada um, Alexy oferece o seguinte modelo geral de sopesamento:

Uma posição no âmbito dos direitos a prestações tem que ser vista como definitivamente garantida se (1) o princípio da liberdade fática a exigir de forma premente e se (2) o princípio da separação de poderes e o princípio democrático (que inclui a competência orçamentária do parlamento) bem como (3) os princípios materiais colidentes (especialmente aqueles que dizem respeito à liberdade jurídica de outrem) forem afetados em uma medida relativamente pequena pela garantia constitucional da posição prestacional e pelas decisões do tribunal constitucional que a levarem em consideração¹¹⁶.

Com base nesse modelo geral de sopesamento, Alexy sustenta que:

Essas condições são necessariamente satisfeitas no caso dos direitos fundamentais sociais mínimos, ou seja, por exemplo, pelos direitos a um mínimo existencial, a uma moradia simples, à educação fundamental e média, à educação profissionalizante e a um patamar mínimo de assistência médica¹¹⁷.

Essa concepção tem a expressa intenção de vincular a competência orçamentária do legislador aos direitos fundamentais sociais mínimos. Segundo Alexy, mesmo considerando que tais direitos mínimos têm enormes efeitos financeiros, notadamente quando são muitos que deles necessitam, é certo que

¹¹⁴ ALEXY, op. cit., p. 448-449.

¹¹⁵ Ibid., p. 512.

¹¹⁶ Ibid., p. 512.

¹¹⁷ Ibid., p. 512.

“[...] a força do princípio da competência orçamentária do legislador não é ilimitada. Ele não é um princípio absoluto. Direitos individuais podem ter peso maior que razões político-financeiras”¹¹⁸.

Porém, uma das relevantes objeções levantadas sobre a concepção de Alexy – e que bem se amolda ao contexto brasileiro – é que em épocas de crises econômicas a extensão do exercício dos direitos fundamentais sociais aumenta, o que poderia transformar uma crise econômica em uma crise constitucional. A objeção é refutada pelo autor com as seguintes colocações:

Em primeiro lugar, nem tudo aquilo que em um determinado momento é considerado como direitos sociais é exigível pelos direitos fundamentais sociais mínimos; em segundo lugar, de acordo com o modelo proposto, os necessários sopesamentos podem conduzir, em circunstâncias distintas, a direitos definitivos distintos e; em terceiro lugar, é exatamente nos tempos de crise que a proteção constitucional, ainda que mínima, de posições sociais parece ser imprescindível¹¹⁹.

Com base nas considerações tecidas e tomando como referencial a decisão sobre *numerus clausus* do Tribunal Constitucional alemão, Alexy afirma o caráter vinculante dos direitos fundamentais sociais (que não são simples *enunciados programáticos*), embora sejam eles direitos *prima facie* (e, portanto, sopesáveis com princípios materiais e formais colidentes). Todavia, adverte:

Mas a natureza de direito *prima facie* vinculante implica que a cláusula de restrição desse direito – a ‘reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade’ – não pode levar a um esvaziamento do direito. Essa expressa simplesmente a necessidade de sopesamento desse direito¹²⁰.

Afirmando, pois, a justicialidade com base num modelo de sopesamento, Alexy sustenta que,

[...] o espectro de suas possibilidades processuais-constitucionais vai desde a simples constatação de uma inconstitucionalidade, passando pelo estabelecimento de um prazo dentro do qual deve ocorrer uma legislação compatível com a Constituição, até a determinação judicial direta daquilo que é obrigatório em virtude da Constituição¹²¹.

Na doutrina pátria, Ingo W. Sarlet posiciona-se no sentido de que o caráter programático das normas de direitos fundamentais sociais não impede que se

¹¹⁸ Ibid., pp. 512-513.

¹¹⁹ Ibid., p. 513.

¹²⁰ Ibid., p. 515.

¹²¹ Ibid., p. 514.

admita uma correspondente (e relativa) subjetivação, nem mesmo exclui a condição dos direitos fundamentais como direitos subjetivos¹²². Assim, esse autor reconhece a possibilidade de se extrair diretamente da Constituição direitos subjetivos a prestações, sobretudo porque vários deles são relevantes para a própria manutenção do direito à vida e da dignidade da pessoa humana (p. ex.: salário mínimo, saúde, assistência e previdência social), embora, adverte, tais direitos não esgotem as possibilidades do mínimo existencial¹²³.

Com isso, Sarlet sustenta que, ao menos na esfera das condições existenciais mínimas, encontramos um claro limite à liberdade de conformação do legislador¹²⁴. Entretanto, tais condições existenciais mínimas não se esgotam num mínimo vital; para além disso, com fundamento no princípio da dignidade humana, deve ser assegurado um *padrão mínimo na esfera dos direitos sociais*, referindo-se às condições socioculturais mínimas necessárias para a afirmação da autodeterminação do ser humano, nas quais se inclui, por exemplo, o direito à educação fundamental¹²⁵.

No entendimento de Ana Paula de Barcellos, as normas sobre a dignidade da pessoa humana possuem o que denomina *eficácia positiva* (ou *simétrica*), no sentido de que são capazes de gerar um direito subjetivo para aquele que seria beneficiado ou simplesmente atingido pela realização de seus efeitos, mas não o foi¹²⁶. Considerando, entretanto, que escapa à competência do Poder Judiciário a implementação de políticas públicas, Barcellos apresenta uma proposta de coexistência harmônica entre, de um lado, a eficácia positiva da dignidade da pessoa humana e, de outro, a separação de poderes e o princípio majoritário. Para ela, essa harmonia depende de se atribuir eficácia jurídica positiva apenas ao núcleo da dignidade, ou seja, ao mínimo existencial. Dentro desse limite, reconhece-se ao Poder Judiciário legitimidade para determinar as prestações necessárias à sua satisfação¹²⁷.

Dessa forma, para Barcellos, “[...] há um núcleo de condições materiais que compõe a noção de dignidade de maneira tão fundamental que sua existência impõe-se como uma regra, um comando biunívoco, e não como um princípio”. Para além desse núcleo, as normas de direito fundamental social mantêm a sua

¹²² SARLET (2009, p. 295) oferece elucidativo exemplo ao remeter o leitor ao art. 196 da CF, que enuncia: “[...] 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 [...]”. Como se percebe, existem duas dimensões normativas: uma dimensão subjetiva à saúde (“direito de todos”); e uma dimensão objetiva (“dever do Estado”), da qual se extrai a condição de norma de cunho programático (“garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos”).

¹²³ SARLET, op. cit., p. 348.

¹²⁴ Ibid., p. 348.

¹²⁵ Ibid., p. 349.

¹²⁶ BARCELLOS, op. cit., p. 62.

¹²⁷ Ibid., p. 234.

natureza de princípio, estabelecendo fins relativamente indeterminados, que podem ser atingidos por meios diversos, dependendo das opções constitucionalmente legítimas do Legislativo e do Executivo em cada momento histórico¹²⁸.

Finalmente, também Sarlet sustenta que na esfera da garantia do mínimo existencial deve-se reconhecer a exigibilidade, inclusive judicial, da prestação em face do Estado e, para além disso, haverá um necessário sopesamento. Todavia, mesmo na esfera desse mínimo, o autor afirma que há espaço para alguma ponderação (“[...] no sentido mais amplo da necessidade de opções hermenêuticas”), já que a própria definição do que venha a ser o mínimo existencial – “[...] fundada especialmente no princípio da proteção da vida e do [sic] princípio da dignidade da pessoa humana” – “[...] não pode ocorrer de forma insulada, apenas na esfera jurídica”, mas reclama [a definição do mínimo existencial] uma interpretação na qual se considere a realidade do mundo circundante (fatores climáticos, culturais, econômicos, etc.). No exemplo oferecido pelo autor, o direito à moradia, na perspectiva do mínimo existencial, não é o mesmo na Europa e no litoral de uma região tropical¹²⁹.

A exigibilidade em função da proporcionalidade

Quando se fala em *mínimo existencial* enquanto conteúdo essencial absoluto dos direitos fundamentais e, portanto, irrestringível por uma *reserva do possível*, cria-se no discurso o problema de se demonstrar precisamente a delimitação desse conteúdo essencial absoluto¹³⁰.

Não há, é preciso dizer, uma correspondência necessária entre conteúdo essencial absoluto e conteúdo essencial estático, imutável. Em verdade, a maioria dos defensores de um conteúdo essencial absoluto admite existir um caráter dinâmico, que pode ser modificado com a passagem do tempo. Assim, *absoluto*, nesse contexto, “[...] implica apenas que aquilo que é protegido pelo conteúdo essencial não sofre relativizações de acordo com urgências ou contingências”¹³¹.

De todo modo, a absolutização do conteúdo essencial é defendida como um limite para o sopesamento, no sentido de que, havendo uma colisão de direitos no caso concreto, é necessária a utilização do método da *ponderação de interesses*, desde que, no entanto, isso *não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais*¹³². O problema que surge é saber qual o método de

¹²⁸ Ibid., pp. 193 e 252.

¹²⁹ SARLET, op. cit., p. 350.

¹³⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 187.

¹³¹ Ibid., p. 188.

¹³² Citação extraída do voto do Min. Celso de Mello, no caso Ellwanger. *RTJ* 188, 858 (912) (sem destaques no original), apud SILVA, op. cit., p. 198-199.

controle desse esvaziamento do conteúdo essencial e, além disso, qual a solução para o caso em que ele se verifique. Assim, concluindo-se que a ponderação implica na violação do conteúdo essencial, o que fazer, então? Rejeitar a ponderação? Recorrer a outro método? Que método? Conforme leciona Virgílio Afonso da Silva, tais questões não respondidas tem uma fonte única, qual seja, a existência de uma dupla garantia: a proporcionalidade e o conteúdo essencial. “Embora essa dupla garantia aparente conferir maior proteção aos direitos fundamentais, é, na verdade, pelo menos a partir dos pressupostos das teorias relativas, uma redundância”¹³³.

Na formulação de Silva, a compatibilização entre *proporcionalidade* e *conteúdo essencial* é alcançada ao se adotar uma concepção abrangente, mas relativa, daquilo que é protegido pela norma de direito fundamental. Para tanto, dois pressupostos da teoria dos princípios são essenciais: a *teoria do suporte fático amplo* e a *teoria externa dos limites dos direitos fundamentais*.

O conceito de suporte fático corresponde às condições a serem preenchidas para que a consequência jurídica da norma seja produzida¹³⁴. No campo dos direitos fundamentais de defesa, para que tais condições sejam preenchidas não basta a enunciação daquilo que é protegido, parte que é chamada de *âmbito de proteção*. Isso porque a enunciação de um âmbito de proteção não tem, por si só, o condão de satisfazer a consequência para esse direito. Isso só ocorre quando, ao lado do âmbito de proteção, também preenchem o suporte fático as intervenções a esse âmbito de proteção. “Tanto aquilo que é protegido (*âmbito de proteção*) como aquilo contra o qual é protegido (*intervenção*, em geral estatal) fazem parte do suporte fático dos direitos fundamentais”¹³⁵.

Quando se adota um suporte fático amplo, pressupõem-se duas coisas: um âmbito de proteção amplo; e um conceito de intervenção também amplo¹³⁶. A adoção de um âmbito de proteção amplo (âmbito dos bens protegidos) dos direitos fundamentais implica em dizer que, em primeira linha (*prima facie*), toda ação, estado ou posição jurídica que tenha alguma característica que, isoladamente considerada, faça parte do “âmbito temático” de determinado direito fundamental deve ser considerada como abrangida por seu âmbito de proteção, *independentemente da consideração de outras variáveis*¹³⁷. Entretanto, quando se toma um conceito amplo de intervenção, ela passa a ser identificada como qualquer interferência que reduza o âmbito de proteção da norma de direito fundamental, no que se inclui não apenas uma restrição ao direito em si, mas também qualquer regulamentação de seu exercício (dia, horário, forma, etc.)¹³⁸.

¹³³ SILVA, op. cit., p. 200.

¹³⁴ ALEXY, op. cit., p. 307.

¹³⁵ SILVA, op. cit., p. 71.

¹³⁶ Ibid., p. 111.

¹³⁷ Ibid., p. 109.

¹³⁸ Ibid., passim.

Da adoção de um âmbito de proteção amplo e de um conceito de intervenção também amplo surge uma relação entre um dado positivo e um dado negativo. Essa relação dialética é controlada pela regra da proporcionalidade, de maneira que, *prima facie*, o direito fundamental tem um amplo espectro de bens protegidos, mas uma intervenção pode reduzir essa proteção se for respaldada por uma fundamentação constitucional, ou seja, se passar pelo teste da proporcionalidade. Nesse caso, estar-se-á diante de uma restrição. Porém, se não houver fundamentação constitucional, ou seja, se a intervenção não passar pelo teste da proporcionalidade, então ela é proibida, e estar-se-á de frente a uma violação¹³⁹. Note-se, nesse ponto, que Virgílio Afonso da Silva, diferentemente de Alexy, inclui no conceito de suporte fático o elemento *fundamentação constitucional*. Segundo aquele autor, se suporte fático são os elementos que, quando preenchidos, dão ensejo à realização do preceito da norma de direito fundamental, então não basta a verificação do âmbito de proteção e da intervenção para que a consequência jurídica da norma de direito fundamental seja acionada; “é ainda necessário que não haja fundamentação constitucional para a intervenção”¹⁴⁰.

A grande vantagem da adoção desses pressupostos, consoante Virgílio Afonso da Silva, é a de que, “[...] ao invés de um foco no momento da definição daquilo que é protegido e daquilo que caracteriza uma intervenção estatal, há uma concentração da argumentação no *momento da fundamentação da intervenção*”¹⁴¹.

No caso dos direitos sociais, o âmbito de proteção identifica-se com as *ações estatais que fomentem a realização desses direitos* e a intervenção corresponde a um *não agir* ou um *agir de forma insuficiente*. Assim, preencher o suporte fático no âmbito dos direitos sociais significa que há determinada ação, estado ou posição *x* que se encontra dentro do âmbito de proteção de um direito fundamental social (*AP*) e que não há fundamentação constitucional para um *não agir* ou um *agir insuficiente* (*não FC*). Mas o que acontece quando uma ação estatal que poderia fomentar a realização de um direito social não é realizada, ou o é de forma insuficiente e, para isso, não há fundamentação jurídico-constitucional? Consoante Silva, a resposta somente pode ser uma: *há um direito definitivo à realização dessa ação*¹⁴².

No que tange às teorias sobre os limites dos direitos fundamentais, Virgílio Afonso da Silva enfoca a impossibilidade de se harmonizar o processo de sopeamento com a teoria interna dos limites imanentes. Para essa teoria, não há que

¹³⁹ Ibid., p. 110.

¹⁴⁰ Ibid., p. 74.

¹⁴¹ Ibid., p. 94.

¹⁴² SILVA, op. cit., p. 65-78. Cf. o autor (loc. cit.): “Em resumo: se *x* é uma ação estatal que fomenta a realização de um direito social (*DSx*) e a inércia (ou insuficiência) estatal em relação a *x* (*IEx*) não é fundamentada constitucionalmente ($\neg FC$), então, a consequência jurídica deve ser o dever de realizar *x* (*Ox*)”.

se falar em restrições (que são externas) aos direitos fundamentais, já que a própria definição dos direitos fundamentais e de sua extensão (âmbito de proteção) é condicionada pelos limites, implícita ou explicitamente, encontrados na própria constituição¹⁴³. Logo, “[...] a fixação desses limites, por ser um processo interno, não é definida nem influenciada por aspectos externos, *sobretudo não por colisões com outros direitos*”. “Toda vez que alguém exercita algo garantido por um direito fundamental essa garantia tem que ser definitiva, e não apenas *prima facie*”, já que a teoria dos limites imanescentes pressupõe a unificação da determinação do direito e de seus limites¹⁴⁴.

Como se vê, a noção de mínimo existencial como conteúdo essencial irrestringível dos direitos fundamentais sociais está intimamente ligada à teoria dos limites imanescentes, porquanto, ao considerar um conteúdo irrestringível de um direito, ao menos na esfera desse conteúdo há uma negação do método do sopesamento. Como não há direitos absolutos, ao afirmar um conteúdo essencial irrestringível pressupõe-se que seus limites – no que se inclui a reserva do possível – já foram considerados internamente, de forma que o direito ao mínimo existencial exsurge com caráter de definitividade, ou seja, com estrutura de regra (*mandamento definitivo*), e não de princípio (*mandamento prima facie*)¹⁴⁵.

Já a teoria externa destaca do direito as suas restrições, as quais, como o nome sugere, ocorrem no âmbito exterior. Com base nela, adota-se um conceito

¹⁴³ Ana Carolina Lopes Olsen, embora se posicione pela teoria externa, acaba por utilizar-se do argumento dos “limites impostos pela própria Constituição”, o qual, na ótica de Virgílio Afonso da Silva, é ligado aos limites imanescentes. Vejam-se as palavras da autora (OLSEN, 2008, p. 126-127): “Os direitos fundamentais sociais correspondem a direitos fundamentais subjetivos *prima facie*. Neste sentido, seu conteúdo pode eventualmente chocar-se com outros direitos, ou bens jurídicos, de modo que em certos casos a intervenção dos poderes públicos mostra-se necessária a fim de reduzir o âmbito normativo do direito fundamental, adequando-o aos interesses externos em conflito. Esta intervenção, entretanto, pode mostrar-se severa, restringindo posições jurídicas dos seus titulares. Somente através da argumentação racional e da sujeição destas restrições aos limites impostos pela própria Constituição, do que resulta seu controle de constitucionalidade, pode-se evitar que abusos sejam cometidos na atividade restritiva, anulando por completo posições jurídicas protegidas constitucionalmente”.

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 128-133. A autora cita como exemplo de utilização da teoria dos limites imanescentes pelo STF o caso Ellwanger [RTJ 188, 858 (891)], no qual o Min. Maurício Corrêa recorre à seguinte ideia: “Como sabido, tais garantias, [*liberdade de expressão e pensamento*] como de resto as demais, não são incondicionais, razão pela qual devem ser exercidas de maneira harmônica, *observados os limites traçados pela própria Constituição Federal* (CF, art. 5o, § 2o, primeira parte)”.

¹⁴⁵ O mesmo raciocínio vale para a defesa de um conteúdo essencial da dignidade da pessoa humana, e a crítica vale, inclusive, para o próprio Alexy, conforme os dizeres de Virgílio Afonso da Silva (2010, p. 201): “Segundo ele [Alexy], a dignidade seria, ao mesmo tempo, uma regra e um princípio. Essa divisão corresponde, de forma quase total, à aceitação, *para o caso da dignidade humana*, da existência de um conteúdo essencial absoluto, que seria caracterizado pela ‘parte regra’ da norma que garante esse direito. A ‘parte princípio’ da norma que garante a dignidade, por sua vez, teria a mesma estrutura de todo e qualquer princípio, e seria, portanto, relativizável quando houvesse fundamentos suficientes para tanto”.

de conteúdo essencial relativo: “a definição do que é essencial – e, portanto, a ser protegido – depende das condições fáticas e das colisões entre diversos direitos e interesses no caso concreto”¹⁴⁶. A vantagem da adoção da teoria externa é a mesma da adoção do suporte fático amplo: qualquer relativização deve ser controlada por uma fundamentação constitucional consistente.

Isso significa que entre conteúdo essencial e proporcionalidade existe a seguinte relação: “restrições a direitos fundamentais que passam no teste da proporcionalidade não afetam o conteúdo essencial dos direitos restringidos”¹⁴⁷.

Sendo assim, a reserva do possível passa a identificar-se com a fundamentação constitucional consistente, conceituada como aquela que tenha passado pelo teste da proporcionalidade e que, por este motivo, seja capaz de justificar a inércia, ou a ação insuficiente, que reduz o âmbito de proteção de uma norma de direito fundamental social. Na vertente que lhe deu a doutrina pátria, a reserva do possível não se traduz simplesmente no argumento da escassez de recursos financeiros, mas sim na fundamentação constitucional dessa própria escassez.

Finalmente, a prestação que se pode exigir do Estado para satisfação de um direito fundamental social deixa de ter vinculação com o mínimo existencial, enquanto núcleo inexpugnável de direitos mínimos, e passa a relacionar-se com a ausência de fundamentação constitucional consistente, erigida sobre regra da proporcionalidade, de uma omissão estatal ou ação insuficiente, que reduz o âmbito de proteção da norma. A exigibilidade está, portanto, em função da proporcionalidade¹⁴⁸.

CONCLUSÕES

Ter garantida a liberdade não significa fazer gozo dela. No feliz exemplo de Canotilho¹⁴⁹, não tem valia a inviolabilidade do domicílio para quem não tem casa.

Fala-se em um mínimo existencial como conjunto de condições materiais mínimas para uma vida digna. Parece intuitivo que isso existe, embora seja cambiável segundo as condições histórico-sociais, culturais, econômicas e até

¹⁴⁶ SILVA, op. cit., p. 196.

¹⁴⁷ Ibid., p. 197. Contudo, é preciso dizer nos casos em que a própria Constituição estabelece, em normas com estrutura de regra, condutas absolutamente vedadas no âmbito de algum direito fundamental, aí sim se verifica uma restrição externa de caráter absoluto. Para Silva (2010, pp. 201-202), a principal delas seria a vedação de tortura e tratamento degradante (art. 5o, III), “[...] que impõe uma barreira intransponível – ou seja, imune a relativizações a partir de sopesamentos – no conteúdo essencial da dignidade da pessoa humana”.

¹⁴⁸ SILVA, op. cit., p. 205. Conforme Silva (ibid., loc. cit.), “[...] tanto quanto qualquer outro direito [fundamental], um direito social também deve ser realizado na maior medida possível, diante das condições fáticas e jurídicas preexistentes. O conteúdo essencial, portanto, é aquilo realizável nessas condições. Recursos a conceitos como o ‘mínimo existencial’ ou a ‘reserva do possível’ só fazem sentido diante desse arcabouço teórico”.

¹⁴⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed., 4. reimp. Coimbra: Edições Almedina, 2007. p. 480.

geográficas de cada país e, dentro dele, de cada região, ou mesmo cidade e bairro. Não há como estabelecer um rol que preencha tal conjunto de maneira uniforme. É relativo.

Naturalmente, há um limite para o Estado arcar com todos os direitos sociais. Por evidente, na Alemanha esse limite é bem diferente que no Brasil, não só porque lá o Estado tem mais dinheiro, mas também porque os indivíduos precisam menos do dinheiro do Estado. Bem se vê que a expressão *reserva do possível* foi cunhada na Alemanha num caso em que estudantes exigiam, com base na Constituição, a abertura de vagas para o curso de Medicina em instituições públicas. Certamente, não é nesse contexto que a *reserva do possível* é utilizada no Brasil.

Uma discussão democrática sobre os problemas sociais, notadamente sobre a falta de efetividade dos direitos fundamentais sociais, dentro da linguagem do Direito Constitucional, torna-se mais proveitosa se de um lado estiverem esses direitos, não como núcleos intangíveis, mas como verdadeiros mandamentos de otimização, a serem realizados na maior medida possível. Escassez, todos sabem o que é, e que existe. Há para o Estado, no entanto, o dever de fundamentar não a falta de recursos, mas por que os recursos existentes, ainda que parcos, foram alocados em outras instâncias. Se o Estado não conseguir demonstrar a proporcionalidade de sua escolha, então poderá – e deverá – o Poder Judiciário garantir a eficácia da Constituição e exigir, no caso concreto, a prestação veiculada pelo direito fundamental social.

Embora possa parecer o contrário, a adoção da teoria do suporte fático amplo e da teoria externa dos limites dos direitos fundamentais não torna a discussão entre mínimo existencial e reserva do possível ainda mais tormentosa. Em verdade, ela apenas descortina a real complexidade que os correlaciona.

Logicamente, num “cabo de guerra”, ficar numa ou noutra ponta é sempre melhor que estar no lugar da corda. Uma vez entregue a disputa ao Poder Judiciário, poderia o magistrado firmar posição no sentido de proteger o núcleo material absoluto da dignidade humana, que não pode ser abalado por meras questões financeiras¹⁵⁰, ou, então, situar-se dentre aqueles que entendem que as decisões sobre alocação dos recursos públicos são de exclusiva competência do legislador, sujeitando-se, por isso mesmo, à reserva do possível. Sem dúvida

¹⁵⁰ Conforme AMARAL e MELO (op. cit., p. 108) “[...] há um longo caminho a percorrer. Ele depende, contudo, que não se tenha como ‘direito fundamental incontestável com questões’ menores como as finanças públicas o fornecimento de todo e qualquer medicamento, inclusive algum que custe 17 mil dólares por mês. Não se quer dizer que a partir de um patamar monetário o direito mude, mas que necessidades e possibilidades devem ser ponderadas e que essa ponderação deve ocorrer preferencialmente no campo do controle das escolhas públicas, na atividade orçamentária”.

alguma, os defensores de ambas as posições oferecem bons argumentos de decisão, com a vantagem de simplificá-la. Todavia, na célebre frase do jornalista e crítico-social americano Lewis Henry Mencken, *para todo problema complexo existe uma solução simples, elegante e errada*¹⁵¹.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, I. W.; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

AMORIM, Leticia Balsamão. A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy: esboço e críticas, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 165, jan./mar. 2005. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/273/4/R165-11.pdf>>. Acesso em: 4 jul. 2010.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7. ed., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, n. 240, p. 83-103, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, I. W. e TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 5. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 7. ed., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRAGA, Valeschka e Silva. *Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade*. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed., 4. reimp. Coimbra: Edições Almedina, 2007.

CARVALHO, Cristiano. A análise econômica do direito tributário; In: SCHOEURI, Luis Eduardo (Coord.). *Direito tributário – homenagem a Paulo de Barros Carvalho*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

¹⁵¹ MENCKEN, Lewis Henry. *The divine afflatus*. *New York Evening Mail*, 16 de novembro de 1917, tradução livre de: *For every complex problem, there is a solution that is simple, neat, and wrong*.

COMPARATO, Fabio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 35, n. 138, p. 39-48, abr./jun. 1998.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

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

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. 20. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

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

LEAL, Rogério Gesta. *Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais: os desafios do poder judiciário no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da “reserva do possível”. In: SARLET, I. W.; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MÂNICA, Fernando Borges. *Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do poder judiciário na implementação de políticas públicas*. Disponível em: <http://www.advcom.com.br/artigos/pdf/artigo_reserva_do_possivel_com_referencia_.pdf>. Acesso em: 4 ago. 2010.

MARCILIO, Carlos Flávio Venâncio. O custo dos direitos e a concretização dos direitos sociais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 17, n. 66, jan./mar. 2009.

MENCKEN, Lewis Henry. The divine afflatus. *New York Evening Mail*, 16 de novembro de 1917.

NUNES, Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008.

RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. Revisão de tradução de Álvaro de Vita. 2. ed., 2. impr. São Paulo: Ática, 2000.

RISTER, Carla Abrantkoski. *Direito ao desenvolvimento: antecedentes, significados e consequências*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 7. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, I. W. e TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. I: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 587-599.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, v. 1, p. 607-630, 2003.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, Fasc. Civil, São Paulo, ano 91, v. 798, p. 23-50, abr. 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, I. W. e TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ZANITELLI, Leandro Martins. Custos ou competências? Uma ressalva à doutrina da reserva do possível. In: SARLET, I. W. e TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

Data de recebimento: 16/4/2013

Data de aprovação: 2/10/2013

GLOBALIZAÇÃO, TRANSNACIONALIDADE E UM NOVO MARCO CONCEITUAL DE SOBERANIA POLÍTICA E A NECESSIDADE DE ADEQUAÇÕES JURÍDICO-POLÍTICAS PELA UNIÃO DE NAÇÕES SUL-AMERICANAS – UNASUL

GLOBALIZATION, TRANSNATIONALITY AND A NEW CONCEPTUAL FRAMEWORK OF POLITICAL SOVEREIGNTY AND THE NEED FOR JURIDICAL ADJUSTMENTS BY THE UNION OF SOUTH AMERICAN NATIONS – UNASUL

*Isaac Sabbá Guimarães**

RESUMO

O presente artigo tem como preocupação central a contextualização da tensão conceitual – e prática – normalmente verificável nas relações entre os entes políticos na esfera do Direito Internacional Público, especialmente em face dos comandos político-jurídicos das organizações internacionais, constatando-se, no entanto, um seu abrandamento devido a emergência de fenômenos como a Globalização e a Transnacionalização, que impõem reorganização das relações internacionais, favorecendo, por exemplo, o aparecimento de associações de Estados. É com base nessa *circum-stantia* que se passa a questionar o procedimento de relações instaurado com a UNASUL.

Palavras-Chave: Direito internacional público; Globalização; Transnacionalidade; Soberania; UNASUL.

ABSTRACT

This text has as central problem the context of conceptual tension – and practice – usually verifiable relations between political entities in the sphere of public international law, especially in the face of political and

* Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Doutor em Direito pela Università Degli Studi di Perugia. Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra. Rua 2950, n. 300, Ed. Chandon, apto. 301, Centro, Balneário Camboriú, SC. CEP 88330-345. E-mail: iguimaraes@mp.sc.gov.br.

legal commands of international organizations, though there is, however, one of its slowdown due to the emergence of phenomena such as globalization and Transnationalization, which require reorganization of international relations, favoring, for example, the emergence of associations of States. It is based on this circumstance going to question the procedure established relationships with UNASUL

Keywords: International law; Globalization; Transnationality; Sovereignty; UNASUL

INTRODUÇÃO

O Estado, visto como fenômeno social complexo – se observado a partir de uma vertente culturalista –, tem sido objeto da curiosidade de estudiosos das mais variadas áreas. Filósofos da política e do direito, politólogos, cientistas políticos, além de sociólogos, constroem uma conceitologia própria, que, antes de ser harmoniosa, é multifacetada, conduzindo a novos questionamentos e posições reflexivas. O problema da Soberania, a respeito do qual se vem estudando desde as primeiras luzes sobre ele lançadas por Bodin em 1576, nos seus *Les six livres de la République*, demonstra-o bem e acaba por assumir uma posição de destaque nas teorias do Estado.

102

Tendo sido incluída na metódica normativista de Kelsen e, em outro extremo, conformando-se às categorias da teoria da tridimensionalidade de Reale, bem como nos fundamentos da tese monista de surgimento do Estado de Heller, o objeto dessa matéria suscita divergências não apenas sobre a identificação de seu momento genésico, mas de sua extensão no âmbito da práxis político-jurídica. Se por longo período a Soberania foi considerada *summa potestas* encarnada pelo Príncipe, o qual, em suas relações de vizinhança, admitia apenas as concessões que coubessem em um rigoroso esquema regido pelo princípio da reciprocidade, sua definição sofre radical alteração após a Segunda Guerra Mundial, quando novos paradigmas de inter-relações são criados com o fito de evitarem-se catástrofes humanas e de elevar a consideração pelos Direitos Humanos. Surge, nessa etapa histórica, uma Comunidade Internacional, que paulatinamente incrementa as relações entre Estados e, conseqüentemente, há ocasião para se readequar a ideia de Soberania. Contudo, nenhum fenômeno foi tão decisivo para o retorno à conceitologia desse elemento intrínseco ao Estado do que a Globalização e as forças de Transnacionalização (da economia, do direito, da política).

A presente investigação tentará evidenciar isso. Primeiro, traçando as linhas gerais do conceito de Soberania pelo viés do Direito Internacional. Depois, confrontando-o com a onda com força modificadora representada pela Globalização e pela Transnacionalização, que nos leva a um novo estágio da Modernidade. Por fim, após analisadas algumas construções político-jurídicas típicas da

Transnacionalização, escrutinando a circunstância da UNASUL e aquilo que entendemos como impasse dessa organização quanto à real dimensão que pretende dar à Soberania.

A investigação, o tratamento dos dados e a elaboração do relato sob a forma de artigo são realizados com base no método indutivo, e as técnicas utilizadas são a do referente, a de categorias e de conceitos operacionais. As categorias utilizadas terão seus conceitos operacionais descritos ao longo do trabalho.

DA FORMAÇÃO DA COMUNIDADE INTERNACIONAL E O PROBLEMA DA SOBERANIA

Fala-se, com alguma frequência, da Paz de Vestefália, celebrada nos Tratados de Münster e Osnabrück, em 1648, entre Suécia e os Principados e Estados do Império, estendendo-se, posteriormente, a França, Espanha, Grã-Bretanha, Polônia, Rússia, Suíça, Dinamarca, Noruega e Países Baixos, como o momento político-jurídico de formação do sistema de Estados europeus¹, bem como de inter-relações visando, fundamentalmente, o estabelecimento da paz e da segurança duradouras. Os jogos políticos já eram guiados por uma *ratio* pragmática que, ao menos no plano formal, fundava-se na igualdade entre os Estados, de modo que as situações de risco causadas por qualquer dos pactuantes permitiria, em caso de não solução pacífica, a intervenção militar coletiva². Por outras palavras, podia ver-se nessa pequena sociedade de Estados um início de comunidade internacional, organizada em virtude de objetivos comuns, que facultavam maior diálogo entre seus integrantes. Essa matriz de Direito Internacional, que perpassa a Santa Aliança e o Concerto Europeu, modelos de organizações internacionais estruturadas pelos vencedores de conflitos armados, culmina na Sociedade das Nações³ e esgota-se na Segunda Guerra Mundial, quando outra ordem de fatores determinará novo arranjo para as relações internacionais, criando-se um aparatoso sistema de entidades na qual se integra a comunidade internacional, para além de influir na redefinição do Estado.

Zolo, ao tratar da pretensões de cosmopolitismo subliminarmente localizáveis no movimento dos Estados vencedores nas duas Grandes Guerras Mundiais, critica o moderno arranjo das organizações internacionais, especialmente a Organização das Nações Unidas – ONU, referindo que, em certos aspectos, re-

¹ MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando. La “protección internacional” de los derechos humanos desde la paz de Westfalia hasta la Revolución Francesa. In: PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio; FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio; ASÍS ROIG, Rafael de. *Historia de los derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2001. t. II, v. III, p. 402.

² Ibidem, p. 404.

³ ZOLO, Danilo. *Cosmópolis*. Perspectivas y riesgos de un gobierno mundial. Trad. para o espanhol de Rafael Grasa e Francesc Serra. Barcelona: Paidós, 2000. p. 32.

produzem o modelo da Santa Aliança, constituindo-se de forma retórica e grandiloquente e sendo produto das articulações políticas das potências militares⁴. No entanto, uma filtragem mais fina dessa matéria revelará peculiaridades que distingam os dois modelos. Com efeito, os antigos tratados bilaterais, e mesmo a Paz de Vestefália, visavam o contingenciamento de paz ou de proveitos entre soberanos, sem atribuírem benefícios aos povos e cidadãos. Para Cassese, tal situação decorria do fato de a guerra assumir posição cimeira nas relações entre entes políticos, inclusive “costituendo un elemento essenziale ed indispensabile della comunità internazionale”⁵, numa circunstância que se podia denominar de *stato di natura*, na qual, antes de verificar-se a mediação de conflitos, exercia-se a força⁶; além do mais, as relações entre Estados estavam circunscritas ao princípio da reciprocidade, de maneira que os tratados internacionais se baseavam na possibilidade de vantagens recíprocas e, quando houvesse frustração para um dos pactuantes, o tratado podia ser denunciado, ou o interessado podia invocar a cláusula *rebus sic stantibus*⁷; por fim, o internacionalista italiano destaca que, antes de os tratados visarem os povos, dispunham essencialmente sobre as relações sobre os soberanos, sendo que só indiretamente aqueles eram beneficiados pela paz⁸.

104 A fase incipiente do direito internacional público estará adstrita a uma pequena esfera de interesses, formada sobre as bases do poder político que coincidia com o poder do soberano. O pensamento político-jurídico de um Bodin vinca a definição de Soberania a partir de uma concepção personalista. A fórmula *principis a legibus solutus* sintetizava, assim, um poder supremo de fazer e de anular lei; e, na prática política, de determinar a guerra e a paz⁹. Não é de se estranhar que houvesse um ambiente político pouco propício à modelação plástica e harmoniosa dos Estados, que, em verdade, viviam sob o signo da instabilidade. Também em razão da falta de pontos de contato para o adensamento das relações internacionais, o horizonte político era mais intransigente, tornando-se impensável, até pelo menos fins do século XIX, outro expediente de resolução de conflitos que não fosse a autotutela, que incluía a liberdade para fazer guerra¹⁰.

Esse modelo se mostrou, a todas as luzes, ineficiente ao tempo da Sociedade das Nações, que nunca contestou a dimensão de *summa potestas* reconhecida à

⁴ Ibidem, p. 30-38.

⁵ CASSESE, Antonio. *I diritti umani nel mondo contemporaneo*. Milão: Laterza, 2003. p. 6.

⁶ Ibidem, ibidem.

⁷ Ibidem, p. 7.

⁸ Ibidem, p. 7-8.

⁹ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Tradução de Carmen C. Varrialle, Gaetano Lo Mónaco, João Ferreira Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dini. 5. ed, Brasília: UnB/Imprensa Oficial, 2000. v. 2, p. 1180.

¹⁰ ALMEIDA, Francisco António de Macedo Lucas Ferreira de. *Direito internacional público*. Parte I. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 33.

Soberania dos Estados. As deliberações de sua Assembleia Geral e do Conselho deviam ter aprovação unânime de seus integrantes¹¹, o que, na prática, não se lograva. Na reclamação formulada por Franz Bernheim contra o Estado Alemão, em 1933, *e.g.*, dava-se conta das regras legais de teor discriminatório contra a comunidade judaica da Alta Silésia, sendo que uma comissão de juristas composta especialmente para tratar do caso decidiu por formular recomendações ao Estado reclamado. Este, no entanto, rejeitou-as, o que foi suficiente para obstar o prosseguimento da demanda¹². Vê-se na Sociedade das Nações, por outras palavras, um organismo de efetividade simbólica, que sequer se impunha diplomaticamente em caso de desrespeito aos Direitos Humanos.

O esgotamento desse modelo dá-se com a Segunda Guerra Mundial. As atrocidades cometidas contra milhões de vidas humanas e o esfacelamento material da Europa colocam em evidência a necessidade de criarem-se meios institucionais para a efetivação de um direito internacional público, operando-se uma grande viragem histórica. A proteção da humanidade contra o potencial de destruição das guerras torna-se o principal vetor para o novo modelo¹³. Dessa maneira, os Estados que passaram a integrar a Comunidade Internacional, aderindo aos propósitos da ONU e de outras organizações internacionais surgidas na primeira metade do século passado, também assumem os fins propugnados pela política jurídica internacionalista, que Cassese reduz ao binômio *Paz e Direitos Humanos*¹⁴.

Há, no entanto, um aspecto não menos importante que repercutirá na caracterização do novo modelo (também conhecido como modelo da Carta das Nações): promove-se o reconhecimento do princípio da autodeterminação dos povos, o que dá início ao processo de descolonização, surgindo um cenário internacional composto por inúmeros jovens Estados, o que causa perplexidade a Mourgeon ao constatar a heterogeneidade desses atores (havia diversas tendências ideológicas, étnicas, culturais, religiosas dirigindo os Estados recém-criados, que contrastam irremediavelmente com os Estados europeus, alguns dos quais impérios que tiveram tradição expansionista, outrora colonizando povos da África, Ásia e América) e a conseqüente tensão política desencadeadora de novos conflitos¹⁵, justamente o que se tentava mitigar. Mas a preocupação do internacionalista francês com a

¹¹ Art. 5º do Pacto da Sociedade das Nações. *Pacto da Sociedade das Nações*. Disponível em <http://advonline.info/vademecum/2008/HTMS/PDFS/INTER/PACTO_SOCIEDADE_NA_ES.PDF>. Acesso em: 15 maio 2013.

¹² CASSESE, 2003, p. 14-17.

¹³ O'RAWE, Mary. As Nações Unidas: estrutura *versus* substância (lições dos principais tratados e pactos). In: HEGARTHY, Angela; LEONARD, Siobhan. *Direitos do homem*. Uma agenda para o século XXI. Lisboa: Instituto Piaget, 2003. p. 38.

¹⁴ CASSESE, 2003, p. 27.

¹⁵ MOURGEON, Jacques. *Les droits de l'homme*. 2. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1981. p. 19-20.

formação da Comunidade Internacional não chega a alcançar um fenômeno que lhe é subjacente: a mundialização de valores ocidentais, em escala nunca antes experimentada,¹⁶ os quais estão no cerne das regras do Direito Internacional que, num processo mais longo de maturação, terá implicações na (re)definição político-jurídica dos Estados contemporâneos.

A consolidação político-jurídica dos conteúdos discursivos da liberdade e da igualdade durante o movimento do constitucionalismo¹⁷ ocorre em solo europeu e norte-americano, podendo dizer-se, por isso, tratar-se de fenômeno ocidental. Com a formação da Comunidade Internacional, no entanto, emergem ideários (renovados) de cosmopolitismo de raiz kantiana, propondo uma geração de direitos iniludivelmente guiada pela noção de fraternidade e que encontrará fundamento etiológico no princípio da solidariedade. A essa altura, o mundo deixava de ser somente a Europa: estendia-se para além de seus confins, alcançando as antigas colônias, que se tornavam independentes e aderiam à Comunidade Internacional, admitindo as regras gerais de Direito Internacional consagradas na Carta das Nações e, mais tarde, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, constituindo-se, assim, sobre os alicerces de compromisso com esses direitos e com a manutenção da Paz. Isso significa dizer que essa constelação de Estados, pluricultural e de ascendências históricas variadas, obviamente, absorverá, nesse processo de formação comunitária, valores comuns à civilização ocidental. Essa comunidade de comunicação (raramente dialogal, contudo) determinou a readequação político-jurídica de seus integrantes quanto à definição (que se remete, logicamente, à esfera da práxis) de Soberania.

Por outro lado, a História que se desenrola a partir daí é escrita, sem dúvidas, pelos principais atores que colocaram termo à Segunda Guerra Mundial, mas que, antes de convergirem, polarizaram ideologias que seccionam o mundo em duas partes, cada qual presidida por uma das duas potências mundiais. O anta-

¹⁶ Não é incomum estudiosos – como DEFARGES, Philippe Moreau. *A mundialização*. O fim das fronteiras. Tradução de António Moreira Neves. Lisboa: Instituto Piaget, 1993. p. 15; GIL, Thomas. *Le processus empirique de la globalisation et les droits fondamentaux*. In: PALLARD, Henri; TZITZIS, Stamatios. *La mondialisation et la question de droits fondamentaux*. Quebec: Presses de l'Université Laval, 2003. p. 24 – afirmarem que o processo de mundialização pode ser localizado desde a antiguidade, quando o Império Romano se estende por toda a Europa, parte do Oriente e África; e que a era dos descobrimentos transoceânicos também encurtou as distâncias entre os povos. Não se pode negar, contudo, que somente no século XX se toma conhecimento de outros povos para além dos europeus e que o comércio de culturas – visto pela antropologia estruturalista e pelos relativistas como um brutal processo de ocidentalização dos povos, com riscos para a identidade das minorias – possibilita o que Sir Popper denominou de a quebra dos contextos fechados.

¹⁷ Tais conteúdos discursivos correspondem, segundo se depreende de HAURIOU, André. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. Paris: Éditions Montchrestien, 1968. p. 75 e ss., ao que se sedimentou ao longo das duas primeiras ondas de constitucionalização, verificadas a partir do século XVIII, no âmbito dos Estados: os direitos individuais e sociais.

gonismo leste-oeste dos anos da Guerra Fria terá ingredientes da economia e da política¹⁸, observando-se de um lado e de outro o alinhamento dos Estados que, de alguma forma, dependiam das forças hegemônicas. Ora, esse atrelamento ideológico exalta o poder político dos governos sobre a noção global de Estado, especialmente entre os que não haviam amadurecido sua democracia ou que, declaradamente, optaram por regimes fortes ou autocráticos, mas, inequivocamente, é, também, uma experiência político-jurídica que relativiza a ideia de *summa potestas*, realçando a transição conceitual de Soberania. As tensões mundiais eram, à altura, mensuradas pelos blocos políticos envolvidos nas disputas e, embora houvesse a ameaça de conflito armado, as questões eram antes resolvidas pelas tentativas de diálogo do que pela declaração de guerra. De maneira mais clara, é lícito afirmar que o isolamento dos Estados – característico do período do *stato di natura* referido por Cassese, no qual não existia, no ente político individuado, outro poder que não fosse o personificado no Príncipe, nem, no âmbito internacional, poder supraestatal, nem muito menos uma via resolutive de tensões diferente da guerra – dá lugar à intercomunicação dos Estados, que exigirá mais que o *do ut des*.

A aproximação entre Estados como se formassem um corpo e o fato de o regramento do Direito Internacional (nomeadamente o Direito Internacional dos Direitos Humanos) ratificar os direitos civis e políticos consagrados nas Constituições modernas são situações destacadas por Almeida (em sua análise do modelo jusinternacional moderno), que não vê tantos contrastes entre a ordem jurídica internacional e as sociedades nacionais. Para confirmar sua tese, o professor da Universidade de Coimbra faz as seguintes observações: a) o aparecimento de organizações internacionais cria um vácuo nas relações interestaduais, subordinando os Estados aos seus comandos; b) o poder do príncipe, que o qualificava como *persona* com capacidade para manter relações com outros Estados, é pulverizado em vários sujeitos de Direito Internacional, como as entidades representativas dos povos oprimidos (e.g., UNITA, MPLA, FLNA, todos de Angola), as pessoas físicas e coletivas, que tratam de assuntos que extrapolam o âmbito de interesses meramente estatais; c) o campo normativo, incluindo os costumes, tratados multilaterais, resoluções, formará um *corpus iuris* comum¹⁹. O modelo da Carta das Nações, portanto, aproxima-se das características da Constituição política e jurídica do ente estatal, pretendendo estabelecer um regime

¹⁸ Pode dizer-se, em rápida análise, deixando de lado, portanto, vários aspectos de grande complexidade daquele período histórico, que, por um lado, o Plano Marshall terá capitalizado a adesão de muitos Estados do Ocidente, ao passo que os de orientação progressista ou socialista se acantonarão principalmente ao leste e, por outro, que as posições políticas de então, presididas pelos líderes do desenvolvimento armamentista, Estados Unidos e União Soviética, resultarão na atração de Estados-satélites, muitos dos quais categorizados como subdesenvolvidos (os Estados da periferia, ou do terceiro mundo) ou emergentes.

¹⁹ ALMEIDA, 2001, p. 38-45.

de ordem e paz, porém em nível global²⁰, reduzindo, a princípio, as oportunidades para atos arbitrários, na medida em que se observa o sistema de subordinação preconizado no art. 27 da Convenção de Viena (sobre o Direito dos Tratados), que dispõe sobre a impossibilidade de um Estado-parte “invocar as disposições do seu direito interno para justificar o incumprimento de um tratado”.

É frequente apontarem-se falhas no Direito Internacional, especialmente em razão de as organizações internacionais estarem atreladas ao princípio da não intervenção, inscrito no art. 1º, 7, da Carta das Nações Unidas, que foi confirmado pela Resolução 2.625 (XXV), de 24 de outubro de 1970, permitindo, consequentemente, o reconhecimento do princípio da autodeterminação interna, o qual, de acordo com o que observa Pureza, torna lícito ao Estado fazer escolhas respeitantes “à conformação e funcionamento do seu sistema económico, político e social”²¹. Mas nenhum desses princípios é absoluto, e intervenções como as que foram procedidas pelos Estados Unidos e alguns Estados europeus no Kosovo demonstram que, ao menos na área dos Direitos Humanos, é possível adotar-se alguma estratégia político-jurídica de mitigação de arbitrariedades que colidam com a noção de Direito Internacional²². Por outras palavras, não será incorreto afirmar que os Estados integrantes da Comunidade Internacional sujeitam-se, cada vez mais, ao regramento das organizações internacionais que visam ordenar o mundo de forma harmoniosa e pacífica.

Neste momento histórico em que se vivencia a Modernidade tardia²³, a derrubada de algumas fronteiras – económicas, culturais, políticas –³ inaugurada

²⁰ Refiram-se, como exemplos desse sentido de ordem jusinternacional, os mecanismos de controle convencional pela obrigação de os Estados que tomaram parte do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos apresentarem relatórios periódicos ao Secretário-Geral da ONU sobre as dificuldades e progressos quanto ao cumprimento das normas (art. 40, PIDCP); o sistema de comunicações entre os Estados, previsto na Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (arts. 11 a 13); sistema de comunicações individuais, previsto nos Protocolos Adicionais ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e na Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres e na Convenção contra a Tortura. No que diz respeito à manutenção da paz, a Carta das Nações Unidas dispõe, em seu art. 2º, 4, que os membros da Organização não devem ameaçar ou usar de força contra outros Estados, nem agir de forma incompatível com os propósitos nela prescritos.

²¹ PUREZA, José Manuel. *O património comum da humanidade: rumo ao direito internacional da solidariedade?* Porto: Edições Afrontamento, 1998. p. 74-75.

²² Ao tratar desse episódio, HABERMAS, Jürgen. *Era das transições*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 41-42. Título original: *Zeit der Übergänge*, refere que a medida “poderia significar um salto na transição do clássico direito das nações para o direito cosmopolita de uma sociedade civil de cidadãos do mundo”, segundo o qual a Soberania seria mitigada em razão de uma maior proteção dos direitos humanos.

²³ Trata-se de um período de transição de paradigmas, sem que possamos nele vincar características históricas bem definidas. Aquelas que estruturaram a modernidade nos âmbitos político e jurídico – a democracia, as Constituições (programáticas ou principiológicas), as relações internacionais multilaterais, a própria noção de Soberania – não chegaram a um definitivo esgotamento. Pelo contrário. Mostram-se presentes no processo de transpasse e,

pela queda do muro de Berlim e, em seguida, pelo fim da Guerra Fria, põe em maior evidência o cosmopolitismo fulcrado no intenso comércio de experiências culturais harmonizado, até certa medida, pelo princípio da tolerância, que passou do campo retórico e formal do Direito Internacional público para o da prática político-jurídica. As causas desse novo fenômeno são localizáveis ainda na segunda metade do século passado, quando se encontram as origens da Globalização e da Transnacionalização do mercado.

GLOBALIZAÇÃO E TRANSNACIONALIDADE E SEUS REFLEXOS NOS MARCOS CONCEITUAIS DE SOBERANIA

A ideia do cosmopolitismo, como achega para o estabelecimento da *paz perpétua* e da fundação de uma república mundial sem fronteiras, não é nova. Kant expõe-na sob os influxos do romantismo setecentista, inspirando o discurso internacionalista do século XX²⁴, que é visto como excessivamente retórico, abstrato e prepotente, por identificar-se com a civilização ocidental. Mas o fato é que nela se vê um impulso moral, que desencadeará a mundialização do sistema de Estados de tradição europeia, ao qual os novos Estados aderem espontaneamente, sem que haja, portanto, a imposição de regras pela Europa; ademais, essa comunidade que se forma estará livre de critérios de legitimidade para seu reconhecimento²⁵. É a circunstância propícia para o progressivo desaparecimento de um padrão político isolacionista, na mesma medida em que ocorre um incremento nas relações multilaterais, apesar das cisões provocadas pelos anos de Guerra Fria.

A condição de hegemonia assumida pelos Estados Unidos durante a fase de reconstrução da Europa nunca foi, no entanto, pacífica, provocando reações políticas de vários Estados do continente. Foram feitos arranjos político-jurídicos que visavam reorganizar as relações entre os Estados-nação e fazer frente ao potencial norte-americano²⁶. Por isso, a primeira providência objetivava a consolidação de uma *pax europeia*, tendo como estratégia a regulação de um

inelutavelmente, entraram no caudal da *circum-stantia* de preparação de um novo período histórico, sendo o cabedal para as escolhas que se farão. Por isso o uso da categoria Modernidade tardia. Acerca da questão, SABBÁ GUIMARÃES, Isaac. *Direitos humanos: uma abordagem epistemológica a partir do perspectivismo histórico e do geracionismo*. Curitiba: Juruá, 2013, *maxime* p. 160 e ss.

²⁴ SALDANHA, Eduardo; ANDRADE, Melanie Merlin de. *Immanuel Kant: idealismo e a Carta da ONU*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 125 e ss., sustentam a importância do ideário kantista para, em primeiro lugar, influir no conclave denominado de Paz de Versalhes, em 1919, quando o presidente norte-americano Woodrow Wilson proclama um projeto para a preservação da paz entre os povos, dando origem à Liga das Nações; e, em segundo lugar, para orientar a filosofia da Declaração de Direitos, de 1948, cujo preâmbulo e alguns de seus artigos possuem a marca indelével já impressa por Kant em *A paz perpétua*, de 1795.

²⁵ PUREZA, 1998, p. 28.

²⁶ CASTELLS, Manuel. *Fim de milênio*. Tradução de Klaus Brandini Gerhardt e Roneide Venancio Majer. 4. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007. p. 387.

mercado comum de carvão e aço, por intermédio da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço – CECA, criada em Paris, em abril de 1951, para ela convergindo Alemanha Ocidental, França, Itália, Bélgica, Holanda e Luxemburgo. Essa Comunidade deveria impedir o desenvolvimento autônomo de qualquer dos Estados naqueles setores. Não tardou para que essa integração evoluísse para uma Comunidade Econômica Europeia – CEE, concebida pelo Tratado de Roma, de 25 de março de 1957, cujo fim era não apenas o fortalecimento dos Estados participantes do bloco econômico, mas sua independência em relação aos Estados Unidos da América, como explicitamente enfatizou De Gaulle.

O projeto inicial tomou grande impulso nos anos 1980, quando o mundo emergia das crises econômicas de 1973 e de 1979. Por um lado, deu-se a entrada de Espanha e Portugal na Comunidade; por outro, pavimentou-se o caminho para o mercado unificado, que viria a se tornar realidade nos anos 1990. Mas aqui já se opera uma sensível mudança na estrutura política dos Estados comunitários, que se encaminham para um modelo contra o qual nos anos 1960 se insurgira a Grã-Bretanha: o da Soberania redefinida. Castells refere, a propósito, que “Mais uma vez, uma medida econômica, o estabelecimento de um verdadeiro mercado comum de capital, bens, serviços e mão de obra, foi, no fundo, uma medida para promover a integração política, cedendo partes da Soberania nacional para assegurar certo grau de autonomia aos Estados-membros no novo ambiente global”²⁷. Essa foi uma questão crucial para os europeus que, transpondo o amálgama político-econômico das relações comunitárias, adensam um sistema de direito europeu, tudo a possibilitar a integração dos Estados. Ultrapassam-se, dessa forma, os fins econômicos e de mercado para dar cabimento a uma União Europeia.

Essa entidade, distinta do antigo modelo da Santa Aliança e da Paz de Vestefália, também não se confundindo com as categorias de organização internacional de confederação, nem de Estado federado, constitui-se como modalidade de associação de Estados²⁸, aparecendo como um contrapeso político e econômico no cenário mundial antes polarizado. Essa condição só será mantida, no entanto, pela coesão jurídica forjada a partir do acúmulo de experiências de Estados com uma longa tradição constitucional, que possuem forte consciência dos direitos funda-

²⁷ Ibidem, p. 389.

²⁸ Com efeito, a União Europeia, em vez de funcionar sob a coordenação de organismos internacionais ou de vincular-se a um governo central, tem instituições permanentes que adotam normas positivadas mediante processo de codificação, cuja “interpretação e apreciação de validade é de competência exclusiva do Tribunal de Justiça; as normas da União podem ter efeito direto e têm primazia sobre o direito dos Estados-membros”; mas, também, não chega a configurar uma federação pelo fato de os Estados terem a última palavra sobre a organização, uma vez que os Tratados constitutivos “só podem ser revistos por unanimidade”; além de que “os Estados-membros têm o direito de se retirar da União.” PAIS, Sofia Oliveira. *Estudos de Direito da União Europeia*. Coimbra: Almedina, 2012. p. 17.

mentais (premissa irredutível de sua identidade política e jurídica), só possível em um ambiente democrático. O próprio êxito das Comunidades europeias, cujos propósitos conotavam com direitos fundamentais há longo tempo sedimentados em sua cultura constitucional, como os direitos sociais e coletivos, dependia de um regramento jusfundamental. Tal circunstância permitiu que do regramento das Comunidades se passasse a um outro nível jurídico, que é o de formação de um *corpus iuris* da União Europeia. Seu Tratado constitutivo, a propósito, preconizou o respeito aos valores humanos, à dignidade, à liberdade e aos princípios do Estado democrático, à *rule of law*, que, segundo se depreende de seu art. 3º²⁹, deve vigorar para todos os cidadãos, sem fronteiras internas. Os propósitos constitutivos da associação de Estados europeus vão mais longe, comprometendo-os no combate à exclusão social e às discriminações, em igual medida com o dever de promover “a justiça e a proteção sociais, a igualdade entre os homens e mulheres, a solidariedade entre as gerações e a proteção dos direitos da criança” (art. 3º), estabelecendo, dessa forma, critérios mínimos para uniformização de direitos. Posteriormente, com a Carta de Direitos Fundamentais proclamada a 7 de dezembro de 2000, os Estados da União Europeia passam a reger-se por padrões de jusfundamentalidade, que não excluem outros de direito nacional que possam representar um nível mais elevado de proteção (art. 53).

O alinhamento político-econômico-jurídico dos Estados europeus, operado em um longo processo que se inicia com as Comunidades Europeias nos anos 50 do século passado, impõe uma redefinição de Soberania, visando, obviamente, aspectos pragmáticos no plano associativo, mas, em outro sentido, compagina-se com a necessidade inerente aos povos de autodeterminar-se, a qual é, em outro nível de asserções, uma realidade ontológica que dá corpo ao Estado. O elemento moral que se pode depreender das teorias monistas de formação do Estado, como a de Heller, é, então, preservado. Mas o complexo fenômeno ocorrido na Europa não se descola de outros acontecimentos que se instalam na transição de paradigmas deste período da Modernidade tardia. A Globalização e a Transnacionalização encontram-se aí plasmadas, mas, também, nas transformações verificadas ao redor do mundo.

Com efeito, a revolução tecnológica, ao propiciar o encurtamento de distâncias, concretizado pela intensificação das relações, de comunicações e trocas, ajudou a quebrar os contextos culturais fechados³⁰. A internet e a imprensa tele-

²⁹ TRATADO DA UNIÃO EUROPEIA. Disponível em: <<http://eurolex.europa.eu/treaties/dat/12007L/htm/C2007306PT.01..1001.htm>>. Acesso em: 30 maio 2013.

³⁰ Muitos anos antes da revolução promovida pela internet e por outros meios tecnológicos de comunicação, Sir Karl Popper combatia as teorias relativistas que concebiam contextos culturais impermeáveis, apesar dos choques resultantes das aproximações entre culturas. POPPER, Karl. *O mito do contexto*. Em defesa da ciência e da racionalidade. Tradução de Paula Taipas. Lisboa: Edições 70, 2009. p. 67-113.

visiva aproximam culturas antes sujeitas à sensação de estranhamento, ou, pelo menos, possibilitam o conhecimento do outro que, em âmbito global, equivale à progressão a níveis mais elevados de cosmopolitismo. As tragédias de alguns povos, assim como a busca de aperfeiçoamento humano encetada fragmentariamente, são compartilhadas em todos os recantos da esfera mundial, não sendo improvável que se descubram aspectos culturais que conotam, de uma forma ou de outra, com várias culturas. Essa maior intercomunicação coincide (ou conflui): com o crescimento das ondas migratórias (desencadeadas, e.g., pelas mudanças geopolíticas ou geoeconômicas), acompanhadas de problemas como o tráfico de pessoas para serem exploradas no mercado de trabalho clandestino e do sexo; com o rápido surgimento de sociedades multiculturais, que não conseguiram se estruturar de maneira a evitar as intolerâncias; com a disseminação do terrorismo, que torna qualquer lugar vulnerável, conduzindo, em suma, a entender que a Globalização não se opera somente pela mundialização de trocas e de relações, mas, também, pelo surgimento de choques civilizacionais e de demandas até há pouco não conhecidos³¹.

Mas se a Globalização pode ser vista dessa forma, como uma via de interdependências e de pluralismo, para além de estimular a sensação de pertença a espaços que escapam aos domínios do Estado-nação³², há autores, como Sousa Santos, no entanto, que rejeitam essa ideia simplificada, afirmando tratar-se de “[...] um fenómeno multifacetado com dimensões econômicas, sociais, políticas, culturais, religiosas e jurídicas interligadas de modo complexo”³³. Em concordância com o sociólogo português, poder-se-á dizer, então, que as transformações no modelo de produção pelas empresas multinacionais, que investiram em níveis globais e passaram a ser dotadas de mobilidade, instalando-se onde haja menores custos, tiveram reflexos nas políticas econômicas nacionais, que se abriram ao mercado mundial, na mesma medida em que os preços domésticos se adequaram aos praticados em outros lugares³⁴, criando, com isso, espaços problemáticos mais amplos do que aqueles conhecidos pelo Estado-nação. Os problemas econômicos tomam, atualmente, dimensões gigantescas, como se tem visto nas crises financeiras que se sucedem desde 2008, atingindo os Estados Unidos, os membros da União Europeia, com reflexos em várias outras economias do planeta. O crescimento da produção de bens de consumo por empresas instaladas onde se oferecerem mais vantagens é responsável pela emissão de poluentes no meio ambiente, os quais não podem ser controlados dentro de limites nacionais.

³¹ TOURRAINE, Alain. *Um novo paradigma*. Para compreender o mundo de hoje. Tradução de Armando Pereira da Silva. Lisboa: Instituto Piaget, 2005. p. 41.

³² Como se depreende de GIDDENS, Anthony. *O mundo na era da globalização*. Tradução de Saul Barata. Lisboa: Presença, 2000. p. 19-29.

³³ SANTOS, Boaventura de Sousa. Linha de horizonte. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *A globalização e as ciências sociais*. 3. ed. São Paulo: Cortez Editora, 2005. p. 26.

³⁴ *Ibidem*, p. 29.

A face negativa da Globalização é representada, portanto, por problemas sociais, ambientais e econômicos disseminados por grandes zonas geográficas, que não encontram meios resolutivos pela atuação política individual de Estados nacionais. É cada vez maior, por isso, a tendência de criarem-se organizações plurais, não sediadas em território específico, para se tratar das questões problemáticas globais. Há Organizações Não Governamentais, com representações em diversos Estados, dedicando-se à concretização de metas de proteção ambiental, ou de combate de epidemias e outros males da saúde de populações carentes de meios materiais, *e.g.* Mas há, também, a formação de blocos econômicos que veem na integração econômica e social de Estados – numa das formas conhecidas, zona de livre comércio, união aduaneira, mercado comum, união econômica e monetária – a estratégia adequada para seu crescimento e desenvolvimento, aplacando, em conjunto, os desníveis causados pelos fluxos de mercado e pela adoção de políticas neoliberais. As organizações plurais, não governamentais ou de Estados associados, no entanto, possuem uma peculiaridade: em vez de se submeterem a um órgão supraestatal, operam por decisões colegiadas que devem refletir posições de consenso.

A práxis de políticas transnacionais deixa claro que a área consensual das decisões só se torna factível pela plasticidade da ideia de poder político na sua maior dimensão, a da Soberania. As deliberações dos blocos afetam as tradicionais diretrizes do Estado-nação, tanto as do plano externo quanto as do interno. Diante dessa contingência, não será desarrazoado concluir-se no sentido de que a própria identidade do ente político é, a princípio, igualmente colocada em causa, uma vez nela verificarem-se modelações decorrentes de escolhas fundadas no pragmatismo³⁵. Assim, numa inicial aproximação às consequências desse fenômeno – e apenas a este nível de análise –, é possível seguir a opinião de Stelzer ao afirmar que a Transnacionalização (dos meios de produção, da política etc.) se compagina com a desterritorialização de algumas matérias afetas ao modelo de Estado moderno, bem como que o campo de sua mobilidade, por isso, tem diminuído no mesmo ritmo em que decisões de relevo são tomadas em âmbito transnacional³⁶. Mas já não será lícito entender que a redefinição dos papéis do Estado caracteriza verdadeiramente uma crise, como defende a autora³⁷.

É parcial nossa concordância com a posição adotada pela internacionalista brasileira. Isso porque não se pode, a partir do *hic et nunc* em que se encontra o estudioso, ter uma visão nítida da inteira circunstância do Estado. É necessário,

³⁵ Não é demais lembrar que Maquiavel já defendia em *O príncipe* uma *ragione di stato*, que obedece a critérios próprios, os quais se filiam a diretrizes do pragmatismo.

³⁶ STELZER, Joana. *União europeia e supranacionalidade: desafio ou realidade?* 2. ed., 5ª tir., rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2009. p. 87.

³⁷ *Ibidem*, *ibidem*.

como faz quem contempla uma paisagem, tomar distância para se observar o panorama na sua maior abrangência. Com toda certeza, podemos inicialmente dizer: que as planificações neoliberais colocaram em causa várias das atividades típicas do modelo de *welfare State*; que há a tendência de se adotarem políticas conformes ao Estado mínimo; que as prestações estatais não atendem às demandas por segurança, saúde, educação, acesso à justiça, distribuição de riquezas, prosperidade material da sociedade etc. Mas não será lícito com base nessas observações patentear a situação de crise que, segundo Stelzer, implicaria na *dissolução* do Estado³⁸. Temos condições de afirmar, por enquanto, a partir da janela de que observamos a cena debuxada, que a rápida Globalização (cultural e de mercado, principalmente) vem impondo desafios ao Estado, que tem na abertura dialógica para com os demais entes políticos (estatais ou não) uma via para seu enfrentamento. Claro que isso também conduz ao reconhecimento do fenômeno de readequação do Estado, ao menos em relação a um de seus elementos, a Soberania³⁹, que não pode ser entendido de maneira tão pessimista como o faz Stelzer: as adaptações, incluindo o concerto de Estados em âmbito transnacional, visam, se bem entendida a circunstância, a execução de seu papel. Por outras palavras, a ampliação das relações entre Estados, ajustada à necessidade de concessões multilaterais, tende, no atual estágio, à consecução das mais fundamentais atividades estatais, como, *e.g.*, a promoção da paz e harmonia sociais e a preservação do meio ambiente saudável, que, ao fim e ao cabo, são alguns dos pilares das Constituições da modernidade tardia.

A UNASUL E A NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO PROCEDIMENTAL AO NOVO CONCEITO DE SOBERANIA

As associações de Estados não se circunscrevem apenas no Ocidente europeu e norte-americano. Também os Estados sul-americanos têm realizado experimentos de integração desde os anos 60 do século passado, embora parte deles estivesse arrimada em circunstância desfavorável, bastando lembrar-se que a criação de uma área de livre-comércio pelo Tratado de Montevidéu, envolvendo Argentina, Brasil, Chile, México, Paraguai, Peru, Uruguai, Colômbia, Equador, Venezuela e Bolívia, compreendia uma região geográfica com democracias claudicantes ou com regimes de governo autocráticos. Não é de menor importância o fato de ter-se vivido, naquele período, intenso nacionalismo, que emperrava as

³⁸ Ao estender-se um pouco mais sobre a matéria, a autora refere que o Estado “vê sua dissolução estampada pelo avanço do poder econômico das megacorporações, pelo anseio neoliberal de uma expansão sem controle e, até mesmo, pela sua população, descrente que está de sua função pública de proporcionar segurança, emprego, saúde, educação, entre outras funções sociais.” *Ibidem*, p. 88.

³⁹ É curioso notar que a União Europeia não desconstituiu a identidade nacional de cada povo, de forma que, embora se possa falar de uma cidadania europeia, os elementos identitários continuam a ligar as pessoas ao seu país, à sua vila ou aldeia.

aproximações entre Estados⁴⁰. O insucesso da Associação Latino-Americana de Livre-Comércio – ALALC, que deixou de existir em 1980, antes da onda de re-democratização, pode, portanto, ser debitada a esses fatores.

Com a progressiva abertura do comércio a outros continentes estimulada pela Globalização, e o fim de governos militares a partir dos primeiros anos da década de 1980, torna-se viável o planejamento de progresso econômico em bloco. Assim, em 29 de novembro de 1988, Brasil e Argentina assinam o Tratado de Integração, Cooperação e Desenvolvimento, prevendo a criação de um espaço econômico comum entre ambos os Estados, que tinha como etapa inicial a eliminação de obstáculos tarifários, num prazo de dez anos. Foi o ato seminal para a criação do bloco econômico entre Argentina, Paraguai, Uruguai e Brasil, denominado de Mercado Comum do Sul – MERCOSUL.

A integração comercial dos países que formam o Cone Sul, embora tenha na dinamização de seu mercado seu principal objetivo, não rivaliza com outras matérias que podem ser político-juridicamente moldadas por seus órgãos decisórios, como é o Conselho do Mercado Comum. O Conselho, segundo dispõe o art. 8º, do Protocolo de Ouro Preto, tem, a propósito, a prerrogativa de “formular políticas e promover ações necessárias à conformação do mercado comum”⁴¹, não sendo disparatado incluir em sua pauta, *e.g.*, questões relativas aos direitos dos trabalhadores⁴². O Protocolo Constitutivo do Parlamento do MERCOSUL, de 8 de dezembro de 2005, por sua vez, tem a intenção de fortalecer a representação democrática dos povos da região, além de poder suscitar a formulação de um quadro no qual se disciplinem questões afetas à democracia, como é o caso dos Direitos Humanos⁴³.

⁴⁰ CESAR, Raquel Coelho Lenz. A UNASUL e o processo de integração latino-americano. In: CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de; MORAES, Germana de Oliveira; CESAR, Raquel Coelho Lenz; CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de. *A constituição jurídica da UNASUL*. Florianópolis: UFSC/FUNJAB, 2011. p. 20.

⁴¹ PROTOCOLO DE OURO PRETO. Disponível em: <<http://www.mercosul.gov.br/tratados-e-protocolos/protocolo-de-ouro-preto-1/>>. Acesso em: 30 maio 2013.

⁴² FERRAZ, Fernando Bastos. A integração sul-americana é possível? In: CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de; MORAES, Germana de Oliveira; CESAR, Raquel Coelho Lenz; CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de. *A constituição jurídica da UNASUL*. Florianópolis: UFSC/FUNJAB, 2011. p. 101-108, lembra que já se tentou harmonizar a legislação trabalhista nos países do MERCOSUL por meio da Declaração Sociolaboral do MERCOSUL, também denominada de Carta Social do MERCOSUL, de 10.12.1998. O documento defende a eliminação do trabalho forçado, a garantia da liberdade de exercício de qualquer atividade profissional, a abolição do trabalho infantil e o aumento da idade mínima para o ingresso no mercado de trabalho, a liberdade sindical, o direito de greve. No entanto, há disparidades nas legislações dos Estados-membros que não foram corrigidas pelo organismo transnacional.

⁴³ Entre suas competências, destaca-se a de velar pela preservação do regime democrático e elaborar relatórios sobre a situação dos Direitos Humanos (art. 4). *Protocolo Constitutivo do Parlamento do MERCOSUL*. Disponível em: <<http://www.mercosul.org.br/tratados-e-protocolos/>>. Acesso em: 30 maio 2013.

Se o MERCOSUL se consubstancia como organismo de debate intergovernamental de seus membros acerca do estabelecimento do mercado comum na região, por meio de políticas que possibilitem a livre-circulação de bens e serviços e a definição de tarifa externa comum, não logrando solucionar, no entanto, até o presente momento, as assimetrias econômicas que caracterizam a América do Sul, a criação da UNASUL teve em sua pretensão inicial justamente apagar essa carência. Mas com maior incremento integracionista e de estrutura político-jurídica.

Criada em Brasília a 23 de maio de 2008, após as Declarações de Cusco (8 de dezembro de 2004) e de Cochabamba (9 de dezembro de 2006), que mencionavam a integração dos Estados sul-americanos, a UNASUL emerge de um quadro político radicalmente diferente do momento histórico da última quadra do século passado. Em primeiro lugar, porque os Estados do espaço subcontinental dão uma guinada em sua orientação ideológico-política, com o aparecimento de governos declaradamente socialistas (ou, como alguns preferem, bolivarianos), somados aos que se inspiraram na social-democracia, como o Brasil. Tal circunstância se harmoniza com o discurso adotado pelos membros, que criticam a Globalização e se contrapõem ao eixo econômico da América do Norte, das potências asiáticas, bem como “aos novos organismos transnacionais que surgem, em especial a União Europeia”⁴⁴. Em segundo, porque desde o início cuidou de estipular a uniformização de princípios fundamentais de direito e da criação de entidades jurídicas, econômicas e culturais⁴⁵, dando, por essa sistemática de organização institucional, maior coesão ao organismo internacional. Por último, mas não menos importante, está o fato de que a UNASUL é integrada por quase a totalidade dos Estados sul-americanos (Argentina, Brasil, Uruguai, Paraguai, Bolívia, Colômbia, Equador, Peru, Chile, Guiana, Suriname e Venezuela), tendo, por isso, maior abrangência territorial do que qualquer outra entidade surgida no continente, como a Comunidade Andina de Nações e o MERCOSUL. O concerto de Estados, portanto, operará o diálogo multilateral, que supõe a convergência de interesses, num equacionamento que não pode deixar de lado o espírito político que substantiva cada membro. A consecução do consenso, ademais, tem de superar outra dificuldade, que é a formação de entendimento sobre matérias tão diversas como conflitantes e polêmicas. Enquanto o MERCOSUL objetiva essencialmente o estabelecimento e a execução de regras para a integração econômica dos Estados mais ao sul, a União tem no progresso social dos povos, incluindo Direitos Humanos de cunho social, e na proteção do

⁴⁴ CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de; CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de. Da cidadania constitucional à cidadania sul-americana. In: CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de; MORAES, Germana de Oliveira; CESAR, Raquel Coelho Lenz; CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de. *A constituição jurídica da UNASUL*. Florianópolis: UFSC/FUNJAB, 2011. p. 84.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 84-85.

meio ambiente algumas de suas principais vertentes que devem levar à redução das assimetrias econômicas e sociais de uma região heterogênea, de raízes históricas distintas, das quais, outrora, brotava o isolacionismo. Ou seja, a UNASUL propõe uma viragem rumo à formação de um corpo de definições políticas, econômicas e jurídicas comuns, só possível na medida em que se aparam as arestas que até há pouco mantinham os Estados à distância.

No plano de exigências para se transitar pela via comum, estão diversos expedientes para se formar uma comunidade de Estados democrática, incluindo a participação cidadã na formulação de políticas de integração (art. 3º do Tratado Constitutivo)⁴⁶ e a formação de um Parlamento da UNASUL (art. 17 do Protocolo Adicional)⁴⁷. Para essas concretizações, há a necessidade de os Estados alcançarem um padrão de democracia, de institucionalização de sua estrutura constitucional e de legitimidade no exercício do poder, que devem ser aferidos pelos Conselhos dos Chefes de Estado e de Governo e dos Ministros das Relações Exteriores, que têm a prerrogativa de deliberarem sobre as situações de exceção, como refere o Protocolo Adicional ao Tratado Constitutivo (de 26.10.2010). O art. 4 do referido Protocolo prevê as hipóteses de suspensão do direito de participar nos órgãos e instâncias da UNASUL, o fechamento de fronteiras terrestres, a suspensão do comércio, do transporte aéreo e marítimo, das comunicações, do fornecimento de energia, serviços e abastecimento, dentre outras medidas, que implicam, *mutatis mutandis*, no reconhecimento da interdependência regrada dos Estados, mas, também, da necessidade de modelagem da Soberania. Uma das intervenções do Conselho de Chefes de Estado e de Governo deu-se como reação ao processo de *impeachment* que culminou com a deposição de Fernando Lugo da presidência do Paraguai, em junho de 2012, o qual foi inquinado de golpismo. Já em 29 de junho, o Conselho deliberou suspender aquele Estado-membro do direito de participar dos órgãos e instâncias da União, dar por findo o exercício da Presidência *pro tempore* da UNASUL, suspendê-lo dos foros e mecanismos de diálogo e concertação política e integração da região. A intervenção, como a referida, reflete-se diretamente sobre uma situação nacional, obrigando o Estado-membro a redefinir-se para que possa permanecer na União⁴⁸.

⁴⁶ UNASUL. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/temas/america-do-sul-e-integracao-regional/unasul>>. Acesso em: 30 maio 2013.

⁴⁷ Ibidem, ibidem.

⁴⁸ Na *Decisión n. 26/2012. Reunión Extraordinaria del Consejo de Jefes y Jefes de Estado y de Gobierno de UNASUR*. Disponível em: <http://www.unasur.org/index.php?option=com_content&view=article&id=704:decisionno262012-reunion-extraordinaria-del-consejo-de-jefes-y-jefes-de-estado-y-de-gobierno-de-unasur&catid=66:noticias-unasur>. Acesso em: 19 nov. 2012, salienta-se que: “el Tratado Constitutivo de UNASUR establece que la plena vigencia de las instituciones democráticas y el respeto a los derechos humanos son condiciones esenciales para la construcción de un futuro común de paz y prosperidad, económica y social y el desarrollo de los procesos de integración entre los Estados miembros.”

No entanto, se por um lado a *Constituição* da UNASUL se alinha a um conceito de Soberania harmônico com os atuais níveis de inter-relações dos Estados, que se regem por uma *ratio* pragmática que visa, em última instância, a mitigação das dificuldades impostas pelas múltiplas demandas da modernidade tardia, a todas as luzes, transnacionais, como, *e.g.*, as questões de segurança e de meio ambiente – não sendo incorreta, por isso, a afirmação de uma nova *ragione di stato* –, por outro lado os mecanismos político-jurídicos nela estabelecidos são de pouca eficiência, podendo tornar simbólicas as pretensões dessa associação, na medida em que se filiam ao ultrapassado modelo de Soberania.

Expliquemos. O quadro programático onde se localizam os objetivos a serem concretizados para a integração da região, incluindo a elevação do padrão de desenvolvimento social e humano na América do Sul, depende de decisões de consenso. Por isso se fala, *e.g.*, de “concertação política” como “fator de harmonia e respeito mútuo que afiance a estabilidade regional e sustente a preservação dos valores democráticos e a promoção dos Direitos Humanos” (art. 14 do Tratado Constitutivo). O estabelecimento de diretrizes políticas, planos de ação, programas e projetos integracionistas e a decisão de prioridades são de competência do Conselho de Chefes de Estado e de Governo (art. 6), que opera, segundo se depreende, por consenso. A adoção de Resoluções para a implementação das Decisões do referido Conselho é de competência do Conselho de Ministros das Relações Exteriores (art. 8), que, também, delibera por meio de consenso. A substantivação das Decisões do Conselho de Chefes de Estado e de Governo e das Resoluções do Conselho de Ministros cabe a outro colegiado, o Conselho de Delegados (art. 9). Em suma, pode-se dizer que os jogos políticos ocorrem em ambiente democrático e sempre pelo mecanismo do consenso, com nítido intuito de erigir-se um corpo de regras vinculantes. Contudo, o art. 13 contém uma cláusula restritiva dos intentos de integração, facultando a “Qualquer Estado-membro [...] eximir-se de aplicar total ou parcialmente uma política aprovada”, restabelecendo, dessa forma, a antiga de ideia de *summa potestas*.

A situação político-jurídica assim posta é flagrantemente antagônica em relação àquilo que se vê como ponto axial da UNASUL e que explica sua razão de ser, que é a eliminação das assimetrias (econômicas, sociais etc.) da América do Sul, por meio da harmonização de políticas eficientes. A liberdade que se dá aos Estados para eximirem-se de aplicar as regras aprovadas por seus representantes, em nome da preservação da Soberania, é, para além de contraditória (se as decisões são consensuais, é de supor-se que os Estados admitam sua validade para a associação), historicamente inadequada, não se justificando no atual estágio por que passa a Comunidade Internacional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A mundialização do sistema de Estados, tornando não só visíveis outros povos radicados para além do Ocidente, como, também, viabilizando sua auto-

determinação política e jurídica, acrescida a um discurso de conscientização dos Direitos Humanos como resposta às atrocidades da Segunda Guerra Mundial, propiciou relações mais próximas entre os Estados da Comunidade Internacional, colocando uma pá de cal no sistema vestefaliano do Direito Internacional. Numa primeira mirada sobre o fenômeno, as observações de Mourgeon acerca da maior tensão (política e militar) entre os Estados que surgiram, compondo um cenário absolutamente heterogêneo e plural, guardam relativa pertinência. Afinal, as guerras ocorridas desde a fase de descolonização até o presente momento, passando pelos conflitos nos Bálcãs, pelos holocaustos por razões étnicas na África e entre fundamentalistas do islã, incluindo a insurgência civil no Oriente Médio dos dias atuais, como a da Síria, que já ceifou mais de oitenta mil vidas, comprovam os obstáculos erguidos com os arranjos geopolíticos promovidos pelos impérios colonizadores e a improbabilidade de se aplanarem os desníveis de ordem cultural. Essa conjuntura retém alguns Estados no seu isolamento abissal, de modo que poucas são as hipóteses para um *cosmopolitismo* constituído pela solidariedade e tolerância (embora estes sejam valores apreçados universalmente) que abrande os rigores dos contextos fechados. As diferenças fortemente vincadas nas milhares de seitas do islã, aprofundadas pelos movimentos fundamentalistas, em partes do Oriente Médio e da África do Norte organizadas tradicionalmente de forma tribal, e.g., impedem que, no atual estágio histórico, se planifiquem concessões de caráter político-jurídico que permitam a acomodação dos Estados num sistema mais harmonioso de convívio. Além do mais, alguns Estados renitentes que retrocedem aos dogmas leninistas ou para a corrida armamentista, apelando para uma Soberania não condizente com a Modernidade tardia, também confirmam os temores daquele humanista francês. Mas a realidade vivida pela banda ocidental do mundo democrático, e por aqueles Estados mais ao leste que abriam seu mercado ao exterior e passaram a pautar-se político-juridicamente pelos padrões convencionalmente ajustados em associações de Estados, vem demonstrando ser possível a criação de um novo *cosmopolitismo*, que pressupõe a redefinição de Soberania.

Não há sombra de dúvida de que o experimento é possível entre os Estados democráticos de direito, que tenham no empenho proativo de evitação de possíveis problemas originados de fenômenos globais, ou de reação para erradicar ou mitigar as dificuldades de um mundo em rápida transformação. A UNASUL, como associação de Estados que tem nos objetivos de progresso humano e social dos povos sul-americanos e na preservação do meio ambiente saudável numa região transnacional, conduz os Estados-membros a partilharem não apenas o interesse de fazer frente a blocos econômicos (como apressadamente alguns autores entendem), mas, também, um padrão constitucional de cariz progressista, que se harmoniza aos propósitos dessa entidade internacional. Uma nova *ragione di stato* guiada pelo pragmatismo (distinta, obviamente, da primeva ideia

maquiavélica) autoriza a contemporização do poder político nacional com as grandes causas defendidas transnacionalmente que, ao fim e ao cabo, se refletem nas atividades estatais, não se podendo falar, por isso, na afetação da Soberania. Para tanto, é necessário o redesenho do organismo internacional, com seu aprimoramento institucional.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Francisco António de Macedo Lucas Ferreira de. *Direito internacional público*. Parte I. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de política. Tradução de Carmen C. Varrialle, Gaetano Lo Mónaco, João Ferreira Luís Guerreiro Pinto Cacais e Renzo Dini. 5. ed. Brasília: UnB/Imprensa Oficial, 2000. v. 2.

CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de; CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de. Da cidadania constitucional à cidadania sul-americana. In: CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de; MORAES, Germana de Oliveira; CESAR, Raquel Coelho Lenz; CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de. *A constituição jurídica da UNASUL*. Florianópolis: UFSC/FUNJAB, 2011. p. 63-92.

CASSESE, Antonio. *I diritti umani nel mondo contemporaneo*. Milão: Laterza, 2003.

CASTELLS, Manuel. *Fim de milênio*. Tradução de Klauss Brandini Gerhardt e Roneide Venancio Majer. 4. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007. Título original: *End of millennium*.

CESAR, Raquel Coelho Lenz. A UNASUL e o processo de integração latino-americano. In: CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de; MORAES, Germana de Oliveira; CESAR, Raquel Coelho Lenz; CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de. *A constituição jurídica da UNASUL*. Florianópolis: UFSC/FUNJAB, 2011. p. 15-41.

DEFARGES, Philippe Moreau. *A mundialização*. O fim das fronteiras. Tradução de António Moreira Neves. Lisboa: Instituto Piaget, 1993. Título original: *La mondialisation*.

FERRAZ, Fernando Bastos. A integração sul-americana é possível? In: CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de; MORAES, Germana de Oliveira; CESAR, Raquel Coelho Lenz; CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de. *A constituição jurídica da UNASUL*. Florianópolis: UFSC/FUNJAB, 2011. p. 93-140.

GIDDENS, Anthony. *O mundo na era da globalização*. Tradução de Saul Barata. Lisboa: Presença, 2000. Título original: *Runaway world*.

GIL, Thomas. Le processus empirique de la globalisation et les droits fondamentaux. In: PALLARD, Henri; TZITZIS, Stamatios. *La Mondialisation et la question de droits fondamentaux*. Quebec: Presses de l'Université Laval, 2003.

HAURIOU, André. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. Paris: Éditions Montchrestien, 1968.

MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando. La “protección internacional” de los Derechos Humanos desde la Paz de Westfalia hasta la Revolución Francesa. In: PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio; FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio; ASÍS ROIG, Rafael de. *Historia de los derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2001. t. II, v. III.

MOURGEON, Jacques. *Les droits de l'homme*. 2. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1981.

O'RAWE, Mary. As Nações Unidas: estrutura *versus* substância (lições dos principais tratados e pactos). In HEGARTHY, Angela; LEONARD, Siobhan. *Direitos do homem*. Uma agenda para o século XXI. Lisboa: Instituto Piaget, 2003. Título original: *Human rights: an agenda for the 21st century*.

PACTO DA SOCIEDADE DAS NAÇÕES. Disponível em: <http://advoonline.info/vademecum/2008/HTMS/PDFS/INTER/PACTO_SOCIEDADE_NA__ES.PDF>. Acesso em: 15 maio 2013.

PAIS, Sofia Oliveira. *Estudos de direito da União Europeia*. Coimbra: Almedina, 2012.

POPPER, Karl. *O mito do contexto*. Em defesa da ciência e da racionalidade. Tradução de Paula Taipas. Lisboa: Edições 70, 2009. Título original: *The myth of the framework*.

PROTOCOLO CONSTITUTIVO DO PARLAMENTO DO MERCOSUL. Disponível em: <<http://www.mercosul.org.br/tratados-e-protocolos/>>. Acesso em: 30 maio 2013.

PROTOCOLO DE OURO PRETO. Disponível em: <<http://www.mercosul.gov.br/tratados-e-protocolos/protocolo-de-ouro-preto-1/>>. Acesso em: 30 maio 2013.

SABBÁ GUIMARÃES, Isaac. *Direitos humanos: uma abordagem epistemológica a partir do perspectivismo histórico e do geracionismo*. Curitiba: Juruá, 2013.

SALDANHA, Eduardo; ANDRADE, Melanie Merlin de. *Immanuel Kant: idealismo e a Carta da ONU*. Curitiba: Juruá, 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Linha de horizonte. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *A globalização e as ciências sociais*. 3. ed. São Paulo: Cortez Editora, 2005.

STELZER, Joana. *União Europeia e supranacionalidade: desafio ou realidade?* 2. ed., 5ª tir., rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2009.

TOURRAINE, Alain. *Um novo paradigma: para compreender o mundo de hoje*. Tradução de Armando Pereira da Silva. Lisboa: Instituto Piaget, 2005. Título original: *Un nouveau paradigme*.

TRATADO DA UNIÃO EUROPEIA. Disponível em: <<http://eurolex.europa.eu/treaties/dat/12007L/htm/C2007306PT.01..1001.htm>>. Acesso em: 30 maio 2013.

UNASUL. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/temas/america-do-sul-e-integracao-regional/unasul>>. Acesso em: 30 maio 2013.

ZOLO, Danilo. *Cosmópolis. Perspectivas y riesgos de un gobierno mundial*. Trad. para o espanhol de Rafael Grasa e Francesc Serra. Barcelona: Paidós, 2000. Título original: *Cosmopolis*.

Data de recebimento: 5/6/2013

Data de aprovação: 26/11/2013

O SENTIMENTO CONSTITUCIONAL COMO MEIO PROPICIADOR DO DESVELAMENTO DA CONSTITUIÇÃO (ACONTECER CONSTITUCIONAL): DE COMO O ARTIGO 334, I, DO CPC NÃO CHANCELA A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

THE CONSTITUTIONAL SENSE AS A METHOD TO UNVEILING THE CONSTITUTION (CONSTITUTIONAL HAPPENING): HOW THE CPC ARTICLE 334, I, DO NOT SEAL THE JUDICIAL DISCRITIONARITY

*Luis Henrique Braga Madalena**

*Rafael Contreiras Costa Beber***

RESUMO

O presente estudo teve como objetivo principal a demonstração de como a discricionariedade judicial é danosa para a autonomia do direito e para o Estado Democrático de Direito, especialmente quando se camufla como legítima sob o ponto de vista processual, que acaba por chancelar arroubos de vontade do intérprete autêntico. Para tanto, buscou-se explorar a fragilidade dessa prática por meio da Nova Crítica do Direito, fundada na filosofia hermenêutica e na hermenêutica filosófica, com o fito de demonstrar como tais práticas arbitrárias são frágeis sob o ponto de vista filosófico, sendo facilmente demonstrável seu caráter subjogador da

* Advogado inscrito na OAB/PR. Mestrando em Direito Público pela UNISINOS/RS. Bolsista CAPES. Especialista em Direito Constitucional e Teoria Geral do Direito pela Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDConst, Advogado militante (OAB/PR). Membro do Grupo “*Dasein* – Núcleo de Estudos Hermenêuticos” (UNISINOS). Membro do Grupo de Pesquisa “Hermenêutica Jurídica” (CNPq). Coordenador do Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* (Especialização) em Direito Constitucional e Coordenador Adjunto do Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* (Especialização) em Teoria Geral do Direito, ambos da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Secretário da Comissão de Estudos Constitucionais da OAB/PR e Membro Eleito do Instituto dos Advogados do Paraná (IAP). Áreas de interesse: Direito Administrativo, Direito Constitucional, Direito Regulatório, Teoria Geral do Direito e Filosofia. Rua Guaratuba, 839, Ahú, Curitiba, PR, CEP 80540-260. E-mail: luishenrique@pellegrino.adv.br.

** Acadêmico do 10º período do Centro Universitário Curitiba (Unicuritiba). Áreas de interesse: Direito Tributário, Direito Administrativo, Teoria Geral do Direito e Filosofia. Rua Guaratuba, 839, Ahú, Curitiba, PR, CEP 80540-260. E-mail: rafael@pellegrino.adv.br.

realidade, de modo a apartá-la da indissociável historicidade e do sentido que a precede desde sempre. Em seguida, intentou-se demonstrar alguns dos fundamentos de tal prática, de modo a dar especial ênfase à ausência de sentimento constitucional, conforme nos fala Verdú, especificamente em razão do ressentimento jurídico, o qual deve ser superado pela tradição autêntica, como forma de arraigamento e triunfo do afeto pelas garantias constitucionais e pelas instituições democráticas.

Palavras-chave: Discricionariedade judicial; Nova crítica do direito; Sentimento constitucional.

ABSTRACT

The present study had as its main objective to demonstrate how the judicial discretionarity is harmful for Law's autonomy and for the Democratic Rule-of-law State, especially when camouflages itself as legit during the judicial process, what ends to seal raptures of will of the authentic interpret. Therefore, we sought to explore the fragility of this practice through the New Critics of Law, based on hermeneutic philosophy and philosophical hermeneutics, trying to evidence how this arbitrary practices are fragile from a philosophic point of view, been easily demonstrable its subjugator features, what detach itself from the inseparable historicity and sense that since always precede. Then, an attempt to demonstrate some of the reasons for such practice was put to give special emphasis to the absence of a constitutional sense as Verdú teaches, especially in reason of the legal resentment which must be separated by authentic tradition, as a form of rootedness and triumph of the warmth for constitutional guarantees and democratic institutions.

Keywords: Judicial discretionarity; New critics of law; Constitutional sense.

NOTAS INTRODUTÓRIAS

Das principais conquistas do Estado Democrático de Direito e da Constituição, são as garantias processuais ligadas ao devido processo legal e a presunção de inocência, sem as quais ainda estaríamos lutando contra (maiores) perseguições políticas, econômicas e pessoais, propiciadas pela subjetividade no exercício do poder.

Tais garantias beneficiam, ou deveriam beneficiar, todos os cidadãos, independentemente da influência da mídia ou do clamor popular, sob pena de perdermos a igualdade, virtude soberana e fundamento da democracia, conforme afirma Dworkin¹.

¹ DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

Partiremos da análise de caso concreto específico, em consonância com os fundamentos teóricos da Nova Crítica do Direito, da Filosofia Hermenêutica e da Hermenêutica Filosófica, para o qual o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo buscou fundamento na prescrição normativa constante do artigo 334, I, do Código de Processo Civil, com vistas a viabilizar decisão condenatória ao arrepio do arcabouço probatório constante dos autos, promovendo indelével discricionariedade judicial. A partir desse caso, buscaremos demonstrar como esse tipo de prática coloca em perigo a ideia de Estado Democrático de Direito como um todo, mesmo quando levada a cabo em face de cidadãos que já carregam preconceitos derivados de casos pretéritos.

Passando por uma breve apresentação do caso e análise do texto constante do artigo 334, I, do Código de Processo Civil, buscaremos responder à indagação de que ele seria uma “janela” para a discricionariedade judicial, na exata medida em que a interpretação dada a ele foi a de que caberia ao julgador qualificar um fato como notório da forma que melhor lhe parecer, mesmo ao arrepio da historicidade e da individualidade de cada caso.

Em suma, se tal prática coaduna ou não com o estágio da democracia em que nos encontramos, ou seja, se é possível nomear, observar os entes ao arrepio de seu ser, nos moldes que nos fala Heidegger.

Se permanecermos na dependência do julgador, estaremos sempre vivendo em um simulacro de democracia, especialmente na utilização de “teorias” que privilegiem preconceitos infundados e inautênticos, que destoam de todas as provas constantes dos autos do caso que se encontra em análise, utilizando-se do direito processual e do processo em si apenas como um verniz, uma verdadeira capa de sentido para chancelar abusos em face da Constituição, retirando normatividade dela, em favor do que Streck chama de predadores externos, mas que para tanto se utilizam de predadores internos.

Trata-se da prevalência da vontade do julgador, desprovido de qualquer legitimidade democrática, sobre a vontade da coletividade, devidamente expressa e consagrada da Constituição, a qual acaba se velando por meio de uma pretensa conformidade com o que posto em determinado dispositivo do ordenamento, o que é levado a cabo por meio de uma forçada e impraticável “subsunção”, de cunho positivista-normativista, com viés nominalista.

Fundando-se nos pilares da Nova Crítica do Direito e do método fenomenológico-hermenêutico, demonstraremos como esse tipo de prática é filosoficamente inadequada e frágil, já não mais podendo prevalecer em tempos de viragem linguística e consequente queda da filosofia da consciência, que faz com que a relação sujeito-objeto ceda espaço em favor da relação sujeito-sujeito.

Com vistas a arrebatar toda a questão, apontaremos como a falta de cultura constitucional e do que Verdú, mesmo preso ao paradigma da filosofia da

consciência, acerta ao chamar de sentimento constitucional é dos principais motivadores, se não o principal, de práticas discricionárias como a analisada e como estas podem ser vencidas por meio da superação do ressentimento jurídico, do arraigamento desse afeto pela Constituição e suas garantias, que possuem todos os cidadãos como seus titulares, indiscriminadamente.

O ARTIGO 334, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: CHANCELA PARA A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL?

A controvérsia que pretendemos abordar cinge-se a determinada interpretação dada ao artigo 334² do Código de Processo Civil e sua capacidade de gerar inconstitucionalidades que acabem por comprometer toda a estrutura do Estado Democrático de Direito, provendo ao judiciário um poder processual incabível nesta quadra da história e da hodierna teoria do direito.

Pretensamente, de acordo com o entendimento exarado no caso pontual³ que será objeto de nossa digressão, o mencionado dispositivo de lei configuraria verdadeira autorização legal para a livre valoração do arcabouço probatório apresentado (e o não apresentado!) nos autos e para o julgador liberar-se dos “grilhões” da legalidade estrita, de modo a solucionar o caso da melhor forma possível (SIC), respectivamente.

Diante das pretensas permissões propiciadas pelo mencionado artigo, a tarefa que nos incumbe é responder a pergunta de se o código de processo civil cria regra de exceção às disposições constitucionais que garantem o devido processo legal, a legalidade e, conseqüentemente, o Estado Democrático de Direito, de modo a abrir uma clareira filosófica e histórica, desconsiderando todos os desdobramentos havidos na teoria do Estado e na teoria do direito, desde a criação do Estado de Direito, minimamente.

Analisando pontualmente a prescrição normativa destacada, inicialmente cumpre observar o que afirma o artigo 334 do CPC, ou seja, que os fatos notórios independem de prova.

Caso paradigmático e que destacaremos como exemplificativo para a presente abordagem é o da Apelação Cível n. 0114633-06.2009.8.26.0100, ainda em trâmite perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, destacado por Lenio Streck em seu artigo “Roxin ‘não sabe nada’ e o TJ-SP confirma minha

² Art. 334. Não dependem de prova os fatos: I – notórios.

³ De acordo com a linha teórica a que nos filiamos, a da Nova Crítica do Direito, firmemente fundada no método fenomenológico-hermenêutico, da mesma forma que na filosofia hermenêutica heideggeriana e da hermenêutica filosófica gadameriana, sempre traremos a discussão teórica do direito para um caso “prático”, para um evento, com vistas a evitarmos a armadilha de analisar uma prescrição normativa, um texto, em abstrato, desprovido de sua fundamental ligação com o evento que pretende regular, sob pena de permanecermos discutindo um texto, e não uma norma, como se todo o sentido desta última já estivesse “colado” no primeiro *ab initio*.

tese⁴, também noticiado pelo sítio eletrônico do Consultor Jurídico na notícia intitulada “‘Fatos notórios não precisam de prova’, decide TJ-SP”⁵, no qual se determinou o bloqueio de R\$ 21 milhões da empresa de investimentos Blue Stone, por conta de dívida contraída pelo empresário Naji Robert Nahas nos anos 1980, depois da quebra da Bolsa de Valores de São Paulo (Bovespa). A disputa acabou por envolver propriedade de terreno apresentado por Nahas como garantia em outra contenda judicial. Para o relator do caso⁶, até “as pedras sabem” que o empresário é o verdadeiro dono do terreno e está envolvido com a empresa, e “fatos notórios não precisam ser comprovados”.

Diante disso, tem-se que a prescrição normativa constante do artigo 334 traduziria a norma de que qualquer fato que receba o rótulo de notório pelo julgador (uma verdadeira capa de sentido) independeria de prova nos autos, que no caso se traduziu na norma de decisão de que a “verdade real dos fatos” (SIC) seria mais importante do que a “verdade processual”, ou seja, o que o julgador já tiver em mente, mesmo que seja um preconceito inautêntico acerca do caso e dos envolvidos, deve valer mais do que o devido processo legal gravado na Constituição.

O caso certamente é polêmico, notadamente em face da multiplicidade de escândalos financeiros que envolveram o nome do empresário Naji Robert Nahas, especialmente na quebra de Bolsa de Valores do Rio de Janeiro em 1989⁷ e da prisão dele, decorrente de operação da polícia federal, denominada “*Satiagraha*”, seguramente fatos notórios.

Ao que se pode observar, em razão dos “antecedentes” da parte do caso indigitado, ele já deveria restar condenado mesmo à revelia das provas colacionadas nos autos, dado que o arcabouço probatório capaz de ensejar tal desfecho do processo seria composto de “fatos notórios”, os quais não precisariam constar do feito. Em suma, uma exceção ou uma adaptação, eventualmente, do que disposto no artigo 5º, LIV, da Constituição, que garante o chamado princípio do devido processo legal.

Desse ponto, cumpre respondermos à seguinte pergunta: o princípio do devido processo legal (levando-se em conta sua definição como princípio e todas as implicações daí decorrentes)⁸ e toda a historicidade carregada por ele, que certamente contempla o Estado Democrático de Direito que pretende ser garantido

⁴ Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-dez-27/senso-incomum-roxin-nao-sabe-nada-tj-sp-confirma-minha-tese>>. Acesso em: 07 fev. 2013.

⁵ Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-dez-19/fato-notorio-nao-prova-decide-tj-sp-bloquear-21-milhoes>>. Acesso em: 07 fev. 2013.

⁶ Desembargador Erickson Gravazza Marques, da 5ª Câmara de Direito Privado do TJ.

⁷ Fato do qual vale dizer que decorreram diversas ações judiciais em face de Naji Nahas, que acabou por ser absolvido em todas as acusações que lhe foram feitas.

⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso* – Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in) determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

pela Constituição, comporta esse tipo de norma decorrente da aplicação da prescrição normativa posta no artigo 334 do CPC?

Em um primeiro olhar, parece claro que a norma retirada do dispositivo em tela seria inconstitucional se se afirma que qualquer fato independe de prova por completo, ou seja, que a mera rotulação dele como notório não dependeria de qualquer digressão probatória para mostrar-se verdadeira, exatamente em razão do colapso que tal entendimento geraria no hodierno devido processo legal, dado que isso seria o mesmo que dizer que outro princípio, decorrente do devido processo legal, o da presunção de inocência, de nada valeria, uma vez que fatos que independem de prova decerto não são provas.

Não se faz necessário tratar de questões basilares de dogmática jurídica, como a supremacia da Constituição sobre as demais prescrições normativas que compõem o ordenamento, o que acaba por servir de fundamento primeiro para a existência do próprio controle de constitucionalidade dos atos normativos, ou seja, faz-se evidente que nenhuma prescrição normativa do CPC pode criar uma regra de exceção a nenhum dispositivo constitucional.

Diante disso, seria inconstitucional o artigo 334 do CPC?

Parece-nos que a resposta para tal afirmação apenas seria positiva se equiparássemos texto e norma⁹, de modo a “colar” os sentidos nas palavras, o que já superamos filosoficamente há algum tempo, com a segunda filosofia de Wittgenstein¹⁰ e a superação do dualismo epistemológico-antropológico¹¹, pelo que

⁹ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 27-81.

¹⁰ ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica filosófica: entre a linguagem da experiência e a experiência da linguagem*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2002. p. 131-132: “Com o 2º Wittgenstein acontece a reviravolta linguístico-pragmática da filosofia contemporânea. A introdução da concepção de jogos de linguagem foi fundamental para explicitar e compreender a reviravolta na filosofia. Wittgenstein desistiu da possibilidade de construir uma linguagem matemática, ideal, perfeita, abstraída da realidade. Sua obra *Investigações filosóficas (=IF)* constitui uma crítica fundamental ‘ao ideal de uma ‘linguagem lógica’ e na verdade com isso abala toda a pressuposição nominalística da crítica da linguagem’. Renunciou ao conhecimento objetificador da filosofia. Wittgenstein chegou a essa posição nova e significativa de sua filosofia tardia em contraposição ao *Tractatus*. Em oposição à sistematicidade, idealidade, abstração que caracterizavam a maior parte da filosofia da linguagem anterior, o 2º Wittgenstein enfatizou a pragmaticidade, ‘a situação na qual o homem *usa a linguagem*’, decorrendo disso a necessidade de observá-la em seus diferentes usos, em seus diferentes jogos de linguagem.”

¹¹ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Edições Loyola, 2006. p. 134-135: “O dualismo caracterizou-se na concepção de linguagem como fenômeno complexo de dupla dimensão: a realidade física produzida por atos corpóreos deve ser, para se tornar linguagem humana, acompanhada por certos atos espirituais, processos internos (manifestações linguísticas do dualismo corpo-espírito). Somente por meio da transformação efetuada por esses atos espirituais as palavras têm, propriamente, significação. Isso é, portanto, o dualismo entre sentido e produção de sons. A toda expressão acústica pertence um mecanismo interior, espiritual. (...) A compreensão depende da situação histórica em que a grasse é usada e não do ato intencional de querer significar. O compreender,

o sentido já não mais pode ser atribuído de forma independente de um contexto fático e que com Heidegger avança para o conceito de historicidade¹².

Ora, se assim não fosse, sequer poderíamos conceber o instituto da interpretação conforme ou da nulidade parcial sem redução de texto!

Diante dessa inescapável historicidade que afeta o mundo¹³, não parece possível afirmar que é franqueado determinar em um caso concreto que um fato notório seja assim rotulado e por isso independa de prova em razão da “vontade” do julgador ou do intérprete autêntico kelseniano¹⁴, exatamente em razão de toda a “histórica” busca da teoria do Estado¹⁵ e da teoria do direito¹⁶, ao menos desde o século XVIII, para afastar o domínio do homem sobre o homem, de modo que um não tenha de submeter-se ao outro apenas em razão do maior poder¹⁷ coercitivo

como veremos depois, é um elemento de uma forma de vida, na qual se está inserido em virtude do contexto social-histórico. Por fim, não posso arbitrariamente decidir significar com uma palavra algo, sem que jamais essa palavra tenha sido utilizada para isso. O que decide realmente sobre o sentido de uma palavra é seu uso real. Mesmo que as pessoas adotassem a palavra escolhida por mim para significar algo, isso não bastaria se elas, de fato, não a usassem. Não há atos autônomos, isto é, totalmente desvinculados dos contextos de sentido.”

¹² INWOOD, Michael. *Dicionário Heidegger*. Tradução de Luísa Buarque de Holanda. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002. p. 84: “Ser ‘histórico’, no sentido de Heidegger, é uma condição de ser tanto histórico quanto não histórico em sentido usual. A historicidade de Dasein depende de seu acontecimento ou ‘historicização’, o modo peculiar pelo qual ele se estende entre seu nascimento e sua morte. Uma montanha ou um cachorro possuem um passado que afeta sua condição presente. Mas Dasein ‘é o seu passado’, atuando como atua na visão tácita de seu passado. Não cumprio promessas, não me arrependo de meus pecados ou voto no meu partido nas eleições por causa do efeito causal que possui sobre mim aquilo que fiz ou sofri no passado ou meramente para me assegurar de certos resultados desejáveis. Eu o faço em vista de minha coerência e integridade como uma pessoa que possui duração, com um passado e um futuro.”

¹³ “O mundo é introduzido por meio do *umwelt* familiar, e o ser-no-mundo mantém um tom de familiaridade, de saber seu próprio caminho no mundo. As coisas se entrelaçam, formando um mundo unificado pela significação: os instrumentos que usamos referem-se a outros instrumentos, que juntos formam um local de trabalho, por sua vez referido ao mundo mais amplo além do local de trabalho. O martelo do artesão refere-se aos seus pregos, à madeira e ao couro, e ao banco no qual ele trabalha; além do local de trabalho estão seus clientes, as vacas que fornecem o couro, a floresta que fornece a madeira, e desta forma expandem-se indefinidamente círculos da familiaridade cada vez mais remota.” *Ibid.*, p. 120.

¹⁴ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 387-397.

¹⁵ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria do estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010; PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. *La garantía en el Estado constitucional de derecho*. Madrid: Trotta, 1997; BONAVIDES, Paulo. *Teoria geral do Estado*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2012; VERDÚ, Pablo Lucas. *A luta pelo Estado de ireito*. Tradução de Agassiz de Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso – Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011; STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica (e)m crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009; DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2007; STRECK, Lenio Luiz. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007; STRECK, Lenio Luiz. *Uma questão de princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

¹⁷ GALBRAITH, John Kenneth. *Anatomia do poder*. 4. ed. São Paulo: Pioneira, 1999.

deste. Em suma, não parece que se tenha lutado ao longo de todos esses séculos para entregar o poder a um novo tirano: o judiciário e os agentes estatais que ocupam o poder decisório em suas fileiras e mais altos escalões, especialmente no Brasil, conforme já nos alertaram Raymundo Faoro¹⁸ e Sérgio Buarque de Holanda¹⁹.

¹⁸ FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001. p. 60-67: “A realidade do Estado patrimonial, afastada a situação feudal, que ensejaria uma confederação política, amadureceu num quadro administrativo, de caráter precocemente ministerial. A direção dos negócios da Coroa exigia o trato da empresa econômica, definida em direção ao mar, requeria um grupo de conselheiros e executores, ao lado do rei, sob a incontestável supremacia do soberano. (...) Para isso, o Estado se aparelha, grau a grau, sempre que a necessidade sugere, com a organização político-administrativa, juridicamente pensada e escrita, racionalizada e sistematizada pelos juristas. Esta corporação de poder se estrutura numa comunidade: o estamento. Para a compreensão do fenômeno, observe-se, desde logo, que a ordem social, ao se afirmar nas classes, estamentos e castas, compreende uma distribuição de poder, em sentido amplo – a imposição de uma vontade sobre a conduta alheia. (...) O estamento político – de que aqui se cogita, abandonado o estamento profissional, por alheio ao assunto – constitui sempre uma comunidade, embora amorfa: os seus membros pensam e agem conscientes de pertencer a um mesmo grupo, a um círculo elevado, qualificado para o exercício do poder. (...) Ao contrário da classe, o estamento não vinga a igualdade das pessoas – o estamento é, na realidade, um grupo de membros cuja elevação se calca na desigualdade social. À abertura das classes, para as quais basta a dotação de meios econômicos ou de habilitações profissionais para integrá-las, opõe-se a tendência à exclusão dos recém-vindos, dos *parvenus*, não raro aceitos na camada senão depois de mais de uma geração. A entrada no estamento depende de qualidades que se impõem, que se cunham na personalidade, estilizando-lhe o perfil. (...) O estamento supõe distância social e se esforça pela conquista de vantagens materiais e espirituais exclusivas. As convenções, e não a ordem legal, determinam as sanções para desqualificação estamental, bem como asseguram privilégios materiais e de maneiras. O fechamento da comunidade leva à apropriação de oportunidades econômicas, que desembocam, no ponto extremo, nos monopólios de atividades lucrativas e de cargos públicos. (...) Significa esta realidade – o Estado patrimonial de estamento – que a forma de domínio, ao contrário da dinâmica da sociedade de classes, se projeta de cima para baixo. Todas as camadas, os artesãos e os jornalheiros, os lavradores e os senhores de terras, os comerciantes e os armadores, orientam suas atividades dentro das raia permitidas, respeitam os campos subtraídos ao controle superior, submetem-se a regras convencionalmente fixadas. Junto ao rei, livremente recrutada, uma comunidade – patronato, parceria, oligarquia, como que a denomine a censura pública – manda, governa, dirige, orienta, determinando, não apenas formalmente, o curso da economia e as expressões da sociedade, sociedade tolhida, impedida amordaçada. (...) Há, com a emergência do fenômeno, um tipo de Estado que não se confunde com o Estado absoluto, bem como um tipo de comunidade dirigente do grupo de funcionários. As duas realidades, absolutismo e funcionalismo, estão em germe no Estado patrimonial de estamento, sem com elas se identificar.”

¹⁹ HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 146: “Para o funcionário ‘patrimonial’, a própria gestão política apresenta-se como assunto de seu interesse particular; as funções, os empregos e os benefícios que deles auferem relacionam-se a direitos pessoais do funcionário e não a interesses objetivos, como sucede no verdadeiro Estado burocrático, em que prevalecem a especialização das funções e o esforço para se assegurarem garantias jurídicas aos cidadãos. (...) No Brasil, pode dizer-se que só excepcionalmente tivemos um sistema administrativo e um corpo de funcionários puramente dedicados a interesses objetivos e fundados nesses interesses. Ao contrário, é possível acompanhar, ao longo de nossa história, o predomínio constante das vontades particulares que encontram seu ambiente próprio em círculos fechados e pouco acessíveis a uma ordenação impositiva.”

Diante desse pontual²⁰ atuar do judiciário, completamente avesso às premissas do Estado Democrático de Direito que deveria defender, configura-se uma patente crise institucional que acaba por minar/predar²¹ a normatividade da Constituição e a efetividade do direito, como um todo, a qual buscamos desvelar e desconstruir por meio da Nova Crítica do Direito, como meio de quebrantamento de tal tradição inautêntica, eminentemente fundada na não superação da filosofia da consciência e do paradigma do sujeito transcendental kantiano, que impossibilita alcançar um Estado Democrático de Direito, especialmente no Brasil.

A NOVA CRÍTICA DO DIREITO COMO POSSIBILIDADE EMANCIPATÓRIA DA TRADIÇÃO INAUTÊNTICA

A Nova Crítica do Direito é fundada na viragem linguística e no rompimento com o paradigma da filosofia da consciência²².

Assim, a discussão sobre a hermenêutica jurídica, de incidência específica sobre o atuar cotidiano dos operadores do direito, o que Lenio Streck chama de *modo-de-fazer-Direito-cotidianamente*, passa a forjar-se na ideia da possibilidade de atingimento da *ratio essendi* da lei, a correta *mens legis*. Portanto, em face do velamento produzido pela tradição inautêntica que serve de impedimento para o acontecer da Constituição, faz-se presente o surgimento da hermenêutica de ruptura que ora se evidencia, a qual, necessariamente, passa pelo rompimento da objetificação gerada pela filosofia da consciência e das concepções metafísico-essencialistas-ontológicas²³⁻²⁴.

Tal superação proporcionará a retirada da linguagem como se uma terceira coisa fosse, de modo a não mais se interpor entre o sujeito e o objeto e caracterizar uma barreira que dificulta a realização do conhecimento humano acerca das coisas, de como estas são em si mesmas²⁵.

O corte que se busca dar inicia-se por Wittgenstein, a partir da obra *Investigações Filosóficas*. Wittgenstein, ladeado por Heidegger, passa a ser um dos maiores críticos da filosofia da consciência. Para tanto, parte da ideia da inexistência de mundo em si, ou seja, apartado da linguagem, de modo que somente se tem o mundo na linguagem²⁶. Assim, como já antecipado, a linguagem deixa

²⁰ O qual, conforme já asseverado anteriormente, apenas utilizamos para frisar a constante conduta que privilegia a discricionariedade judicial como forma de fazer “justiça”, rejeitando-se a normatividade do direito.

²¹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso* – Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 212.

²² STRECK, 2009. p. 169.

²³ Concepções de uma determinada realidade que se apresenta ao sujeito como definitiva, do mundo como ele é, do mundo em si mesmo, do mundo formado por essência.

²⁴ STRECK, 2009, p. 163.

²⁵ *Ibid.*, p. 164.

²⁶ De modo que todas as coisas e as entidades manifestam-se em seu ser apenas na linguagem, e não por meio dela, o que também promove grande aproximação de WITTGENSTEIN a HEIDEGGER.

sua função instrumental de comunicação do conhecimento e passa a ser real condição de possibilidade da constituição do conhecimento. Desse modo, faz-se pertinente a afirmação de que uma das principais fontes de erro na filosofia é o isolamento de expressões do contexto em que, e do qual, elas emergem²⁷.

Desse modo, a linguagem se converte em ponto de partida e centro de toda reflexão. Tal se assenta em cinco premissas colocadas por Carlos Nieto Blanco²⁸ e asseveradas por Lenio Streck²⁹:

A primeira delas aponta que o conhecimento ocorre na linguagem, ou seja, que necessariamente todo discurso científico possui a linguagem como característica comum com todos os demais. Todos possuem natureza linguística. Na segunda, Blanco aponta que é na linguagem que ocorre o surgimento do mundo, com o que busca apontar que é na linguagem que o mundo se desvela. Não é que o mundo se encontre atrás da linguagem, mas, sim, que está na linguagem própria, de modo que apenas ocorre conjuntamente com ela, como um só. A terceira das premissas é a de que é na linguagem que o sujeito *surge-aparece-ocorre*³⁰, dado que, assim como o mundo, à sua identidade, vez que a ele pertencente, o sujeito apenas se mostra por meio da linguagem. O quarto ponto é o de que é na linguagem própria que ocorre a ação. Com isso, busca-se asseverar que, além da vocação representativa, declarativa ou constativa, a linguagem também possui a vocação realizativa. Esta conecta a linguagem com a prática e vice-versa. Por fim, coloca-se que é na própria linguagem que se dá, que ocorre, o sentido, o que apenas se verifica em razão do componente significativo que a linguagem possui para a comunidade de usuários, que sem ela não funciona. Com isso, aponta Streck que a linguagem é capaz de criar novos mundos ao abrir novos caminhos de sentido, visto que nomear e adjetivar é criar³¹.

Com o mencionado *supra*, a hermenêutica passa a ser a incômoda verdade que se assenta em não caracterizar-se como empírica ou absoluta, como se pretendia na metafísica, de modo a se estabelecer dentro das condições humanas do discurso e da linguagem. Trata-se da consagração da finitude³², ao contrário da metafísica, a qual era sua negação³³.

²⁷ STRECK, 2009, p. 170-171.

²⁸ BLANCO, Carlos Nieto. *La conciencia lingüística de la filosofía*. Madrid: Trotta, 1997. p. 271.

²⁹ STRECK, 2009, p. 177.

³⁰ *Ibid.*, p. 178.

³¹ BLANCO, op. cit., p. 271; STRECK, 2009, p. 177-178.

³² INWOOD, 2002, p. 71-73: “Em Ser e Tempo, ‘finitude’, *Endlichkeit*, refere-se invariavelmente e de maneira mais ou menos explícita, à morte, sendo, pois, finitude temporal. (...) A filosofia é uma expressão de nossa finitude, uma tentativa de nos familiarizar em um mundo que não criamos e que não compreendemos inteiramente, e a própria filosofia é finita: ‘todo filosofar, sendo uma atividade humana, é incompleto, finito e restrito. (...) O ‘ser’ é finito em três sentidos: (a) Ele requer outras coisas (Deus, etc.) para revelar-se em uma civilização. (b) Nenhuma revelação do ser revela tudo que há; há sempre mais do que qualquer civilização descobre. (desta forma a finitude do ser refuta qualquer ‘idealismo’). (c) Toda civilização tem um começo e um fim.”

³³ STRECK, 2009, p. 178-179.

Assim, a viragem linguística do pensamento filosófico de que se fala se centrará especificamente na tese de que é:

(...) impossível filosofar sobre algo sem filosofar sobre a linguagem, uma vez que esta é o momento necessário constitutivo de todo e qualquer saber humano, de tal modo que a formulação de conhecimentos intersubjetivamente válidos exige reflexão sobre uma infraestrutura linguística³⁴.

Portanto, conforme o observado, o acesso a algo nunca é direto e objetificante, mas se dá, sim, pela mediação do significado e do sentido, ou seja, não se tem acesso aos objetos como são, mas sempre a partir de determinado ponto de vista³⁵.

Tal apenas resta possibilitado em razão da diferença ontológica³⁶ heideggeriana, viabilizada pelo novo conceito de ser trazido pelo filósofo, que, exatamente por ser operativo-pragmático, torna possível a afirmação de que toda a Metafísica pensou o ente quando em verdade referia-se ao ser.

Esse é o primeiro ponto do “método” fenomenológico-hermenêutico heideggeriano: a redução. Por meio da redução, desloca-se o olhar do ente em direção ao ser, de uma forma que tudo aquilo que permanece oculto no que se mostra passa a manifestar-se³⁷.

Para tanto, deve-se conceber a linguagem como totalidade, de modo a entender que não há mundo sem mediação do significado e de que não há um sujeito cognoscente apreendendo um objeto por meio da linguagem³⁸. O sujeito e o objeto apenas se dão e são possíveis na linguagem, a qual em hipótese alguma é mero instrumento³⁹.

³⁴ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 2006. p. 13.

³⁵ OLIVEIRA, 2008, p. 39: “Para o filósofo (Heidegger), o conceito de ser não é algo que se possa manipular como um objeto, tampouco descrevê-lo teoricamente como se faz com um ente. *Ser*, em Heidegger, é um *conceito operativo* o que implica dizer: sempre que lidamos com algo ou pensamos sobre algo, já aconteceu o ser. Esse ser sempre acontece num horizonte de sentido, que jamais chegará a integralizar-se e que não pode ser alcançado em sua plenitude. Ou seja, o ser não representa uma simples *realidade*, mas sempre está ligado a uma determinada *possibilidade*. Id: “Nisto consiste a diferença ontológica: o ente só é – e portanto só pode ser percebido pelo ser-aí – no seu ser. Não há ser sem ente, porém o ente não pode ser compreendido fora do ser.”

³⁶ Ibid.

³⁷ ROHDEN, 2002, p. 225: “Foi com Heidegger que Gadamer aprendeu a ler a definição aristotélica ‘o homem é o ser vivo dotado de *logos*’ não como ‘o ente vivo que possui razão’ (animal *rationalis*), mas ‘o ente que possui linguagem’. O *logos* enquanto linguagem não pode mais ser concebido instrumentalmente.”

³⁸ OLIVEIRA, 2008, p. 232-233: “A compreensão, e esta é a tese central de Gadamer, não é a transposição para o mundo interior do autor e uma recriação de suas vivências, mas um entender-se a respeito da ‘coisa’. Ora, a linguagem é o meio no qual se efetiva o entendimento entre os parceiros sobre a coisa em questão. Toda compreensão é interpretação, e toda interpretação se desenvolve no seio da linguagem, que quer deixar o objeto vir à palavra e, ao mesmo tempo, é a linguagem própria ao intérprete. Assim, o problema hermenêutico se revela como um caso especial da relação entre o pensamento e linguagem. Toda compreensão se faz no seio da linguagem, e isso nada mais é do que a concretização da consciência da influência da história. Há, assim, uma relação essencial para Gadamer entre compreensão e linguagem.”

Acerca da centralidade da linguagem no existir humano, cumpre citar passagem de Luiz Rohden que sintetiza a questão:

Pensamento e linguagem, ação e linguagem estão sempre coimplicados e interdependentes. A linguagem constitui o “verdadeiro centro do existir humano se contemplada na perspectiva de que só a preenche o âmbito da convivência humana, o âmbito do entendimento, do consenso sempre maior, que é tão imprescindível para a vida humana como o ar que respiramos”. Enquanto ser que possui *logos*, o homem constitui-se e experiencia-se no modo de ser da linguagem; e por isso ela é irredutível à esfera do *apofântico*.

Nosso pensar e conhecer, nosso sentir e imaginar, nosso querer e desejar estão sempre impregnados pela compreensão linguística do mundo, e, “neste sentido, a linguagem é a verdadeira pegada de nossa finitude. Sempre nos ultrapassa. A consciência do indivíduo não é critério para medir seu ser” – ela não é apenas subjetividade que determina, solipsisticamente, o que é a linguagem. Esta sempre nos ultrapassa, p. ex., no sentido da palavra falada que visa, no encontro com o outro, a algo para além do dito: abre um horizonte de sentido não pré-pensável, indeterminado, que dá sempre o que pensar⁴⁰.

134 Com isso, deveria sepultar-se a ideia do *cogito* cartesiano, o qual pertence à tradição metafísica, à relação sujeito-objeto, que dissimula o processo da desocultação do ser, de modo a transferir para o homem as características do absoluto divino. Trata-se do combate à tradição divina na qual se baseava o poder em franca influência no pensamento filosófico, conforme já asseverado anteriormente. É a negligência da diferença existente entre o sujeito e o objeto, com o intuito de *analisar a relação lógica que une dois objetos: o eu objetivado e o objeto conhecido subjetivamente. O conhecimento, com efeito, não se reduz à representação, ele é o reconhecimento de uma presença*⁴¹.

Com a viragem, supera-se a relação sujeito-objeto, pelo que se passa à relação sujeito-sujeito, o que não se verifica no caso ora posto em análise, ainda estanque nos moldes pré-*viragem* linguística.

No presente ponto, para que se arremate a ligeira digressão promovida, cumpre citar Streck, quando menciona que:

Então, como visto, para Heidegger, compreender não é um modo de conhecer, mas é um modo de ser, isto porque a epistemologia é substituída pela ontologia da compreensão (o homem já sempre compreende o ser)! A verdade não é uma questão de método. Será, sim, uma questão

⁴⁰ ROHDEN, 2002, p. 226.

⁴¹ STRECK, 2009, p. 179-180.

relativa à manifestação do ser, para um ser cuja experiência consiste na compreensão do ser. Ser, verdade, vida e história são concebidos a partir da temporalidade absoluta, e não da temporalidade enquanto qualidade de um eu a-histórico e transcendental, próprios da metafísica⁴².

Verificado o lugar primordial ocupado pela linguagem no paradigma hermenêutico-filosófico em que se insere a Nova Crítica do Direito, uma vez assentado que tudo se dá na linguagem, e não pela linguagem, deve-se observar que o Direito também não foge da característica de ser um fenômeno linguístico⁴³.

De tal modo, com base na matriz heideggeriana, pode-se apontar que a totalidade do processo de compreensão do ser, e, portanto, do sentido do mundo, encontra-se limitada por uma história do próprio ser, que, conseqüentemente, limita a compreensão. Com isso, Gadamer, “a partir da matriz ontológica heideggeriana⁴⁴, eleva a linguagem ao mais alto patamar, em uma ontologia hermenêutica”, de modo a entender que, a partir disso, a linguagem é o determinante da compreensão, sendo o próprio projeto hermenêutico. “O existir já é um ato de compreender e um interpretar”⁴⁵.

No caso objeto do presente estudo, há especificidade que reside no determinante de que a interpretação do texto normativo necessariamente depende de sua conformidade com um texto de validade anterior, no caso a Constituição⁴⁶. Esta, na verdade, é condição de possibilidade hermenêutica do texto que (necessariamente) se lê à sua luz. Enfim, é do sentido que se tem de Constituição que dependerá o processo de interpretação das prescrições normativas do sistema⁴⁷.

O sentido de Constituição mencionado depende, diretamente, de uma pré-compreensão⁴⁸ do sentido da Constituição, que já se encontra em face do processo de antecipação de sentido, numa copertença “faticidade-historicidade do intérprete e Constituição – texto infraconstitucional”. Nenhuma interpretação pode ser realizada ao arrepio da antecipação de sentido; trata-se de ausência de condição de possibilidade, o que, evidentemente, incide na interpretação dos textos jurídicos⁴⁹.

⁴² STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 177-178.

⁴³ *Ibid.*, p. 178.

⁴⁴ Compreensão da totalidade.

⁴⁵ STRECK, 2002, p. 179.

⁴⁶ Que não se trata de um dogma, mas de um paradigma baseado em fenômeno construído historicamente (tradição) como produto de um pacto constituinte, o qual é explicitação do contrato social.

⁴⁷ STRECK, 2002, p. 179.

⁴⁸ O que justifica diretamente a abordagem feita à exortação dos preconceitos e da tradição realizada pela razão cartesiana (cogito).

⁴⁹ STRECK, 2002, p. 179-180.

Portanto, em hipótese alguma se pode interpretar o texto por partes, ou seja, de modo a promover repetição das fases da hermenêutica clássica, em que primeiro se compreendia, depois se interpretava e, finalmente, aplicava-se o produto do procedimento anterior. Na ontologia da compreensão (compreensão da totalidade) da Nova Crítica do Direito, os três momentos mencionados se manifestam em apenas um, a *applicatio*. Este ocorre no movimento da circularidade da autocompreensão no interior da espiral hermenêutica, ou seja, no círculo hermenêutico.

Nesse ponto, o que se argumenta é que não é possível conhecer a totalidade (hermenêutica) da ideia de Direitos Fundamentais sem que haja o conhecimento de cada parte específica das prescrições que a ordenam. Da mesma forma, não se conhece o verdadeiro significado de cada uma das partes, se não vier a se conhecer a totalidade da ideia.

Trata-se de uma relação circular inescapável, cuja não verificação vicia por completo a “compreensão” a que se chegará⁵⁰.

Isso é o que Gadamer chama de círculo da compreensão:

A regra hermenêutica, segundo a qual devemos compreender o todo a partir do singular e o singular a partir do todo, provém da retórica antiga e foi transferida, pela hermenêutica moderna, da arte de falar para a arte de compreender. Em ambos os casos, estamos às voltas com uma relação circular prévia. A antecipação de sentido, que comporta o todo, ganha uma compreensão explícita através do fato de as partes, determinadas pelo todo, determinarem por seu lado esse mesmo todo.

(...)

Dessa forma, o movimento da compreensão transcorre sempre do todo para parte e, desta, de volta para o todo. A tarefa é ampliar, em círculos concêntricos, a unidade do sentido compreendido. O critério que cada vez se há de empregar para constatar a justeza da compreensão é a concordância de todas as partes singulares com o todo. A falta dessa concordância significa o fracasso da compreensão⁵¹.

Para verificação das afirmações realizadas, especialmente a de que não se pode conhecer o significado das prescrições normativas, considerando-se cada

⁵⁰ HEIDEGGER, Martin. *Lógica: a pergunta pela essência da linguagem*. Tradução de Maria Adelaide Pacheco e Helga Hooek Quadrado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. p. 76-77: “Deste modo estamos numa situação peculiar. Nós encontramos a linguagem apenas determinada a partir do ser do homem – e depois da essência do homem, por seu lado, determinada a partir da linguagem. Estamos aqui numa situação especial do movimento circular. Como havemos nós de sair fora do círculo? De modo nenhum! Não devemos sair, mas sim permanecer no círculo e pôr em acção este movimento em redemoinho. É característico do pensamento filosofante o mover-se num redemoinho que conduz a um abismo. A filosofia está sempre em um redemoinho, pelo contrário, na ciência o objecto está objetivamente presente [*Vorhanden*], nós estamos sempre num certo sentido diante dela, mas nunca chegamos assim a um questionamento filosófico.”

⁵¹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*. Tradução de Enio Paulo Giachini. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 72.

uma delas em apartado, se não vier a compreender-se o significado da ideia de Direitos Fundamentais, inicialmente se deve observar a diversidade entre normas (significado) e textos normativos (significante).

Para tal, vale observar que “o significado (isto é, a norma) é o resultado da tarefa interpretativa. Vale dizer: o significado da norma é produzido pelo intérprete. Por isso dizemos que as disposições, os enunciados, os textos, nada dizem; eles dizem o que os intérpretes dizem que eles dizem”⁵².

Assim, notória a incapacidade das leis⁵³ de manifestar-se concretamente por si sós. Num primeiro olhar, interpretar é esclarecer o sentido da norma, aclarar sua significação, sem o que resta impossibilitada a operacionalidade do direito. Em regra, o legislador faz uso de linguagem genérica e abstrata, enquanto a vida humana e as realidades sociais, sobre as quais a lei incidirá, são sempre particulares e concretas. Daí a necessidade de um específico exercício interpretativo, dentro de estritos e específicos limites, para cada caso que se apresenta.

Como cânone interpretativo, para que se possa chegar à ideia da compreensão do que sejam, individualmente, cada uma das prescrições normativas adstritas ao conceito de Direitos Fundamentais, inescusavelmente se deve conhecer, ter a pré-compreensão da ideia de Direitos Fundamentais. Esta apenas pode ser obtida por meio da historicidade implícita ao conceito, ou seja, de seu desenvolvimento histórico.

Em uma palavra final, “a compreensão e explicitação do ser já exigem uma compreensão anterior (pré-compreensão)”⁵⁴.

A partir da verificação da influência dessa totalidade de experiências como determinantes da interpretação/compreensão, dizemos que a hermenêutica filosófica consubstancia um discurso indiretamente ontológico. Um discurso diretamente ontológico é um discurso diretamente conceitual, ou seja, mantém-se em uma referência unitária, fechada e pré-dada em relação aquilo de que trata. Já o discurso indiretamente ontológico, mesmo que ao fim e ao cabo acabe por ser “objeto” de inteligência conceitual, para que nesse ponto chegue, em uma posterior experiência unitária, coordena diversos tipos de referências diferentes, correspondentes às diversas experiências que pretende interpretar⁵⁵.

⁵² GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 27.

⁵³ Entendidas aqui como prescrição normativa, texto unicamente.

⁵⁴ STRECK, 2002, p. 179-180.

⁵⁵ ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica filosófica: entre a linguagem da experiência e a experiência da linguagem*, p. 111-112: “A Ciência da Lógica hegeliana e a Ética espinoziana constituem uma ontologia forte porque – seguindo o modelo matemático – excluem no final a experiência, a liberdade e a contingência humana. Contudo, fraca e limitada é aquela forma de conhecer que absolutiza um jogo de linguagem e desvincula-o das demais perspectivas filosóficas. A hermenêutica filosófica, na verdade, por possuir pretensão de articular lógica e ontologia, historicidade e cientificidade, verdade e método, é que é, sob nosso ponto de vista, o pensamento autenticamente ‘forte’ dada sua amplitude e coerência entre ser e pensar.”

Com isso, torna-se possível e imperativo promover a de(s)mistificação das teses produzidas e do próprio senso/sentido comum teórico dos juristas, de modo a extirpar o odioso dogma de que o juiz primeiramente decide e apenas depois é que busca justificação (fundamentação) para tal, conforme claramente ocorreu no caso paradigmático abordado na presente digressão. Neste, o julgador claramente decidiu *ab initio* que determinada parte seria “culpada”⁵⁶ de delitos (sabe-se lá quais, dado que não explicitados!) outros e que em razão disso todo o arcabouço probatório constante dos autos não seria válido, devendo ser “aditivado” com os fatos notórios que ele bem entendesse e que acabaram valendo como uma metaprova, uma verdadeira capa de sentido que provê validade para a inautêntica e velada pré-compreensão do magistrado. Ao contrário disso, com a Nova Crítica do Direito e com o acontecer (desvelamento) da Constituição, o julgador não mais decide para apenas depois buscar fundamentos para tanto; o que faz é decidir apenas em razão de já ter encontrado fundamento fático jurídico, específico, para tanto⁵⁷.

Desse modo, com base na circularidade, pode-se dizer que as condições de possibilidade para que um intérprete possa compreender um texto levam à necessidade de uma pré-compreensão, no caso da Constituição como totalidade, a qual pareceu ser completamente faltante no caso de que se fala⁵⁸.

138 Portanto, para que se compreenda a totalidade do ordenamento, necessariamente deve-se pré-compreender a Constituição, para o que imperativo também pré-compreender a ideia e os ideais contidos em tal documento, de modo que se converta, ele próprio, na ideia que carrega. Apenas se pode compreender a Constituição e sua indissociável totalidade ao se compreender a tradição em que se encerra, a historicidade que lhe acompanha. Ou seja, indispensável pré-compreender ela mesma.

O que se chama de baixa constitucionalidade advém exatamente dos pré-juízos inautênticos, ou preconceitos inautênticos, os quais advêm da deficiente pré-compreensão da Constituição, exatamente pelo desconhecimento ou mesmo desprezo pela tradição e historicidade que lhe são inerentes. Daí cumpre ressaltar passagem de Streck, a qual sintetiza com clareza a ideia referida:

⁵⁶ Vocábulo que nos parece mais adequado do que “sucumbente”, uma vez que não se trata especificamente dos fatos atinentes a demanda a que se deveria ater, pois claramente em razão de sua pré-compreensão (inautêntica) completamente velada, ou seja, em momento algum explicitada nos autos, de que em razão de outras condutas (delituosas) exprimidas em situações completamente diversas da que se trata, o julgador efetivamente “condena” a parte por ser “culpada” de tais atos reprováveis (sabe-se lá se pelo direito ou, única e exclusivamente, pela consciência do magistrado).

⁵⁷ *Ibid.*, p. 180.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 181.

Desse modo, partindo da premissa de que hermenêutica é condição de ser no mundo, que hermenêutica é existência, e que o processo de interpretação tem como condição de possibilidade a compreensão, onde o sentido já vem antecipado pela pré-compreensão, a pergunta que se impõe é: como é possível olhar o novo (texto constitucional de 1988), se os nossos pré-juízos (pré-compreensão) estão dominados por uma compreensão inautêntica do Direito, onde, no campo do direito constitucional, pouca importância tem sido dada ao estudo da jurisdição constitucional⁵⁹?

Enfim, deve-se observar que o problema da não realização da Constituição, o seu velamento, é advindo da ausência de (pré)compreensão dos juristas da própria Constituição, dada a pouca importância que se dá à historicidade envolvida em tal processo. O problema do cumprimento simbólico da exigência do artigo 93, IX, da Constituição, que no caso serviu de capa de sentido para uma inconstitucionalidade, finalmente fundamentada em leitura inconstitucional do que posto no artigo 334 do CPC, não é unicamente jurídico, mas primordial e preliminarmente filosófico⁶⁰.

No caso, conforme muito bem definiu Heidegger em seu curso de Lógica proferido em 1934 na Universidade de Friburgo, nesse caso a linguagem posta no ordenamento, mais especificamente nas prescrições constantes do código de processo civil, é tratada como se fossem vocábulos soltos em um dicionário, apenas ordenados por uma lógica racional de inteligível ordenação, com vistas a facilitar o atingimento do que se busca. Extirpa-se toda a historicidade e o contexto inerentes a cada uma das prescrições, as quais são tratadas como mero amontoado de regramentos postos à disposição dos “operadores” do direito, especialmente dos julgadores, para que estes possam utilizá-las para justificar suas decisões “justas” da melhor forma possível. Como posto por Heidegger, este tipo de leitura pode ser comparada à transformação de um cemitério em um ossário, onde os restos mortais e os ossos dos que já estiveram em um túmulo específico acabam por ser todos empilhados, misturados e estratificados na busca de manifestar toda a ruína que isso representa⁶¹.

⁵⁹ Id.

⁶⁰ Ibid., p. 186: O jurista fala o Direito e do Direito a partir desses pré-juízos, enfim, de sua pré-compreensão. Falará, enfim, de sua situação hermenêutica (o conceito de situação se caracteriza porque alguém não se encontra frente a ela e portanto não pode ter um saber objetivo dela; se está nela, este alguém se encontra sempre em uma situação cuja iluminação é uma tarefa que não pode ser desenvolvida por inteiro); dito de outro modo, quando o operador do Direito fala do Direito ou sobre o Direito, fala a partir do seu “desde-já-sempre”, o já-sempre-sabido sobre o Direito, enfim, como o Direito sempre-tem-sido (é como ele “é” e tem sido estudado nas faculdades, reproduzido nos manuais e aplicado cotidianamente). O mundo jurídico é, assim, pré-dado (e predado!) por esse sentido comum teórico, que é, assim, o véu do ser autêntico do Direito!

⁶¹ HEIDEGGER, Martin. *Lógica: a pergunta pela essência da linguagem*, p. 65-66.

Em face do não acontecer da Constituição, de seu não desvelamento, não se identifica muitos dos direitos fundamentais implícitos, dentre eles o direito fundamental à obtenção de respostas corretas, conforme assevera Streck⁶².

Sendo simbólicas e inautênticas, conforme a apresentada no caso ora sob análise, as fundamentações em momento algum contemplam o que prevê a Constituição em sua totalidade hermenêutica indissociável, o que se dá pela atribuição de sentido *in abstracto*. Tal é o que permite a possibilidade de existência, ou admissão, de múltiplas respostas a cada uma das questões, visto que basta haver um “fundamento” prévio, pronto e acabado, passível de “aplicação”, para que reste viabilizada a possibilidade de admissão de mais de uma resposta para um caso específico⁶³.

Negar a possibilidade de que possa existir (sempre) – para cada caso – uma resposta conformada à Constituição – portanto, uma resposta correta sob o ponto de vista hermenêutico (porque é impossível cindir o ato interpretativo do ato aplicativo) – pode significar a admissão de discricionariedades interpretativas, o que se mostra antiético ao caráter não relativista da hermenêutica filosófica e ao próprio paradigma do novo constitucionalismo principiológico introduzido pelo Estado Democrático de Direito, incompatível com a existência de múltiplas respostas⁶⁴.

140

Desse modo, observa-se que é possível, sim, a verificação de uma única interpretação correta, constitucional, e, portanto, autêntica, e de todas as outras incorretas, e, portanto, inautênticas. A busca de respostas corretas, funda-se na superação das práticas subsuntivas⁶⁵ e do dedutivismo. A resposta correta nada mais é do que a “resposta hermenêuticamente adequada à Constituição”⁶⁶.

Nesse momento, importante entender a diferença, mas não cisão, entre texto e norma. Texto e norma não podem ser compreendidos isoladamente um do outro. Caso contrário, seria tarefa do intérprete “extrair um sentido oculto do texto”, prática completamente inautêntica, solipsista e decisionista, que

⁶² STRECK, Lenio Luiz. A Constituição (ainda) dirigente e o direito fundamental à obtenção de respostas corretas. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, n. 6, p. 273-313, 2008.

⁶³ Id.

⁶⁴ Id.

⁶⁵ Visto que a legislação, com base na qual se realiza a “subsunção dos fatos à norma (sic)”, sempre restará impossibilitada de prever todas as hipóteses de aplicação, dada a impossibilidade de aprisionamento da faticidade pelo texto. É a finitude humana se manifestando sobre a obra humana (o texto), como não poderia deixar de ocorrer.

⁶⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso – Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 327.

pertence à relação sujeito-objeto. Para o entendimento do que se fala, importante retomar a noção de círculo hermenêutico para se observar que texto apenas será compreendido na sua norma, ao passo que a norma apenas poderá ser compreendida a partir de seu texto. Ou seja, a faticidade de um não existe sem a do outro. Texto é fato e fato é texto⁶⁷.

Desse raciocínio é que surge a impossibilidade de sentido, como se este pudesse ser deveras arrancado dos textos. Os sentidos apenas são passíveis de atribuição, a partir da faticidade em que se encontra inserido o intérprete. O contrário seria negar a própria finitude do ser⁶⁸.

Tendo em vista que não se interpreta para apenas depois compreender, mas, sim, compreende-se para interpretar, de modo que esta última nada mais é do que a explicitação do compreendido, clara a ocorrência de uma, e apenas uma, resposta correta, em consonância com a Constituição, e tudo que esse conceito implica⁶⁹.

De tal modo, conforme assevera Streck, “há, pois, uma umbilical relação entre a exigência de fundamentação e o direito fundamental que cada cidadão tem a uma resposta correta (adequada à Constituição)”⁷⁰.

O SENTIMENTO CONSTITUCIONAL COMO MEIO DE SUPERAÇÃO DA BAIXA CONSTITUCIONALIDADE E POSSIBILITADOR DO ACONTECER (DESVELAMENTO) DA CONSTITUIÇÃO

141

Ao se afastar a tradição e a historicidade de que resta carregada a Constituição, muitas vezes se perde completamente a origem das construções teóricas que sustentam suas previsões, de quais embates cada uma delas derivou, enfim que tipo de conquista cada uma delas representa. Não se fala na historicidade de 1988 até o presente momento, mas, sim, na tradição que possibilitou as bases em que, hodiernamente, e desde 1988, se apoia a Constituição da República. Mais ainda, deve-se ter em mente a inteireza da tradição que possibilita sua existência como documento fundamental, verdadeira pedra angular de todo o edifício jurídico.

Com a perda da tradição, o texto constitucional sofre influências das mais variadas, de modo a permitir a nefasta ascensão do que Streck⁷¹, diretamente

⁶⁷ Ibid., p. 336-338.

⁶⁸ Id.: “Isso significa poder afirmar que o texto sempre já traz ‘em si’ um compromisso – que é a pré-compreensão que antecipa esse ‘em si’ – e que é o elemento regulador de qualquer enunciado que façamos a partir daquele texto.”

⁶⁹ STRECK, Lenio Luiz. A Constituição (ainda) dirigente e o direito fundamental à obtenção de respostas corretas. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, n. 6, p. 273-313, 2008.

⁷⁰ Ibid., p. 363.

⁷¹ Ibid., p. 65.

inspirado em Warat⁷², chama de *communis opinio doctorum*⁷³. Ou seja, a manifestação de indivíduos teoricamente autorizados para se pronunciar acerca do Direito, sem importar seu embasamento teórico, de modo a levar-se em conta apenas a autoridade que lhes credencia. Assim, não apenas a Constituição, mas todo o ordenamento, será sempre o que essa “força desconhecida” quiser que seja. Mais claramente: será o que o Judiciário quiser que seja, dado que este pode utilizar-se do que a *communis opinio doctorum* produz⁷⁴ do modo que melhor entender, ou ele mesmo produzir tais verdades.

Em suma, com base em uma autoridade simbólica, acaba-se podendo sustentar qualquer posição sem que esta seja considerada absurda, ou, pior, em contrariedade ao direito fundamental à obtenção de respostas corretas.

Dado o tratamento do Direito apenas com base em postulados, dogmas sem fundamentação científica, ou seja, sem observância do *locus* interpretativo de toda juridicidade, constituído pelos limites hermenêuticos postos pela historicidade em que resta envolto o texto constitucional, não se verá a equivocidade e a inconstitucionalidade em que resta envolvida a rasa dogmática hodierna.

Com o estirpamento da tradição e a exaltação da tecnicidade, acaba-se por, deveras, substituir a autoridade democrática e teoricamente fundada, que deveria legitimar a atuação do judiciário, por uma autoridade meramente hierárquica, quase pertencente a um atuar monárquico. “Esquece-se” que o próprio poder que detém o judiciário hodiernamente é uma direta derivação de conquistas revolucionárias e democráticas, que fazem com que seu atuar seja apenas mais uma forma de garantia de tais triunfos, dos direitos conquistados a duras penas, não podendo atuar em desfavor destas em hipótese alguma, conforme verificamos no caso posto em pauta, pois a função da justiça não é proceder da forma que o julgador entende justa, mas, sim, cumprir o que posto no ordenamento, mesmo que a contragosto de convicções políticas e pessoais do magistrado responsável.

142

⁷² WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito I*. Porto Alegre: Fabris, 1994. p. 57.

⁷³ O senso/sentido comum teórico acaba por “coisificar” o mundo, de modo a compensar as lacunas da ciência jurídica, e, no caso, de sua prática também. Neste sentido, importante observar a definição de Leonel Severo Rocha: “Refere-se à produção, à circulação e à ‘consumação’ das verdades nas diversas práticas de enunciação e de escritura do Direito, designando o conjunto das representações, crenças e ficções que influenciam, despercebidamente, os operadores do Direito. Traduz-se em uma ‘paralinguagem’, situada depois dos significantes e dos sistemas de significação dominantes, que ele serve de forma sutil, para estabelecer a ‘realidade’ jurídica dominante. É o local dos ‘segredos’.” ROCHA, Leonel Severo. *Sens commun théorique dès juristes*. In: *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*. André-Jean Arnaud (Org.). Paris: LGDJ-UNB, 1990, p. 372 e segs apud Id.

⁷⁴ O que pode ser qualquer coisa. Ou seja, basta o fundamento vazio da autoridade, sem exposição da legitimidade de qualquer fundamento científico que a suporte, para que o argumento utilizado se torne legítimo. Em suma, não há limites hermenêuticos! Se a *communis opinio doctorum* disser que a partir de hoje o céu é roxo, assim o será, e não se tenha dúvida de que todos os manuais o irão repetir como jurisprudência dominante, de modo a condicionar o dogma nas mentes da grande maioria dos estudantes de graduação!

Com esse tipo de prática encobre-se o que Verdú denomina “sentimento constitucional”⁷⁵, que parece ser uma possibilidade teórica de desvelamento da Constituição como meio de rompimento com as tradições inautênticas que ora reinam no imaginário dos juristas⁷⁶, a qual, mesmo calcada em uma visão ainda fundada na filosofia da consciência, é de especial valia, pois fundada em uma visão histórica da Constituição que acaba por resgatar as fundações históricas de seus institutos, muito antes destas serem jurídico-teóricas e, muitas vezes, amorfas.

Para que se tenha uma devida pré-compreensão do sentimento constitucional, deve-se voltar para a historicidade decorrente do desenvolvimento do movimento constitucional.

Não se tem dúvida de que a tarefa da dogmática é eminentemente “cientificizar” as relações humanas regidas pelo direito, com base nas normatizações positivadas, o que se realiza por meio da construção de institutos jurídicos, com vistas à sua materialização na vida dos indivíduos que possuem sua conduta regrada pela mencionada positivação.

No entanto, para que a tarefa eminentemente científica da dogmática não se torne contrária e prejudicial à realização dos próprios anseios para os quais foi criada, não se pode descuidar de seus objetivos iniciais.

As construções dogmático-conceituais, em sua integralidade, advêm de anseios humanos, todos eles emocionais, ou seja, advindos de um sentir emotivo e completamente subjetivo. Este é o momento do sentir jurídico, que Verdú aponta que “abrirá caminho à medida que toda estimativa jurídica, antes de ser fundada em argumentos racionais, passe a ser sentida e vivida. É quando aparece um aspecto emotivo que entra em choque com o excesso de construções conceituais”⁷⁷.

É a paixão envolvida no sentimento de justo/injusto que move as alterações nos fundamentos da juridicidade e a criação de novos instrumentos jurídicos, visando a satisfação dos anseios de justiça que lhes são contemporâneos. Tal se verifica eminentemente no âmbito do direito constitucional, em que a luta (política) por mudanças se acha inescusavelmente impulsionada por paixões, o que se dá, minimamente, desde o século XVIII. “Com efeito, a luta pela Constituição frente o Antigo Regime, a confrontação absolutismo/liberalismo, conservadorismo liberal/liberalismo radical, o surgimento do socialismo, foram

⁷⁵ VERDÚ, Pablo Lucas. *O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como de integração política*. Tradução de Agassiz de Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

⁷⁶ E que, principalmente nesta nova “classe” dos “operadores” do direito, cada vez menos entendem de direito e mais de um saber meramente técnico-instrumental que ceifa todas as conquistas de que falamos, apresentando-as sem qualquer “cor, gosto ou cheiro”, ou seja, postas apenas como um postulado, sem qualquer tipo de raiz, que acaba por ser facilmente passível de manipulação de seus sentidos.

⁷⁷ VERDÚ, Pablo Lucas. *O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como de integração política*, p. 3.

combates apaixonados e intensamente vividos”⁷⁸, os quais foram conformadores de novos ordenamentos, teorias e práticas dogmáticas.

Veja que todo o sentimento de que se fala resta compreendido e “portado” pela tradição, de modo que quando esta resta olvidada se perde todo o fundamento da ordem jurídico-constitucional. Nesse momento começa o reinado do senso comum teórico, apoiado apenas em categorias conceituais abstratas que muitas vezes militam em completo desfavor dos objetivos fundamentais do ordenamento. À identidade do que se fala, esta também é a constatação de Verdú:

Ainda assim, a doutrina contemporânea praticamente não presta atenção ao sentimento constitucional, de modo que o fato de estar vigente um ordenamento constitucional e de este ser compreendido, explicado e aplicado mediante categorias conceituais da lógica jurídica parece bastar: o ordenamento constitucional pensa, logo existe (pensa e é pensado, refletido por seus intérpretes lógicos, e com isso basta). De outro modo, para quem suscita a conexão desse pensar constitucional inspirado em sequências lógico-matemáticas com a sua efetividade e, sobretudo, com a adesão dos cidadãos, da sociedade civil, a questão aparece assim: a Constituição é sentida, logo existe⁷⁹.

Importante frisar que em hipótese alguma se intenta fundar e pensar o ordenamento em um reducionismo sentimental, especificamente da Constituição, mas não se pode deixar de ter em mente os ideais e anseios do movimento revolucionário⁸⁰ que a erigiram e que simbolizam o movimento constitucional e o Estado Democrático de Direito.

⁷⁸ Id.

⁷⁹ Ibid., p. 4.

⁸⁰ ARENDT, Hannah. *Sobre a revolução*. Tradução de Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 162: “Se os homens que, dois dos lados do Atlântico, estavam preparados para a revolução tinham alguma coisa em comum antes dos acontecimentos que iriam determinar suas vidas, moldar suas convicções e por fim separá-los era um interesse apaixonado pela liberdade pública entendida basicamente na formulação de Montesquieu ou de Burke, e provavelmente esse interesse, já naquela época, no século do mercantilismo e de um absolutismo inegavelmente muito progressista, era algo bastante ultrapassado. Além disso, não tinham propensão alguma para a revolução, mas, como colocou John Adams, foram ‘chamados de modo inesperado e compelidos sem disposição prévia’; como atesta Tocqueville em relação a França, ‘a própria ideia de uma revolução violenta não tinha espaço no espírito [deles]; não era discutida porque nem era concebida’. No entanto, seu depoimento contraria Adams, ao dizer que ‘a revolução foi efetuada antes que a guerra começasse’, não por causa de qualquer disposição especificamente rebelde ou revolucionária, mas porque os habitantes das colônias tinham se ‘unido por lei em corporações ou corpos políticos’, e tinham ‘o direito de se reunir (...) na sede de seus municípios, para deliberar sobre os assuntos políticos’; foi ‘nessas assembleias de municípios ou distritos que se formaram em primeiro lugar os sentimentos do povo’. E contrastando com o comentário de Tocqueville destaca-se sua insistência sobre ‘o gosto’ ou ‘a paixão pela liberdade pública’, que encontrou por toda França antes de estourar a revolução, de fato predominando no espírito de indivíduos que não tinham nenhuma ideia da revolução e nenhum presságio do papel que iriam desempenhar.”

Como forma de tornar mais palpável a ideia que se busca plantar basta atentar para o exemplo da Constituição inglesa, a qual perdura há séculos a fio entre a razão e a paixão, entre a racionalidade e o sentimento constitucional⁸¹.

O sentimento jurídico⁸² se faz perceber ao atuar diante da convicção, dos indivíduos aos quais a normatização é direcionada, de que esta é consonante a seu sentimento de justiça e conveniência⁸³. Veja-se, nesse caso, não apenas as normatizações traduzidas como prescrições normativas textuais (pretensamente abstratas), mas eminentemente em face das normas jurídicas advindas dos textos e das normas de decisão utilizadas em cada caso específico que passa pelo crivo do Poder Judiciário.

Ao fim e ao cabo, é graças ao sentimento jurídico-constitucional que a efetividade do ordenamento (textual) possui o condão de penetrar e concretizar suas normas no seio da sociedade⁸⁴.

Algumas das principais objeções produzidas pela dogmática racionalista ortodoxa ao sentimento constitucional são as seguintes: a) o sentimento constitucional não seria objeto de estudo do direito, mas, sim, da psicologia social, sociologia e/ou ciência política, de modo a não coadunar com a necessária técnica inerente ao estudo jurídico; b) a consideração dada ao sentimento jurídico-constitucional levaria ao desprivilegio do princípio da segurança jurídica, o qual, pretensamente, estaria diretamente ligado à técnica racionalista; c) por fim, o sentimento jurídico-constitucional seria um ente *fantasmagórico*, dado que foge à técnica racionalista e, por isso, não pode ser levado em conta pelos juristas⁸⁵.

Em face das considerações colocadas por Verdú, como objeções à incidência do sentimento jurídico-constitucional, ponto que deve ser ressaltado que é comum a todos os apontamentos é a prevalência, para não dizer unidimensional consideração, da visão técnico-racional do ordenamento. Isso, por si só, já é imprudente, para não dizer completamente equivocado, especialmente em face de todos os argumentos e apontamentos realizados ao longo do presente texto.

Olvida-se a tradição de que surge o texto normativo, do qual se busca ter uma visão racionalista, que acaba por ser nada mais do que uma visão reducionista e extremamente limitada⁸⁶.

⁸¹ VERDÚ, Pablo Lucas. *O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como de integração política*, p. 5.

⁸² Do qual, com a Constituição como pedra angular de todo o ordenamento, deriva e é derivado do Sentimento Constitucional.

⁸³ VERDÚ, Pablo Lucas. *O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como de integração política*, p. 5.

⁸⁴ Id.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 8.

⁸⁶ Acerca do tema, há imperdível passagem de Henri Robert ao narrar o julgamento de Camille Desmoulins, quando faz referência ao “culto da razão”, estabelecido em Paris, à época dos acontecimentos: “Ao mesmo tempo, eram abolidos todos os cultos antigos, e estabelecia-se oficialmente, em Paris, o culto da Razão, talvez porque fosse o momento em que poderia

Ao se verificar as premissas incidentes sobre cada um dos pontuais momentos críticos que se noticia, as quais por si sós as invalidam, cumpre realizar análise pontual de cada uma delas, de modo a verificar seu comprometimento científico.

Em relação ao primeiro dos apontamentos críticos, verifica-se desdobramento da danosa parcialidade de que padecem genericamente todos os colacionados, ou seja, a ignorância da complementaridade que se verifica entre as disciplinas científicas mencionadas como destinadas ao estudo do sentimento jurídico-constitucional, em detrimento do campo científico-jurídico. Em uma palavra: ignora-se a indissociabilidade do todo.

Acerca do segundo argumento crítico, imperativo ressaltar que este fala em não contemplação da segurança jurídica racionalista, sob um ponto de vista fundado na dogmática posta, esta diretamente derivada do senso/sentido comum teórico. Sob esse prisma, rechaçar-se-á a segurança jurídica fundada na Constituição, de modo a deixar de lado a justiça social que esta propugna, absolutizando a segurança formal-conservadora, impedindo, assim, o acontecer da Constituição, dado que suprime a tradição que é inerente ao documento. Do modo como pretende a crítica realizada, a Constituição poderá ser o que a dogmática tradicionalista disser que ela é e acaba por franquear leituras completamente inconstitucionais, como a que ressaltamos para todo este desenrolar teórico⁸⁷.

parecer, exatamente, que mais longe ela ia sendo deixada. Foi uma curiosa cerimônia! Notre-Dame tornou-se o templo da Razão, por toda parte o busto de Marat substituiu o crucifixo. E, no 20 brumário, a primeira festa da Razão foi celebrada com grande pompa. Uma jovem mulher representava a deusa da Razão. Foi escolhida sedutora, sem dúvida para tornar a Razão mais amável. Era a esposa do impressor Momoro, um dos revolucionários mais encarniçados. Vestida de branco, com um manto azul celeste flutuando sobre os ombros, cabelos soltos, com o barrete da liberdade, sentada numa cadeira envolta em hera, ela era carregada por quatro cidadãos. A deusa era seguida por um cortejo de moças, trajando vestidos cândidos e coroadas de rosas. Depois vinham o busto de Marat, os músicos e todas as seções de Paris em armas. O procurador-geral Chaumette pronunciou um discurso, com jeito de sermão, cujo início será suficiente para que possais apreciar seu teor: ‘Cidadãos’, ele dizia, ‘o fanatismo cedeu lugar a Razão.’ Depois disso – e era, manifestamente, a decisão mais razoável –, ele deu um caloroso abraço na bela deusa.” ROBERT, Henri. *Grandes julgamentos da história*. Tradução por Monica Stahel. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 113-114.

⁸⁷ STRECK, 2002, p. 831-832: “A constituição não é o que o Supremo Tribunal diz que é, como acredita certa teoria jurídica. É verdade que o Supremo Tribunal diz a última palavra sobre o sentido da Constituição. Entretanto, o STF somente o faz em face de uma intersubjetividade logística que se instaura na sociedade. O Supremo Tribunal, ao atribuir sentido a um texto, não faz a partir da subjetividade de cada um dos julgadores, ou seja, a partir do cogito de cada um dos ministros. Há uma situação hermenêutica em que cada um está inserido. Cada um falará a partir de seu modo de ser no mundo, de sua faticidade, de sua historicidade. Há todo um conjunto de pré-juízos que conformam a pré-compreensão do intérprete. É do interior dessa tradição que o jurista falará, devendo suspender seus zelosos pré-juízos, para realizar uma fusão de horizontes. Por isso, a Constituição não é (e hermenêuticamente não pode ser) o que o supremo Tribunal disser que ela é. A Constituição é um todo constituído pela tradição jurídica. Ocorre que, em sendo a tradição dominada por pré-juízos inautênticos, o resultado que exurgirá certamente não será aquele que aponta para uma otimização do texto compromissário e dirigente da Constituição de 1988.”

Por fim, a terceira locução crítica, à identidade do equívoco genérico que também incide de forma direta sobre a primeira pontuação contrária ao sentimento jurídico-constitucional, parte da crença de que o direito é realizado por meio de pura análise técnica do domínio das normas, completamente carente de influências históricas. Desse modo, não há limites hermenêuticos.

Diante do que resta posto, não há dúvidas acerca da dificuldade que se impõe para uma normatividade, seja ela qual for, de efetivar-se unicamente ao fazer uso de seu viés lógico, dado que, muitas vezes, tal abordagem faz com que se olvidem os fundamentos que originaram a redação posta.

O caso trazido à balha é paradigmaticamente exemplificativo, especialmente na leitura que promove acerca da Constituição, a qual é vista sob seu viés lógico-racional, ou seja, a partir de uma interpretação fragmentária e ausente da tradição inerente ao texto. Por ser vista e “praticada” sob tal viés é que não se verifica o real “acontecer” da Constituição, mais especificamente o que resta exprimido em seu preâmbulo e seus artigos 1º e 3º. Não se vê os reais objetivos da Constituição, fundamento do ordenamento pátrio, efetivados pelos meios pseudoefetivados, os quais ela mesma prevê.

Ademais, conforme aponta Verdú, até para um dois maiores expoentes do racionalismo, que foi Jean Jacques Rousseau, a força da razão apenas é passível de propagação por meio da imaginação e do sentimento:

J.J. Rousseau, em seus *Discours sur l'origine de l'inégalité*, afirma que o Direito natural repousa nos sentimentos inatos do coração humano. No campo ético-jurídico, adota, como veremos, uma posição que o aproxima dos sentimentalistas escoceses, na medida em que aceita o sentido comum como critério de verdade e da moral. Rousseau – como escreve Solari – tem importância porque “conseguiu impor suas doutrinas aos estudiosos e aos homens de Estado com a força da razão, conseguiu difundir-las entre o povo com a força invencível da imaginação e do sentimento”. Para Rousseau, não bastam a evidência e a afirmação puramente racional, pois a verdade, antes de ser conhecida mediante a inteligência, é intuição sentimental. Rousseau “opunha a origem e a natureza emotiva da justiça, da lei e do Direito da natureza à doutrina intelectualista geralmente sustentada pelos iusnaturalistas”. Não há preceito jurídico que possa justificar-se, segundo Rousseau, desde um ponto de vista puramente racional. Não há, por exemplo motivo racional no fato de outros observarem os preceitos da justiça, quando os da injustiça poderiam trazer-lhes maiores vantagens. Só a força de um sentimento expansivo pode fazer sentir como nossas as dores alheias, pode projetar o homem acima de si mesmo, identificá-lo com seu semelhante, conduzi-lo ao esquecimento de seu próprio eu e ao sacrifício definitivo⁸⁸.

⁸⁸ VERDÚ, Pablo Lucas. *O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como de integração política*, p. 18-19.

Na esteira de ataque ao formalismo ortodoxo também segue Rudolf von Ihering, especificamente quando coloca que historicamente o direito sempre foi resultado de lutas. Ou seja, engajamentos humanos em busca de conquistas diante do *status quo*:

O fim do direito é a paz, o meio de que se serve para consegui-lo é a luta. Enquanto o direito estiver sujeito às ameaças da injustiça – e isso perdurará enquanto o mundo for mundo –, ele não poderá prescindir da luta. A vida do direito é a luta: lutas dos povos, dos governos, das classes sociais, dos indivíduos. Todos os direitos da humanidade foram conquistados pela luta; seus princípios mais importantes tiveram de enfrentar ataques daqueles que a eles se opunham. (...) O direito não é uma simples ideia, é uma força viva⁸⁹.

Em vista das manifestações contrárias à ortodoxia racionalista, as quais se estendem ao fundamentalismo emocional, não se pode negar a incidência do viés ideológico e psicológico do direito como real condição de possibilidade para eclosão da racionalidade jurídica moderna, que perdura até os dias atuais, mesmo que a partir de uma leitura incompleta, visto que carente de historicidade.

Dado o teor da descrição que Verdú realiza em sua obra e os fundamentos que utiliza para tanto, é possível pontuar que o “sentimento jurídico supõe a implicação com o ordenamento jurídico e com a ideia de justiça que o inspira e ilumina. Sentir juridicamente é implicar-se com o Direito vigente, com o todo ou com parte dele, dando-lhe apoio”⁹⁰.

Diante de tal definição, não se pode negar a necessária historicidade e tradição envolvidas no conceito de sentimento jurídico, o qual se torna sentimento constitucional no momento em que passa a fazer referência ao “afeto” mantido pela ordem fundamental da convivência humana regulada juridicamente, a Constituição. “Desse modo, o sentimento jurídico aparece como afeto mais ou menos intenso pelo justo equitativo na convivência. Quando tal afeto versa sobre a ordem fundamental daquela convivência, temos o sentimento constitucional”⁹¹.

Se não houver o conhecimento acerca da história que permitiu que viesse a se erigir o ordenamento, e das lutas implícitas nela, evidentemente não se poderá ter apreço ou despreço por ele, quiçá pelo seu fundamento: a Constituição⁹².

⁸⁹ IHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2004. p. 27.

⁹⁰ VERDÚ, Pablo Lucas. *O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como de integração política*, p. 53.

⁹¹ Id.

⁹² *Ibid.*, p. 61: “O Direito positivo também depende de um âmbito cultural, científico e das relações sociais de que brota. (...) O conteúdo do *Rechtsgefühl*, como representação emocional de um ideal jurídico, está essencialmente determinado pela concepção histórica”.

Desse modo, não será possível que o sentimento constitucional desenvolva sua função preventiva⁹³ acerca da violação da Constituição conforme historicamente erigida, dado que tal momento resta velado pela nefasta influência do senso/sentido comum teórico.

Entretanto, pode-se dizer que o velamento, que, inclusive, impede o acontecimento do sentimento constitucional, advém, verdadeiramente, do que Verdú denomina “ressentimento jurídico”. Especifica tal manifestação quando aponta que “o ressentimento jurídico é próprio de povos que se rendem, que ruminam sua própria insatisfação, esgotando sua sensibilidade. O desencanto, o derrotismo, o pessimismo são fases prévias desse tipo de ressentimento, seus aliados naturais”⁹⁴.

Em suma, é a própria descrença dos cidadãos em suas conquistas advindas das lutas que aponta Ihering, as quais restam expressas na Constituição, que gera a inefetividade do texto que consagrou. O qual, verdadeiramente, funciona como uma “carta de boas intenções”.

Entretanto, mesmo diante do resultado da atividade do hodierno ressentimento, pode-se dizer que a recorrente incidência dele ao longo de um interregno temporal considerável pode, por si só, gerar nova ruptura, a qual não necessita invariavelmente atingir o texto constitucional ora positivado, de forma a apenas influir no modo de confecção das normas e regras de decisão advindas do texto. Afinal, a normatização positivada, aparentemente, ampara os mais emergentes anseios dos cidadãos, pelo que se afigura legítima, de modo que o que lhes frustra e gera o ressentimento jurídico do qual se fala é a não concretização dos resultados que prometia a Constituição.

É o efeito do que Streck denomina “as promessas da modernidade não cumpridas”⁹⁵, ou seja, todas as que restam positivadas no texto da Constituição, tida como documento concretizador das utopias do direito positivo⁹⁶, mas que não se encontram ao alcance das massas, apenas das elites.

A ruptura no agir do Judiciário de que acima se fala, a ruptura com a tradição inautêntica como meio de desvelamento constitucional, deverá eclodir exatamente em razão da falta de cumprimento do que promete o texto constitucional, ou seja, do ressentimento causado pelo agir do Judiciário, o qual, jamais se pode olvidar, é formado por cidadãos brasileiros.

Após realizada tal digressão, a indagação que remanesce é se tal ressentimento não é o próprio gerador de uma decisão tão inconstitucional como

⁹³ Ibid., p. 66: “Cumpra também uma função preventiva, na medida em que impede ou obstaculiza que se chegue a violar o Direito”.

⁹⁴ Ibid., p. 62.

⁹⁵ STRECK, 2009, p. 21-30.

⁹⁶ STRECK, 2002, p. 95-106.

aquela à qual nos referimos, que acaba por desconSIDERAR todas as conquistas históricas da Constituição, uma vez que extraordinariamente atinge um integrante dos “incluídos”, visto quase como um inimigo simbólico⁹⁷ da sociedade, portador de todos os males da desigualdade reinante no Brasil e que agora seria punido pelo judiciário.

Ora, o grande problema desse relativismo, no qual “até as pedras sabem” (mas seu depoimento não consta dos autos!), é a preterição das conquistas constitucionais, as quais, exatamente em derivação da desigualdade reinante e da política estamental⁹⁸ reinante no Brasil, muito mais atingirão ao excluídos do que aos incluídos, ou seja, para um caso como o que narramos, muito provavelmente haverá outros quinhentos em que o esquecimento das premissas constitucionais atingirá o brasileiro “comum”.

Como insiste Streck⁹⁹, a literatura, carregada de tradição, ensina-nos isso de forma privilegiada. Para o caso, calha muitíssimo bem *O nome da rosa*, em que Umberto Eco trata em um pequeno trecho dos efeitos de toda a problemática que apresentamos, no qual Bernardo de Gui (o inquisidor-mor) contesta afirmações de desconhecimento da natureza dos fatos delituosos noticiados e conseqüente inocência, proferidas por Remigio de Varagine (um dos acusados do assassinato em julgamento), como se elas fossem comprovações de sua incriminação:

“A minh’alma é inocente e não sei o que vós pretendeis quando falais em deprecação herética”, disse cautamente o celeireiro.

“Estais vendo?” exclamou Bernardo voltando-se para os outros juizes. “Todos iguais! Quando um deles é detido, apresenta-se em juízo como se sua consciência estivesse tranquila e sem reforços. E não sabem que esse é o sinal mais evidente de sua culpa, porque o justo, no processo, se apresenta inquieto! Perguntai-lhe se conhece a causa porque eu ordenei a sua detenção. Tu a conheces, Remigio?”

“Senhor”, respondeu o celeireiro, “ficaria contente de sabê-la por vossa boca”.

“Eis”, exclamava no entanto Bernardo, “a típica resposta do herege impertinente! Percorrem sendas de raposas e é muito difícil pegá-los em falta porque a comunidade deles admite o seu direito a mentir para evitar a devida punição”¹⁰⁰.

⁹⁷ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

⁹⁸ FAORO, 2001.

⁹⁹ STRECK, Lenio Luiz; BONATTO, Tatiana. “O Senhor das Moscas” e o fim da inocência. In: COPETTI NETO, Alfredo; GUBERT, Roberta Magalhães; TRINDADE, André Karam (Org.). *Direito & literatura: ensaios críticos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 113-124.

¹⁰⁰ ECO, Umberto. *O nome da rosa*. Rio de Janeiro: Record, 2009. p. 438.

É exatamente o mesmo “mecanismo” nominalista utilizado no caso de Nahas e que destrói por completo o Estado Democrático de Direito, especialmente por representar apenas mais uma forma de iludir a grande massa de excluídos e justificar toda a opressão que sofrem (e que já nem sabem mais que sofrem, afinal um problema deixa de ser problemático quando sabe-se que é um problema¹⁰¹).

BALANÇO FINAL

À guisa de conclusão, cumpre ressaltar que, mesmo com uma Constituição repleta de Direitos Fundamentais, os intérpretes prosseguem na busca de “desvelar” os valores “escondidos” no texto, inclusive de prescrições normativas infraconstitucionais, retirando normas inautênticas que viabilizam sua atuação discricionária e, obviamente, contrária à igualdade e ao Estado Democrático de Direito.

Esse protagonismo coloca em cheque a autonomia do direito, tornando-o cada vez mais vulnerável a influxos externos e danosos às garantias promovidas em favor da coletividade e em detrimento do indivíduo.

Com o caso destacado, dado que a específica ameaça pairou sobre os direitos do indivíduo em face de um pretenso clamor da coletividade, evidencia-se a não realização de qualquer controle de constitucionalidade na produção da norma de decisão que foi desenvolvida, única e exclusivamente, com base na vontade do intérprete autêntico, a qual sobrepujou a da maioria, devidamente fixada na Constituição.

Mesmo ao se buscar atender a uma maioria eventual, quando se busca realizar a justiça com fundamento nas próprias convicções, utilizando a lei como mera permissão para tanto, como um texto ferramental, que pode ser preenchido de sentido ao alvedrio do “operador”, estar-se-á em verdade comprometendo as garantias coletivas insertas nela e privilegiando o domínio de um sobre os demais.

¹⁰¹ STRECK, 2009, p. 291-293: “em linguagem heideggeriana, a clareira é o aberto para tudo que se apresenta e ausenta. É o clarear da clareira que institui a possibilidade de a floresta manifestar-se ‘como’ floresta. (...) A clareira é essa região na claridade da qual pode aparecer tudo o que é. A clareira é essa abertura para a claridade, essa ‘região livre’, desbastada, um terreno tornado livre, enfim, um espaço desbravado, liberto de suas árvores, que pode, agora, receber e reenviar a luz. A clareira é o espaço que possibilita (rá) olhar em volta. A clareira vem a ser, nesse sentido, a condição de possibilidade da própria floresta. Estabelecer uma clareira no Direito; des-ocultar (novos) caminhos; des-cobrir as sendas (perdidas) de há muito encobertas pelo sentido comum teórico dos juristas (modo cotidiano e inautêntico de fazer-interpretar o Direito), que oculta (vela) a possibilidade de o jurista dizer o novo. (...) Assim, é de fundamental importância compreender que a clareira só pode ser porque existe a floresta que a circunscreve, que a abriga e oculta todas as coisas em seu seio. Entretanto, e paradoxalmente, a floresta também necessita da luz da clareira para que todas as coisas do seu interior possam ser iluminadas e granar presença. Por isso, diz Heidegger, ‘a clareira não é apenas clareira da presença, mas clareira da presença que se oculta’.”

Portanto, abraçar-se em discricionariedades, mesmo que justificadas de forma pretensamente “científica”, é o mesmo que abandonar as garantias fundamentais em favor de uma volta ao domínio do homem sobre o homem. Para isso, basta desconsiderar a tradição e dizer que até mesmo “as pedras sabem” do fato de que se “necessita” para obter o resultado pretendido com determinada demanda judicial.

REFERÊNCIAS

- ARENDDT, Hannah. *Sobre a revolução*. Tradução de Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- BLANCO, Carlos Nieto. *La conciencia lingüística de la filosofía*. Madrid: Trotta, 1997.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*. Tradução de Enio Paulo Giachini. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.
- 152 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1997.
- GALBRAITH, John Kenneth. *Anatomia do poder*. 4. ed. São Paulo: Pioneira, 1999.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- HEIDEGGER, Martin. *Lógica: a pergunta pela essência da linguagem*. Tradução de Maria Adelaide Pacheco e Helga Hooek Quadrado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.
- IHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. Tradução por Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2004.
- INWOOD, Michael. *Dicionário Heidegger*. Tradução de Luísa Buarque de Holanda. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 2006.
- ROBERT, Henri. *Grandes julgamentos da história*. Tradução por Monica Stahel. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

- ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica filosófica: entre a linguagem da experiência e a experiência da linguagem*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2002.
- STRECK, Lenio Luiz. A Constituição (ainda) dirigente e o direito fundamental à obtenção de respostas corretas. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, n. v. 1, n. 6, p. 273-313, 2008.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso – Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- STRECK, Lenio Luiz; BONATTO, Tatiana. “O Senhor das Moscas” e o fim da inocência. In: COPETTI NETO, Alfredo; GUBERT, Roberta Magalhães; TRINDADE, André Karam. (Org.). *Direito & literatura: ensaios críticos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 113-124.
- VERDÚ, Pablo Lucas. *O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como de integração política*. Tradução de Agassiz de Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito I*. Porto Alegre: Fabris, 1994.

PARA CONTAR AS OUTRAS ESTÓRIAS: DIREITO INTERNACIONAL E RESISTÊNCIA CONTRA-HEGEMÔNICA NO TERCEIRO MUNDO

TELLING OTHER STORIES: INTERNATIONAL LAW AND COUNTER-HEGEMONIC RESISTANCE IN THE THIRD WORLD

Henrique Weil Afonso*

José Luiz Quadros de Magalhães**

RESUMO

O objetivo deste artigo é explorar possíveis usos da categoria Terceiro Mundo no discurso jusinternacionalista. Para tanto, examina linhas históricas que integram a narrativa convencional da disciplina e confere ênfase às recentes reapropriações do termo a partir de releituras críticas (em particular, do movimento *Third World Approaches to International Law*). É de se notar que os passados colonial e imperial assumem destaque na compreensão do Terceiro Mundo e em sua superação pelo pensamento liberal associado à ideologia desenvolvimentista, o que não é isento de complicações. Finalmente, a abordagem histórica almeja colocar em evidência as rupturas, os silêncios e as contradições da produção e reprodução do Terceiro Mundo como outro subalterno. Sua análise se mostra essencial para a proposição de arranjos epistêmicos descoloniais em nível global.

Palavras-chave: História do Direito; TWAIL; Terceiro Mundo.

ABSTRACT

The aim of this paper is to explore certain uses of the Third World as a resistance category in international legal discourse. It examines historical lines that integrate the discipline's conventional narrative, besides adding emphasis to recent critical readings of the term (namely, the movement

* Graduado em Direito pela UFJF. Mestre e Doutorando em Direito pela PUC-MG (Bolsista FAPEMIG). Professor universitário e pesquisador. Rua Santos Dumont, 401, apto. 401, Granbery, Juiz de Fora, MG, CEP 36010-510. E-mail: henrique_weil@yahoo.com.br.

** Mestre e Doutor em Direito pela UFMG. Professor da UFMG, da PUC-MG e do programa de mestrado em Direito da Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM). Av. João Pinheiro, 100, sala 1105, Centro, Belo Horizonte, MG, CEP 30130-180. E-mail: ceede@uol.com.br.

Third World Approaches to International Law). It is worth noting that the colonial and imperial pasts are central to the understanding of the Third World as well as its tentative overruling by liberal thought and developmental ideology, which are far from bereft from further complications. Finally, the historical approach aspires highlighting the ruptures, the silences and the contradictions of the production and the reproduction of the Third World as a subaltern other. This analysis reveals essential to the proposition of decolonial epistemic arrangements in global level.

Keywords: History of Law; TWAIL; Third World.

INTRODUÇÃO

Ao longo das últimas duas décadas, o interesse pela história do Direito Internacional renasceu de forma surpreendente, e vem crescendo desde então. No âmbito das universidades, constata-se cursos e disciplinas focadas no seu estudo¹, além da condução de projetos de pesquisa da parte de grandes centros de investigação do Direito Internacional, como o *Max Planck Institute for European Legal History*. Ademais, com a criação, em 1999, do *Journal of the History of International Law*², comprova-se uma clara disposição em concretizar uma contraposição aos estudos da história do Direito Internacional até então majoritariamente concentrados em periódicos de outras áreas do conhecimento ou em publicações esparsas do ramo jurídico.

A retomada dos estudos históricos despertou questionamentos sobre as fundações da disciplina, seus problemas fundamentais e a relação com os processos históricos mais amplos, em especial a formação do Estado-nação, o “descobrimento” das Américas, colonialismo, imperialismo, e, mais recentemente, os novos contornos de um possível novo momento inaugurado com o fim da Guerra Fria. Vertentes tradicionais dos estudos históricos e interdisciplinares vêm tendo suas premissas questionadas ou retrabalhadas por novas abordagens críticas, inspiradas nos vários movimentos que repensam o Direito – *critical legal studies* ou o feminismo, para citarmos apenas dois – e com profundas reflexões sobre a disciplina, seus institutos e suas práticas.

¹ Alguns exemplos de universidades que desenvolvem cursos e pesquisa nesta área são: New York, Cambridge, Helsinki, Leyden, Rotterdam, Utrecht, Tillburg, Zaragoza. Os pesquisadores são, em sua ampla maioria, naturais dos Estados Unidos, Canadá, Grã-Bretanha, Holanda, Alemanha e Japão. Ver: LESAFFER, Randall. *International law and its history: story of a unrequited love*. In: CRAVEN, Matthew; FITZMAURICE, Malgosia; VOGIATZI, Maria (Ed.). *Time, history and international law*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, p. 27-41, 2007. p. 28.

² Nos primeiros volumes do periódico, merece destaque o grande trabalho de catalogação das principais publicações sobre o tema. Conferir MACALISTER-SMITH, Peter; SCHWIETZKE, Joachim. *Literature and documentary sources relating to the history of public international law: an annotated bibliographical survey*. *Journal of the History of International Law*, v. 1, n. 1, p. 136-212, 1999.

Despontam, neste mosaico de novos estudos, aqueles focados no exame do Direito Internacional à luz do Terceiro Mundo. Uma variedade de estratégias e métodos é utilizada com a finalidade de identificar as razões da persistência do subdesenvolvimento, além de sua relação com os processos históricos e dinâmicas de poder mais amplas e profundas, almejando, em suas melhores formulações, a proposição de estratégias contra-hegemônicas de transformação e reconstrução do saber jurídico culturalmente e historicamente situado.

O objetivo deste trabalho é examinar possíveis estratégias contra-hegemônicas para o estudo do Direito Internacional. Para tanto, mostra-se imprescindível maior esclarecimento sobre o sentido empregado do problemático termo “Terceiro Mundo”. Este passo é justificado em face da necessidade de avançar estratégias não totalizantes de compreensão das dinâmicas globais que fomentam e reproduzem as práticas coloniais e imperiais. Existem, conforme se defende, elementos comuns que nos permitem identificar os contornos de uma teoria crítica do Terceiro Mundo, ou Abordagens do Terceiro Mundo para o Direito Internacional (TWAAIL, na sigla em inglês).

Os rumos que a vertente liberal da historiografia jusinternacionalista vem propondo no contexto pós-Guerra Fria refletem, em contraposição à perspectiva do Terceiro Mundo, a promessa da expansão das democracias e da economia de mercado como os grandes pilares do desenvolvimento global e do progresso dos Estados e povos. A ideia de uma paz perpétua entre Estados republicanos teve sua mais difundida formulação com o filósofo Immanuel Kant, sendo revisitada em nossos dias nos termos da governança global. Examinaremos as premissas da *história linear* liberal, ou *história como progresso*, e a contraposição que poderá ser conduzida por visões contra-hegemônicas dos processos e narrativas históricas preocupadas com aqueles sujeitos situados às margens da via do progresso e que tiveram suas histórias ocultadas ou silenciadas em benefício do desenvolvimento que os liberais postulam.

A inspiração para este estudo decorre, em grande monta, das reflexões trazidas pelos processos constitucionais em curso desde 2008 na Bolívia e no Equador. O Estado Plurinacional funda seus alicerces em terreno promissor, composto por um universo de experiências de mundo que, dialogicamente, procuram retrabalhar o conceito de Estado e de Direito *de-baixo-para-cima*, na expressão do professor Boaventura de Sousa Santos. O que emerge destas partes da América é potencialmente descolonizador, pois se rejeita o lado violento e repressor da tradição ocidental e procura-se, em um movimento mais complexo e desafiador, tecer as bases de um pluralismo jurídico calcado nos múltiplos saberes. Por fim, o desafio de propor *novas estórias* não se restringe ao âmbito do Estado ou do Direito nacional, e encontra, no cenário global, fértil terreno de estudos.

A TEORIA CRÍTICA DO DIREITO INTERNACIONAL

Compete, inicialmente, proceder à delimitação do sentido empregado para a expressão “teoria crítica” no contexto dos debates contemporâneos do direito. À luz dos esclarecimentos de Wolkmer, a teoria crítica é assim conceituada:

[...] o instrumento pedagógico operante (teórico-prático) que permite aos sujeitos inertes e mistificados uma tomada histórica de consciência, desencadeando processos que conduzem à formação de agentes sociais possuidores de uma concepção de mundo racionalizada, antidogmática, participativa e transformadora³.

Alguns elementos se sobressaem no conceito exposto. Enquanto programa amplo de transformação social composto por um mosaico de propostas, muitas vezes distintas em larga medida, a teoria crítica contesta a lógica linear estruturante do saber jurídico, em geral esboçada em duas grandes escolas do saber: o jusnaturalismo e o positivismo jurídico. No cerne das reflexões do pensamento crítico verifica-se um marco em comum, presente nas abordagens filosóficas, políticas, ideológicas ou jurídicas identificadas com a crítica: para além da conformação com a realidade projetada pelo discurso e prática tradicionais, procura-se, pela via do exame interdisciplinar, proceder à construção de novos modelos voltados para a libertação do sujeito retirado do contexto histórico e das contradições oriundas da “complexidade dos conflitos, da heterogeneidade socioeconômica, da concentração e centralização do capital, à expansão do intervencionismo estatal, à hipertrofia do Executivo etc⁴”.

A percepção do sujeito inserido em um contexto histórico-cultural em constante transformação, dinâmico e inacabado, contrasta com o cientificismo lógico-dedutivo, acabado e estático, o qual aspira assegurar ao sujeito o necessário distanciamento em face do objeto analisado. Ao optar pela primeira forma de percepção, a teoria crítica assimila compreensão da história a partir de suas rupturas, contradições e os anseios dos segmentos que aspiram construir e viver sua própria história⁵.

As contribuições de Boaventura de Sousa Santos para o estudo da teoria crítica vão ainda mais longe e merecem devido trato. Em aguda reflexão sobre projetos emancipatórios da teoria crítica, o autor argumenta que “uma das fraquezas da teoria crítica moderna foi não ter reconhecido que a razão que critica não pode ser a mesma que pensa, constrói e legitima aquilo que é criticável⁶.”

³ WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 5.

⁴ WOLKMER, op. cit., p. 2.

⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

⁶ SANTOS, 2011, p. 28.

Santos refere-se à crise da modernidade, isto é, à exaustão de um projeto amplíssimo, produzido pela racionalidade cartesiana e pelas práticas de naturalização dos ramos do conhecimento, com profundos reflexos para o Direito. Questiona, sobretudo, as ferramentas epistemológicas de que a teoria crítica dispõe e que se traduz na viabilidade de um projeto emancipatório redigido e executado sob os mesmos alicerces que geraram a crise do modelo criticado⁷.

O pensamento crítico também está presente no Direito Internacional. Escrevendo em meados da década de 1990, os internacionalistas David Kennedy e Chris Tennant⁸ constataram um crescente número de pensadores cujas pesquisas propunham um reexame, ou um repensar, das fundações do Direito Internacional de forma a prover respostas aos recentes debates nas ciências sociais, políticas, econômicas, além da filosofia do direito. Por um lado, a pluralidade de visões oferecidas pelos trabalhos revelou a adoção de perspectivas interdisciplinares quanto ao método; de outro lado, emergiam propostas de críticas embasadas em estudos linguísticos, étnicos, sociológicos e dos movimentos feministas, apenas para citar algumas das variantes. Todavia, e a despeito das variações em estilo, influência acadêmica ou formação profissional, este conjunto de pensadores “[...] via a si mesmo desafiando o estilo intelectual dominante ou as suposições dos seus campos [do conhecimento]”⁹.

O rótulo genérico *New Approaches to International Law* (NAIL) vem, desde então, sendo empregado com a finalidade de agrupar uma série de abordagens críticas destinadas a repensar as fundações do Direito Internacional. A pouca recepção que NAIL vem encontrando nos círculos acadêmicos mais tradicionais, todavia, demonstra o ceticismo e o conservadorismo em torno do qual o Direito Internacional é geralmente concebido. Por exemplo, em 1999, em simpósio organizado pelo *The American Journal of International Law* e destinado à exposição dos métodos de estudo e pesquisa da disciplina, os editores Steven Ratner e Anne-Marie Slaughter¹⁰ apenas tomam nota da existência de um novo ramo de pesquisas críticas.

Ratner e Slaughter, apesar de noticiarem a emergência de novos modos de estudo da disciplina, anotam que a qualificação enquanto método é restrita ao feminismo e ao *critical legal studies*. Explicam, ainda, que os métodos servem a um propósito específico, qual seja, a sua aplicabilidade os qualifica para serem empregados na resolução dos problemas contemporâneos e aos casos analisados

⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. 7. ed. São Paulo: Cortez, 2010.

⁸ KENNEDY, David; TENNANT, Chris. *New approaches to international law: a bibliography. Harvard International Law Journal*, v. 35, n. 2, p. 417-460, 1994.

⁹ KENNEDY; TENNANT, 1994, p. 418.

¹⁰ SLAUGHTER, Anne-Marie; RATNER, Steven R. *Appraising the methods of international law: a prospectus for readers. American Journal of International Law*, v. 93, n. 2, p. 291-302, 1999. p. 292.

por especialistas: “[...] a maior parte destes autores parecem estar falando genericamente da mesma ideia: a aplicação de um aparato conceitual ou estrutura – uma teoria do direito internacional – aos problemas concretos enfrentados pela comunidade internacional¹¹.”

Para Slaughter e Ratner,¹² assim como no clássico estudo de Lassa Oppenheim¹³ e em muitos outros representantes do *mainstream*, muito pouco é dito sobre a própria linguagem adotada ou sobre os termos empregados para qualificar ou desqualificar um movimento enquanto “método”. Escassas, também, são as ponderações sobre a importância da compreensão do que é sociedade internacional, suas contradições, seus sujeitos, quem ela é, e quem por ela responde. É, portanto, natural que se pense o Direito Internacional em sua inevitável inserção no modo de pensar oriundo da modernidade, da tradição do pensamento ocidental.

Em uma perspectiva clássica, o Direito Internacional moderno deriva da ordem internacional construída por alguns Estados europeus a partir dos tratados de paz de Vestefália, em meados do século XVII. Esses eventos são rotulados a *História oficial* nos círculos acadêmicos tradicionais, porque, a partir deles, a ordem legal internacional adquiriu sua formulação segundo a qual os postulados da soberania, igualdade soberana e não intervenção compõem a normativa ordenadora das relações jurídicas internacionais. As iniciativas de estabelecimento de condições normativas para a manutenção da ordem internacional, desdobrando-se na regulação das ações bélicas e na instituição de mecanismos garantidores de um sistema internacional de comércio, encabeçaram, finalmente, a lista convencional de prioridades dos internacionalistas que se opõem às teorias críticas¹⁴.

Esta visão clássica chega a nossos dias concebendo, em adição às questões citadas, a ideia de que o Direito Internacional é construído ou reproduzido para endereçar os seguintes – mas não somente – desafios e problemas da sociedade internacional: a ideia de governança global, o combate ao terrorismo, a proteção internacional dos direitos humanos, a internacionalização dos direitos de propriedade, a proteção à propriedade intelectual, a proteção ao meio ambiente e, finalmente, a criação de condições para a prosperidade do comércio, dos investimentos e dos mercados financeiros¹⁵.

¹¹ SLAUGHTER e RATNER, 1999, p. 292.

¹² SLAUGHTER e RATNER, 1999.

¹³ Para Oppenheim, a ideia de método estava intimamente associada com sua visão segundo a qual o direito internacional era uma ciência que tinha sua própria e rigorosa abordagem para análise e resolução de questões. OPPENHEIM, Lassa. *The science of international law: its task and method*. *American Journal of International Law*, v. 2, n. 2, p. 313-356, 1908.

¹⁴ NUSSBAUM, Arthur. *A concise history of the law of nations*. New York: Macmillan, 1954.

¹⁵ OKAFOR, Obiora Chinedu. Newness, imperialism and international legal reform in our time: a TWAIL Perspective. *Osgoode Hall Law Journal*, v. 43, n. 1 & 2, p. 171-191, 2005 e CHIMNI. Bhupinder. S. Third World approaches to international law: a manifesto. *International Community Law Review*, v. 8, p. 3-27, 2006.

Em contrapartida à vertente citada, interpretações alternativas para as fundações epistêmicas do Direito Internacional vêm sendo propostas por inovadoras e promissoras escolas de pensamento. Uma delas se destaca: o movimento¹⁶ denominado genericamente *Third World Approaches to International Law* (TWAIL) foi proposto por um grupo de internacionalistas engajados no exame da condição dos países em desenvolvimento¹⁷, na explicitação do viés ideológico da disciplina – sua história “oficial” e suas instituições – e na proposição de modos alternativos de conceber o direito e as relações internacionais.

TWAIL congrega um conjunto de esforços investigativos lastreados por um ponto de partida comum: ao contrário das doutrinas tradicionais baseadas na convicção acadêmica de que o Direito Internacional é um projeto científico acabado e consolidado, os proponentes da teoria crítica típica de TWAIL trabalham com a ideia nuclear de que a disciplina jusinternacionalista é também um produto histórico-cultural, atributo este que distingue as propostas críticas das formulações científico-pragmáticas. Ademais, concebe-se o Direito Internacional moderno como o resultado de uma ordem internacional desenhada por um número restrito de Estados ao longo dos últimos cinco séculos. Conforme pontua Obiora Okafor¹⁸, a ênfase conferida à questão da ordem implica por retirar a legitimidade e relevância das vozes que postulam a denúncia das injustiças e os desejos de emancipação de nações e povos do Terceiro Mundo. Outrossim, desqualificam-se as proposições de alternativas ao *status quo* que não estejam formuladas e firmemente embasadas na tradição epistemológica dominante.

Ao tomar este referencial para sua agenda, o movimento demonstra uma vocação para o exame de questões aparentemente externas a uma disciplina jurídica, mas que, em um sentido histórico-cultural, tornam-se constitutivas e determinantes para as instituições jurídicas e, de forma não menos incisiva, para a sistematização do discurso jusinternacionalista. Obiora C. Okafor assim descreve o movimento:

Os acadêmicos TWAIL (ou ‘TWAILers’) estão solidamente unidos por compromisso ético compartilhado engajado no esforço intelectual e prático de expor, reformar, ou até remover aqueles atributos do sistema jurídico internacional que ajudam a criar ou manter a injusta, desarrazoada

¹⁶ Optamos pela designação genérica de movimento, uma vez que, sob este nome, a doutrina inclui uma série de abordagens de variadas estirpes e influências teóricas. Não deixa de existir, todavia, representativo grau de proximidade entre elas, o que justifica a nomenclatura genérica. Ver, a este respeito: PARMAR, Pooja. TWAIL: An Epistemological Inquiry. *International Community Law Review*, v. 10, p. 363-370, 2008.

¹⁷ A expressão “Terceiro Mundo”, presente na designação TWAIL, é mais comumente adotada, apesar de contestada por alguns, como se exporá adiante.

¹⁸ OKAFOR, 2005.

e iníqua ordem global [...] trata-se de um comprometimento de centrar o resto ao invés do ocidente, para tanto tomando as vidas e experiências daqueles que se autoidentificam como Terceiro Mundo muito mais seriamente do que, em geral, vem sendo o caso¹⁹.

Contar as estórias não contadas do Direito Internacional, como realça Pooja Parmar²⁰, é o objetivo primeiro daqueles que integram o movimento. Ao tratar de temas normalmente ausentes dos círculos acadêmicos conservadores, TWAAIL agrega à sua pauta um esforço voltado para a elucidação das possíveis relações entre imperialismo, colonialismo, de um lado, e a construção do sistema jurídico internacional, de outro.

Escrevendo na década de 1970, o eminente internacionalista indiano R. P. Anand alerta para o fato de que as relações coloniais e imperiais não cessaram com a queda dos impérios ao final da Primeira Guerra Mundial, muito menos com o amplo processo de descolonização política no pós-Segunda Guerra Mundial. A despeito dos esforços cooperativos do denominado Grupo dos Estados Não Alinhados, ou G-77, a proposta de transformação do cenário global de uma Nova Ordem Internacional Econômica, mais justa e voltada para os interesses dos países do Terceiro Mundo, representou, em última análise, a perpetuação das estruturas econômicas, comerciais e um crescente arranjo econômico-financeiro preferencialmente alinhado com os interesses dos Estados desenvolvidos. O desafio do desenvolvimento estava, segundo Anand, justamente em ingressar na rota trilhada pelos Estados ricos. Nas palavras do autor, “a única forma dos Estados pobres melhorarem sua sorte é por via do aumento da produção e pela industrialização. É um consenso geral que o único caminho para criar um mundo estável e pacífico é ajudar os Estados pobres a se desenvolverem²¹.”

O TERCEIRO MUNDO É UMA CATEGORIA ANALÍTICA QUE NÃO PODE SER DESPREZADA

Entretanto, em oposição ao entendimento de Anand, entendemos que as dinâmicas coloniais e imperiais permanecem inscritas nas estruturas e práticas reguladas pelo Direito Internacional. “O direito internacional firma uma divisão”, escreve o internacionalista Antony Anghie, “uma diferença entre culturas e povos Europeus e não Europeus, o primeiro normalmente amplamente caracterizado como civilizado, e o último como não civilizado²².”

¹⁹ OKAFOR, 2005, p. 176-177.

²⁰ PARMAR, 2008.

²¹ ANAND, R. P. *Confrontation or cooperation? International Law and the developing countries*. 2. ed. Gurgaon: Hope India Publications, 2011. p. 162.

²² ANGHIE, Antony; CHIMNI, B. S. Third World approaches to international law and individual responsibility in internal conflicts. *Chinese Journal of International Law*, v. 2, n. 1, p. 77-103, 2003. p. 742.

O teórico engajado no panorama dos estudos críticos de TWAIL é confrontado por uma questão essencial: “o que é o Terceiro Mundo?”. Esta pergunta, à primeira vista, pode se mostrar simples ou até mesmo desnecessária, mas em uma investigação mais apurada há de se ter em perspectiva como esta categoria de Estados é assimilada pela teoria crítica. Com isto, espera-se contribuir para o esclarecimento dos propósitos do movimento, para sua diferenciação face às demais correntes críticas e, finalmente, para o aprofundamento da própria proposta emancipatória.

A criação da expressão “Terceiro Mundo” é geralmente creditada ao demógrafo francês Albert Sauvy, em artigo publicado em 1952 na revista parisiense *l'Observateur*. Um primeiro sentido atribuído ao termo tomou forma ao longo das quase cinco décadas do antagonismo oeste-leste, capitaneados pelas duas superpotências protagonistas da Guerra Fria. Em razão do alinhamento geopolítico produzido pelos múltiplos modos de interferência global de Estados Unidos e União Soviética, o Primeiro e o Segundo Mundo passaram a ser termos comumente empregados neste contexto histórico específico. Seja por via de exclusão, seja pela finalidade de descrição, os demais Estados não pertencentes de modo mais próximo ou formal aos dois grandes blocos passaram a integrar um grupo heterogêneo, com o qual os atributos “menos desenvolvidos”, “em desenvolvimento” ou “subdesenvolvidos” passaram a ser associados. Em termos geográficos, o Terceiro Mundo é aquele localizado ao sul, distante dos centros políticos decisórios e economicamente produtivos; é, em termos mais claros, a periferia²³.

Com o fim da Guerra Fria, alguns teóricos levantaram questionamentos sobre a utilidade de continuar a utilizar esta categoria. A questão a ser debatida, assinala Mark Berger²⁴ em meados da década de 1990, é que a categoria Terceiro Mundo não mais se ajusta ao seu propósito. Em face do triunfo da economia globalizada de mercado, os Estados menos desenvolvidos põem-se inevitavelmente na rota desenvolvimentista, seja em nível econômico – globalização e mercados financeiros –, seja em nível político-institucional – democratização. Uma nova era de prosperidade se apresenta e, como era de se esperar, já se notavam os primeiros triunfos deste novo momento: a ascensão dos Tigres Asiáticos na economia mundial. O autor ainda aponta os benefícios de “[...] uma abordagem emergente do desenvolvimento que privilegia as particularidades históricas, mas que também adota uma perspectiva global²⁵.”

²³ OKAFOR, Obiora Chinedu. Newness, imperialism and international legal reform in our time: a TWAIL Perspective. *Osgoode Hall Law Journal*, v. 43, n. 1 & 2, p. 171-191, 2005.

²⁴ BERGER, Mark. The end of the “Third World”? *Third World Quarterly*, v. 15, n. 2, p. 257-275, 1994.

²⁵ BERGER, 1994, p. 258.

Alguns internacionalistas, em similar linha argumentativa voltada para a impropriedade do termo na nova “era” pós-Guerra Fria, ressaltam que o Direito Internacional experimentou um novo momento a partir da ampliação da Organização das Nações Unidas, nas décadas de 1950 e 1960, ao assimilar dezenas de Estados africanos e asiáticos libertos do jugo colonial, estando todos, a partir de então, formal e materialmente inseridos em condições de igualdade – decorrente do status de Estados soberanos – nos meandros jurídicos, políticos e econômicos globais. As antigas colônias passam a serem consideradas Estados, reconhecidos pelos demais entes soberanos.

No pós-Guerra Fria, acreditava-se que estes Estados seguiriam o rumo inevitável dos modelos desenvolvimentistas próprios de uma economia capitalista globalizada. Ilustrativo deste entendimento, cite-se, a seguir, extrato do difundido manual de Michael Akehurst, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, cuja sétima edição esteve a cargo de Peter Malanczuk:

De qualquer modo, grandes transformações ocorreram desde 1945. Os Estados ocidentais estavam ansiosos a não deixarem o Terceiro Mundo cair nos braços dos estados comunistas, e por isso concordaram em realizar muitas alterações perseguidas pelos países não alinhados. A maior parte das regras que os Estados em desenvolvimento consideraram contrárias aos seus interesses foram alteradas, ou estão no processo de o serem. Similarmente, quando os interesses dos estados Ocidentais mudam, tais estados estão tão preparados quanto outros Estados a abandonar as regras antigas e substituí-las por novas regras que estejam mais em sintonia com seus interesses. O Direito Internacional moderno não é estático, mas possui uma natureza dinâmica e está em contínuo processo de mudança. A acusação de que o direito internacional tende contra os interesses dos estados do Terceiro Mundo, de modo geral, não é mais verdade²⁶.

A opinião do versado autor, aliada à de Berger²⁷ e de defensores do neokantismo internacionalista, parece indicar uma evidente impropriedade da categoria “Terceiro Mundo”: em um contexto de superação da herança colonial, há de imperar o princípio da igualdade soberana inscrita no artigo 2º da Carta de São Francisco. Dito de outra forma, o Direito Internacional que estes novos Estados vivenciam é também um novo direito, produto imediato da ordem internacional inaugurada ao final da Segunda Grande Guerra e que, com os processos de descolonização e superação do embate ideológico bipolar, finalmente ingressa no século XXI espelhando a proeminência da economia de mercado e os ideais de

²⁶ MALANCZUK, Peter. *Akehurst's modern introduction to international law*. 7. ed. London and New York: Routledge, 1997. p. 30.

²⁷ BERGER, 1994.

uma nova era democratizante. Conforme veremos adiante, o argumento que se constrói a partir destas premissas alinha-se a uma percepção particular da história da disciplina e, doravante, ao papel a ser desempenhado pelo Terceiro Mundo, ou, mais propriamente adequado ao argumento ora criticado, aos Estados “em desenvolvimento”.

De imediato deparamo-nos com um ponto crucial, já enfatizado por Homi Bhabba, que alerta para o fato de que os referenciais Terceiro Mundo ou Povos do Terceiro Mundo “não existem em um sentido primordial, naturalista”, “tampouco refletem um objeto político unitário ou homogêneo.”²⁸ É neste mesmo sentido que Dianne Otto explica os perigos ou incorreções de utilização de tão amplo termo com fins de agrupamento de diversas experiências culturais, políticas e econômicas, e que desfrutam de status inferior em termos de legitimidade na esfera internacional: “[...] na realidade, a asserção de uma unívoca identidade não Europeia relegou às incomensuráveis vozes do Terceiro Mundo a posição de estranhas²⁹.”

Karin Mickelson tece profundo exame do papel do Terceiro Mundo na ordem internacional. Escrevendo sobre o grau de autonomia e autodeterminação que os Estados do Terceiro Mundo vivenciam, a autora pontua: “[...] a descolonização continua a desempenhar um significativo papel simbólico. O momento da descolonização – uma descolonização do espírito e da mente para colonizador e colonizado – é referido por um tempo que ainda está por vir³⁰.” Esta premissa inicial, que é, para a autora, elemento que define subjetivamente o Terceiro Mundo, repercute em toda a estrutura normativa em vigor. Em virtude desta condição, o Direito Internacional não pode ser realmente compreendido ou refeito senão por um engajamento transdisciplinar³¹, mediante a íntima conexão e mútua relação entre os aspectos moral, ético, a percepção de justiça daqueles localizados na periferia do sistema e os processos históricos que não se encerraram.

Bhabba, Otto e Mickelson, à diferença das opiniões tradicionais³², trabalham a categoria de países do Terceiro Mundo com uma primeira ênfase no caráter contingencial de sua utilização. Trazem a lume reflexão imprescindível ao pontuar que o uso oportunista torna a categoria objeto de manipulação, atendendo

²⁸ BHABBA, Homi. *O local da cultura*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1998. p. 52.

²⁹ OTTO, Dianne. Subalternity and International Law: The Problems of Global Community and the Incommensurability of Difference. *Social & Legal Studies*, v. 5, no. 3, p. 337-364, 1996, p. 353.

³⁰ MICKELSON, Karin. Rhetoric and rage: third World voices in international legal discourse. *Wisconsin International Law Journal*, v. 16, n. 2, p. 353-419, 1998. p. 387.

³¹ O conceito de transdisciplinaridade adotado pela autora toma a seguinte formulação: “alicerces conceituais que transcendem o estreito escopo das visões de mundo disciplinares, metaforicamente cercando as diversas partes de material manuseados separadamente por disciplinas especializadas”. MICKELSON, 1998. p. 400.

³² BERGER, 1994; MALANCZUK, 1997.

a propósitos instrumentais ou à mera retórica: o Terceiro Mundo é recontado em uma nova fábula, a fábula desenvolvimentista, sustentada numa perspectiva progressista-linear da história.

Portanto, o panorama do debate que até então se nos apresenta expõe que o termo Terceiro Mundo serve ideologicamente a um propósito claro, e que as condições reveladas pelo pós-Guerra Fria são suficientemente diferentes para poder-se invocar uma “era” desenvolvimentista global, por isso se torna preferível a terminologia “países em desenvolvimento” – concepção esta que, consoante o argumento ora defendido, alia-se a uma visão linear da história do Direito Internacional. Mencione-se, ademais, o risco de equalização das diferenças em benefício de um rótulo genérico³³.

Em TWAIL, o emprego do termo se opera não sem críticas, de simultânea vocação estrutural (porque está relacionada com a configuração contemporânea da disciplina), histórica (concepção progressista-linear) e ideológica (em um sentido de legitimação de um discurso nem sempre claro). Enquanto há o reconhecimento da diversidade inerente neste grupo de países, a utilidade analítica da designação é defendida.

Para romper os preconceitos e os usos ideológicos, Karin Mickelson propõe novas reivindicações para sua utilização, de modo que o Terceiro Mundo, sem negação da diversidade, também reflita certo modo de repensar *o Direito Internacional a partir do ponto de vista dos seus sujeitos que identificam a si próprios como imersos em alguma relação de subordinação*:

O [ato] de se autoidentificar como parte do Terceiro Mundo envolve, portanto, tomar uma voz opositora em uma batalha na qual o que está em jogo não é meramente a distribuição mais equânime dos recursos, ou a realocação das relações de poder existentes. Enquanto estes objetivos são parte das demandas do Terceiro Mundo, elas não captam a natureza completamente revolucionária da alternativa buscada: o fundamental repensar das relações internacionais³⁴.

Quando Mickelson³⁵ ressalta um repensar das relações internacionais, deparamo-nos com uma aproximação da discussão travada por Okafor³⁶ acerca do emprego da categoria. TWAIL, de acordo com este último, deve adotar como ponto de partida o sentimento de subordinação e de inferioridade que é parti-

³³ OKAFOR, 2005, p. 174, coloca a questão nestas palavras: “dadas a as imensas disparidades em recursos e poder dentro do Terceiro Mundo, como poderiam países como a China, Taiwan e Singapura continuarem a ser agrupadas na mesma categoria política internacional com Butão, Mauritânia ou Jamaica?”.

³⁴ MICKELSON, 1998, p. 360.

³⁵ MICKELSON, 1998.

³⁶ OKAFOR, 2005.

lhada por povos e nações. É justamente neste aspecto, na reivindicação de um novo emprego para a categoria, onde o movimento toma projeções que não se limitam ao entendimento moderno sobre o Estado como o sujeito de Direito Internacional por excelência.

Os povos, nações ou Estados identificados por estas experiências unem-se sob uma designação única e “[...] realizam isto por meio de um comprometimento com o *resto* ao invés do *oeste* [ocidente], assim tomando as vidas e as experiências daqueles que tenham se autoidentificado como Terceiro Mundo muito mais seriamente do que em geral vem sendo o caso³⁷.”

Portanto, nos associamos ao posicionamento de que o Terceiro Mundo é uma categoria analítica imprescindível, composta por membros heterogêneos, além de situada historicamente, e que, por fim – mas, também, à guisa de introdução, porque abre o debate –, propõe alternativas ao sistema internacional vigente.

HISTÓRIA(S) DO DIREITO INTERNACIONAL: O LEGADO COLONIAL E ALGUMAS PREMISSAS DESCOLONIAIS

A orientação pragmática do Direito Internacional após a Segunda Guerra Mundial refletiu-se na concentração dos esforços dos estudiosos para a solução de problemas imediatos da ordem jurídica internacional: temas como a consolidação da Organização das Nações Unidas, a construção de uma estrutura de proteção aos Direitos Humanos, o desenvolvimento de regras especiais para o comércio internacional, a proteção ao meio ambiente e a contínua especialização funcional do Direito Internacional eram algumas das urgentes tarefas sobre as quais recaía o esforço dos estudiosos, restando pouco ou nenhum espaço para os estudos históricos. “Para uma geração orientada funcionalmente”, observa Martti Koskenniemi, “[...] o passado oferecia principalmente problemas, e poucas soluções³⁸.”

O estudo da história, a partir de TWAIL, conjuga-se ao desenho de alternativas epistemológicas. Nota-se profundo engajamento na elucidação das estruturas ideológicas constitutivas e qualificadoras tanto do *mainstream* do pensamento acadêmico quanto das instituições, normas e práticas correntes. Na esteira destas colocações, explicam Antony Anghie e B. S. Chimni que o movimento incorpora “[...] distintos modos de pensar o que é o direito internacional e o que ele deve ser; eles envolvem a formulação de um conjunto particular de preocupações e as ferramentas analíticas para explorá-las³⁹.”

³⁷ OKAFOR, 2005, p. 177.

³⁸ KOSKENNIEMI, Martti. *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870-1960*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001. p. 64.

³⁹ ANGHIE; CHIMNI, 2003, p. 77.

As ditas “ferramentas analíticas”⁴⁰ são compostas por variadas abordagens, sendo que cada uma delas articula diferentes questionamentos que, antes de serem contraditórios, são complementares. Partiremos de estudos que realçam a necessidade de revisitar os fundamentos sobre os quais a história da disciplina foi escrita. Inicialmente, muito além de uma percepção unilateral do fenômeno histórico, que é evidenciado na tradição do internacionalismo kantiano, pretende-se apontar para continuidades, descontinuidades, rupturas ou aberturas, sobre as quais e dentro das quais as categorias de resistência avançadas pelos teóricos de TWAIL podem operar⁴¹. O segundo ramo, que não pode ser compreendido apartado do primeiro, compõe-se de análises do etnocentrismo europeu, envolto em justificativas universalizantes de verificação aparentemente objetiva e a redefinição das práticas coloniais. Propor-se-á, neste momento, uma discussão sobre possíveis estratégias descoloniais para o Terceiro Mundo.

O “fim da História”, a economia de mercado e as democracias liberais

Inicialmente, o ato de recorrer ao passado pode estar associado a uma narrativa focada no progresso da disciplina, desde suas origens, passando por momentos cruciais e culminando na configuração contemporânea. Um conhecido exemplo desta inclinação à exaltação do progresso pode ser encontrado em Lassa Oppenheim⁴², segundo o qual a relevância do estudo da história do Direito Internacional consistiria em celebrar seus feitos e instruir os internacionalistas do presente.

Escreve o autor que a história não apenas atestaria a formação da disciplina, mas também proporcionaria aos estudiosos e aplicadores das normas internacionais os meios para trabalharem com mais precisão e conhecimento. Segue daí que a compreensão das origens dos institutos seria complementada pela articulação de uma ampla narrativa histórica que posicionaria a evolução do Direito Internacional lado a lado com a evolução da sociedade internacional. Registra Oppenheim que o trabalho do historiador é reconciliar, de forma harmoniosa, o passado e o presente da disciplina, na qual “o grande historiador [...] deverá, em especial, trazer à luz o papel que certos Estados desempenharam no desenvolvimento vitorioso de certas regras e quais foram os interesses econômicos,

⁴⁰ ANGHIE; CHIMNI, 2003, p. 77.

⁴¹ ANGHIE, Antony. *Imperialism, sovereignty and the making of international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004; ANGHIE, Antony. The evolution of international law: colonial and postcolonial realities. *Third World Quarterly*, v. 27, n. 5, p. 739-753, 2006; KOSKENNIEMI, Martti. Histories of international law: Dealing with Eurocentrism. *Rechtsgeschichte*, v. 19, p. 152-176, 2011; KOSKENNIEMI, Martti. *The gentle civilizer of nations. The rise and fall of international law 1870-1960*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

⁴² OPPENHEIM, Lassa. The science of international law: its task and method. *American Journal of International Law*, v. 2, n. 2, p. 313-356, 1908.

políticos, humanitários, religiosos ou outros que ajudaram a estabelecer as presentes regras do direito internacional⁴³.”

Concebida nestes termos, a história do Direito Internacional seria escrita a partir de uma investigação da procedência de uma dada regra ou instituto. Em adição, o ato de compreensão de uma regra ou instituto é também uma inquirição sobre sua história em um sentido muito específico: a regra ou instituto chega aos nossos dias devido a um percurso evolutivo cujo começo é encontrado na esfera da política e, por via de uma série de acertos, desacertos, avanços e retrocessos, culmina em sua inserção nos domínios do direito. A relação presente entre o profissional do Direito Internacional e a história do último apresenta natureza funcional, pois o acesso à história é motivada pela necessidade de entendimento de determinado aspecto no presente. Conceber a história neste sentido significa, no entender de David Kennedy, inquirir sobre a procedência dos elementos constitutivos da ordem jurídica internacional:

Um argumento sobre uma regra ou princípio, ou uma técnica institucional em direito internacional é quase sempre, também, um argumento sobre a história – uma norma particular tem uma procedência enquanto direito [positivo] ao invés de [uma procedência] política, que tornou-se uma norma geral ao invés de específica, que veio, por meio da história, a situar-se de fora da história⁴⁴.

Enquanto método de estudo de normas e institutos, a prática da *história como procedência*⁴⁵ situa os internacionalistas na condição de instrumentos do direito, isto é, são intérpretes do direito que os precede, e que sempre está logo ali, pronto para ser identificado. Um efeito imediato desta abordagem é “[...] reforçar a fantasia de que aquele algo chamado ‘direito internacional’ teve e vem tendo uma presença contínua através das diferenças no tempo e lugar⁴⁶.” Firmando suas raízes no cientificismo nítido do positivismo, evidencia-se uma expectativa, uma crença – Kennedy usa a palavra “fantasia” – inabalável no direito internacional *como ele é*, ou seja, a forma como ele chega até nós já é em si notável.

Voltemo-nos por um instante para o começo da década de 1990, ilustrativo desta percepção histórica da disciplina. Os presságios de uma nova era de prosperidade mundial estavam se confirmando com o fim dos antagonismos das superpotências, e as esperanças foram depositadas na adoção de modelos liberais democráticos por Estados como Rússia e China. Os grandes adversários da Guerra Fria adotaram discursos conciliadores, pacíficos e progressistas, traçando os rumos de uma integração política e econômica.

⁴³ OPPENHEIM, 1908, p. 317.

⁴⁴ KENNEDY, David. The disciplines of International law and policy. *Leiden Journal of International Law*, v. 12, n. 1, p. 9-133, 1999. p. 88.

⁴⁵ Ver Kennedy (1999, p. 88).

⁴⁶ KENNEDY, 1999, p. 90.

O fim da Guerra Fria teria ocasionado a vitória definitiva do projeto cosmopolita liberal que havia sido iniciado na década de 1920, mas interrompido pela ascensão dos governos totalitários, seguido pela Segunda Guerra Mundial e as quase cinco décadas da cortina de ferro. Francis Fukuyama anuncia, neste contexto, “o fim da História [...] o ponto final da evolução ideológica da humanidade e a universalização da democracia liberal ocidental como a forma derradeira de governo”⁴⁷ e a confirmação de que “[...] os princípios básicos da democracia liberal e o Estado liberal não podem ser aprimorados”⁴⁸. Trata-se da consolidação de um modelo institucional e econômico em vistas da falta de modelos alternativos viáveis, como o comunismo e o totalitarismo.

O discurso do então presidente dos Estados Unidos George H. W. Bush, proferido no Congresso dos Estados Unidos da América em 11 de setembro de 1990, exprime estes ideais. Dirigindo-se ao povo estadunidense – e, certamente, aos demais Estados do mundo –, Bush não hesita em anunciar a chegada de novos tempos. Com a invasão do Kuwait pelo Iraque, liderado por Saddam Hussein, Bush não somente pretende justificar a ação conjunta de várias nações – sob autorização de Resoluções do Conselho de Segurança da ONU – para remediar a ameaça à paz e à estabilidade da região, mas, também, explicitar os princípios de uma nova ordem internacional. A agressão iraquiana deveria ser reprimida e constituir exemplo de novos tempos para a comunidade de nações. Veja-se o otimismo presente neste trecho do discurso:

Nós nos deparamos hoje com um momento único e extraordinário. A crise no Golfo Pérsico, certamente grave, também oferece a rara oportunidade para avançar rumo a um histórico período de cooperação. Mesmo diante destes tempos turbulentos, nosso quinto objetivo – uma nova ordem mundial – pode emergir: uma nova era – livre da ameaça do terror, mais forte na busca por justiça, e mais segura na busca pela paz. Uma era em que as nações do mundo, Leste e Oeste, Norte e Sul, podem prosperar e viver em harmonia. Cem gerações vêm buscando este arduo caminho para a paz, enquanto mil guerras foram travadas ao longo da medida da diligência humana. Hoje, o novo mundo está lutando para nascer, um mundo muito diferente daquele que conhecemos. Um mundo no qual o direito suplanta a lei da selva. Um mundo no qual as nações reconhecem sua responsabilidade partilhada pela liberdade e justiça. Um mundo onde o mais forte respeita os direitos do mais fraco⁴⁹.

⁴⁷ FUKUYAMA, Francis. The end of history? *The National Interest*, p. 5-17, 1989. p. 5.

⁴⁸ FUKUYAMA, 1989, p. 6.

⁴⁹ BUSH, George H. W. Toward a New World Order. Address Before a Joint Session of Congress (September 11, 1990). Disponível em: <<http://millercenter.org/president/speeches/detail/3425>>. Acesso: 27 jun. 2013.

A conjuntura de 1990, aos olhos de países como os Estados Unidos, era então considerada adequada à proposição de um modelo jurídico internacional cujos contornos se aproximavam do projeto kantiano da paz perpétua⁵⁰, que se expande gradualmente pelo globo à medida que os diversos povos avancem na incorporação dos valores cosmopolitas⁵¹.

Ademais, os primeiros anos do pós-Guerra Fria produziram um determinismo econômico e ideológico cujos impactos foram sentidos desde as esferas política e econômica até a jurídica. Comentadores atribuem estas mudanças a duas grandes suposições. A primeira foi a forte crença na inevitabilidade do progresso humano, isto é, a crença de que a história segue um curso voltado para apenas uma direção, o que a brutalidade do século XX apagara e que somente com a derrota do comunismo pôde novamente figurar. A segunda compreendia a formulação de estratégias adequadas para lidar com os Estados déspotas. Os esforços deveriam ser direcionados à assimilação daqueles pela comunidade de Estados liberais, com a gradual inserção na economia globalizada de mercado, o fortalecimento das instituições estatais e o irrestrito suporte ao Direito Internacional⁵².

⁵⁰ É de Immanuel Kant a mais celebrada proposição voltada para a realização da paz no cenário internacional. Escrito no ano de 1795 e seguindo os moldes de um tratado internacional, o opúsculo *À Paz Perpétua* examina as condições necessárias à manutenção da paz entre os Estados. O filósofo propôs uma classificação para os Estados que tomava por base o regime político em vigor e que, conforme entendia, tornava o Estado mais ou menos apto à paz. Esta classificação, bem como a fundamentação da predileção de Kant por um dos regimes, foi introduzida no primeiro artigo definitivo da *Paz Perpétua*: “A Constituição civil em cada Estado deve ser republicana” (KANT, Immanuel. *À paz perpétua* (1795). Tradução de Marco Zingano. Porto Alegre: LP&M, 2008. p. 24). Este, em seu turno, está ligado ao segundo artigo definitivo: “O direito internacional deve fundar-se em um federalismo de Estados livres” (KANT, op. cit., p. 31).

A predileção pela forma republicana de governo deve-se a três características da Constituição republicana: ela é instituída mediante os princípios da liberdade dos indivíduos de uma sociedade; nesta sociedade, a Constituição assegura a dependência de todos sob uma legislação comum; e, por fim, é um texto normativo erigido conforme a lei da igualdade entre os indivíduos. A constituição republicana é a única que reúne as condições necessárias para a realização da paz entre os Estados.

⁵¹ O sucesso da paz duradoura ainda encontra uma condição adicional: a liga de Estados republicanos há de ser expandida gradualmente sobre todos os Estados. Sob os auspícios do direito das gentes, a paz perpétua será alcançada à medida que os Estados alcancem grau de sofisticação adequado à exigência normativa aplicável aos Estados republicanos. Escreve o filósofo: “pois, quando um povo poderoso e ilustrado consegue formar-se em uma república (que tem de ser, segundo sua natureza, inclinada à paz perpétua), então esta dá para os outros Estados um centro de união federativa para juntar-se a ela e assim garantir o estado de liberdade dos Estados, conforme à ideia do direito internacional, e expandir-se sempre cada vez mais por várias ligas desse tipo.” (KANT, 2008, p. 35).

⁵² Ver, principalmente, KAGAN, Robert. *O Retorno da História e o Fim dos Sonhos*. Rio de Janeiro: Rocco, 2009.

Desde então, parte significativa tanto da doutrina quanto da prática do Direito Internacional sofreu influência direta desta percepção limitada do fenômeno histórico. Grande parte do esforço doutrinário dos estudos de *jus ad bellum* alinha-se às premissas kantianas de uma paz perpétua para as democracias liberais. Neste sentido, o ilustre internacionalista Thomas M. Franck advoga por um aparentemente incontroverso “direito à governança democrática”, consolidado com o desfecho do embate EUA-URSS:

Este novo “direito” emergente – que liga a democracia à validação da governança – não é o mero direito de um Estado em particular, como os Estados Unidos sob sua Constituição, que se impôs como precondição à governança nacional. Este direito está se tornando um requisito do direito internacional, aplicável a todos e implementado segundo padrões globais, com a ajuda de organizações regionais e internacionais⁵³.

A alusão que Franck⁵⁴ defende sobre uma suposta transferência dos valores democráticos do âmbito estatal ao plano internacional é também partilhada por outros importantes internacionalistas. Cite-se, como exemplo, o desenvolvimento de uma teoria liberal do Direito Internacional pelo argentino Fernando Tesón⁵⁵ e suas repercussões para a relativização da soberania em face de flagrante e generalizado desrespeito aos direitos humanos – hipótese que desencadearia uma necessidade, ou mesmo um dever, de intervenção humanitária. Outros, como Anthony D’Amato⁵⁶ pretendem justificar ações unilaterais de certos Estados – como os Estados Unidos, e suas incursões na América Central durante a década de 1980 – desde que endereçadas à restauração da ordem democrática em circunstâncias de quebra da normalidade constitucional.

Sobre a relação entre o Direito Internacional e as práticas imperiais, a tendência de projeção dos interesses localizados e restritos a um único ente estatal por sobre a sociedade internacional é operada por via do uso do poder na construção de uma realidade local como realidade global. Desde 2003, assinala Okafor⁵⁷, o esforço global contra o terrorismo revela-se, enquanto prática imperial, como o empenho unilateral de construção de um aparente consenso na reinterpretação dos postulados da soberania, não intervenção e segurança. O

⁵³ FRANCK, Thomas M. The emerging right to democratic governance. *American Journal of International Law*, v. 86, n. 1, p. 46-91, 1992. p. 47.

⁵⁴ FRANCK, 1992.

⁵⁵ TESÓN, Fernando R. *A philosophy of international law*. Boulder: Westview Press, 1998.

⁵⁶ D’AMATO, Anthony. The invasion of Panama was a lawful response to tyranny. *American Journal of International Law*, v. 84, n. 2, p. 516-524, 1990.

⁵⁷ OKAFOR, 2005.

foco no surgimento desta nova ameaça almeja justificar e legitimar a modificação das normas internacionais.

As premissas da paz democrática não se reduzem à incorporação de valores democráticos ocidentais nos Estados déspotas. Muitos dos debates contemporâneos em torno da democratização das práticas internacionais gravitam em torno das premissas da *global governance*, movimento acadêmico, mas de vocação prática, embasado em ideais de superação da posição central ocupada pelo Estado-nação, de sua lógica operacional pouco eficiente e lenta, e na gradual transformação da ordem internacional que passa a operar por via de regimes especializados, mais aptos, em tese, a lidar com as questões típicas da globalização. “Sente-se que o curso da história chegou a um ponto de mutação, oportunidade para o movimento no sentido da cooperação pacífica, da expansão dos direitos humanos e da elevação dos padrões de vida”, é a análise tecida por James Rosenau⁵⁸, para quem a ordem internacional vive momento histórico de profunda transformação do Estado, da ordem e do papel das instituições e regimes na reorganização dos interesses globais⁵⁹.

Idealizado como um verdadeiro projeto de direito, o risco imediato ao tomar este curso histórico é fazer tabula rasa das implicações da prática historiográfica, dos discursos identificáveis nas entrelinhas evolutivas dos institutos e regras, além dos processos de inclusão/exclusão que orbitam os domínios do direito – ocultados pela pretensão de neutralidade, universalidade e racionalidade. Conforme observa Makau Wa Mutua, esta percepção histórica da disciplina é “linear, uma progressão unidirecional com a ‘superior’ e ‘científica’ civilização Ocidental liderando e pavimentando o caminho para outros seguirem⁶⁰.” Em semelhante linha argumentativa, Ikechi Mgbefo⁶¹ realça a missão totalitária do colonialismo, cuja projeção totalizante oculta as diferenças entre os povos e culturas do sul global.

⁵⁸ ROSENAU, James N. Governança, ordem e transformação na política mundial. In: ROSENAU, James N.; CZEMPIEL, Ernst-Otto. *Governança sem governo: ordem e transformação na política mundial*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000. p. 11-46. p. 11.

⁵⁹ Argumenta-se a descrença nas estruturas vestefalianas em face da conjuntura global do final do século XX e começo do presente século. Os argumentos levantados denunciam a defasagem e a inaptidão dos mecanismos jurídicos tradicionais – como, por exemplo, os princípios da igualdade soberana e da não intervenção em oposição a um mundo globalizado, à violência intraestatal e à desigualdade material marcante entre os Estados –, postulando o reconhecimento de novas formas de organização internacional e transnacional que se distanciam das amarras impostas pelo modelo estatal. (ROSENAU, 2000).

⁶⁰ MUTUA, Makau Wa. Savages, victims and saviours: the metaphor of human rights. *Harvard International Law Journal*, v. 42, n. 1, p. 201-245, 2001. p. 210.

⁶¹ MGBEFO, Ikechi. The civilized self and the barbaric other: imperial delusions of order and the challenges of human security. In: FALK, Richard; RAJAGOPAL, Balakrishnan; STEVENS, Jacqueline. *International law and the third World: reshaping justice*. London and New York: Routledge, Cavendish, 2006. p. 111-128.

Autores da própria história: o Terceiro Mundo e a resistência epistêmica

As relações entre o Direito Internacional, de um lado, e as práticas coloniais e imperiais, de outro, compõem o objeto de análises transdisciplinares comprometidas com a desconstrução dos discursos que pretendem atribuir tanto à história do Direito Internacional quanto aos seus institutos a vocação mítica de realização do progresso e de propagação dos ideais civilizatórios ocidentais: a grande narrativa da modernidade é confrontada e questionada, para, enfim, tornar visíveis certos aspectos encobertos. Figuram também investigações engajadas num tratamento crítico de temas tradicionalmente negligenciados da disciplina (ou, talvez convenha o esclarecimento, aspectos da disciplina os quais as grandes narrativas históricas consideram superados ou de importância menor). Os méritos desta postura investigativa são sumarizados por Koskenniemi:

Os melhores trabalhos escritos neste ramo [historiográfico] emergem da conscientização teórica sobre as dificuldades em continuar trabalhos doutrinários do passado sem levar em consideração as narrativas com as quais no ramo tem justificado suas contribuições e em recontar estas histórias a fim de propor argumentos metodológicos ou políticos⁶².

174

Esta ampla perspectiva de investigação histórica confronta determinada construção teórica célebre, exposta supra, e presente desde os autores nos relatos pós-1990: a ideia de *história como progresso*. Pretende esta vertente historiográfica destacar que a história convencionalmente contada é uma grande narrativa da lenta, todavia constante, evolução do direito em face do poder, da razão em oposição à ideologia, do *espírito internacionalista* diante do retrocesso representado pelas formas nacionais de organização social e, não menos importante, do triunfo da ordem sobre o caos nos assuntos internacionais nos últimos 350 anos. Na síntese de David Kennedy, “o conto convencional da história legal internacional é uma narrativa do progresso, uma fábula sobre como a disciplina cresceu e quem são seus inimigos – sobretudo, esta história ensina, dá as costas à política e à ideologia, e depois à filosofia, teoria e forma⁶³.”

A partir destas considerações preliminares, voltamo-nos para as possíveis contribuições de TWAIL para a história da disciplina, desde uma crítica à concepção linear-progressista do fazer histórico até reflexões sobre o Novo Constitucionalismo Latino-Americano e seu potencial emancipador para o Terceiro Mundo. De início, rejeita-se a proposição segundo a qual as contradições e violências históricas presentes no Direito Internacional desde suas fundações modernas foram, em definitivo, superadas pela emergência de uma nova era desen-

⁶² KOSKENNIEMI, 2001, p. 9.

⁶³ KENNEDY, 1999, p. 92

volvimentista. Por isso, as premissas investigativas partem de um pressuposto essencial: o fazer histórico é constituído por continuidades, contradições, preconceitos, ocultamentos, profundamente influenciados por visões de mundo particulares. Neste sentido, os críticos de TWAIL “preocupam-se em mapear as continuidades e descontinuidades no desenvolvimento histórico das normas internacionais, estruturas, reivindicações ou regras para uma melhor compreensão dos modos com que estas facilitam a perpetuação das sérias desvantagens que sofrem os povos do Terceiro Mundo⁶⁴.”

Quais seriam, então, os possíveis elementos estruturais que persistem no Direito Internacional, e que reproduzem uma lógica de exploração e subordinação dos povos do Terceiro Mundo? Uma resposta a esta questão fundamental envolverá, nos limites da hipótese avançada no começo deste trabalho, o tratamento das relações coloniais – tanto em termos das práticas coloniais a partir do século XVI quanto em uma colonização dos saberes – e sua perpetuação nas instituições internacionais.

Escrevendo no final da década de 1980, o teórico peruano Aníbal Quijano tece agudas reflexões acerca das inerentes conexões entre a subordinação colonial e a produção de determinado tipo de saber. A relação entre a dinâmica colonial e a produção do saber é alicerçada em formas totalizantes de exercício do poder, de modo que as esferas política, econômica, social e jurídica não se encontram apartadas da colonização do saber. Nas palavras de Quijano:

A específica estrutura colonial do poder produziu formas específicas de discriminação que posteriormente foram codificadas como ‘raciais’, ‘étnicas’, ‘antropológicas’ ou ‘nacionais’, de acordo com os tempos, agentes e populações envolvidas. Estas construções intersubjetivas, produto da dominação colonial eurocêntrica, foram presumidas como ‘objetivas’, ‘científicas’, categorias, portanto, de significância histórica. Em outros termos, como um fenômeno natural, apartado das relações históricas de poder. Esta estrutura de poder foi, e continua a ser, o alicerce sobre o qual opera as demais relações sociais de classes ou Estados⁶⁵.

A presunção de que o colonialismo político foi eliminado desde os movimentos de descolonização das décadas de 1960 e 1970 não denotou, no entender de Quijano, no cessar da repressão epistêmica e sistêmica. A lógica colonial significou a imposição de modos de pensar, agir, falar, de um lado, e, de outro, a construção de uma matriz de produção do saber válido pautado em critérios unilaterais, porém de apelo universal.

⁶⁴ OKAFOR, 2005, p. 178.

⁶⁵ QUIJANO, Aníbal. Coloniality and modernity/rationality. *Cultural Studies*, v. 21, ns. 2-3, p. 168-178, 2007. p. 168.

A persistência de um modo específico de produção do saber recebe a designação *colonialidade*: é a operação repressora do sistema de conhecimento envolta em uma embalagem universalizante e cosmopolita, mas que se desenvolve através de “uma imagem mistificada dos seus próprios padrões de construção do conhecimento e dos significados⁶⁶.” A proposição de Quijano integra um panorama de compreensão, crítica e reconstrução da modernidade⁶⁷, sua forma de produção do conhecimento e, também, uma dimensão pouco compreendida, a *colonialidade*, forjando então a dinâmica modernidade/colonialidade.

Enrique Dussel, nas conferências de Frankfurt publicadas em 1992, estuda a dialética da modernidade mediante exposição do mito fundador da consciência moderna: trata-se de um lado irracional do fenômeno moderno, consubstanciado na justificação da violência dirigida a tudo e a todos que se voltam contra os parâmetros inaugurados por esta concepção do mundo e do conhecimento ou que os desafiam. Para Dussel, o ano de 1492 simboliza o nascimento da modernidade, iniciando-se na Europa, e completando-se com a confrontação do “outro” americano: “[a modernidade] nasceu quando a Europa pôde se confrontar com o seu “Outro” e controlá-lo, vencê-lo, violentá-lo: quando se pôde definir como um “ego” descobridor, conquistador, colonizador da Alteridade constitutiva da própria Modernidade⁶⁸.” O binômio modernidade/violência, para o autor, é reproduzido em toda a abordagem ocidental diante do Novo Mundo, que, ao ser “descoberto”, funda o mito da Modernidade por sobre a projeção do “outro” inferior, selvagem, infantil⁶⁹.

Recentes estudos monográficos, como os de Antony Anghie⁷⁰, revisitam tradições teóricas clássicas sob a perspectiva do “outro” ao longo da formulação do argumento jusinternacionalista. Importantes reflexões são tecidas a respeito do status jurídico do índio americano na doutrina do frade dominicano Francisco de Vitória, que escreve em meados do século XVI. Trabalhos como o de Anghie elucidam aspectos negligenciados daquele autor: a forma como é desenvolvida a projeção dos valores espanhóis sob um rótulo universal e natural, a justificativa da guerra justa de espanhóis contra os índios em violação do Direito

⁶⁶ QUIJANO, 2007, p. 169.

⁶⁷ Uma definição clássica da modernidade é proposta por Anthony Giddens: “modernidade” refere-se a estilo, costume de vida ou organização social que emergiram na Europa a partir do século XVII e que posteriormente se tornaram mais ou menos mundiais em sua influência. Isso associa a modernidade a um período de tempo e a uma localização geográfica inicial, mas, por enquanto, deixa suas características principais guardadas em segurança numa caixa preta”. (GIDDENS, 1991, p. 12).

⁶⁸ DUSSEL, Enrique. *1492: O Encobrimento do Outro. A origem do mito da modernidade*. Petrópolis: Editora Vozes, 1993, p. 8.

⁶⁹ A definição do status dos índios no contexto do século XVI foi alvo de famoso debate entre Juan Guínés de Sepúlveda e Bartolomeu de Las Casas. Conferir o estudo de WALLERSTEIN, Immanuel. *O universalismo europeu: a retórica do poder*. São Paulo: Editora Boitempo, 2006.

⁷⁰ ANGHIE, 2004 e 2006.

das Gentes – fundado em premissas jusnaturalistas – ou, ainda, a classificação dos povos originários como bárbaros, selvagens ou infantis⁷¹.

A doutrina e práticas internacionalistas do século XIX também são ilustrativas destas ponderações. No contexto de reafirmação das práticas coloniais francesas e inglesas, John Westlake, internacionalista da segunda metade do século XIX, escreve em seu *Chapters of the Principles of International Law*, de 1894, que o atributo necessário para um povo ser considerado um Estado é a constituição de um governo nos moldes e modelos Europeus; é este o “teste de civilização”. Para Westlake, os Estados europeus representam o modelo civilizatório em virtude do qual os demais povos e nações devem se espelhar. A diferença entre os civilizados e os não civilizados – sendo comum a designação bárbaros ou primitivos – é, então, a habilidade de responder positivamente à seguinte indagação: “podem os nativos fornecer um tal governo, ou este deve ser providenciado exclusivamente pelos Europeus? Na resposta a esta questão reside, para o direito internacional, a diferença entre civilização e o desejo por ela⁷².”

Para Westlake, o *standard* civilizatório representado pela Europa é assimilado pelo Direito Internacional, o qual se torna espelho fiel de um determinado modo de pensar. Esta maneira de pensar, típica da tradição moderna, é operada por mecanismos de exclusão ou inclusão, que, no caso do autor em estudo, são representados pela existência de um governo reconhecido. Na ausência deste, ele escreve: “a entrada da raça branca não pode ser impedida onde existe terra para cultivar, minério para ser extraído, comércio a ser desenvolvido, esporte a ser usufruído, curiosidade a ser satisfeita⁷³.” Veja-se, em suas palavras, a postura a ser tomada pelo Direito Internacional diante dos povos não civilizados:

Da mesma maneira, o direito internacional deve tratar estes nativos como não civilizados. Ele [direito internacional] regula, para o mútuo benefício dos estados civilizados, as reivindicações que eles produzem sobre possuírem soberania sobre a região, e deixa o tratamento dos nativos à consciência do estado ao qual sua soberania é conferida, e não sanciona seu interesse que se faz de desculpa para guerra entre pretendentes civilizados, causando a devastação da região e sofrimento aos nativos⁷⁴.

⁷¹ Em síntese, escreve Anghie: “Formas espanholas de vida econômica e política são universalizantes porque são ostensivamente sustentadas pelas doutrinas prescritas por Vitoria e seu sistema de direito natural. O abismo entre as duas culturas agora cessam de existir por conta de alicerces nos quais o comportamento tanto de espanhóis quanto de índios poderiam ser acesados. Igualmente importante, uma visão idealizada de práticas culturais particulares dos espanhóis tomam a forma de universalidade como o resultado da aparente derivação da esfera do direito natural.” (2004, p. 21).

⁷² WESTLAKE, John. *Chapters of the principles of international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1894, p. 141.

⁷³ WESTLAKE, 1894, p. 142-143.

⁷⁴ WESTLAKE, 1894, p. 143.

Koskenniemi identifica, em exame de autores como Westlake, nítidos traços do darwinismo social percebido sob um viés etnocêntrico⁷⁵. Na esteira destas considerações, a explícita menção da “raça branca” por Westlake⁷⁶ também é indicativa de uma tendência nem sempre examinada pela doutrina. A forma como a questão racial era tratada pelo internacionalista oitocentista deve ser inserida em um debate mais amplo em torno da influência do cientificismo positivista nas ciências sociais. Para Westlake, a questão racial era compreendida à luz de argumentos envoltos em premissas normativas e racionais produzidas pelos métodos científicos. “Se a evolução era de fato uma verdade científica”, pontua Koskenniemi, “[...] então o fato de você ser um oriental semicivilizado, posto de modo a justificar a manutenção da jurisdição consular Ocidental, significava externar um mero fato⁷⁷.”

Na esteira da análise de Quijano e Dussel, o uruguaio Walter Dignolo desenvolve o conceito de *colonialidade* enquanto estratégia analítica capaz de abrir, reconstruir e restituir as histórias silenciadas, as subjetividades reprimidas, os conhecimentos subalternizados pela lógica moderna⁷⁸. Os caminhos para a desconstrução ou superação da colonialidade do poder podem ser criados de estratégias descoloniais que proporcionem “uma guinada epistêmica e traz à superfície outras epistemologias, outros princípios do conhecimento e compreensão e, conseqüentemente, outras economias, outras políticas, outras éticas⁷⁹.”

178

A denúncia da vertente mítica e encobridora da modernidade é partilhada por Boaventura de Sousa Santos com a elucidação das “linhas abissais” produzidas pelo pensamento moderno⁸⁰. Calcado nos ditames cartesianos e centrado na razão, este último estabelece padrões de produção e reconhecimento do saber válido, de um lado, enquanto que, de outro, rotula como exóticas, selvagens e inferiores aquelas visões de mundo que não decorrem do *modus operandi* racional e comprovado pela ciência. A modernidade e o saber têm uma dimensão abissal para Santos, na medida em que significa um *standard* segundo o qual todo saber deve almejar se integrar a fim de ser reconhecido e legitimado.

O ato de silenciar as histórias do Terceiro Mundo segue as premissas da produção do saber jurídico calcado em uma perspectiva colonial. O ato de es-

⁷⁵ Koskenniemi, 2001.

⁷⁶ Westlake, 1894, p. 142.

⁷⁷ Koskenniemi, 2001, p. 96.

⁷⁸ MIGNOLO, 2000; MIGNOLO, Walter. Delinking – the rhetoric of modernity, the logic of coloniality and the grammar of de-coloniality. *Cultural Studies*, v. 21, ns. 2-3, p. 449-514, 2007.

⁷⁹ MIGNOLO, Walter. *Local histories/global designs. coloniality, subaltern knowledges, and border thinking*. Princeton: Princeton University Press, 2000. p. 452.

⁸⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula (orgs.). *Epistemologias do Sul*. São Paulo: Editora Cortez, 2010a. p. 31-83.

crever a “História” oficial de um campo de saber, como é o caso do Direito Internacional, guarda consigo a promessa de apaziguamento de conflitos, lutas, visões de mundo e da história. Historiadores como o haitiano Michel-Rolph Trouillot realçam a dimensão de poder que acompanha a produção do saber histórico e que opera um mecanismo silenciador de outras possíveis histórias que as narrativas oficiais ora encobrem ora deslegitimam. São estes aspectos que rotulam a Revolução Haitiana como “não história”, ou um “não evento”, por não ser compatível com a matriz de pensamento ocidental: uma Revolução liderada por escravos é, por esta via, inconcebível⁸¹.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Terceiro Mundo – ou, conforme os propositores do “fim da História”, os países “em desenvolvimento” –, encoberto pela lógica da *colonialidade* do poder e da subordinação dos saberes, termina por exercer, aos olhos de uma concepção linear ou progressista da história, função primordial na manutenção do *status quo* quando não questiona as fundações da ordem jurídica internacional, suas contradições, suas condicionantes e, talvez num passo mais complexo, quando não propõe alternativas que desafiem as estruturas responsáveis pela perpetuação da desigualdade material e subordinação.

Os debates travados pelos liberais internacionalistas repercutem nas práticas dos Estados e em instituições como o Direito Internacional. A agenda internacional contemporânea assume um viés unilateral no sentido de que espelha valores locais de pretensão universal. As propostas dos liberais, à luz da crítica do Terceiro Mundo, são consideradas *uma* das possíveis visões do fazer histórico cercado de complexidades, contradições, continuidades e descontinuidades, composto por um rico mosaico de perspectivas de saber que ultrapassam e questionam as fundações modernas da disciplina. Nestes termos, veem-se com reticências as promessas de desenvolvimento da governança global, da propagação da democracia e da consolidação das práticas da economia de mercado globalizado.

Sobre as continuidades e rupturas no fazer histórico, vislumbram-se algumas considerações sobre a atualidade das práticas coloniais e imperiais inauguradas com a modernidade/colonialidade. Em breve análise, partindo de teóricos como Francisco de Vitória no século XVI, passando por John Westlake no século XIX e chegando ao internacionalismo liberal no pós-Guerra Fria, procurou-se dar ênfase ao possível funcionamento e operação de certos mecanismos ideológicos e universalizantes – por exemplo, o Terceiro Mundo que desaparece para a emergência dos *países em desenvolvimento*, a paz duradoura das democracias liberais

⁸¹ TROUILLOT, Michel-Rolph. *Silencing the past: power and the production of history*. Boston: Beacon Press, 1995.

e os benefícios universais de uma economia de mercado globalizada –, os quais mantêm ou recriam institutos legais – por exemplo, os princípios fundamentais do Direito Internacional e as normas de *jus ad bellum* – a partir de uma perspectiva particular, o saber moderno/racional, mas de pretensão universal.

Por isso, a necessidade de se voltar para as experiências locais como as da Bolívia e do Equador. Em escala nacional, as práticas transformadoras do Novo Constitucionalismo Latino-Americano consubstanciam rico manancial para uma crítica *descolonial* do Direito e do Estado. Pela importância destas experiências, imperioso se mostra o diálogo com outros saberes que transcendem as clássicas divisões acadêmicas em disciplinas, estas muitas vezes excludentes ou estigmatizantes. Por detrás da História oficial de certo instituto ou disciplina, como destacado na prática internacionalista, podemos encontrar as vozes e os saberes silenciados pelo conhecimento totalizante. No Estado Plurinacional, estas vozes ressoam e se fazem ouvir *nos seus próprios termos*.

REFERÊNCIAS

ANAND, R. P. *Confrontation or Cooperation? International Law and the Developing Countries*. 2a ed. Gurgaon: Hope India Publications, 2011.

ANGHIE, Antony. *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

ANGHIE, Antony. The Evolution of International Law: colonial and postcolonial realities. *Third World Quarterly*, v. 27, n. 5, p. 739-753, 2006.

ANGHIE, Antony; CHIMNI, B.S. Third World Approaches to International Law and Individual Responsibility in Internal Conflicts. *Chinese Journal of International Law*, v. 2, n. 1, p. 77-103, 2003.

BERGER, Mark. The end of the 'Third World'? *Third World Quarterly*, v. 15, n. 2, p. 257-275, 1994.

BHABHA, Homi. *O Local da Cultura*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1998.

BUSH, George H. W. Toward a New World Order. Address Before a Joint Session of Congress (September 11, 1990). Disponível em: <<http://millercenter.org/president/speeches/detail/3425>>. Acesso: 27 jun. 2013.

CHIMNI, Bhupinder. S. Third World Approaches to International Law: A Manifesto. *International Community Law Review*, v. 8, p. 3-27, 2006.

D'AMATO, Anthony. The invasion of Panama was a lawful response to tyranny. *American Journal of International Law*, v. 84, n. 2, p. 516-524, 1990.

DUSSEL, Enrique. *1492: O Encobrimento do Outro. A origem do mito da modernidade*. Petrópolis: Editora Vozes, 1993.

FRANCK, Thomas M. The emerging right to democratic governance. *American Journal of International Law*, v. 86, n. 1, p. 46-91, 1992.

FUKUYAMA, Francis. The End of History? *The National Interest*, p. 5-17, 1989.

- GATHII, James Thuo. International Law and Eurocentricity. *European Journal of International Law*, v. 9, n. 1, p. 184-211, 1998.
- GIDDENS, Anthony. *As Consequências da Modernidade*. São Paulo: Editora UNESP, 1991.
- GREWE, Wilhelm G. *The Epochs of International Law* [Epochen der Völkerrechtsgeschichte]. Berlin, New York: Walter de Gruyter, 2000.
- KAGAN, Robert. *O Retorno da História e o Fim dos Sonhos*. Rio de Janeiro: Rocco, 2009.
- KANT, Immanuel. *À Paz Perpétua* (1795). Trad. Marco Zingano. Porto Alegre: LP&M, 2008.
- KENNEDY, David. The Disciplines of International Law and Policy. *Leiden Journal of International Law*, v. 12, n. 1, p. 9-133, 1999.
- KENNEDY, David; TENNANT, Chris. New Approaches to International Law: A Bibliography. *Harvard International Law Journal*, v. 35, n. 2, p. 417-460, 1994.
- KOSKENNIEMI, Martti. Histories of International Law: Dealing with Eurocentrism. *Rechtsgeschichte*, v. 19, p. 152-176, 2011.
- KOSKENNIEMI, Martti. *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870-1960*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.
- LESAFFER, Randall. International Law and Its History: Story of a Unrequired Love. In: CRAVEN, Matthew; FITZMAURICE, Malgosia; VOGIATZI, Maria (Eds). *Time, History and International Law*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, p. 27-41, 2007.
- MACALISTER-SMITH, Peter; SCHWIETZKE, Joachim. Literature and Documentary Sources relating to the History of Public International Law: An Annotated Bibliographical Survey. *Journal of the History of International Law*, v. 1, n.1, p. 136-212, 1999.
- MALANCZUK, Peter. *Akehurst's Modern Introduction to International Law*. 7a ed. London and New York: Routledge, 1997.
- MGBEOJI, Ikechi. The Civilized Self and the Barbaric Other: imperial delusions of order and the challenges of human security. In: FALK, Richard; RAJAGOPAL, Balakrishnan; STEVENS, Jacqueline. *International Law and the Third World: Reshaping Justice*. London and New York: Routledge, Cavendish, 2006, p. 111-128.
- MICKELSON, Karin. Taking Stock of TWAIL Histories. *International Community Law Review*, v. 10, p. 355-362, 2008.
- MICKELSON, Karin. Rhetoric and Rage: Third World Voices in International Legal Discourse. *Wisconsin International Law Journal*, v. 16, n. 2, p. 353-419, 1998.
- MIGNOLO, Walter. Delinking – the rhetoric of modernity, the logic of coloniality and the grammar of de-coloniality. *Cultural Studies*, v. 21, nos. 2-3, p. 449-514, 2007.
- MIGNOLO, Walter. *Local Histories/Global designs. Coloniality, Subaltern Knowledges, and Border Thinking*. Princeton: Princeton University Press, 2000.
- MUTUA, Makau Wa. Savages, victims and saviours: the metaphor of human rights. *Harvard International Law Journal*, v. 42, n. 1, p. 201-245, 2001.
- NUSSBAUM, Arthur. *A Concise History of the Law of Nations*. New York: Macmillan, 1954.
- OKAFOR, Obiora Chinedu. Critical Third World Approaches to International Law (TWAIL): Theory, Methodology, or Both? *International Community Law Review*, v. 10, p. 371-378, 2008.

OKAFOR, Obiora Chinedu. Newness, Imperialism and International Legal Reform in our time: a TWAIL Perspective. *Osgoode Hall Law Journal*, v. 43, n. 1 & 2, p.171-191, 2005.

OPPENHEIM, Lassa. The Science of International Law: Its Task and Method. *American Journal of International Law*, v. 2, n. 2, p. 313-356, 1908.

OTTO, Dianne. Subalternity and International Law: The Problems of Global Community and the Incommensurability of Difference. *Social & Legal Studies*, v. 5, n. 3, p. 337-364, 1996.

PARMAR, Pooja. TWAIL: An Epistemological Inquiry. *International Community Law Review*, v. 10, p. 363-370, 2008.

QUIJANO, Anibal. Coloniality and Modernity/Rationality. *Cultural Studies*, v. 21, nos. 2-3, p. 168-178, 2007.

ROSENAU, James N. Governança, ordem e transformação na política mundial. In: ROSENAU, James N.; CZEMPIEL, Ernst-Otto. *Governança sem governo: ordem e transformação na política mundial*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000, p. 11-46.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 8a. ed. São Paulo: Cortez Editora, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula (orgs.). *Epistemologias do Sul*. São Paulo: Editora Cortez, 2010a, p. 31-83.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. 7. ed. São Paulo: Cortez Editora, 2010b.

182 SLAUGHTER, Anne-Marie; RATNER, Steven R. Appraising the Methods of International Law: A Prospectus for Readers. *American Journal of International Law*, v. 93, n. 2, p. 291-302, 1999.

TESÓN, Fernando R. *A Philosophy of International Law*. Boulder: Westview Press, 1998.

TODOROV, Tzvetan. *A Conquista da América: a questão do outro*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

TROUILLOT, Michel-Rolph. *Silencing the Past: Power and the Production of History*. Boston: Beacon Press, 1995.

WALLERSTEIN, Immanuel. *O Universalismo Europeu: a retórica do poder*. São Paulo: Editora Boitempo, 2006.

WESTLAKE, John. *Chapters of the Principles of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1894.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico*. 6a. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

POLÍTICAS PÚBLICAS LOCAIS DE GÊNERO: UMA ALTERNATIVA PARA O INCREMENTO DA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

LOCAL POLICIES ON GENDER: AN ALTERNATIVE TO THE INCREMENT OF CONSTITUTIONAL DEMOCRACY

*Henrique Mioranza Koppe Pereira**

*Tainá Krüger Cavalheiro***

RESUMO

No presente artigo, serão apresentadas novas alternativas democráticas para atos Estatais sobre antigos problemas sociais encontrados no cenário brasileiro, a fim de viabilizar a proteção dos direitos dos cidadãos. Para isso, serão estudadas as possibilidades que surgem com a adoção da perspectiva local às políticas públicas locais, combinadas a um foco em populações específicas, restringindo-se a problemas característicos de gênero, a partir dos conceitos de democracia deliberativa. A partir disso, apontam-se dois elementos essenciais: garantias constitucionais e desigualdade de gênero. O presente estudo tem como objetivo demonstrar como as políticas públicas locais de gênero podem se apresentar como uma alternativa viável e democrática para a promoção da democracia constitucional brasileira.

Palavras-chave: Políticas públicas; Espaço local; Políticas de gênero; Constitucionalismo; Democracia.

ABSTRACT

The present article will present new democratic alternatives to State acts on ancient social problems that are in the Brazilian public health system in order to facilitate the protection of citizens' rights. For this, it will study the possibilities that arise with the adoption of the local perspective

* Doutorando em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (Unisc). Mestre em Direito pela Unisinos. Bacharel em Direito pela UCS. Professor-pesquisador e colaborador no Grupo de Pesquisa Metamorfose Jurídica da UCS. Professor de Direito Civil na Universidade de Caxias do Sul (UCS). E-mail: henriquemkperreira@gmail.com.

** Acadêmica de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). E-mail: taina.kc@gmail.com.

on local public policies combined with a focus on specific populations by restricting the characteristic problems of gender based on the concepts of deliberative democracy. From this, it points to two essential elements: constitutional grantees and gender inequality. With this study aims to demonstrate how gender local public policies may present as a viable and democratic for the promotion of Brazilian constitutional democracy.

Keywords: Public policy; Local space; Gender policy; Constitutionalism; Democracy.

INTRODUÇÃO

No dia 1º de janeiro de 2011, sobe ao poder a primeira presidenta do Brasil, eleita pelo povo por meio do procedimento democrático de voto direto. É evidente que esse foi um momento histórico na trajetória do país e que, no coração daqueles que viveram esse momento, despertou a esperança de grandes mudanças, principalmente no que se refere a problemas e discussões referentes aos gêneros.

No discurso de posse, a primeira presidenta, Dilma Rousseff, deixou claro que daria atenção aos conflitos de gênero, para proteger os mais frágeis e governar para todos os cidadãos. Da mesma forma, afirmou dar importância privilegiada a uma atuação estatal em favor dos direitos constitucionais do cidadão brasileiro e com atenção específica sobre as diferenças de gênero que se estabelecem no panorama nacional. Entretanto, até o presente momento, o governo federal não demonstrou atuações significativas nesse sentido, tratando-se de um dos motivos da necessidade de reflexão acerca da perspectiva local.

Desse modo, fundamental é trazer à pauta discussões dessa seara para o universo acadêmico, a fim de dar subsídios a uma melhor atuação governamental. A partir disso, o presente trabalho tratará de demonstrar alternativas democráticas, para que se viabilize a proteção dos direitos constitucionais. Uma possível resposta para essas questões pode estar no estudo de políticas públicas locais, voltadas aos problemas caracterizados pelos gêneros, a partir dos conceitos de democracia deliberativa. Com isso, serão discutidos dois aspectos importantes: garantias constitucionais e desigualdade de gênero.

O objetivo deste estudo é trabalhar a ideia de que as políticas públicas locais de gênero, quando desenvolvidas de acordo com os pressupostos democráticos, podem auxiliar na melhoria da ação estatal em prol das garantias constitucionais, ou seja, pretende-se analisar como essas políticas devem ser trabalhadas e implementadas, a fim de concretizar os ideais expostos pela constituição brasileira. É fundamental essa averiguação, pois se trata de questões latentes na segunda década do século XXI, as quais devem ser enfrentadas diretamente pela administração pública, visando impulsionar o desenvolvimento e aprimorar a emancipação do cidadão e da nação.

POLÍTICAS PÚBLICAS LOCAIS: PROPOSTA DEMOCRÁTICA DE VIABILIDADE

Para iniciar as reflexões deste trabalho, o presente tópico abordará os conceitos de democracia deliberativa e de políticas públicas, bem como quais procedimentos são realizados para que elas possam ser efetivadas, em um contexto de sociedade moderna. Com isso, será possível perceber como um governo pode atuar, como uma sociedade pode reivindicar atuações públicas em favor das necessidades dos cidadãos e como elas são aplicadas no cenário brasileiro. Como expõe Rogério Gesta Leal:

Em outros termos, não basta que se garantam as liberdades civis e políticas tradicionais dos umbrais da Idade Moderna, pois os indivíduos na contemporaneidade devem ter a possibilidade material de imprimir a estas a autonomia cognitiva que exige uma efetiva inserção e participação societal, fundada em uma interlocução não coitada pelos discursos e práticas totalitárias das elites dominantes (com suas linguagens tecnoburocráticas e enclausuradas em si próprias), só assim oportunizando que o sistema social possa ser gerido compartilhadamente; esta possibilidade de interlocução deve contar, por sua vez, com mecanismos e espaços oficiais de diálogos, deliberações e execuções de políticas públicas voltadas para tal desiderato¹.

185

Os procedimentos das deliberações democráticas são fundamentais para essa questão por possibilitar o diálogo com o cidadão local e, principalmente, por viabilizar uma legitimidade mais consistente do ato governamental, pois se agrega à decisão o apoio direto das populações envolvidas.

Rousseau descreve o termo *deliberação* como significado da própria decisão: “Conclui-se do precedente que a vontade geral é sempre certa e tende sempre à utilidade pública; donde não se segue, contudo, que as deliberações do povo tenham sempre a mesma exatidão. Deseja-se sempre o próprio bem, mas nem sempre se sabe onde ele está. Jamais se corrompe o povo, mas frequentemente o enganam e só então é que ele parece desejar o que é mau”.² Sobre esse escrito, comenta Manin³:

¹ LEAL, Rogério Gesta. Possíveis dimensões jurídico-políticas locais dos direitos civis de participação social no âmbito da gestão dos interesses públicos. In: LEAL, Rogério Gesta (Org.). *Administração pública e participação social na América Latina*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2005. p. 389.

² ROUSSEAU. *Do contrato social*. São Paulo: Abril, 1983. Livro II, Capítulo 3, p. 46.

³ MANIN, Bernard. Legitimidade e deliberação política. WERLE, Denilson Luis; MELO, Rúrion Soares (Org.). *Democracia deliberativa*. São Paulo: Editora Singular, Esfera Pública, 2007. p. 24.

Nesta passagem as *deliberações das pessoas* se referem obviamente às escolhas que as pessoas fazem, e não ao processo que leva à escolhas. Não haveria sentido em dizer que o processo é moralmente justo ou não. No *Discours sur l'économie politique*, o termo é usado da mesma maneira. Rousseau mostra como a existência de “associações parciais” prejudica a vontade geral. Ele diz “tal deliberação pode ser vantajosa para uma pequena comunidade, mas muito prejudicial para a grande comunidade”.⁴ Aqui, de novo, a deliberação claramente significa decisão: esta é a decisão tomada por um grupo, que pode ser tanto benéfica para o pequeno grupo quanto prejudicial para a sociedade como um todo.

Assim, a deliberação constitui a escolha *em si*, realizada pelo indivíduo ou por uma parcela da população que decide por um bem comum, a partir de seu contexto de reflexão. Nessa perspectiva, essa decisão não é, necessariamente, voltada ao bem comum de toda a sociedade, mas tão somente daqueles que deliberaram. É preciso apresentar procedimentos equânimes para a realização das propostas⁵, que devem ser debatidas racionalmente, como expõe Knight: “as propostas devem ser defendidas e criticadas com razões. O objetivo é articular os problemas urgentes, identificar suas soluções convenientes e exequíveis, e persuadir em vez de obrigar aqueles que possam talvez estar pensando de outro modo a reconhecer sua conveniência e exequibilidade”⁶.

186

Com a oitava das questões e possíveis soluções se viabiliza a deliberação, bem como se elimina o acúmulo de discussões que impedem a tomada de decisões, porque sem essas o *status quo* prevalece e, para muitos conservadores, é uma posição moralmente permissível e possivelmente vantajosa, e só o que poderia mudá-lo seria um consenso majoritário. Assim, quando se encontram formações corporativas e interesses entrenchados, como acontece em muitos países da América Latina, estrutura-se um resultado oposto ao ideal buscado pelo pluralismo⁷.

É importante esclarecer as informações que os cidadãos devem ter sobre os problemas a serem resolvidos. Por óbvio, quanto maior o entendimento sobre o assunto, mais seguro estará o indivíduo sobre sua escolha; todavia, o conhecimento profundo não é um pressuposto para a participação do indivíduo na deliberação democrática, pois a “deliberação tende a aumentar a informação e a localizar as preferências dos indivíduos. Isso os ajuda a descobrir aspectos das soluções propostas e de seus próprios objetivos que antes não haviam percebido”⁸.

⁴ Apud ROUSSEAU, *Discours sur l'économie politique*, Ouvres complètes, v. III, p. 246.

⁵ KNIGHT, Jack; JOHNSON, James. Agregação e deliberação. In. WERLE, Denilson Luis; MELO, Rúrion Soares. *Democracia deliberativa*. São Paulo: Editora Singular, Esfera Pública. 2007. p. 268.

⁶ Idem, p. 269.

⁷ NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 2003. p. 231.

⁸ MANIN, loc. cit., p. 32.

Esse contexto democrático implica em encarar diretamente o pluralismo do século XXI, o que tende a apresentar uma sensação de insegurança e instabilidade. O desafio da pluralidade moderna não é seguro, estável, garantido, eterno e absoluto.⁹ Portanto, é importante que se aprenda a conviver com a incerteza e com as mudanças, pois elas virão, quer se esteja preparado ou não.

Observa-se que os processos de deliberação democrática possibilitam a legitimação das decisões, porém é fundamental que elas sejam realizadas a partir da democracia, para que se evite um procedimentalismo que vise legitimar decisões antidemocráticas, como acautela Boaventura:

Portanto, o procedimentalismo democrático não pode ser, como supõe Bobbio, um método de autorização de governos. Ele tem de ser, como nos mostra Joshua Cohen, uma forma de exercício coletivo do poder político cuja base seja um processo livre de apresentação de razões entre iguais. Desse modo, a recuperação de um discurso argumentativo associado ao fato básico do pluralismo e às diferentes experiências é parte da reconexão entre procedimentalismo e participação¹⁰.

Afinal, uma máquina procedimental para legitimar decisões governamentais distorceria toda a fundamentalidade de democracia participativa, que tem por objetivo aproximar o cidadão da ação governamental.

Sobre políticas públicas, inicialmente se pode dizer que constituem um ramo da ciência política que busca entender como os governos democráticos agem e por que tomam determinadas decisões¹¹, assim como se intenciona apontar as melhores maneiras de atuação governamental para a melhoria social e a manutenção do Estado Democrático.

Não existe uma única, nem melhor, definição sobre o que seja política pública. Mead (1995) a define como um campo dentro do estudo da política que analisa o governo à luz de grandes questões públicas, e Lynn (1980), como um conjunto de ações do governo que irão produzir efeitos específicos. Peters (1986) segue o mesmo veio: política é a soma das atividades dos governos, que agem diretamente ou através de delegação, e que influenciam a vida dos cidadãos. Dye (1984) sintetiza a definição de política pública como “o que o governo escolhe fazer ou não fazer”. A definição mais conhecida continua sendo a de

⁹ BENHABIB, Seyla. Sobre um modelo deliberativo de legitimidade democrática. In: WERLE, Denilson Luis; MELO, Rúrion Soares. *Democracia deliberativa*. São Paulo: Editora Singular, Esfera Pública, 2007. p. 56.

¹⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa; ARITZER, Leonardo. *Introdução: para ampliar o cânone democrático*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 53.

¹¹ SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. *Revista Sociologias*, Porto Alegre, ano 8, n. 16, p. 22, jul./dez. 2006.

Laswell, ou seja, decisões e análises sobre política pública implicam responder às seguintes questões: quem ganha o quê, por que e que diferença faz¹².

Com isso, percebe-se que a discussão sobre políticas públicas está diretamente ligada ao discurso e ao contexto político, à tática governamental, aos debates com ONGs e agentes econômicos. Essas observações, no contexto do universo globalizado do século XXI, necessitam ser realizadas a partir da Teoria dos Sistemas, holística, que não aborde os problemas de forma seccionada. A Teoria dos Sistemas procura perceber tudo como um todo e estudar as partes e seu inter-relacionamento, cooperando para a existência do todo e formando um único sistema. Desenvolvida pelos biólogos Maturana e Varela, para compreender a vida biológica, caracteriza-se por estudar elementos distintos que, de alguma forma, estão interligados, e esse contato faz com que se construa um sistema operacional, que se substituirá por meio de um ciclo autorreprodutivo; portanto, atingindo um elemento desse sistema, estar-se-á comprometendo a harmonia do sistema autopoietico e, até mesmo, a dos sistemas que com ele se comunicam. Parsons explica que é necessária a cooperação de todos os elementos de um sistema, para que se efetive o ciclo evolutivo: “Uma sociedade só poderá ser autossuficiente na medida em que, de modo geral, seja capaz de ‘contar’ com as realizações de seus participantes como ‘contribuições’ adequadas para o desenvolvimento societário”¹³.

A Teoria dos Sistemas de Parsons se volta à epistemologia autopoietica de Maturana e Varela, ao perceber o direito como um sistema autorreprodutivo, que rompe com o funcionalismo (*input/output*) parsoniano¹⁴. Para Parsons, sociedade é “como o tipo de sistema social caracterizado pelo nível mais elevado de autossuficiência com relação ao seu ambiente, onde se incluem outros sistemas sociais”¹⁵. Assim, é imprescindível a autossuficiência como característica de uma sociedade, pois isso significa, frente à comunicação com o ambiente, “[...] estabilidade de relações de intercâmbio e capacidade para controlar estes últimos em benefício do funcionamento societário”¹⁶.

Esse modo de refletir e de agir, de acordo com a Teoria dos Sistemas, possibilita redução de efeitos colaterais indesejados ou de resultados controversos inesperados, que ocorrem quando se age sem a devida observação da situação ou dos efeitos que a ação pode gerar no ambiente e, conseqüentemente, em outros

¹² Ibidem, p. 24.

¹³ PARSONS, Talcott. *O sistema das sociedades modernas*. São Paulo: Pioneira, 1974. p. 20.

¹⁴ ROCHA, Leonel Severo. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 31.

¹⁵ PARSONS, op. cit., p. 19.

¹⁶ Idem.

sistemas. Logicamente, ao se falar de complexidade sistêmica se remete à necessidade de uma atuação interdisciplinar. Esta tem como objetivo unir os conhecimentos de diferentes áreas, para discutir determinados temas, os quais, ao serem observados por uma disciplina isolada, apresentam um grau de complexidade que a torna limitada. Em outros casos, pode ser utilizada a multi ou pluridisciplinaridade, que consiste em aplicar uma disciplina em outra, e, por fim, a transdisciplinaridade¹⁷, “que tenta encontrar temas e metodologias que vão além das disciplinas”. Essa religação não nega a secção disciplinar; todavia, demonstra que essa percepção é reducionista, “porque não dá conta da complexidade da realidade”¹⁸.

Portanto, as políticas públicas terão como escopo o agir governamental, levando em conta toda a complexidade da sociedade moderna e democrática, dando ouvidos à população, para que se possa alcançar resultados que beneficiem as necessidades sociais, mediante melhores decisões e técnicas possíveis para resolver os problemas demandados. E a decisão pelo direcionamento à esfera local se justifica porque as esferas mais determinadas, de menor extensão, possibilitam uma participação mais efetiva dos atores sociais que, por muitas vezes, são incapazes de influenciar os processos complexos de articulação no espaço nacional. E, principalmente, essa perspectiva redefine o centro do debate acerca dos locais de poder, o que contribui para a centralidade do cidadão, que se apresenta como uma figura ofuscada pela atual conjuntura da economia globalizada.

A ação democrática a partir de seus procedimentos políticos

Pode-se dizer que são utilizados quatro procedimentos ou fases principais para compor o enredo das políticas públicas: construção da *agenda*, *formulação* de políticas, *implementação* de políticas e *avaliação* de políticas.

A *construção da agenda* é o momento da organização da atuação de um governo, ou seja, quando os atores governamentais decidem o que será realizado pela gestão atuante e o que não será realizado. Na perspectiva das políticas públicas, essa fase é fundamental, pois vai demonstrar se há interesse do governo representativo de realizar ou não determinada ação¹⁹.

Nesse momento se encontrarão dois diferentes grupos de atores sociais: os atores governamentais e os não governamentais. O primeiro grupo consiste naqueles que têm vínculo direto com o governo, como funcionários, parlamentares, vereadores. Já o segundo é composto por grupos de pressão ou interesse:

¹⁷ JUNGES, José Roque. *Bioética: hermenêutica casuística*. São Paulo: Loyola, 2006. p. 16.

¹⁸ Idem.

¹⁹ VIANA, Ana Luiza. *Abordagens metodológicas em políticas públicas*. Rio de Janeiro: RAP, 1996. p. 8.

acadêmicos, artistas, pesquisadores, consultores, mídia, participantes de campanhas eleitorais, partidos políticos e opinião pública²⁰. É visível que, para se conseguir espaço na agenda de um governo, é necessário o apoio desses atores sociais e que, em termos de eficácia, o apoio de atores governamentais do alto *staff* da administração pode ter uma influência decisiva sobre as decisões em pauta de deliberação.

É importante não negligenciar a existência de uma significativa instabilidade nessa arena que permeia a construção da agenda governamental, pois a fragmentação política e as alterações no governo podem ser decisivas para uma readequação do plano de governo. E isso pode resultar na incorporação ou no descarte de uma política pública na *agenda*. Outro fator importante a ser observado é que uma política pública pode depender do que é chamado de *national mood*, que pode apresentar um quadro favorável ou não para a sua incorporação no cenário governamental.

Assim, a construção de uma agenda governamental se dará da seguinte forma: inicialmente, reconhece-se determinado problema, e isso pode vir a mobilizar grupos de pressão (atores não governamentais), sensibilizar o *national mood* ou influenciar atores governamentais. Com isso, esse problema será levantado na discussão de formulação da agenda, que decidirá quais são as políticas públicas de prioridade para o governo gestor. Após a decisão, saber-se-á se a política em questão terá ou não espaço na agenda governamental, para que possa ser realizada.

Após a consolidação da agenda governamental, haverá o processo de *formulação de políticas públicas*, que consiste em um diálogo entre ações e intenções das políticas públicas, isto é, um processo de reflexão para dentro e a ação para fora²¹.

A fase da formulação pode ser ainda desmembrada em três subfases: primeira, quando uma massa de dados transforma-se em informações relevantes; segunda, quando valores, ideais, princípios e ideologias combinam com informações factuais para produzir conhecimentos sobre ação orientada; e última, quando o conhecimento empírico e normativo é transformado em ações públicas, aqui e agora²².

Portanto, nessa fase é realizado o estudo de toda a situação em que se pretende atuar, o que envolve o levantamento de dados atuais e de como se deverá agir, para que se realizem os resultados desejados com o mínimo de externalidades –

²⁰ VIANA, loc. cit., p. 13.

²¹ Ibidem, p. 13.

²² Idem, p. 13.

efeitos colaterais – possíveis. Por isso, Viana coloca ser um momento de diálogo e de reflexão sobre a ação, pois aqui será decidido sobre a ação governamental na pragmática social. Esses estudos têm um vínculo direto com a complexidade sistêmica da sociedade, o que envolve a observação holística dos reflexos colaterais desses atos, como mencionado anteriormente.

Em terceira instância, ocorre a *implementação das políticas públicas*, o que implica na realização fática dos estudos feitos nos processos anteriores. Nesse momento, é fundamental a atenção à quantidade de mudanças e ao consenso presente na população envolvida. Afinal, quanto mais mudanças forem geradas pela ação, maior será a resistência da população e, sem o consenso da população – foco da ação política –, é inviável, em um Estado Democrático de Direito, a realização de qualquer alteração na vida pública. Por isso, essa é a preocupação principal do processo de implementação e, para que se alcance esse consenso, é importante que a população compreenda a política atuante e que essa não implique em modificações sociais além dos resultados desejados, evitando a resistência populacional. Assim, é possível auxiliar a implementação de políticas com o envolvimento de atores não governamentais, que poderão influenciar, de acordo com seus interesses, de forma positiva ou negativa (por exemplo, a mídia ao agir em favor ou contra determinada ação pública).

Ao final, realiza-se a *avaliação da política pública*, que verificará os resultados positivos e negativos da ação governamental. Esse procedimento pode ser dividido em quatro tipos: *investigação*, *investigação avaliativa*, *avaliação* e *monitoramento*. Portanto, não é um procedimento simples. O primeiro tipo, *investigação*, implica no levantamento dos resultados finais; o segundo, *investigação avaliativa*, na avaliação dos resultados; o terceiro, *avaliação*, na verificação dos efeitos gerais ocasionados pela política pública de uma perspectiva holística, para avaliar, nas externalidades das ações, se os objetivos propostos foram atingidos e se os resultados foram satisfatórios ou não; e, finalmente, o *monitoramento*, tipo de avaliação utilizado nas situações em que as políticas públicas permanecem atuantes, mesmo depois de atingirem seus resultados iniciais e objetivos primordiais, por haver a possibilidade de continuar beneficiando a comunidade, a partir de sua manutenção. Assim, o monitoramento manterá sob vigilância o bom andamento das ações governamentais, a partir da política pública em questão²³.

Salienta-se que em cada procedimento se apresenta uma decisão específica. “A fase de construção da agenda propicia estudos de processo decisório; a fase de formulação, de processo decisório, de custo-benefício e de custo-efetividade; a

²³ BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO. *A política das políticas públicas: progresso econômico e social da América Latina*. Rio de Janeiro: Campus, 2006. p. 3.

fase de implementação, de processo decisório e de avaliação do processo de implementação; e a fase de avaliação, de estudos avaliativos”²⁴.

POLÍTICAS PÚBLICAS LOCAIS PARA A GARANTIA DOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS DO CIDADÃO

Nesse segundo tópico, pretende-se explanar sobre a possibilidade de foco em um espaço local das políticas públicas, a fim de incrementar essas políticas ao ter acesso a uma análise mais apurada das necessidades da população e das formas de atuação sobre os problemas tratados. Assim, ao invés de se utilizar de posturas radicais em favor de intervenções estatais genéricas para atuar sobre o conflito em diversas regiões do país, opta-se pelo viés do *direito como integridade* trazido por Dworkin²⁵; mas não somente isso, atenta-se, principalmente, para *onde* se está decidindo sobre o futuro das políticas, para que assim se verifique *como será* decidido. Portanto, os elementos fundamentais, para que se realizem as políticas públicas, de acordo com as necessidades sociais e com preceitos democráticos participativos, são respondidos a partir dos conceitos de *espaço local*, *empoderamento local* e *capital social*, que possibilitam um diálogo entre a dicotomia “Direitos Sociais *versus* Necessidades Econômicas”, ao observar o local de incidência do problema e os reflexos das ações governamentais sobre ele, em perspectivas domésticas e globais. Como afirma Hermany, “a efetividade dos espaços de democracia participativa está diretamente relacionada à consolidação da cidadania e à consequente participação no processo de obtenção do consenso”²⁶.

A partir dos argumentos e das situações apresentadas, questiona-se: como é possível efetivar a proteção dos direitos garantidos pela constituição a todos os cidadãos? Haveria a possibilidade de se realizarem políticas públicas voltadas a isso em espaços restritos ou para populações específicas? Quais são os espaços políticos em que se darão essas questões?

²⁴ VIANA, loc. cit., p. 30.

²⁵ Tendo em vista as deficiências tanto da concepção convencionalista quanto da concepção pragmatista, Dworkin vai apostar suas fichas em uma nova concepção de direito, que ele propõe 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 do direito como integridade justifica essa exigência de coerência entre a decisão e a lei. Mas não no sentido semântico, e sim no sentido de decisão política. Não no fato de serem necessárias a previsibilidade, a segurança jurídica e a equidade processual, mas porque essa coerência é necessária para garantir a igualdade entre os cidadãos. DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p. 96.

²⁶ HERMANY, Ricardo. *(Re)Discutindo o espaço local: uma abordagem a partir do direito social de Gurvitch*. Santa Cruz do Sul: Edunisc/IPR, 2007. p. 250.

Inicialmente, é possível afirmar que o *espaço local* será sede da discussão dessas questões, pois, apesar de tratar-se de um universo globalizado, os efeitos, tanto positivos como negativos, constituem-se pela eficiência da atuação pública que incidirá diretamente em locais específicos, em uma população específica, que arcará ou se regozijará com sua atuação. Portanto, ao se falar de políticas públicas, é importante se ter em mente que a atuação local pode viabilizar uma ação governamental mais eficiente, seja em nível nacional, regional, municipal, seja comunitário, para que se detecte um problema específico em determinada população, causado por situações contemporâneas ou transnacionais, e se atue sobre elas a partir de ações governamentais ou comunitárias. Certamente, não se descarta a possibilidade de ações políticas globais; porém, a proposta do presente trabalho é averiguar as possibilidades de configurações das políticas a partir do espaço local e, como se demonstrará posteriormente, dos problemas característicos de gênero; a fim de, com isso, evitar a espera de uma postura global para atuar em problemas de eminência local e, assim, estimular a apresentação de novas decisões com mais celeridade quanto a essas questões.

Pode-se explicar o espaço local a partir das palavras de Costa:

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 global²⁷.

Com isso, fica claro que a delimitação do espaço local não é algo que se restrinja apenas ao município; todavia, também não é qualquer lugar sem critérios de especificidade. Assim, o espaço se dará onde acontece a prática cidadã dos indivíduos observados²⁸, e os governos ali presentes serão os gestores responsáveis pela execução de políticas públicas adequadas para o fortalecimento da qualidade de vida dos cidadãos²⁹.

Para que se consolide a atuação do poder local sobre problemas sociais que atingem a vida dos cidadãos, é fundamental que se tenha o *empoderamento social local*, pois somente a partir desse elemento é que os gestores públicos serão capazes de fomentar e realizar tal política pública. O empoderamento local

²⁷ 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.

²⁸ Ibidem, p. 105.

²⁹ HERMANY, loc. cit., 2007, p. 263.

“implica os agentes a participarem de forma atuante na busca de soluções para os problemas sociais, assim, percebe-se que somente se pode falar de cidadania se houver aumento do espaço discursivo, permitindo aos indivíduos e grupos participarem nas constituição de transformações sociais”³⁰. Esse engajamento de que o autor trata será realizado tanto por indivíduos singulares, a partir do voto, quanto por atores sociais governamentais ou não governamentais, como exposto anteriormente. Dessa forma, esses agentes, ao fomentarem o empoderamento local, possibilitam que o problema em questão seja discutido na formulação da *agenda governamental*.

Todo esse movimento deixa claro a desmistificação da dicotomia Estado *versus* Sociedade, entretanto 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 política³¹. Por isso, o empoderamento possui uma importância vital para o bom andamento das políticas públicas, pois, quanto mais agentes sociais se engajarem na questão, mais se consolidará a vontade plural da população, a ideologia motriz, e mais se assegurará a justiça na decisão democrática tomada pelo governo gestor.

A partir disso, pode-se questionar: o que pode assegurar que realmente ocorra essa sucessão de acontecimentos? O que garante que a população se sensibilize, que os atores governamentais apoiem as reivindicações, que os grupos de pressão se voltem a favor da causa defendida pela intenção de política pública?

Nesse momento, observa-se o chamado *capital social*. Esse elemento “refere-se a redes, normas e valores que favorecem a cooperação entre as pessoas em busca de objetivos comuns, incluindo aspectos da estrutura social e da dimensão psicológico cultural”³².

O elemento central na relação entre capital social e democracia é a *comunidade cívica* ou *compromisso cívico*. A comunidade cívica segundo Putnam se caracteriza pela existência de fortes obrigações dos cidadãos com a comunidade, expressas em intensa participação, mecanismos de igualdade política, sentimentos de solidariedade, de confiança e de tolerância, e densas redes de associações. O compromisso cívico se expressa no empenho dos cidadãos em prol de bens públicos³³.

³⁰ 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. 78.

³¹ *Ibidem*, p. 79.

³² 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. p. 147.

³³ *Ibidem*, p. 149-150.

O capital social também está diretamente ligado com o sentimento de solidariedade que uma pessoa, ou um grupo, tem pelos outros e que se desencadeia mediante o uso de *redes sociais*³⁴. As redes sociais são vias comunicativas de influências que possibilitam a chegada das informações aos agentes sociais, para que tomem conhecimento dos argumentos e das discussões que permeiam a população. Com isso, é gerada a preocupação coletiva, a atenção da sociedade para aquele determinado problema. Portanto, esse elemento acaba por ser fundamental para a participação democrática e para o exercício da cidadania, pois, além de viabilizar informações essenciais para o engajamento, cria sentimentos de solidariedade entre os cidadãos, o que fomenta diretamente as reivindicações, o apoio dos grupos de pressão, a mobilização dos agentes governamentais, e assim sucessivamente. Pode-se dizer que o capital social acaba por ser o coração das políticas públicas e da democracia, pois carrega com ele o sentimento do cidadão e bombeia a força da voz que reivindica em nome da sociedade.

DIFERENÇAS DE GÊNERO: DISCREPÂNCIAS A SEREM RECONHECIDAS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Ao iniciar uma discussão que envolva o estudo sobre as diferenças de gênero, é fundamental advertir sobre a cautela de não se deixar desviar por argumentos inflamados de carga emocional e desprovidos de relevância moral. É o que se pode verificar, por exemplo, em alguns discursos de grupos feministas que, apesar de poderem atuar como movimentos de garantias de direitos em busca da equidade política e social, por diversas vezes se mostram como panelinhas acadêmicas comprometidas com doutrinas excêntricas sobre a natureza humana³⁵.

O século XX mostrou que é fundamental a redefinição dos conceitos de gênero, pois os progressos tecnológicos e econômicos desencadearam uma nova era, na história da humanidade, na qual o cotidiano dos indivíduos foi modificado radicalmente, e essas mudanças incidem, diretamente, nos conceitos de gênero. Tendo em vista que se altera o modo em que o mundo percebe os gêneros, como o indivíduo percebe os gêneros e como um indivíduo se percebe no mundo, a partir de seu gênero. Como exemplos dessas mudanças podem ser citados: os métodos contraceptivos, os quais possibilitaram que os casais reduzissem o número de filhos e se dedicassem melhor ao labor; o saneamento básico e a medicina moderna, em conjunto com administrações eficazes, que reduziram a mortalidade infantil; a produção em massa, que facilitou o acesso aos

³⁴ ROBISON, Lindon J.; SILES, Marcelo E.; SCHMID, A. Allan. El capital social y la reducción de la pobreza: hacia un paradigma maduro. In: ATRIA, Raúl; SILES, Marcelo (Org.). *El capital social y la reducción de la pobreza en America Latina y en Caribe*. Santiago de Chile: CEPAÇ, 2003. p. 52.

³⁵ PINKER, Steven. *Tabula rasa*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. p. 502.

eletrodomésticos, reduzindo a carga de trabalho doméstico; a indústria alimentícia moderna, que proporcionou alimentos de maior durabilidade; as mameadeiras e o leite pasteurizado, que permitiram às mulheres mais liberdade durante a amamentação; a robotização e os maquinários modernos, os quais valorizaram a racionalidade em relação à resistência física para o exercício de diversas funções trabalhistas³⁶.

Assim, com essas mudanças, além de diversas outras alterações não aqui mencionadas, o século passado se mostrou um momento oportuno para o avanço dos movimentos feministas e a difusão da igualdade entre os gêneros em todos os setores sociais. Os antigos argumentos seccionaristas que alegavam a inaptidão de um gênero para realizar determinadas funções caíram por terra, pois as mulheres não estavam mais “acorrentadas” à maternidade e ao trabalho doméstico, assim como homens se mostravam completamente aptos a criar os filhos e se dedicar a trabalhos do lar.

196 Todavia, os discursos de uma igualdade indiscriminada rapidamente se mostraram inverossímeis e altamente prejudiciais a ambos os gêneros³⁷. Por isso, é mister um discurso racional refinado, que perceba as diferenças entre os gêneros e entre os indivíduos, pois homens são diferentes de mulheres, assim como um homem é diferente de outro homem e uma mulher é diferente de outra mulher. Os tempos mudaram, as diferenças mudaram, os conceitos mudaram e a forma de atuação de um governo deve mudar também. A complexidade do mundo moderno aumenta a cada dia, e a democracia moderna deseja emancipar o indivíduo em prol de uma sociedade emancipada; por esse motivo, é fundamental encarar as diferenças entre os gêneros e entre os indivíduos, para que se atue sobre qualquer problema proveniente dessas peculiaridades de forma correta, portanto “ninguém precisa inventar mitos sobre a indistinguibilidade dos sexos para justificar a igualdade. Tampouco alguém deve invocar diferenças entre os sexos para justificar políticas discriminatórias ou para fazer sermão às mulheres sobre o que elas não querem fazer”³⁸.

Pretende-se, neste trabalho, demonstrar que existem diferenças entre os gêneros, como é apontado em diversos estudos brasileiros nesse âmbito³⁹, que devem ser levadas em conta quando se pretende estudar ou atuar sobre determinada população. Pode-se dizer que há dois tipos de distinções entre os gêneros: as biológicas e as sociais. As primeiras dessas distinções, as biológicas, estão relacionadas às questões fisiológicas, cientificamente comprovadas, sendo

³⁶ Idem, p. 457.

³⁷ CHIAVASSA, Rosana. Mulheres: as desigualdades persistem. In: PINSKY, Jaime. *Práticas da cidadania*. São Paulo: Contexto, 2003. p. 37.

³⁸ PINKER, loc. cit., p. 460.

³⁹ CHIAVASSA, loc. cit., p. 32.

características naturais de cada gênero, e qualquer alteração que um indivíduo apresentar, em relação ao seu grupo, será considerado um desvio quanto a natureza, por exemplo: níveis hormonais apresentados no organismo. O segundo tipo de distinção é fruto de análises sociais, decorrentes de como os indivíduos se percebem, atuam na sua vida cotidiana e na sociedade. Diversas pesquisas já foram realizadas, a fim de catalogar e conceituar as diferenças entre os gêneros, a partir de métodos científicos aceitos pela comunidade acadêmica, e assim o fizeram. Como resultado, é possível apontar inúmeras discrepâncias entre os gêneros, quanto aos interesses de atuação profissional, interesses pessoais, questões culturais, formas de lidar com adversidades, entre outros. Como exemplos dessas pesquisas, temos: os índices baixos de trabalhadoras mulheres nas plataformas de petróleo, em razão do tipo de trabalho realizado; as análises do mercado consumidor, que caracterizam os focos de interesses considerando as peculiaridades do gênero; as culturas tradicionalistas, nas quais os indivíduos acabam por assumir determinados papéis baseados na tradição; os índices de criminalidade, que apontam mais propensão do homem a cometer delitos e recorrer à violência.

Não obstante, adverte-se que nenhuma dessas diferenças entre os sexos descobertas até agora se aplicam, necessariamente, a todos os homens e mulheres. Portanto, é natural dizer que possuímos, tão somente, uma tendência a agir de uma mesma maneira dentro de determinado gênero, porém o gênero não é um fator determinante.

Como se constituem as políticas públicas de gênero

É fundamental, para o entendimento da presente proposta, que se esclareça o que é uma política pública de gênero e quando uma administração pública democrática deve utilizá-la. Dessa forma, se essa for utilizada em situações que não são estritamente características de um gênero, estará sujeita a encontrar entraves políticos e sociais.

Portanto, as políticas públicas de gênero devem atuar, necessariamente, em um problema apresentado somente em determinado gênero. Tendo em vista a exclusão social que foi imposta às mulheres, na história da humanidade, é lógico que a maioria das políticas públicas de gênero serão destinadas a elas, a fim de reestruturar a igualdade na jovem democracia brasileira, e devem atuar sobre as vulnerabilidades que foram construídas pela tradição ocidental (por exemplo, a instituição da delegacia da mulher, que tem por objetivo atuar apenas sobre problemas sofridos por mulheres). Porém, isso não exclui a possibilidade de se realizarem políticas públicas voltadas ao gênero masculino, como já foi realizado no Brasil, por meio da campanha do governo federal que estimula os homens a efetuarem exames periódicos preventivos de câncer de próstata.

Quando uma política pública de gênero atua sobre um problema que não é estritamente exclusivo do público-alvo, será retaliada, de imediato, por grupos sociais que afirmarão estar sendo instituído um privilégio a um dos gêneros, em detrimento do outro. Contudo, conforme exposto *supra*, as únicas diferenças incontestáveis que separam todas as mulheres de todos os homens são as biológicas, sendo as discrepâncias sociais relativas e, por conseguinte, nunca universais. Portanto, é natural que, ao se propor uma política pública de gênero destinada a resolver as diferenças sociais, sejam recebidas críticas de grupos sociais que temem a alteração do *status quo* ou que se preocupam com a atuação eficiente da administração pública. Independentemente do grupo que as tenha proferido, tais críticas devem ser levadas em consideração como uma opinião pública, que pode ou não ter efeito definitivo na deliberação, que obedecerá aos ritos procedimentais adequados e instituídos democraticamente.

Outra observação pertinente, acerca da atuação dessas políticas, é como se agirá quando indivíduos não pertencentes ao grupo de atuação buscarem guarida em institutos voltados ao gênero oposto. Normalmente, esse tipo de caso chama a atenção da mídia e dos grupos que se mostraram contrários à atuação em questão, o que acaba por inflamar discussões e críticas extremistas que podem abalar a credibilidade dessas políticas. Um bom exemplo disso é a Lei Maria da Penha, que é criticada desde sua elaboração e continua encontrando dificuldades durante sua atuação, como se pode visualizar nas decisões dos tribunais que concederam medidas protetivas, da lei destinada às mulheres, para homens⁴⁰.

198

⁴⁰ “Em Crissiumal (RS), um homem foi beneficiado com medidas de proteção estabelecidas pela Lei Maria da Penha, que originariamente foi criada para proteger mulheres vítimas de violência doméstica. A decisão foi tomada pelo juiz Alan Peixoto de Oliveira, que determinou, em 16 de julho deste ano [2009], que um marido mantivesse distância de 50 metros da mulher. No dia seguinte, a medida passou a vigorar também em benefício do marido, impedindo que a mulher se aproximasse. O casal está em processo de separação. No litígio, constam relatos de perturbação provocada por ambas as partes e os requerimentos, tanto do marido como da mulher, de medidas protetivas. ‘Foi concedido primeiro à mulher e depois a medida foi estendida a ele. A mulher pleiteou que o marido se mantivesse afastado dela, e ele veio alegando que não conseguia cumprir porque ela o procurava’, disse o magistrado. O Ministério Público não aprovou. Na semana passada, a promotora Anamaria Thomaz impetrou *habeas corpus* para cassar as medidas protetivas concedidas ao homem. O pedido foi negado pelo Tribunal de Justiça do Estado. ‘O objetivo da lei é proteger a mulher. Não é questão de beneficiar uma mulher em específico e prejudicar um homem em específico. O que a gente quer é a lei seja cumprida’, afirmou a promotora. Segundo Anamaria, o temor é que o caso abra precedentes e que a Lei Maria da Penha seja burlada. No Brasil, há decisão semelhante em Minas Gerais. Em nota, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul informou que a medida do magistrado foi tomada porque, na avaliação de Oliveira, a mulher ‘se utilizava da medida protetiva deferida em seu favor para perturbar o suposto agressor’” Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Brasil/0,,MUL1253762-5598,00-LEI+MARIA+DA+PENHA+BENEFICIA+HOMEM+N+O+RS.html>>.

Entretanto, esses entraves não justificam o rechaço das políticas de gênero, pois para cada problema encontrado inúmeros benefícios são contrapostos. Por isso, basta a consciência sobre a existência de obstáculos e sobre a necessidade de prevenção deles, a partir da antecipação dessas adversidades, da competência e da preparação dos profissionais que a aplicarão. Assim, é preciso ter em mente que as possibilidades de solução desses conflitos giram em torno da exclusão ou da atuação por exceção, as quais poderão ser antecipadas pela lei ou deixadas à análise hermenêutica dos juristas e dos profissionais responsáveis.

Salienta-se que a importância dessas políticas específicas não está justificada no privilégio de uma parte da população e muito menos na tentativa de compensar a história de opressão, no caso das mulheres. Portanto, essas práticas governamentais são fundamentais para o desenvolvimento e a emancipação social, pois a libertação feminina, o processo de isonomia entre os gêneros e a compreensão das diferenças têm assumido um papel importante para o processo de desenvolvimento das nações modernas, proporcionando o aprimoramento de suas práticas democráticas, aumento da participação popular e, ainda, melhorias na qualidade de vida dos cidadãos⁴¹.

POLÍTICAS PÚBLICAS DE GÊNERO: PROPOSTA DE INCREMENTAÇÃO DA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

199

Os dois primeiros tópicos aqui apresentados realizaram uma rápida explanação sobre os pressupostos e os procedimentos democráticos, a partir de uma perspectiva local. Com isso, demonstrou-se que o foco dos esforços locais, destinados a sua própria população e suas necessidades, auxilia a administração a atuar com mais celeridade, mais eficácia e, possivelmente, com custos mais favoráveis.

Portanto, percebe-se que a solução de um problema específico e concentrado em determinada localidade pode ocasionar um benefício sistêmico para toda a população com mais facilidade e, com isso, a complexidade será reduzida e os problemas se mostrarão mais suscetíveis às soluções deliberadas. É nesse momento que se faz pertinente o entendimento das diferenças de gênero e de políticas especializadas, pois com elas se possibilitará a delimitação, não só do local, mas também do público-alvo de atuação.

Ao se voltar para determinado gênero, mostram-se com clareza os problemas, que estão conectados com toda a rede social, e ao serem trabalhados em localidades de contextos semelhantes podem apresentar resultados significativos.

⁴¹ SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 234-235.

Assim, com as políticas públicas locais de gênero se possibilitaria uma análise da situação em que se encontra determinada localidade, para verificar quais os problemas mais recorrentes em um gênero específico, e estimular a ação governamental, por meio da deliberação democrática.

Seguindo o exemplo dado anteriormente, as campanhas do governo federal para a realização de exames periódicos de próstata, para os homens, e de mama, para as mulheres, caracterizam esse tipo de política. Cada uma age, separadamente, consoante o gênero-alvo, e os resultados positivos passam a beneficiar a sociedade como um todo, reduzindo os índices de morbidade agravada e de mortalidade dos indivíduos. Os efeitos podem ser percebidos na redução de gastos com saúde pública, diante da política preventiva, assim como na chance de maior sucesso do tratamento aplicado e, também, na redução dos efeitos danosos que a morbidade e a mortalidade causam na sociedade.

Constata-se, nesse exemplo, toda a realização dos procedimentos para a implementação de uma política pública, iniciado por um projeto proposto por atores governamentais; aprovado pela representatividade local; e formulado e implementado conforme as especificidades constatadas. Por óbvio, os efeitos dessas ações devem continuar sendo monitorados, pois, além dos efeitos benéficos objetivados pelas políticas públicas, podem surgir consequências inesperadas, indesejadas, ou, até mesmo, serem ineficientes. Por isso, é essencial o acompanhamento posterior dessas políticas, no intuito de garantir os direitos do cidadão. Cumpre ressaltar que as especificidades de atuação local e de gênero tornam mais perceptíveis as consequências da intervenção governamental. Além disso, a atuação se dará consoante as necessidades específicas da população, sem realizar alterações desnecessárias, como campanhas e facilitações de acesso ao direito para uma população desprovida do problema-alvo.

Esses argumentos fortalecem a ideia de uma alternativa, para a melhora da ação governamental, que responde como se pode atuar, em parte, para a busca do ideal constitucional. Logicamente, essa alternativa não traz a resposta para todos os problemas sociais do Brasil. No entanto, para alcançar o ideal de acesso aos direitos constitucionais a todos os cidadãos, não se pode forçar o cumprimento das garantias constitucionais, de imediato, sem os devidos estudos de abordagem cautelosa e a longo prazo. Caso isso fosse realizado de forma abrupta e autoritária, causaria um impacto econômico extremamente negativo, como gastos desnecessários com verbas públicas, corrupção, prejuízos incalculáveis, falta de mão de obra especializada, desemprego, inflação, ou seja, um prejuízo sistêmico de ordem econômica e social. Por isso, a melhor opção, em uma visão geral, é a de atuar em localidades específicas e para populações isoladas, no intuito de que, a longo prazo, seja viável estender esses projetos a outras populações e regiões.

Recorda-se que as alternativas aqui propostas seguem como a proposta de Gurvitch, que aponta o direito como fato social, com a legitimidade partindo da própria sociedade, e que remete a uma lógica reflexiva, segundo a categoria habermasiana, pois os atores sociais são, simultaneamente, autores e destinatários do direito⁴². O autor destaca a legitimidade e a garantia a partir da própria sociedade, pois essa concepção de direito “não exige necessariamente uma ligação com a coação”⁴³. Assim, alcança-se um direito social como produto da articulação das organizações complexas, para superar o reducionismo dogmático do direito social positivo e aproximar de um processo de ação comunicativa, como aponta Habermas⁴⁴. Tal modelo de ação estimula a desvinculação do direito social em relação à concepção individualista formal própria do modelo liberal de Estado para uma articulação complexa e um acréscimo de legitimidade na deliberação de políticas públicas, a partir da produção coletiva do debate democrático⁴⁵.

CONCLUSÃO

Inicialmente, o presente estudo fez uma apresentação sobre os conceitos principais da democracia deliberativa e dos procedimentos democráticos utilizados para a deliberação democrática. Com isso, é possível compreender como se dá o debate democrático e quais os trajetos que os discursos argumentativos devem tomar para a realização de melhorias na qualidade de vida do cidadão e, também, para a concretização das garantias constitucionais para a população.

Após a compreensão conceitual dos funcionamentos democráticos, a fim de apresentar propostas para a melhoria da ação Estatal, foram trabalhadas duas formas de atuação, que deverão ser utilizadas conjuntamente: a restrição de atuação em espaço local; e a concentração de atuação em determinado gênero. A primeira aponta que, ao se restringir a um espaço físico determinado, onde atua o cidadão, será possível uma atuação mais eficiente da política pública, em todas as instâncias procedimentais. E a segunda resultaria nos mesmos benefícios de eficácia, porém se distingue por restringir a sua observação e a sua atuação sobre determinado gênero e nos problemas que dizem respeito, exclusivamente, a este. A eficácia dessa atuação especializada se justifica na perspectiva sistêmica, a qual afirma que ao resolver problemas em uma complexidade reduzida se obteriam benefícios de maneira ampla, do mesmo modo que os problemas que atingem localidades e populações restritas podem ter consequências globais.

⁴² HERMANY, loc. cit., 2007, p. 30.

⁴³ GURVITCH, Georges. *Tratado de sociologia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Iniciativas Editoriais, 1968. p. 261.

⁴⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade I*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1, p. 35.

⁴⁵ HERMANY, loc. cit., 2007, p. 33.

Portanto, ao unir essas duas propostas, demonstrou-se que as políticas públicas locais de gênero se constituem como as ações governamentais que vêm atuar sobre uma localidade específica, em determinado gênero-alvo, masculino ou feminino. Assim, com esse tipo de prática é possível destrinchar a complexidade dos problemas que atingem a população em geral, ao solucionar questões mais específicas, visando aliviar outros setores sociais conectados ao foco trabalhado. A partir disso, propôs-se que as políticas públicas locais de gênero podem ser vistas como uma alternativa para a melhoria da ação Estatal que visa efetivar as garantias constitucionais, como já foi realizado com sucesso na história desse país. Lembre-se de que essas propostas não têm o cunho de resolver todos os problemas sociais, pois a complexidade que se apresenta a cada questão percebida deve ser realizada conjuntamente com outras políticas públicas; em longo prazo, por outro lado, o objetivo dessas propostas é possibilitar uma via mais simples e de custos reduzidos para aliviar os problemas em certos setores sociais.

Com essas argumentações, espera-se ter iluminado alguns dos caminhos procurados pelas administrações públicas da segunda década do século XXI para alcançar, no futuro, os ideais constitucionais desejados pela democracia brasileira.

REFERÊNCIAS

202

- BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO. *A política das políticas públicas: progresso econômico e social da América Latina*. Rio de Janeiro: Campus, 2006.
- BENHABIB, Seyla. *Sobre um modelo deliberativo de legitimidade democrática*. In: WERLE, Denilson Luis; MELO, Rúrion Soares. *Democracia deliberativa*. São Paulo: Editora Singular, Esfera Pública, 2007.
- CHIAVASSA, Rosana. Mulheres: as desigualdades persistem. In: PINSKY, Jaime. *Práticas da cidadania*. São Paulo: Contexto, 2003. p. 31-38.
- 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.
- GURVITCH, Georges. *Tratado de Sociologia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Iniciativas Editoriais, 1968.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade I*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1.
- 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.
- JUNGES, José Roque. *Bioética: hermenêutica casuística*. São Paulo: Loyola, 2006.

KNIGHT, Jack; JOHNSON, James. Agregação e deliberação. In: WERLE, Denilson Luis; MELO, Rúrion Soares. *Democracia deliberativa*. São Paulo: Editora Singulare, Esfera Pública. 2007.

LEAL, Rogério Gesta. Possíveis dimensões jurídico-políticas locais dos direitos civis de participação social no âmbito da gestão dos interesses públicos. In: (Org.) LEAL, Rogério Gesta. *Administração pública e participação social na América Latina*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2005.

MANIN, Bernard. *Legitimidade e deliberação política*. In: WERLE, Denilson Luis; MELO, Rúrion Soares (Org.). *Democracia deliberativa*. São Paulo: Editora Singular, Esfera Pública, 2007.

NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 2003.

PARSONS, Talcott. *O sistema das sociedades modernas*. São Paulo: Pioneira, 1974.

PINKER, Steven. *Tabula rasa*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

ROBISON, Lindon J.; SILES, Marcelo E.; SCHMID, A. Allan. El capital social y la reducción de la pobreza: hacia un paradigma maduro. In: ATRIA, Raúl; SILES, Marcelo (Org.). *El capital social y la reducción de la pobreza en América Latina y en Caribe*. Santiago de Chile: CEPAC, 2003.

ROCHA, Leonel Severo. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

ROUSSEAU, *Discours sur l'économie politique*. Ouvres complètes, v. III.

ROUSSEAU. *Do contrato social*. São Paulo: Abril, 1983. Livro II.

SANTOS, Boaventura de Sousa; ARITZER, Leonardo. *Introdução: para ampliar o cânone democrático*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

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: Companhia das Letras, 2000.

SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. *Revista Sociologias*, Porto Alegre, ano 8, n. 16, p. 22, jul./dez. 2006.

VIANA, Ana Luiza. *Abordagens metodológicas em políticas públicas*. Rio de Janeiro: RAP, 1996.

Site pesquisado:

<<http://g1.globo.com/Noticias/Brasil/0,,MUL1253762-5598,00-LEI+MARIA+DA+PENHA+BENEFICIA+HOMEM+NO+RS.html>>.

RESERVA DO POSSÍVEL E O MÍNIMO EXISTENCIAL: EMBATE ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E LIMITAÇÕES ORÇAMENTÁRIAS

RESERVATION OF POSSIBLE AND MINIMUM EXISTENCIAL: CLASH BETWEEN FUNDAMENTAL RIGHTS AND LIMITATIONS BUDGET

*Lucas Daniel Ferreira de Souza**

RESUMO

O presente trabalho tem como foco as formas possíveis de se responsabilizar o Estado frente aos particulares e, por outro lado, as teses de defesa utilizadas pelo ente estatal quando comprovadamente impossível realizar a prestação pleiteada. Dessa forma, abordamos a Reserva do Possível, ou seja, a limitação orçamentária do Estado, quando confrontada com o Mínimo Existencial de cada direito fundamental social necessário para a existência humana digna. Por fim, discorreremos sobre a atuação do Poder Judiciário, bem como do Ministério Público e da Defensoria Pública, para coagir a Administração Pública a cumprir as medidas necessárias, assim como proteger e representar os indivíduos que estejam sofrendo restrições em seus direitos.

Palavras-chave: Estado; Reserva do Possível; Poder Judiciário.

ABSTRACT

The present work focuses on possible ways to account the State ahead the individuals and, on the other hand, the defense thesis used by the state entity when it proves impossible to make the provision pleaded. This way, we approach the Possible Reserve, in other words, the budget constraint of the State, when confronted with the Minimum Existential of each fundamental social right necessary to a dignified human existence. Lastly,

* Bacharel em Direito, já aprovado no exame da Ordem dos Advogados do Brasil, formado pelo UNIVEM – Centro Universitário Eurípides de Marília, em 2011. Cursando Pós-Graduação *Lato Sensu* pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus, com especialização em Direito Penal e Processual Penal; conclusão prevista para 2013. Trabalhando com total dedicação e exclusividade como provável mestrando para o ano de 2014 pelo UNIVEM. Rua Joaquim Ferreira Évora n. 279, Jardim Eldorado, Marília, SP, CEP 17505-020. E-mail: lucasdanielfs@hotmail.com.

we discourse about the performance of the Judiciary, as well as Public Prosecutor and Public Defender, to coerce the State to comply the necessary measures, as well as protecting and representing the individuals who are suffering restrictions on their rights.

Keywords: State; Possible Reserve; Judiciary.

INTRODUÇÃO

A Reserva do Possível surgiu em julgamento promovido pelo Tribunal Constitucional Alemão, em decisão conhecida como *Numerus Clausus* (número restrito).

Naquele caso, o Tribunal Constitucional analisou demanda judicial proposta por estudantes que não haviam sido admitidos nas escolas de Medicina de Hamburgo e Munique, em face da limitação do número de vagas em cursos superiores adotada pelo país em 1960, com fundamento no art. 12 da Lei Fundamental alemã, que garantia a livre-escolha de trabalho, ofício ou profissão.

Ao decidir a questão, a Corte alemã entendeu que o direito pleiteado, qual seja, o aumento do número de vagas na universidade, encontra limitação na Reserva do Possível, conceituada como o que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, sob pena de, em virtude das limitações de ordem econômica, comprometer a plena efetivação dos direitos sociais.

Assim, a decisão foi que não seria razoável obrigar o Estado a disponibilizar o acesso a todos que pretendessem cursar Medicina, eis que essa exigência estaria acima de um limite social básico.

Analisando a questão, Sarlet leciona que o Tribunal alemão entendeu que:

(...) a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o estado de recursos e tendo poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável.¹

Destaca-se que, mesmo que o Estado possua os recursos necessários disponíveis, não é obrigado a prestar algo que não seja razoável, como entendeu a Corte alemã no caso supracitado, referente aos estudantes que pleiteavam vagas de Medicina em determinada instituição de ensino.

Dessa forma, a Reserva do Possível, em sua origem, não leva em consideração única e exclusivamente a existência de recursos materiais suficientes para a efetivação do direito social, mas sim a razoabilidade da pretensão deduzida.

¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 265.

Em conclusão, a Reserva do Possível, quando de seu surgimento, estava relacionada intimamente com o limite da razoabilidade da prestação, e não com a escassez de recursos, como veremos a seguir, que ocorre no Brasil.

CONCEITO

A Reserva do Possível é um elemento externo, capaz de limitar ou até restringir o acesso dos titulares a um direito fundamental social específico, face à limitação orçamentária do Estado.

No entendimento de Moraes, os direitos sociais:

(...) são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado Democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal.²

No mesmo sentido, ensina Krell:

As normas programáticas sobre direitos sociais que hoje encontramos nas grandes maiorias dos textos constitucionais dos países europeus e latino-americanos definem metas e finalidades, as quais o legislador ordinário deve elevar a um nível adequado de concretização. Essas “normas-programa” prescrevem a realização, por parte do Estado, de determinados fins e tarefas. Elas não representam meras recomendações ou preceitos morais com eficácia ético-política meramente diretiva, mas constituem Direito diretamente aplicável.³

Os direitos fundamentais sociais do homem são aqueles garantidos constitucionalmente, fornecidos por meio de prestações do Estado, que visam garantir uma condição de vida digna a todos os membros da coletividade.

Dessa forma, deve-se fazer uma análise entre as possibilidades do ente público e a urgência da pretensão pleiteada, sob pena de, se manejada a situação de forma incorreta, causar grave lesão à economia pública ou ferir direitos garantidos constitucionalmente que consagram a dignidade da pessoa humana.

A Reserva do Possível, então, é invocada quando da impossibilidade de o Estado, através de prestações positivas, garantir plenamente a efetivação de todos

² MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional administrativo*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 177.

³ KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os descaminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 20.

os direitos fundamentais sociais, sob pena de grave prejuízo ao erário e, conseqüentemente, à sociedade como um todo.

APLICABILIDADE NA REALIDADE BRASILEIRA

A teoria da Reserva do Possível foi “importada” para o Brasil e interpretada unicamente como a Reserva do Financeiramente Possível, eis que é considerada como limite à concretização dos direitos fundamentais sociais tão somente a existência ou não de recursos públicos disponíveis.

Não é de se espantar que houve uma mudança na essência da teoria quando interpretada em solo pátrio, uma vez que existem significantes diferenças sociais, culturais e econômicas entre a Alemanha, berço da teoria da Reserva do Possível, e o Brasil.

Sobre a importação da Reserva do Possível pelo Brasil, face às grandes diferenças entre os países, critica Krell:

Devemos nos lembrar que os integrantes do sistema jurídico alemão não desenvolveram seus posicionamentos para com os direitos sociais num Estado de permanente crise social e milhões de cidadãos socialmente excluídos. Na Alemanha – como nos países centrais – não há um grande contingente de pessoas que não acham vagas nos hospitais mal equipados da rede pública; não há necessidade de organizar a produção e distribuição da alimentação básica a milhões de indivíduos para evitar sua subnutrição ou morte; não há altos números de crianças e jovens fora da escola; não há pessoas que não conseguem sobreviver fisicamente com o montante pecuniário de assistência social que recebem, etc.⁴

Desse modo, no Brasil, em razão de sua realidade econômica e social, essa teoria é utilizada como óbice à efetivação dos direitos fundamentais sociais face à limitação do Estado em dispor de recursos financeiros suficientes para implementá-los.

A Reserva do Possível consiste na realização dos direitos sociais condicionada à quantidade de recursos disponíveis, sob pena de, ao dar enfoque a apenas um desses direitos, inviabilizar a prestação de outros.

Sobre o tema, assim se posiciona Barcellos:

(...) é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos. Em suma: pouco adiantará, do ponto de vista prático,

⁴ KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os descaminhos de um direito constitucional “comparado”*, p. 108.

a previsão normativa ou a refinada técnica hermenêutica se absolutamente não houver dinheiro para custear a despesa gerada por determinado direito subjetivo.⁵

Em virtude da ausência de condições financeiras de garantir integralmente todos os direitos fundamentais sociais, cabe ao Estado fazer escolhas, estabelecendo as prioridades e os critérios a serem seguidos, por meio da implementação de políticas públicas.

Nas palavras de Oliveira:

As políticas públicas são providências para que os direitos se realizem, para que as satisfações sejam atendidas, para que as determinações constitucionais e legais saiam do papel e se transformem em utilidades aos governados.⁶

As políticas públicas, que consistem na destinação do orçamento público para determinados fins, entretanto, encontram barreira na Reserva do Possível, face à limitação financeira do Estado.

Assim, cabe à Administração Pública, tendo em vista o caso concreto e os direitos conflitantes, buscar compatibilizá-los, procedendo a uma análise interpretativa que leva em conta a hierarquização desses direitos, fazendo prevalecer, dessa forma, os direitos considerados de maior relevância naquele determinado momento.

Esse poder de escolha do Estado é denominado poder discricionário, por meio do qual a Administração Pública tem a liberdade de escolher, consultando a oportunidade e a conveniência, a medida que mais convenha ao interesse público, sem necessidade de previsão legal.

Na lição de Meirelles:

Essa liberdade funda-se na consideração de que só o administrador, em contato com a realidade, está em condições de bem apreciar os motivos ocorrentes de oportunidade e conveniência da prática de certos atos, que seria impossível ao legislador, dispondo na regra jurídica – lei – de maneira geral e abstrata, prover com justiça e acerto.⁷

Obviamente, mesmo dispondo dessa liberdade, as escolhas realizadas pelo Estado devem ser pautadas pela Constituição Federal, que determina as diretrizes a serem seguidas a fim de satisfazer os objetivos fundamentais nela previstos.

⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 232.

⁶ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. São Paulo: RT, 2006. p. 251.

⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 120.

Nessa esteira, assim leciona Canotilho:

O entendimento dos direitos sociais econômicos e culturais como direitos originários implica, como já foi salientado, uma mudança na função dos direitos fundamentais e põe como acuidade o problema de sua efetivação. Não obstante se falar aqui da efetivação dentro de uma 'reserva possível', para significar a dependência dos direitos econômicos, sociais e culturais dos 'recursos econômicos' a efetivação dos direitos econômicos sociais e culturais não se reduz a um simples 'apelo' ao legislador. Existe uma verdadeira imposição constitucional, legitimadora, entre outras coisas, de transformações econômicas e sociais na medida em que estas forem necessárias para efetivação desses direitos.⁸

Vale salientar, então, que a discricionariedade nas condutas do administrador não permite que ele opte por concretizar ou não um direito fundamental, mas sim que, ao realizar a distribuição de recursos, faça uma ponderação no tocante aos bens jurídicos em questão.

Condicionar a efetivação dos direitos fundamentais sociais unicamente à existência ou não de recursos disponíveis e, conseqüentemente, à decisão do administrador causa uma grande insegurança jurídica, razão pela qual as escolhas realizadas por este devem ser sempre precedidas de uma análise cautelosa do caso concreto, visando sempre a melhor decisão possível para o conflito de interesses.

A Reserva do Possível, sob pena de ser utilizada pelo Estado como forma de se exonerar dolosamente do cumprimento de suas obrigações delineadas constitucionalmente, só poderá ser invocada quando restar objetivamente comprovada a inexistência de recursos financeiros para a realização de determinado fim.

Assim, tendo em vista a vital importância da concretização dos direitos fundamentais sociais, a Reserva do Possível deve ser rechaçada quando invocada com o intuito de afastar a obrigatoriedade de efetivação dos referidos direitos pelo Estado, razão pela qual a mera alegação de insuficiência de recursos não é suficiente, devendo haver a clara comprovação dela.

Entretanto, o que se constata na realidade pátria é um completo descaso com a efetivação dos direitos sociais, notado pelo mau planejamento das verbas pelo Estado, conjuntamente com a criação de políticas públicas insuficientes para atender à demanda da população brasileira.

Questão que merece destaque nesse sentido é a corrupção crescente em nosso país, o que vem comprometer a manutenção da qualidade de vida da população, eis que o interesse maior do administrador público, que deveria ser o bem comum, passa a ser o de cunho pessoal.

⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 448.

Sobre o caos político vivido hodiernamente em nosso país, posiciona-se Cambi:

Confiar unicamente na concretização do interesse público, por parte dos administradores públicos, eleitos para isto, é fechar os olhos para a realidade brasileira marcada por inúmeros políticos despreparados, oportunistas, corruptos ou que fazem uso inadequado do dinheiro público.⁹

Nessa esteira, a corrupção viola diretamente os direitos fundamentais sociais da pessoa humana, ou seja, das prestações sociais obrigatórias por parte do Estado, como representante maior da sociedade.

Esses desvios de interesses, bem como a ausência de recursos financeiros, no entanto, não podem ter o condão de comprometer o mínimo necessário para a existência digna da pessoa humana, conforme passaremos a analisar.

RESERVA DO POSSÍVEL E O MÍNIMO EXISTENCIAL: EMBATE ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E LIMITAÇÕES ORÇAMENTÁRIAS

A grande maioria dos direitos fundamentais depende de prestações positivas, exigindo gastos financeiros por parte do Estado, que encontra restrições para a total efetivação desses direitos na escassez de recursos.

Entretanto, não é possível deixar a mercê do Estado a decisão de implementar ou não ao menos uma parcela mínima de cada direito fundamental social necessária para garantir a vida digna de cada indivíduo, sob pena de atentar diretamente contra os direitos e garantias constitucionais.

Essa parcela mínima dos direitos fundamentais é o chamado Mínimo Existencial, que, no entendimento de Rocha, foi criado “(...) para dar efetividade ao princípio da possibilidade digna, ou da dignidade da pessoa humana possível, a ser garantido pela sociedade e pelo Estado”.¹⁰

Acerca do núcleo abrangido pelo Mínimo Existencial, Canotilho expõe:

Das várias normas sociais, econômicas e culturais é possível deduzir-se um princípio jurídico estruturante de toda a ordem econômico-social portuguesa: todos (princípio da universalidade) têm um direito fundamental a um núcleo básico de direitos sociais (*minimum core of economic and social rights*) na ausência do qual o estado português deve se considerar infractor das obrigações jurídico-sociais constitucional e internacionalmente impostas.¹¹

⁹ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: RT, 2009. p. 245.

¹⁰ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *O mínimo existencial e o princípio da reserva do possível*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 445.

¹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2001. p. 203.

Nesse diapasão, o Mínimo Existencial é o direito de cada indivíduo às condições mínimas indispensáveis para a existência humana digna, que não pode ser objeto de intervenção do Estado, mas que exige prestações positivas deste. Consiste, então, em um padrão mínimo de efetivação dos direitos fundamentais sociais pelo Estado.

Embora não esteja expressamente contido em nossa Constituição Federal, deve-se contextualizá-lo nos direitos humanos, na ideia de liberdade em todos os seus sentidos e nos princípios da igualdade e, acima de tudo, da dignidade da pessoa humana, princípio basilar das garantias constitucionais.

Sarlet conceitua a dignidade da pessoa humana da seguinte forma:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.¹²

212 Nesse sentido, a existência humana digna não é considerada apenas no aspecto físico, no sentido de manutenção e sobrevivência do corpo, mas também no aspecto intelectual e espiritual, assegurando dentre outros os direitos à educação, alimentação e saúde.

Assim, é necessário que se reconheça certos direitos subjetivos a prestações ligados ao mínimo necessário para a existência digna do indivíduo, e não somente para sua subsistência. Sem a garantia desse mínimo imprescindível para a existência humana, há uma afronta direta ao direito constitucional à vida e, mais que isso, a uma vida com dignidade, base de todos os direitos fundamentais e humanos.

Não é possível, no entanto, elencar taxativamente os elementos que compõem o Mínimo Existencial de cada direito, sendo necessária uma análise cautelosa do caso em concreto e do direito fundamental em questão.

A restrição de direitos fundamentais sociais somente se justifica quando não viola o Mínimo Existencial, ou seja, o núcleo essencial desses direitos. Mesmo existindo a limitação orçamentária do Estado, não cabe à Administração, por meio do poder discricionário, fazer escolhas no tocante a concretizar ou não o Mínimo Existencial de determinado direito fundamental, uma vez que

¹² SARLET, 2001, p. 60.

estes são considerados pilares da existência humana digna, razão pela qual não podem ser olvidados.

Vale destacar que o objetivo maior do Estado é sempre concretizar integralmente os direitos fundamentais sociais, pois estes são indispensáveis para a vida humana digna. Não sendo possível, em razão de ausência de recursos, invocando-se nesse caso a Reserva do Possível, pelo menos o Mínimo Existencial de cada um desses direitos dever ser garantido, porque possui prioridade nas destinações orçamentárias.

Assim é o entendimento de Barcellos:

Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.¹³

Em síntese, a Reserva do Possível pode conviver pacificamente com o Mínimo Existencial, pois este atua como um limite para a invocação daquela, ou seja, a Reserva do Possível só poderá ser invocada quando realizado o juízo da proporcionalidade e da garantia do Mínimo Existencial com relação a todos os direitos em questão.

Por derradeiro, o Mínimo Existencial surgiu para proteção dos indivíduos por meio da efetivação de uma parcela das garantias constitucionais aptas a proporcionar ao ser humano uma vida com dignidade, frente a todo o descaso que presenciamos diariamente do poder público para com as necessidades mais urgentes dos cidadãos.

No caso de haver qualquer desrespeito no tocante à concretização ao menos do núcleo essencial de determinado direito fundamental social, o Poder Judiciário deve ser acionado para intervir, pois, pelo caráter de indispensabilidade dos referidos direitos, eles gozam de proteção jurisdicional, conforme passaremos a tratar.

ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO

A limitada disponibilidade de recursos do Poder Público para prover as ilimitadas necessidades da coletividade é uma realidade que tem o condão de causar a insatisfação dos indivíduos que, comumente, acabam procurando o Poder Judiciário para a resolução do impasse.

¹³ BARCELLOS, 2002, p. 246.

No tocante à atuação do Poder Judiciário em temas referentes às políticas públicas, para aqueles que defendem não ser esta cabível, fala-se que a referida matéria está ligada à discricionariedade e à conveniência do Poder Executivo, não podendo, portanto, ser objeto de pleito judicial, sob pena de desrespeitar o princípio da Separação dos Poderes.

De acordo com esse entendimento, é atribuição exclusiva do poder estatal decidir de que forma e em que os recursos públicos devem ser aplicados.

A Constituição Federal de 1988 passa a assegurar, de forma expressa, a proteção de direitos, sejam eles privados, públicos ou transindividuais (difusos, coletivos ou individuais homogêneos).

Destarte, traz expressamente em seu art. 5º, inciso XXXV, a possibilidade de se recorrer às vias judiciais quando da violação de direitos: “A lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito”.

O desrespeito aos princípios e garantias fundamentais indispensáveis para a existência humana já fundamenta a intervenção do Poder Judiciário, que deverá agir não de forma ilimitada, mas analisando sempre a situação concreta.

Ao encontro desse posicionamento, Barcellos afirma:

(...) nem a separação de poderes nem o princípio majoritário são absolutos em si mesmos, sendo possível excepcioná-los em determinadas hipóteses, especialmente quando se tratar de garantia dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana.¹⁴

214

Não está havendo, portanto, usurpação das funções de um poder sobre o outro nem tampouco invasão na seara administrativa, eis que é papel do Judiciário agir diante de violação de direito subjetivo constitucional, corrigindo eventuais distorções provocadas pela Administração Pública.

Atuando dessa forma, não se atribui ao Judiciário o poder de criar políticas públicas, mas sim o de obrigar que sejam executadas aquelas que já são objeto de legislação.

O Desembargador Encinas Manfré, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim se manifestou no julgamento da Apelação n. 9152889-05.2008.8.26.0000:

Inocorrência de violação ao princípio da separação dos poderes. Cabível determinação judicial para que assegurados direitos fundamentais de crianças e adolescentes, os quais disciplinados na Constituição da República, em Convenção Internacional incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, assim como na Lei 8.060/1990. Possibilidade jurídica dos pedidos formulados pelo autor. Arguições preliminares rejeitadas.

¹⁴ BARCELLOS, 2002, p. 230.

No mesmo sentido, o Desembargador Vicente de Abreu Amadei, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, entendeu no julgamento da Apelação n. 0006359-60.2010.8.26.0019:

APELAÇÃO – Ação ordinária de obrigação de fazer – Pessoa hipossuficiente, portadora de “tumor neuroendócrino” (carcinoma endócrino pouco diferenciado do corpo de pâncreas – CID C 25 – com metástases) Medicamento prescrito por médico (177-LU Dota Try Octreotato Lutécio) Obrigação do Município – Legitimidade passiva e solidariedade dos entes públicos – Direito fundamental ao fornecimento gratuito de medicamentos, insumos e ao custeio de tratamento – Aplicação dos arts. 1º, III, e 6º da CF – Princípios da isonomia, da tripartição de funções estatais e da discricionariedade da Administração não violados – Falta de padronização dos bens pretendidos, limitação orçamentária e teoria da reserva do possível – Teses afastadas – Cominação de multa, em obrigação imposta a ente público – Viabilidade Honorários de advogado – Valor excessivo para a natureza da ação – Redução – Apelação e Recurso de ofício parcialmente providos.

Solidária a responsabilidade dos entes públicos (art. 196 da CF), há legitimidade passiva do demandado isoladamente ou em conjunto, ainda que não se inclua todos os entes responsáveis, observados o litisconsórcio facultativo (não necessário). Os princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF) e da preservação da saúde dos cidadãos em geral (art. 6º da CF) impõem ao Município a obrigação de fornecer, prontamente, medicamento e insumo necessitados, em favor de pessoa hipossuficiente, sob responsabilidade solidária dos entes públicos (art. 196 da CF). Havendo direito subjetivo fundamental violado, não há ofensa aos princípios da isonomia, da tripartição de funções estatais e da discricionariedade da Administração, e, no quadro da tutela do mínimo existencial, não se justifica inibição à efetividade do direito ofendido sob os escudos de falta de padronização ou de inclusão dos bens em lista oficial, de limitações orçamentárias e de aplicação da teoria da reserva do possível.

Logo, não há invasão do Judiciário na seara administrativa nesses casos, mas tão somente controle judicial acerca de descumprimento de preceito legal.

Os direitos previstos na legislação, por si sós, são vazios quando não dotados de efetividade. Nesse diapasão, em virtude da prevalência dos direitos fundamentais, cabe ao Judiciário, como intérprete e aplicador do direito, assegurar efetividade às normas constitucionais, conforme dispõe o julgado a seguir:

EMENTA: PACIENTE COM HIV/AIDS – PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS – DIREITO À VIDA E À SAÚDE – FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS – DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, *CAPUT*, E 196)

– PRECEDENTES (STF) – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQUÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. – O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. – O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQUENTE. – O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. – O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, *caput*, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF. (STF – RE 271.286/RS, rel. Min. Celso de Mello, DJ 24.11.2000).

A jurisprudência brasileira é tranquila no sentido de preservar a efetividade do Mínimo Existencial, entendendo que, por se enquadrar nos direitos fundamentais sociais, não se expõe à avaliação discricionária da Administração Pública.

O Poder Público utiliza como tese defensiva a Reserva do Possível, que não vem sendo aceita pelas decisões jurisprudenciais quando meramente alegada, exigindo-se a efetiva comprovação de ausência de recursos.

Nesse contexto, assim decidiu o Superior Tribunal Federal, rechaçando a alegação de insuficiência orçamentária:

CRECHE E PRÉ-ESCOLA – OBRIGAÇÃO DO ESTADO – IMPOSIÇÃO – INCONSTITUCIONALIDADE NÃO VERIFICADA – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – NEGATIVA DE SEGUIMENTO. 1. Conforme preceitua o artigo 208, inciso IV, da Carta Federal, consubstancia dever do Estado a educação, garantindo o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade. O Estado – União, Estados propriamente ditos, ou seja, unidades federadas, e Municípios – deve aparelhar-se para a observância irrestrita dos ditames constitucionais, não cabendo tergiversar mediante escusas relacionadas com a deficiência de caixa. Eis a enorme carga tributária suportada no Brasil a contrariar essa eterna lenga-lenga. O recurso não merece prosperar, lamentando-se a insistência do Município em ver preservada prática, a todos os títulos nefasta, de menosprezo àqueles que não têm como prover as despesas necessárias a uma vida em sociedade que se mostre consentânea com a natureza humana. 2. Pelas razões acima, nego seguimento a este extraordinário, ressaltando que o acórdão proferido pela Corte de origem limitou-se a ferir o tema à luz do artigo 208, inciso IV, da Constituição Federal, reportando-se, mais, a compromissos reiterados na Lei Orgânica do Município – artigo 247, inciso I, e no Estatuto da Criança e do Adolescente – artigo 54, inciso IV. 3. Publique-se. (STF, Decisão Monocrática, RE n. 356.479-0, rel. Min. Marco Aurélio. J. em 30/04/2004, DJU 24.05.2004).

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO – CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE – ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA – EDUCAÇÃO INFANTIL DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) – COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO – DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) – RECURSO IMPROVIDO.

– A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). – Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das “crianças de zero a seis anos de idade” (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal.

– A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental.

– Os Municípios – que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) – não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social.

– Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à “reserva do possível” (STF – RE 436.996/SP, rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 07.11.2005).

218

Como se percebe, o que tem acontecido constantemente é o Poder Público agir sem razoabilidade, com a clara intenção de neutralizar os direitos fundamentais sociais, afetando de forma direta, mediante inércia estatal ou abuso governamental, as condições mínimas imprescindíveis para uma existência humana digna.

Nesse sentido é a decisão proferida pelo Ministro Celso de Mello no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45:

É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação,

em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

Analisando a decisão *supra*, fica claro que alegar limitação orçamentária, invocando a Reserva do Possível, por si só, não tem o condão de justificar a omissão estatal, especialmente nos casos em que está em jogo a concretização do Mínimo Existencial de determinado direito fundamental social.

Muito embora a limitação orçamentária seja uma realidade, quando se tratar do Mínimo Existencial de um direito fundamental e não houver real impossibilidade objetiva demonstrada, a omissão administrativa não encontra justificativa na Reserva do Possível.

Por outro lado, o que também não pode ocorrer é o Poder Judiciário, solícito aos pleitos dos indivíduos para obterem determinadas prestações judiciais, ordenar que as referidas prestações sejam executadas sem levar em consideração os fundamentos apresentados pela Administração Pública, que, naquele momento, pode se encontrar incapaz de atender aos pleitos em questão.

Esse tipo de decisão do Judiciário, no qual não existe uma análise cautelosa do caso em concreto, pode resultar em sérios problemas para a Administração Pública, posto que o administrador, para conseguir cumprir o determinado nas decisões judiciais, muitas vezes tem que retirar recursos de uma área específica para que sejam aplicados conforme o ordenamento judicial.

Essa situação acarreta uma violação direta ao princípio constitucional da igualdade, pois para cumprir determinada decisão judicial e, em consequência, beneficiar um indivíduo específico, muitas vezes o Poder Público, conforme já citado, precisa realocar verbas de outra área, causando prejuízo àqueles que dela dependiam.

Por derradeiro, o Poder Judiciário possui uma grande responsabilidade ao apurar os casos concretos, ponderando e decidindo sempre pelo caminho que priorize o bem comum.

ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

É de conhecimento geral que é dever do Estado viabilizar o acesso efetivo às políticas públicas determinadas constitucionalmente. No entanto, não obstante a alegação de limitação orçamentária para a implementação de políticas

públicas, cabe ao Ministério Público apurar se tal afirmação procede e, em caso negativo, comprovar objetivamente a capacidade orçamentária do Poder Público para exigir a efetivação do direito constitucional em questão.

Por expressa determinação constitucional, o Ministério Público é órgão defensor do interesse social, conforme o disposto no art. 129, II, da Constituição Federal:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: (...)
II – zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

Sempre visando o interesse da coletividade, é de grande importância para o trabalho desenvolvido pelo Ministério Público o poder de realização do Inquérito Civil, instrumento investigativo exclusivo do referido órgão, bem como detém legitimidade para o ajuizamento de Ação Civil Pública, além de ter poderes para a realização de TAC – Termo de Ajustamento de Conduta.

O TAC é um instituto utilizado antes que se venha a instaurar o processo judicial e com o fim de evitá-lo. É um instituto de caráter conciliatório, adotado com o objetivo de composição e tutela de interesses metaindividuais, entre o Ministério Público e a parte interessada, de modo que esta se comprometa a agir da forma que for acordada.

O Ministério Público também é parte legítima e tem interesse de agir para propor ação civil pública, na qual defende interesses individuais indisponíveis, pois, nesse molde, qualifica-se o direito à vida e à saúde.

No mesmo sentido, o Desembargador Vicente de Abreu Amadei, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, julgou a Apelação n. 0004821-49.2010.8.26.0664:

APELAÇÃO – Ação Civil Pública – Pessoa hipossuficiente, e portadora de “Diabetes tipo 1” (CID 10: e1O-0) – Medicamento prescrito por médico (Lantus Salustar e Apidra Salustar) – Insumos necessários (agulhas BD de 5 mm) – Interesse de agir – Necessidade da jurisdição sem exaurir a via administrativa – Obrigação do Município – Legitimidade ativa do Ministério Público – Direito fundamental ao fornecimento gratuito de medicamentos e insumos – Aplicação dos arts. 1º, III, e 6º da CF – Princípios da isonomia, da tripartição de funções estatais e da discricionariedade da Administração não violados – Limitação orçamentária e teoria da reserva do possível – Teses afastadas – Cominação de multa, em obrigação imposta a ente público – Viabilidade – Recurso não provido. 1. O Ministério Público tem legitimidade para o ajuizamento de ação civil pública destinada à tutela individual de direito fundamental indisponível (arts. 127 c.c. 129, III, ambos da CF), em favor

de pessoa hipossuficiente, e essa legitimidade de raiz constitucional, para idoso, ainda conta com amparo legal (arts. 15, 74 e 79 do Estatuto do Idoso). 2. Os princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF) e da preservação da saúde dos cidadãos em geral (art. 6º da CF) impõem ao Estado a obrigação de fornecer, prontamente, medicamento e insumo necessitados, em favor de pessoa hipossuficiente, sob responsabilidade solidária dos entes públicos (art. 196 da CF). 3. Havendo direito subjetivo fundamental violado, não há ofensa aos princípios da isonomia, da triplicação de funções estatais e da discricionariedade da Administração, e, no quadro da tutela do mínimo existencial, não se justifica inibição à efetividade do direito ofendido sob os escudos de falta de padronização ou de inclusão dos bens em lista oficial, de limitações orçamentárias e de aplicação da teoria da reserva do possível. 4. É viável a cominação de multa, a título de astreinte, ao Poder Público, em obrigação que lhe é imposta por sentença.

No que tange à tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos, decidiu o Supremo Tribunal Federal:

O Ministério Público tem legitimidade para ajuizar ação civil pública objetivando o fornecimento de remédio pelo Estado. Com base nesse entendimento, a Turma proveu recurso extraordinário em que se questionava a obrigatoriedade de o Estado proporcionar a certa cidadã medicamentos indispensáveis à preservação de sua vida. No caso, tribunal local extinguiu o processo sem julgamento de mérito, ante a mencionada ilegitimidade ativa *ad causam do parquet*, uma vez que se buscava, por meio da ação, proteção a direito individual, no caso, de pessoa idosa (Lei 8.842/94, art. 2º). Sustentava-se, na espécie, afronta aos artigos 127 e 129, II e III, da CF. Assentou-se que é função institucional do *parquet* zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, promovendo medidas necessárias a sua garantia (CF, art. 129, II). (STF, RE 407.902/RS, rel. Min. Marco Aurélio, 26.05.2009).

EMENTA: DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS – SEGURADOS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL – CERTIDÃO PARCIAL DE TEMPO DE SERVIÇO – RECUSA DA AUTARQUIA PREVIDENCIÁRIA – DIREITO DE PETIÇÃO E DIREITO DE OBTENÇÃO DE CERTIDÃO EM REPARTIÇÕES PÚBLICAS – PRERROGATIVAS JURÍDICAS DE ÍNDOLE EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL – EXISTÊNCIA DE RELEVANTE INTERESSE SOCIAL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – LEGITIMAÇÃO ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO – A FUNÇÃO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO “DEFENSOR DO POVO” (CF, ART, 129, II) – DOUTRINA – PRECEDENTES – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. – O direito à certidão traduz prerrogativa jurídica, de extração constitucional, destinada a viabilizar, em favor do

indivíduo ou de uma determinada coletividade (como a dos segurados do sistema de previdência social), a defesa (individual ou coletiva) de direitos ou o esclarecimento de situações. – A injusta recusa estatal em fornecer certidões, não obstante presentes os pressupostos legitimadores dessa pretensão, autorizará a utilização de instrumentos processuais adequados, como o mandado de segurança ou a própria ação civil pública. – O Ministério Público tem legitimidade ativa para a defesa, em juízo, dos direitos e interesses individuais homogêneos, quando impregnados de relevante natureza social, como sucede com o direito de petição e o direito de obtenção de certidão em repartições públicas. Doutrina. Precedentes. (STF – RE 472.489 AgR/RS, rel. Min. Celso de Mello, DJ 29.08.2008).

Dessa forma, extrai-se dos entendimentos acima que a legitimidade do Ministério Público é inquestionável no que diz respeito à defesa dos direitos fundamentais sociais dos indivíduos, sejam eles metaindividuais ou individuais indisponíveis.

ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA

222

A Defensoria Pública é uma instituição permanente e indispensável, cuja atribuição é oferecer aos cidadãos hipossuficientes, de forma integral e gratuita, orientação jurídica e a defesa dos direitos individuais e coletivos.

Dessa forma, cabe à Defensoria, em cada caso específico, objetivar a efetivação judicial do direito fundamental, de modo a concretizar o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

É de vital importância destacar que a Lei n. 11.448, de 15 de janeiro de 2007, alterando o art. 5º da Lei n. 7.347/85, legitima a Defensoria Pública para propositura da ação civil pública.

A seguir, alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça que tratam sobre o tema em questão:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO COLETIVA. DEFENSORIA PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA. ART. 5º, II, DA LEI N. 7.347/1985 (REDAÇÃO DA LEI N. 11.448/2007). PRECEDENTE.

1. Recursos especiais contra acórdão que entendeu pela legitimidade ativa da Defensoria Pública para propor ação civil coletiva de interesse coletivo dos consumidores.

2. Este Superior Tribunal de Justiça vem-se posicionando no sentido de que, nos termos do art. 5º, II, da Lei n. 7.347/85 (com a redação dada pela Lei n. 11.448/07), a Defensoria Pública tem legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar em ações civis coletivas que buscam auferir responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao

consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências.

3. Recursos especiais não providos. (Primeira Turma, REsp nº 912.849/RS, rel. Min. José Delgado, *DJe* 28.04.2008).

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO NO JULGADO. INEXISTÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEFESA COLETIVA DOS CONSUMIDORES. CONTRATOS DE ARRENDAMENTO MERCANTIL ATRELADOS A MOEDA ESTRANGEIRA. MÁXIMAS DE VALORIZAÇÃO DO REAL FRENTE AO DÓLAR NORTE-AMERICANO. INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. LEGITIMIDADE ATIVA DO ÓRGÃO ESPECIALIZADO VINCULADO À DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO.

I – O NUDECON, órgão especializado, vinculado à Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, tem legitimidade ativa para propor ação civil pública objetivando a defesa dos interesses da coletividade de consumidores que assumiram contratos de arrendamento mercantil, para aquisição de veículos automotores, com cláusula de indexação monetária atrelada à variação cambial.

II – No que se refere à defesa dos interesses do consumidor por meio de ações coletivas, a intenção do legislador pátrio foi ampliar o campo da legitimação ativa, conforme se depreende do artigo 82 e incisos do CDC, bem assim do artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal, ao dispor, expressamente, que incumbe ao “Estado promover, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

III – Reconhecida a relevância social, ainda que se trate de direitos essencialmente individuais, vislumbra-se o interesse da sociedade na solução coletiva do litígio, seja como forma de atender às políticas judiciárias no sentido de se propiciar a defesa plena do consumidor, com a consequente facilitação ao acesso à Justiça, seja para garantir a segurança jurídica em tema de extrema relevância, evitando-se a existência de decisões conflitantes.

Recurso especial provido. (Terceira Turma, REsp nº 555.111/RJ, rel. Min. Castro Filho, *DJ* 18.12.2006).

Desse modo, depreende-se que a Defensoria Pública, além de sua função típica, qual seja, representar judicial e extrajudicialmente os direitos dos necessitados, possui também a função de zelar pela concretização dos direitos fundamentais sociais necessários para garantir a existência digna do indivíduo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ideia que se encontra encartada no conceito de “Reserva do Possível” não pode se constituir como uma escusa dos governos em cumprir com as políticas públicas que viabilizam a concretização dos direitos sociais na realidade fática.

Não se deve permitir, portanto, que o argumento da Reserva do Possível constitua um escudo que proteja o Estado de sua inatividade, considerando que este tem negligenciado, por diversas vezes, direitos que, na verdade, não são impossíveis de serem concretizados, ou seja, que se enquadram perfeitamente no âmbito da Reserva do Possível.

A grande celeuma surge quando analisamos a Reserva do Possível no contexto do Mínimo Existencial. A Reserva do Possível, embora seja aceita em algumas hipóteses, não pode ser um óbice para a efetivação de pelo menos uma porção mínima de cada direito fundamental social, imprescindível a garantir a efetivação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Portanto, não se desprezam a aplicabilidade e a razoabilidade da Reserva do Possível em determinadas situações. O que se defende é que esse princípio não seja usado de forma aleatória, com simples alegações. Portanto, há necessidade de que o Poder Público demonstre, ou seja, prove que a negativa do oferecimento ao direito do indivíduo é para que não prejudique a efetivação de outros direitos ligados ao Mínimo Existencial da população.

Nesse contexto, quando se tratar de garantia dos direitos fundamentais sociais, cabe ao Judiciário intervir em favor da realização destes, sem, no entanto, interferir na esfera de atuação da Administração Pública.

224 O Ministério Público e a Defensoria Pública, como defensores do interesse social, também possuem legitimidade para objetivar a efetivação judicial do direito fundamental lesado.

REFERÊNCIAS

- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acessado em: 22 fev. 2013.
- CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: RT, 2009.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2001.
- KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os desaminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

Reserva do possível e o mínimo existencial

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional administrativo*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. São Paulo: RRT, 2006.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *O mínimo existencial e o princípio da reserva do possível*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

Data de recebimento: 11/6/2013

Data de aprovação: 21/11/2013

